

zijn uitgebreid en versterkt. Ten aanzien van de belangrijkste taak van het parket, het nemen van conclusies, is met de invoering van artikel 80a RO een stap gezet om via een selectie van te behandelen zaken ruimte te creëren om meer tijd te kunnen besteden aan de conclusies in moeilijke zaken. Dat is van belang omdat de conclusie zijn grootste betekenis heeft in zaken waarin rechtsonwikkeling centraal staat. In die zin zou de inbreng van het parket in de cassatierechtspraak nog meer betekenis kunnen krijgen. Daar staat tegenover dat met het vrijwel wegvallen van de conclusies in de zaken die met artikel 80a worden afgedaan, ook de terugkoppeling naar de gerechtshofen door de bespreking van de beslissing van het gerechtshof en de middelen in de conclusie verdwijnt. Dat is een verlies dat om een vorm van compensatie vraagt. Onderzoek zal moeten worden of parket en raad in de toekomst bijvoorbeeld themagewijs aandacht kunnen besteden aan de kwaliteit van de behandeling van categorieën zaken door de gerechtshoven.

Ten aanzien van de herziening in strafzaken heeft het parket door de mogelijkheid onderzoek in te stellen naar de aanwezigheid van een grond voor herziening, een centrale rol toebedeeld gekregen. Het onder leiding van de advocaat-generaal Aben nog onder de oude regeling verrichte onderzoek naar een grond voor herziening in de zaak doodslag op de eigenaresse van Chinees restaurant Peacock in Breda, dat leidde tot de grondverklaring van de vordering tot herziening van zes veroordelingen wegens betrokkenheid bij dit misdrijf (*LJN BW7190*) is een voorbeeld van de nieuwe werkwijze, met dien verstande dat de mogelijkheden voor onderzoek door de nieuwe regeling aanmerkelijk verbeterd zijn.

Doordat het extern klachtrecht met betrekking tot rechters bij de Hoge Raad is gebleven en de bevoegdheden van de procureur-generaal in dat kader zijn uitgebreid, is zijn toezichthoudende taak versterkt. Die taak heeft verder aan betekenis gewonnen door het toenemend belang van de rol van de procureur-generaal als het gaat om disciplinaire maatregelen en maatregelen wegens ongeschiktheid.

Op het terrein van kwaliteit van rechtspraak en het bevorderen van rechtseenheid kan een verdere uitbreiding van de toepassing van cassatie in het belang der wet tot een belangrijke bijdrage van het parket leiden. De concretisering van de in artikel 122 RO bevoegdheid tot toezicht op het openbaar ministerie kan het sluitstuk vormen van de ontwikkeling van de taak van de procureur-generaal bij de Hoge Raad die zijn neerslag al heeft gevonden in artikel 121 Wet RO: hij waakt in het bijzonder voor de handhaving en uitvoering van wettelijke voorschriften bij de gerechten.

14 Een herbezinning op de rol van de raadsman in het vooronderzoek

Stijn Franken & Petra van Kampen

1. Sinds een Maastrichtse oratie

Het is onmiskenbaar één van de belangrijkste wetenschappelijke verdiensten van Theo de Roos geweest dat hij in zijn eerste (Maastrichtse) oratie – en overigens ook nadien¹ – het belang van een adequate rechtsbijstand in strafzaken heeft benadrukt en dat in een breder perspectief heeft geplaatsd.² In zijn rede wees hij bijvoorbeeld, als één van de eersten, op het toenemende belang dat in de rechtspraak wordt gehecht aan een alerte raadsman die tijdig verzoeken en verweren formuleert: passiviteit van de raadsman kan, zo waarschuwde de toen net benoemde hoogleraar, in een later stadium aan de verdachte worden tegengeworpen.³ Dat thema heeft na 1991 alleen maar aan belang gewonnen. Ook andere onderwerpen die De Roos in deze rede heeft aangesneden, hebben hun actualiteitswaarde behouden. Dat geldt bijvoorbeeld voor zijn beschouwingen over de verhouding tussen raadsman en verdachte, over de grenzen aan hetgeen de raadsman in het kader van de verdediging vermag en over de financiering van de rechtsbijstand. De wetenschappelijke en maatschappelijke discussie over die vraagstukken is sindsdien allesbehalve verstomd.

¹ Advocaten te Amsterdam en daarnaast hoogleraar straf(proces)recht, respectievelijk hoogleraar strafrechtspraktijk aan het Willem Pompe Instituut voor Strafrechtswetenschappen van de Universiteit Utrecht.

² Vgl. bijvoorbeeld Th.A. de Roos, 'De ethiek van de raadsman in strafzaken', *Advocaatblad* 1995, p. 159-164 en Th.A. de Roos, 'Recht op rechtsbijstand na vertrouwensbreuk', *JurID* 2003, p. 16-17.

³ Th.A. de Roos, *Verdediging van belangen: het belang van de verdediging* (oratie Maastricht), Arnhem: Gouda Quint 1991.

⁴ De Roos 1991, p. 10-12.

De rede van De Roos laat zich vooral lezen als een weloverwogen visie op de taak en de taakopvatting van de raadsman in strafzaken. Daardoor wordt welhaast onopgemerkt de angel gehaald uit de nogal eens door emoties gedomineerde debatten over bijvoorbeeld helende – of in de tegenwoordige tijd: witwassende – advocaten of over raadslieden die met vertragingstechnieken een efficiënt verloop van het strafproces frustreren. Met een nuance die hem niet vreemd is, ontdekt De Roos de discussie over dergelijke onderwerpen van de meest scherpe kantjes en pareert hij menig aanval op de verdediging in strafzaken.

Sinds De Roos zijn Maastrichtse oratie uitsprak, zijn meer dan twee decennia verstreken. In die tijd is veel gebeurd. Ook andere thema's dan die door De Roos zijn besproken, zijn in de loop van de jaren op de agenda van de strafrechtadvocatuur gezet. Dat geldt bijvoorbeeld voor de organisatie en de vormgeving van de rechtsbijstand in de eerste fase van het strafproces. Dat thema is in de afgelopen jaren op de voorgrond getreden. Het is bovendien het onderwerp van een recent rapport van een adviescommissie van de Nederlandse Orde van Advocaten.⁴ Interessant is wat ons betreft ook dat de discussie daarover niet primair is gevoerd door opvattingen van derden over de rol van de raadsman en de aan hem te stellen eisen, zoals het geval is met de thema's die in de oratie uit 1991 centraal hebben gestaan. Veeleer is sprake van een binnen de balie zelf gevoelde noodzaak tot bezinning op de wijze waarop in het vooronderzoek – en dan met name in de fase direct na de aanhouding van een verdachte – bijstand wordt verleend. Het evidentie voordeel daarvan is dat de balie, in het bijzonder de strafrechtadvocatuur, de agenda van de discussie over de organisatie van daadwerkelijke, effectieve rechtshulp zelf vorm kan geven en niet slechts reageert op door derden uitgesproken opvattingen.

Het debat vindt plaats tegen de achtergrond van twee ontwikkelingen die voor de (organisatie en de vormgeving van) rechtsbijstand in de eerste fase van het strafproces van groot belang zijn. Beide ontwikkelingen stippen we slechts aan, als opstap naar een bespreking van het onlangs verschenen rapport over de rol van de raadsman in de voorfase van het strafproces. De eerste ontwikkeling betreft het recht op rechtsbijstand rondom het politieverhoor. Sinds de door Straatsburg geïnitieerde en vervolgens door de Hoge Raad nogal zuinig uitgelegde jurisprudentie op dit terrein,⁵ kan werkelijk

worden nagedacht over een zinvolle en concrete uitwerking van de leidraad die het EHRM in één van zijn arresten als volgt heeft geformuleerd:

"In accordance with the generally recognised international norms, which the Court accepts and which form the framework for its case-law, an accused person is entitled, as soon as he or she is taken into custody, to be assisted by a lawyer, and not only when being questioned (...). Indeed, the fairness of proceedings requires that an accused be able to obtain the whole range of services specifically associated with legal assistance. In this regard, counsel has to be able to secure without restriction the fundamental aspects of that person's defence: discussion of the case, organization of the defence, collection of evidence favourable to the accused, preparation for questioning, support of an accused in distress and checking of the conditions of detention."⁶

Ofwel, zoals De Roos het in 1991 formuleerde: 'de raadsman is onontbeerlijk voor de rechtspleging' (en niet alleen voor de verdachte).⁷ In termen van rechtsbescherming van de verdachte in de vaak cruciale eerste fase van het strafproces, is deze jurisprudentie zonder twijfel als een verbetering aan te merken ten opzichte van de stand van zaken vóór 2008/2009. Dat geldt ook voor de wetgeving die op nationaal niveau wordt voorbereid en voor de regels die op Europese schaal onderwerp van (een slepende) discussie zijn.⁸ Tegelijkertijd moet worden onderkend dat van een echte verbetering van de rechtspositie van de verdachte pas sprake kan zijn, indien een modus wordt gevonden om daadwerkelijk adequate en effectieve rechtshulp in deze fase van het strafproces te organiseren. De ervaringen die zijn opgedaan tijdens de experimenten die hebben plaatsgevonden met rechtsbijstand tijdens het politieverhoor en de praktijk die op basis van de door het openbaar ministerie opgestelde beleidsregels over rechtsbijstand en politieverhoor

6 EHRM 13 oktober 2009, NJ 2010, 92 (*Dayman*).

7 De Roos 1991, p. 15.

8 Zie over de Haagse en Brusselse initiatieven op dit terrein respectievelijk het concept wetsvoorstel 'raadsman en politieverhoor' uit april 2011, de concept richtlijn van de Europese Commissie 'on the right to access to a lawyer in criminal proceedings and on the right to communicate upon arrest' van 8 juni 2011 (COM (2011) 326), een gezamenlijke 'note' met betrekking tot dit concept van België, Frankrijk, Ierland, Nederland en het Verenigd Koninkrijk van 22 september 2011, waarin forse kritiek wordt geuit op genoemd concept, alsmede het – mede naar aanleiding daarvan – gewijzigde versie van deze richtlijn van 9 maart 2012 (2011/0154 (COD)). Zie met betrekking tot deze initiatieven o.a. ook T. Spronken, 'The Dutch exception', NJB 2012, p. 2094 en A. de Swart, 'Concept wetsvoorstel 'raadsman en politieverhoor' kan nog iets beter', *Advocaatblad* 2011, p. 28-32.

4 Commissie Innovatie Strafrechtadvocatuur, *Herbezinning op de rol van de raadsman in de voorfase van het strafproces*, Den Haag: 18 oktober 2012.

5 Zie bijvoorbeeld EHRM 27 november 2008, NJ 2009, 214 (*Salduz*) en HR 30 juni 2009, NJ 2009, 349.

wordt gevolgd,⁹ leren dat (ook) van raadslieden in het beginstadium van het strafproces aanzienlijk meer kan en mag worden verwacht dan enkele jaren geleden voor mogelijk werd gehouden.

De tweede ontwikkeling die vragen oproept over de organisatie en de vormgeving van de rechtshulpverlening in de eerste fase van het strafproces, betreft de uitbouw van de zogenoemde ZSM-afdoening. In het kader van het streven de behandelingsduur van eenvoudige strafzaken aanmerkelijk te verkorten, is sinds 2011 binnen enkele politieregio's ervaring opgedaan met een specifieke werkwijze van politie en openbaar ministerie die erop is gericht zo snel mogelijk tot een definitieve beoordeling en afdoening van strafzaken te komen.¹⁰ De insteek daarbij is dat direct na aankomst van een (aangehouden) verdachte op het politiebureau wordt beoordeeld of de zaak zich leent voor afdoening door openbaar ministerie of politie. Als dat het geval lijkt te zijn, wordt relevante informatie opgevraagd van instanties zoals de Raad voor de Kinderbescherming en de reclassering. Indien ook die informatie zich niet verzet tegen een snelle afdoening door openbaar ministerie of politie, kan de zaak vervolgens – op basis van een vereenvoudigd dossier – via een strafbeschikking worden afgedaan. Het streven is die beslissing te nemen binnen de termijn voor het ophouden voor onderzoek (artikel 61 Sv). In die zes uren kunnen, aansluitend op de afdoening van de zaak, vervolgens reeds op het politiebureau waar mogelijk en waar nodig executiemaatregelen worden genomen.¹¹

Het publiekelijk geuite voornemen is om deze werkwijze in de loop van 2013 landelijk in te voeren. Politie en openbaar ministerie moeten dan in staat zijn om gedurende zeven dagen per week – en zestien uren per etmaal – eenvoudige zaken op deze snelle, simpele wijze af te doen. Aan de wijze waarop aan verdachten in die zaken rechtsbijstand kan of moet worden verleend, is in de aanloopfase slechts (zeer) beperkt aandacht besteed. In het najaar van 2011 heeft de minister over de positie van de strafrechtadvoca-

tuur in de ZSM-werkwijze slechts opgemerkt dat naar de wijze van participatie van de advocatuur in de ZSM-werkwijze onderzoek zal worden gedaan, omdat 'voor een duurzame organisatie van zaaksverwerking binnen ZSM naast snelheid en effectiviteit ook het rechtsgehalte van belang is'.¹²

2. De noodzaak van verandering

Op 18 oktober 2012 heeft de Commissie Innovatie Strafrechtadvocatuur haar advies aan de Algemene Raad van de Nederlandse Orde van Advocaten uitgebracht.¹³ Aan haar rapport ligt de gedachte ten grondslag dat het nodig is opnieuw na te denken over de rol van de raadsman in het beginstadium van het strafproces, juist met het oog op de hiervoor geschetste ontwikkelingen. Die roepen namelijk de vraag op of met de vertrouwde werkwijzen en organisatievorm kan worden volstaan, of dat zowel de actuele invulling van het recht op rechtsbijstand voor en tijdens het politieverhoor als de ZSM-afdoening dwingt tot ingrijpende aanpassingen.

Het antwoord van de commissie is duidelijk. Er moet naar haar oordeel veel veranderen. Om de noodzaak daarvan te onderstrepen, wijst de commissie er onder meer op dat bij de ZSM-afdoening eenvoudigweg sprake is van een leemte in de rechtshulp.¹⁴ Verdachten die in het ZSM-traject belanden, moeten het structureel zonder rechtsbijstand zien te klaren. Dat heeft allereerst te maken met praktische problemen. Het is bijvoorbeeld niet haalbaar om gedurende 16 uren per etmaal op alle politiebureaus advocaten beschikbaar te hebben voor het verlenen van rechtsbijstand aan verdachten aan wie in het kader van een ZSM-afdoening een strafbeschikking wordt uitgereikt. Een systeem van pikemeldingen leidt op zijn beurt vooral tot vertraging – bijvoorbeeld omdat het enige tijd duurt voordat een advocaat op het politiebureau aanwezig kan zijn – die nauwelijks kan worden opgevangen binnen de in artikel 61 Sv genoemde termijn van zes uren. Daarnaast signaleert de commissie als belangrijk knelpunt dat de advocaat bezwaarlijk adequate rechtshulp kan verlenen zonder voldoende informatie. Bij de ZSM-afdoening is dat een fundamenteel probleem, omdat op basis van mondelinge

9 Zie over die experimenten Lonneke Stevens & Willem-Jan Verhoeven, *Raadsman bij politieverhoor*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2010 en voor de beleidsregels de Aanwijzing rechtsbijstand politieverhoor, *Sicri*, 2010, 4003.

10 Zie onder meer de beschrijving van het ZSM-traject door de Minister van Veiligheid en Justitie in diens brief van 27 oktober 2011 aan de voorzitter van de Tweede Kamer der Staten-Generaal (*Kamerstukken II* 2011/12, 29 279, nr. 126) en voorts N.J.M. Kwakman, 'Snelrecht en de ZSM-aanpak', *DD* 2012, 16, p. 188-205.

11 In het concept wetsvoorstel 'raadsman en politieverhoor' wordt deze tijdsparre voor misdrijven overigens opgerekt naar 9 uur (artikel 57 lid 2 Sv). De achtergrond van deze aanpassing is (mede) gelegen 'in het tijdsverloop dat is gemeid met het daadwerkelijk oproepen van degene die rechtsbijstand verlenen', aldus de concept memorie van toelichting (p. 13). Overigens rekt het concept wetsvoorstel ook de bevoegdheid tot aanhouding buiten heterdaad op (tot alle misdrijven).

12 *Kamerstukken II* 2011/12, 29 279, nr. 126, p. 8-9.

13 Commissie Innovatie Strafrechtadvocatuur, *Herbezinning op de rol van de raadsman in de voorfase van het strafproces*, Den Haag, 18 oktober 2012. Zie over het rapport nader D.V.A. Brouwer, 'De voorstellen van de Commissie Innovatie Strafrechtadvocatuur', *Strafblad* 2013, p. 22-26.

14 Commissie Innovatie Strafrecht Advocatuur 2012, p. 4.

of zeer summier schriftelijke informatie tot afdoening wordt besloten. Dat brengt de commissie tot het volgende oordeel:

„Bezwaar van het huidige (en mogelijk ook het toekomstige) recht is dat in dit soort zaken verdachten een strafbeschikking krijgen uitgereikt, zonder dat is gewaarborgd dat zij door een rechtshulpverleners zijn geïnformeerd over de consequenties van de beschikking, de mogelijkheid van verzet en dat zij daarbij rechtsbijstand kunnen krijgen. Goede en tijdige informatie geeft meer zekerheid dat het uitblijven van verzet tegen een strafbeschikking een vrije en geïnformeerde keuze is van de verdachte, en niet voortvloeit uit onwetendheid over rechtsmiddelen of onvoldoende toegang tot rechtshulp.”¹⁵

Ook de rechtsbijstand rondom het politieverhoor maakt volgens de commissie ingrijpende veranderingen noodzakelijk. Zij heeft in dat verband onder meer een aantal cijfers op een rij gezet. Zelfs als wordt onderkend dat het daarbij gaat om schattingen, zijn die veelzeggend. Jaarlijks worden bij benadering 310.000 tot 360.000 verdachten aangehouden. Ongeveer 240.000 verdachten worden aangehouden op verdenking van een misdrijf of een overtreding waarvoor geen voorlopige hechtenis is toegelaten. Dat zijn in de terminologie van de Aanwijzing rechtsbijstand politieverhoor¹⁶ de zogenoemde C-zaken, waarbij aan de verdachte in het kader van een consultatierecht de gelegenheid moet worden geboden telefonisch contact op te nemen met een advocaat. De 120.000 andere verdachten kunnen aanspraak maken op een persoonlijk gesprek in het kader van hun recht op consultatiebijstand. De Aanwijzing maakt daarbij nog een onderscheid tussen zogenoemde A-zaken en zogenoemde B-zaken: in A-zaken gaat het – kort gezegd – om een verdenking van een ernstig misdrijf waarvoor voorlopige hechtenis is toegelaten, in B-zaken draait het om minder ernstige misdrijven waarvoor wel voorlopige hechtenis kan worden opgelegd. In B-zaken en in C-zaken kan de verdachte afstand doen van zijn recht op consultatiebijstand. In A-zaken is afstand van recht, gelet op de ernst van de feiten, uitgesloten.

De commissie gaat er aan de hand van deze gegevens van uit dat in elk geval aan circa 100.000 verdachten per jaar consultatiebijstand moet worden verleend. Tot die groep behoren de 60.000 tot 70.000 verdachten die jaarlijks in verzekering worden gesteld. Voor die verdachten is relevant dat zij op basis van het concept wetsvoorstel ‘rechtsbijstand en politieverhoor’ bovendien aanspraak kunnen maken op rechtsbijstand tijdens politieverhooren, indien de verdenking ziet op een feit waarvoor een gevangenisstraf van zes

jaren of meer kan worden opgelegd. Alleen al deze vorm van rechtsbijstand leidt naar verwachting tot een extra belasting voor de strafrechtadvocaatuur van circa 400.000 uren op jaarbasis.¹⁷ Dat lijkt ons een reële inschatting te zijn, indien met de commissie wordt verondersteld dat deze vorm van bijstand zal worden verleend aan ongeveer 50% van de verdachten die in verzekering zijn gesteld. Dan gaat het dus om circa 35.000 verdachten. Als die gemiddeld driemaal worden verhoord, dan is dus bij ruim 100.000 verhooren rechtsbijstand nodig. Het overgrote deel van de Nederlandse strafrechtadvocaatuur – door de commissie nogal ruim berekend op 3500 advocaten – zou derhalve alleen al met rechtsbijstand tijdens verhooren een volle werkweek kunnen vullen. Als meer verdachten aanspraken maken op bijstand tijdens het verhoor, als meer verhooren plaatsvinden of als verhooren aanzienlijk langer gaan duren, dan worden de problemen navenant groter.

Daar komt nog de zorgelijke constatering bij dat het overgrote deel van de verdachten in de zogenoemde B- en C-zaken afstand doet van het recht op consultatiebijstand.¹⁸ Wij volstaan in deze bijdrage met de opmerking dat die beslissing nogal eens lijkt te worden gedictieerd door overwegingen die alleszins begrijpelijk zijn maar met een weloverwogen afweging op inhoudelijke gronden weinig van doen hebben: menig verdachte ziet af van consultatiebijstand zodra hem duidelijk is gemaakt dat het enige tijd kan duren voordat de piketadvocaat op het politiebureau kan zijn en hem de consequentie wordt voorgehouden dat daarmee de kans op een snelle heenzending verloren gaat. Indien de opvatting wordt gedeeld dat een dergelijke gang van zaken onwenselijk is en de ambitie wordt uitgesproken dat in elk geval aan alle verdachten uit de B-categorie consultatiebijstand moet worden verleend, zal de belasting dus hoger zijn dan reeds op basis van de door de commissie gepresenteerde cijfers kan worden verwacht.¹⁹ Wanneer nog een stap verder wordt gegaan en de inzet is om ook aan verdachten uit de C-categorie structureel consultatiebijstand te verlenen, dan groeit die werkbelasting zelfs exponentieel.

¹⁷ Commissie Innovatie Strafrechtadvocaatuur 2012, p. 25.

¹⁸ Zie daarover T. van de Laar, ‘Het consultatierecht en afstand van recht’, *NJB* 2012, p. 178-184 en P.T.C. van Kampen, ‘Informed consent’ en de rechtspraak ex art. 359a Sv’, *nog te verschijnen in DD* 2013, 15.

¹⁹ Expliciet in die zin D.V.A. Brouwer 2013.

¹⁵ Commissie Innovatie Strafrechtadvocaatuur 2012, p. 20.

¹⁶ *Stcr.* 2010, 4003.

3. De voorstellen van de commissie

Tegen deze achtergrond kan het niet verbazen dat de commissie verstrekkende voorstellen heeft geformuleerd. 'Pappen en nathouden' is voor de commissie – terecht – geen optie. Eén van de leden van de commissie heeft in een toelichting niet zonder reden opgemerkt dat het grote aantal verdachten dat afstand doet van het recht op consultatiebijsluiting vooral het collectieve falen van het huidige model van rechtsbijsluiting in de vroege fase van het strafproces illustreert: de strafrechtadvocaat slaagt er gewoon niet in onmiddellijk na aanhouding rechtshulp te verlenen. Datzelfde lid heeft, met de provincie Drenthe als voorbeeld, helder uiteengezet dat het een illusie is te denken dat het probleem kan worden opgelost door voor consultatiebijsluiting advocaten op het politiebureau te stationeren:

"Hoeveel politieposten zijn er in die provincie, en hoeveel strafrechtadvocaten zijn er werkzaam? Om dat kunnen bemenen moet je al naar een systeem waarin alleen op de belangrijkste politieposten (bijv. Assen, Hoogeveen, Meppel en Emmen) een advocaat permanent aanwezig is. Permanent is – laten we zeggen – van 08:00 tot 22:00. Dat zijn dan 2 diensten van 7 uur voor 4 politiebureaus. Per dag zijn er dus 8 advocaten nodig. Er zijn in Drenthe naar verluidt zo'n 50 strafrechtadvocaten, dus die zouden elk 1x per week (!) een dienst moeten draaien. In een jaar zijn dat totaal ca. 3.000 advocatendiensturen, ca. 21.000 advocatenuren. (...) Zo'n systeem is alleen maar betaalbaar als niet per uur, maar per verrichting wordt betaald. Maar welke advocaat gaat één dag per week op het politiebureau in Emmen zitten voor 2 of 3 aanhoudingen per dag, leidend tot een dagomzet van € 150 of € 200?"²⁰

Brouwer wijst er vervolgens snedig op dat de verdachte die in zijn Drenthe voorbeeld na aanhouding niet in één van de belangrijke politieposten wordt opgehouden, maar bijvoorbeeld in Beilen, Roden of Coevorden, nog steeds geen onverwijld consultatiebijsluiting krijgt. Die verdachte moet ofwel wachten totdat een advocaat hem kan bezoeken ofwel wachten tot hij wordt overgebracht naar een politiebureau alwaar wel een piketadvocaat is gestationeerd. Het moet dus volgens de commissie ingrijpend anders. Ten aanzien van het consultatiericht stelt zij voorop dat deze vorm van rechtshulp vooral draait om informatievervalsing en advisering. Na aankomst op het politiebureau moet de verdachte onverwijld informatie kunnen krijgen over de loop van het strafproces, over de aan de strafvorderlijke overheid toekomende bevoegdheden en over de aan hem, verdachte, toegekende rechten. Daarnaast moet de aangehouden verdachte op basis van de op dat moment

bekende feiten en omstandigheden snel een advies kunnen krijgen over de in te nemen proceshouding. Kort en goed: de verdachte in een moordzaak moet vooral worden gewezen op zijn zwijgrecht en zal in veel gevallen worden geadviseerd vooralsnog van dat recht gebruik te maken, terwijl de wildplasser vooral duidelijk moet worden gemaakt dat hij binnen twee weken verzet kan aantekenen tegen de hem in het kader van een ZSM-aftoening uit te reiken strafbeschikking.

In het kader van de ZSM-aftoening zijn de mogelijkheden tot rechtsbijsluiting volgens de commissie verder beperkt. Een betekenisvolle rol van een raadsman in dat kader is eenvoudigweg onmogelijk, omdat onvoldoende gegevens aan hem (kunnen) worden verstrekt voor een inhoudsvolle advisering van de verdachte. Rechtshulp in dat kader is dus beperkt tot informatievoorziening:

"De belemmeringen voor een goede rechtshulpverlening vanwege de dynamiek en vormgeving van de ZSM en de onevenredige belasting van deelname voor rechtshulpverleners, zijn belangrijke redenen voor de strafrechtadvocaat om niet aan de aftoeningstafel plaats te nemen. (...) De ZSM activeert wel een behoefte aan informatievervalsing over de aard van de ZSM-procedure, over de consequenties van een strafbeschikking, de mogelijkheid daartegen tijdig in verzet te komen en daarvoor rechtsbijsluiting te krijgen."²¹

Ten aanzien van de bijsluiting tijdens verhoren, maakt de commissie een onderscheid tussen verschillende facetten: in de voorbereiding moet de verdachte relevante informatie krijgen en worden geadviseerd, terwijl tijdens het verhoor vooral de verklaringsvrijheid moet worden bewaakt en op een nauwkeurige verslaglegging moet worden toegezien.

Op basis van deze inventarisatie van vormen van rechtshulpverlening in de eerste fase van het strafproces komt de commissie tot haar voorstellen. Zij heeft voor de organisatie van de rechtshulp inspiratie opgedaan bij het in de medische sector ontwikkelde model van dienstverlening buiten kantooruren. Dat komt erop neer dat in zogenaamde spoedposten – die veelal aan EHBO-afdelingen van ziekenhuizen zijn gekoppeld – door een daartoe opgeleide verpleegkundige aan de hand van protocollen wordt beoordeeld of, en zo ja: welke, (gespecialiseerde) arts moet worden ingeschakeld. Daarnaast heeft de commissie zich laten voorlichten over de mogelijkheden van videoconsultatie, waarbij haar is gebleken dat voor het vertrouwelijk karakter van het overleg tussen verdachte en rechtshulpverlener voldoende technische garanties kunnen worden gegeven. De combinatie daarvan leidt tot het

20 D.V.A. Brouwer 2013.

21 Commissie Innovatie Strafrechtadvocaat 2012, p. 23.

voorstel de (eerste) consultatie in handen te leggen van rechtshulpverleners die door middel van een videoconsult primair informatie verschaffen aan de verdachte en die bovendien beoordelen of er redenen zijn – die liggen in de aard van de verdenking en/of in de persoon van de verdachte – een raadsman in te schakelen voor een persoonlijk consult. Deze beoordeling en selectie noemt de commissie, in navolging van het spraakgebruik in de medische sector, *triage*.²³ Een centrale organisatie van die triage heeft volgens de commissie vele voordelen. Dat model kan bijvoorbeeld de enorme toename aan werkzaamheden in de consultatiefase het hoofd bieden, zeker indien deze hulpvorm automatisch – en dus ook voor de lichtste zaken – standaard wordt gegeven en geen mogelijkheid voor de verdachte bestaat daarvan afstand te doen. In een centrale organisatie kan door scholing en aan de hand van richtlijnen, protocollen en scripts bovendien worden gewerkt aan de best mogelijke informatievoorziening en een juiste selectie van zaken. De medewerkers van dit triagesysteem zijn geen advocaten, maar zouden wel onder verantwoordelijkheid van een (ervaren) advocaat moet werken. Voor die medewerkers zouden een geheimhoudingsplicht en een verschoningsrecht moeten gelden, vergelijkbaar met advocaten. Daarom worden deze medewerkers door de commissie als advocaat-assistenten aangeduid, waarvoor een daarop toegesneden wettelijk kader moet worden gecreëerd.

Een assistent kan volgens de commissie ook worden ingezet in het kader van de bijstand tijdens het verhoor. Met name in eenvoudige zaken kan het volgens de commissie verantwoord zijn dat een assistent voor de raadsman waarnaemt tijdens het verhoor. Die waarneming kan alleen onder verantwoordelijkheid en in opdracht van de betrokken raadsman plaatsvinden. Daarmee is de inzet van assistenten een verantwoordelijkheid van individuele raadslieden en hun kantoren en dus niet van de balie. Omdat niet elk kantoor zich de kosten van een dienstverband van een assistent kan veroorloven, stelt de commissie voor te bevorderen dat lokale samenwerkingsverbanden worden opgezet, zodat een “cluster” van kantoren’ een assistent in dienst kan nemen.

4. Een waardering van de commissievoorstellen

De commissie verdient lof. Hoewel het rapport wordt ontsierd door taalfouten en bovendien de leesbaarheid had kunnen worden bevorderd door een

strakkere opbouw en structuur van het betoog, is het zonder meer een verdienste van de commissie dat zij bereid en in staat is gebleken voorstellen te formuleren die werkelijk vernieuwend zijn. De commissie heeft de vertouwde kaders ter discussie gesteld. Zij houdt de betrokkenen bij de strafrechtspiegeling als het ware een spiegel voor. Die spiegel toont geen fraai beeld. De balie wordt bijvoorbeeld geconfronteerd met de vaststelling dat de verbetering van de rechtspositie van de verdachte burger door consultatie, bijstand en door verhoorbijstand in veel gevallen niet meer dan een papieren figuur blijkt te zijn, omdat de strafrechtadvocaat er niet slaagt onmiddellijk – dus zonder vertraging – bijstand te verlenen. De protagonisten van de ZSM-afdoening wordt op hun beurt voorgehouden dat rechtshulp in dat kader niet meer kan inhouden dan informatieverstrekking aan de verdachte en dat betekenisvolle rechtsbijstand niet mogelijk is, omdat zaaksinhoudelijke informatie daartoe ontbreekt.²³ Beide vaststellingen zijn naar ons oordeel op overtuigende wijze onderbouwd.

In de ZSM-werkwijze brengen de voorstellen van de commissie uiteindelijk weinig verandering. Meer dan dat door middel van een videoconsult enige informatie kan worden gegeven aan de verdachte, zit er volgens de commissie in dit verband nu eenmaal niet in. Daaruit trekt zij de terechte conclusie dat deze vorm van rechtshulp kan worden overgelaten aan medewerkers van de organisatie die verantwoordelijk is voor het videoconsult en de daaropvolgende selectiebeslissing. Wij onderschrijven deze laatste conclusie, maar wij willen nog wel een stap verdergaan. De balie behoort onzes inziens bij de huidige stand van zaken nadrukkelijk haar bezwaren tegen de bestaande invulling van de ZSM-afdoening kenbaar te maken, die voortvloeien uit de vaststelling dat daarin geen plaats is ingeruimd voor adequate rechtsbijstand, dat wil zeggen: zinvolle rechtsbijstand die is gebaseerd op inhoudelijke kennis van zaken. Onder die omstandigheden moet de strafrechtadvocaat aan deze werkwijze geen schijn van legitimiteit geven door bijvoorbeeld aan de ZSM-afdoeningstafel plaats te nemen of door informatie in het kader van een videoconsult te verstrekken. Als het rechtsgehalte van de ZSM-afdoening onder de maat is en niet door betekenisvolle rechtsbijstand op peil kan worden gebracht, moet de balie deze nieuwe werkwijze fundamenteel ter discussie stellen. Om het nog maar eens in de woorden van De Roos te zeggen: ‘De advocatuur zal zich niet moeten toelagen op het verleggen, maar op het *terug*leggen van de grenzen, die ten gevolge van een even creatief als repressief apparaat [...] voortdurend dreigen te verschuiven.’²⁴ De concentratie van macht die de rechtsfiguur

²³ Commissie Innovatie Strafrechtadvocatuur 2012, p. 23.

²⁴ De Roos 1991, p. 47.

²² Commissie Innovatie Strafrechtadvocatuur 2012, p. 27.

van de strafbeschikking veroorzaakt door de verantwoordelijkheid voor de opsporing, de vervolging, de bestraffing en de tenuitvoerlegging bij het openbaar ministerie neer te leggen, is reeds een probleem. Dat probleem overschrijdt naar ons oordeel in elk geval rechtsstatelijke grenzen, indien die samenballing van machtsuitoefening ook nog eens onder de tijdsdruk van de termijn van artikel 61 Sv moet uitmonden in een afdoeningsbeslissing. Een fundamentele heroverweging is daarom nodig. Daarbij zouden buitenlandse ervaringen met vonnisafspraken betrokken kunnen worden. Het rechtsgehalte daarvan is, in vergelijking met de ZSM-afdoening via strafbeschikkingen, superieur.²⁵

Het systeem van triage dat de commissie voorstelt voor de eerste consultatie heeft ten opzichte van de huidige praktijk het grote voordeel dat in beginsel aan alle aangehouden verdachten relevante informatie wordt gegeven. Het model heeft in die zin een duidelijke meerwaarde: niet alleen in de zogenoemde A-zaken, maar ook in de B- en C-zaken kan immers via een videoconsult standaard informatie worden gegeven aan de verdachte. De praktijk van een onzuivere afstand van recht kan daarmee worden beëindigd. Bovendien kan op basis van een dergelijk consult – aan de hand van protocollen en onder toezicht van een ervaren advocaat – worden besloten of een persoonlijk onderhoud met een raadsman wenselijk of noodzakelijk is. Indien de vertrouwelijkheid van het consultatiegesprek kan worden gegarandeerd – zowel feitelijk door technische voorzieningen als juridisch door een verschoningsrecht en een geheimhoudingsplicht – zien wij geen bezwaren tegen het gebruik van telecommunicatieverbindingen en stuit ook de inzet van assistenten in dit verband volgens ons niet op fundamentele bezwaren. Daarbij weegt zwaar dat consultatiebijstand *in optima forma* – dat wil zeggen: in alle gevallen en onverwijld – binnen de huidige kaders niet adequaat door gespecialiseerde strafrechtadvocaten kan worden verleend. Indien wordt onderkend dat het belang van de verdachte wordt gediend door directe informatieverstrekking en dat na de eerste consultatie alsnog een gespecialiseerd advocaat kan worden ingeschakeld, verdient dit voorstel van de commissie steun. Het zou de duidelijkheid ten goede komen, indien deze consultatieronde als informatieve rechtshulp wordt aangemerkt die een fundamenteel ander karakter heeft dan de rechtsbijstand die door een (gespecialiseerd) advocaat worden verleend. Alleen de advocaat kan bijstand

verlenen die volgens het EHRM van cruciaal belang is voor de eerlijkheid van de eerste fase van het strafproces.

Aanzienlijk minder enthousiast zijn wij over het commissievoorstel om assistenten in te zetten voor rechtsbijstand tijdens het politieverhoor. Het gaat ons niet primair om de talrijke praktische problemen die dit voorstel oproept. Een ieder die de tijd neemt na te denken over bijvoorbeeld de suggestie dat een cluster van kantoren een assistent in dienst neemt die tijdens verhoren kan waarnemen voor advocaten, zal zich vermoedelijk realiseren dat die niet uitgewerkte gedachte een niet al te hoog realiteitsgehalte heeft. Wat ons betreft stuit dit voorstel vooral op een fundamenteel bezwaar. Rechtsbijstand kan naar onze overtuiging slechts door (bij voorkeur: gespecialiseerde) advocaten worden verleend. Dat geldt dus ook voor bijstand tijdens een politieverhoor. Een assistent kan informatie verstrekken en op die wijze rechtshulp geven. Een assistent kan evenwel geen taken waarnemen (of: overnemen) die de rol van de raadsman in het strafproces bepalen. De aanwezigheid van een raadsman tijdens het politieverhoor strekt ertoe de verklaaringsvrijheid van de verdachte te waarborgen en zij draagt bij aan een adequate verslaglegging van vraag en antwoord in een proces-verbaal van verhoor. Zeker in de Nederlandse procescultuur die zo sterk leunt op de resultaten van het vooronderzoek, zijn dat cruciale taken. De verantwoordelijkheid daarvoor kan niet op een assistent, die geen advocaat is, worden overgedragen.

Steun voor die gedachte kan worden gevonden in de resultaten van het onderzoek van Stevens en Verhoeven naar de experimenten met rechtsbijstand tijdens het politieverhoor. De aanwezigheid van een raadsman leidt, zo blijkt, tot minder intimidatie van een verdachte tijdens het verhoor. Zij heeft bovendien tot gevolg dat verdachten vaker gebruik maken van hun zwijgrecht.²⁶ Deze bevindingen laten zien dat een nauw verband kan bestaan tussen verhoorbijstand en de verklaaringsvrijheid van de verdachte. Omdat die verklaaringsvrijheid op haar beurt de belangrijkste uitwerking is van het concept dat de verdachte in vrijheid zijn proceshouding moet kunnen bepalen, is op dit terrein een hoofdtaak voor de strafrechtadvocatuur weggelegd. De autonomie van de verdachte in het strafproces bewaken, behoort tot de kern van de verdediging in strafzaken. Dat is een taak van een raadsman die rechtsbijstand verleent. Dat is geen taak die kan worden overgedragen aan een assistent die geen advocaat is.

²⁵ Zie over vonnisafspraken L.J.J. Peters, *Vonnisafspraken in strafzaken. Een rechtsvergelijkende studie naar een vorm van onderhandelingsjustitie in Italië, Duitsland en Frankrijk* (dissertatie Nijmegen), Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2012 en van dezelfde auteur 'Onderhandelen op het continent: vonnisafspraken in strafzaken', *DD* 2013, 2.

²⁶ Stevens & Verhoeven 2010, p. 138-139.

5. Tot slot

Als van de gedachte dat de verdachte procespartij is iets terecht wil komen, zo merkte Theo de Roos in zijn Maastrichte oratie op, dan is een bepaald minimum aan deskundige bijstand vereist.²⁷ Recente ontwikkelingen die in deze bijdrage zijn besproken, onderstrepen zowel de juistheid van die observatie als de noodzaak tot een aanvulling daarop. Direct na de aanhouding gaat het niet alleen om deskundige bijstand, maar ook om deskundige rechtshulp. De voorstellen van de Commissie Innovatie Strafrechtadvocatuur tot het opzetten van een systeem van triage voorzien daarin op creatieve wijze. Maar zodra meer moet gebeuren dan informatie verstrekken, gaat rechtshulp over in rechtsbijstand. Verhoorbijstand kan niet aan assistenten worden overgelaten, omdat de aanwezigheid niet slechts strekt tot het geven van inlichtingen. Voor de positie van de verdachte als procespartij tijdens een verhoor is, zo zeggen wij De Roos na, een minimum aan deskundige bijstand nodig. Dat is bij uitstek de taak van de (bij voorkeur: gespecialiseerde) advocaat. Die verantwoordelijkheid kan hij niet afschuiven. Het systeem behoort dat ook niet mogelijk te maken.

15 *Ultima ratio* en criteria voor strafbaarstelling in Europees perspectief

Marc Groenhuysen & Jannemieke Ouwkerk *

1. Inleiding

Deze bijdrage gaat in essentie over de vraag wanneer mag worden overgegaan tot strafbaarstelling van als onwenselijk ervaren gedrag. Dit is een nogal belegen vraag, die in de traditionele dogmatische literatuur al vaak aan de orde is gesteld. Het is algemeen bekend dat in het tijdvak waarin de invoering van ons Nederlandse Wetboek van Strafrecht in discussie was, de vraag vooral werd beantwoord in de sleutel van het bezwerende criterium van 'strafrecht als laatste redmiddel', als *ultimum remedium*. Modderman, toch al geen vreemde in de wereld van de strafrechtsgeschiedenis, is waarschijnlijk op geen enkel onderdeel van zijn beroepsleven zo vaak geciteerd als juist op dit overbekende punt.

In de loop van de twintigste eeuw is het vraagstuk toch wel aanmerkelijk genuanceerder en meer diepgravend behandeld. De uniforme en eendimensionale maatstaf van de *ultima ratio* werd vervangen door een fijnmaziger set van beoordelingsfactoren. Gaandeweg kregen die steeds vaker de aanduiding van 'criteria voor strafbaarstelling'. Het zou de historische werkelijkheid onrecht doen om de pioniers op dit terrein geheel ongenoemd te laten. Dus vermelden we trouw en met gepast respect illustere grote voorgangers als Hulsman en Van Bemmelen, die op dit punt baanbrekend werk hebben verricht.¹

■ Hoogleraar straf(proces)recht en victimologie aan de Universiteit van Tilburg, respectievelijk universitair docent strafrecht aan de Universiteit van Tilburg.

1 L.H.C. Hulsman, 'Criteria voor strafbaarstelling', in: *Strafrecht te-recht?*, Baarn 1972, p. 80-92;

J.M. van Bemmelen, 'Positieve criteria voor strafbaarstelling', in: J.F. Glastra van Loon e.a. (red.), *Spectulum Langemeijer*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1973, p. 1-14.

27 De Roos 1991, p. 29.