

Toegang tot het dossier²

19

1 Inleiding

Het strafdossier is één van de meest centrale elementen van het Nederlands strafprocesrecht: het vormt het integrerende mechanisme dat de verschillende fasen van het strafproces aan elkaar verbindt.³ Zonder het dossier kan dat proces niet bestaan, althans niet adequaat functioneren: 'the file serves as the repository of information gradually assembled and decisions made en route; it is the spinal cord of the entire proceedings'.⁴ Vanuit die achtergrond is verklaarbaar en voorspelbaar dat procespartijen – en meer in het bijzonder de verdediging – een essentieel belang hebben bij het tijdig kunnen kennisnemen van de inhoud van dat strafdossier. Daarenboven is van belang dat op enigerlei wijze verzekerd is dat het strafdossier zoals dat voor de verdediging (tijdig) ter beschikking komt, alle informatie bevat die noodzakelijk is om de verdediging adequaat te kunnen voorbereiden en voeren.⁵ Sinds de inwerkingtreding van het Wetboek van Strafvordering in 1926 bevat het wetboek dan ook een aantal bepalingen, dat beoogt te garanderen dat aan beide aspecten recht wordt gedaan, in laatste instantie door – in het voorbereidend onderzoek – een beroep te (kunnen) doen op de (raadkamer van de) rechtbank.

Als gevolg van een recente wijziging van het Wetboek van Strafvordering⁶ is de rol van de raadkamer tijdens het voorbereidend onderzoek in dat opzicht inmiddels evenwel uitgespeeld. De tot 1 januari 2013 door de rechtbank vervulde rol wordt vanaf dat moment ingenomen door de rechter-commissaris in strafzaken: op de voet van artikel 30 lid 2 Sv is het thans de rechter-commissaris die als toetsingsrechter tot taak heeft tijdens het voorbereidend onderzoek te waken over de toegang tot het dossier voor de verdachte en diens raadsman en die de officier van justitie onder meer een termijn kan stellen binnen welke die toegang dient te worden gerealiseerd en waaruit die toegang dient te bestaan indien daarover verschil van inzicht bestaat tussen de verdediging en de officier van justitie (artikel 32 lid 4 Sv). Het is voorts de rechter-commissaris die de officier van justitie op de voet van artikel 34 Sv respectievelijk artikel 149b Sv kan machtigen om bepaalde (door de verdediging verzochte) documenten niet aan het dossier toe te voegen, dan wel permanent buiten het dossier te houden vanwege de in artikel 187d Sv genoemde belangen.

De verdediging heeft daarbij een 'signaalfunctie': het kan (en moet) 'piepen' als de toegang tot het dossier door de officier van justitie niet of niet tijdig plaatsvindt, dan wel het dossier naar het oordeel van de verdediging niet volledig is. Het kader waarbinnen de beoordeling van die signalen door de rechter-commissaris moet plaatsvinden is door de wetgever evenwel maar ten dele genormeerd. Die gebrekkige normering, die in dit artikel nader zal worden uitgewerkt en van commentaar zal worden voorzien, heeft potentieel grote gevolgen

-
1. Hoogleraar strafrechtspraktijk aan de Universiteit Utrecht en (strafrecht-)advocate te Amsterdam.
 2. Citeerwijze: P.T.C. Kampen, 'Toegang tot het dossier', *DD* 2013, 19.
 3. Vgl. Mirjan R. Damaska, *The Faces of Justice and State Authority. A comparative Approach to the Legal Process*, New Haven: Yale University Press 1986, p. 50.
 4. *Idem*, p. 183.
 5. Vgl. ook A.A. Franken, Regels voor het strafdossier, *DD* 2010, p. 403-418.
 6. Wet van 1 december 2011, *Stb.* 2011, 601 (hierna: Wet processtukken), in werking getreden op 1 januari 2013 (*Stb.* 2012, 408).

voor de positie van de verdediging – en daarmee voor die van de rechter-commissaris – in het vooronderzoek.

2 Toegang tot het dossier bij de totstandkoming van het Wetboek van Strafvordering

Tot 1 januari 2013 was het recht om kennis te kunnen nemen van de processtukken in hoofdzaak dezelfde, als in 1911-1913 ontworpen. De gedachte achter die regeling – in het Oorspronkelijk Regeringsontwerp (ORO) vervat in artikel 31-32 – was dat een strafproces eerst dan als ‘werkelijk accusatoir’ kon worden gekenschetst, ‘wanneer daarin de met de vervolging belaste Overheid en de verdachte beide als zelfstandige, in hoofdzaak gelijk gerechtigde procespartijen zijn erkend’.⁷ Vanuit die gedachte werden in het ontwerp – in tegenstelling tot het toen vigerende wetboek⁸ – in het vooronderzoek aan de verdachte voor het eerst belangrijke rechten toegekend. Daaronder bevond zich ‘de zeer ruime bevoegdheid tot de kennisneming der processtukken’,⁹ zoals thans nog geregeld in artikel 30 en artikel 31 Sv, waarbij overigens gold dat het recht tot het nemen van *afschrift* de verdachte eerst toekwam na het in artikel 31 Sv genoemde tijdstip, en derhalve eerst na het moment waarop (kort gezegd) het gerechtelijk vooronderzoek werd gesloten, dan wel een kennisgeving van verdere vervolging of een dagvaarding aan de verdachte werd betekend.¹⁰

Het recht van de raadsman om van de processtukken kennis te nemen was in het ORO afzonderlijk geregeld in artikel 47-51. Daar trof men ook de bepalingen aan die tot 1 januari 2013 waren opgenomen in artikel 31 en 32 Sv, te weten dat *bepaalde* processtukken de raadsman (na inwerkingtreding: de verdachte) niet mochten worden onthouden en dat de raadsman, indien hem de kennisneming van processtukken werd onthouden, daartegen (binnen 3 dagen) een bezwaarschrift kon indienen bij (de raadkamer van) de rechtbank. Ook daar was de gedachte dat de raadsman, ‘voor zover de belangen van het onderzoek zulks gedoogen, de ruimste gelegenheid tot het volgen van den loop en de beïnvloeding van de richting van het onderzoek moet worden geboden’.¹¹

De bepaling waarin de raadsman de gelegenheid werd geboden om een bezwaarschrift tegen de onthouding van processtukken in te dienen bij de rechtbank werd door de Raad van State evenwel onnodig (en ongewenst) gevonden.

“Het zal toch in vele gevallen tot ongewenst oponthoud van het onderzoek aanleiding kunnen geven terwijl het college, waarbij het beroep wordt ingesteld, zich haastig in eene mogelijk zeer ingewikkelde zaak zal moeten inwerken en de rechter-commissaris geacht mag worden de oogenblikkelijke omstandigheden het beste te kunnen beoordelen. Aan dezen kan met vertrouwen de beslissing worden overgelaten.”¹²

7. ORO, *Kamerstukken 1913/14*, 286, nr. 3, p. 56.

8. Onder het toenmalig geldende Wetboek van Strafvordering uit 1838 had de verdachte in het algemeen eerst na de betekening van de beschikking tot verwijzing van de zaak naar de rechter, dan wel de dagvaarding ter terechtzitting het recht om ter griffie inzage te nemen van de processtukken, voor zover de verdachte zich althans niet in verzekerde bewaring bevond. Zie de toelichting bij het ontwerp van de Staatscommissie, p. 70. Zie over dit wetboek voorts P.P.J. van der Meij, *De driehoeksverhouding in het strafrechtelijk vooronderzoek* (diss. Leiden), Kluwer: Deventer 2010, p. 33 e.v.

9. ORO, *Kamerstukken 1913/14*, 286, nr. 3, p. 56.

10. *Idem*, p. 72.

11. *Idem*, p. 76.

12. Zie het advies van de Raad van State d.d. 28 december 1913, nr. 32, p. 11.

Het advies van de Raad van State werd door de wetgever niet gevolgd. Weliswaar werd op voorstel van de Tweede Kamer ook voor de verdachte voorzien in het recht om op te komen tegen een weigering om hem van (bepaalde) processtukken te laten kennisnemen, maar de daartoe aangewezen rechter betrof conform het herziene ontwerp (een lid van) de rechtbank,¹³ en niet de rechter-commissaris, die binnen de context van het gerechtelijk vooronderzoek op grond van het wetsvoorstel zelf verantwoordelijk was voor het verstrekken van processtukken aan de verdachte en zijn raadsman.

In het nadien zonder verdere beraadslaging en zonder hoofdelijke stemming aangenomen ontwerp¹⁴ luidden de bepalingen dan ook aldus dat de verdachte tijdens het voorbereidend op zijn verzoek een recht had om kennis te kunnen nemen van de processtukken, welk recht hem ten aanzien van bepaalde stukken – niet zijnde de in artikel 31 Sv genoemde stukken – kon worden geweigerd in het belang van het onderzoek (artikel 30 Sv), tegen welke weigering de verdachte binnen 14 dagen een bezwaarschrift kon indienen 'bij het gerecht waartoe het openbaar ministerie of de rechter-commissaris behoort', dat zo spoedig mogelijk besliste. Met het oog op de positie van de raadsman bepaalde artikel 51 Sv in dat kader dat de artikelen 30-34 Sv ter zake van overeenkomstige toepassing waren.

Gecombineerd met de bepaling in artikel 152 Sv dat opsporingsambtenaren verplicht waren 'ten spoedigste' proces-verbaal op te maken van het door hen opgespoorde strafbare feit en van hetgeen door hen tot opsporing werd verricht of bevonden, werd zo bereikt dat de verdediging tijdig toegang had tot een adequaat samengesteld dossier, zodat het daaropvolgende proces 'als werkelijk accusatoir' kon worden gekenschetst. Dat was althans kennelijk de gedachte van de toenmalige wetgever.

3 De Wet processtukken

In de tussenliggende 85 jaar sinds de inwerkingtreding van het huidige Wetboek van Strafvordering veranderde er in dat opzicht (bijna) niets, anders dan dat de Hoge Raad (onder meer) de term 'processtukken' nader omlijnde¹⁵ en bepaalde dat niet altijd (een volledig uitgewerkt) proces-verbaal behoeft te worden opgemaakt.¹⁶ Het uitgangspunt dat de (raadkamer van de) rechtbank oordeelde over discussies omtrent de toegang tot het dossier en de inhoud daarvan bleef al die tijd onaangetast en overigens ook zonder kritiek, anders dan dat het soms wel heel lang duurde voordat een bezwaarschrift tegen het (feitelijk) onthouden van processtukken door de raadkamer werd behandeld.¹⁷ De kritiek richtte zich in plaats daarvan vooral op de wijze van verslaglegging in het dossier, de praktisch bestaande mogelijkheid om 'onderzoeksmateriaal' de status van processtuk te onthouden en het door de officier van justitie deels toevoegen van processtukken uit andere onderzoeken zonder daarin volledig te zijn.¹⁸

13. Vgl. *Kamerstukken II* 1917/18, nr. 77-1, p. 26.

14. Zie *Kamerstukken II* 1920/21, nr. 18, p. 1930 (artikelen 31-34) en p. 1967 (artikel 47 en artikel 155).

15. Vgl. o.a. HR 7 mei 1996, *NJ* 1996, 687 m.nt. Sch (*Dev Sol*).

16. Vgl. o.a. HR 19 december 1995, *NJ* 1996, 249 (*Zwolsman*).

17. Vgl. het Preadvis van de Adviescommissie Strafrecht over het wetsvoorstel (voluit: Preadvis Adviescommissie Strafrecht inzake herziening regels betreffende processtukken in strafzaken) d.d. 8 januari 2010, p. 6. Zie ook R.H. Hermans, 'Kennisneming van processtukken in het voorbereidend onderzoek in strafzaken', *DD* 2009, p. 494-526 (p. 514-518).

18. Vgl. Franken 2010.

Een aantal van deze kritiekpunten is door de wetgever thans (deels) van een antwoord voorzien. Zo bevat de wet thans – sinds 1 januari 2013 – een wettelijke definitie van de term ‘processtukken’ (artikel 149a lid 2 Sv),¹⁹ bepaalt de wet dat de kennisneming van processtukken de verdachte op diens verzoek (in ieder geval) vanaf het eerste verhoor na aanhouding niet meer mag worden onthouden (artikel 30 lid 1 Sv), is voorzien in de mogelijkheid dat de officier van justitie door de rechter-commissaris op verzoek van de verdediging aan een termijn wordt gebonden waarbinnen de processtukken moeten worden verstrekt (artikel 30 lid 2 Sv), en is voorts voorzien in de mogelijkheid dat de verdachte de officier (schriftelijk en gemotiveerd) verzoekt om specifiek omschreven stukken die hij van belang acht voor de beoordeling van zijn zaak, bij de processtukken te voegen (artikel 34 lid 1 Sv). Daarin ligt een aantal knelpunten besloten. Zo definieert de wet bijvoorbeeld niet wanneer de verdachte de rechter-commissaris exact om een termijn kan verzoeken, is onduidelijk of ook thans nog tegen een fictieve weigering kan worden opgekomen, stelt de wet geen sanctie op overschrijding van de door de rechter-commissaris gestelde termijn door de officier van justitie, en kunnen vraagtekens worden gesteld bij de wettelijke definitie van de term ‘processtukken’ en het eerste moment van kennisneming.²⁰

De wetgever zag evenwel aanleiding om in de Wet processtukken ook een wijziging aan te brengen in de positie van de persoon/functionaris die verschillen van mening tussen de officier van justitie en de verdediging met betrekking tot de toegang of inhoud van het dossier dient te beoordelen. Dat is op grond van de huidige wet de rechter-commissaris en niet langer de raadkamer van de rechtbank. Daarmee keert de wetgever als het ware – zij het binnen een belangrijk gewijzigde context²¹ – terug naar de suggestie van de Raad van State uit 1913. De achtergrond van de wijziging ligt in de heroriëntatie op de positie van de rechter-commissaris, welke heroriëntatie mede is ingegeven door de resultaten van het project *Strafvordering 2001*.²² Uitgangspunt van de wetgever is thans dat de rechter-commissaris niet langer een onderzoeksrechter is, maar (veeleer) een ‘rechter in het voorbereidend onderzoek’ die toezicht houdt op het goede verloop van het onderzoek,²³ en meer in het bijzonder de voortgang van het opsporingsonderzoek, de rechtmatige toepassing van opsporingsbevoegdheden, en de evenwichtigheid en volledigheid van het onderzoek. In de

19. Volgens artikel 149a lid 2 Sv behoren tot de processtukken alle stukken die voor de ter terechtzitting door de rechter te nemen beslissingen redelijkerwijs van belang kunnen zijn, behoudens het bepaalde in artikel 149b Sv. Laatstgenoemd artikel bepaalt dat de officier met machtiging van de rechter-commissaris de bevoegdheid heeft om de voeging van bepaalde stukken of gedeelten daarvan (permanent) bij de processtukken achterwege te laten indien dat noodzakelijk is met het oog op de in artikel 149b Sv genoemde belangen.

20. Zie omtrent deze en andere knelpunten van de Wet processtukken onder meer R.H. Hermans, ‘Nieuwe regels voor de kennisneming van processtukken’, *DD* 2012, p. 290-308 en P. van Kampen & D. Hein, ‘Strijd om stukken: de Wet processtukken’, *NJB* 2013, p. 72-78.

21. Ten tijde van de suggestie van de Raad van State vervulde de rechter-commissaris als leider van het gerechtelijk vooronderzoek (gvo) in een groot aantal strafzaken nog daadwerkelijk de functie van onderzoeksrechter. In veel gevallen diende de officier van justitie ook daadwerkelijk een gvo te vorderen, omdat de hem toekomende bevoegdheden (te) beperkt waren. Door een veelheid van oorzaken raakte het gvo in de jaren nadien op de achtergrond; daarmee werd ook de betrokkenheid van de rechter-commissaris als onderzoeksrechter meer beperkt. Een daadwerkelijke onderzoeksrechter is de rechter-commissaris thans niet meer, althans niet meer systematisch of automatisch: alleen indien hem het verzoek wordt gedaan om onderzoekshandelingen te verrichten, is de rechter-commissaris nog – min of meer – als zodanig bij het strafrechtelijk onderzoek betrokken.

22. Vgl. o.a. M.S. Groenhuijsen & G. Knigge (red.), *Het vooronderzoek in strafzaken. Tweede interimrapport Onderzoeksproject Strafvordering 2001*, Deventer: Kluwer 2001, o.a. p. 45-51 en M.S. Groenhuijsen & G. Knigge, *Afronding en Verantwoording. Eindrapport Onderzoeksproject Strafvordering 2001*, Deventer: Kluwer 2004, p. 102-103.

23. *Kamerstukken II* 2009/10, 32 468, nr. 3, p. 3.

visie van de wetgever maakt de nieuwe toezichthoudende rol van de rechter-commissaris hem bij uitstek het aanspreekpunt voor de verdediging waar het gaat om het bewaken van de evenwichtigheid en de volledigheid van het onderzoek.²⁴ De meerwaarde van de tussenkomst van de rechter-commissaris ligt naar het oordeel van de wetgever in het rechterlijke karakter van zijn optreden, dat hem in staat stelt om toezicht uit te oefenen en in voorkomende gevallen afwegingen te maken tussen de verschillende belangen van de procesdeelnemers.²⁵ Toegespitst op de Wet processtukken krijgt die toezichthoudende rol onder meer gestalte 'door een aanvullende rol van de rechter-commissaris bij het effectueren van het inzagerecht van de verdachte en bij de besluitvorming inzake het al dan niet voegen van stukken bij de processtukken en het verstrekken van afschriften'.²⁶

Voor deze positiewijziging was naar het oordeel van de wetgever ook temeer aanleiding, omdat de raadkamer van de rechtbank gelet op het beginsel van interne openbaarheid niet beschikt over de bevoegdheid om (tijdens de raadkamerprocedure) zelf overlegging van de onthouden stukken te bevelen, vanuit de gedachte dat de raadkamer niet meer weet of mag weten dan bij de behandeling van het bezwaarschrift (tegen het onthouden van stukken) besproken kan worden.²⁷ De rechter-commissaris komt die bevoegdheid volgens de wetgever wel toe en is daardoor naar het oordeel van de wetgever beter in staat om zich een oordeel te vormen over het onderzoeksbelang en het belang van de achtergehouden informatie in relatie tot andere beslissingen tijdens het voorbereidend onderzoek.²⁸ Door de overheveling van de toetsing naar de rechter-commissaris wordt het mogelijk om een volledige toetsing van (onder meer) de beperking van het inzagerecht te realiseren.²⁹ Goed nieuws derhalve voor de verdediging, zo concludeerde de wetgever althans zelf.³⁰

4 Gewijzigde positie(s): fictie en feit

De basis voor de ommezwaai ten faveure van de rechter-commissaris is evenwel een wankel, terwijl ook de uitwerking (althans het ontbreken daarvan) niet op alle punten geheel doordacht lijkt. Met name dat laatste heeft potentieel grote gevolgen voor de positie van de verdediging in strafzaken en daarmee ook voor de positie van de rechter-commissaris.

Het beginsel van interne openbaarheid

Eén van de redenen voor de wetgever om beslissingen ten aanzien van de processtukken naar de rechter-commissaris te verplaatsen, was zoals opgemerkt het beginsel van interne openbaarheid, dat wel voor de (raadkamer van de) rechtbank zou gelden, maar niet voor de rechter-commissaris. De wetgever verwijst daarbij naar een uitspraak van de Hoge Raad uit 2003 (NJ 2003, 636). Opmerkelijk is evenwel dat de Hoge Raad in genoemd arrest niet bepaalde dat de raadkamer van de rechtbank bij het beoordelen van het bezwaarschrift niet over andere stukken kan beschikken dan de verdediging. In plaats daarvan oordeelde de Hoge Raad in genoemde uitspraak dat waar de raadkamer van de rechtbank in de bewuste zaak kennelijk kennis nam van een faxbericht dat de officier van justitie aan de griffier toezond ná de behandeling van het bezwaarschrift tegen het onthouden van stukken in raad-

24. Kamerstukken II 2009/10, 32 177, nr. 3, p. 2.

25. *Idem*, p. 9.

26. Kamerstukken II 2009/10, 32 468, nr. 3, p. 3.

27. Kamerstukken II 2009/10, 32 468, nr. 3, p. 8 en p. 25. De wetgever verwijst hiervoor (op p. 8) naar HR 8 juli 2003, NJ 2003, 636.

28. Kamerstukken II 2009/10, 32 468, nr. 3, p. 25.

29. *Idem*, p. 8.

30. *Idem*, p. 8-9.

kamer, en de verdediging daarvan geen afschrift was verstrekt, terwijl de raadkamer kennelijk *evenmin* oordeelde dat artikel 23 lid 5 Sv toepassing diende te vinden, tot gevolg had dat het onderzoek in raadkamer en de daarop gebaseerde beschikking nietig waren. Daaruit zou voorzichtig kunnen worden afgeleid dat de raadkamer van de rechtbank naar het oordeel van de Hoge Raad wel degelijk de bevoegdheid heeft om zelf overlegging van stukken te bevelen, althans dergelijke stukken te ontvangen, en die stukken (expliciet) aan de verdediging onthouden indien en voor zover het belang van het onderzoek door het verstrekken van die stukken aan de verdediging ernstig wordt geschaad.³¹ In de praktijk werden door de raadkamer van de rechtbank binnen de context van (onder meer) bezwaarschriftprocedures dan ook met enige regelmaat stukken beoordeeld waarvan de verdediging het bestaan, althans de inhoud, niet kende.³² Dat de rechtbank – anders dan de rechter-commissaris – niet goed in staat zou zijn om zich een oordeel te vormen over het onderzoeksbelang, lijkt derhalve op een misverstand te berusten.

Maar afgezien daarvan lijkt de wetgever in dat verband onvoldoende te onderkennen dat in de nauwere betrokkenheid van de rechter-commissaris en het terzijde stellen van het beginsel van interne openbaarheid voor de rechter-commissaris binnen de context van de huidige Wet processtukken evenzeer een gevaar schuilt. Het thans gekozen uitgangspunt van de wetgever betekent immers en allereerst dat de rechter-commissaris bij het beoordelen van (onder meer) 'onthoudingsbeslissingen' met betrekking tot het dossier veel meer weet dan de verdachte, terwijl diezelfde rechter-commissaris in de vroege fase van de opsporing tegelijkertijd ook in potentie een veel grotere betrokkenheid bij de desbetreffende strafzaak heeft (gehad) dan de raadkamer van de rechtbank.³³ Het is immers diezelfde rechter-commissaris die – op basis van voor dat doel geschreven processen-verbaal – als 'machtigingsrechter' een machtiging kan hebben gegeven voor een doorzoeking in een woning ex artikel 97 lid 2 Sv, het tappen van telefoongesprekken ex artikel 126f Sv, het leggen van conservatoir beslag ex artikel 103 lid 1 Sv of het openen van een strafrechtelijk financieel onderzoek ex artikel 126 lid 3 Sv. Het gevaar is daarbij niet denkbeeldig dat de aldus opgedane kennis de rechter-commissaris 'bevoordeelt' met betrekking tot de vraag of er een onderzoeksbelang is dat rechtvaardigt dat aan de verdediging (bepaalde) processtukken al dan niet tijdelijk worden onthouden.³⁴ Het komt ook thans niet onregelmatig voor dat de rechter-commissaris, bijvoorbeeld bij de rechtmatigheidstoets ex artikel 59a Sv, blijk geeft over veel meer informatie te beschikken dan de verdediging over de start van het onderzoek en de onderzoeksbelangen die daarbij een rol spelen, en vanuit die 'verhoogde' positie zijn oordeel geeft, zonder die bestaande kennis met de verdediging te delen en zonder dat de verdediging derhalve in de gelegenheid is die informatie waar nodig of mogelijk tegen te spreken. Het maakt de beslissing van de rechter-commissaris ongrijpbaar, oncontroleerbaar en tot op grote hoogte onnavolgbaar voor de verdachte. Het is wat dat betreft niet geheel toevallig dat de raadkamer van de rechtbank naar het oordeel van de Hoge Raad (gelet op *NJ* 2003, 636) weliswaar voorbij kan gaan aan het beginsel van interne openbaarheid, maar dan wel uitdrukkelijk moet beoordelen (en overwegen) dat er een reden is om de aan de raadkamer in het kader van de bezwaarschriftprocedure verstrekte stukken aan de verdediging te onthouden, en dat die reden gelegen moet zijn in ernstige schade aan het onderzoeksbelang, indien de stukken wel aan de verdediging zouden worden verstrekt.

31. Vgl. ook Hermans 2009, p. 494-526.

32. Vgl. Rb. Amsterdam 7 oktober 2008, *NbSr* 2008, 426.

33. Dat is dan ook één van de redenen voor de wet: vergelijk *Kamerstukken II* 2010/11, 32 468, nr. 5, p. 19.

34. Vgl. Van Kampen & Hein 2013, p. 77.

Een dergelijke noodzakelijke, expliciete afweging ontbreekt in de huidige wet. Het gevaar is daarbij niet denkbeeldig dat minst genomen *de schijn* wordt gewekt de verdachte (wederom) is verwoorden tot een object van onderzoek waarover in de context van processtukken door de rechter-commissaris wordt geoordeeld, zonder dat de verdachte kennis draagt van de stukken op basis waarvan dat oordeel wordt gegeven en zonder dat evident duidelijk is dat daarvoor een reden is, gelegen in het belang van het onderzoek, althans ernstige schade aan dat belang indien de verdediging wel in deze stukken wordt gekend.

Nu zo men tegen het bovenstaande kunnen inbrengen dat deze duiding van de rol van de rechter-commissaris binnen de context van processtukken miskent dat het de *bedoeling* van de wetgever is geweest dat de rechter-commissaris toezicht houdt op het evenwicht tussen het onderzoeksbelang enerzijds, en de belangen van de verdediging anderzijds: vanuit die optiek is juist sprake van een compenserende rol van de rechter-commissaris ten opzichte van de (beperkte) rol van de verdachte in die context, vooral ook in de situatie dat (alleen) de verdediging de inhoud van de processtukken niet kent. Vanuit die gedachte lijkt het ook minder bezwaarlijk dat de rechter-commissaris ook op andere wijzen in het vooronderzoek kan zijn betrokken; de rechter-commissaris is er in die visie immers voor wat betreft de (verstrekking van) processtukken vooral ook 'voor de verdachte'.

In die gevallen waarin de rechter-commissaris eerst met betrekking tot een discussie over de processtukken in de zaak wordt betrokken, lijkt de rol van de rechter-commissaris inderdaad minder problematisch dan hiervoor geschetst. Maar in al die gevallen waarin de rechter-commissaris wel al – als machtigingsrechter – bij het onderzoek is betrokken, geldt dat de betrokkenheid van de rechter-commissaris binnen de context van het opsporingsonderzoek in die gevallen al een 'vorm' heeft aangenomen, waarbij voorts geldt dat de verdachte daarbij alleen de uitkomst van de beslissing van de rechter-commissaris (tot het verlenen van machtiging) verneemt en dan (meestentijds) bovendien alleen nog in die gevallen dat de rechter-commissaris daadwerkelijk een machtiging heeft verstrekt. Vanuit de *verdachte* bezien heeft de rol van de rechter-commissaris daarmee een evidente 'kleur' gekregen. Dat de rechter-commissaris, zodra het (vervolgens) om de processtukken gaat, de handen geheel vrij heeft om in aangewezen gevallen aan het verdedigingsbelang de voorkeur te geven, is een beetje als concluderen dat onrechtmatig verkregen bewijs dat door de strafrechter is uitgesloten van het bewijs geen effect heeft op de einduitspraak, omdat het daarop geen effect mag hebben. Het is ongetwijfeld juist, maar bij de verdachte (en de verdediging) komt dat nauwelijks 'aan'. Zoals Enschedé ooit zei, leidt het verbod van het gebruik van onrechtmatig verkregen bewijs immers vooral tot vervalsing van de motivering (en heeft het zelden gevolgen voor de beslissing).³⁵ Met andere woorden: het is niet gezegd dat het niet kán, maar wel dat de rechter-commissaris daardoor in een wat onhandig kader wordt geplaatst.

Hoor, wederhoor en de samenkomst daarvan bij de rechter-commissaris

Het risico dat de rechter-commissaris door de inhoud van de hem wel, maar de verdediging niet bekende processtukken – waaronder ook die processen-verbaal die de rechter-commissaris ter 'oge' zijn gekomen met het oog op (bijvoorbeeld) het verlenen van machtiging tijdens het opsporingsonderzoek – en de visie van de officier van justitie omtrent het al dan niet verstrekken van processtukken eenzijdig wordt 'beoordeeld', wordt in belangrijke mate in de hand gewerkt door het ontbreken van een adequate wettelijke normering van de besluitvorming door de rechter-commissaris.

35. Ch.J. Enschedé, 'Bewijzen in het strafrecht', *RM Themis* 1966, p. 516.

In de tijd dat de verdediging het recht toekwam om bezwaar te maken bij de raadkamer van de rechtbank, werd deze bezwaarschriftprocedure 'automatisch' geregardeerd door de bepalingen in artikel 21-25 Sv. Daarin ligt onder meer het recht van de verdachte en diens raadsman besloten om, zoals ook de officier van justitie, in raadkamer te worden gehoord, althans daartoe behoorlijk te worden opgeroepen (artikel 23 lid 2 Sv).

Een dergelijk algemeen wettelijk kader met een verplichte hoorplicht bestaat niet ten aanzien van besluitvorming door de rechter-commissaris en daarin wordt door de Wet processtukken evenmin in alle gevallen voorzien.³⁶ Een recht van de verdachte om te worden gehoord, althans opmerkingen te mogen maken, is wel opgenomen voor wat betreft een reeds ingediend bezwaarschrift tegen de onthouding van stukken ex artikel 30 lid 4 Sv, alsmede voor wat betreft het verzoek van de verdachte om de officier van justitie aan een termijn te binden voor het voegen van door de verdediging van belang geachte stukken ex artikel 34 lid 2 Sv. In het eerste geval hoort de rechter-commissaris de officier, en stelt hij de verdachte in de gelegenheid om opmerkingen te maken; in het tweede geval hoort de rechter-commissaris de officier en de verdachte. Of in het eerste geval het hoor en wederhoor derhalve ook 'samenkomt' bij de rechter-commissaris, blijkt uit de wet niet.³⁷

In alle andere gevallen bestaat een recht om te worden gehoord voor de verdediging überhaupt niet. Zo eist de wet merkwaardigerwijze (gelet op artikel 34 lid 2 Sv) niet dat de rechter-commissaris de verdachte hoort op zijn verzoek ex artikel 30 lid 2 Sv om de officier van justitie aan een termijn te binden voor het verstrekken van processtukken, en voorziet de wet evenmin in het horen van de verdachte na het indienen van een bezwaarschrift als bedoeld in artikel 32 Sv, gericht tegen het niet verstrekken van een afschrift van bepaalde processtukken of gedeelten daarvan.³⁸ In die gevallen hoort de rechter-commissaris alleen de officier van justitie,³⁹ hetgeen overigens ook betekent dat de verdediging thans – anders dan in het verleden – niet in de gelegenheid is om ten overstaan van de rechter-commissaris het bezwaarschrift van nadere argumenten/motivering te voorzien en daarin de meest recente stand van zaken te betrekken.

Voor de verdediging is bovendien niet voorzien in een recht van hoger beroep tegen enige beslissing ter zake door de rechter-commissaris.⁴⁰ Dat geldt ook voor de situatie dat de officier van justitie met machtiging van de rechter-commissaris besluit om bepaalde stukken of gedeelten daarvan – al dan niet op verzoek van de verdediging – (permanent) niet bij de stukken te voegen, vanwege de in artikel 187d Sv genoemde belangen: daarbij komt de verdediging – anders dan (later) een beroep te doen op de zittingsrechter – in het geheel geen rol toe.⁴¹

De reden om de verdachte in dat laatste geval geen recht op hoger beroep toe te kennen, is door de wetgever expliciet benoemd: de enige reële verwachting die men bij het toekennen van die mogelijkheid kan hebben, aldus de minister, 'is dat de verdachte bij een toewijzende

36. Vgl. Hermans 2012, p. 297.

37. Vgl. ook Hermans 2012, p. 297, die constateert dat hij nergens nieuwe voorschriften ter regulering van samenkomst van officier van justitie en verdediging ten overstaan van de rechter-commissaris ziet.

38. In dat geval dat aan de verdachte geen afschrift wordt verstrekt, dienen hem de stukken overigens wel ex artikel 32 Sv ter inzage te worden geboden.

39. Zie artikel 30 lid 2 Sv en artikel 32 lid 4 Sv.

40. De officier van justitie komt wel een recht op hoger beroep toe, in al die gevallen waarin een vordering van de officier door de rechter-commissaris wordt geweigerd: zie artikel 446 lid 1 Sv.

41. Hermans 2012, p. 303-304.

beslissing vrijwel altijd hoger beroep tegen de beschikking zal instellen⁴² – hetgeen overigens de vraag doet rijzen waarom in het Wetboek überhaupt nog een (vrijwel volledig) recht op hoger beroep aan de verdachte wordt toegekend. De achterliggende reden om de verdediging in de context van het procesdossier niet (steeds) als volwaardig procespartij te erkennen, is door de wetgever evenwel niet geëxpliciteerd.⁴³ Impliciet lijkt de gedachte te zijn dat voldoende is dat de verdachte meer dan voorheen een beroep op de rechter-commissaris toekomt, en dat aan de rechter-commissaris kan worden toevertrouwd om, gezien zijn kennis van het (volledige?)⁴⁴ dossier, de juiste beslissing te nemen ten aanzien van de toegang tot het dossier of de inhoud ervan. Het doet denken aan de oratie van Simons uit 1879, waarin hij het toenmalig uitblijven van hervormingen met betrekking tot de positie van de verdediging in het Nederlandse strafprocesrecht relateerde aan de vermeende 'rechtmatige tevredenheid over den bestaanden toestand':

"Wat doet het ertoe of de beklaagde tijdens het vooronderzoek zonder eenig recht aan de macht van den rechter-commissaris wordt overgelaten, wanneer die macht toch slechts wordt gebruikt om de schuld aan den dag te brengen en geen onschuldige daardoor wordt getroffen? [...] Wat schaadt het of aan den verdediger rechten worden onthouden, die toch slechts behooren te dienen om de onschuld te verdedigen, wanneer die onschuld veilig is in de handen van hen, die tegenover den beklaagde zijn gesteld of geroepen zijn hem te oordelen? [...] Aan hen, die in dat geloof zich rustig nederleggen bij het wetboek, waaronder wij leven, zou ik de ernstige vraag willen voorleggen: zijt gij wel zeker dat uw geloof met de werkelijkheid in overeenstemming is?"⁴⁵

Het gevolg

Het ontbreken van een adequate wettelijke normering van de wijze waarop de rechter-commissaris zijn beslissing dient te nemen, en meer in het bijzonder het ontbreken van een recht van de verdachte/verdediging om in alle gevallen door de rechter-commissaris te worden gehoord, alsmede het ontbreken van een nadere regeling waarin het horen van officier en verdachte 'samenkomt' bij de rechter-commissaris, versterkt intussen de gedachte dat de verdachte op grond van de huidige Wet processtukken veeleer wordt benaderd als object van onderzoek, en veel minder als een (rechts-) subject met eigenstandige – *zelfstandige* – rechten (en plichten). Dat is wellicht ook niet verbazingwekkend, indachtig het feit dat het

42. *Kamerstukken II 2009/10*, 32 468, nr. 3, p. 30-31. Vergelijk de opmerkingen van Damaska over de rol van de raadsman in een rechtstaat die – ook via het strafprocesrecht – met name de implementatie van beleidsdoelen nastreeft: 'In a legal system characterized by the tendency to favor smooth implementation of state policy, there is no place for lawyers who serve the self-interest of clients and create obstacles to the realization of state programs'. Damaska, *idem*, p. 175.

43. De Adviescommissie Strafrecht heeft de wetgever uitdrukkelijk gewezen op de wenselijkheid te voorzien in het horen van de verdachte indien en voor zover de procedure zou worden overgeheveld naar de rechter-commissaris (alsmede op de wenselijkheid van het recht op beroep bij de raadkamer van de rechtbank). Zie het Preadvies van de Adviescommissie strafrecht, p. 1. Dit heeft de wetgever er niet toe verleid daarover aanvullende opmerkingen te maken.

44. Of de rechter-commissaris steeds de beschikking dient te hebben over het volledige dossier met het oog op het nemen van beslissingen is overigens niet geheel duidelijk. Op p. 3 van de MvT verwijst de minister naar het feit dat reeds uit de voorstellen zoals opgenomen in wetsvoorstel 32 177 (heroriëntering positie rechter-commissaris) volgt dat de rechter-commissaris met het oog op de uitvoering van zijn taken telkens tijdig over het gehele procesdossier kan beschikken. Vgl. *Kamerstukken II 2009/10*, 32 468, nr. 3, p. 3. Elders verwijst de Minister evenwel naar de mogelijkheid van de rechter-commissaris om kennis te kunnen nemen van de inhoud van stukken waarvan van OM nog geen inzage wil verlenen aan de verdachte. *Idem*, p. 8. Uitgangspunt lijkt evenwel te zijn dat de rechter-commissaris steeds over het gehele dossier zou moeten kunnen beschikken.

45. D. Simons, *De verdediging in strafzaken* (oratie Utrecht) 1879, opgenomen in Y. Buruma (red.), *100 jaar strafrecht*, Amsterdam: Amsterdam University Press 1999, p. 301-319 (p. 311).

onderzoeksproject Strafvordering 2001, waarop het wetsvoorstel zoals reeds opgemerkt voortbouwt, waarheidsvinding als (enige) fundament van het strafproces beschouwt, en het antwoord op de vraag naar de mate van rechtsbescherming die de verdachte toekomt in die visie steeds afhankelijk is van een concrete afweging van de verschillende in het geding zijnde belangen.⁴⁶

De 'ontkenning' van een volwaardige positie van de verdachte met betrekking tot het procesdossier in alle gevallen raakt intussen niet alleen de positie van de verdediging, maar daarmee bovenal ook die van de rechter-commissaris. Zoals Hermans heeft betoogd, leidt de afwezigheid van een hoorrecht van de verdediging ten overstaan van de rechter-commissaris waar het gaat om het (voornemen tot het) afschermen van stukken door de officier van justitie (ex artikel 149b Sv) er toe dat van een 'volle' toetsing door de rechter-commissaris geen sprake zal kunnen zijn,⁴⁷ nog even los gedacht van allerlei praktische kwesties als de vraag of de rechter-commissaris bij de huidige stand van zaken wel in staat en in de gelegenheid is überhaupt steeds van dat volledige dossier kennis te nemen alvorens een beslissing te nemen. Dat de verdachte, althans de verdediging zich in dat geval niet kan uitlaten over de (volledige) aard van die stukken, omdat het gehele stuk hem onbekend zijn, betekent immers niet dat de verdediging überhaupt geen standpunt kan innemen, bijvoorbeeld gelet op de inhoud van de wel verstrekte delen van het processtukken, dan wel gelet op de door de officier in dat kader geduide belangen (ex artikel 187d Sv) die aan (volledige) verstrekking in de weg zouden staan.⁴⁸

Maar ook in andere situaties die verband houden met de toegang tot, of de inhoud van het dossier en waarin de rechter-commissaris tot een beslissing wordt geroepen, lijkt de afwezigheid van een volwaardige procespositie van de verdediging bepaald geen goed plan, (vooral) ook niet voor de rechter-commissaris. Door de afwezigheid van een adequate wettelijke normering van de besluitvorming van de rechter-commissaris en meer in het bijzonder het recht van de verdachte om in alle gevallen die de toegang tot, of de inhoud van het strafdossier raken te worden gehoord en dat horen bovendien bij de rechter-commissaris te laten samenkomen met het horen van de officier van justitie, wordt de rechter-commissaris in een geïsoleerde positie gebracht, waarin de rechter-commissaris vrijwel volledig afhankelijk is van de informatie die de officier van justitie hem *ex parte* verstrekt. In afwezigheid van de verdediging moet de al dan niet bestaande ruimte voor twijfel daarbij noodzakelijkerwijs door de rechter-commissaris zelf worden ingevuld. Immers en in de woorden van Simons: '[Twijfel wekken en nog eens twijfel: ziedaar het werk van den verdediger;] een rechter die geen twijfel heeft te overwinnen gehad oordeelt lichtvaardig'.⁴⁹ Dat lijkt geen eenvoudige opgave, indachtig het gegeven dat de rechter-commissaris in een niet onaanzienlijk aantal gevallen daaraan voorafgaand reeds met de nodige informatie is 'gevoed' in

46. Vgl. Van der Meij 2010, o.a. p. 488. Die gedachte klinkt ook door in de memorie van toelichting bij de Wet processtukken, daar waar (onder meer) wordt opgemerkt dat het wetsvoorstel het resultaat vormt van het uitgangspunt dat het wetboek uitdrukking moet geven aan een juiste afweging van de verschillende in het geding zijnde belangen, 'zonder dat daardoor het belang van het onderzoek en dat van de waarheidsvinding in het gedrang komen', *Kamerstukken II 2009/10*, 32 468, nr. 3, p. 3.

47. Hermans 2012, p. 304.

48. Op grond van artikel 149b lid 2 Sv is de officier van justitie verplicht tot het doen opmaken van een proces-verbaal van (gedeeltelijk) niet-voegen, waarin ook de redenen van niet-voeging zijn opgenomen (tenzij de in artikel 187d Sv genoemde belangen zich (ook) daar tegen verzetten). Dat ook de wetgever (oorspronkelijk) van mening was dat voor de verdediging in dat verband een rol was weggelegd, blijkt uit het feit dat in het oorspronkelijke voorstel een dergelijk 'hoorrecht' wel was opgenomen. Vgl ook Hermans 2012, p. 303-304.

49. D. Simons 1897, p. 318.

verband met andere door hem te nemen beslissingen omtrent dwangmiddelen in het kader van het strafrechtelijk vooronderzoek.⁵⁰

Intussen is ook niet goed verklaarbaar, waarom aan de verdediging het recht om te worden gehoord in een aantal gevallen zou moeten worden onthouden, terwijl evenmin verklaarbaar is waarom aan de verdediging geen recht op beroep (bij de raadkamer van de rechtbank) toekomt. Beide aspecten kunnen de beslissing van de rechter-commissaris immers slechts ten goede komen.

Daarbij zij niet vergeten dat zelfs waar de rechter-commissaris wel voldoende afstand kan houden en houdt van de zienswijze van de officier van justitie met betrekking tot de toegang tot het dossier, in de huidige Wet processtukken een gevaar schuilt, daar waar het uitgangspunt daarvan enerzijds is dat de rechter-commissaris niet gebonden is aan het beginsel van interne openbaarheid, en anderzijds dat de verdediging niet (steeds) de positie van 'tegenspreker' toekomt. Immers: 'justice must not only be done, it must also be seen done'. De combinatie van machtigen en toetsen in één en dezelfde persoon met het voorbijgaan aan het beginsel van interne openbaarheid is (ook) vanuit dat uitgangspunt bezien bepaald niet onproblematisch, althans niet waar het de toegang tot het dossier betreft.

Daarmee is niet gezegd dat het uitgangspunt dat de rechter-commissaris in het voorbereidend onderzoek als machtigings- en toetsingsrechter functioneert, als zodanig steeds en altijd gebrekkig is, zij het niet zonder haken en ogen. Evenmin is daarmee gezegd dat de rechter-commissaris een dergelijke functie vanuit het oogpunt van rechtsbescherming niet evenzeer zou kunnen vervullen ten aanzien van het dossier; de ruggengraat van het gehele strafproces als zodanig.⁵¹ Maar zonder een (steeds) volwaardige procespositie van de verdediging zal de rechter-commissaris die functie niet adequaat kunnen vervullen, en blijft van de taak van de rechter-commissaris als toezichthouder op de rechtsbescherming (te) weinig over. Het recht van hoor en wederhoor, waarbij dat recht bovendien 'samenkomt' bij de rechter-commissaris, is daarvoor een absolute voorwaarde; voor de verdediging, maar vooral ook voor de rechter-commissaris.

5 Tot besluit

'Het strafproces is tot zekere hoogte een maatstaf voor de politieke en sociale ontwikkeling van een volk. Het leert met name, hoe hoog de belangen van het individu in hunne verhou-

50. De vraag is of daar waar de rechter-commissaris niet verplicht is om de verdachte te horen in alle gevallen die het procesdossier betreffen, de rechter-commissaris niettemin de *bevoegdheid* toekomt om dat wel te doen wanneer hem (of haar) dat geraden voorkomt. Sinds de inwerkingtreding van het Wetboek van Strafvordering bevat het wetboek een bepaling ertoe strekkende dat het gerecht dat tot enige beslissing in de zaak is geroepen, bevoegd is de verdachte in de gelegenheid te stellen om te worden gehoord: zie artikel 35 Sv. Deze bepaling is door de Wet processtukken niet gewijzigd. Het betreft hier een algemene bepaling die 'de vele mogelijkheden van horen van de verdachte die in het wetboek zijn geregeld aanvult [...]. Het geldt met name voor die beslissingen die kunnen worden genomen zonder dat specifiek is voorgeschreven dat de verdachte moet worden gehoord'. Zie A.L. Melai & M.S. Groenhuijsen, *Het Wetboek van Strafvordering* (losbl.), aant. 3 op artikel 35. In dat praktijk is het artikel feitelijk overbodig geworden door het huidige artikel 23 lid 2 Sv, waarin het verplicht horen van de verdachte in raadkamer als uitgangspunt wordt genomen. Omdat artikel 23 lid 2 Sv evenwel op de besluitvorming van de rechter-commissaris niet van toepassing is, rijst de vraag of artikel 35 Sv thans goede diensten zou kunnen bewijzen in de context van het procesdossier. Dat laatste is evenwel allerminst zeker: het artikel verwijst immers van 'het gerecht' dat tot enige beslissing in de zaak is geroepen. Overigens wordt in het tweede lid bepaald dat aan een daartoe strekkend verzoek van de verdachte gevolg wordt gegeven, 'tenzij het belang van het onderzoek dit verbiedt'.

51. Vergelijk Van der Meij 2010, p. 596 e.v.

ding tot die van Staat en gemeenschap worden aangeslagen', aldus de wetgever in 1917.⁵² Vanuit dát perspectief is de Wet processtukken, waar het de positie van de verdediging ten opzichte van de rechter-commissaris betreft, niet in alle opzichten een vooruitgang.

52. *Kamerstukken II 1917/18, nr. 77-1, p. 3.*