

but not in Belgium.⁴⁴ We hope to contribute to this kind of critical analysis with the proposed terminology and characterization of systems and wish to express our gratitude to Chrisje Brants for having opened up this line of research for us. A difference might lay in our intuition that even radical reforms are unable to make inquisitorial systems adversarial and vice versa. Understanding the coherence of each model, in particular for us (writing in Continental Europe) of the liberal inquisitorial model, helps to preserve the delicate balance needed to make systems just or to find the right hair color. Changing hair is not an option and nor is the idea of converging criminal systems.

Tegendraads gedram: de raadsman in strafzaken

Stijn Franken en Petra van Kampen

Inleiding

'De rechtscultuur waarin procedurele stijlen zijn ingebed genereert eigen vanzelfsprekende kenmerken en daarmee ook een vorm van tunnelvisie die het onmogelijk maakt hervormingen te overwegen die buiten die vanzelfsprekenden vallen, of de zwakheden daarvan te doorzien. Dat mechanisme zien we in Nederland, waar verbeteringen gebaseerd zijn op de veronderstelling dat het systeem de eigen integriteit kan verzekeren, zichzelf intern kan controleren. Maatregelen die de potentie hebben voor externe controle en in het bijzonder een verbeterde verdedigingspositie (registratie, aanwezigheid bij politieverhoren, herzieningscommissie) zijn vertaald naar het inquisitoire model. Vanzelfsprekendheden worden daarmee niet doorbroken, het gezichtsveld niet verbreed, de naar binnen gekeerde zelfvoldaanheid die het inquisitoire systeem eigen is, niet wezenlijk de das omgedaan.'

Met bovengenoemde passage eindigt Chrisje Brants haar bijdrage aan het liber amicorum van Theo de Roos, getiteld 'Tunnelvisie: de mens in het strafrecht of de zelfvoldaanheid voorbij?'. In deze bijdrage beschrijft Chrisje in grote lijnen tunnelvisie als proces, garanties van waarheidsvinding in adversaire en inquisitoire procedures, de kwetsbaarheid van het strafproces als zodanig en de systeemimmanente factoren die het strafproces bij voorbaat kwetsbaar maken. Die kwetsbaarheid ligt voor wat betreft het Nederlandse (in essentie inquisitoire) systeem vooral in het ontbreken van externe controle; in de aanwezigheid van een raadsman die zowel de middelen als de bevoegdheden heeft om eenzijdigheid in beeldvorming (en uitspraak) te voorkomen.

Nu zijn wij altijd al een fan van Chrisje (en haar wetenschappelijke bijdragen) geweest en dit recente artikel is ons (dan ook) uit het hart gegrepen. U kunt dat uitleggen als een vorm van tunnelvisie: een fixatie (*bias*) die leidt tot een zoektocht naar meer bewijs voor ons uitgangspunt dat Chrisje haar 'ster status' waard is (*bias confirmation*), het zie-je-wel-effect (*blind sight bias*), dan wel een vorm van *outcome bias*,¹ maar wij wilden toch een poging doen om de doeltref-

¹ Vlg. C.H. Brants, 'Tunnelvisie: de mens in het strafrecht of de zelfvoldaanheid voorbij?', in: M. Groenhuysen, T. Kooijmans en J. Ouwerkerk, *Roosachtig strafrecht, liber amicorum Th.A. de Roos*, Deventer: Kluwer 2013, p. 85-103.

⁴⁴ See more in detail: T. Decaigny and P. De Hert, 'Evolueren het Nederlandse en het Belgische strafproces naar adversaire systemen?' *Strefblad* 2013, Issue 1, p. 54-66.

fendheid van haar analyse voor wat betreft de raadsman in strafzaken nader te adstrueren en te illustreren.

Wij denken namelijk dat de 'inquisitoire stijl van procederen' zoals deze in Nederland gangbaar is, niet alleen tot gevolg heeft dat het systeem moeite heeft met hervormingen die buiten de vanzelfsprekendheden vallen, maar ook gevolgen heeft voor de wijze waarop de inbreng van de raadsman in de dagelijkse strafrechtspraktijk wordt gewaardeerd. Consequentie van wat wij in dit kader maar even het 'Nederlandse model' noemen, is dat de raadsman in strafzaken, als zijnde een soort 'wezensvreemd' kenmerk van dat systeem, vanuit het systeem bezien 'disposable' is. Dat heeft tot gevolg dat het systeem niet alleen de wezenlijkheid van een *verbeterde* verdedigingspositie niet (h)erkent, zoals Chrisje treffend beschrijft, maar bovendien de voortdurende neiging heeft om die bijdrage op meerdere fronten te 'devalueren', steeds vanuit de onuitgesproken gedachte dat het 'systeem' ook zonder die raadsman goed functioneert. Tegelijkertijd lijkt het systeem van interne controle – dat feitelijk dient 'ter vervanging' van de raadsman – (verder) spaak te lopen, onder meer als gevolg van rechtspraak op het gebied van artikel 359a Sv. Dat doet de vraag rijzen of het Nederlandse systeem, zoals Chrisje concludeert, daadwerkelijk de beste papieren heeft om de effecten van tunnelvisie te ondervangen en te herstellen; wellicht wel ten opzichte van adversaire systemen, maar 'intern historisch' beschouwd stemt 'het systeem' ons wat dat betreft niet bijzonder hoopvol.

Het gebrek aan gelijk(waardig)heid; het 'belang van het onderzoek'

Het Nederlandse strafproces is nimmer gebaseerd geweest op een gelijk(waardig)heid van beide 'procespartijen', waarbij direct de kanittekening dient te worden gemaakt dat de term 'procespartijen' reeds om die reden (voor de verdediging) nuancering behoeft.² Het is rond 1913 uitgedacht als een systeem waarin aan politie en justitie alle rechten werden toegekend die zij voor hun taak ('toepassing van de strafwet op de werkelijk schuldige') behoeven, terwijl aan de verdachten en de verdediging alle bevoegdheden werden toegekend, 'welke met het doel van het strafproces niet onvoorwaardelijk in strijd komen'.³ Het is aldus bedoeld als een systeem waarin overwicht en professionaliteit van onpartijdige en onbevooroordeelde staatsfunctionarissen de boventoon voeren. In dat kader past geen geprononceerde positie voor de raadsman.⁴ De raadsman is 'tweede in rang'. Hij kan slechts adequaat functioneren als het systeem daarvoor ruimte ziet; dat wil zeggen daar (vooral) waar en voor zover het belang van het onderzoek zich niet tegen zijn betrokkenheid verzet.⁵

2 Vgl. onder meer ook C.H. Brants, *Over levende gedachten*, Deventer: Gouda Quint 1999, p. 33.

3 *Kamerstukken II* 1913/14, 286, nr. 3, p. 55.

4 Vgl. A.A. Franken, 'Traditionele waarden van de advocatuur en schuivende verantwoordelijkheden voor de raadsman: achtergronden bij een verhit debat', *Deelkt en Delinkvent* 2007, nr. 4, p. 360-369.

5 Het huidige Wetboek van Strafvordering bevat op verschillende plekken verwijzingen naar 'het belang van het onderzoek' of vormen daarvan, die een beperkende functie vervullen ten opzichte van de rechtsbijstand. Vergelijk artikel 99 Sv. waarin wordt bepaald dat de verdachte bevoegd is

Die tweede plaats werd destijds niet als een probleem gezien. Integendeel; de wetgever meende zelfs dat het systeem kon worden gekenschetst als een 'strafproces van een gematigd accusatoir karakter',⁶ waarbij het gematigde daaruit bestond dat de met de vervolging belaste overheid en verdachte niet beiden als zelfstandig, in hoofdzaak gelijk gerechtigde partijen werden erkend. Vanuit historisch perspectief is dat etiket verklaarbaar: ten opzichte van het tot dat moment geldende wetboek werden immers aan de verdachte reeds tijdens het vooronderzoek belangrijke rechten toegekend, terwijl bovendien de mogelijkheden tot rechtsgeleerde bijstand in belangrijke mate werden vergroot.

Een voorbeeld daarvan bood de regeling omtrent de mogelijkheid kennis te kunnen nemen van de processtukken. Onder het toen nog geldende Wetboek van Strafvordering (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 voor de terechtzitting, het recht om ter griffie inzage te nemen van de processtukken, voor zover de verdachte zich althans niet in verzekerde bewaring bevond.⁷ Die regeling werd in 1926, bij de inwerkingtreding van het huidige wetboek, fors verruimd. Dat ging toen – zoals overigens ook thans – niet zover dat de verdediging onder alle omstandigheden gerechtigd was om kennis te nemen van de processtukken. Daar stuitte men, zoals ook elders in het wetboek, op enig moment onherroepelijk op 'het belang van het onderzoek' dat mee kon brengen dat processtukken tijdelijk aan de verdediging werden onthouden.⁸ Wel voorzag (en voorziet) de wet in de mogelijkheid daartegen een bezwaarschrift in te dienen, zodat (toen nog) de raadkamer van de rechtbank zich over de visie van de officier dat er een dergelijk belang van onderzoek was, kon buigen.

De beperking gelegen in de woorden 'in het belang van het onderzoek' werd door de toenmalige wetgever (meer dan) vanzelfsprekend gevonden: 'Het spreekt intusschen wel vanzelf, dat in het Ontwerp het theoretisch beginsel om den verdachte tijdens het vooronderzoek volkomen als procespartij te erkennen, niet steeds ook daar kon worden aanvaard, waar het openbaar belang, d.w.z. het benaderen van de materiële waarheid ter bescherming der gemeenschap, dit niet gedooft'.⁹ Waarheidsvinding is uitgangspunt, en de raadsman kan slechts een rol vervullen indien dat uitgangspunt niet in het gedrang komt of kan komen.¹⁰ In die zin zijn de woorden 'het belang van het onderzoek' – althans de wijze waarop die woorden in de Nederlandse strafrechtspraktijk worden uitgelegd –

zich tijdens de doorzetting door een raadsman te laten bijstaan. 'zonder dat de doorzetting daarvoor mag worden opgehouden'. Vergelijk ook artikel 227 lid 2 Sv.

6 *Kamerstukken II* 1913/14, 286, nr. 3, p. 55.

7 *Kamerstukken II* 1913/14, 286, nr. 3, p. 70. Zie over dit wetboek voorts P.P.J. van der Meij, *De driehoeksvorhouding in het strafrechtelijk vooronderzoek*, Deventer: Kluwer 2010, p. 33 e.v.

8 Vgl. artikel 30 lid 3 Sv.

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

10 Vgl. E. Prakken en T. Spronken, 'Grondslagen van het recht op verdediging', in: C.H. Brants, P.A.M. Mevis en E. Prakken (red.), *Legitime strafvordering*, Antwerpen/Groningen: Intersentia 2001, p. 57 e.v.

synoniem voor het inquisitoire aspect van het Nederlandse strafrechtelijke systeem.¹¹

Het systeem is als het ware vormgegeven als (de speelgoedversie van) een toren van Pisa: onder in de brede basis (van het vooronderzoek) zijn er verschillende plekken om invloed uit te oefenen, maar is het effect relatief gering. Verder toewerkend naar het uiteinde (van het proces) zijn er minder mogelijkheden om invloed uit te oefenen en is het effect van die invloed mogelijk gewichtiger, maar tegelijkertijd risicovol en daarmee niet zonder meer voor de hand liggend. Wellicht verklaart dat waarom de Hoge Raad veel waarde lijkt toe te kennen aan het optreden van een raadsman in strafzaken ter zitting, maar veel minder gewicht lijkt te hechten aan de vraag of de verdachte in het vooronderzoek wel die bescherming heeft gehad die het wetboek hem toebedeelt.¹² In het centrum van de toren (van de macht) loopt men in de tussentijd beperkt risico.

Waarheidsvinding en tegenspraak

Sinds 1913 heeft de gedachte postgevat dat waarheidsvinding (minst genomen) niet het enige uitgangspunt van het strafrechtelijk systeem kan zijn, althans dat de raadsman een meer fundamentele rol vervult of behoort te vervullen binnen het strafproces dan slechts de ruimte die hem wordt gegund binnen het kader van waarheidsvinding. Vanuit het EHRM bezien zijn ook tegenspraak en daarmee een meer contradictoires procesvorm belangrijk. Daarmee ontstond een druk op de 'inquisitoire' (inferieure) positie van de raadsman. Die druk is in de recente jaren steeds groter geworden.

Van de raadsman wordt tegenwoordig verwacht dat hij actief en alert is en tijdig (en op de juiste wijze) 'piept'.¹³ Doet hij dat niet, dat is de beurt (voorgoed) voorbij.¹⁴ Dat leidde toen – maar ook thans nog – niet tot een aangepast kader met aan die nieuwe taak gekoppelde rechten en bevoegdheden, waarna (en waardoor) die rol ook daadwerkelijk tot zijn recht zou kunnen komen. Het systeem bleef in essentie inquisitoir: gebaseerd op de gedachte van interne controle van staatswege. De raadsman functioneerde nog steeds als 'tweederangs' functionaris die aan bod komt of aan bod zou *kunnen* komen op het moment dat het de overige functionarissen passend uitkomt, gelet op het belang van de waarheidsvinding. Een zelfstandige positie kwam hem qua rechten en bevoegdheden in essentie nog steeds niet toe.

11 Zie ook C. Brants en S. Field, *Participation Rights and Proactive Policing. Convergence and drift in European criminal process*, preadvies Nederlandse Vereniging voor Rechtsvergelijking, Deventer 1995, p. 23.

12 HR 17 november 2009, *L/N* B12315/NJ 2010, 143 (Juliën C.). Zie ook HR 20 december 2011, BT6406. Zie daarover meer uitgebreid P.T.C. van Kampen, "Informed consent" en de rechtspraak ex art. 359a Sv', *Delikt en Delinkvent* 2013, nr. 2, p. 140-155, p. 154-155.

13 Vgl. Franken 2007. Zie over het op de juiste wijze 'piepen' ook het zogenoemde 'pickprofilenarrest' van de Hoge Raad: HR 21 november 2005, *NJ* 2006, 34.

14 Vgl. ook P.T.C. van Kampen, 'De strafrechtadvocaat anno 2011', *Strafblad* 2011, afl. 4, p. 29-35.

Met die toenemende druk op de raadsman als actieve en alerte procespartij verschoof evenwel ook de verantwoordelijkheid van de strafrechter: het niet door de raadsman 'piepen' waar piepen vereist is, betekent namelijk dat de strafrechter van een leidende naar een meer lijdelijke invulling van zijn verantwoordelijkheid kan overstappen.¹⁵ En dat laatste heeft in essentie tot gevolg (gehad), dat het 'toren van Pisa'-systeem verder scheef gaat hangen: daar waar de raadsman niet (tijdig) piept, 'piept' de strafrechter in die gevallen namelijk ook niet meer.

Franken schreef jaren geleden reeds dat al te gemakkelijk de indruk kan ontstaan dat het beleden uitgangspunt van een meer contradictoires strafproces een loze belofte is en dat (destijds) recente wetswijzigingen veeleer de gedachte voeden dat van twee waljetjes wordt gegeten: 'meer eisen stellen aan de onderbouwing van de standpunten van de verdediging en minder mogelijkheden bieden om tot die deugdelijke onderbouwing te kunnen komen'.¹⁶ Dat beeld is in de afgelopen jaren nauwelijks veranderd. Integendeel: recente jurisprudentie leert dat aan de positie van de raadsman in strafzaken kennelijk nog steeds een vrij beperkte waarde wordt toegekend. Weliswaar wordt sinds Salduz door de Hoge Raad – onder druk van Straatsburg – erkend dat een (volwassen) verdachte recht heeft om een raadsman te consulteren voor het moment waarop hij voor het eerst wordt verhoord,¹⁷ maar uit de rechtspraak blijkt dat het recht op rechtsbijstand in ieder geval niet zodanig door de Hoge Raad wordt geïnterpreteerd dat daaruit ook het recht voortvloeit om een raadsman te kunnen consulteren voordat al dan niet toestemming wordt gegeven voor (bijvoorbeeld) het binnentreden door opsporingsambtenaren, ook niet vanuit de gedachte van 'informed consent'.¹⁸ En daar waar de wet een dergelijk recht aan de verdachte ondubbelzinnig toekent – bijvoorbeeld ten aanzien van de vraag of de verdachte (schriftelijk) toestemming geeft tot afname van celmateriaal ten behoeve van een DNA-onderzoek – blijkt uit de rechtspraak dat strafrechters kennelijk niet erg onder de indruk zijn van de bijstand die de raadsman in dergelijke zaken daadwerkelijk zou kunnen verlenen.¹⁹

15 Franken, 2007. Vgl. ook Prakken en Spronken, 2001, p. 59.

16 Franken, 2007.

17 HR 30 juni 2009, *NJ* 2009, 349.

18 Zie meer uitgebreid Van Kampen, 2013.

19 Vgl. HR 21 november 2006, *L/N* AY7363 (NJ 2006, 651). Artikel 2 Besluit DNA-onderzoeken in strafzaken bepaalt onder meer dat degene die wordt gevraagd schriftelijk toe te stemmen in het afgeven van celmateriaal ten behoeve van een DNA-onderzoek, zich bij het nemen van deze beslissing kan doen bijstaan door een raadsman en dat de officier van justitie (respectievelijk de rechter-commissaris) hem op die mogelijkheid dient te wijzen. Op het formulier voor de schriftelijke toestemming dient voorts melding te worden gemaakt van de gevolgen van de medeverklaring aan een DNA-onderzoek. Het hof oordeelde dat uit de wetgeschiedenis weliswaar blijkt dat genoemde vormen ertoe dienen om te voorkomen dat twijfel rijst over het vrijwillige karakter van de medeverklaring van verdachte en om te waarborgen dat de verdachte aan wie toestemming wordt gevraagd, wordt gewezen op de consequenties van zijn medeverklaring en zich daarop derhalve kan beraden alvorens hij toestemming verleent, maar in het gegeven geval was volgens het hof gesteld moech gebleken dat de verdachte niet vrijwillig toestemming gaf, en evenmin dat deze (niet versie) informatie de verdachte zou hebben weerhouden van het verlenen van toestemming. De Hoge Raad oordeelde dat dit oordeel niet getuigde van een onjuiste rechtsopvatting en evenmin onbegrijpelijk was.

In de tussentijd – en verbonden aan het laatstgenoemde voorbeeld – loopt ook het systeem van interne controle (verder) spaak. Dat is bijvoorbeeld zichtbaar in de jurisprudentie van de Hoge Raad op het gebied van artikel 359a Sv. Die rechtspraak leert dat steeds hogere eisen worden gesteld aan de raadsman waar het gaat om het voeren van verweer ter zake van vormverzuimen. Summier samengevat luidt die jurisprudentie aldus dat het alleen kan gaan om onherstelbare vormverzuimen begaan in het voorbereidend onderzoek ter zake van een ten laste gelegd feit, waarbij voorts geldt dat bij de beoordeling of een sanctie dient te volgen, rekening dient te worden gehouden met de in het tweede lid van artikel 359a Sv. genoemde factoren, te weten het belang dat het geschonden voorschrift dient, de ernst van het verzuim en het nadeel dat daardoor is veroorzaakt. Ten aanzien van elk van de toepasselijke sancties gelden daarnaast (zware) aanvullende eisen.²⁰

Zorgelijker vanuit het leidende beginsel van interne controle dat de inquisitoire stijl van procederen domineert, is evenwel dat uit die rechtspraak volgt – of volgde – dat het systeem vormverzuimen die door politie (dan wel justitie) zijn begaan tijdens het voorbereidend onderzoek feitelijk zelden nog daadwerkelijk sanctioneert (anders dan de constatering dat een vormverzuim werd begaan), met alle gevolgen van dien voor het 'lerend vermogen' van dat systeem, althans voor de functionarissen die daarbinnen opereren. In de rechtspraak van de Hoge Raad vormt het constitutionele perspectief (bepaald) geen overheersend perspectief meer.²¹ Er valt in dat opzicht veel te mopperen, maar weinig tegen te spreken.

In zijn uitspraak van 19 februari 2013 lijkt de Hoge Raad zich dat manco overigens in die zin te realiseren, dat thans door de Hoge Raad wordt erkend dat toepassing van bewijsuitsluiting op de voet van artikel 359a Sv. ook noodzakelijk kan zijn 'als middel om toekomstige vergelijkbare vormverzuimen die onrechtmatige bewijsgaring tot gevolg hebben te voorkomen en een krachtige stimulans te laten bestaan tot handelen in overeenstemming met de voorgeschreven norm'.²² Toepassing van bewijsuitsluiting als rechtsstatelijke waarborg en als middel om met opsporing en vervolging belaste ambtenaren te weerhouden van onrechtmatig optreden kan onder meer in beeld komen in situaties waarin sprake is van een vormverzuim dat resulteert in een zeer ingrijpende inbreuk op een grondrecht van de verdachte, aldus deze uitspraak. Het kan daarnaast in beeld komen indien uit objectieve gegevens blijkt dat het desbetreffende vormverzuim zozeer bij herhaling voorkomt dat het structurele karakter vaststaat en de verantwoordelijke autoriteiten zich onvoldoende inspanningen hebben getroost om overtreding van het voorschrift te voorkomen. Wellicht dat het gemopper in dat verband toch enig effect heeft gehad.

20 Vgl. M.J. Borgers, 'De toekomst van art. 359a Sv', *Delikt en Delinkvent* 2012, 25, p. 257-273.

21 Idem.

22 HR 19 februari 2013, *LJIN* BY5321 (r.o. 2.4.5).

De 'disposable' raadsman

In de afgelopen jaren bleef het qua positie van de raadsman en diens (autonome) bevoegdheden ook wetstechnisch gezien tobben. Dat is in die zin wellicht ook niet vreemd, dat een groot deel van de recente wetswijzigingen voortbouwt op de resultaten van het onderzoeksproject *Strafvoeding* 2001,²³ waarin waarheidsvinding nog steeds als (enige) fundament van het strafproces wordt beschouwd 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.²⁴

Zo trad op 1 januari 2013, naast de reeds genoemde *Wet versterking positie rechter-commissaris*, ook de *Wet processstukken in strafzaken in werking*.²⁵ In die wet is de toetsende/controleerende positie van de raadkamer van de rechtbank ten opzichte van de officier van justitie op het gebied van de processstukken overgenomen door de rechter-commissaris. Bezien vanuit de inquisitoire traditie – maar ook anderszins – was dat wellicht geen wijs besluit, in die zin dat genoemde wet een belangrijk manco vertoont waar het gaat om de vraag naar hoor en wederhoor in de context van processstukken. Daar waar hoor en wederhoor (in die context) tot 1 januari 2013 automatisch werden beheerst door de bepalingen die de procedure in raadkamer regelden, kenmerkt de nieuwe wet zich door de miraculeuze afwezigheid van een kader waarbinnen de rechter-commissaris beslissingen ten aanzien van het al dan niet (in afschrift) verstrekken van processen dient te nemen. In sommige gevallen hoort de rechter-commissaris alleen de officier, in sommige gevallen hoort de rechter-commissaris de officier en stelt de rechter-commissaris de verdediging in de gelegenheid om opmerkingen te maken, in een enkel geval hoort de rechter-commissaris zowel de officier als verdediging, en soms heeft de verdediging helemaal geen stem, noch een recht op hoger beroep.²⁶

Een (principiële) afwijking van de inquisitoire principes ligt daarin niet besloten: eerder een versterking van de gedachte dat het systeem staat of valt met interne controle (van de rechter-commissaris op het werk van de officier van justitie en via de officier van justitie op de politie), en dat aan externe controle (door de verdediging) om die reden minder belang toekomt.

23 M.S. Groenhuijsen en G. Knigge (red.), *Het vooronderzoek in strafzaken, Tweede interimrapport Onderzoeksproject Strafvoeding 2001*, Deventer: Kluwer 2001, o.a. p. 45-51; M.S. Groenhuijsen en G. Knigge, *Afhandeling en Verantwoording, Eindrapport Onderzoeksproject Strafvoeding 2001*, Deventer: Kluwer 2004, p. 102-103.

24 Vgl. Van der Meij, 2010, o.a. p. 488. Vgl. ook de memorie van toelichting bij de *Wet processstukken*, waarin onder meer wordt opgemerkt dat dit 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.

25 *Wet van 1 december 2011, Sfb*, 2011, 601/2012, 408.

26 Zie meer uitgebreid P.T.C. van Kampen, 'Toegang tot het dossier', *Delikt en Delinkvent* 2013, nr. 3, p. 198-209.

Voor de versterking van de positie van de rechter-commissaris in het strafrechtelijk vooronderzoek was intussen ook alle aanleiding, waar die rol in het verleden nogal was gemarginaliseerd.²⁷ Of de Wet versterking positie rechter-commissaris tegelijkertijd daadwerkelijk een versterking oplevert van die rol, of slechts tot taakverzwaring leidt, valt in de tussentijd te bezien; die vraag wordt door rechters-commissarissen zelf in ieder geval vooralsnog niet volmondig bevestigend beantwoord.²⁸ Indien de vraag ontkennend zou moeten worden beantwoord, betekent dit dat het systeem van interne controle (de rechter controleert de officier) ook daar wel eens ernstig spraak zou kunnen lopen.

Zoals Franken recent opmerkte, is het meest opmerkelijke evenwel dat beoogd wordt zowel de Wet processtukken als de Wet versterking positie rechter-commissaris op het merendeel van de strafzaken niet van toepassing te laten zijn, daar waar het Openbaar Ministerie zijn kaarten heeft gezet op de uitbouw van de zogenoemde 'ZSM-afdoening'.²⁹ Het is (dan ook) daar, dat de 'disposable' aard van de raadsman in strafzaken het meest saillant naar voren komt.

Uitgangspunt van ZSM ('zo snel, slim, selectief, simpel, samen en samenlevingsgericht mogelijk')³⁰ is dat binnen zo'n zes uur na aanhouding van de verdachte een (eerste) beslissing wordt genomen over de voorgenomen wijze van afdoening van de zaak. Bij die voorgenomen wijze van afdoening worden ketenpartners als de reclasserings-, de Raad voor de Kinderbescherming in daartoe aangewezen zaken standaard betrokken: zij zitten aan de zogenoemde afdoeningstafel waaraan die beslissing uiteindelijk door of onder verantwoordelijkheid van de officier van justitie wordt genomen, op basis van veelal digitale informatie.³¹ De raadsman van diezelfde verdachte heeft aan die tafel geen plaats dat is terecht; de raadsman is immers niet verantwoordelijk voor die beslissing of onderdelen daarvan. Opmerkelijk is evenwel dat de raadsman in het kader van ZSM tot op heden überhaupt geen standaardplek heeft, hoewel het traject inmiddels al bijna twee jaar 'onderweg' is.³²

Nog opmerkelijker dan dat is dat een ieder die zich bezig houdt met ZSM wel begrijpt dat de rechtsbijstandverlener ergens in dat traject een rol moet krijgen, maar dat kennelijk vraagtekens worden gesteld bij de vraag of die rechtsbijstandverlener een raadsman zou moeten zijn, en daarnaast uitenreuren wordt gesoebat over de vraag waar die rechtshulpverlener dan ergens naar binnen zou moeten of kunnen worden geschoven en vooral wat dat allemaal gaat kosten. Het uitgangspunt dat binnen enkele jaren het merendeel van de strafzaken dat thans nog door de politierechter wordt behandeld via ZSM zal (moeten)

worden afgedaan, waarbij – uitgaande van andere wetswijzigingen – het uitvaardigen van een strafbeschikking leidend lijkt te gaan worden, doet het ergste vermoeden voor de positie van de verdachte en zijn raadsman in het merendeel van die zaken.

Maar dat is niet het enige slechte nieuws, of wellicht niet het meest slechte nieuws in de context van deze bijdrage. Zoals Sikkema en Kristen recent concludeerden, leidt de ZSM-aanpak voor wat betreft de officier – die ter gelegenheid van de ZSM-afdoening plaats neemt op het politiebureau – tot een minder grote afstand van de politie.³³ Dat roept de vraag op of de toegenomen betrokkenheid bij het politiewerk niet het risico in zich bergt dat de vereiste distantie tot dat werk afneemt. Dat laatste roept dan weer de vraag op of dat systeemtechnisch gezien niet een enorm risico betekent, daar waar het Nederlandse systeem nog steeds in belangrijke mate 'blind vaart' op interne controlemechanismen en uitgangspunt is dat externe controlemechanismen (zoals de raadsman) om die reden niet nodig zijn.³⁴

Daar waar die raadsman in het kader van ZSM (op enig moment) wel aanwezig is of kan zijn, dient de vraag zich overigens aan of de raadsman zijn taak als rechtsbijstandverlener wel op de juiste wijze kan vervullen, gelet op het feit dat vooralsnog (volstrekt) onduidelijk is of, en zo ja op welke wijze, de raadsman kennis kan nemen van de (digitale) informatie die door de ketenpartners al lang en breed is gedeeld. Het gegeven dat daarover eerst nu wordt nagedacht, doet vermoeden dat het strafrechtelijk-systeem in fundamenteel nog veel meer inquisitoir van aard is, dan wel wordt gedacht.

De kennelijke gedachte dat de officier van justitie (of enige andere ketenpartner van justitie) de afwezigheid van een raadsman, dan wel de afwezigheid van een volledig dossier zou kunnen compenseren is misleidend en (volstrekt) misplaatst. Nog afgezien van de vraag of de desbetreffende ketenpartner wel is staats is de rol van de verdediging (of de raadsman) te absorberen, zijn de in het hoofd van deze ketenpartner gemaakte afwegingen (daarmee) vrijwel niet controleerbaar, terwijl het traject ook overigens nooit door de buitenwereld wordt gezien, zeker niet indien de strafbeschikking gecombineerd wordt met een systeem van directe executie (betalen voordat men het politiebureau verlaat, waardoor de strafbeschikking onherroepelijk wordt). Een meer inquisitoire vorm van afdoening is nauwelijks denkbaar.³⁵

27 Vgl. recent P.A.M. Verrest, 'Een vooruitblik op noodzakelijke vernieuwing': *Delikt en Delinkvent* 2013, nr. 3, p. 165-184, p. 177.

28 Zie V. Mul, 'Herijking positie rechter-commissaris; versterking?' *Delikt en Delinkvent* 2013, nr. 3, p. 185-197.

29 Vgl. ook A.A. Franken, 'Het geduldige papier en de weerbarstige praktijk': *Delikt en Delinkvent* 2013, nr. 3, p. 157-164, p. 163.

30 Zie onder meer Verrest, 2013, p. 174.

31 Vgl. ook Franken, 2013.

32 Franken, 2013, p. 160. ZSM werd in 2012 landelijk 'uitgerold'. Daarvoor vond op een aantal locaties een pilot plaats, aldus de factsheet over ZSM, gepubliceerd op <www.om.nl>.

33 E. Sikkema en F. Kristen, 'Strafbeschikking en ZSM: verschuivingen binnen de strafrechtshandhaving', in: F. de Jong en R.S.B. Kool (red.), *Relaties van gezag en verantwoordelijkheid: strafrechtelijke ontwikkelingen*, Den Haag: Boom Lemma 2012, p. 179-205, p. 196.

34 Daar waar die raadsman er in het kader van ZSM wel is – of uiteindelijk wellicht komt – dient de vraag zich aan of de raadsman zijn taak als rechtsbijstandverlener wel op de juiste wijze kan vervullen, gelet op het feit dat vooralsnog (volstrekt) onduidelijk is of en zo ja, op welke wijze, de raadsman kennis kan nemen van de (digitale) informatie die door de ketenpartners inmiddels al lang en breed is gedeeld.

35 De gedachte is ontleend aan Prakken en Spronken, 2001, p. 66 e.v.

Existentialistische zwervers en tegendraadse drammer(s)

Het bovenstaande schept ons niet heel erg positief over het 'lerend vermogen' van het Nederlandse, inquisitoire systeem, noch over de vraag of dat daadwerkelijk de beste papieren heeft om de effecten van tunnelvisie te ondervangen en te herstellen. Zijn wij daarin te kritisch of te pessimistisch, of is onze bijdrage gespeend van de politieke realiteit en daarmee irrelevant? Wellicht. Dat verwijt tref 'Pompianen' vaker, getuige ook de oratie van Chrisje uit 1999: 'De Utrechters zijn geprezen om hun visie; verguisd omdat ze te kritisch waren of juist niet kritisch genoeg; als existentialistische zwervers en tegendraadse drammers beschouwd; of wat meewarig afgedaan als ver bezijden de alledaagse politieke realiteit, en dus niet relevant'.³⁶ Maar dat laatste is, zoals Chrisje daar opmerkt, een ernstige misvatting. 'Wezenlijk voor alle wetenschapsbeoefening is het plaatsen van vraagtekens bij wat – in die alledaagse politieke realiteit – als vanzelfsprekend wordt beschouwd. Wezenlijk voor de rechtswetenschap, ook de strafrechtswetenschap, is dan ook het identificeren en desnoods betwisten van die vanzelfsprekendheden die overeenkomstig de inzichten van een bepaald tijdperk als recht gelden. Hoewel zeker niet zo bedoeld, de kritiek dat men in Utrecht het niet kan laten praktische vragen van alledag met principiële argumenten van alle tijden te benaderen, zou ik opvatten als een groot compliment'.³⁷ Wij zeggen haar dat bij deze graag na.

De onschuldpresumptie onder de wals van een nationale identiteitsobsessie

Ferry de Jong en Leonie van Lent

Inleiding

'Alles hangt met alles samen.' Deze door Chrisje Brants veelvuldig herhaalde uitspraak symboliseert voor ons in hoge mate haar wetenschappelijk oeuvre: de zoektocht naar de ontrafeling van de kluwen, naar te duiden verbanden tussen het maatschappelijke, sociologische en juridische veld, tussen het nationale, het vreemde en het internationale recht en tussen de door haar frequent bezochte thema's onderling. In deze bijdrage willen wij ons wagen aan een poging om een aantal denkrichtingen en thema's uit haar werk met elkaar te verbinden, met als doel: het leveren van een aanzet tot een herwaardering van het beginsel van de onschuldpresumptie.

Wie zich, zoals Chrisje Brants, bezighoudt met thema's als openbaarheid van rechtspleging, de media in het strafrecht en de persvrijheid wordt onherroepelijk gedwongen zich te onderhouden met de onschuldpresumptie. Hoewel voorvechter van transparantie in de strafrechtspleging, benadrukt zij ook de negatieve consequenties voor de verdachte en de integriteit van de strafrechtspleging van de tegenwoordige (vormen van) aandacht van de media voor de strafrechtspleging en de invloed van de media op de beeldvorming over individuele strafzaken.¹

Dat de onschuldpresumptie daarbij in haar werk niet leidend toetsingskader is, maar een van de normen (met de rechten op een eerlijk proces en op privacy) die het door haar geïdentificeerd contragewicht van de media-aandacht aanduidt, moge op het eerste gezicht wellicht verbazen, maar is bij nader inzien een noodzakelijke keuze voor iemand die de botsing van rechten in het speelveld van media en strafrechtspleging overtuigend over het voetlicht wil brengen. En dat is precies het punt. Hoezeer ook dankzij haar Latijnse naam omrand door een aureool van historische (ge)hardheid, lijkt de *praesumptio innocentiae* een ondragelijk zachte norm.

Wij willen in deze bijdrage een lans breken voor een meer op haar kern gerichte benadering van de onschuldpresumptie. Wij volgen daartoe een op het eerste oog wat eigenaardige omweg: wij staan in de volgende paragraaf eerst stil

1 C.H. Brants, 'Trial by media: publiciteit in het vooronderzoek', in: A.H.E.C. Jordaans et al. (red.), *Praktisch strafrecht, liber amicorum J.M. Reijnen*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2005, p. 46-48.

36 Brants, 1999, p. 26.

37 Idem.