

Advies over het nieuwe Wetboek van Strafvordering

Advies van de Afdeling advisering van
de Raad van State van 6 april 2022.

Advies over het nieuwe Wetboek van Strafvordering

Advies van de Afdeling advisering van
de Raad van State van 6 april 2022.

Inhoudsopgave

Inleiding

Kernboodschap 6

Leeswijzer 8

Algemeen deel

1. Achtergrond, voorgeschiedenis en doelstellingen van het voorstel 10
2. Totstandkoming van het advies en beoordelingskader 12
3. Algemene opmerkingen over het wetboek en de toelichting 14
4. Uitvoerbaarheid en digitalisering 21
5. Veranderende verhoudingen binnen het strafproces 23
6. Rode draden uit de deeladviezen 29
7. Verhouding tot andere wetten 34

Colofon

Advies

W16.21.0105/II

Tekst

Afdeling advisering
van de Raad van State

Lay-out

Studio Piraat

Den Haag, mei 2022

Bijzonder deel

Deeladvies A. Uitvoerbaarheid en digitalisering

1. Inleiding 38
2. Uitvoerbaarheid, procesdeelnemers en rechtspraak 38
3. Personeel 41
4. Digitalisering 44
5. Het doenvermogen van burgers in het strafproces 46
6. De financiële impact 47
7. Implementatie en evaluatie 49

Deeladvies B. De positie van procesdeelnemers

1. Inleiding 54
2. De positie van de verdachte 54
3. De positie van het Openbaar Ministerie 74
4. De positie van het slachtoffer 88

Deeladvies C. Opsporing

1. Inleiding 100
2. Opsporingsbevoegdheden 101
3. Digitale opsporing 125
4. Voorlopige hechtenis 143

Deeladvies D. Beweging naar voren

1. Inleiding 156
2. Onderzoek en regie door de rechter-commissaris 159
3. Procesinleiding en regie door de voorzitter 166
4. Criteria voor het oproepen en horen van getuigen 178

Deeladvies E. De rol van de rechter

1. Inleiding 186
2. Motiveringsvoorschriften 188
3. Processuele sancties 190
4. Schadevergoeding na strafvorderlijk overheidsoptreden 210

Inleiding

Bij Kabinetsmissive van 14 april 2021, no.2021000757, heeft Uwe Majesteit, op voordracht van de Minister van Justitie en Veiligheid, bij de Afdeling advisering van de Raad van State ter overweging aanhangig gemaakt het voorstel van wet tot vaststelling van het nieuwe Wetboek van Strafvordering, met memorie van toelichting.

Kernboodschap

Het wetsvoorstel strekt tot modernisering van het strafprocesrecht door vaststelling van een nieuw Wetboek van Strafvordering. De Afdeling advisering van de Raad van State onderschrijft het belang van deze modernisering. Het huidige wetboek is verouderd en is door de vele achtereenvolgende wijzigingen ontoegankelijk geworden. Het voorstel voorziet in een grondige herstructurering en dient daarmee de rechtszekerheid en de bruikbaarheid van het wetboek in de praktijk. Ook wordt het wetboek inhoudelijk bij de tijd gebracht door met betrekking tot een aantal onderwerpen de jurisprudentie te codificeren en door een (verdere) digitalisering van het strafproces te faciliteren.

De Afdeling maakt opmerkingen over verschillende aspecten en onderdelen van het gemoderniseerde wetboek. In verband daarmee is aanpassing van het wetsvoorstel en de toelichting wenselijk. In het bijzonder wijst de Afdeling hierna op het belang van de uitvoerbaarheid van de voorstellen in de praktijk.

De doelstellingen van de modernisering van het wetboek worden in de toelichting niet expliciet of alleen zijdelings benoemd. Duidelijkheid hierover is van belang om te kunnen beoordelen of en op welke wijze deze doelstellingen met de voorgestelde bepalingen daadwerkelijk (kunnen) worden bereikt. Ook aan andere kernvragen wordt in de toelichting te weinig aandacht besteed, zoals die naar de uitvoerbaarheid en de financiële gevolgen van de voorstellen. In het bijzonder voor zover met (onderdelen van) deze modernisering ook concrete beleidsdoelen worden nagestreefd, zoals de reductie van administratieve lasten en verkorting van doorlooptijden, mag een beantwoording van deze kernvragen in de toelichting niet achterwege blijven. In algemene zin merkt de Afdeling op dat de voorgestelde modernisering kan bijdragen aan het bereiken van dergelijke beleidsdoelen, maar dat een nieuw wetboek daarvoor hooguit een noodzakelijke (en geen voldoende) voorwaarde is. In die zin moeten de verwachtingen over de resultaten van de modernisering van het wetboek niet te hoog gespannen zijn. In elk geval zal het aanpassen van de wettelijke regels waar nodig gepaard moeten gaan met aanvullende (organisatorische) maatregelen en flankerend beleid.

De modernisering van het strafprocesrecht is tot stand gekomen in samenwerking met organisaties op het terrein van de strafrechtspleging. Daarmee heeft het voorgestelde wetboek op belangrijke onderdelen het karakter gekregen van een compromis. In het verlengde daarvan wil het nieuwe wetboek op sommige onderdelen vooral de rechtspraktijk faciliteren, waarbij de wijze waarop de nieuwe regeling wordt toegepast ook aan de ketenpartners wordt overgelaten. De Afdeling merkt op dat het aan de wetgever is om – mede op basis van de inbreng van de ketenpartners – een eigen afweging te maken. Daarbij mag van de wetgever worden verwacht dat hij sturing geeft aan de rechtspraktijk en dat hij de wijze waarop de strafvorderlijke regels in de praktijk worden toegepast nader normeert door in de toelichting een visie daarop te formuleren. Ook dient de toelichting meer duidelijkheid te verschaffen over de wijze waarop de adviezen van de geconsulteerde organisaties zijn verwerkt.

Of de met de modernisering van het strafprocesrecht beoogde doelstellingen zullen worden behaald, hangt in belangrijke mate af van het antwoord op de vraag of burgers en professionals in de praktijk met het nieuwe wetboek uit de voeten kunnen. In de toelichting wordt slechts in beperkte mate ingegaan op de uitvoerbaarheid van de voorstellen. De Afdeling acht het noodzakelijk dat de toelichting op dit punt wordt aangevuld, waarbij zij in het bijzonder aandacht vraagt voor de personeelscapaciteit bij uitvoeringsinstanties, de digitale voorzieningen en het doenvermogen van burgers in het strafproces. Voorts adviseert de Afdeling in het voorstel een evaluatiebepaling op te nemen en in de toelichting te verduidelijken aan de hand van welke criteria en op welke termijn het nieuwe wetboek geëvalueerd zal worden.

Eén van de ontwikkelingen die de aanleiding hebben gevormd voor de modernisering van het wetboek is de veranderde rolverdeling tussen de actoren binnen het strafproces. Sinds de invoering van het huidige wetboek is de rechter teruggetreden, is de positie van de officier van justitie en van de politie versterkt en is het slachtoffer geëmancipeerd. Deze verschuivingen doen de vraag rijzen of de verhouding tussen de verschillende actoren thans en na invoering van het nieuwe wetboek (nog) in balans is. In het bijzonder kunnen deze verschuivingen negatieve consequenties hebben voor de positie van de verdachte, in het bijzonder als deze niet door een raadsman wordt bijgestaan. Daar komt bij dat ook de ontwikkeling naar een (meer) contradictoair procesmodel en de met het wetboek nagestreefde beweging naar voren voor de verdachte nadelig kunnen uitpakken.

In dit licht acht de Afdeling op een aantal punten aanpassing van het voorgestelde wetboek noodzakelijk. De concrete opmerkingen die de Afdeling in dit verband maakt bij specifieke onderdelen van het wetboek kunnen worden samengevat aan de hand van vier rode draden:

- a. het versterken van het (rechterlijk) toezicht op het optreden van de strafvorderlijke autoriteiten;
- b. het verzekeren dat de uitoefening van opsporingsbevoegdheden ook in de toekomst met voldoende waarborgen is omkleed;
- c. het verbeteren van de positie van de verdachte door de beschikbaarheid van adequate (gefinancierde) rechtsbijstand en van de informatie die nodig is om effectief verdediging te kunnen voeren; en
- d. het bevorderen van een actieve houding van de zittingsrechter ter compensatie van de kwetsbare positie van de verdachte (zonder raadsman).

Bij de invoering van het nieuwe wetboek zal uiteraard ook de verhouding met andere wetten moeten worden betrokken. De Afdeling adviseert in de toelichting nader in te gaan op de verhouding tussen de thans voorgestelde bevoegdheden in het nieuwe wetboek en de bestaande (strafvorderlijke) bevoegdheden in bijzondere wetten.

Leeswijzer

Dit advies is opgebouwd uit een Algemeen deel en een Bijzonder deel. Het Bijzonder deel valt uiteen in vijf deeladviezen. Ieder deeladvies behandelt één van de thema's aan de hand waarvan de advisering heeft plaatsgevonden. De deeladviezen bevatten de concrete adviesopmerkingen van de Afdeling over specifieke onderdelen van het voorgestelde wetboek.

In het Algemeen deel wordt eerst ingegaan op de achtergrond, voorgeschiedenis en doelstellingen van de modernisering van het strafprocesrecht (punt 1). Vervolgens wordt een toelichting gegeven op de wijze waarop het advies tot stand is gekomen en op de thematische aanpak en het beoordelingskader die daarbij zijn gehanteerd (punt 2). De Afdeling maakt daarna een aantal algemene opmerkingen over het nieuwe wetboek als geheel en de kwaliteit van de toelichting (punt 3), waarbij de uitvoerbaarheid van de voorstellen afzonderlijk aan de orde komt (punt 4). Een aantal ontwikkelingen doet de vraag rijzen of de verhouding tussen de verschillende actoren binnen een meer contradictoir strafproces nog in balans is (punt 5). Vanuit die invalshoek worden enkele rode draden uit de afzonderlijke deeladviezen afgeleid, waarbij bevindingen van de Afdeling met betrekking tot de verschillende thema's met elkaar in verband worden gebracht (punt 6). Tot slot maakt de Afdeling een opmerking over de verhouding tussen het nieuwe wetboek en bevoegdheden die in andere wetten zijn geregeld (punt 7). Er is in het Algemeen deel van dit advies niet gestreefd naar een volledig overzicht van alle onderwerpen die in de deeladviezen worden behandeld en de opmerkingen die daarover in die deeladviezen worden gemaakt. Voor deze opmerkingen, en de nadere uitwerking en motivering daarvan, wordt verwezen naar de betreffende deeladviezen.

Algemeen deel

1. Achtergrond, voorgeschiedenis en doelstellingen van het voorstel

Over een mogelijke integrale herziening van het Wetboek van Strafvordering is al langere tijd nagedacht en gesproken. Het omvangrijke wetenschappelijke onderzoeksproject Strafvordering 2001 mondde uit in het klemmende advies om tot een dergelijke herziening over te gaan.¹ De voorstellen van de onderzoeksgroep leidden tot een aantal vernieuwingen in het bestaande wetboek, maar tot een algehele modernisering kwam het niet.

In 2014 is alsnog gestart met de concrete voorbereiding van een nieuw Wetboek van Strafvordering.² Een jaar later is de zogenoemde contourennota aangeboden aan de beide Kamers.³ Daarin werd ingegaan op de doelstellingen van het nieuwe wetboek, de werkwijze bij de voorbereiding daarvan en de hoofdlijnen van de beoogde inhoud van dit wetboek. Aan de Afdeling is voorlichting gevraagd over een aantal aspecten van deze wetgevingsoperatie. De Afdeling achtte een modernisering van het Wetboek van Strafvordering wenselijk, maar gaf aan zich pas een oordeel te kunnen vormen over de diverse onderdelen van de contourennota als de concrete voorstellen ter advisering zouden worden voorgelegd.⁴

Vanaf het begin zijn de strafrechtspraktijk en de wetenschap nauw betrokken geweest bij de voorbereiding van de modernisering en de daarbij te maken keuzes. Naast de formele consultatie is al in een vroeg stadium in allerlei vormen overleg gevoerd met de organisaties die werkzaam zijn in de strafrechtspraktijk. In 2017 werden de concepten van de Boeken 1-6 in consultatie gegeven.⁵ De consultatieadviezen zijn daarna, wederom in samenwerking met de praktijk, verwerkt in de nieuwe wettelijke regeling. Vervolgens vond een eindredactiefase plaats. Een en ander resulteerde in een 'ambtelijke versie' van het gehele wetboek en de toelichting daarbij, die in 2020 is gepubliceerd.⁶ Op 14 april 2021 is het voorstel tot vaststelling van het nieuwe wetboek ter advisering aan de Afdeling voorgelegd. Bij wijze van

1 Zie o.a. M.S. Groenhuijsen & G. Knigge (red.), *Afronding en verantwoording. Eindrapport onderzoeksproject Strafvordering 2001*, Deventer: Kluwer 2004.

2 Zie de toelichting, Algemeen deel, paragraaf 6 (De voorbereiding van het nieuwe wetboek) voor een meer uitgebreid overzicht van de voorgeschiedenis.

3 Contourennota Modernisering Wetboek van Strafvordering, Kamerstukken II 2015/2016, 29279, nr. 278 (bijlage).

4 Voorlichting van de Afdeling advisering van de Raad van State van 11 september 2015 over de Contourennota Modernisering Wetboek van Strafvordering (W03.15.0180/II/Vo), Kamerstukken II 2015/2016, 29279, nr. 278 (bijlage).

5 De toekomstige Boeken 7 (Internationale samenwerking in strafzaken) en 8 (Tenuitvoerlegging strafrechtelijke beslissingen) werden in datzelfde jaar al aangenomen en in het Staatsblad gepubliceerd. Zie respectievelijk de Wet herziening regeling internationale samenwerking in strafzaken (*Stb.* 2017, 246) en de Wet herziening tenuitvoerlegging strafrechtelijke beslissingen (*Stb.* 2017, 82).

6 Te raadplegen via www.rijksoverheid.nl.

uitzondering is het wetboek zonder financiële paragraaf voorgelegd, op een moment dat de voor implementatie benodigde middelen (nog) niet volledig beschikbaar waren.⁷

Doel van de modernisering van het strafprocesrecht is volgens de contourennota een toekomstbestendig, voor burgers en professionals toegankelijk en in de praktijk werkbaar wetboek dat voorziet in een evenwichtig stelsel van rechtswaarborgen.⁸ Het hoofdoel van het wetboek blijft dat zo veel mogelijk bevorderd wordt dat een adequate justitiële reactie kan worden gegeven op strafbaar gedrag, en dat onjuiste justitiële beslissingen zo veel mogelijk worden voorkomen.⁹ Daarbij dient zo goed mogelijk gewaarborgd te zijn dat het onderzoek in een strafzaak vanaf het begin zowel zorgvuldig als voortvarend plaatsvindt, met inachtneming van de (grond)rechten van burgers.

Volgens de contourennota kent de modernisering van het wetboek de volgende subdoelen:

- a. duidelijke regeling van bevoegdheden en procespositie van de deelnemers aan het strafproces;
- b. facilitering van een digitaal strafproces;
- c. vereenvoudiging van het voorbereidend onderzoek en de regeling van de opsporingsbevoegdheden;
- d. stroomlijning van procedures in het vooronderzoek, de berechting en de tenuitvoerlegging, waarbij gekeken wordt naar reductie van administratieve lasten;
- e. verkorting van doorlooptijden waarbij de verantwoordelijkheid van de procesdeelnemers voor een voortvarende procesgang wettelijk wordt vastgelegd en het onderzoek zoveel mogelijk wordt afgerond vóór de inhoudelijke behandeling ter zitting;
- f. effectieve en persoonsgerichte tenuitvoerlegging; en
- g. voorzien in een wetboek dat systematisch van opzet is, het toepasselijke recht weerspiegelt, een logische indeling kent en inzichtelijk is voor de burger.

De voorgaande doelstellingen keren als zodanig niet expliciet terug in de toelichting bij het voorstel (zie verder punt 3b).

⁷ Toelichting, Algemeen deel, paragraaf 9.4 (Mogelijke dekkingsopties).

⁸ Contourennota Modernisering Wetboek van Strafvordering, Kamerstukken II 2015/2016, 29279, nr. 278 (bijlage).

⁹ Toelichting, Algemeen deel, paragraaf 1.1 (Inleiding) en paragraaf 2.1 (Doelstellingen van het strafprocesrecht).

2. Totstandkoming van het advies en beoordelingskader

De modernisering van het Wetboek van Strafvordering is een bijzondere en zeer omvangrijke wetgevingsoperatie, die betrekking heeft op alle aspecten van het strafprocesrecht. Het gehele strafproces wordt erdoor geraakt, vanaf het begin van het opsporingsonderzoek tot en met de tenuitvoerlegging van strafrechtelijke beslissingen.¹⁰ Op specifieke onderdelen behelst het voorstel ook inhoudelijk ingrijpende vernieuwingen.¹¹

In verband met de aard, omvang en complexiteit van het nieuwe wetboek is de Afdeling tot de conclusie gekomen dat het voorstel zich niet leent voor een integraal advies over alle specifieke onderdelen daarvan. Bovendien is het voorgestelde wetboek voorwerp geweest van een langdurige en zorgvuldige voorbereiding, waarbij de praktijk en de wetenschap intensief betrokken zijn geweest (zie punt 1). Om deze redenen heeft de Afdeling gekozen voor een thematische benadering van het voorstel. Aldus kan ook de samenhang binnen het wetboek worden geanalyseerd en kunnen dwarsverbanden worden gelegd tussen de verschillende onderwerpen die daarin geregeld worden.¹²

De Afdeling gaat voor haar beoordeling uit van het strafproces zoals dat in het algemeen verloopt in de meeste strafzaken. De advisering is in beginsel toegespitst op de volgende vijf thema's:

- Uitvoerbaarheid en digitalisering;
- De positie van de procesdeelnemers;
- Opsporing;
- De beweging naar voren;
- De rol van de rechter.

De keuze voor een thematische aanpak impliceert dat niet alle afzonderlijke onderdelen van het voorgestelde wetboek in dit advies aan de orde komen.

De genoemde thema's staan in nauw verband met elkaar. Voor de beoogde beweging naar voren (Deeladvies D) is bijvoorbeeld cruciaal dat de verdachte tijdig kan beschikken over adequate en eventueel gefinancierde rechtsbijstand (Deeladvies B). En de rol van de rechter binnen het strafproces (Deeladvies E) wordt onder meer geraakt door het voorstel om bij een aantal ingrijpende opsporingsbevoegdheden geen machtiging van de rechter-commissaris

¹⁰ Zie over het opsporingsbegrip en het beginpunt van de strafvordering Deeladvies C, punt 2b. De executiefase is al gemoderniseerd bij de Wet herziening tenuitvoerlegging strafrechtelijke beslissingen (Stb. 2017, 82), dat het toekomstige Boek 8 van het nieuwe wetboek omvat.

¹¹ Zie bijvoorbeeld de nieuwe regeling van het onderzoek van gegevens (Deeladvies C, punt 3b) en die van schadevergoeding na strafvorderlijk overheidsoptreden (Deeladvies E, punt 4).

¹² Zo komen in Deeladvies D (Beweging naar voren) onder meer aan de orde het onderzoek door de rechter-commissaris (Boek 2), de procesinleiding en de voorbereiding van de terechtzitting (Boek 4).

meer verplicht te stellen (Deeladvies C). Voor alle onderwerpen geldt dat de uitvoerbaarheid van de voorgestelde regels gewaarborgd dient te zijn (Deeladvies A). Waar nodig zal in het advies dan ook aandacht worden besteed aan de samenhang tussen de verschillende thema's.

In de voorlichting over de contourennota heeft de Afdeling het volgende van belang geacht.¹³ De toelichting dient bij ieder onderdeel van het voorstel inzicht te geven in de gemaakte keuzes en zo concreet mogelijk te vermelden wat de consequenties zijn voor de praktijk. De Afdeling is mede in het licht daarvan van oordeel dat bij de uitwerking van de voorstellen steeds een aantal ijkpunten geldt. Weliswaar is het Integraal Afwegingskader (IAK) hier uiteraard ook van toepassing, maar gelet op de aard en omvang van dit wetgevingsproject zijn enige bijzondere op dit project toegesneden vragen van belang.

Concreet denkt de Afdeling hierbij aan de volgende kernvragen:

- a. Welke van de doelen, zoals omschreven in de contourennota, worden met het voorstel nagestreefd? Op welke wijze worden deze door het voorstel bereikt?
- b. Wat verandert er precies ten opzichte van de huidige situatie? Zijn er alternatieven overwogen?
- c. Welke uitgangspunten en beginselen van strafvordering zijn voornamelijk van belang in het kader van het desbetreffende voorstel?
- d. Op welke wijze wordt verzekerd dat opsporende, vervolgende en rechterlijke instanties het werk dat in het licht van het voorstel van hen wordt verwacht, ook inderdaad in kwalitatief en kwantitatief opzicht aankunnen?
- e. Hoe is de verhouding tot het internationale recht, in het bijzonder tot het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens (EVRM) en de elders gecodificeerde mensenrechten, en tot het recht van de Europese Unie (EU)?
- f. Wat zijn de kosten en baten in financiële zin?

De eerder bedoelde thematische aanpak brengt mee dat de Afdeling in dit advies niet bij alle onderdelen van het voorgestelde wetboek het voorgaande beoordelingskader zal toepassen. Wel acht zij van belang dat de toelichting bij ieder concreet onderdeel de hierboven genoemde 'kernvragen' beantwoordt. Verderop zal de Afdeling ingaan op de mate waarin en de wijze waarop de toelichting hierin voorziet (zie punt 3b).

¹³ Voorlichting van de Afdeling advisering van de Raad van State van 11 september 2015 over de Contourennota Modernisering Wetboek van Strafvordering (W03.15.0180/II/Vo), Kamerstukken II 2015/2016, 29279, nr. 278 (bijlage). De formulering van de vragen is hier op enkele punten aangepast en één vraag is weggelaten, nu het oorspronkelijke voornemen is losgelaten om het wetboek in de vorm van 17 afzonderlijke voorstellen in procedure te brengen.

Ter voorbereiding van het advies zijn gesprekken gevoerd met vertegenwoordigers van verschillende organisaties die in de strafrechtspraktijk werkzaam zijn. Deze gesprekken hebben een zeer nuttige bijdrage geleverd aan de advisering, in het bijzonder wat betreft de praktische uitvoerbaarheid van de voorstellen en de consequenties daarvan voor de strafrechtelijke keten. De Afdeling is allen die aan deze gesprekken hebben deelgenomen erkentelijk voor hun medewerking.

3. Algemene opmerkingen over het wetboek en de toelichting

Hierna maakt de Afdeling een aantal opmerkingen over het voorgestelde wetboek als geheel en over de kwaliteit van de toelichting daarbij. Om te beginnen wordt een algemeen oordeel gegeven over de wenselijkheid van de modernisering van het wetboek (punt 3a). Vervolgens wordt ingegaan op de mate waarin de hiervoor geformuleerde kernvragen in de toelichting worden beantwoord (punt 3b). Daarna komt de rol van de wetgever aan de orde, vooral in relatie tot de wijze waarop de organisaties die in de strafrechtspraktijk werkzaam zijn bij de voorbereiding van de voorstellen zijn betrokken (punt 3c). Tot slot wordt aandacht besteed aan de mate waarin de toelichting reageert op de adviezen van de geconsulteerde organisaties (punt 3d).

a. Algemene beoordeling

De Afdeling heeft in de voorlichting over de contourennota de wenselijkheid van de modernisering van het wetboek al onderschreven.¹⁴ Het huidige wetboek is verouderd en is door de vele achtereenvolgende wijzigingen ontoegankelijk geworden. Het voorstel voorziet in een grondige herstructurering en draagt daarmee bij aan de rechtszekerheid en de bruikbaarheid van het wetboek in de praktijk. Burgers kunnen aan de hand van duidelijke wettelijke regels voorzien of en wanneer een bepaalde bevoegdheid tegen hen kan worden ingezet. Tegelijkertijd wordt een betere wettelijke grondslag geboden voor een effectieve criminaliteitsbestrijding. Aldus geeft het voorstel op adequate wijze uitvoering aan de grondwettelijke opdracht tot codificatie van het strafprocesrecht.¹⁵

In algemene zin stelt de Afdeling vast dat de voorgestelde bepalingen helder zijn geformuleerd en dat het nieuwe wetboek een logische systematiek kent. Technisch en systematisch wordt daarmee een grote stap voorwaarts gezet. Niet alleen de indeling en nummering van het wetboek als zodanig worden

¹⁴ Voorlichting van de Afdeling advisering van de Raad van State van 11 september 2015 over de Contourennota Modernisering Wetboek van Strafvordering (W03.15.0180/II/Vo), Kamerstukken II 2015/2016, 29279, nr. 278 (bijlage).

¹⁵ Artikel 107 Grondwet.

gewijzigd, maar het stelsel van strafvordering wordt ook inhoudelijk gemoderniseerd.¹⁶ Daarnaast wordt het wetboek bij de tijd gebracht door met betrekking tot een aantal onderwerpen de jurisprudentie van de Hoge Raad¹⁷ en het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM)¹⁸ te codificeren. Opmerking verdient nog dat ook recente jurisprudentie van het Hof van Justitie van de Europese Unie (HvJ EU) uiteindelijk consequenties zal moeten hebben voor de inhoud van het nieuwe wetboek.¹⁹ Het eerbiedigen van de rechten en vrijheden van de verdachte en van andere bij het strafproces betrokken personen behoort volgens de toelichting tot de belangrijkste doelstellingen van het strafprocesrecht. Er is naar gestreefd om in het nieuwe wetboek de verhouding tot het EVRM, de andere mensenrechtenverdragen en de Grondwet te optimaliseren.²⁰ In algemene zin heeft de Afdeling waardering voor de wijze waarop in de toelichting wordt ingegaan op de verhouding tussen de voorgestelde wijzigingen en de grondrechten.

b. Doelstellingen en beoordelingskader

Hiervoor heeft de Afdeling gewezen op de doelstellingen ('subdoelen') van de modernisering, zoals deze in de contourennota werden omschreven (zie punt 1). Daarnaast heeft de Afdeling eerder een beoordelingskader geformuleerd, dat bestaat uit een aantal kernvragen die specifiek op dit wetgevingsproject zijn toegesneden (zie punt 2).

De Afdeling merkt op dat de doelstellingen van de modernisering van het wetboek in de toelichting niet expliciet of alleen zijdelings benoemd worden.²¹

¹⁶ Hier kan worden gewezen op het nieuwe vervolgingsbegrip en op het gefaseerd aanbrengen van zaken bij de meervoudige kamer; zie toelichting, Algemeen deel, paragraaf 2.3 (Een veranderde rolverdeling tussen strafrechtelijke actoren).

¹⁷ Dit betreft bijvoorbeeld de regeling van het professioneel verschoningsrecht (voorgesteld artikel 1.6.7), de auditu-rechtspraak (voorgesteld artikel 4.3.9, vierde lid) en de voeging ad informandum (voorgesteld artikel 4.1.1, vierde lid).

¹⁸ Zie bijvoorbeeld voorgesteld artikel 4.3.11, tweede lid: het bewijs dat de verdachte het feit heeft begaan, kan niet steunen op mededelingen die de verdachte op grond van een wettelijke verplichting tot het verschaffen van informatie heeft gedaan, tenzij het recht op een eerlijk proces daardoor niet wordt geschonden.

¹⁹ HvJ EU 2 maart 2021, C-746/18, ECLI:EU:C:2021:152 (Prokuratuur). Zie verder Deeladvies C, punt 3c.

²⁰ Toelichting, Algemeen deel, paragraaf 7 (Grondrechten). Het recht op een eerlijk proces binnen een redelijke termijn (voorgesteld artikel 1.1.2) en de onschuldpresumptie (voorgesteld artikel 1.1.3) worden expliciet in het nieuwe wetboek opgenomen.

²¹ Zie voor een zijdelings vermelding bijvoorbeeld toelichting, Algemeen deel, paragraaf 3.8 (De 'beweging naar voren'): "De voorgestelde systematiek sluit aan bij de doelstellingen van de modernisering, namelijk te voorzien in een wetboek dat systematisch deugdelijk is opgezet, dat een duidelijke regeling bevat van taken, bevoegdheden en positie van de verschillende deelnemers aan de strafrechtspleging en dat is gericht op verkorting van de doorlooptijden en een voortvarende procesgang waarbij het onderzoek zoveel mogelijk wordt afgerond voor de inhoudelijke behandeling op de terechtzitting." En over het terugbrengen van het aantal gevallen waarin een bevel afzonderlijk moet worden vastgelegd wordt opgemerkt dat daarmee een belangrijke werklastbesparing wordt gerealiseerd; zie toelichting, Algemeen deel, paragraaf 2.5 (De invloed van moderne technieken).

Daarmee is niet geheel duidelijk of en in hoeverre de in de contourennota vermelde doelstellingen thans allemaal nog actueel zijn. Duidelijkheid hierover is van belang om te kunnen beoordelen of de voorgestelde bepalingen in het licht van de daarmee beoogde doelen adequaat zijn. Het expliciteren van de doelstellingen is bovendien een voorwaarde voor een zinvolle toetsing van onder meer de effectiviteit en proportionaliteit van de specifieke voorstellen. Dat geldt ook voor de beantwoording van de vraag of alternatieven zijn overwogen waarmee de betreffende doelstelling(en) zou(den) kunnen worden bereikt.

Ook in andere opzichten wordt in de toelichting geen of te weinig aandacht besteed aan de geformuleerde kernvragen. Zo blijkt uit de toelichting niet in alle gevallen wat de impact is van de voorgestelde regelingen voor de opsporende, vervolgende en rechterlijke instanties. Evenmin wordt telkens toegelicht in hoeverre zij het werk dat in het licht van het voorstel van hen wordt verwacht, ook inderdaad in kwalitatief en kwantitatief opzicht aankunnen (zie verder punt 4).²² Bovendien ontbreekt in de toelichting een deugdelijke verantwoording van de kosten en baten in financiële zin.²³ Nu een aantal kernvragen in de toelichting niet beantwoord wordt, is een adequate beoordeling van deze belangrijke aspecten door de Afdeling op basis van deze toelichting niet mogelijk. De toelichting is in zoverre onvoldragen. Met het oog op de parlementaire behandeling acht de Afdeling het van wezenlijk belang dat de toelichting op deze punten substantieel wordt aangevuld.

Hoewel de toelichting dit dus niet met zoveel woorden tot uitdrukking brengt, lijkt de belangrijkste doelstelling van het voorstel thans te zijn om te voorzien in een wetboek dat systematisch van opzet is, het toepasselijke recht weerspiegelt, een logische indeling kent en inzichtelijk is voor de burger (zie punt 1).²⁴ Tegelijkertijd worden met (onderdelen van) deze modernisering kennelijk ook meer concrete beleidsdoelen nagestreefd, zoals de stroomlijning van procedures, reductie van administratieve lasten en

²² Zie nader Deeladvies A, punten 2 en 3. Zie bijvoorbeeld ook Deeladvies D (punt 2c) over de gevolgen van de capaciteitstekorten bij de rechterlijke macht voor de haalbaarheid van de voorgestelde beweging naar voren.

²³ Zie nader Deeladvies A, punt 6. Met het oog op de voortgang van het wetgevingsproces heeft de Afdeling bij wijze van uitzondering ingestemd met advisering over het voorstel op een moment dat nog geen duidelijkheid bestond over de financiële dekking. Dat neemt niet weg dat deze duidelijkheid met het oog op de parlementaire behandeling alsnog moet worden verschaft.

²⁴ In de contourennota wordt dit 'subdoel' als laatste genoemd (zie punt 1).

verkorting van doorlooptijden.²⁵ In het bijzonder als het gaat om dergelijke beleidsdoelen kan een toelichting van de betreffende bepalingen aan de hand van de hierboven geformuleerde kernvragen niet achterwege blijven.²⁶

Voor verschillende onderdelen van het voorgestelde wetboek geldt bovendien dat de beoogde doelstellingen niet met een enkele wetswijziging kunnen worden gerealiseerd. In die gevallen moet worden voorzien in aanvullende maatregelen of flankerend beleid.²⁷ In het bijzonder wijst de Afdeling op het belang van organisatorische maatregelen binnen de rechterlijke macht, bijvoorbeeld het verder ontwikkelen van professionele standaarden,²⁸ het terugdringen van doorlooptijden,²⁹ het verbeteren van de motivering van beslissingen³⁰ en het bewerkstelligen van meer uniformiteit in bepaalde procedures.³¹ Daarbij geldt dat de minister, mede gelet op de rechterlijke onafhankelijkheid, slechts beperkte bevoegdheden heeft als het gaat om het functioneren van de rechterlijke organisatie. In dit verband is dan ook primair de rechterlijke macht zelf aan zet.³²

²⁵ Zie bijvoorbeeld toelichting, Algemeen deel, paragraaf 3.3 (Boek 2: 'Het opsporingsonderzoek') over vermindering van administratieve lasten en paragraaf 3.8 (De 'beweging naar voren') over verkorting van doorlooptijden. Zie recent ook nog de Hoofdlijnenbrief Justitie en Veiligheid van 9 februari 2022, kenmerk 3827898 (via www.rijksoverheid.nl), waarin over het nieuwe Wetboek van Strafvordering onder meer het volgende wordt opgemerkt: "Het nieuwe wetboek versterkt de rol van de rechter bij de voorbereiding van de berechting. Dat draagt bij aan een snellere procesvoering".

²⁶ Deze specifieke kernvragen vloeien deels voort uit en bouwen voort op het IAK en de Aanwijzingen voor de regelgeving. Zie onder meer Aanwijzing 2.2 (noodzaak van regelgeving), Aanwijzing 2.3 (de doelen die moeten worden bereikt, worden zo concreet en nauwkeurig mogelijk vastgesteld) en Aanwijzing 2.11 (nadelige gevolgen van een regeling mogen niet onevenredig zijn in verhouding tot de daarmee te dienen doelen). In zoverre betreft het beoordelingskader van de Afdeling een specificatie van de factoren die relevant zijn voor alle wetsvoorstellen, toegespitst op de omvangrijke wetgevingsoperatie die de modernisering van de strafvordering is. Voorts moet hier worden gewezen op de in artikel 3.1 Comptabiliteitwet neergelegde verplichting om in de toelichting in te gaan op de doelstellingen, de doeltreffendheid en de doelmatigheid die worden nagestreefd met een voorstel, op de beleidsinstrumenten die worden ingezet en op de financiële gevolgen.

²⁷ Zie bijvoorbeeld Deeladvies D, punt 2c (over de regie-voerende taak van de rechter-commissaris), Deeladvies D, punt 2d (over de voortgang van het onderzoek) en Deeladvies B, punt 2c (over de tijdige en adequate kennisgeving van processtukken).

²⁸ Gedacht kan worden aan het bevorderen van een werkwijze waarin zoveel mogelijk wordt gewerkt met vaste zittingscombinaties en waarin beslissingen die het zittingsonderzoek betreffen door de voorzitter van die zittingscombinatie worden genomen (vergelijk Deeladvies D, punt 3c). Zie bijvoorbeeld ook N.L. Holvast & G.J. Stoeper, 'Professionele standaarden voor juridisch medewerkers', *NJB* 2022, p. 406 e.v.

²⁹ Vergelijk *Doorlooptijden in beweging!*, Eindrapport project doorlooptijden Rechtspraak, oktober 2019.

³⁰ Zie bijvoorbeeld Deeladvies B, punt 4a, onder ii (vordering benadeelde partij) en Deeladvies C, punt 4g (voorlopige hechtenis).

³¹ Bijvoorbeeld de wijze waarop de beslissing tot niet-vervolgving door de verschillende gerechtshoven wordt getoetst (Deeladvies B, punt 4b, onder v).

³² Vergelijk de Voorlichting van de Afdeling advisering van de Raad van State van 17 september 2020 over mogelijke kwetsbaarheden in de Wet RO met betrekking tot de benoeming, herbenoeming, schorsing en/of het ontslag van leden van de Raad voor de rechtspraak en het gerechtshoofdbestuur (W16.20.0045/II/Vo), Kamerstukken II 29279, nr. 620 (bijlage).

De Afdeling adviseert de doelstellingen van de modernisering alsnog uitdrukkelijk in de toelichting op te nemen. Voorts adviseert zij waar mogelijk bij de verschillende concrete voorstellen te verduidelijken in hoeverre deze doelstellingen daarmee inderdaad kunnen worden bereikt. Daarbij dient ook aan de orde te komen in hoeverre daartoe moet en zal worden voorzien in aanvullende maatregelen en flankerend beleid. Daarnaast adviseert zij in de toelichting bij concrete inhoudelijke wijzigingen van het wetboek waar nodig expliciet aandacht te besteden aan de overige kernvragen.

c. De rol van de wetgever

Het voorstel behelst een veelomvattende modernisering van het strafprocesrecht en heeft daarmee ingrijpende gevolgen voor de rechtspraak. De belangrijkste uitgangspunten en hoofdbeginselen van het huidige wetboek blijven echter gehandhaafd. Recente wetswijzigingen worden niet opnieuw ter discussie gesteld. Wel wordt op een aantal specifieke onderdelen een (min of meer) ingrijpende herziening voorgesteld. Deze concrete voorstellen lijken vooral voort te komen uit behoeften van de praktijk en niet zozeer uit een overkoepelende visie op (de uitgangspunten en beginselen van) het strafprocesrecht. Dat neemt niet weg dat zij op onderdelen wel aan fundamentele uitgangspunten en beginselen raken.³³

Het gemoderniseerde wetboek is tot stand gekomen in samenspraak met organisaties op het terrein van de strafrechtspleging. Getracht is om met deze organisaties zoveel mogelijk tot consensus te komen. Een aantal van de meer ambitieuze voorstellen is naar aanleiding van kritiek van de geconsulteerde organisaties afgeblazen (zoals de vereenvoudiging van de verdenkingscriteria en de voorlopige vrijheidsbeperking)³⁴ of afgezwakt (zoals de beweging naar voren).³⁵ Het is dan ook onvermijdelijk dat het voorgestelde wetboek op belangrijke onderdelen het karakter heeft gekregen van een compromis.³⁶ In sommige gevallen heeft dat ertoe geleid dat van een voorgestelde wijziging is afgezien en dat de huidige wettelijke regeling grotendeels onveranderd blijft. In die gevallen valt uiteraard niet te verwachten dat de betreffende bepalingen zullen leiden tot een verbetering ten opzichte van

³³ Zie bijvoorbeeld Deeladvies D, punt 3c over de regievoering door de 'voorzitter van de rechtbank'. Om praktische (logistieke) redenen laat de toelichting de mogelijkheid open dat dit in de praktijk een poortechter is. Gelet op het uitgangspunt dat de zittingsrechter verantwoordelijk is voor de volledigheid van het onderzoek en de juistheid van het vonnis, ligt het echter in de rede dat beslissingen die het onderzoek op de terechtzitting betreffen worden genomen door de (beoogd) voorzitter van de zittingscombinatie.

³⁴ Toelichting, Algemeen deel, paragrafen 5.2 (De verdenkingscriteria) en 5.3 (Vrijheidsbeperking en vrijheidsbeneming).

³⁵ Zie Deeladvies D, punt 1.

³⁶ Vergelijk G. Knigge, 'Over hervorming en verandering', *RM Themis* 2018, p. 165-167.

de huidige situatie, zoals die met het oorspronkelijke voorstel wel werd beoogd.³⁷

De Afdeling heeft waardering voor de wijze waarop de ketenpartners betrokken zijn geweest bij de totstandkoming van het nieuwe wetboek. Deze betrokkenheid draagt bij aan een breed draagvlak voor de voorstellen en daarmee ook aan een betere uitvoerbaarheid. Het is vervolgens aan de wetgever om een eigen afweging te maken tussen de relevante (deel)belangen. Vanuit de advocatuur is naar voren gebracht dat men minder dan de ketenpartners binnen de overheid betrokken is geweest bij de voorbereiding van de voorstellen.³⁸ Mede met het oog op de uitvoerbaarheid acht de Afdeling het van belang dat het draagvlak voor de voorstellen ook binnen de advocatuur wordt vergroot.

Met het voorgaande hangt samen dat het nieuwe wetboek blijkens de toelichting op sommige onderdelen vooral de rechtspraak wil 'faciliteren'³⁹ en daarbij de wijze waarop aan de nieuwe regeling toepassing wordt gegeven overlaat aan diezelfde rechtspraak. De Afdeling begrijpt dat het in bepaalde gevallen wenselijk kan zijn om de rechtspraak ruimte te geven om invulling te geven aan de voorgestelde bepalingen. Tegelijkertijd mag van de wetgever ook worden verwacht dat hij sturing geeft aan de rechtspraak en richting geeft aan de wijze waarop de strafvorderlijke regels moeten worden toegepast.

Welke onderzoekshandelingen zouden bijvoorbeeld in beginsel (of bij voorkeur) op de openbare terechtzitting moeten plaatsvinden en welke getuigen moeten daar in elk geval worden gehoord?⁴⁰ Welke beslissingen kunnen alleen door de zittingsrechter worden genomen en in welke situaties kan een 'poortrechter' worden ingezet?⁴¹ Welke taak heeft de zittingsrechter als het

37 Zie Deeladvies C, punt 4f over de voorgestelde regeling van de voorlopige hechtenis. De Afdeling betwijfelt daar of rechters als gevolg van de voorgestelde wetswijziging voorlopige hechtenis daadwerkelijk terughoudender zullen toepassen, omdat de voorgestelde regeling niet wezenlijk verschilt van de huidige. Dat mogelijk op goede gronden (naar aanleiding van kritische consultatieadviezen) is afgezien van het oorspronkelijke voorstel om de schorsing van de voorlopige hechtenis te vervangen door de voorlopige vrijheidsbeperking, doet daar niet aan af.

38 Advies NOvA over Boeken 1-2 van 30 juni 2017, p. 4. Vergelijk D.V.A. Brouwer, 'Modernisering Wetboek van Strafvordering allerninst reden tot tevredenheid', *Advocatenblad* 29 december 2020.

39 Zo wil de voorgestelde regeling van het gefaseerd aanbrengen van zaken vooral 'faciliteren' dat het onderzoek op de terechtzitting zo goed mogelijk wordt voorbereid; zie toelichting, Boek 4, hoofdstuk 1 (Het aanbrengen van de zaak ter berechting). Om te bevorderen dat wensen om getuigen te verhoren eerder worden ingediend, wordt dat beter 'gefaciliteerd'; zie toelichting, Boek 4, hoofdstuk 2 (Het onderzoek op de terechtzitting).

40 Zie over de criteria voor het oproepen en horen van getuigen Deeladvies D, punt 4.

41 Met een 'poortrechter' wordt in dit verband een rechterlijke functionaris bedoeld die niet zelf de zaak ter terechtzitting behandelt, maar die wel beslissingen neemt ('regie voert') in het kader van de voorbereiding van die zitting. Zie over de bevoegdheden van de 'voorzitter van de rechtbank' Deeladvies D, punt 3c.

gaat om de rechtsbescherming van een (kwetsbare) verdachte die niet door een advocaat wordt bijgestaan?⁴²

Bij de beantwoording van dergelijke vragen spelen beginselen als openbaarheid en onmiddellijkheid een rol, alsmede de eindverantwoordelijkheid van de zittingsrechter voor de wijze waarop het proces wordt gevoerd. Deze uitgangspunten en beginselen komen in de toelichting echter slechts in beperkte mate aan de orde.⁴³ De wet hoeft kwesties als de hier genoemde niet dwingend en in detail te regelen, maar de wetgever kan de praktische toepassing wel nader normeren door daarop een visie te geven in de toelichting.

De Afdeling adviseert de toelichting op de voorgaande punten aan te vullen.

d. Toelichting en consultatie

De Afdeling merkt op dat een deugdelijke motivering van de voorstellen van groot belang is voor de parlementaire behandeling en voor de toepassing van het nieuwe wetboek in de rechtspraak. Bovendien is het voor het draagvlak voor de voorstellen van belang dat de toelichting duidelijkheid verschaft over de wijze waarop de adviezen van de geconsulteerde organisaties zijn verwerkt. De Afdeling begrijpt dat de toelichting niet op alle punten kan ingaan op de uitkomsten van de consultatie. Gelet op het belang van een breed draagvlak voor de voorstellen acht zij het echter van belang dat meer dan thans op de inbreng van de geconsulteerde organisaties wordt gereageerd.⁴⁴

Op basis van de toelichting is nu niet bij alle onderwerpen duidelijk welke argumenten ten grondslag hebben gelegen aan de keuze om het voorstel wel of niet aan te passen.⁴⁵ Ook wordt niet altijd aandacht besteed aan relevante wetenschappelijke literatuur en onderzoeksrapporten van het Wetenschappelijk Onderzoek- en Documentatiecentrum (WODC). In sommige gevallen kunnen de bedoelde argumenten gereconstrueerd worden door

⁴² Zie over de rol van de zittingsrechter in een contradictoir procesmodel Deeladvies B, punt 2e en Deeladvies E, punt 1.

⁴³ De termen 'openbaarheid' en 'onmiddellijkheid' worden in het Algemeen deel van de toelichting bijvoorbeeld niet vermeld.

⁴⁴ De adviezen over het nieuwe wetboek worden weliswaar besproken in het Algemeen deel van de toelichting, paragraaf 5 (De adviezen over het nieuwe wetboek), maar daar komen slechts zes onderdelen aan de orde die zijn ingetrokken of meer rigoureuus zijn bijgesteld.

⁴⁵ Gewezen kan worden op de toelichting bij de voorgestelde regeling van de getuigencriteria (Deeladvies D, punt 4a) en bij de voorgestelde schadevergoedingsregeling (Deeladvies E, punt 4c). Soms wordt volstaan met de enkele stelling dat een voorstel is aangepast 'naar aanleiding van de adviezen van de verschillende ketenpartners' (zie Deeladvies C, punt 2e, onder iii over infiltratie). Ook gaat de toelichting niet in op de bezwaren van het OM tegen de wijze waarop de landelijke bevoegdheid van de officier van justitie wordt geregeld (Deeladvies B, punt 3c, onder iii).

het raadplegen van de consultatieversie van het voorstel, de reacties daarop en de literatuur.⁴⁶ In andere gevallen blijft de argumentatie ongewis, in het bijzonder als het voorstel ondanks kritische reacties niet is aangepast. Gewezen kan bijvoorbeeld worden op de kritiek die door de politie naar voren is gebracht ten aanzien van de voorgestelde regeling van het onderzoek met betrekking tot het lichaam. Deze regeling zou onnodig gedetailleerd en inflexibel zijn.⁴⁷ Het voorstel bevat in dit verband namelijk een limitatieve opsomming van onderzoekshandelingen, zoals het opmeten van lichaamsmaten, het maken van beeldopnamen van het lichaam van de verdachte en het afscheren of afknippen van hoofdhaar, snor of baard.⁴⁸ De politie geeft de voorkeur aan een niet-limitatieve opsomming zoals in de huidige wet, om ruimte te bieden aan nieuwe en deels nog te ontwikkelen technieken.⁴⁹ Wat er verder ook zij van deze kritiek, de toelichting gaat niet in op de redenen waarom het voorstel naar aanleiding daarvan niet is aangepast.⁵⁰

De Afdeling adviseert de toelichting op de voorgaande punten aan te vullen.

4. Uitvoerbaarheid en digitalisering

Of de met de modernisering van het strafprocesrecht beoogde doelstellingen zullen worden bereikt, hangt in belangrijke mate af van het antwoord op de vraag of burgers en professionals in de praktijk met het nieuwe wetboek uit de voeten kunnen. In de consultatieadviezen is door uitvoeringsinstanties daarom veelvuldig aandacht gevraagd voor de uitvoerbaarheid van het nieuwe wetboek. In de toelichting wordt slechts in beperkte mate ingegaan op de structurele en incidentele uitvoeringsconsequenties. De Afdeling acht het noodzakelijk dat de toelichting op deze punten wordt aangevuld voordat het voorstel bij de Tweede Kamer wordt ingediend. Daarbij vraagt zij in het bijzonder aandacht voor de personeelscapaciteit bij uitvoeringsinstanties, de digitale voorzieningen en het doenvermogen van burgers in het strafproces.

⁴⁶ Zie bijvoorbeeld het derde lid van voorgesteld artikel 4.1.4, dat voorziet in een termijn van vier weken na de procesinleiding voor het indienen van verzoeken bij de voorzitter van de rechtbank om getuigen voor de terechtzitting te doen oproepen (enzovoort). Deze termijn kan eenmaal met een door de voorzitter te bepalen termijn worden verlengd. In de consultatieversie werd nog gesproken over een termijn van twee weken, eenmalig te verlengen met twee weken. De verruiming van deze termijnen houdt kennelijk verband met de kritische reacties in consultatieadviezen en in de literatuur (zie P.T.C. van Kampen e.a., *Mind the Gap. Modernisering Wetboek van Strafvordering: consequenties voor de verdediging*, WODC 2018, p. 198-199). De toelichting besteedt geen aandacht aan deze reacties, noch aan de aanpassing van de termijnen.

⁴⁷ Advies Politie over Boek 2 van 27 juni 2017, p. 19-21.

⁴⁸ Zie de voorgestelde artikelen 2.6.11 en volgende.

⁴⁹ In overeenstemming met geldend artikel 61a Sv ('onder meer').

⁵⁰ De bezwaren worden dan ook herhaald in het ongevraagd aanvullend advies van de Politie naar aanleiding van de ambtelijke eindversie van het wetboek van 20 december 2019, Bijlage I, p. 14.

Verschillende uitvoeringsinstanties hebben op dit moment te maken met onderbezetting en een hoge werkdruk. Tegen deze achtergrond rijst de vraag in hoeverre deze uitvoeringsorganisaties in staat zijn om de extra inspanningen te plegen die met de invoering van het nieuwe wetboek gepaard gaan. Voor de implementatiefase geldt dat de opleiding van personeel en het ‘wennen’ aan het werk met het nieuwe wetboek tot een hogere werklast in de strafrechtsketen zullen leiden. Op de structurele werklasteffecten bestaat nog weinig zicht, al spreken verschillende uitvoeringsinstanties de verwachting uit dat hun werklast zal toenemen.⁵¹

De Afdeling constateert dat de capaciteitsproblemen een risico vormen voor het slagen van de moderniseringsoperatie. Zij adviseert daarom de gevolgen van het nieuwe wetboek voor de incidentele en structurele werklast van de verschillende uitvoeringsinstanties beter in kaart te brengen en uiteen te zetten hoe zal worden omgegaan met de situatie waarin niet (op tijd) kan worden voorzien in de benodigde capaciteit.⁵²

De modernisering van het nieuwe wetboek heeft ook gevolgen voor de digitalisering van het strafproces. De afgelopen jaren zijn de digitale voorzieningen bij verschillende uitvoeringsorganisaties in de (straf)rechtspleging kwetsbaar gebleken. Een belangrijke voorwaarde voor een succesvolle invoering van het nieuwe wetboek is dat de digitale voorzieningen op orde zijn. De Afdeling merkt op dat de digitalisering van de strafrechtspleging naar haar aard een complexe operatie is omdat verschillende ketenpartners, met elk hun eigen systemen en prioriteiten, op elkaar moeten worden aangesloten.

De Afdeling wijst erop dat onderlinge samenwerking tussen ketenpartners cruciaal is om de digitale voorzieningen op orde te krijgen. De Afdeling adviseert in de toelichting duidelijk aan te geven wat het doel van de digitalisering is, wie verantwoordelijk is voor de verschillende digitale voorzieningen en het digitaliseringsproces, hoe wordt omgegaan met eventuele afhankelijkheid van derde partijen en welke stappen worden ondernomen om de digitale voorzieningen op tijd op orde te krijgen. Daarbij vraagt de Afdeling aandacht voor de gebruikersvriendelijkheid, privacy en databeveiliging bij het optuigen van de digitale voorzieningen.⁵³

⁵¹ Commissie Implementatie nieuw Wetboek van Strafvordering, *Eindrapportage Kostenraming Implementatie nieuw Wetboek van Strafvordering*, bijlage bij Kamerstukken II 2020/21, 29279, nr. 637, p. 44-49. Zie ook Advies Politie over Boeken 1-2 van 27 juni 2017, p. 7-8; Advies NOvA over Boeken 1-2 van 30 juni 2017, p. 9; Advies Raad voor de rechtspraak over Boeken 1-2 van 11 juli 2017, p. 42-46.

⁵² Deeladvies A, punt 3.

⁵³ Deeladvies A, punt 4.

Bij de beoordeling van de uitvoerbaarheid dient verder het doenvermogen van burgers in ogenschouw te worden genomen. Voor burgers die in aanraking komen met het strafrecht, of dat nu is in de rol van verdachte, slachtoffer, of getuige, is dit vaak een nieuwe en stressvolle ervaring. Het is voor hen soms lastig om te begrijpen wat van hen verwacht wordt, wat de consequenties van bepaalde beslissingen zijn en daarnaar indien nodig te handelen. Duidelijke en toegankelijke communicatie en eventueel (rechts)bijstand is daarom van groot belang. De Afdeling adviseert bij de inrichting van de nieuwe werkprocessen bij de invoering van het nieuwe wetboek rekening te houden met het doenvermogen van de burger in het strafproces.⁵⁴

De genoemde aandachtspunten illustreren het belang van een zorgvuldige en realistische implementatiestrategie. De uitvoeringsinstanties moeten voldoende tijd krijgen om zich aan te passen aan het nieuwe wetboek en de daarbij behorende werkprocessen in te richten. Gelet op deze inspanningen zullen zij in deze periode weinig ruimte hebben om andere wet- en regelgeving in te voeren. De Afdeling adviseert de wetgever daarmee rekening te houden bij de voorbereiding van andere wetgevingstrajecten.

Tot slot merkt de Afdeling op dat in de toelichting niet wordt ingegaan op de wijze waarop het nieuwe wetboek zal worden geëvalueerd. De Afdeling adviseert in de wet een evaluatiebepaling op te nemen en in de toelichting te verduidelijken aan de hand van welke criteria en op welke termijn bepaalde onderdelen van het wetboek geëvalueerd zullen worden. Daarnaast wijst de Afdeling hier op het voornemen van de regering om één jaar na inwerkingtreding van een wet een zogenoemde invoeringstoets uit te voeren.⁵⁵ De Afdeling adviseert bij deze evaluatie en deze invoeringstoets in het bijzonder aandacht te besteden aan de personeelscapaciteit bij uitvoeringsinstanties, de digitale voorzieningen en het doenvermogen van burgers in het strafproces.

5. Veranderende verhoudingen binnen het strafproces

a. Inleiding

Een aantal ontwikkelingen heeft volgens de toelichting de aanleiding gevormd voor de modernisering van het wetboek. Eén van deze ontwikkelingen betreft de veranderde rolverdeling tussen de actoren in het strafproces. Deze rolverdeling is sinds de invoering van het huidige wetboek ingrijpend veranderd. De rechter is teruggetreden, de positie van de officier van justitie en van de politie is versterkt en het slachtoffer is geëmancipeerd. De veranderde rolverdeling

⁵⁴ Deeladvies A, punt 5.

⁵⁵ Deeladvies A, punt 7.

staat niet op zichzelf, maar is mede een gevolg van twee andere belangrijke ontwikkelingen die in de toelichting worden gesignaleerd: de verbreding van de doelstellingen van het strafprocesrecht en de veranderingen in de aard van de criminaliteit en het sanctiearsenaal.⁵⁶ Het nieuwe wetboek weerspiegelt de stand van zaken die door deze ontwikkelingen is ontstaan, maar brengt op deze punten geen fundamentele nieuwe verschuivingen met zich.

De genoemde ontwikkelingen doen de vraag rijzen of de verhouding tussen de verschillende actoren thans en na invoering van het nieuwe wetboek (nog) in balans is. Ter beantwoording van deze vraag wordt hierna eerst een korte schets gegeven van het contradictoire procesmodel (punt 5b). Vervolgens worden de consequenties van een en ander voor de rol en positie van de verschillende procesactoren beschreven (punt 5c). Deze beschrijving ziet op de huidige stand van zaken, inclusief de wijzigingen die daarin door het nieuwe wetboek worden aangebracht. Daarbij wordt afzonderlijk ingegaan op de gevolgen die de beoogde beweging naar voren in dit verband heeft (punt 5d). Dit mondt uit in een tussenconclusie ten aanzien van de rolverdeling tussen de strafvorderlijke actoren (punt 5e). Aan de hand van vier rode draden geeft de Afdeling daarna een beoordeling van de beschreven ontwikkelingen en gevolgen, waarbij een aantal opmerkingen uit de verschillende deeladviezen wordt gelicht en met elkaar in verband wordt gebracht (punt 6).

b. Naar een (meer) contradictoir proces

Een belangrijk concept dat aan de modernisering ten grondslag ligt is de contradictoire gedingstructuur.⁵⁷ Deze term verwijst naar de ontwikkeling van de afgelopen twee decennia waarin de (daadwerkelijke) tegenspraak – wat de partijen verdeeld houdt – van groter belang is geworden voor de inrichting van het strafproces. Van oorsprong is het Nederlandse strafproces inquisitoir.⁵⁸ Volgens de toelichting kan de huidige wijze van procesvoering worden gekarakteriseerd als een contradictoir proces op inquisitoire leest geschoeid. De positieve kanten van het inquisitoire proces zijn daarin behouden; de rechter heeft een eigen verantwoordelijkheid voor een rechtvaardige uitkomst van het strafproces en het Openbaar Ministerie (OM) heeft een magistratelijke rol. Tegelijkertijd is het tegensprekelijke karakter van het

⁵⁶ Toelichting, Algemeen deel, paragrafen 1 (Een ingrijpende modernisering) en 2 (Ontwikkelingen in het strafprocesrecht).

⁵⁷ Aldus de toelichting bij artikel 5.4.29.

⁵⁸ In G.J.M. Corstens/M.J. Borgers & T. Kooijmans, *Het Nederlands strafprocesrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2021, paragraaf 1.3 wordt het inquisitoire proces als volgt omschreven: "In het inquisitoire proces is justitie actief op zoek naar de waarheid. Hier staan een vervolger en een beschuldigde tegenover elkaar. Die beschuldigde is geen gelijkwaardige procespartij, maar object van onderzoek. De justitiële autoriteiten zijn in dit proces bekleed met allerlei bevoegdheden die inbreuk maken op anders door het recht gewaarborgde rechten."

strafproces vergroot: “[D]e verdachte en het openbaar ministerie hebben een sterkere rechtspositie gekregen en de standpunten die zij innemen zijn van groot belang voor de wijze waarop het strafproces wordt gevoerd.”⁵⁹ De ontwikkeling naar een meer contradictoir proces is kortom van invloed op de verhouding tussen de procesdeelnemers.

In de toelichting wordt niet aangegeven of en in hoeverre de modernisering het contradictoir proces (verder) wenst te versterken. Wel wordt een aantal voorstellen gerelateerd aan het contradictoire procesmodel. Concreet gaat het dan om de aangepaste vormgeving van het bewijscriterium, de motiveeringsvoorschriften en het nieuwe beslismodel in hoger beroep.⁶⁰

c. De verhouding tussen de actoren in het strafproces

i. De positie van de verdachte

De eerbiediging van de rechten en vrijheden van de verdachte is als (neven) doelstelling van het strafprocesrecht gaandeweg een belangrijkere plaats gaan innemen, aldus de toelichting. Zo zijn de waarborgen rondom het politieverhoor onder invloed van het EHRM en het EU-recht in de afgelopen jaren versterkt.⁶¹ Het nieuwe wetboek voorziet in lijn daarmee nog in enkele aanpassingen, zoals het uitgangspunt dat de verdachte zelf aanwezig mag zijn bij het verhoor van getuigen door de rechter-commissaris.⁶²

Tegelijkertijd is vanuit de advocatuur en de wetenschap gewezen op een aantal mogelijke knelpunten en risico's. In dat verband wordt vooral aandacht gevraagd voor de ontwikkeling naar een meer contradictoir procesmodel en op de met het nieuwe wetboek nagestreefde beweging naar voren (zie verder punt 5d).⁶³ In het bijzonder de positie van een verdachte die niet wordt bijgestaan door een advocaat, zou daardoor onder druk kunnen komen te staan. Vanuit de praktijk wordt naar voren gebracht dat er aanzienlijke beperkingen en problemen zijn in de sfeer van de (gefinancierde) rechtsbijstand en dat de informatie die nodig is om adequaat verdediging te kunnen voeren niet altijd (tijdig) beschikbaar is.⁶⁴

⁵⁹ Toelichting, Algemeen deel, paragraaf 2.1 (Doelstellingen van het strafprocesrecht).

⁶⁰ Zie respectievelijk de voorgestelde artikelen 4.3.7, 4.3.21 en 5.4.27-5.4.29.

⁶¹ Toelichting, Algemeen deel, paragrafen 2.1 (Doelstellingen van het strafprocesrecht) en 7.2 (Het recht op een eerlijk proces), onder verwijzing naar EHRM 27 november 2008, ECLI:CE:ECHR:2008:1127JUD003639102 (Salduz t. Turkije) en de EU-richtlijnen inzake procedurele rechten van verdachten.

⁶² Zie voorgesteld artikel 2.10.29.

⁶³ Zie o.a. P.T.C. van Kampen e.a., *Mind the Gap. Modernisering Wetboek van Strafvordering: consequenties voor de verdediging*, WODC 2018.

⁶⁴ Deeladvies B, punt 2a.

De Afdeling vraagt in dit verband aandacht voor een aantal randvoorwaarden voor de verwezenlijking van de verdedigingsrechten van de verdachte. Het gaat dan in het bijzonder om het recht op informatie en het recht op (gefinancierde) rechtsbijstand (zie verder punt 6c). Daarbij is van belang dat veel verdachten over een beperkt denk- en doenvermogen beschikken. De vraag is kortom niet alleen of de verdachte voldoende rechten heeft, maar ook of hij in staat is deze daadwerkelijk uit te oefenen. De Afdeling wijst daarom op het belang van het verschaffen van begrijpelijke informatie en het bieden van concrete handvatten voor het inschakelen van rechtsbijstand.⁶⁵

ii. De positie van het Openbaar Ministerie

Binnen de veranderde rolverdeling tussen de verschillende actoren heeft het OM in de loop van de tijd meer taken en grotere verantwoordelijkheden gekregen ten opzichte van de andere procesdeelnemers. Zo is de rechter-commissaris teruggetreden als leider van het vooronderzoek; het opsporingsonderzoek staat in het huidige stelsel onder gezag van de officier van justitie. Ook heeft de veranderde aard en omvang van de criminaliteit geleid tot de noodzaak om grote aantallen lichtere strafbare feiten door het OM te laten afdoen met een strafbeschikking. In een meer contradictoir procesmodel komen OM en verdachte bovendien in sterkere mate als partijen tegenover elkaar te staan. Naarmate de bevoegdheden van het OM toenemen, rijst dan ook de vraag of de huidige en voorgestelde waarborgen en correctiemechanismen (nog) voldoen.⁶⁶

iii. De positie van het slachtoffer

De positie van het slachtoffer in het strafproces is de afgelopen decennia sterk veranderd. Zo zijn de mogelijkheden voor het slachtoffer om als 'benadeelde partij' een schadevergoeding van de verdachte te eisen binnen het strafproces toegenomen. Ook kregen slachtoffers het recht om op zitting te spreken en dat spreekrecht is vervolgens in verschillende stappen uitgebreid. Bij de modernisering van het Wetboek van Strafvordering worden weinig grote nieuwe wijzigingen ten aanzien van de positie van het slachtoffer voorgesteld.⁶⁷ Wel wordt de beklagprocedure over het niet vervolgen van strafbare feiten op een aantal punten gewijzigd. De mogelijkheid van beklag over het uitblijven van opsporing wordt expliciet in de wet opgenomen en er worden termijnen gesteld om de doorlooptijden te bekorten.⁶⁸

⁶⁵ Deeladvies B, punten 2b, 2c en 2d.

⁶⁶ Deeladvies B, punt 3a.

⁶⁷ Deeladvies B, punt 4a.

⁶⁸ Deeladvies B, punt 4b, onder iii en iv.

iv. De rol van de rechter

In het wetboek van 1926 stond de rechter centraal. Onder meer de opkomst van buitengerechtelijke afdoening⁶⁹ en de afschaffing van het gerechtelijk vooronderzoek⁷⁰ hebben echter geleid tot een (verdere) terughetred van de rechter. Los daarvan stelt de zittingsrechter zich in de huidige praktijk in verschillende opzichten terughoudend op. Het gaat dan bijvoorbeeld om de toetsing van het vervolgingsbeleid van het OM⁷¹ en de toepassing van processuele sancties in geval van onrechtmatig optreden van de strafvorderlijke autoriteiten.⁷² In het kader van het beklag tegen niet-vervolgning is niet geheel duidelijk hoe terughoudend de rechter zich moet opstellen.⁷³ Wat betreft het rechterlijk toezicht op het opsporingsonderzoek is nog van belang dat het voorstel bij een aantal bevoegdheden de eis van een machtiging van de rechter-commissaris wil afschaffen.⁷⁴

Als het gaat om de rol van de rechter zijn de ontwikkelingen echter niet eenduidig. In het kader van de beoogde beweging naar voren wordt de 'regierol' van de rechter-commissaris en de voorzitter van de rechtbank in het nieuwe wetboek juist versterkt (zie verder punt 5d). In dit verband kan voorts worden gewezen op een ontwikkeling in de Europese jurisprudentie die een voorafgaande rechterlijke toets noodzakelijk maakt in situaties waarin eerder de officier van justitie zelfstandig bevoegd was.⁷⁵

Ook in een meer contradictoir procesmodel moet gewaarborgd zijn dat de rechter verantwoordelijk is voor de effectuering van verdedigingsrechten en de waarborging van het eerlijk proces. In het inquisitoire model is de rechter de ultieme hoeder daarvan, ter compensatie van de relatief zwakke positie van de verdachte. De toelichting spreekt van een actieve rechter en bevestigt dat de rechter – in een contradictoir model dat 'op inquisitoire leest' is geschroeid – eindverantwoordelijk blijft voor een rechtvaardige uitkomst van het strafproces.⁷⁶ Er wordt echter niet verder uitgewerkt in welke aard en mate van de rechter een actieve houding wordt verwacht als het gaat om de waarheidsvinding en het opvangen van hiaten in de verdediging.

⁶⁹ De regeling van de buitengerechtelijke afdoening (strafbeschikking, transactie en voorwaardelijk sepot) blijft in dit advies verder buiten beschouwing, nu op dat terrein (nog) geen substantiële wijzigingen worden voorgesteld.

⁷⁰ Zie Deeladvies D, punt 2a.

⁷¹ Deeladvies B, punt 3b, onder ii.

⁷² Deeladvies E, punt 3d.

⁷³ Deeladvies B, punt 4b onder v.

⁷⁴ Deeladvies C, punt 2e en punt 3d.

⁷⁵ Deeladvies C, punt 3c.

⁷⁶ Toelichting, Algemeen deel, paragraaf 2.1 (Doelstellingen van het strafprocesrecht).

Daarover bestaat in de huidige praktijk verschil van inzicht.⁷⁷

In dit licht roepen in het bijzonder de voorgestelde wijzigingen in de regeling van het hoger beroep vragen op over de gevolgen daarvan voor de positie van de verdachte (zonder rechtsbijstand). Naarmate het onderzoek van het gerechtshof zich verder beperkt tot de bezwaren die tegen het vonnis worden ingebracht, wordt er immers meer verantwoordelijkheid bij de verdediging neergelegd om de relevante punten naar voren te brengen.⁷⁸

d. De beweging naar voren

De beweging naar voren is van begin af aan een belangrijk element geweest in de plannen voor een modernisering van de strafvordering. In het nu voorliggende voorstel is deze beweging afgezwakt en behelst deze vooral een betere voorbereiding van de zitting, waardoor onnodige aanhoudingen – en dus verspilling van zittingscapaciteit – kunnen worden vermeden. Om dat te bereiken wil het nieuwe wetboek stimuleren dat onderzoekswensen in een vroeg stadium door de verdediging worden ingediend.⁷⁹

De voorstellen die in het kader van de beweging naar voren worden gedaan, hebben gevolgen voor de rol en positie van de verschillende actoren binnen het strafproces. Zo krijgt de rechter-commissaris in de voorgestelde regeling meer mogelijkheden om ‘regie’ te voeren en de voortgang van het opsporingsonderzoek te bewaken. Ook kan de rechter-commissaris in het nieuwe wetboek tot de aanvang van het onderzoek op de terechtzitting onderzoek (blijven) verrichten en beslissen over nieuwe vorderingen en verzoeken.

Van de verdachte wordt in de nieuwe regeling verwacht dat hij vroegtijdig onderzoekswensen indient. Niet alle verdachten worden in dit stadium echter al door een raadsman bijgestaan. In de toelichting wordt de suggestie gewekt dat aan het ontbreken van een actieve proceshouding bij de verdachte door de rechter consequenties kunnen worden verbonden, maar niet duidelijk wordt in hoeverre dat inderdaad kan leiden tot het niet honoreren van een verzoek.⁸⁰

e. Balans

De verschuivingen binnen de rolverdeling tussen de strafvorderlijke actoren kunnen voor sommige procesdeelnemers nadelig uitpakken. Zo kan de terugtrek van de rechter in combinatie met de sterkere positie van het OM

⁷⁷ Zie hierover ook P.T.C. van Kampen e.a., *Mind the Gap. Modernisering Wetboek van Strafvordering: consequenties voor de verdediging*, WODC 2018, p. 283-284.

⁷⁸ Deeladvies B, punt 2e.

⁷⁹ Deeladvies D, punt 1.

⁸⁰ Deeladvies D, punt 2c.

negatieve consequenties hebben voor de positie van de verdachte, maar ook voor die van het slachtoffer. Tegelijkertijd kan door de emancipatie van het slachtoffer en de toegenomen bevoegdheden van de politie de positie van de verdachte verder onder druk komen te staan. Dat geldt in het bijzonder in gevallen waarin een verdachte niet door een raadsman wordt bijgestaan. In dit licht acht de Afdeling op een aantal hieronder te bespreken punten aanpassing van het voorgestelde wetboek noodzakelijk.

6. Rode draden uit de deeladviezen

In de verschillende deeladviezen maakt de Afdeling concrete opmerkingen die strekken tot aanpassing van het voorstel en/of de toelichting. Deze aanpassingen kunnen bijdragen aan het wegnemen of matigen van de negatieve consequenties van de eerder beschreven ontwikkelingen en aldus aan een meer evenwichtige verhouding tussen de strafvorderlijke actoren.

Hierna wordt een overzicht gegeven van deze opmerkingen aan de hand van vier rode draden die uit de deeladviezen kunnen worden afgeleid. Voor een uitwerking en nadere motivering van deze opmerkingen wordt verwezen naar het betreffende deeladvies. Naast de hier besproken aanpassingen van voorstel en toelichting is uiteraard van wezenlijk belang dat alle actoren binnen het strafproces kunnen beschikken over voldoende financiële en personele middelen om de aan hen in het wetboek toebedeelde rol in de praktijk ook te kunnen waarmaken (zie punt 4).

a. Controle en (rechterlijke) toetsing

De eerder beschreven ontwikkelingen roepen de vraag op of de waarborgen en controlemechanismen rondom het strafrechtelijk onderzoek (verdere) versterking behoeven. Daarbij kan in de eerste plaats worden gedacht aan het (rechterlijk) toezicht op het strafvorderlijk overheidsoptreden. Zo kan de regeling van processuele sancties worden geplaatst tegen de achtergrond van een bredere discussie over de rol van de rechter bij het toezicht op de strafvordering. Het wetvoorstel wijzigt de regeling van processuele sancties (bewijsuitsluiting, strafvermindering, niet-ontvankelijkheidsverklaring van het OM) als reactie op onrechtmatigheden in het strafproces. Uit de toelichting blijkt niet duidelijk wat in dit verband van de rechter wordt verwacht.

De Afdeling acht een terughoudende opstelling van de rechter op zichzelf gerechtvaardigd, zolang de rechten van de verdachte en de eerlijkheid van

het proces niet in het geding zijn.⁸¹ Zij benadrukt dat deze terughoudende opstelling niet mag leiden tot lacunes in de controle van de opsporing. Gewaarborgd moet zijn dat op een adequate en effectieve wijze toezicht wordt uitgeoefend op het optreden van de strafvorderlijke autoriteiten.⁸²

Daarnaast vraagt de Afdeling aandacht voor de wijze waarop de vervolgingsbeslissing van het OM in concrete gevallen door de rechter beoordeeld kan worden. Daarbij zou het uitgangspunt moeten blijven dat de vervolgingsbeslissing gelet op het opportuniteitsbeginsel alleen marginaal kan worden getoetst. De vraag is echter of deze toetsing niet minder terughoudend zou kunnen en moeten zijn dan in de huidige praktijk het geval is.⁸³

b. Waarborgen rondom het opsporingsonderzoek

Gelet op de sterke(re) positie van politie en OM, zoals eerder geschetst, is het van het grootste belang dat de uitoefening van opsporingsbevoegdheden met voldoende waarborgen is omkleed.⁸⁴ Daarbij geldt dat de waarborgen en de procedures van het Wetboek van Strafvordering in acht moeten worden genomen vanaf het moment dat sprake is van 'opsporing'. In het voorgestelde wetboek wordt een aantal algemene beginselen voor de opsporing gecodificeerd (doelbinding, noodzaak, subsidiariteit en proportionaliteit). Deze beginselen worden echter in hun reikwijdte beperkt tot de onderzoeksbevoegdheden die in het wetboek zelf zijn geregeld, waardoor zij niet gelden als controlebevoegdheden uit bijzondere wetten mede voor de opsporing worden aangewend.

De Afdeling adviseert te verduidelijken waarom de toepasselijkheid van deze beginselen niet is gekoppeld aan het (ruimere) wettelijke opsporingsbegrip. Daarnaast rijst de vraag waarom ervoor is gekozen alleen deze beginselen te codificeren en niet ook bepaalde andere beginselen die voor de opsporing in het bijzonder belangrijk zijn, zoals het discriminatieverbod.⁸⁵ Dat laatste

⁸¹ In lijn daarmee wordt geadviseerd af te zien van het opnemen van de voorgestelde nieuwe gronden voor niet-ontvankelijkheid en alleen in de wet neer te leggen dat het OM niet-ontvankelijk kan worden verklaard als een zodanig ernstige inbreuk op het recht van de verdachte op een eerlijke behandeling van zijn zaak is gemaakt dat geen sprake meer kan zijn van een eerlijk proces (Deeladvies E, punt 3f, onder iii).

⁸² Deeladvies E, punt 3d.

⁸³ Deeladvies B, punt 3b, onder iii.

⁸⁴ Behalve over hetgeen in de hoofdtekst wordt besproken, maakt de Afdeling in Deeladvies C nog opmerkingen over het voorstel om de kring van personen te verruimen tegen wie de bevoegdheden van pseudokoop en -dienstverlening en stelselmatige inwinning van informatie kunnen worden ingezet (punt 2f). Voor zover de noodzaak van deze uitbreiding alsnog overtuigend zou kunnen worden gemotiveerd, adviseert de Afdeling te voorzien in aanvullende waarborgen bij de inzet van deze (en eventueel ook andere) heimelijke bevoegdheden tegen niet-verdachten.

⁸⁵ Het discriminatieverbod is weliswaar ook neergelegd in de Grondwet en in internationale verdragen, maar dat geldt evenzeer voor het legaliteitsbeginsel (voorgesteld artikel 1.1.1), het recht op een eerlijk proces (voorgesteld artikel 1.1.2) en de onschuldpresumptie (voorgesteld artikel 1.1.3).

verbod speelt een belangrijke rol in de eerste fase van de opsporing vanwege het risico van etnisch profileren.⁸⁶

Voor de normering van het opsporingsonderzoek geldt (ook) in het (nieuwe) wetboek als uitgangspunt dat naarmate een bevoegdheid ingrijpender is, en een grotere inbreuk maakt op grondrechten, de uitoefening van de bevoegdheid is gebonden aan strengere eisen en met meer waarborgen is omringd.⁸⁷ Gelet op dit uitgangspunt is in een aantal gevallen niet duidelijk waarom in het voorstel bepaalde waarborgen worden geschrapt of toepassingsvoorwaarden worden verruimd. Zo wordt bij enkele (ingrijpende) bevoegdheden het vereiste van ernstige bezwaren geschrapt, terwijl bij andere bevoegdheden de voorwaarde van een machtiging van de rechter-commissaris niet (meer) wordt gesteld.⁸⁸ De Afdeling adviseert deze keuzes te heroverwegen of beter toe te lichten.

Het voorstel bevat een nieuwe regeling van het onderzoek van digitale gegevensdragers, die voorziet in een 'drietrapsraket'. Afhankelijk van de mate waarin inbreuk wordt gemaakt op de persoonlijke levenssfeer is respectievelijk de opsporingsambtenaar, de officier van justitie of de rechter-commissaris aangewezen als bevoegde autoriteit. De Afdeling adviseert te verduidelijken in welke gevallen een machtiging van de rechter-commissaris is vereist en eventueel het in dat verband voorgestelde criterium van 'ingrijpend stelselmatig onderzoek' te heroverwegen. Ook in bredere zin is het de vraag in welke gevallen inzet van de rechter-commissaris noodzakelijk is, mede in het licht van recente Europese jurisprudentie.⁸⁹

Voor de controlebaarheid van (de rechtmatigheid van) het opsporingsonderzoek is een deugdelijke en betrouwbare verslaglegging een onmisbare voorwaarde. De Afdeling adviseert daarom tot het heroverwegen van het voorstel om alleen nog in uitzonderingsgevallen de eis te stellen dat een bevel om opsporingsbevoegdheden in te zetten afzonderlijk wordt vastgelegd.⁹⁰

c. Rechtsbijstand en informatie

In het licht van de veranderde rolverdeling tussen de actoren binnen het strafproces – en in het bijzonder van de versterkte positie van het OM en de terugtrek van de rechter – is essentieel dat de verdachte adequate mogelijkheden heeft om zich te verdedigen. Op een aantal punten kan de (proces)

⁸⁶ Deeladvies C, punt 2b, onder iii.

⁸⁷ Deeladvies C, punt 2c.

⁸⁸ Deeladvies C, punten 2d en 2e.

⁸⁹ Deeladvies C, punt 3c, onder iii, onder verwijzing naar HvJ EU 2 maart 2021, C-746/18, ECLI:EU:C:2021:152 (Prokuratuur).

⁹⁰ Deeladvies C, punt 2i.

positie van de verdachte (verder) worden verbeterd. Daarbij staat voorop dat de beschikbaarheid van adequate – en zo nodig van overheidswege gefinancierde – rechtsbijstand een randvoorwaarde is voor een eerlijk en evenwichtig strafproces. Die beschikbaarheid kan slechts ten dele worden afgedwongen door strafprocesrechtelijke regels. De modernisering van het wetboek kan in zoverre dan ook niet los worden gezien van de aanpassing van het stelsel van gefinancierde rechtsbijstand. In het bijzonder vestigt de Afdeling in dit verband de aandacht op de positie van de kwetsbare en niet-aangehouden verdachte.⁹¹

Het recht om daadwerkelijk en tijdig kennis te kunnen nemen van de processtukken is van wezenlijk belang voor de verdachte. Alleen indien de verdediging kennis draagt van de inhoud van het dossier, is zij immers in staat om adequaat gebruik te maken van haar verdedigingsrechten.⁹² De Afdeling adviseert daarom een verplichting in de wet op te nemen om ook de niet-aangehouden verdachte bij zijn eerste verhoor in kennis te stellen van het recht op kennisneming van de processtukken. De Afdeling adviseert verder een verplichting in het wetboek op te nemen om de verdachte bij zijn eerste verhoor te informeren over de verzoeken die hij bij de rechter-commissaris kan indienen.⁹³ Daarnaast rijst de vraag of en in hoeverre de verdachte ook bij de indiening van dergelijke verzoeken kan en moet beschikken over adequate (en waar nodig gefinancierde) rechtsbijstand.⁹⁴

Tot slot maakt de Afdeling in dit verband opmerkingen over de termijn waarbinnen onderzoekswensen bij de voorzitter van de rechtbank kunnen worden ingediend. Deze termijn van vier weken na de procesinleiding kan volgens het voorstel slechts ‘eenmaal’ worden verlengd. De vraag rijst of de beperking tot een eenmalige verlenging terecht is en wat precies de consequenties zijn als na het verstrijken van de (verlengde) termijn alsnog nieuwe processtukken worden toegevoegd aan het dossier.⁹⁵ Ook in die laatste situatie moet de verdediging een redelijke termijn worden gegund om te reageren op nieuw binnengekomen of net beschikbaar gestelde stukken.⁹⁶

d. Een actieve houding van de rechter

De rechter houdt ook binnen een (meer) contradictoir procesmodel de bevoegdheid om ambtshalve in te grijpen, bijvoorbeeld als een verdachte niet door een raadsman wordt bijgestaan. Of hij van deze bevoegdheid ook

⁹¹ Deeladvies B, punt 2d.

⁹² Deeladvies B, punt 2c.

⁹³ Deeladvies B, punt 2b.

⁹⁴ Deeladvies B, punt 2d.

⁹⁵ Deeladvies D, punt 3d.

⁹⁶ Deeladvies D, punt 3e.

daadwerkelijk gebruikmaakt, zal afhangen van verschillende factoren – waaronder de capaciteitsproblemen en de werkdruk binnen de rechterlijke macht – en is mede een kwestie van attitude en organisatiecultuur. De toelichting zou meer duidelijkheid moeten verschaffen over de gevallen waarin de rechter gehouden is tot een actieve opstelling, bijvoorbeeld om de ongelijke machtsverhouding tussen het OM enerzijds en de verdachte anderzijds te compenseren.

In het nieuwe wetboek is de behandeling van de zaak in hoger beroep nog sterker dan thans gericht op de bezwaren die door de verdachte en het OM tegen het vonnis zijn ingediend. Deze inrichting van het hoger beroep brengt risico's met zich voor de verdachte zonder rechtsbijstand. In deze gevallen kan van de rechter worden gevergd dat hij zich extra zal inspannen om een eerlijk proces te garanderen en om door de verdachte onopgemerkte fouten te corrigeren. Dat kan bijvoorbeeld betekenen dat de rechter ter terechtzitting doorvraagt als de verdachte geen bezwaren opgeeft of deze niet duidelijk toelicht.⁹⁷

Ook een adequate motivering van rechterlijke beslissingen is van belang. Het stelsel van motiveringsverplichtingen wordt in het voorstel vereenvoudigd, waarbij een groter accent wordt gelegd op de punten waarover de procesdeelnemers van mening verschillen. Voorgesteld wordt om verschillende rechterlijke beslissingen alleen te motiveren als dat voor de begrijpelijkheid van die beslissingen noodzakelijk is. In de toelichting moet worden verduidelijkt wat hier precies onder de term 'begrijpelijk' dient te worden verstaan. In het bijzonder dient helder te zijn in hoeverre er nog een verplichting tot motivering bestaat ten aanzien van beslissingen waarover door de partijen geen standpunt is ingenomen.⁹⁸

In het nieuwe wetboek is geen (extra) aandacht voor de motivering van beslissingen over voorlopige hechtenis. De vraag rijst dan ook of de aanhoudende kritiek vanuit de wetenschap en de praktijk op de motivering van beslissingen over voorlopige hechtenis niet dwingt tot aanvullende maatregelen ter verbetering daarvan.⁹⁹ Voor de benadeelde partij moet duidelijk zijn waarom de rechter een bepaalde beslissing heeft genomen op de vordering tot schadevergoeding. De Afdeling adviseert daarom in de toelichting in te gaan op de wenselijkheid van aanvullende maatregelen ter verbetering van de (in de praktijk thans summiere) motivering van deze beslissing.¹⁰⁰

⁹⁷ Deeladvies B, punt 2e.

⁹⁸ Deeladvies E, punt 2.

⁹⁹ Deeladvies C, punt 4g.

¹⁰⁰ Deeladvies B, punt 4a, onder ii.

7. Verhouding tot andere wetten

Bij de invoering van het nieuwe wetboek zal uiteraard ook de verhouding met andere wetten moeten worden betrokken. Daarbij kan vooral worden gedacht aan bijzondere wetten waarin strafvorderlijke bepalingen zijn opgenomen, zoals de Opiumwet en de Wet wapens en munitie (WWM).¹⁰¹ In de toelichting wordt aangegeven dat in het kader van de invoeringswet zal worden gezien in hoeverre in bijzondere wetten nog behoefte bestaat aan regels die afwijken van de voorschriften in het wetboek. Die vraag kan onder meer rijzen bij een van Boek 2 afwijkende regeling van opsporingsbevoegdheden.¹⁰² De politie heeft voorts aandacht gevraagd voor de verhouding tussen de voorgestelde bevoegdheid tot onderzoek met betrekking tot het lichaam van een overleden verdachte of slachtoffer¹⁰³ en een mogelijke wijziging van de Wet op de lijkbezorging.¹⁰⁴

De Afdeling merkt op dat het met het oog op de rechtszekerheid en in het belang van de systematiek en inzichtelijkheid van het strafprocesrecht wenselijk is dat opsporingsbevoegdheden zoveel mogelijk centraal in het wetboek geregeld worden. Dat is slechts anders wanneer er op grond van de bijzondere aard van de materie aanleiding bestaat om af te wijken van de algemene regeling in het wetboek. Daarvan kan sprake zijn als de strafrechtelijke handhaving op het terrein van een bijzondere wet vraagt om ruimere en andere bevoegdheden, bijvoorbeeld vanwege het gevaarlijke karakter van wapens (WWM) en de risico's van drugs (Opiumwet). Voor zover een zekere harmonisatie van bevoegdheden in dit verband aangewezen zou zijn, raakt dat ook de inhoud van de voorgestelde regeling van deze bevoegdheden in het wetboek. De inhoudelijke discussie daarover kan dan ook niet worden opgeschort tot de behandeling van de invoeringswet.¹⁰⁵

De Afdeling adviseert daarom in de toelichting nader in te gaan op de verhouding tussen de thans voorgestelde bevoegdheden in het nieuwe wetboek en de bestaande (strafvorderlijke) bevoegdheden in bijzondere wetten.

¹⁰¹ Zie ook J.M. Klaasen, S. Mabrouk & R. Swager, 'De modernisering van de bijzondere opsporing', *Tijdschrift voor Bijzonder Strafrecht & Handhaving* 2021, p. 313 e.v.

¹⁰² Toelichting, Algemeen deel, paragraaf 4 (De positie en functie van het Wetboek van Strafvordering).

¹⁰³ Zie voorgesteld artikel 2.6.23.

¹⁰⁴ Advies Politie over Boek 2 van 27 juni 2017, p. 67; Ongevraagd aanvullend advies van de Politie naar aanleiding van de ambtelijke eindversie van het wetboek van 20 december 2019, Bijlage I, p. 15.

¹⁰⁵ Zie bijvoorbeeld Deeladvies C (punt 2d, onder ii) over het vereiste van ernstige bezwaren bij het onderzoek aan de kleding. In het nieuwe wetboek wordt dat vereiste geschrapt, terwyl artikel 9, tweede lid, Opiumwet deze voorwaarde vooralsnog wel stelt.

In het voorgestelde wetboek is geen specifieke wettelijke grondslag opgenomen voor het gebruik van voorspellende instrumenten (zoals 'predictive policing') door de politie. Van dergelijke instrumenten wordt in Nederland op steeds grotere schaal gebruik gemaakt. De gevolgen daarvan voor de bescherming van de persoonlijke levenssfeer van burgers kunnen verstrekkend zijn. In de literatuur is bovendien gewezen op het risico dat de inzet van deze methoden een discriminerend effect kan hebben, bijvoorbeeld door het gebruik van gekleurde, onjuiste of onrepresentatieve data. Dat roept de vraag op of het wetboek of een andere wet alsnog in een specifieke wettelijke grondslag zou moeten voorzien, waarbij de toepassing van deze bevoegdheid aan nadere voorwaarden kan worden gebonden.¹⁰⁶

¹⁰⁶ Die wettelijke grondslag zou een plaats kunnen krijgen in de Wet politiegegevens (Wpg) of de Wet justitiële en strafvorderlijke gegevens (Wjsg). Zie Deeladvies C, punt 3e, met verwijzingen naar de literatuur.

Bijzonder deel

Deeladvies A.
Uitvoerbaarheid
en digitalisering

1. Inleiding

De modernisering van het Wetboek van Strafvordering is een omvangrijke operatie, waarvan de consequenties voor de strafrechtsketen ingrijpend zullen zijn. Op de uitvoeringsconsequenties wordt in de toelichting bij het voorstel dat aan de Afdeling is voorgelegd slechts in beperkte mate ingegaan. Dit was ook voorafgaand aan het indienen van het voorstel door de minister aangekondigd. In de toelichting wordt in het bijzonder ingegaan op de bevindingen van de Commissie implementatie nieuw Wetboek van Strafvordering (Commissie-Letschert).¹⁰⁷ Deze commissie had als taak om de inspanningen met betrekking tot de invoering van het nieuwe wetboek in kaart te brengen en een voorstel voor de implementatie inclusief kostenraming op te stellen.

Gelet op de beperkte informatie die beschikbaar is over de uitvoeringsconsequenties, heeft de Afdeling ervoor gekozen om enkele algemene adviesopmerkingen te maken over de uitvoerbaarheid en de financiële impact van het voorstel. De Afdeling acht het noodzakelijk dat de toelichting zal worden aangevuld op deze punten voordat het voorstel bij de Tweede Kamer wordt ingediend.

2. Uitvoerbaarheid, procesdeelnemers en rechtspraak

In het Algemeen deel van dit advies constateert de Afdeling dat de doelstellingen van de modernisering van het wetboek in de toelichting niet expliciet of alleen zijdelings benoemd worden.¹⁰⁸ De belangrijkste doelstelling van het voorstel lijkt thans te zijn om te voorzien in een wetboek dat systematisch van opzet is, het toepasselijke recht weerspiegelt, een logische indeling kent en inzichtelijk is voor de burger. De Afdeling leidt uit de toelichting af dat tevens meer concrete beleidsdoelen worden nagestreefd, zoals de stroomlijning van procedures, vermindering van administratieve lasten en verkorting van doorlooptijden.¹⁰⁹

Duidelijkheid over de doelstellingen is van wezenlijk belang om te kunnen beoordelen of en op welke wijze deze doelstellingen met de voorgestelde bepalingen daadwerkelijk (kunnen) worden bereikt. Deze beoordeling is niet alleen relevant voor de parlementaire behandeling van het voorstel,¹¹⁰ maar ook voor de evaluatie naderhand. Een goede effectevaluatie is alleen mogelijk als bij de invoering concrete en meetbare doelen zijn vastgesteld (zie punt 7).

¹⁰⁷ Bijlage bij Kamerstukken II 2020/21, 29279, nr. 637.

¹⁰⁸ Algemeen deel, punt 3b.

¹⁰⁹ Zie bijvoorbeeld toelichting, Algemeen deel, paragraaf 3.3 (vermindering van administratieve lasten) en paragraaf 3.8 (verkorting van doorlooptijden).

¹¹⁰ Zie artikel 3.1 Comptabiliteitswet.

Aangezien de toelichting onvoldoende duidelijkheid biedt over de doelstellingen en uitvoeringsconsequenties, was een integrale beoordeling van de uitvoerbaarheid van het voorstel niet mogelijk. Bij de beoordeling van specifieke onderdelen van het voorstel in de andere deeladviezen komen wel aandachtspunten naar voren die zien op uitvoerbaarheidskwesties.

Bij het beoordelen van de uitvoerbaarheid van het wetboek dienen de veranderde verhoudingen tussen actoren in het gemoderniseerde strafproces in ogenschouw te worden genomen. In Deeladvies B over de verhouding tussen procesdeelnemers wordt besproken dat in de loop der tijd de positie van het OM is versterkt, de verdachte meer rechten heeft gekregen en het slachtoffer is geëmancipeerd. Het gemoderniseerde strafproces heeft een meer contradictoir karakter gekregen, waarbij de standpunten van procespartijen van groot belang zijn voor de wijze waarop het strafproces wordt gevoerd. De veranderende verhouding tussen procesdeelnemers houdt tevens verband met de voorgestelde beweging naar voren. In Deeladvies D wordt uiteengezet dat hiermee wordt gestreefd naar een betere voorbereiding van de zitting, waardoor onnodige aanhoudingen worden voorkomen. Dit vergt bijvoorbeeld van procesdeelnemers dat processtukken eerder worden verstrekt en onderzoekswensen eerder worden ingediend dan nu het geval is.

Om deze rollen in het gemoderniseerde strafproces op een goede manier te kunnen invullen, moet voor elke procesdeelnemer aan bepaalde randvoorwaarden zijn voldaan. In het nieuwe wetboek worden de instrumenten vastgelegd die de verdachte heeft om verweer in de strafzaak te voeren. In de praktijk zijn veel verdachten echter niet in staat deze instrumenten zelf ter hand te nemen en (pro-)actief te handelen in het strafproces. Bij de beoordeling van de inhoud van het voorstel zal dus rekening moeten worden gehouden met het beperkte doenvermogen van verdachten. De tijdige bijstand van een deskundige raadsman is een belangrijke waarborg dat de verdachte zijn rechten in het strafproces zal kunnen effectueren.¹¹¹ Bij de beoordeling van het voorstel heeft de Afdeling daarom het stelsel van de gefinancierde rechtsbijstand betrokken.

¹¹¹ Zie Deeladvies B, punt 2d.

Voor het OM geldt dat voldoende personeel beschikbaar moet zijn en dat digitale voorzieningen adequaat moeten functioneren. Hoewel het OM met de invoering van het nieuwe wetboek geen structurele werklastverzwaring ten opzichte van de huidige situatie verwacht,¹¹² roept de bestaande personeelsproblematiek de vraag op hoe het OM met het huidige personeelsbestand de verwachtingen kan waarmaken die met dit wetboek gewekt worden.¹¹³ Daarbij illustreren de bestaande ICT-problemen dat het belangrijk is dat de digitale voorzieningen op orde zijn wanneer het nieuwe wetboek wordt ingevoerd.¹¹⁴

Voor de positie van het slachtoffer in het strafproces worden in het nieuwe wetboek geen grote wijzigingen voorzien. De Afdeling merkt in Deeladvies B op dat de echte winst voor een slachtoffer is te behalen door een goede implementatie en praktische uitvoering van de bestaande wet- en regelgeving.¹¹⁵ Hierbij dient oog te zijn voor het doenvermogen van slachtoffers. Vaak worstelen zij met de impact van het strafbare feit en hebben zij moeite hun weg te vinden in het strafproces. Toegankelijke informatievoorziening en ondersteuning kunnen eraan bijdragen dat slachtoffers weten wat hun rechten zijn en deze in de praktijk uitoefenen als zij dat wensen.

Behalve voor procesdeelnemers gaat ook voor de rechtspraak een aantal zaken veranderen met de invoering van het gemoderniseerde Wetboek van Strafvordering. In Deeladvies B (punt 2a) wordt besproken dat rechters een 'actieve' rol houden in het strafproces en eindverantwoordelijk zijn voor de rechtvaardige uitkomst van het strafproces. Met de beweging naar voren krijgen rechters een grotere rol in aanloop naar het onderzoek ter terechtzitting. In Deeladvies D komt bijvoorbeeld aan de orde dat de rechter-commissaris en de zittingsrechter meer mogelijkheden krijgen om 'regie' te voeren. Of rechters daadwerkelijk van deze mogelijkheden gebruik gaan maken, hangt er onder andere van af of zij dit ook als hun rol binnen het strafproces (gaan) zien. Daarbij moeten zij in elk geval voldoende tijd en nieuwe (digitale) voorzieningen krijgen om hieraan invulling te geven.¹¹⁶ In organisatorisch opzicht zullen verder nieuwe samenwerkingsverbanden moeten worden aangegaan en werkprocessen opnieuw moeten worden ingericht. De personeelstekorten bij de rechtspraak roepen echter de vraag op dit werkelijk ertoe zal leiden dat rechters deze nieuwe rollen kunnen

¹¹² Commissie Implementatie nieuw Wetboek van Strafvordering, *Eindrapportage Kostenraming Implementatie nieuw Wetboek van Strafvordering*, bijlage bij Kamerstukken II 2020/21, 29279, nr. 637, p. 46-47.

¹¹³ Visitatiecommissie OM 2020-2021, *Tijd maken voor transitie*, 5 juli 2021, p. 14-19.

¹¹⁴ OM, *Jaarbericht 2020*, p. 60-62.

¹¹⁵ Zie Deeladvies B, punt 4a, onder ii.

¹¹⁶ Zie Deeladvies D, punten 2c en 3b, onder ii.

invullen.¹¹⁷ In het bijzonder bij de kabinetten van de rechter-commissaris is het personeelstekort groot, terwijl juist daar nieuwe taken worden belegd met het nieuwe Wetboek van Strafvordering.¹¹⁸

Daarnaast houdt de rechter een belangrijke waarborgfunctie in het (digitale) opsporingsonderzoek. In Deeladvies C over de opsporing wordt uiteengezet dat naarmate een opsporingsbevoegdheid meer ingrijpend is, een hogere autoriteit moet beslissen over de toepassing hiervan. Dit uitgangspunt brengt de Afdeling ertoe te adviseren dat voor de meer indringende vormen van stelselmatige inwinning van informatie (Mr. Big) en infiltratie een voorafgaande machtiging van de rechter-commissaris wordt voorgeschreven.¹¹⁹ Bij de totstandkoming van dit advies heeft de Afdeling de (over)belasting van de rechter-commissaris in ogenschouw genomen. Zij meent echter dat dit geen argument kan zijn om te volstaan met minder rechtswaarborgen dan in deze gevallen, gelet op het ingrijpende karakter van de genoemde bevoegdheden, noodzakelijk is.

Uit het voorgaande blijkt dat er in elk geval drie voorwaarden zijn voor een adequate invulling van de rollen die in het nieuwe wetboek aan de verschillende actoren worden toebedeeld. Het gaat hier om de personeelscapaciteit, de beschikbaarheid van adequate digitale voorzieningen en het doenvermogen van burgers in het strafproces. De Afdeling zal over deze onderwerpen onder de punten 3 tot en met 5 enkele algemene adviesopmerkingen maken.

3. Personeel

De invoering van het nieuwe Wetboek van Strafvordering zal gevolgen hebben voor de capaciteit in de strafrechtsketen. In de gesprekken met de ketenpartners heeft de Afdeling gezien met hoeveel inzet, betrokkenheid en vakmanschap er binnen de strafrechtsketen gewerkt wordt. Tegelijkertijd constateert de Afdeling dat onderbezetting en hoge werkdruk tot problemen

¹¹⁷ De Rechtspraak, *Jaarverslag 2020*, p. 3, 68-70.

¹¹⁸ Zie Advies Raad voor de rechtspraak over Boeken 1-2 van 11 juli 2017, p. 42-43. De Raad signaleert een werklastverzwaring voor de rechter-commissaris met de komst van het nieuwe wetboek. Hij noemt onder andere de grotere regierol voor de rechter-commissaris, het uitbreiden van de mogelijkheden in de bezwaarschriftenprocedure, de toetsing van de invezekeringstelling en de inbeslagname onder professioneel verschoningsgerechtigden. Uit contact met de Rechtspraak blijkt dat er ook zorgen zijn over de gevolgen van het aanpassen van getuigencriteria (zie Deeladvies D, punt 4) en de nieuwe hoofdregel dat de verdachte aanwezig mag zijn bij het getuigenverhoor door de rechter-commissaris (voorgesteld artikel 2.10.29).

¹¹⁹ Zie Deeladvies C, punt 2e.

leiden bij verschillende ketenpartners. Onder andere de politie,¹²⁰ het OM,¹²¹ en de Rechtspraak¹²² hebben hiermee te kampen. Gelet op de krapte op de arbeidsmarkt houdt de Afdeling er rekening mee dat deze problematiek nog niet is opgelost tegen de tijd dat het nieuwe wetboek wordt ingevoerd, ondanks het feit dat de uitvoeringsorganisaties hier volop mee bezig zijn. Tegen deze achtergrond heeft de Afdeling zich afgevraagd in hoeverre deze uitvoeringsorganisaties in staat zijn om de extra inspanningen te leveren die met de invoering van het nieuwe wetboek gepaard gaan.

a. De implementatiefase

De invoering van het nieuwe wetboek zal tot een extra belasting van het personeel in de strafrechtsketen leiden. Een groot deel van het personeel in de strafrechtspleging zal moeten worden (bij)geschoold voordat zij met het nieuwe wetboek kunnen werken. De Commissie-Letschert merkt op dat met de opleiding niet te vroeg moet worden begonnen zodat er sprake is van enige urgentie en zodat personeel dat wordt opgeleid ook daadwerkelijk met het nieuwe wetboek zal gaan werken. De commissie erkent dat er zorgen bestaan bij onder andere politie, OM en Rechtspraak of voldoende nieuwe menskracht kan worden gevonden, en wat de gevolgen zijn van het tegelijkertijd opleiden van nieuwe aanwas en het opleiden van het overig personeel in het kader van het nieuwe wetboek.¹²³ Als de opleiding is voltooid, kost het bovendien enige tijd voordat personeel gewend is aan het werken met het nieuwe wetboek, waardoor zij aanvankelijk minder productief zullen zijn bij het uitvoeren van hun taken.

In de toelichting wordt niet ingegaan op de gevolgen van de implementatie op de werklast binnen de strafrechtsketen. De Afdeling vindt het belangrijk dat de gevolgen voor de capaciteit en personeelsinzet in kaart worden gebracht. Daarbij dient te worden verduidelijkt in hoeverre productieverlies, bijvoorbeeld door het afdoen van minder zaken en het oplopen van doorlooptijden, acceptabel is om deze gevolgen op te vangen. Daarnaast vraagt zij ook aandacht voor de benodigde opleidingscapaciteit bij de uitvoeringsinstanties. De Afdeling adviseert in de toelichting hierop in te gaan.

¹²⁰ Kamerstukken II 2021/22, 29628, nr. 1053 en bijlagen.

¹²¹ Visitatiecommissie OM 2020-2021, *Tijd maken voor transitie*, 5 juli 2021, p. 14-19; M.E. de Meijer & J.B.H.M. Simmelink, 'Het OM in de strafrechtsketen', in: M.E. de Meijer e.a. (red.), *Het Openbaar Ministerie verandert*, Preadviezen voor de Nederlands-Vlaamse Vereniging voor Strafrecht 2014, p. 206-212 en p. 277-284.

¹²² De Rechtspraak, *Jaarverslag 2020*, p. 3, 68-70.

¹²³ Commissie Implementatie nieuw Wetboek van Strafvordering, *Advies van de Commissie Implementatie nieuw Wetboek van Strafvordering*, bijlage bij Kamerstukken II 2020/21, 29279, nr. 637, p. 7.

Voor de advocatuur geldt dat de opleiding de eigen verantwoordelijkheid van de beroepsgroep is. De Nederlandse Orde van Advocaten (NOvA) schat dat eenmalig circa 64 uur cursustijd nodig zal zijn, plus tijd voor zelfstudie.¹²⁴ In het reguliere bijscholingsprogramma worden advocaten geacht om 20 uur aan cursussen te volgen, waarvan 10 uur binnen het eigen specialisme. Het risico bestaat dat advocaten zich tot deze 20 uur zullen beperken als er geen andere prikkels zijn om meer uren bijscholing te volgen. Het gevolg zou kunnen zijn dat advocaten onvoldoende beslagen ten ijs komen, waardoor de rechtsbescherming van de verdachte onder druk kan komen te staan. De Afdeling adviseert met de advocatuur in overleg te treden over de wijze waarop de opleiding van strafrechtadvocaten gewaarborgd wordt na invoering van het nieuwe wetboek.

b. Structurele werklasteffecten

Met betrekking tot de structurele werklasteneffecten concludeert de Commissie-Letschert dat veel zal afhangen van de wijze waarop werkprocessen worden ingericht, en of de daarmee beoogde doelmatigheid wordt gehaald. De politie, CJIB, reclasseringsorganisaties, het NFI en de Rechtspraak verwachten volgens de commissie een werklastverzwaring.¹²⁵ De Rechtspraak spreekt daarbij de verwachting uit dat onvoldoende personeel kan worden aangetrokken om deze werklastverzwaring op te vangen en dat dit dus tot productieverlies zal leiden.

De commissie merkt tevens op dat het nieuwe wetboek mogelijk een verzwaring van de werkzaamheden voor de advocatuur zal opleveren, al waren de gevolgen hiervan ten tijde van de totstandkoming van haar rapport nog onvoldoende in beeld.¹²⁶ Een impactanalyse over de effecten van de nieuwe wet op de rechtsbijstand, laat een lichte verzwaring zien.¹²⁷ De bevindingen van de Commissie-Letschert sluiten grotendeels aan bij de knelpunten met betrekking tot de personele capaciteit die in andere deeladviezen door de Afdeling zijn geïdentificeerd en die onder punt 2 van dit deeladvies zijn samengevat.

¹²⁴ Commissie Implementatie nieuw Wetboek van Strafvordering, *Eindrapportage Kostenraming Implementatie nieuw Wetboek van Strafvordering*, bijlage bij Kamerstukken II 2020/21, 29279, nr. 637, p. 16.

¹²⁵ Commissie Implementatie nieuw Wetboek van Strafvordering, *Eindrapportage Kostenraming Implementatie nieuw Wetboek van Strafvordering*, bijlage bij Kamerstukken II 2020/21, 29279, nr. 637, p.44-49. Zie ook Advies Politie over Boeken 1-2 van 7 juni 2017, p. 7-8; Advies NOvA over Boeken 1-2 van 30 juni 2017, p. 9. Advies Raad voor de rechtspraak over Boeken 1-2 van 11 juli 2017, p. 42-46.

¹²⁶ Commissie Implementatie nieuw Wetboek van Strafvordering, *Eindrapportage Kostenraming Implementatie nieuw Wetboek van Strafvordering*, bijlage bij Kamerstukken II 2020/21, 29279, nr. 637, p.42-50.

¹²⁷ B. Huitink, I. Kalisvaart & S. Kluit, *Impactanalyse Effect wetsontwerp Wetboek van Strafvordering op de Rechtsbijstand*, november 2021.

De Afdeling merkt op dat uit de toelichting nog onvoldoende blijkt wat het nieuwe wetboek voor de personele inzet binnen de strafrechtspleging zal betekenen. Gelet op de huidige capaciteitsproblemen ziet de Afdeling substantiële risico's voor de uitvoerbaarheid van het voorgestelde wetboek. De Afdeling acht het daarom van het grootste belang dat in de toelichting per onderdeel van het wetboek wordt beschreven wat de structurele gevolgen voor de personeelscapaciteit bij de uitvoeringsinstanties zullen zijn en in hoeverre de uitvoeringsinstanties in staat zijn om de hiervoor benodigde capaciteit te leveren. Daarbij adviseert de Afdeling in te gaan op de vraag hoe zal worden omgegaan met de situatie waarin de benodigde capaciteit niet (op tijd) kan worden geleverd door bepaalde uitvoeringsinstanties. Leidt dit bijvoorbeeld tot aanpassing van de met de modernisering nagestreefde doelstellingen?

4. Digitalisering

Een tweede element dat raakt aan de uitvoerbaarheid van het wetboek, is de digitalisering van het strafproces. In de contourennota werd het faciliteren van een digitaal strafproces als doel van de moderniseringsoperatie genoemd.¹²⁸ In de toelichting wordt de opkomst van moderne technieken als ontwikkeling genoemd die aanleiding geeft tot de modernisering van het nieuwe wetboek. Deze ontwikkeling heeft niet alleen gevolgen voor de opsporing,¹²⁹ maar ook op de behandeling en afdoening van strafzaken in bredere zin. De digitalisering van de strafrechtspleging brengt volgens de toelichting met zich mee dat de wettelijke systematiek van het vastleggen en beschikbaar stellen van informatie op een andere manier dient te worden ingericht dan in het huidig wetboek het geval is.¹³⁰ Het wetboek is zoveel mogelijk techniekonafhankelijk opgezet om gemakkelijk te kunnen inspelen op nieuwe ontwikkelingen op dit terrein.

De afgelopen jaren zijn de digitale voorzieningen bij verschillende uitvoeringsorganisaties in de strafrechtspleging kwetsbaar gebleken. Een aantal ICT-projecten is niet van de grond gekomen en er is sprake van achterstallig onderhoud.¹³¹ Terwijl de uitvoeringsorganisaties hun handen vol hebben aan de digitalisering binnen hun eigen organisaties, moeten zij tegelijkertijd bijdragen aan de digitalisering van de strafrechtketen als geheel. In het kader van het programma Digitalisering Strafrechtketen wordt gewerkt aan de digitale voorzieningen voor de keten. Het uitgangspunt is daarbij dat

¹²⁸ Kamerstukken II 2015/16, 29279, nr. 278 (bijlage), p. 4-5.

¹²⁹ Zie Deeladvies C, punt 3.

¹³⁰ Toelichting, Algemeen deel, paragraaf 1.1 (Inleiding).

¹³¹ Commissie Implementatie nieuw Wetboek van Strafvordering, *Advies van de Commissie Implementatie nieuw Wetboek van Strafvordering*, bijlage bij Kamerstukken II 2020/21, 29279, nr. 637, p. 6.

organisaties hun eigen ICT-systemen hebben die met elkaar verbonden kunnen worden. In de toelichting wordt op dit programma gewezen in het kader van de “forse inspanningen die (nog) geleverd (moeten) worden om de digitalisering van de strafrechtketen te verbeteren”.¹³² De halfjaarlijkse rapportages die over de digitalisering van de strafrechtketen zijn uitgebracht, laten zien dat dit project vertraging heeft opgelopen en dat de samenwerking tussen ketenpartners onvoldoende is.¹³³

Een belangrijke voorwaarde voor een succesvolle invoering van het nieuwe wetboek, is dat de digitale voorzieningen op orde zijn. In de consultatieadviezen en gesprekken hebben uitvoeringsorganisaties hierop gewezen.¹³⁴ Ook de Commissie-Letschert stelt dat digitalisering prioriteit moet krijgen om de moderniseringsoperatie te laten slagen. Zij komt met diverse aanbevelingen op dit gebied om de samenwerking tussen ketenpartners te verbeteren en meer inzicht te krijgen in de risico's en kosten op dit gebied. Daarnaast adviseert de commissie dat bij lopende ICT-projecten alvast wordt vooruitgekeken naar de aanpassingen die nodig zijn in het kader van het nieuwe wetboek.¹³⁵ In de toelichting wordt niet ingegaan op de rol van digitalisering en ICT bij de implementatie van het nieuwe wetboek.

De Afdeling onderschrijft het belang van goede digitale voorzieningen binnen de strafrechtspleging. Wel vraagt zij extra aandacht voor het hanteerbaar houden van deze projecten. De kans van slagen is groter als ICT-projecten niet te groot of complex worden gemaakt, maar vooraf een duidelijk afgebakend doel wordt geformuleerd dat leidend is bij het ontwikkelen en implementeren van de digitale voorzieningen. De Afdeling constateert dat grote ICT-projecten in de (straf)rechtspleging naar hun aard al complex zijn omdat verschillende ketenpartners, met elk hun eigen systemen en prioriteiten, op elkaar moeten worden aangesloten. Een goede samenwerking tussen ketenpartners is cruciaal om de digitale voorzieningen voor de invoering van het nieuwe wetboek op orde te krijgen. De Afdeling adviseert daarom in de toelichting te verduidelijken welke lessen zijn geleerd van de (mislukte) ICT-projecten van de afgelopen jaren voor het opzetten van de digitale voorzieningen in het kader van de modernisering van de strafvordering.

¹³² Toelichting bij artikel 1.1.11.

¹³³ Voor de meest recente rapportage, zie Kamerbrief van 9 maart 2022 (kenmerk 3881259), Kamerstukken II 2021/22, 29279, nr. 704.

¹³⁴ Zie advies Politie over Boeken 1-2 van 27 juni 2017, p. 10; advies Raad voor de rechtspraak over Boeken 1-2 van 11 juli 2017, p. 46.

¹³⁵ Commissie Implementatie nieuw Wetboek van Strafvordering, *Advies van de Commissie Implementatie nieuw Wetboek van Strafvordering*, bijlage bij Kamerstukken II 2020/21, 29279, nr. 637, p. 5-6; Commissie Implementatie nieuw Wetboek van Strafvordering, *Eindrapportage Kostenraming Implementatie nieuw Wetboek van Strafvordering*, bijlage bij Kamerstukken II 2020/21, 29279, nr. 637, p. 34-35.

Daarnaast adviseert de Afdeling in de toelichting te verduidelijken welke concrete stappen op het gebied van digitalisering worden gezet in aanloop naar de invoering van het nieuwe wetboek. Daarbij dient de vraag te worden beantwoord wie verantwoordelijk is voor welke digitale voorziening en wie de eindverantwoordelijkheid draagt voor de onderlinge samenwerking. Ook moet duidelijkheid bestaan over het tijdpad en de benodigde financiering. Bij het inrichten van ICT-infrastructuren dient waar mogelijk afhankelijkheid van externe partijen te worden vermeden. Hiermee wordt onder meer voorkomen dat uitvoeringsinstanties ongewild vast komen te zitten aan bepaalde ICT-leveranciers (zogenoemde vendor lock-in) en/of dat de benodigde kennis intern niet (meer) aanwezig is.

Verder dient structureel aandacht te worden besteed aan privacy en informatiebeveiliging. Hierbij dient oog te zijn voor de mogelijkheid van het verwijderen van data die foutief zijn of die om andere redenen niet (langer) relevant voor de strafvordering worden geacht.¹³⁶ Als algoritmes gebruikt worden, moeten deze voldoende transparant zijn zodat navolgbaar is hoe bepaalde besluiten tot stand komen. De Afdeling acht het van belang dat werkprocessen en ICT-voorzieningen goed op elkaar aansluiten en uitvoerig worden getest. Bij het testen dienen de gebruikers te worden betrokken, omdat zij in de praktijk met de nieuwe digitale voorzieningen uit de voeten moeten kunnen.

De Afdeling adviseert in de toelichting op het voorgaande in te gaan.

5. Het doenvermogen van burgers in het strafproces

Een derde aandachtspunt betreft het doenvermogen van burgers in het strafproces. In het deeladvies over de positie van de verdachte heeft de Afdeling al opgemerkt dat veel verdachten te maken hebben met beperkingen die deelname aan het strafproces bemoeilijken. In dat verband heeft de Afdeling enkele adviesopmerkingen gemaakt over de informatiepositie van de verdachte, de toegankelijkheid van de (gefinancierde) rechtsbijstand en de opstelling van de rechter in hoger beroep.¹³⁷

¹³⁶ Dit geldt bijvoorbeeld voor data die betrekking hebben op verschoningsgerechtigde informatie. Als opsporingsdiensten en OM constateren dat op bepaalde data het verschoningsrecht rust, is het technisch niet altijd mogelijk om deze data te verwijderen uit de systemen. De data kunnen dan slechts ontoegankelijk worden gemaakt voor opsporingsdiensten en OM. Zie de toelichting bij artikel 2.768 ((Gevolgen van beslissing tot) niet kennisneming); D.R. Doorenbos & M.E. Rosing, 'Recht doen aan het verschoningsrecht', *Tijdschrift voor Sanctierecht & Onderneming*, 2020, nr. 5/6, onder paragraaf 7; H.B.J. Sluijsmans & V.J.C. de Bruijn, 'Mogelijkheden voor het beter waarborgen van het verschoningsrecht door beheerst gebruik van machine learning', *Tijdschrift voor Bijzonder Strafrecht & Handhaving* 2020, p. 102-113.

¹³⁷ Zie Deeladvies B, punt 2.

De Afdeling wil er volledigheidshalve op wijzen dat ook het doenvermogen van andere burgers ontoereikend kan zijn om te kunnen participeren in het strafproces. Voor slachtoffers, getuigen en in mindere mate deskundigen is dit geen dagelijkse kost. Ook voor hen kan het een uitdaging zijn om te begrijpen wat van hen verwacht wordt en wat de consequenties voor hen zijn, en om vervolgens te handelen in deze voor hen stressvolle situatie. Duidelijke en toegankelijke communicatie is voor deze procesdeelnemers daarom van groot belang. Indien nodig moet ook voor hen ondersteuning of (rechts) bijstand beschikbaar zijn.

De Afdeling adviseert bij de inrichting van de nieuwe werkprocessen bij de invoering van het voorgestelde wetboek rekening te houden met het doenvermogen van burgers in het strafproces.

6. De financiële impact

a. Algemeen

In de toelichting wordt bij de bespreking van de financiële consequenties van de modernisering van het wetboek voornamelijk gewezen op de rapportages van de Commissie-Letschert.¹³⁸ Volgens de commissie is voor de implementatie een bedrag tussen de € 366 en € 458 miljoen benodigd. De uitgaven zullen volgens de commissie over een periode 'van enkele jaren' plaatsvinden, waarvan 'de bulk' van de uitgaven zit in de twee jaar voor invoering en een jaar na invoering van het nieuwe wetboek.¹³⁹ De structurele kosten worden op een bedrag tussen de € 25 en € 38 miljoen per jaar geschat. Bij de begroting van de structurele kosten is geen rekening gehouden met een aantal aanpassingen in het wetboek die mogelijk kunnen leiden tot een verbetering van de ketensamenwerking en de efficiëntie van de strafrechtspiegeling. Hierdoor zouden volgens de commissie de structurele kosten lager kunnen uitvallen.¹⁴⁰ De Afdeling plaatst hierbij vraagtekens omdat niet aannemelijk is gemaakt hoe die kostenbesparing concreet gerealiseerd zou moeten worden.¹⁴¹

¹³⁸ Bijlage bij Kamerstukken II 2020/21, 29279, nr. 637.

¹³⁹ Commissie Implementatie nieuw Wetboek van Strafvordering, *Advies van de Commissie Implementatie nieuw Wetboek van Strafvordering*, bijlage bij Kamerstukken II 2020/21, 29279, nr. 637, p. 11.

¹⁴⁰ Commissie Implementatie nieuw Wetboek van Strafvordering, *Eindrapportage Kostenraming Implementatie nieuw Wetboek van Strafvordering*, bijlage bij Kamerstukken II 2020/21, 29279, nr. 637, p. 44.

¹⁴¹ In Deeladvies D (punt 2c) worden bijvoorbeeld vraagtekens geplaatst bij de effectiviteit van de voorstellen om de doorlooptijden voorafgaand aan de zitting te verkorten.

In het Coalitieakkoord van het kabinet-Rutte IV (december 2021) is het voornemen uitgesproken om het Wetboek van Strafvordering te moderniseren.¹⁴² Hiervoor wordt in het totaal € 450 miljoen uitgetrokken voor de jaren 2023 tot en met 2025. Een meer gedetailleerde begroting voor de implementatie ontbreekt tot op heden. Daarnaast wordt er in het Coalitieakkoord structureel geld beschikbaar gesteld voor onder meer de ICT en de opsporing bij het OM (€ 12 miljoen), het versterken van de politieorganisatie (€ 200 miljoen) en de justitiële keten (€ 150 miljoen).¹⁴³ Het is nog onduidelijk in hoeverre deze middelen gebruikt zullen worden om de extra kosten die samenhangen met het nieuwe wetboek te financieren.

In de voorlichting over de contourennota heeft de Afdeling expliciet aandacht gevraagd voor de kosten en baten van het voorstel in financiële zin.¹⁴⁴ De Afdeling constateert echter dat de financiële onderbouwing van het voorstel (nog) volstrekt onvoldoende is. Het ontbreekt onder meer aan een en meerjarenoverzicht van de verwachte en maximale uit te keren bedragen en een toelichting op de wijze waarop deze bedragen gedekt gaan worden. Op specifieke onderdelen wordt in de toelichting ook erkend dat de financiële onderbouwing ontbreekt.¹⁴⁵

Op grond van artikel 3.1 Comptabiliteitswet mag een voorstel niet voor advies worden aangeboden aan de Afdeling zonder sluitende begroting voor de incidentele en structurele kosten. Gelet op de voortgang van het wetgevings-traject heeft de Afdeling het bij wijze van uitzondering wenselijk geacht om in dit stadium toch tot advisering over te gaan. Dat laat onverlet dat het met het oog op de parlementaire behandeling nodig is dat de toelichting alsnog in een deugdelijke onderbouwing voorziet.

Omdat nog onvoldoende informatie beschikbaar is, kan de Afdeling de financiële impact van het voorstel niet beoordelen zoals zij dat normaal gesproken doet. In algemene zin merkt de Afdeling op dat de moderniseringsoperatie grote financiële gevolgen heeft, die hun weerslag zullen hebben op de Rijksbegroting gedurende meerdere jaren. Bij het opstellen van de begroting dient verder rekening te worden gehouden met de substantiële financiële

¹⁴² Kamerstukken II 2021/22, 35788, nr. 77, p. 16.

¹⁴³ Kamerstukken II 2021/22, 35925, nr. 143.

¹⁴⁴ Voorlichting van de Afdeling advisering van de Raad van State van 11 september 2015 over de Contourennota Modernisering Wetboek van Strafvordering, Kamerstukken II 2015/2016, 29279, nr. 278 (bijlage)

¹⁴⁵ De bepalingen met betrekking tot de afgesplitste behandeling van de vordering van de benadeelde partij zijn in het voorstel tussen haken geplaatst in afwachting van een onderzoek naar de financiële impact en de besluitvorming hierover, zie Deeladvies B, punt 4a, onder i. Zie ook de adviesopmerking over de verwachten financiële effecten van de voorgestelde procedure voor de afhandeling van de vergoeding van schade en kosten die zijn ontstaan door (rechtmatig of onrechtmatig) strafvorderlijk optreden van de overheid in Deeladvies E, punt 4c.

risico's die inherent zijn aan dergelijke, omvangrijke wetgevingsoperaties waarbij meerdere uitvoeringsinstanties zijn betrokken. Een gedegen begroting is noodzakelijk om zicht te houden op de kosten en de financiële risico's. Gelet op de lange looptijd en deze risico's zal een periodieke herijking van de kosten moeten plaatsvinden.

De Afdeling adviseert in de toelichting nader in te gaan op de financiële impact van het voorstel en de hierboven genoemde aspecten daarin te betrekken.

b. Gevolgen voor de gefinancierde rechtsbijstand

De Afdeling vraagt verder aandacht voor de financiële impact van het voorstel op de gefinancierde rechtsbijstand. In het deeladvies over de positie van de verdachte heeft de Afdeling uiteengezet dat de bijstand door een raadsman een cruciale waarborg vormt voor de rechtsbescherming van de verdachte in het (gemoderniseerde) strafproces.¹⁴⁶ Het is voor de Commissie-Letschert echter niet mogelijk gebleken de implementatiekosten en structurele werklasteffecten voor de advocatuur in kaart te brengen.¹⁴⁷ Na de advisering door de commissie is nog een impactanalyse uitgevoerd waaruit blijkt dat de werklast voor advocaten naar verwachting zal stijgen met de invoering van het nieuwe wetboek.¹⁴⁸ Bij de financiering van de rechtsbijstand in strafzaken zal met de nieuwe taken en bevoegdheden van de advocatuur rekening moeten worden gehouden, ook in het licht van de beweging naar voren.¹⁴⁹

De Afdeling adviseert in de toelichting in te gaan op de financiële gevolgen van het voorstel voor de gefinancierde rechtsbijstand.

7. Implementatie en evaluatie

In het licht van het voorgaande benadrukt de Afdeling het belang van een zorgvuldige en realistische implementatiestrategie. Uit de contourennota¹⁵⁰ en de toelichting¹⁵¹ blijkt dat gestreefd wordt naar een efficiënte behandeling van strafzaken en het verkorten van de doorlooptijden. Hoewel de Afdeling het belang van een voortvarende behandeling van strafzaken onderschrijft, waarschuwt zij voor te hoog gespannen verwachtingen in dit opzicht.

¹⁴⁶ Zie Deeladvies B, punt 2d.

¹⁴⁷ Commissie Implementatie nieuw Wetboek van Strafvordering, *Eindrapportage Kostenraming Implementatie nieuw Wetboek van Strafvordering*, bijlage bij Kamerstukken II 2020/21, 29279, nr. 637, p. 44.

¹⁴⁸ B. Huitink, I. Kalisvaart & S. Kluit, *Impactanalyse Effect wetsontwerp Wetboek van Strafvordering op de Rechtsbijstand*, november 2021.

¹⁴⁹ Zie Deeladvies B, punt 2d.

¹⁵⁰ Contourennota Modernisering Wetboek van Strafvordering, Kamerstukken II 2015/16, 29279, nr. 278 (bijlage), bijvoorbeeld p. 4 en 8.

¹⁵¹ Toelichting, Algemeen deel, paragraaf 3.8 (De 'beweging naar voren').

Het personeelstekort in de strafrechtspleging zal met de komst van het nieuwe wetboek niet opgelost worden. Ook digitalisering leidt meestal niet tot de efficiëntieslag waarop gehoopt wordt, al kan deze wel bijdragen aan het verhogen van de kwaliteit. De Afdeling adviseert de strafrechtspleging ruim de tijd te geven om zich aan te passen aan het nieuwe wetboek en de ingezette ontwikkelingen te bestendigen. In tussentijdse rapportages kan de Tweede Kamer op de hoogte worden gehouden van de ontwikkelingen en eventuele bijstellingen van de implementatiestrategie.

Met betrekking tot de implementatiestrategie deelt de Afdeling de inschatting van de Commissie-Letschert dat de uitvoeringsorganisaties weinig ruimte zullen hebben om andere wet- en regelgeving in te voeren in de periode waarin ook het nieuwe Wetboek van Strafvordering wordt geïmplementeerd. De Afdeling geeft in overweging bij lopende wetgevingstrajecten waarvan de inwerkingtreding wordt verwacht in de periode van de invoering van het nieuwe wetboek, expliciet navraag te doen bij uitvoeringsorganisaties wat het effect zal zijn daarvan op de implementatie van het nieuwe wetboek en hiermee rekening te houden bij het bepalen van de inwerkingtredingsdatum van andere wet- en regelgeving.

Tot slot merkt de Afdeling op dat in de toelichting niet wordt ingegaan op de wijze waarop het nieuwe wetboek zal worden geëvalueerd. Een aantal onderdelen wordt in pilots in het kader van de Innovatiewet al getoetst.¹⁵² De Afdeling merkt op dat ook andere onderdelen van het nieuwe wetboek (bijvoorbeeld vijf jaar) na de inwerkingtreding een grondige evaluatie behoeven. De Afdeling denkt in dit verband in het bijzonder aan de nieuwe regeling van de processuele sancties,¹⁵³ de schadevergoeding bij strafvorderlijk overheidsoptreden¹⁵⁴ en het beklag bij niet-opsporen.¹⁵⁵

Daarnaast acht de Afdeling het van belang dat deze onderdelen geëvalueerd worden in het licht van de doelstellingen van de moderniseringsoperatie. Ook om deze reden is het nodig dat voorafgaand aan de invoering van het voorstel concrete en meetbare doelen worden vastgesteld. Deze evaluatie vervangt niet de invoeringstoets, waarmee de effecten van wetgeving op

¹⁵² Kamerstukken II 2020/21, 35869, nr. 2.

¹⁵³ Zie Deeladvies E, punt 3.

¹⁵⁴ Zie Deeladvies E, punt 4.

¹⁵⁵ Zie Deeladvies B, punt 4b.

de uitvoering na één jaar na inwerkingtreding zullen worden geëvalueerd.¹⁵⁶ De Afdeling adviseert ook bij deze invoeringstoets aandacht te besteden aan de personeelscapaciteit, de digitalisering en het doenvermogen van burgers in het strafproces.

De Afdeling adviseert in het voorstel een evaluatiebepaling op te nemen en in de toelichting te verduidelijken op welke manier, aan de hand van welke criteria en op welke termijn onderdelen van het nieuwe wetboek geëvalueerd zullen worden.

¹⁵⁶ In het Coalitieakkoord is het voornemen uitgesproken om één jaar na de inwerkingtreding van een wet een zogenoemde invoeringstoets uit te voeren. Bij deze toets wordt gekeken of de wet werkt zoals bedoeld en of zich (onverwachte) knelpunten voordoen in de sfeer van de uitvoerbaarheid. Hiermee wordt uitwerking gegeven aan het rapport van de Tijdelijke commissie Uitvoeringsorganisaties (Kamerstukken II 2020/21, 35387, nr. 2) en maatregelen die de regering heeft aangekondigd in reactie op het rapport van de Parlementaire ondervragingscommissie Kinderopvangtoeslag (Kamerstukken II 2020/21, 35510, nr. 4).

Bijzonder deel

Deeladvies B.
De positie van
procesdeelnemers

1. Inleiding

Een aantal ontwikkelingen heeft volgens de toelichting de aanleiding gevormd voor een ingrijpende modernisering van het Wetboek van Strafvordering. Eén van deze ontwikkelingen betreft de veranderde rolverdeling tussen de strafvorderlijke actoren. De toelichting wijst op de versterking van de positie van het OM en van de politie. In het wetboek van 1926 stond de rechter centraal. Sindsdien zijn de regeling en de praktijk van de strafvordering ingrijpend veranderd. Gewezen wordt op de afschaffing van het gerechtelijk vooronderzoek en de invoering van de strafbeschikking als vorm van buitengerechtelijke afdoening.

Verder is het belang van de eerbiediging van de rechten van de verdachte volgens de toelichting toegenomen, onder meer onder invloed van het EVRM. Maar ook de emancipatie van het slachtoffer heeft het denken over het strafproces de laatste decennia ingrijpend gewijzigd. Deze ontwikkelingen hebben volgens de toelichting tot nu toe nog onvoldoende een vertaling gekregen in de uitgangspunten en de systematiek van het wetboek.¹⁵⁷

In dit deeladvies komt een aantal voorstellen aan de orde die raken aan de positie van de verschillende procesdeelnemers. Deze voorstellen worden mede beoordeeld in het licht van de veranderde rolverdeling tussen de procesdeelnemers. Daarbij gaat het achtereenvolgens om de positie van de verdachte (punt 2), het OM (punt 3) en het slachtoffer (punt 4). De positie van de rechter vormt een afzonderlijk thema binnen de advisering over het nieuwe wetboek, dat in het bijzonder aan de orde komt in de Deeladviezen D (Beweging naar voren) en E (De rol van de rechter). Hierna komt de rol van de rechter alleen zijdelings ter sprake.

2. De positie van de verdachte

a. De veranderde positie van de verdachte

i. Algemeen

De positie van de verdachte in de strafrechtspleging is sinds de invoering van het huidige wetboek ingrijpend veranderd. Verschillende ontwikkelingen, onder meer (in) de jurisprudentie van het EHRM en Richtlijnen van de EU, hebben ertoe geleid dat strafprocessuele bepalingen en regelingen zijn aangepast en nieuwe ingevoerd.¹⁵⁸ De eerbiediging van de rechten en vrijheden

¹⁵⁷ Toelichting, Algemeen deel, paragraaf 1.1 (Inleiding).

¹⁵⁸ Het gaat hier bijvoorbeeld om het ondervragingsrecht, het aanwezigheidsrecht en rechtsbijstand bij politieverhoor.

van de verdachte is inmiddels een van de nevendoelestellingen van het strafprocesrecht geworden.¹⁵⁹ De modernisering strekt er mede toe deze doelstelling te vertalen in uitgangspunten en systematiek, in plaats van in incidentele aanpassingen.¹⁶⁰

Wat betreft de positie van de verdachte hebben dus in het recente verleden verschillende wetwijzigingen plaatsgevonden.¹⁶¹ Het onderhavige voorstel bouwt daarop voort. De regeling van de positie van de verdachte in het nieuwe wetboek verschilt dan ook nauwelijks van die in het huidige wetboek.¹⁶² Wel is een belangrijk doel van het voorstel om de verdachte meer mogelijkheden tot tegenspraak in het vooronderzoek te bieden. Deze doelstelling komt tot uitdrukking in de voorstellen betreffende het principe dat de verdachte aanwezig kan zijn bij verhoren van getuigen bij de rechter-commissaris, de aanwezigheid van de raadsman bij het verhoor van getuigen als dat op bevel van de rechter-commissaris door opsporingsambtenaren wordt afgenomen en de bijzondere toegang die kan worden verleend aan de raadsman bij verhoren van getuigen door opsporingsambtenaren.¹⁶³

Deze voorstellen hangen samen met de door de modernisering beoogde beweging naar voren en vloeien bovendien voort uit de ontwikkeling naar een meer contradictoire gedingstructuur, een concept dat aan de modernisering ten grondslag ligt.¹⁶⁴ De afgelopen twee decennia is de (daadwerkelijke) tegenspraak – wat de partijen verdeeld houdt – van groter belang geworden voor de inrichting van het strafproces. De toelichting karakteriseert de huidige wijze van procesvoering als een contradictoir proces op inquisitoire leest geschoeid. De positieve kanten van het inquisitoire proces zijn behouden: de rechter heeft een eigen verantwoordelijkheid voor een rechtvaardige

¹⁵⁹ Toelichting, Algemeen deel, paragraaf 1.1 (Inleiding).

¹⁶⁰ Toelichting, Algemeen deel, paragrafen 1.1 (Inleiding), 2.1 (Doelstellingen van strafprocesrecht) en 7.2 (Het recht op een eerlijk proces).

¹⁶¹ Zie de Wet herziening regels betreffende de processtukken in strafzaken, *Stb.* 2011, 601; de Wet versterking positie van de rechter-commissaris, *Stb.* 2011, 600; de Wet van 5 november 2014, houdende implementatie van richtlijn nr. 2012/13/EU van het Europees Parlement en de Raad van 22 mei 2012 betreffende het recht op informatie in strafprocedures (*PbEU* 2012, L 142/1) (*Stb.* 2014, 433); de Wet van 17 november 2016, houdende implementatie van richtlijn nr. 2013/48/EU van het Europees Parlement en de Raad van 22 oktober 2013 betreffende het recht op toegang tot een advocaat in strafprocedures en in procedures ter uitvoering van een Europees aanhoudingsbevel en het recht om een derde op de hoogte te laten brengen vanaf de vrijheidsbeneming en om met derden en consulaire autoriteiten te communiceren tijdens de vrijheidsbeneming (*PbEU* 2013, L 294/1) (*Stb.* 2016, 475).

¹⁶² Uiteraard raken alle wijzigingen van het wetboek in zekere zin de verdachte, maar hier wordt bedoeld op bepalingen die de positie van de verdachte als zodanig en zijn verdedigingsrechten rechtstreeks betreffen. Zo worden in de definitiebepaling van 'verdachte' enige aanpassingen doorgevoerd, maar die beogen geen inhoudelijke wijziging (toelichting bij artikel 1.4.1).

¹⁶³ Toelichting, Algemeen deel, paragraaf 7.2 (recht op een eerlijk proces) en voorgestelde artikelen 2.10.29, eerste lid, 2.10.9, vierde lid, en 2.3.11, eerste lid onder b.

¹⁶⁴ Aldus de toelichting bij artikel 5.4.29.

uitkomst van het strafproces en het OM heeft een magistratelijke rol. Tegelijkertijd is het tegensprekelijke karakter van het strafproces vergroot doordat de verdachte en het OM een sterkere rechtspositie hebben gekregen en hun standpunten van groot belang zijn voor de wijze waarop het strafproces wordt gevoerd.¹⁶⁵

ii. Effectuering verdedigingsrechten: risico's en randvoorwaarden

De ontwikkeling naar een meer contradictoir proces heeft consequenties voor alle procesdeelnemers.¹⁶⁶ In een contradictoire gedingstructuur heeft de verdachte weliswaar verschillende rechten om tegenspraak te leveren, maar er wordt op dat vlak ook meer van hem verwacht dan in het inquisitoire proces. De betekenis ervan voor de verdediging wordt daarom vaak in termen van (toegenomen) verantwoordelijkheden omschreven. De verdachte dient tijdig, onderbouwd en 'to the point' verweer te voeren en verzoeken te doen; doet hij dit niet, dan kan de rechter het verzoek of verweer zonder motivering verwerpen.¹⁶⁷ De verdachte is daarmee in het algemeen sterk afhankelijk van goede rechtsbijstand. Zo beschouwd brengt een meer contradictoire gedingstructuur risico's mee voor de verdachte zonder (adequate) rechtsbijstand en daarmee ook voor de waarheidsvinding.

De ontwikkeling naar een meer contradictoire gedingstructuur is relevant voor alle fasen van het strafproces en wordt in de toelichting in verband gebracht met een aantal voorgestelde wijzigingen.¹⁶⁸ De voorstellen voorzien nadrukkelijk in een versterking van de contradictoire gedingstructuur in hoger beroep, doordat het gerechtshof zijn beoordeling kan beperken tot de door partijen aangedragen bezwaren tegen het vonnis en een volledige herbeoordeling niet langer noodzakelijk is. Gelet op de hiervoor genoemde risico's rijzen vragen over de voorgestelde wijzigingen van het hoger beroep (zie punt 2e).

De rechtspositie van de verdachte wordt in het strafproces als geheel evident sterk bepaald door het EVRM en de wijze waarop de verdragsrechten van de verdachte worden geïnterpreteerd en toegepast. Daarom is het van groot belang dat de voorstellen beogen de verhouding tot het EVRM te

¹⁶⁵ Toelichting, Algemeen deel, paragraaf 2.1 (Doelstellingen van strafprocesrecht).

¹⁶⁶ Zie daarover ook het Algemeen deel van dit advies en Deeladvies E over de rol van de rechter.

¹⁶⁷ PH.PH.M.C. van Kempen, 'Aandacht voor de slechts beperkt capabele verdachte in voor- en hoofdonderzoek – aanbevelingen voor de wetgever', *Delikt en Delinkwent* 2016/22 en A.A. Franken, 'Instemming en afstand', *Delikt en Delinkwent* 2015/1 en de daarin besproken jurisprudentie.

¹⁶⁸ Het gaat hierbij om de voorgestelde wijziging van de motiveringsvoorschriften (zie Deeladvies E, punt 2), van het bewijscriterium (toelichting, Algemeen deel, paragraaf 2.1) en van het beslismodel in hoger beroep (zie punt 2e).

optimaliseren.¹⁶⁹ De Afdeling maakt in Deeladvies D (punten 2c en 4) enkele adviesopmerkingen over de betekenis van artikel 6 EVRM als begrenzing van de mogelijkheden om aan een inactieve houding van de verdachte consequenties te verbinden voor de uitoefening van diens verdedigingsrechten.

Voor de verwezenlijking van verdedigingsrechten is nodig dat de verdachte kan beschikken over informatie omtrent zijn rechten en de strafzaak tegen hem, en over (zo nodig gefinancierde) rechtsbijstand.¹⁷⁰ Het is daarom van groot belang dat de voorgestelde regeling voorziet in deze randvoorwaarden voor het (laten) uitoefenen van verdedigingsrechten. Het is echter niet alleen belangrijk om te bezien in hoeverre de verdachte deze rechten heeft, maar ook of hij in staat is deze daadwerkelijk uit te oefenen. De afgelopen jaren wordt in toenemende mate aandacht gevraagd voor het feit dat een aanzienlijk aantal verdachten beperkingen kent op intellectueel en sociaal niveau.¹⁷¹

Bovendien blijken veel mensen in de praktijk niet goed in staat regie te nemen en in actie te komen, zeker in situaties van stress.¹⁷² Veel verdachten voldoen dus niet aan het mensbeeld van de autonome, wilsbekwame en mondige procesdeelnemer dat het contradictoire model tot uitgangspunt neemt.¹⁷³ Bij wetgeving dient een realistisch beeld van het denk- en doenvermogen van de betreffende burger leidend te zijn.¹⁷⁴ De Afdeling besteedt daarom hierna aandacht aan de vraag of de voorgestelde regeling de verdachte voldoende handvatten biedt om zijn verdediging vorm te (doen) geven.

Met inachtneming van het voorgaande maakt de Afdeling hieronder enkele adviesopmerkingen over de informatiepositie van de verdachte. Deze hebben betrekking op de communicatie met de verdachte en de mededeling van rechten (punt 2b) en kennisneming van processtukken (punt 2c). Ook maakt

¹⁶⁹ Toelichting, Algemeen deel, paragraaf 4 (de positie en functie van het Wetboek van Strafvordering); Toelichting, Algemeen deel, paragraaf 7.1 (Grondrechten, Inleiding).

¹⁷⁰ Toelichting bij artikel 1.8.6 en toelichting bij Hoofdstuk1 van Boek 4, paragraaf 2 (Opzet en doel van het gefaseerd aanhangig maken van zaken); P.T.C. van Kampen e.a., *Mind the gap. Modernisering Wetboek van Strafvordering: consequenties voor de verdediging*, WODC 2018, p. 271 en 274.

¹⁷¹ Bijvoorbeeld P.H.P.H.M.C. van Kempen, 'Aandacht voor de slechts beperkt capabele verdachte', *Delikt en Delinkwent* 2016/22; H. Kaal & P.Vrij, *Politiewerk met oog voor Licht Verstandelijke Beperking*, Leiden 2017.

¹⁷² *Weten is nog geen doen. Een realistisch perspectief op redzaamheid*, WRR-rapport nr. 97, Den Haag 2017.

¹⁷³ P.H.P.H.M.C. van Kempen, 'Aandacht voor de slechts beperkt capabele verdachte in voor- en hoofdonderzoek – aanbevelingen voor de wetgever', *Delikt en Delinkwent* 2016/22, p. 273; zie P.T.C. van Kampen e.a., *Mind the gap. Modernisering Wetboek van Strafvordering: consequenties voor de verdediging*, WODC 2018, p. 274 voor een opsomming van wat wel en wat niet van de verdachte zonder raadsman kan worden verwacht.

¹⁷⁴ *Weten is nog geen doen. Een realistisch perspectief op redzaamheid*, WRR-rapport nr. 97, Den Haag 2017, p. 135.

de Afdeling enkele opmerkingen over het recht op (gefinancierde) rechtsbijstand (punt 2d) en over de voorgestelde regeling van het hoger beroep (punt 2e).

b. Informatiepositie verdachte: mededeling van rechten

i. Voorstel en toelichting

Wat betreft de informatiepositie van de verdachte zijn de afgelopen jaren belangrijke aanpassingen in het wetboek opgenomen. De voorstellen bevatten daarom nauwelijks wijzigingen van de rechten van de verdachte op informatie over diens rechten en op kennisneming van de processtukken (zie daarover punt 2c).

Wel behelzen de voorstellen een systematische wijziging: het toekennen van belangrijke rechten aan de verdachte wordt onder het nieuwe wetboek definitief gekoppeld aan het politieverhoor.

Aangezien onder invloed van Europese regelgeving ook nu reeds het politieverhoor het moment is waaraan de meeste rechten van de verdachte zijn gekoppeld, heeft deze systematische wijziging tot weinig aanpassingen geleid.¹⁷⁵ Het feit dat de verdachte al vanaf het eerste verhoor verschillende rechten heeft, wordt niettemin in de toelichting een belangrijke bijdrage aan de beweging naar voren genoemd. De verdachte kan door uitoefening van die rechten – in het bijzonder het recht om onderzoekswensen in te dienen bij de rechter-commissaris – reeds in een vroeg stadium de invalshoek van de verdediging naar voren brengen en een bijdrage leveren aan het onderzoek.¹⁷⁶

Twee EU-Richtlijnen hebben geleid tot de huidige regeling omtrent mededelingen van rechten aan de verdachte bij het politieverhoor. Ter implementatie van de Richtlijn betreffende het recht op informatie in strafprocedures (Richtlijn 2012/13/EU) is in 2014 het huidige artikel 27c ingevoerd.¹⁷⁷ Daarbij is vastgelegd dat de aangehouden verdachte voorafgaand aan zijn verhoor een aantal mededelingen moet worden gedaan betreffende zijn rechtspositie en het feit waarvan hij wordt verdacht. In 2016 is daaraan de verplichting tot mededeling van twee andere rechten toegevoegd, ter implementatie van de Richtlijn betreffende het recht op toegang tot een advocaat in strafprocedures en in procedures ter uitvoering van een Europees aanhoudingsbevel en het recht om een derde op de hoogte te laten brengen van de vrijheidsbeneming

¹⁷⁵ Het gaat om aanpassing van de definitiebepaling van het begrip verdachte (die geen inhoudelijke wijzigingen meebrengt) en om introductie van de plicht kennisgeving van de beslissing van vervolging af te zien te doen aan de verdachte die is verhoord. Zie toelichting, Algemeen deel, paragraaf 7.2 (het recht op een eerlijk proces) en de voorgestelde artikelen 3.1.3 en 3.1.6.

¹⁷⁶ Toelichting bij Hoofdstuk 4 van Boek 1 (De verdachte en zijn raadsman).

¹⁷⁷ Wet van 5 november 2014, houdende implementatie van richtlijn nr. 2012/13/EU van het Europees Parlement en de Raad van 22 mei 2012 betreffende het recht op informatie in strafprocedures (*PbEU* 2012, L 142/1) (*Stb.* 2014, 433).

en om met derden en consulaire autoriteiten te communiceren tijdens de vrijheidsbeneming (Richtlijn 2013/48/EU).¹⁷⁸

Richtlijn 2012/13/EU verplicht tot een schriftelijke verklaring van rechten voor aangehouden verdachten (de zogenoemde 'letter of rights'). De Nederlandse variant (het informatieblad 'mededeling van rechten aan de verdachte')¹⁷⁹ bevat informatie voor zowel aangehouden verdachten als verdachten die zijn uitgenodigd om te worden verhoord. De Richtlijn verplicht ook om de bedoelde mededelingen in eenvoudige en toegankelijke bewoordingen te doen, en daarbij rekening te houden met de behoeftes van kwetsbare verdachten.¹⁸⁰ Essentieel voor het begrip van de verdachte is uiteraard ook het recht op vertolking en vertaling.¹⁸¹ Het genoemde informatieblad is beschikbaar in 28 andere talen.

In het voorstel wordt de huidige regeling van de mededelingsplichten niet inhoudelijk gewijzigd. Het gaat derhalve nog altijd om de verplichte mededeling aan de aangehouden verdachte, uiterlijk voorafgaand aan diens eerste verhoor door een opsporingsambtenaar, van het feit waarvan hij wordt verdacht, van het recht op rechtsbijstand, het recht op vertolking en vertaling, het recht om te zwijgen, het recht op kennisneming van de processtukken, van de termijn waarbinnen hij voor de rechter-commissaris zal worden geleid, van de mogelijkheden om opheffing van de voorlopige hechtenis te verzoeken, alsmede van het recht op kennisgeving van vrijheidsbeneming.¹⁸² De niet-aangehouden verdachte die wordt uitgenodigd om te worden verhoord, dient voorafgaand aan het verhoor te worden geïnformeerd over diens recht op een raadsman, op vertolking en vertaling en het recht om te zwijgen.¹⁸³ De (huidige en voorgestelde) regeling kent dus een onderscheid tussen aangehouden en niet-aangehouden verdachten.

¹⁷⁸ Wet van 17 november 2016, houdende implementatie van richtlijn nr. 2013/48/EU van het Europees Parlement en de Raad van 22 oktober 2013 betreffende het recht op toegang tot een advocaat in strafprocedures en in procedures ter uitvoering van een Europees aanhoudingsbevel en het recht om een derde op de hoogte te laten brengen vanaf de vrijheidsbeneming en om met derden en consulaire autoriteiten te communiceren tijdens de vrijheidsbeneming (*PbEU* 2013, L 294/1) (*Stb.* 2016, 475). Het gaat hier om de mededelingen van het recht een persoon in kennis te stellen van de vrijheidsbeneming en het recht een consulaire post in kennis te stellen van de vrijheidsbeneming (van mensen die in het buitenland worden gedetineerd).

¹⁷⁹ www.rijksoverheid.nl/documenten/brochures/2014/10/20/mededelingen-van-rechten-aan-de-verdachte.

¹⁸⁰ Richtlijn 2012/13/EU, artikel 3, eerste en tweede lid.

¹⁸¹ De (huidige en voorgestelde) regeling voorziet in bijstand van een tolk tijdens verhoren, gesprekken met de raadsman en op de zitting, alsmede in vertaling van essentiële processtukken, zie voorgestelde Titel 11.3 van Boek 1 en voorgesteld artikel 1.8.9, eerste lid. Verschillende van deze rechten zijn ingevoerd bij Wet van 28 februari 2013 tot implementatie van Richtlijn nr. 2010/64/EU van het Europees Parlement en de Raad van 20 oktober 2010 betreffende het recht op vertolking en vertaling in strafprocedures (*PbEU* 2010, L 280/1), *Stb.* 2013, 85.

¹⁸² Voorgesteld artikel 1.4.3, eerste, tweede en derde lid.

¹⁸³ Voorgesteld artikel 1.4.3, tweede lid.

De verdachte wordt voorts niet alleen voorafgaand aan het eerste politieverhoor kennis gegeven van zijn recht op rechtsbijstand,¹⁸⁴ maar die mededeling wordt hem ook (mondeling) gedaan vóór invezekeringstelling en vóór de inbewaringstelling en bij het eerste verhoor door de rechter-commissaris, evenals bij het instellen van hoger beroep.¹⁸⁵ Voorts wordt hij in kennis gesteld van het recht op rechtsbijstand bij betekening van een aantal procesmededelingen, in het bijzonder de procesinleiding.¹⁸⁶

ii. Beoordeling

Communicatie met de verdachte

De Afdeling is van oordeel dat de regeling zo moet worden vormgegeven dat zij alle verdachten in staat stelt zich adequaat te (laten) verdedigen. Het is belangrijk dat de informatie aan en communicatie met de verdachte plaatsvindt op een wijze die begrijpelijk is en ook handvatten biedt op basis waarvan de verdachte adequaat kan handelen om zijn verdediging te (laten) organiseren. De Afdeling wijst er daarom met instemming op dat de voorstellen met betrekking tot communicatie op verschillende plaatsen rekening houden met mogelijke beperkingen van verdachten. Zo moet de overdracht van berichten en de betekening van stukken volgens het voorstel in beginsel langs elektronische weg plaatsvinden, maar is in het voorstel ervoor gekozen de verplichting om langs elektronische weg te communiceren te beperken tot verdachten die worden bijgestaan door een advocaat.¹⁸⁷

Voorts behelzen de voorstellen over de jeugdige verdachte de bepaling dat mededelingen aan jeugdige verdachten moeten plaatsvinden in 'eenvoudige en toegankelijke bewoordingen'.¹⁸⁸ Dit is een implementatie van de EU-Richtlijn betreffende procedurele waarborgen voor kinderen die verdachte of beklaagde zijn in een strafprocedure (Richtlijn 2016/800/EU),¹⁸⁹ maar deze regel sluit aan bij de algemene verplichting uit Richtlijn 2012/13/EU om de daar bedoelde mededelingen in eenvoudige en toegankelijke bewoordingen te doen, en daarbij rekening te houden met de behoeftes van kwetsbare verdachten. De nagestreefde begrijpelijkheid wordt in de praktijk niet altijd gerealiseerd. De Afdeling acht het van belang dat daaraan de nodige aandacht wordt besteed. Zo is de beschikbaarheid van schriftelijke mededeling

¹⁸⁴ Zie voorgesteld artikel 1.4.3, derde lid onder b.

¹⁸⁵ Zie voorgesteld artikel 1.4.6, eerste lid, resp. onder a, onder b en onder c.

¹⁸⁶ Voorgesteld artikel 1.4.6, tweede lid en artikel 4.1.2, eerste lid onder a.

¹⁸⁷ Toelichting, Algemeen deel, paragraaf 2.5.

¹⁸⁸ Voorgesteld artikel 6.1.7, tweede lid en voorgesteld artikel 6.1.4, tweede lid.

¹⁸⁹ Richtlijn (EU) 2016/800 van het Europees Parlement en de Raad van 11 mei 2016 betreffende procedurele waarborgen voor kinderen die verdachte of beklaagde zijn in een strafprocedure (*PbEU* 2016, L 132/1), artikel 4, tweede lid.

van rechten in verschillende talen alleen van betekenis als de vertaling correct en helder is.¹⁹⁰

De Afdeling adviseert in de toelichting in te gaan op de mogelijkheden in de praktijk van de strafrechtspleging om de 'doenbaarheid' van de voorstellen te vergroten door het verschaffen van begrijpelijke informatie en het bieden van concrete handvatten. Op basis van de Europese regelgeving dient bij het doen van mededelingen van rechten uitdrukkelijk rekening te worden gehouden met kwetsbare verdachten,¹⁹¹ maar ook verdachten die niet (duidelijk) in die categorie vallen, hebben niet zelden weinig inzicht in het belang van hun rechten en een beperkt doenvermogen. De Afdeling adviseert daarom in het bijzonder aandacht te besteden aan mogelijkheden om verdachten te stimuleren bijtijds rechtsbijstand in te schakelen.¹⁹²

In de context van het opsporingsonderzoek zou kunnen worden gedacht aan het opnemen van duidelijke informatie in de schriftelijke mededeling van rechten over het belang van rechtsbijstand voor en bij het politieverhoor, en over de mogelijkheden van gefinancierde rechtsbijstand na afloop van de piketbijstand (zie hierover punt 2d).¹⁹³ Te denken valt in het bijzonder ook aan het opnemen in de procesinleiding van een duidelijke, eenvoudige en dringende oproep een raadsman te regelen en het verschaffen van een centraal telefoonnummer waarmee de aanvraag van rechtsbijstand in gang kan worden gezet.¹⁹⁴ Ook de verkeerstorens zouden (onder regie van de

¹⁹⁰ Zie T. Spronken, 'Een taal die wij verstaan', *NJB* 2021/3093, afl. 42, die wijst op onderzoek over onjuiste vertalingen in de mededeling van rechten en op onduidelijkheid over de reikwijdte van het recht op vertaling van processtukken.

¹⁹¹ Het begrip 'kwetsbare' verdachte komt in de verschillende Richtlijnen van de EU voor, maar wordt daarin niet scherp afgebakend. Alleen in de Aanbeveling van de Commissie van 27 november 2013, 2013/C 378/02 (*PbEU* 2013, C 378/8) wordt het begrip uitdrukkelijk omschreven: "verdachten die door hun leeftijd, geestelijke of lichamelijke toestand of handicap niet in staat zijn een strafprocedure te begrijpen en er effectief aan deel te nemen". In de specifieke context van elke Richtlijn krijgt het begrip telkens een iets andere invulling. Zo gaat het bij de mededeling van rechten om verdachten met een beperkt begrips(vermogen) vanwege hun leeftijd of geestelijke dan wel fysieke gesteldheid. De multi-interpretabele aard van het begrip maakt de vereiste beoordeling daarvan in de eerste stadia van het strafproces bijzonder lastig, zie L. Mergaerts, 'De beoordeling van kwetsbaarheid van verdachten in strafprocedures', *Strafblad* 2017/80.

¹⁹² Vergelijk Richtlijn 2013/48/EU, punt 51: de justitiële autoriteiten moeten rekening houden met mogelijke kwetsbaarheid van verdachten die hun vermogen aantast om het recht op toegang tot een advocaat uit te oefenen, en moeten passende maatregelen nemen die ervoor zorgen dat die rechten gewaarborgd worden.

¹⁹³ Daarmee wordt ook nader tegemoet gekomen aan Richtlijn 2012/13/EU, artikel 3, eerste lid onder b: de verplichting om de verdachte mededeling te doen van de voorwaarden waaronder hij kosteloze rechtsbijstand kan krijgen.

¹⁹⁴ Gelet op het beperkte doenvermogen van veel verdachten ligt het in de rede het recht op rechtsbijstand in de oproeping te herhalen, in plaats van ervan uit te gaan dat de verdachte die rechtsbijstand wil, deze na ontvangst van de procesinleiding zal regelen, zie toelichting bij artikel 1.4.6, tweede lid.

voorzitter die de voorbereiding van de zitting leidt) een rol kunnen spelen in het motiveren van verdachten tot het regelen van rechtsbijstand.¹⁹⁵

Mededeling aan niet-aangehouden verdachte van het recht op processtukken

De Afdeling merkt op dat de niet-aangehouden verdachte, net als de aangehouden verdachte, in ieder geval vanaf het eerste politieverhoor recht heeft op kennisneming van de processtukken.¹⁹⁶ Alleen voor de aangehouden verdachte is uitdrukkelijk geregeld dat hij – in ieder geval voorafgaand aan zijn eerste verhoor – in kennis wordt gesteld van dat recht. Een (verhoorde) verdachte die niet is aangehouden – bijvoorbeeld omdat geen sprake is van heterdaad of van een misdrijf waarop naar de wettelijke omschrijving gevangenisstraf van vier jaar of meer is gesteld¹⁹⁷ – hoeft volgens het voorstel tijdens het opsporingsonderzoek niet te worden geïnformeerd over dit recht.¹⁹⁸ Deze verdachte hoeft pas op dat recht te worden gewezen in de procesinleiding.

Gelet op het feit dat het recht op kennisneming van de processtukken voor alle verdachten van wezenlijk belang is voor het bepalen van de procespositie en het daadwerkelijk uitoefenen van verdedigingsrechten, is de voorgestelde regeling (net als de huidige) onvolkomen. De Afdeling adviseert daarom een verplichting in de wet op te nemen om ook de niet-aangehouden verdachte voorafgaand aan zijn eerste verhoor mededeling te doen van zijn recht op kennisneming van de processtukken.¹⁹⁹

Mededeling van het recht om zich tot de rechter-commissaris te wenden

Het feit dat de verdachte al vanaf het eerste verhoor verschillende rechten heeft, stelt hem, aldus de toelichting, in staat in een vroeg stadium de invalshoek van de verdediging naar voren te brengen door onder meer

¹⁹⁵ Vergelijk het voorstel van de NOvA, Advies bij de Boeken 3-6 van 30 juli 2018, p. 14, inhoudende dat de voorzitter de verdachte een termijn geeft voor het inschakelen van rechtsbijstand. In het kader van de regie zou de voorzitter van de rechtbank ook eerder kunnen overwegen een last voor een aangewezen raadsman (voorgesteld artikel 1.4.13, tweede lid) af te geven.

¹⁹⁶ Voorgesteld artikel 1.8.6, eerste lid, tweede volzin bepaalt dat de kennisgeving de verdachte in elk geval wordt toegestaan vanaf het eerste verhoor na aanhouding. Het recht daarop is echter niet gekoppeld aan het verhoor na aanhouding. "(...) voor de beantwoording van de vraag of betrokkene het recht op inzage toekomt moet worden aangeknoopt bij het begrip verdachte en niet bij de vraag of de verdachte al is verhoord. Dit impliceert dat kennisneming op een eerder moment dan bij gelegenheid van het eerste verhoor de verdachte niet kan worden onthouden, indien hij daarom verzoekt," toelichting bij artikel 1.8.6.

¹⁹⁷ Vergelijk de voorgestelde artikelen 2.5.4 en 2.5.5.

¹⁹⁸ Voorgesteld artikel 1.4.3, tweede lid. Zie hierover P.T.C. van Kampen e.a., *Mind the Gap. Modernisering Wetboek van Strafvordering: consequenties voor de verdediging*, WODC 2018, p. 245, p. 257, p. 271 en p. 290-292.

¹⁹⁹ Dat recht zou dan kunnen worden opgenomen in het voorgestelde 1.4.3, tweede lid en in het informatieblad 'mededelingen van rechten aan de verdachte'.

het indienen van onderzoekswensen bij de rechter-commissaris.²⁰⁰ De Afdeling wijst erop dat de verdachte in de voorgestelde regeling vanaf het eerste politieverhoor het recht heeft de rechter-commissaris te benaderen met verschillende verzoeken. Het gaat hierbij om het indienen van onderzoekswensen,²⁰¹ het verzoek om een regiebijeenkomst te beleggen,²⁰² het verzoek om de officier van justitie een termijn te stellen te beslissen over inzage in de processtukken,²⁰³ en het verzoek om de voortgang van het onderzoek te beoordelen en daarbij een termijn te stellen aan de officier van justitie voor een vervolgingsbeslissing.²⁰⁴

De Afdeling merkt op dat de verdachte volgens het voorstel weliswaar vanaf het eerste politieverhoor de rechter-commissaris kan benaderen met verzoeken, maar dat de voorgestelde regeling geen verplichting bevat om hem over dat recht te informeren.²⁰⁵ De verdachte wordt op het moment van het eerste verhoor wel geïnformeerd over een aantal andere rechten, zoals het recht op rechtsbijstand. Vanaf dat moment kan de verdachte voorzien van rechtsbijstand zijn procespositie bepalen en desgewenst dus ook de rechter-commissaris benaderen met verzoeken, aldus de toelichting.²⁰⁶

De Afdeling wijst erop dat niet alle verdachten in dit stadium al door een raadsman worden bijgestaan. In gevallen waarin de verdachte zich in voorlopige hechtenis bevindt zal in de regel een (aangewezen) raadsman betrokken zijn, die uitleg kan geven over en het initiatief kan nemen tot het richten van verzoeken tot de rechter-commissaris. In andere gevallen is het goed denkbaar dat een verdachte pas een raadsman inschakelt nadat hij de dagvaarding – in de toekomst de procesinleiding – heeft ontvangen.²⁰⁷

De Afdeling merkt op dat het recht de rechter-commissaris te benaderen niet is beperkt tot verdachten in voorlopige hechtenis, en dat de toelichting

²⁰⁰ Toelichting bij Hoofdstuk 4 van Boek 1 (De verdachte en zijn raadsman).

²⁰¹ Voorgesteld artikel 2.10.2, eerste lid.

²⁰² Voorgesteld artikel 2.10.68, eerste lid. Dit verzoek wordt ook beschouwd als een stimulans voor de officier van justitie om de processtukken tijdig ter beschikking te hebben en inzage te verlenen, toelichting bij artikel 2.10.68, eerste lid.

²⁰³ Voorgesteld artikel 1.8.5, derde lid. Dit verzoek kan ook worden gedaan door de verdachte die niet is verhoord.

²⁰⁴ Voorgesteld artikel 2.10.69, eerste en tweede lid. Zie ook toelichting bij artikel 3.1.7. Zie over de regeling van het onderzoek door de rechter-commissaris nader Deeladvies D, punt 2.

²⁰⁵ Vergelijk P.T.C. van Kampen e.a., *Mind the Gap. Modernisering Wetboek van Strafvordering: consequenties voor de verdediging*, WODC 2018, p. 115-116 en p. 191.

²⁰⁶ Zie toelichting bij artikel 2.10.2, eerste lid.

²⁰⁷ P.T.C. van Kampen e.a., *Mind the Gap. Modernisering Wetboek van Strafvordering: consequenties voor de verdediging*, WODC 2018, p. 150, p. 164-165, p. 191-192 en p. 198. Zie ook het voorgestelde artikel 1.4.6, tweede lid, onder a: van het recht op rechtsbijstand wordt de verdachte op vrije voeten in kennis gesteld bij de betekening van de procesinleiding.

hierbij evenmin onderscheidt tussen verschillende soorten zaken. De Afdeling wijst erop dat het inschakelen van de rechter-commissaris bij kleinere, ongecompliceerde zaken weliswaar niet voor de hand ligt, maar dat in meer gecompliceerde zaken (waarbij de verdachte niet altijd in voorlopige hechtenis zit) het adriëren van de rechter-commissaris voor de verdediging van belang kan zijn.²⁰⁸

De Afdeling adviseert daarom te voorzien in een wettelijke verplichting om de verdachte bij zijn eerste verhoor (schriftelijk) in kennis te stellen van de verzoeken die hij bij de rechter-commissaris kan indienen.

c. Informatiepositie verdachte: processtukken

i. Voorstel en toelichting

De in 2013²⁰⁹ geactualiseerde voorschriften over de processtukken komen terug in het nieuwe wetboek, waarbij enkele verbeteringen zijn aangebracht. In het gemoderniseerde wetboek is de officier van justitie tot het begin van de berechting verantwoordelijk voor de samenstelling van het procesdossier en – voor zover de kennisneming is toegestaan – voor de daadwerkelijke toegankelijkheid daarvan.²¹⁰ Die laatste zinsnede brengt tot uitdrukking dat de officier van justitie een zorgplicht heeft voor het feitelijk en vlot realiseren van de kennisneming door de verdachte.²¹¹ De kennisneming van de processtukken wordt de verdachte op diens verzoek toegestaan door de officier van justitie; kennisneming wordt in elk geval toegestaan vanaf het eerste verhoor na aanhouding. Indien het belang van het onderzoek dit vereist, kan de officier van justitie echter de verdachte de kennisneming van bepaalde processtukken onthouden.²¹²

Ten aanzien van een aantal processtukken bepaalt de voorgestelde regeling dat de volledige kennisneming niet aan de verdachte mag worden onthouden. Het gaat dan bijvoorbeeld om de processen-verbaal van zijn verhoren of van andere verhoren waar hij of zijn raadsman bij aanwezig kon zijn.²¹³ Van deze processen-verbaal wordt direct nadat ze zijn opgemaakt ook een kopie aan

²⁰⁸ In deze tussencategorie van zaken worden soms veel getuigen gehoord en deskundigen ingeschakeld (bijvoorbeeld zedenzaken of openlijk geweld), en kan de rechter-commissaris voorts een rol spelen om de voortgang of het beschikbaar stellen van processtukken te stimuleren.

²⁰⁹ Wet herziening regels betreffende de processtukken in strafzaken (*Stb.* 2011, 601).

²¹⁰ Zie het voorgestelde artikel 1.8.2.

²¹¹ Toelichting bij artikel 1.8.2.

²¹² Zie het voorgestelde artikel 1.8.6.

²¹³ Zie het voorgestelde artikel 1.8.7.

de verdachte verstrekt.²¹⁴ Dat laatste voorschrift is nieuw en beoogt verder te bevorderen dat de verdachte zo vroeg mogelijk in staat wordt gesteld om zijn recht op kennisneming te effectueren, zodat hij wordt geïnformeerd over het verloop en de resultaten van het opsporingsonderzoek. Deze stukken moeten ook daadwerkelijk zo snel mogelijk ter beschikking komen van de verdediging; logistieke of organisatorische knelpunten mogen daar niet aan in de weg staan.²¹⁵ De kennisneming van alle processtukken mag de verdachte volgens de voorgestelde wettekst niet meer worden onthouden zodra de procesinleiding is ingediend.²¹⁶

Met de voorgestelde regeling wordt beoogd de verdachte zo vroeg mogelijk in staat te stellen zijn recht op kennisneming te effectueren. In de toelichting wordt erkend dat in de praktijk niet altijd adequaat wordt gereageerd op verzoeken van de verdediging om kennisneming van de processtukken. Het is de primaire verantwoordelijkheid van het OM om te zorgen voor een zo snel mogelijke verstrekking. Bij gebleken knelpunten in de praktijk moet het OM in samenspraak met opsporingsdiensten en advocatuur maatregelen ter verbetering nemen en afspraken maken over werkbare processen, aldus de toelichting.²¹⁷

ii. Beoordeling

De Afdeling stelt voorop dat het recht om daadwerkelijk en tijdig kennis te kunnen nemen van de processtukken van wezenlijk belang is voor de verdediging. Alleen indien de verdediging kennis draagt van de inhoud daarvan, is zij in staat om adequaat gebruik te maken van haar verdedigingsrechten.²¹⁸ Bovendien vormt de tijdige kennisneming van de processtukken een randvoorwaarde voor de haalbaarheid van de beoogde beweging naar voren (zie ook Deeladvies D, punt 2c). Die kennisneming is immers bepalend voor de mogelijkheden van de verdachte om onderzoekswensen (eerder) in te dienen.

Een adequaat wettelijk stelsel (inhoudende, onder meer, de verplichting verdachten over hun rechten te informeren, zie punt 2b) is echter niet voldoende om de in dit verband gewenste cultuurverandering te bewerkstelligen. Het is van groot belang dat de werkprocessen bij het OM en de politie worden aangepast. Bij de totstandkoming van de Wet herziening processtukken van 2013 stelde de wetgever al dat daadwerkelijke verbeteringen in de praktijk in

²¹⁴ Zie het voorgestelde artikel 1.8.8, vierde lid. Zie ook het vijfde lid van dit artikel voor een iets afwijkende regeling ten aanzien van processen-verbaal bedoeld in voorgesteld artikel 1.8.7, onderdeel c.

²¹⁵ Toelichting bij artikel 1.8.8.

²¹⁶ Zie het voorgestelde artikel 1.8.10.

²¹⁷ Toelichting bij artikel 1.8.6.

²¹⁸ In deze zin ook P.T.C. van Kampen e.a., *Mind the Gap. Modernisering Wetboek van Strafvordering: consequenties voor de verdediging*, WODC 2018, p. 87.

belangrijke mate samenhangen met de organisatie en cultuur binnen de strafrechtspleging. Net als in die wetgeving is in de voorgestelde wettelijke regeling niet voorgeschreven binnen welke termijn het OM na een verzoek daartoe inzage in de processtukken moet verschaffen.²¹⁹ Op zich is dat begrijpelijk, aangezien vertraging aan uiteenlopende factoren te wijten kan zijn en een eenduidige sanctie op termijnoverschrijding laat zich niet goed denken, maar dat neemt niet weg dat veranderingen noodzakelijk zijn.²²⁰

Het is dan ook raadzaam in de toelichting in te gaan op de vraag welke (andere) maatregelen of voorzieningen aangewezen zijn om de (administratieve) werkprocessen bij politie en OM te verbeteren.²²¹ Daar ligt een taak voor de leiding van het OM (richtlijnen, interne instructies) en voor de politiek verantwoordelijke minister van Justitie en Veiligheid. Langs deze weg zal moeten worden bewerkstelligd dat logistieke en organisatorische knelpunten inderdaad worden weggenomen. Daarbij is ook van belang dat dossiers geordend en op een toegankelijke wijze aangeleverd worden.

Tot slot moet worden opgemerkt dat steeds vaker sprake is van strafzaken waarin opsporing heeft plaatsgevonden door analyse van grote hoeveelheden versleutelde data en waarin het bewijs in belangrijke mate op een selectie van dergelijke gegevens is gebaseerd. Het OM dient dan in de praktijk een effectieve controle van deze datasets te faciliteren, met inachtneming van andere relevante belangen (zoals de privacy van derden en opsporingsbelangen). In hoeverre de volledige datasets aan de verdediging moeten worden verstrekt staat ter beoordeling aan de rechter.²²²

De Afdeling adviseert in de toelichting in te gaan op de maatregelen die worden genomen om een tijdige en adequate kennisneming van de processtukken – en eventueel ander materiaal dat voor de verdediging van belang kan zijn – in de praktijk te verzekeren.

²¹⁹ Wel kan de verdediging de rechter-commissaris verzoeken om daartoe een termijn te stellen aan de officier van justitie (zie hierover punt 2b het voorgestelde artikel 1.8.6, derde lid). Indien de officier van justitie verzuimt om binnen de gestelde termijn inzage te geven, is daar geen sanctie aan verbonden (P.T.C. van Kampen e.a., *Mind the Gap. Modernisering Wetboek van Strafvordering: consequenties voor de verdediging*, WODC 2018, p. 77-79).

²²⁰ Vergelijk P.T.C. van Kampen e.a., *Mind the Gap. Modernisering Wetboek van Strafvordering: consequenties voor de verdediging*, WODC 2018, p. 190-191, p. 271-277 en p. 292-293. Dat het voegen van processtukken in het nieuwe wetboek nog steeds niet aan wettelijke termijnen wordt gebonden, noemen de onderzoekers 'niet zonder meer een logische keuze' en zelfs 'problematisch'. Zij erkennen echter dat het onwenselijk zou zijn als vervolgingen falen omdat het OM zich niet heeft gehouden aan dwingende termijnen en sancties.

²²¹ P.T.C. van Kampen e.a., *Mind the Gap. Modernisering Wetboek van Strafvordering: consequenties voor de verdediging*, WODC 2018, p. 190-191, p. 271-277 en p. 292-293.

²²² Vergelijk D.N. de Jonge & S.L.J. Janssen, 'Eindelijk toegang tot datasets', *NJB* 2021, p. 2793 e.v.; J. van der Pijll, 'De dataset langs de meetlat van artikel 6 EVRM', *NJB* 2022, p. 346 e.v.

d. Recht op (gefinancierde) rechtsbijstand

i. De huidige (en voorgestelde) regeling

De bestaande regeling omtrent rechtsbijstand ondergaat na de grote wijzigingen van de afgelopen jaren²²³ in het voorstel geen inhoudelijke wijzigingen. De bestaande wettelijke regels wat betreft de momenten waarop rechtsbijstand kan worden genoten, de inhoud van die bijstand, en het recht op gefinancierde rechtsbijstand, blijven gelden.²²⁴

Verdachten die zijn aangehouden ter zake van een feit waarop naar de wettelijke omschrijving gevangenisstraf van vier jaar of meer is gesteld of die kwetsbaar zijn,²²⁵ hebben onder de huidige en voorgestelde regeling recht op gefinancierde rechtsbijstand in de vorm van consultatiebijstand,²²⁶ aanwezigheid van de raadsman tijdens het politieverhoor²²⁷ en bijstand bij het verhoor door de hulpofficier dat aan de inverzekeringstelling vooraf gaat.²²⁸ Niet-kwetsbare verdachten die zijn aangehouden ter zake van een feit waarop naar de wettelijke omschrijving gevangenisstraf van minder dan vier jaar is gesteld, hebben wel recht op bijstand van een raadsman op deze momenten, maar geen wettelijk recht op gefinancierde rechtsbijstand.²²⁹ Verdachten die niet zijn aangehouden maar worden uitgenodigd op een plaats van verhoor te verschijnen om te worden verhoord, hebben recht om zich tijdens dat verhoor door een raadsman te laten bijstaan, maar hebben evenmin recht op gefinancierde rechtsbijstand.²³⁰

²²³ In het bijzonder door invoering van de Wet van 17 november 2016, houdende implementatie van richtlijn nr. 2013/48/EU van het Europees Parlement en de Raad van 22 oktober 2013 betreffende het recht op toegang tot een advocaat in strafprocedures en in procedures ter uitvoering van een Europees aanhoudingsbevel en het recht om een derde op de hoogte te laten brengen vanaf de vrijheidsbeneming en om met derden en consulaire autoriteiten te communiceren tijdens de vrijheidsbeneming (*PbEU* 2013, L 294/1) (*Stb.* 2016, 475).

²²⁴ Regels over de gefinancierde rechtsbijstand zijn ook te vinden in de Wet op de rechtsbijstand (*Wrb*) en de daarop gebaseerde besluiten, zoals het Besluit rechtsbijstand- en toevoegcriteria (*Brt*) en het Besluit vergoedingen rechtsbijstand 2000 (*Bvr* 2000).

²²⁵ 'Kwetsbaar' in deze bepaling (gebaseerd op Richtlijn 2013/48/EU) ziet, blijkens de toelichting bij de implementatiewet, op jeugdigen of personen met een psychische stoornis of verstandelijke beperking; Kamerstukken II 2014/15, 34157, nr. 3 (tweede herdruk), p. 66.

²²⁶ Een onderhoud van maximaal een half uur voorafgaand aan het eerste politieverhoor; zie voorgesteld artikel 2.3.8.

²²⁷ Voorgesteld artikel 2.3.9.

²²⁸ Voorgesteld artikel 2.5.13. De gefinancierde consultatie- en verhoorbijstand vindt plaats in de vorm van de zogenoemde piketregeling. Het gaat daarbij om het beurtelings verlenen van rechtsbijstand (artikel 1, tweede lid onder e *Brt*), op basis van de melding door de hulpofficier van justitie van de aanhouding bij de raad voor rechtsbijstand (voorgesteld artikel 2.3.7).

²²⁹ Voorgesteld artikel 2.3.7, derde lid jo. voorgesteld artikel 2.3.8, eerste lid jo. voorgesteld artikel 2.3.9, eerste lid.

²³⁰ Voorgesteld artikel 2.3.9, eerste lid.

De verdachte van wie de bewaring wordt gevorderd, kan zich bij het desbetreffende verhoor door een aangewezen raadsman laten bijstaan.²³¹ Wordt hij vervolgens in bewaring gesteld, dan heeft hij vanaf dat moment recht op gefinancierde rechtsbijstand gedurende de gehele eerste aanleg (opsporingsonderzoek en zitting).²³²

Voor aangehouden verdachten die niet in voorlopige hechtenis worden genomen maar na ophouden voor onderzoek of in verzekeringstelling in vrijheid worden gesteld, eindigt de gefinancierde rechtsbijstand.²³³ Als de dagvaarding (in het voorstel: procesinleiding) is betekend, bestaat de mogelijkheid de toevoeging van een raadsman te verzoeken.²³⁴ Nadat de procesinleiding is ingediend, kan bovendien de voorzitter van het gerecht een last tot aanwijzing van een raadsman doen uitgaan als hij oordeelt dat een raadsman nodig is in het belang van de verdediging van een verdachte op vrije voeten die (nog) geen raadsman heeft.²³⁵

In beginsel heeft de verdachte op vrije voeten dus toegang tot gefinancierde rechtsbijstand vanaf de betekening van de dagvaarding (in het voorstel: procesinleiding). De werkinstructies van de raad voor rechtsbijstand, waarin het beleid van de raad wordt beschreven, maken melding van de mogelijkheid toevoeging te verlenen voorafgaand aan de dagvaarding, namelijk in het geval van ‘substantiële rechtsbijstand’. Hierbij wordt als voorbeeld genoemd “een onderzoekshandeling door de rechter-commissaris.”²³⁶ In het voorstel en de toelichting wordt hierover evenwel niets gezegd. Het is daarom niet duidelijk of en onder welke voorwaarden een verdachte op vrije voeten gefinancierde rechtsbijstand kan krijgen voor het benaderen van de rechter-commissaris. Wel bepaalt de (huidige en voorgestelde) regeling dat de rechter-commissaris opdracht geeft aan de raad voor rechtsbijstand tot aanwijzing van een raadsman voor de verdachte die geen raadsman heeft, indien de raadsman bevoegd zou zijn enig verhoor bij te wonen.²³⁷

ii. Beoordeling

De Afdeling merkt op dat rechtsbijstand een wezenlijke voorwaarde is voor een adequate uitoefening van verdedigingsrechten in een complexe procedure als het strafproces. Dit geldt des te meer nu de verdachte in een meer

²³¹ Voorgesteld artikel 2.5.42, vijfde lid en voorgesteld artikel 1.4.12, eerste lid onder a.

²³² Voorgesteld artikel 1.4.12, eerste lid, onder a en voorgesteld artikel 1.4.14, eerste lid.

²³³ Voorgesteld artikel 1.4.11, vierde lid.

²³⁴ Toelichting bij Hoofdstuk 1 van Boek 4, paragraaf 2 (Opzet en doel van het gefaseerd aanhangig maken van zaken).

²³⁵ Voorgesteld artikel 1.4.13, tweede lid.

²³⁶ Zie www.rvr.org/kenniswijzer/.

²³⁷ Voorgesteld artikel 2.10.12 (geldend artikel 187a Sv).

contradictoire gedingstructuur in hogere mate afhankelijk is (geworden) van rechtsbijstand voor zijn verdediging. Rechtsbijstand geldt bovendien als belangrijkste waarborg voor effectieve participatie aan het strafproces door kwetsbare verdachten.²³⁸ De Commissie-Letschert wijst dan ook terecht op het grote belang van het stelsel van gefinancierde rechtsbijstand voor de in de strafvordering noodzakelijke ‘checks and balances’.²³⁹ Gelet op het voorgaande benadrukt de Afdeling dat de modernisering van het wetboek niet los kan worden gezien van de ingezette herziening van het stelsel van gefinancierde rechtsbijstand.²⁴⁰

De vraag rijst of onder de (huidige en) voorgestelde regeling op alle momenten waarop de verdachte rechtsbijstand nodig heeft voor het bepalen van zijn procespositie en het waarmaken van zijn verdedigingsrechten, de beschikbaarheid van een raadsman is gegarandeerd.

De Afdeling merkt op dat de niet-aangehouden verdachte geen beroep kan doen op gefinancierde rechtsbijstand rondom het politieverhoor; dat recht heeft deze verdachte in beginsel pas als hij een procesinleiding heeft ontvangen. Daarmee is voor deze verdachte de effectuering van het recht op rechtsbijstand bij het politieverhoor afhankelijk van diens financiële situatie en inschatting van het belang van rechtsbijstand. Rechtsbijstand rondom en bij het politieverhoor is echter niet alleen van belang als sprake is van vrijheidsbeneming, maar ook vanwege de cruciale betekenis van het politieverhoor voor het verloop en de uitkomst van het strafproces.²⁴¹ Het EHRM wijst dan ook, ook als geen formele aanhouding heeft plaatsgevonden, op de kwetsbare positie van een verdachte zonder raadsman tijdens het politieverhoor en het risico van onterechte bekentenissen.²⁴²

Derhalve rijst de vraag in hoeverre het onderscheid tussen aangehouden en niet-aangehouden verdachten gerechtvaardigd kan worden geacht.

²³⁸ Verplichte rechtsbijstand is ook voorgeschreven in geval van jeugdige verdachten (voorgestelde Titel 1.1 van Boek 6) en is de belangrijkste maatregel die kan worden genomen onder de bijzondere regeling van verdachten die door beperking of ziekte onvoldoende in staat zijn aan het proces tegen hen deel te nemen (voorgestelde Titel 1.2 van Boek 6).

²³⁹ Daarop heeft ook de Commissie-Letschert gewezen, zie toelichting, Algemeen deel, paragraaf 9.1 (Structurele uitvoeringsconsequenties).

²⁴⁰ Zie daarover M. Westerveld, ‘De stelselherziening van Dekker, een eerste analyse’, *NJB* 2021/1394 en de Hoofdlijnenbrief Justitie en Veiligheid van 9 februari 2022 (kenmerk 3827898), via www.rijksoverheid.nl.

²⁴¹ Vergelijk EHRM 27 november 2008, ECLI:CE:ECHR: 2008:1127JUD003639102 (Salduz t. Turkije), par. 54, waarin het Hof wijst op het belang van het opsporingsonderzoek voor de uitkomst van het strafproces, de kwetsbaarheid van de verdachte bij het politieverhoor en de toenemende complexiteit van het strafprocesrecht.

²⁴² EHRM 17 december 2015, ECLI:CE:ECHR:2015:1217JUD001510210 (Sobko t. Oekraïne), par. 56.

Dat geldt in het bijzonder voor kwetsbare verdachten,²⁴³ ten aanzien van wie ook in Richtlijn 2013/48/EU een zorgplicht wordt geformuleerd.²⁴⁴ Het EHRM verlangt een proactieve houding van de autoriteiten bij het voorzien in rechtsbijstand bij het politieverhoor als de verdachte (op het oog) mentale beperkingen heeft.²⁴⁵ De Hoge Raad heeft in dit verband overwogen dat de vraag "(...) of en onder welke voorwaarden bepaalde algemene categorieën van niet aangehouden en niet als jeugdigen aan te merken verdachten recht hebben op bijstand van een advocaat met betrekking tot een politieverhoor, in de eerste plaats door de wetgever onder ogen zal moeten worden gezien".²⁴⁶

Gelet op het voorgaande en op het feit dat de rechten die in het nieuwe wetboek worden neergelegd niet los kunnen worden gezien van de feitelijke mogelijkheden deze uit te oefenen, is de Afdeling van oordeel dat een kwetsbare verdachte de beschikking moet kunnen krijgen over gefinancierde rechtsbijstand.²⁴⁷ Daarom adviseert de Afdeling in de toelichting in te gaan op de vraag of het aangewezen is te voorzien in gefinancierde consultatie- en verhoorbijstand voor kwetsbare niet-aangehouden verdachten.²⁴⁸

De Afdeling merkt voorts op dat de verdachte zich vanaf het eerste politieverhoor tot de rechter-commissaris kan wenden met een aantal verzoeken. In de toelichting wordt in het bijzonder de nadruk gelegd op het recht van de verdachte om in dit vroege stadium onderzoekswensen in te dienen.²⁴⁹ De Afdeling is van oordeel dat het toekennen van rechten aan de verdachte om diens participatie aan het vooronderzoek te stimuleren meebrengt dat ook de effectuering daarvan daadwerkelijk mogelijk moet worden gemaakt. Een eerste stap is de verdachte van deze rechten op de hoogte te brengen (zie punt 2b). Voor het indienen van onderzoekswensen bij de rechter-commissaris

²⁴³ Voor aangehouden kwetsbare verdachten gelden extra waarborgen, zie voorgesteld artikel 2.3.8, tweede lid jo. voorgesteld artikel 2.3.7, tweede lid.

²⁴⁴ Richtlijn 2013/48/EU, artikel 13: bij de toepassing van de richtlijn moet rekening worden gehouden met de specifieke behoeftes van kwetsbare verdachten. Zie ook onder punt 51: de justitiële autoriteiten moeten rekening houden met mogelijke kwetsbaarheid van verdachten die hun vermogen aantast om het recht op toegang tot een advocaat uit te oefenen, en passende maatregelen moeten nemen die ervoor zorgen dat die rechten gewaarborgd worden.

²⁴⁵ Vergelijk EHRM 31 maart 2009, ECLI:CE:ECHR:2009:0331JUD002031002 (Plonka t. Polen), par. 37-42 (alcoholverslaving); EHRM 17 december 2015, ECLI:CE:ECHR:2015:1217JUD001510210 (Sobko t. Oekraïne), par. 54-62 (beperkt intellectueel vermogen).

²⁴⁶ HR 18 november 2014, ECLI:NL:HR:2014:3288, r.o. 3.5.

²⁴⁷ De huidige regeling vereist reeds dat bij een vermoeden van of twijfel over kwetsbaarheid (van een aangehouden verdachte) telkens een raadsman wordt ingeschakeld, zie Kamerstukken II 2014/15, 34157, nr. 3 (tweede herdruk), p. 66.

²⁴⁸ Zie Aanbeveling 2013/C 378/02 van de Europese Commissie van 27 november 2013, betreffende procedurele rechten van kwetsbare personen die verdachten of beklagden zijn in een strafprocedure (*PbEU* 2013, C 378/8), aanbeveling 2.

²⁴⁹ Toelichting bij Hoofdstuk 4 van Boek 1 (De verdachte en zijn raadsman).

is echter in de meeste gevallen rechtsbijstand noodzakelijk.²⁵⁰ De beschikbaarheid van (gefinancierde) rechtsbijstand daarbij is daarmee ook belangrijk voor een daadwerkelijke beweging naar voren en effectieve regievoering door de rechter-commissaris.²⁵¹

De Afdeling adviseert daarom in de toelichting in te gaan op de vraag of en in hoeverre de verdachte bij de indiening van dergelijke verzoeken moet kunnen beschikken over gefinancierde rechtsbijstand.

e. De positie van de verdachte in hoger beroep

i. Voorstel en toelichting

Met de Wet stroomlijnen hoger beroep²⁵² is de gedachte van het voortbouwend appel in de huidige wettelijke regeling verankerd. Deze gedachte is ontwikkeld in het kader van het onderzoeksproject *Strafvordering 2001*.²⁵³ Het voortbouwend appel houdt volgens de toelichting in dat de berechting in hoger beroep geen doublure is van de berechting in eerste aanleg, maar wordt ingericht “in lijn met de beslispunten die in appel voorliggen.”²⁵⁴

De voorgestelde regeling van het hoger beroep tegen vonnissen is op een aantal punten anders dan de huidige en past volgens de toelichting daardoor beter bij de concepten van de contradictoire gedingstructuur en het voortbouwend appel die aan deze modernisering ten grondslag zijn gelegd.²⁵⁵ Het gerechtshof oriënteert zich niet alleen tijdens het onderzoek ter terechtzitting op de tegen het vonnis geuite bewaren, maar ook bij de besluitvorming achteraf.²⁵⁶

Niet is gewijzigd dat het OM binnen twee weken na het instellen van hoger beroep een schriftuur met bezwaren tegen het vonnis moet indienen en dat de verdachte daartoe in de gelegenheid wordt gesteld.²⁵⁷ Het gerechtshof

²⁵⁰ In de toelichting wordt onderkend dat “voor een zinvolle inventarisatie van onderzoekswensen doorgaans de bijstand van een raadsman van groot belang zal zijn”, toelichting bij Hoofdstuk 1 van Boek 4, paragraaf 2 (Opzet en doel van het gefaseerd aanhangig maken van zaken). Zie ook P.T.C. van Kampen e.a., *Mind the Gap. Modernisering Wetboek van Strafvordering: consequenties voor de verdediging*, WODC 2018, p. 116, verwijzend naar de eisen waaraan een dergelijk verzoek moet voldoen.

²⁵¹ Zie Deeladvies D, punt 2c.

²⁵² *Stb.* 2006, 470.

²⁵³ M.S. Groenhuijsen & G. Knigge (red.), *Dwangmiddelen en rechtsmiddelen. Derde interimrapport onderzoeksproject Strafvordering 2001*, Deventer: Kluwer 2002, p. 329-435.

²⁵⁴ Toelichting bij Hoofdstuk 4 van Boek 5.

²⁵⁵ De NOvA onderschrijft de voorgestelde uitbouw van het voortbouwende karakter van het appel niet, omdat daardoor de rechtsbescherming afneemt (advies NOvA van 30 juli 2018, p. 8).

²⁵⁶ Toelichting bij Boek 5, Afdeling 4.1.5 en bij artikel 5.4.29, eerste lid.

²⁵⁷ Voorgesteld artikel 5.4.7, geldend artikel 416 Sv.

kan het OM onder meer niet-ontvankelijk verklaren indien de officier van justitie geen schriftuur met bezwaren heeft ingediend. Voor de verdachte geldt hetzelfde, mits deze daarnaast op de terechtzitting geen bezwaren tegen het vonnis heeft opgegeven.²⁵⁸ De advocaat-generaal (A-G) of de verdachte die hoger beroep heeft ingesteld, krijgt tijdens de zitting de gelegenheid de bij schriftuur opgegeven bezwaren toe te lichten en andere bezwaren op te geven.²⁵⁹ De opgegeven bezwaren zijn van belang voor de inrichting van het onderzoek ter terechtzitting en sturen dit in sterke mate.²⁶⁰ De wet schrijft immers voor dat het gerechtshof het onderzoek richt op die bezwaren en op hetgeen het verder nodig oordeelt.²⁶¹

De nieuwe regeling van het hoger beroep verschilt van de bestaande, doordat het onderscheid tussen het verwerpen van het hoger beroep en het vernietigen van het vonnis²⁶² in de plaats wordt gesteld van het huidige onderscheid tussen het bevestigen en het vernietigen van het vonnis.²⁶³ De nieuwe regeling is daardoor nog sterker dan thans gericht op de bezwaren die door de verdachte en het OM tegen het vonnis zijn aangevoerd. De appelrechter hoeft een beslissing van de eerste rechter waartegen geen bezwaren zijn aangevoerd in beginsel niet over te doen. Het gerechtshof kan het hoger beroep verwerpen voor zover het de bezwaren tegen beslissingen in het vonnis ongegrond acht en het niet ambtshalve tot het oordeel komt dat vernietiging van een beslissing aangewezen is.²⁶⁴ Het vonnis wordt (geheel of gedeeltelijk)²⁶⁵ vernietigd voor zover het gerechtshof de bezwaren tegen een beslissing gegrond acht of ambtshalve tot het oordeel komt dat vernietiging van een beslissing aangewezen is.²⁶⁶

Voor het verwerpen van het hoger beroep is, anders dan voor het bevestigen van het vonnis, niet vereist dat het gerechtshof de beslissingen in het vonnis integraal controleert en voor zijn rekening neemt. Het gerechtshof richt zich

²⁵⁸ Voorgesteld artikel 5.4.27, geldend artikel 416, tweede en derde lid, Sv. Er is aldus niet gekozen voor een grievenstelsel waarin de verdachte op straffe van niet-ontvankelijkheid een schriftuur moet indienen. Daarbij heeft een rol gespeeld dat niet iedere verdachte door een raadsman wordt bijgestaan. Zie Kamerstukken II 2005/06, 30320, nr. 3, paragrafen 3.2.1 en 3.2.2. Zie ook de toelichting bij Hoofdstuk 4 van Boek 5, bij artikel 5.4.7, eerste en tweede lid, en bij artikel 5.4.27, derde lid. Uit aldaar vermeld WODC-onderzoek blijkt dat in 93,5% van de zaken die door het gerechtshof Den Haag berecht werden in 2013 de verdachte door een raadsman werd bijgestaan.

²⁵⁹ Voorgesteld artikel 5.4.18, eerste lid, geldend artikel 416, eerste lid, Sv.

²⁶⁰ Toelichting bij artikel 5.4.18, eerste lid en bij artikel 5.4.29, eerste lid. Ook in het geldend recht worden aan het begin van het onderzoek ter terechtzitting de bezwaren in kaart gebracht (artikel 416, eerste lid, Sv).

²⁶¹ Voorgesteld artikel 5.4.19, geldend artikel 415, tweede lid, Sv.

²⁶² Voorgesteld artikel 5.4.29.

²⁶³ Geldend artikel 423, eerste lid, Sv.

²⁶⁴ Voorgesteld artikel 5.4.29, eerste lid.

²⁶⁵ Voorgesteld artikel 5.4.29, derde lid.

²⁶⁶ Voorgesteld artikel 5.4.29, tweede lid.

op de beslissingen waartegen de verdachte of het OM bezwaren heeft,²⁶⁷ en hoeft geen tijd meer te steken in het overdoen van beslissingen waartegen geen bezwaren bestaan.²⁶⁸ Als de verdachte bijvoorbeeld geen bezwaar heeft tegen de bewezenverklaring door de rechtbank van een reeks diefstallen, maar wel tegen de straf die zij heeft opgelegd, behoeft het gerechtshof niet langer na te gaan of de aan de verdachte tenlastegelegde diefstallen kunnen worden bewezenverklaard.

Daarnaast beziet het gerechtshof de vraag of er gebreken zijn die meebrengen dat ambtshalve vernietiging van een beslissing aangewezen is. In de nieuwe regeling is bepaald in welke gevallen vernietiging in ieder geval aangewezen is, ook als er geen (desbetreffende) bezwaren naar voren zijn gebracht.²⁶⁹ Wel wordt in de toelichting benadrukt dat deze gevallen moeten worden gezien als een ondergrens. Het gerechtshof blijft bevoegd om de juistheid van in hoger beroep niet bestreden beslissingen te controleren. De toelichting benadrukt dat de nieuwe regeling van het hoger beroep op geen enkel punt een belemmering voor het gerechtshof vormt om tot vernietiging van een beslissing in een vonnis over te gaan als het daarin een minder juiste of minder gelukkige beslissing ziet. Het is volgens de toelichting gewenst dat het gerechtshof overal waar het een wezenlijk gebrek in het eindvonnis constateert, tot verbetering overgaat. In de nieuwe regeling worden enkel grenzen gesteld aan de verplichting van het gerechtshof om ambtshalve, los van de bezwaren die naar voren zijn gebracht, de juistheid van beslissingen in het eindvonnis te controleren.²⁷⁰

ii. Beoordeling

De Afdeling wijst op de gevolgen van de hiervoor genoemde wijzigingen voor de positie van de verdachte zonder rechtsbijstand. Naarmate het onderzoek van het gerechtshof zich verder beperkt tot de bezwaren die tegen het vonnis worden ingebracht, wordt er meer verantwoordelijkheid bij de verdediging neergelegd om de relevante punten naar voren te brengen. Het hoger beroep biedt immers niet meer de garantie dat alle beslissingen van de rechtbank in het vonnis door het gerechtshof worden gecontroleerd. De verdachte wordt daarmee ook in hogere mate afhankelijk van zijn raadsman en de wijze waarop deze zijn taak vervult.

²⁶⁷ Toelichting bij Afdeling 4.1.5 van boek 5.

²⁶⁸ Toelichting, Algemeen deel, paragraaf 3.6 (Boek 5: 'Rechtsmiddelen').

²⁶⁹ Voorgesteld artikel 5.4.29, vierde lid. Bijvoorbeeld wanneer de oplegging van een straf of maatregel niet op de wet berust (sub c). Zie ook toelichting bij Afdeling 4.1.5 van Boek 5. Het is volgens de toelichting denkbaar dat de Hoge Raad op termijn meer gevallen aanwijst waarin ambtshalve vernietigd moet worden. Zie toelichting bij artikel 5.4.29, vierde en vijfde lid.

²⁷⁰ Toelichting bij artikel 5.4.29, eerste lid, en bij artikel 5.4.29, vierde en vijfde lid.

In het voorstel wordt de verplichting van de appelrechter om ambtshalve de juistheid van beslissingen in het eindvonnis te controleren, beperkt. Deze inrichting van het hoger beroep brengt risico's met zich voor de verdachte zonder rechtsbijstand. In deze gevallen kan van de appelrechter worden gevergd dat deze zich extra zal inspannen om een eerlijk proces te garanderen en om door de verdachte onopgemerkte fouten te corrigeren. Dat kan bijvoorbeeld betekenen dat de rechter ter terechtzitting doorvraagt als de verdachte geen bezwaren opgeeft of deze niet duidelijk toelicht en de verdachte informatie verstrekt die deze voor zijn verdediging nodig heeft.²⁷¹

De Afdeling adviseert dan ook in het licht van het voorgaande in de toelichting te verduidelijken dat en in hoeverre de appelrechter gehouden is bij de beoordeling van het hoger beroep rekening te houden met de positie van de verdachte zonder rechtsbijstand.

3. De positie van het Openbaar Ministerie

a. De veranderde positie van het Openbaar Ministerie

i. Algemeen

Over de rol van het OM wordt in de toelichting het volgende opgemerkt: "Het openbaar ministerie heeft een magistratelijke rol. Het treedt niet enkel op als tegenpartij van de verdachte, maar draagt verantwoordelijkheid voor een integere rechtshandhaving."²⁷² Hoewel de Nederlandse stijl van procesvoering volgens de toelichting is veranderd, is deze positieve kant van het inquisitoire proces daarin behouden. Tegelijkertijd heeft het strafproces een meer contradictoair karakter gekregen: de standpunten die de verdachte en het OM innemen zijn van groot belang voor de wijze waarop het strafproces wordt gevoerd.²⁷³

De toelichting wijst er verder op dat de staatsrechtelijke positie van het OM is verankerd in de Wet op de Rechterlijke Organisatie (Wet RO), waarin het wordt gepositioneerd als onderdeel van de rechterlijke macht. Deze bijzondere positie brengt voor het OM een 'grote mate van zelfstandigheid' mee en kleurt ook de wijze waarop het zijn taken moet uitoefenen. Die taakuitoefening dient onpartijdig te zijn en met inachtneming van alle betrokken belangen te geschieden.²⁷⁴ Van onafhankelijkheid is, anders dan bij de zittende magistratuur,

²⁷¹ Vergelijk HR 19 december 2017, ECLI:NL:HR:2017:3197, r.o. 3.4.

²⁷² Toelichting, Algemeen deel, paragraaf 2.1 (Doelstellingen van strafprocesrecht).

²⁷³ Toelichting, Algemeen deel, paragraaf 2.1 (Doelstellingen van strafprocesrecht).

²⁷⁴ De toelichting verwijst hier naar Kamerstukken II 1996/97, 25392, nr. 3, p. 3 (reorganisatie openbaar ministerie en instelling landelijk parket).

echter geen sprake. Het OM is immers gebonden aan de algemene en bijzondere aanwijzingen die de minister op grond van artikel 127 Wet RO kan geven.²⁷⁵

Aldus geeft de toelichting een bondige beschrijving van de wijze waarop de officier van justitie zijn taken dient uit te oefenen. Volgens de toelichting bevat Boek 1 van het nieuwe wetboek geen volledig 'kernprofiel' van de officier van justitie, mede omdat diens positie ook in organieke wetten (zoals de Wet RO) is geregeld.²⁷⁶ Die organieke wetten regelen echter alleen welke taken aan deze functionaris worden toebedeeld en zeggen weinig over de wijze waarop daaraan uitvoering moet worden gegeven. In het kernprofiel van de officier van justitie dat in het kader van het onderzoeksproject *Strafvordering 2001* is opgesteld, wordt diens rol wel nader gedefinieerd. Daaruit vloeit vooral voort dat dat hij niet eenzijdig het vervolgingsbelang mag behartigen; de officier van justitie moet een correcte toepassing van het recht nastreven. Dat brengt volgens de onderzoeksgroep met zich dat hij voor de verdediging gunstige informatie en omstandigheden op gelijke wijze in zijn optreden moet betrekken als factoren die het vervolgingsbelang kunnen dienen.²⁷⁷

De in de toelichting veronderstelde 'magistratelijke rol' van het OM wordt in de literatuur geassocieerd met waarden als integriteit, deskundigheid, onpartijdigheid, zorgvuldigheid, objectiviteit, transparantie en autonomie.²⁷⁸ Ministeriële beïnvloeding van het vervolgingsbeleid kan en mag plaatsvinden. Daarbij moeten de toepasselijke procedurele waarborgen en vereiste transparantie in acht worden genomen.²⁷⁹ Als het gaat om individuele strafzaken betracht de minister in verband met de bijzondere positie van het OM in het strafproces grote terughoudendheid.²⁸⁰ Een lid van het OM moet immers in beginsel de ruimte hebben om in een concreet geval een zelfstandige belangenafweging te maken.²⁸¹ Dat betekent ook dat het OM in beginsel zelf bepaalt of en zo ja, op welke wijze in een concrete zaak vervolging wordt ingesteld.

²⁷⁵ Toelichting bij Titel 3.1 van Boek 1 (Het College van procureurs-generaal). Zie in dit verband ook het recente initiatiefvoorstel-Groothuizen voor een Wet verval bijzondere aanwijzingsbevoegdheden openbaar ministerie, Kamerstukken II 2020/21, 35768, nr. 2.

²⁷⁶ Toelichting bij Boek 1 (Strafvordering in het algemeen).

²⁷⁷ M.S. Groenhuijsen & G. Knigge (red.), *Het onderzoek ter zitting. Eerste interimrapport onderzoeksproject Strafvordering 2001*, Groningen 1999, p. 36-37.

²⁷⁸ Zie voor een overzicht J. Lindeman, *Officieren van justitie in de 21^e eeuw*, Den Haag: Boom juridisch 2017, p. 19-26.

²⁷⁹ M.S. Groenhuijsen & G. Knigge (red.), *Het onderzoek ter zitting. Eerste interimrapport onderzoeksproject Strafvordering 2001*, Groningen 1999, p. 36-37. Zie ook M.S. Groenhuijsen & G. Knigge (red.), *Afronding en verantwoording. Eindrapport onderzoeksproject Strafvordering 2001*, Deventer: Kluwer 2004, p. 100.

²⁸⁰ Kamerstukken II 1996/97, 25392, nr. 3, p. 6 en p. 22 e.v. De Wet RO voorziet in procedurevoorschriften om de zorgvuldigheid en transparantie van de besluitvorming in dergelijke gevallen te waarborgen; zie artikel 128 Wet RO.

²⁸¹ J. Lindeman, *Officieren van justitie in de 21^e eeuw*, Den Haag: Boom juridisch 2017, p. 293.

ii. Ontwikkelingen en risico's

In de afgelopen jaren hebben zich verschillende ontwikkelingen voorgedaan die van invloed zijn (geweest) op de wijze waarop de officier van justitie zijn taken kan en moet uitoefenen. Hier kan worden gewezen op de veranderde rolverdeling tussen strafrechtelijke actoren, zoals besproken in de toelichting bij het nieuwe wetboek. In het bijzonder gaat het dan om de toegenomen aandacht voor het slachtoffer in het strafproces²⁸² en om de eerder genoemde ontwikkeling naar een meer contradictoir procesmodel, waarin de standpunten van het OM en de verdachte van groot belang zijn voor de wijze waarop het strafproces wordt gevoerd.²⁸³ De toelichting merkt verder op dat de rechter-commissaris is teruggetreden als leider van het voorbereidend onderzoek; het opsporingsonderzoek staat in het huidige stelsel onder gezag van de officier van justitie. Tot slot wijst de toelichting op de noodzaak om grote aantallen lichtere strafbare feiten buitengerechtelijk af te doen.²⁸⁴ Binnen de rolverdeling tussen strafrechtelijke actoren heeft het OM dus meer en grotere verantwoordelijkheden gekregen.

De bedoelde ontwikkelingen brengen uitdagingen en risico's met zich. Gesignaleerd kan worden dat de taakvervulling door het OM regelmatig onderwerp van discussie is, bijvoorbeeld als het gaat om het uitvaardigen van strafbeschikkingen.²⁸⁵ 'Standaardzaken' worden op grote schaal via een mandaatconstructie (en zonder directe betrokkenheid van een officier van justitie) afgedaan door parketmedewerkers met behulp van een gedetailleerd en geautomatiseerd stelsel van richtlijnen. In deze 'confectieprocedure' bestaat nog maar weinig ruimte voor het meewegen van alle specifieke omstandigheden van het individuele geval, zo blijkt uit wetenschappelijk onderzoek.²⁸⁶ Ook bij de zogenoemde ZSM-werkwijze²⁸⁷ kan de ruimte voor

²⁸² Zie over de positie van het slachtoffer punt 4.

²⁸³ Daarmee wordt overigens niet bedoeld dat sprake zou zijn van een 'accusatoir' proces, waarbij beide 'partijen' elkaar met gelijke wapenen bestrijden tegenover een lijdelijke, passieve rechter (M.S. Groenhuijsen & G. Knigge (red.), *Het onderzoek ter zitting. Eerste interimrapport onderzoeksproject Strafvordering 2001*, Groningen 1999, p. 30; zie ook G.J.M. Corstens/M.J. Borgers & T. Kooijmans, *Het Nederlands strafprocesrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2021, paragraaf 1.3).

²⁸⁴ Toelichting, Algemeen deel, paragrafen 2.1 (Doelstellingen van strafprocesrecht), 2.2 (Veranderingen in de aard van de criminaliteit en het sanctiearsenaal) en 2.3 (Een veranderde rolverdeling tussen strafrechtelijke actoren).

²⁸⁵ G. Knigge & C.H. de Jonge van Ellemeet, *Beschikt en gewogen*, Den Haag 2014; G. Knigge & M. Peters, *Beproefd verzet*, Den Haag 2017; D. Abels e.a., *Evaluatie Wet OM-afdoening*, Amsterdam: Rozenberg Publishers 2018.

²⁸⁶ J. Lindeman, *Officieren van justitie in de 21^e eeuw*, Den Haag: Boom juridisch 2017, p. 179-184, p. 231-239 en p. 250-262.

²⁸⁷ Deze werkwijze houdt in dat het OM zeven dagen per week, veertien uur per dag aanwezig is op een ZSM-locatie (meestal een politiebureau) om zaken te behandelen. Door de aanwezigheid van alle ketenpartners op deze locatie wordt informatie-uitwisseling en samenwerking bevorderd en kan sneller een besluit genomen worden over de zaak. De officier van justitie streeft er binnen deze aanpak naar om binnen zes uur een besluit te nemen over de afdoening.

de officier van justitie om maatwerk te leveren beperkt zijn als gevolg van de grote aantallen zaken en de snelheid waarmee beslissingen genomen moeten worden. De rol van de officier van justitie als leider van het opsporingsonderzoek is weliswaar versterkt, maar de nauwe samenwerking met de politie die daaruit voortvloeit doet de vraag rijzen of hij met voldoende distantie toezicht kan uitoefenen op het opsporingsonderzoek.²⁸⁸

De Afdeling stelt vast dat de positie van de officier van justitie ten opzichte van de andere procesdeelnemers in de loop der tijd is veranderd en versterkt. Het OM heeft zich bovendien ontwikkeld van een verzameling lokale parketten naar een landelijke en centraal geleide organisatie. Dat is een logische ontwikkeling gezien de veranderde aard en omvang van de criminaliteit en de noodzaak van een adequate misdaadbestrijding. In het voorgaande is echter gewezen op een aantal ontwikkelingen die de ruimte voor de officier van justitie om in individuele gevallen maatwerk te leveren (kunnen) beperken. Naarmate de taken en bevoegdheden van het OM toenemen rijst bovendien de vraag of de toepasselijke waarborgen en correctiemechanismen niet versterkt en uitgebreid moeten worden. Op dat vraagstuk wordt hieronder nader ingegaan.

b. Opportuniteitsbeginsel en vervolgingsbeslissing; waarborgen

i. Voorstel en toelichting

In het nieuwe wetboek blijven twee belangrijke uitgangspunten van het huidige stelsel behouden, te weten het opportuniteitsbeginsel en het vervolgingsmonopolie.²⁸⁹ Het vervolgingsmonopolie houdt in dat alleen de officier van justitie strafzaken ter berechting bij de strafrechter mag aanbrengen. Op basis van het opportuniteitsbeginsel is de officier van justitie niet verplicht om een vervolging in te stellen, maar kan hij daarvan afzien, ook in gevallen waarin hij een vervolging haalbaar acht. Bij de belangenafweging die daaraan ten grondslag ligt moet ook de beperkte capaciteit worden betrokken, zodat dikwijls prioriteiten moeten worden gesteld. Een waarborg voor een evenwichtig vervolgingsbeleid is volgens de toelichting gelegen in het feit dat de minister daarvoor politiek verantwoordelijk is. Daarnaast is het vervolgingsbeleid voor een belangrijk deel vastgelegd in richtlijnen van het College van procureurs-generaal.²⁹⁰

²⁸⁸ M. Samadi, 'Het toezicht op de opsporing', *Tijdschrift voor Bijzonder Strafrecht & Handhaving* 2021, p. 132-142.

²⁸⁹ Zie de voorgestelde artikelen 1.3.2 en 1.3.4. Zie voor een uitzondering op het vervolgingsmonopolie het voorgestelde artikel 1.3.3, tweede lid. Ook ten tijde van de invoering van het huidige wetboek in 1926 waren deze uitgangspunten niet nieuw; zie Toelichting, Algemeen deel, paragraaf 1.1 (Inleiding).

²⁹⁰ Toelichting bij artikel 1.3.4.

In de toelichting wordt gesignaleerd dat de samenleving steeds meer van het strafrecht verwacht. Politie en OM moeten volgens de toelichting optreden bij meer en steeds complexere strafbare feiten. Ook is met de opkomst en erkenning van slachtofferbelangen een grotere vraag naar strafrechtelijke handhaving ontstaan. Tegelijkertijd is er een handhavingstekort en moet de strafrechtelijke handhaving steeds meer worden afgestemd op handhaving buiten het strafrecht. De vervolgingsbeslissing is tegenwoordig dus aanzienlijk gecompliceerder dan ten tijde van de invoering van het huidige wetboek. Dit vraagt om meer afweging en verantwoording door het OM. De voorgestelde regeling sluit daarbij aan, waarbij de toelichting wijst op de codificatie van de verplichting tot het mededelen van een beslissing tot niet-vervolgving aan de verdachte.²⁹¹

Het is volgens de toelichting van essentieel belang dat wordt voorzien in een stelsel van waarborgen en correctiemechanismen rondom de vervolgingsbeslissing. De manier waarop het OM gebruik maakt van de desbetreffende bevoegdheden kan immers diep ingrijpen in het leven van personen. Het voorstel beoogt het bestaande stelsel van waarborgen en correctiemechanismen te verbeteren, ter bescherming van de verdachte én het slachtoffer. Gewezen wordt onder meer op de reeds genoemde kennisgeving van een gemotiveerde beslissing tot niet-vervolgving aan de verdachte en op de wijzigingen in de beklagprocedure tegen het uitblijven van opsporing of vervolging.²⁹²

ii. Controlemechanismen en rechterlijke toetsing

De koppeling van vervolgingsmonopolie en opportuniteitsbeginsel leidt tot een grote beleidsruimte en daarmee tot een grote concentratie van macht bij het OM. Bij aanvaarding van het opportuniteitsbeginsel moet het gevaar van willekeur en rechtsonzekerheid dan ook worden beteugeld. In het huidige stelsel is daarom voorzien in de mogelijkheid van beklag over de niet-vervolgving bij het gerechtshof (artikel 12 Sv) en in de mogelijkheid om een bezwaarschrift tegen de dagvaarding in te dienen (artikel 262 Sv).²⁹³ Het tegengaan van willekeur en rechtsonzekerheid wordt ook gediend door de democratische controle op het OM via de politieke verantwoordelijkheid van de minister voor het vervolgingsbeleid (zie punt 3a).

²⁹¹ Voorgesteld artikel 3.1.3. Zie de toelichting bij Hoofdstuk 1 van Boek 3 (De beslissing tot vervolging en het afzien van vervolging).

²⁹² Toelichting bij Boek 3 (Beslissingen over vervolging). Zie voor de wijzigingen in de beklagprocedure punt 4b van dit deeladvies.

²⁹³ G.J.M. Corstens/M.J. Borgers & T. Kooijmans, *Het Nederlands strafprocesrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2021, paragrafen 3.2 en 13.1; M.E. de Meijer & J.B.H.M. Simmelink, 'Het OM in de strafrechtsketen', in: M.E. de Meijer e.a. (red.), *Het Openbaar Ministerie verandert*, Preadviezen voor de Nederlands-Vlaamse Vereniging voor Strafrecht 2014, p. 246-249.

Van oudsher is de opportuniteit van de vervolging niet onderworpen aan een afzonderlijke rechterlijke beoordeling. Net als het huidige wetboek voorziet ook het voorstel alleen in specifieke situaties in een separate rechterlijke toetsing van de vervolgingsbeslissing. In de eerste plaats kan de rechtbank op verzoek van de verdachte verklaren dat de zaak is geëindigd, indien het opsporingsonderzoek of de vervolging stagneert en een beslissing over (voortzetting van) de vervolging uitblijft.²⁹⁴ In de tweede plaats kan een rechtstreeks belanghebbende zich bij het gerechtshof beklagen over het achterwege blijven van opsporing of (voortzetting van de) vervolging van een strafbaar feit, alsmede over vervolging van een strafbaar feit door middel van een strafbeschikking (de huidige artikel 12 Sv-procedure).²⁹⁵ In de derde plaats kan de verdachte een bezwaarschrift tegen de procesinleiding²⁹⁶ indienen bij de rechtbank.²⁹⁷ Voor deze laatste procedure geldt dat alleen een summier toetsing plaatsvindt van de haalbaarheid – en niet van de opportuniteit – van de vervolging.²⁹⁸ Deze vormen van rechterlijk toezicht op de vervolgingsbeslissing (of het uitblijven daarvan), hoe waardevol ook, kennen ieder een beperkt toepassingsbereik.²⁹⁹

Buiten deze specifieke situaties kan de vervolgingsbeslissing alleen door de zittingsrechter worden getoetst aan de beginselen van een behoorlijke procesorde, waaronder het verbod van willekeur. In dat verband kan de rechter volgens de Hoge Raad slechts in uitzonderlijke gevallen een niet-ontvankelijkheid uitspreken, indien hij van oordeel is dat geen redelijk handelend lid van het OM heeft kunnen oordelen dat met de vervolging enig door strafrechtelijke handhaving beschermd belang gediend kan zijn. Voor deze beslissing gelden zware motiveringseisen. De vervolgingsbeslissing leent zich slechts in zeer beperkte mate voor een inhoudelijke rechterlijke toetsing, aldus de Hoge Raad.³⁰⁰

²⁹⁴ Zie het voorgestelde artikel 3.1.7 en het geldende artikel 29f Sv.

²⁹⁵ Zie het voorgestelde Hoofdstuk 2 van Boek 3.

²⁹⁶ In het voorstel vangt de berechting aan door het indienen en betekenen van een 'procesinleiding'; de term 'dagvaarding' wordt niet meer gehanteerd. Zie verder Deeladvies D, punt 3b.

²⁹⁷ Zie het voorgestelde Hoofdstuk 3 van Boek 3.

²⁹⁸ H.G. van der Wilt, 'Rechterlijke toetsing van de vervolgingsbeslissing', *Delikt en Delinkwent* 2017/55; J. Lindeman, *Officieren van justitie in de 21^e eeuw*, Den Haag: Boom juridisch 2017, p. 231-232.

²⁹⁹ Zie G.J.M. Corstens/M.J. Borgers & T. Kooijmans, *Het Nederlands strafprocesrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2021, paragrafen 13.5, 13.6 en 13.7, ook over de praktische betekenis van deze procedures en de al dan niet marginale (of zelfs 'summier') toetsing in dat verband.

³⁰⁰ Zie o.a. HR 6 november 2012, ECLI:NL:HR:2012:BX4280 en naar aanleiding daarvan J.M.W. Lindeman, 'Redelijk handelende officieren en de vervolgingsbeslissing', in: C. Kelk e.a. (red.), *Veelzijdige gedachten*, Den Haag: Boom Lemma 2013, p. 283-295.

iii. Beoordeling

In het voorstel wordt aan de sterke(re) machtspositie van het OM en de genomen complexiteit van de vervolgingsbeslissing niet de consequentie verbonden dat de waarborgen en controlemechanismen rondom de vervolgingsbeslissing substantieel moeten worden versterkt. Volstaan wordt met de eerder genoemde specifieke verbeteringen betreffende de mededeling van een beslissing tot niet-vervolgving aan de verdachte en de beklagprocedure (zie hierboven, onder ii). De vraag is of dat voldoende is.

In het verleden heeft de discussie zich in dit verband vooral toegespitst op de vraag of er meer rechterlijk toezicht dient te komen op de (al dan niet buitengerechtelijke) afdoening van zaken door het OM.³⁰¹ Verschillende auteurs hebben eerder gepleit voor de introductie van de mogelijkheid om de vervolgingsbeslissing in een concreet geval aan (nadere) rechterlijke controle te onderwerpen.³⁰² Daarbij wordt gedacht aan zaken waarin vervolging wordt ingesteld, terwijl de verwijtbaarheid van de dader gering is en het algemeen belang in redelijkheid niet met vervolging is gediend. Dit terwijl vervolging ingrijpende gevolgen kan hebben voor de verdachte, ook als deze eindigt in een rechterlijk pardon: kosten van rechtsbijstand, reputatieschade, spanning over de uitkomst van het proces en een aantekening op de justitiële documentatie.

Verder wordt gewezen op de grote veranderingen binnen de organisatie en het werk van het OM die zich in de afgelopen twintig jaar hebben voorgedaan (zie ook punt 3a). Die veranderingen kunnen meebrengen dat de officier van justitie feitelijk niet (meer) in staat is om in ieder individueel geval met inachtneming van alle bijzondere omstandigheden een beslissing te nemen om al dan niet te vervolgen (en om daarbij eventueel van de richtlijnen af te wijken).³⁰³ In een vroeg stadium van de moderniseringsoperatie is de kwestie van een verdergaande rechterlijke toetsing van de vervolgingsbeslissing ook al in een discussiestuk aan de orde gesteld.³⁰⁴ In de contourennota en de daaropvolgende voorstellen keert deze gedachte echter niet terug.

³⁰¹ In dit verband kan ook worden gewezen op het recente conceptwetsvoorstel naar aanleiding van de evaluatie van de Wet OM-afdoening, dat voorziet in rechterlijke toetsing van de beslissing om een hoge transactie aan te bieden aan de verdachte; via www.internetconsultatie.nl.

³⁰² Zie o.a. Y. Buruma, 'Rechterlijke controle op de vervolgingsbeslissing', *Strafblad* 2015, p. 314-324; H.G. van der Wilt, 'Rechterlijke toetsing van de vervolgingsbeslissing', *Delikt en Delinkwent* 2017/55; J.M.W. Lindeman, 'Redelijk handelende officieren en de vervolgingsbeslissing', in: C. Kelk e.a. (red.), *Veelzijdige gedachten*, Den Haag: Boom Lemma 2013, p. 283-295.

³⁰³ Y. Buruma, 'Rechterlijke controle op de vervolgingsbeslissing', *Strafblad* 2015, p. 314-324.

³⁰⁴ Zie daarover M.E. de Meijer & J.B.H.M. Simmelink, 'Het OM in de strafrechtsketen', in: M.E. de Meijer e.a. (red.), *Het Openbaar Ministerie verandert*, Preadviezen voor de Nederlands-Vlaamse Vereniging voor Strafrecht 2014, p. 216 e.v.

De Afdeling onderstreept dat de veranderde positie van het OM en de toegenomen complexiteit van de vervolgingsbeslissing vergen dat deze met voldoende waarborgen is omgeven. Dat roept de vraag op of een wat minder terughoudende toetsing van de vervolgingsbeslissing, zoals eerder in de literatuur bepleit, niet in de rede zou liggen. Daarbij verdient opmerking dat rechterlijke toetsing van de vervolgingsbeslissing aan de algemene beginselen van een behoorlijke procesorde (waaronder het verbod van willekeur) geen afbreuk doet aan de beleidsruimte die het OM op grond van het opportuniteitsbeginsel toekomt. Het OM dient deze beleidsruimte immers – net als andere bestuursorganen die beleidsruimte hebben – te benutten in overeenstemming met deze beginselen. Daarmee doet een (marginale) rechterlijke toets ook niet af aan de politieke verantwoordelijkheid van de minister voor het vervolgingsbeleid.

Ook naar huidig recht is de officier van justitie bij het nemen van de vervolgingsbeslissing al gebonden aan de beginselen van een behoorlijke procesorde, zoals het vertrouwensbeginsel en het gelijkheidsbeginsel. Als de vervolgingsbeslissing met een van die beginselen in strijd is, wordt de officier van justitie niet-ontvankelijk verklaard in de vervolging. In dit verband kan de vervolgingsbeslissing ook aan het verbod van willekeur worden getoetst, zij het dat de Hoge Raad deze toets thans door middel van een zeer strenge maatstaf tot uitzonderlijke gevallen heeft beperkt (zie hierboven, onder ii).

Overigens is het in de eerste plaats aan het OM zelf om te investeren in de kwaliteit en professionaliteit van de eigen organisatie en om deze verder te ontwikkelen en te verbeteren.³⁰⁵ Eventuele manco's van het vervolgingsbeleid kunnen (deels) ook worden opgevangen door de richtlijnen en OM-aanwijzingen aan te scherpen.³⁰⁶ Het vooruitzicht van een rechterlijke toets kan een prikkel vormen voor een dergelijke aanscherping van het vervolgingsbeleid. Tot slot acht de Afdeling van belang dat de minister vanuit zijn politieke verantwoordelijkheid waar nodig zijn aanwijzingsbevoegdheid kan aanwenden om aanvullende maatregelen te nemen.

In het licht van het voorgaande adviseert de Afdeling in de toelichting te verduidelijken op welke wijze de toetsing van de vervolgingsbeslissing door de zittingsrechter in concrete gevallen dient plaats te vinden. Daarbij zou het uitgangspunt moeten blijven dat de vervolgingsbeslissing gelet op het opportuniteitsbeginsel alleen marginaal kan worden getoetst. De vraag is

³⁰⁵ Zie in dit verband ook Visitatiecommissie OM 2020-2021, *Tijd maken voor transitie*, Visitatierapport Openbaar Ministerie, 5 juli 2021.

³⁰⁶ M.E. de Meijer & J.B.H.M. Simmelink, 'Het OM in de strafrechtsketen', in: M.E. de Meijer e.a. (red.), *Het Openbaar Ministerie verandert*, Preadviezen voor de Nederlands-Vlaamse Vereniging voor Strafrecht 2014, p. 222.

echter of deze toetsing niet minder terughoudend zou kunnen en moeten zijn dan in de huidige praktijk het geval is. In aanvulling daarop kan eventueel worden overwogen om de beginselen van een behoorlijke procesorde – in het bijzonder het verbod van willekeur – (nader) in de wet te codificeren.³⁰⁷

Daarnaast rijst de vraag in hoeverre de vervolgingsbeslissing ook voorafgaand aan de zitting kan worden getoetst aan beginselen van een behoorlijke procesorde, bijvoorbeeld in het kader van het bezwaarschrift tegen de procesinleiding. De huidige regeling in artikel 262 Sv stelt de rechter al in staat om voorafgaand aan de zitting achter gesloten deuren de ontvankelijkheid van de officier van justitie in de vervolging te toetsen.³⁰⁸ De rechtbank beoordeelt in de voorgestelde regeling onder meer of de officier van justitie “klaarblijkelijk” niet-ontvankelijk is.³⁰⁹ Deze formulering brengt tot uitdrukking dat sprake moet zijn van een terughoudende (marginale) toetsing van de juistheid van de vervolgingsbeslissing.³¹⁰ Doordat slechts de “klaarblijkelijke” niet-ontvankelijkheid reden kan zijn voor een buitenvervolginstelling wordt voorkomen dat van de bezwaarschriftprocedure een al te sterke aanzuigende werking uitgaat. De toetsing door de rechter beperkt zich immers tot evidente gevallen waarin de vervolging in strijd is met rechtsbeginselen. Daarmee is echter nog niet de vraag beantwoord of aan een toetsing aan het verbod van willekeur ook hier, in het verlengde van de toetsing door de zittingsrechter, een minder terughoudende toepassing zou kunnen worden gegeven dan in de huidige praktijk. De toelichting moet daarover duidelijkheid verschaffen.

Een toetsing in dit vroege stadium heeft als belangrijk voordeel dat het (indien het bezwaarschrift gegrond wordt verklaard) niet meer hoeft te komen tot een inhoudelijke en openbare behandeling van de zaak. Dat is niet alleen efficiënt, maar ook minder belastend voor de verdachte.³¹¹ Een vroegtijdige toetsing past ook goed in de ‘beweging naar voren’ die in het nieuwe wetboek wordt nagestreefd en waarbij de procesinleiding eerder wordt ingediend.³¹² Zo kan een stelsel ontstaan waarin de beslissing om al dan niet vervolging in te stellen op vergelijkbare (marginale) wijze kan worden getoetst in respectievelijk de beklagprocedure, de bezwaarschriftprocedure en ter terechtzitting.³¹³

³⁰⁷ Dit in aanvulling op de thans voorgestelde algemene bepaling over proportionaliteit en subsidiariteit in Boek 2; zie het voorgestelde artikel 2.1.3. De keuze om de beginselen van een goede procesorde niet in de wet op te nemen is kort toegelicht in de artikelsgevijsse toelichting bij Titel 1.1 van Boek 1.

³⁰⁸ G.J.M. Corstens/M.J. Borgers & T. Kooijmans, *Het Nederlands strafprocesrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2021, paragraaf 13.6

³⁰⁹ Zie het voorgestelde artikel 3.3.3, tweede lid, onder a.

³¹⁰ Toelichting bij artikel 3.3.3, tweede lid.

³¹¹ De behandeling van het bezwaarschrift door de rechtbank is niet openbaar (artikel 3.3.2, derde lid).

³¹² Toelichting, Algemeen deel, paragraaf 3.8 (De ‘beweging naar voren’).

³¹³ Zie over de beklagprocedure verder hierna, onder punt 4b.

De Afdeling adviseert de toelichting op dit punt aan te vullen en zo nodig het voorstel aan te passen.

c. De landelijke bevoegdheid van de officier van justitie

i. Voorstel en toelichting

In het voorstel wordt aan de officier van justitie bij een arrondissementsparket een landelijke bevoegdheid toegekend, waardoor hij bij alle rechtbanken strafbare feiten ter berechting kan aanbrengen. Daarmee wordt tegemoetgekomen aan een wens van het OM. Om mogelijke bezwaren te ondervangen bevat Titel 3.4 van Boek 1 een aantal 'instructienormen', die onder meer aangeven dat een zaak die bij een bepaald gerecht is begonnen daar in beginsel ook moet worden afgemaakt.³¹⁴ De Raad voor de rechtspraak en het OM hebben in hun adviezen ieder vanuit hun eigen invalshoek (zeer) kritisch gereageerd op de voorgestelde regeling. Waar de rechtspraak zich onder meer zorgen maakt over het risico van 'forumshopping'³¹⁵, richt de kritiek van het OM zich in het bijzonder op de beperking van de landelijke bevoegdheid door de bedoelde instructienormen (zie verder hierna, onder iii).

Naar huidige recht is de vervolgingsbevoegdheid van de officier van justitie bij het arrondissementsparket afhankelijk gesteld van de relatieve competentie van de rechtbank in het 'eigen' arrondissement. Dit betekent dat de officier van justitie belast is met de vervolging van strafbare feiten waarvan de rechtbank in diens arrondissement kennisneemt.³¹⁶ De praktische betekenis van deze bepaling is echter beperkt omdat de officier van justitie van rechtswege ook plaatsvervangend officier van justitie is bij de andere parketten.³¹⁷ Volgens de literatuur is de relatieve competentieverdeling van de officier van justitie hierdoor in de praktijk achterhaald.³¹⁸

³¹⁴ Zie het voorgestelde artikel 1.3.9.

³¹⁵ Dat wil zeggen dat een zekere ruimte wordt gelaten om de rechtbank te kiezen die om een of andere reden door het OM wordt beschouwd als de meest geschikte instantie, bijvoorbeeld vanwege de reputatie als strenge bestraffer (G.J.M. Corstens/M.J. Borgers & T. Kooijmans, *Het Nederlands strafprocesrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2021, paragraaf 5.3).

³¹⁶ Zie artikel 9, eerste lid, Sv. In het geldende artikel 2 Sv zijn de regels over de relatieve bevoegdheid van de rechtbank opgenomen. Die bevoegdheden zijn overigens ruim, zodat het OM vaak kan kiezen tussen verschillende competente rechtbanken. Dat is volgens de literatuur niet vanzelfsprekend, omdat hierin het gevaar van 'forumshoppen' schuilt. Zo is bijvoorbeeld gelijkelijk bevoegd de rechtbank binnen het rechtsgebied waar het feit is begaan; waar de verdachte woont of verblijfplaats heeft; of waar de verdachte zich bevindt (G.J.M. Corstens/M.J. Borgers & T. Kooijmans, *Het Nederlands strafprocesrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2021, paragraaf 5.3).

³¹⁷ Artikel 136, vijfde lid, Wet RO.

³¹⁸ G.J.M. Corstens/M.J. Borgers & T. Kooijmans, *Het Nederlands strafprocesrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2021, paragraaf 5.5 ('Competentieverdeling van het openbaar ministerie').

Voorgesteld wordt thans om de officier van justitie 'landelijk bevoegd' te laten zijn. Daardoor krijgt de officier van justitie in beginsel de mogelijkheid om bij alle (bevoegde) rechtbanken in het land vorderingen te doen en strafbare feiten ter berechting aan te brengen. Dit wordt onder meer gerechtvaardigd met een verwijzing naar de instelling van landelijke parketten (het Landelijk Parket, het Functioneel Parket en het parket CVOM³¹⁹) waarmee het eerdere systeem al doorbroken is.³²⁰ Verder wijst de toelichting erop dat het OM zich als gevolg van maatschappelijke veranderingen heeft ontwikkeld van een 'losse verzameling arrondissementsparketten' naar een centraal geleide, landelijke organisatie. De arrondissementsparketten behouden in de voorgestelde regeling een eigen taakstelling en zullen in het bijzonder (maar niet meer uitsluitend) belast zijn met de vervolging van strafbare feiten waarvoor de 'eigen' rechtbank bevoegd is. Een zaak kan echter een bovenlokaal aspect blijken te hebben, waardoor het wenselijk is dat deze bij een andere rechtbank wordt aangebracht. Met de voorgestelde landelijke bevoegdheid is, gegeven de beperkte capaciteit van het OM, ook het organisatorische belang van een flexibele inzet van personeel en middelen gemoeid. Bij een arrondissementsparket kan sprake zijn van een zodanige overbelasting dat de zaak met het oog op een voortvarende afhandeling wordt 'uitbesteed' aan een ander parket, dat de zaak vervolgens aanbrengt bij de (relatief bevoegde) rechtbank van het arrondissement waartoe het overbelaste parket behoort.³²¹

De huidige regeling voorziet er zoals gezegd al in dat een officier van justitie van rechtswege plaatsvervanger is bij de andere parketten. De officier van justitie die als plaatsvervanger van rechtswege optreedt, is op dat moment feitelijk werkzaam bij een ander parket dan dat waarbij hij is aangesteld. Dit betekent volgens de toelichting dat hij werkt onder verantwoordelijkheid van de hoofdofficier van justitie van dat andere parket en wordt ondersteund door medewerkers van dat andere parket. In een systeem waarin de officier van justitie landelijke bevoegdheid heeft, blijft deze onder verantwoordelijkheid van de eigen hoofdofficier van justitie werken en gebruikmaken van de diensten van de eigen parketmedewerkers.

De toelichting wijst er verder op dat parketmedewerkers die werkzaamheden van de officier van justitie in mandaat uitvoeren niet van rechtswege plaatsvervanger zijn bij de andere parketten. De landelijke bevoegdheid van de officier van justitie maakt het mogelijk dat zij bijvoorbeeld strafbeschikkingen

³¹⁹ Centrale Verwerking Openbaar Ministerie.

³²⁰ In de artikelsgewijze toelichting bij Titel 3.3 van Boek 1 wordt opgemerkt dat het aanbrengen van zaken door de landelijke parketten organisatorisch gezien weliswaar een uitdaging met zich brengt, in het bijzonder bij de appointering van zaken, maar dat dit niet onoverkomelijk is gebleken.

³²¹ Toelichting bij Titel 3.3 van Boek 1.

uitvaardigen uit naam van een officier van justitie bij een ander parket, bijvoorbeeld als er bij dat parket sprake is van achterstanden in de verwerking van zaken. De introductie van een landelijke bevoegdheid kan ook een toereikende wettelijke basis verschaffen aan het zogenoemde Virtueel Parket, dat bestaat uit een poule van medewerkers van alle parketten die achterstanden wegwerken waar die in het land optreden. Deze medewerkers kunnen dan voortaan strafvorderlijke bevoegdheden namens elke officier van justitie uitoefenen.³²²

ii. Dwingende instructienormen

Het voorstel voorziet in een regeling om de mogelijke negatieve consequenties van een landelijke bevoegdheid (zoals het risico van forumshopping) te beteugelen. Uitgangspunt van die regeling is dat de officier van justitie bij een arrondissementsparket zich bij de uitoefening van zijn bevoegdheden (hoofdzakelijk) richt op de strafbare feiten die door de rechtbank in 'zijn' arrondissement worden berecht. Een tweede uitgangspunt is dat de officier van justitie die verantwoordelijk was voor het opsporingsonderzoek – althans een officier van justitie van hetzelfde parket – in beginsel ook met de vervolging van het strafbare feit is belast. Een derde uitgangspunt is dat een zaak waarin bepaalde vorderingen zijn gedaan bij een specifieke rechtbank, door diezelfde rechtbank verder wordt behandeld (beginsel van eenheid van instantie).³²³

Schending van de bedoelde instructienormen kan volgens de toelichting³²⁴ leiden tot een (herstelbare) niet-ontvankelijkheid van het OM, tenzij het gebruik van de landelijke bevoegdheid of de overdracht van de zaak aan een ander parket 'redelijkerwijs noodzakelijk' was.³²⁵ Dat betekent dat de officier van justitie de zaak alsnog voor zijn eigen rechtbank kan vervolgen. De noodzaak om een zaak bij een andere rechtbank aan te brengen kan bijvoorbeeld voortvloeien uit de bijzondere kenmerken van de zaak (zoals de samenhang met andere strafbare feiten) of uit capaciteitsoverwegingen. De rechtbank zal het belang van een voortvarende afhandeling van de strafzaak in dit verband moeten afwegen tegen het belang dat de officier van justitie de strafzaak voor zijn eigen rechtbank vervolgt, mede gelet op de opstelling van de verdediging.³²⁶

³²² Toelichting bij Titel 3.3 van Boek 1. De P-G bij de Hoge Raad had de werkwijze van het Virtueel Parket in strijd met het geldende recht geoordeeld (G. Knigge & M. Peters, *Beproefd verzet*, Den Haag 2017).

³²³ Zie respectievelijk de voorgestelde artikelen 1.3.6, 1.3.8 en 1.3.9. Voorgesteld artikel 1.3.8, tweede lid, en voorgesteld artikel 1.3.9 vormen samen materieel gezien de voortzetting van het geldende artikel 246, tweede lid Sv.

³²⁴ Uit de voorgestelde regeling in Titel 3.3 volgt dit niet expliciet.

³²⁵ Ook als de rechtbank tot het oordeel komt dat de officier van justitie geen goede grond had voor de voortzetting van de behandeling van een zaak bij een andere rechtbank, kan zij de officier van justitie niet-ontvankelijk verklaren (zie de artikelsgewijze toelichting bij artikel 1.3.9).

³²⁶ Toelichting bij artikel 1.3.6.

iii. Consultatie

In het kader van de consultatie zijn uiteenlopende kantttekeningen geplaatst bij de voorgestelde regeling van de landelijke bevoegdheid van de officier van justitie. Hoewel het voorstel zoals gezegd tegemoet wil komen aan een wens van het OM, heeft het OM 'forse bezwaren' tegen de voorgestelde regeling. Het OM pleit voor een stelsel waarin alleen de relatieve bevoegdheid van de rechter relevant is en waarin de landelijke bevoegdheid van het OM niet wordt gerelativeerd door 'dwingende instructienormen'. Met de voorgestelde regeling zou de flexibiliteit van de organisatie van het OM ernstig worden belemmerd.³²⁷

Een niet-ontvankelijkverklaring als reactie op een (incidentele) afwijking van de instructienormen is volgens het OM 'volkomen disproportioneel'. Overigens realiseert het OM zich dat er bilaterale afspraken bestaan tussen rechtbanken en parketten en dat het voor slachtoffers en getuigen handig is om een goed toegankelijk OM-loket te hebben. Die noties zouden echter niet verloren gaan in een minder strikte wettelijke regeling.³²⁸

Om geheel andere redenen vindt de Raad voor de rechtspraak de voorgestelde regeling niet goed onderbouwd, niet effectief, niet noodzakelijk en onwenselijk. Het is onvoldoende duidelijk welke gevolgen de regeling in de praktijk zal hebben voor de verplaatsing van zaken. In de huidige regeling is de officier van justitie (ook als hij optreedt als plaatsvervanger van rechtswege bij een ander parket) gebonden aan de werk-, appointerings- en convenantafspraken die worden gemaakt door het lokale parket met de desbetreffende rechtbank. De voorgestelde regeling geeft te veel mogelijkheden voor de keuze van een te adieren rechter en leidt voor verdachten en slachtoffers tot grote onduidelijkheid over de vraag waar een zaak wordt aangebracht. Voordat het voorgestelde stelsel wordt ingevoerd moet eerst worden bekeken welke interne organisatorische en logistieke oplossingen binnen het bestaande kader mogelijk zijn, waarbij meer zou moeten worden ingezet op een flexibele inzet van menskracht dan op het verschuiven van zaken.³²⁹

Wat betreft de verlegging van de zaakstromen merkt de toelichting op dat de officier van justitie voortaan niet vrij zal zijn om elke strafzaak bij welke (bevoegde) rechtbank dan ook aan te brengen. Hij richt zich immers primair op de lokale criminaliteit die door de 'eigen' rechtbank wordt berecht en kan de zaak alleen bij een andere rechtbank aanbrengen als dit 'redelijkerwijs

³²⁷ Zie het advies van het OM van 5 juli 2017 over Boek 1, p. 4-5.

³²⁸ Zie het advies van het OM van 5 juli 2017 over Boek 1, p. 17-20.

³²⁹ Zie het advies van de Raad voor de rechtspraak van 11 juli 2017 over de Boeken 1-2, p. 9-11. Vergelijk ook T. Kooijmans, 'Het OM en de vervolging in het nieuwe Wetboek van Strafvordering', *RM Themis* 2017, p. 299.

noodzakelijk' is. Aldus wordt de regeling 'iets flexibeler' gemaakt; een groot effect op de zaakstromen wordt niet verwacht. Over het bezwaar dat met de landelijke bevoegdheid de afspraken met het 'eigen' parket over het benutten van zittingscapaciteit zouden worden doorkruist, merkt de toelichting op dat nadere afspraken kunnen worden gemaakt door het College van procureurs-generaal en de Raad voor de rechtspraak.³³⁰

iv. Beoordeling

De Afdeling merkt op dat de voorgestelde landelijke bevoegdheid van de officier van justitie past in de eerder genoemde ontwikkeling van het OM van een verzameling lokale parketten naar een landelijke en centraal geleide organisatie. Bovendien blijft de huidige regeling van de relatieve competentie van de rechtbanken in het voorstel behouden. Dat brengt mee dat de mogelijkheden voor de officier van justitie om de zaak bij een andere rechtbank aan te brengen feitelijk slechts in beperkte mate zullen toenemen. In de toelichting wordt terecht opgemerkt dat het OM ook naar geldend recht vaak kan kiezen uit verschillende bevoegde rechtbanken, door de zaak over te dragen aan het betreffende parket of door de figuur van het plaatsvervangerschap van rechtswege te gebruiken. Met de toelichting acht de Afdeling de vrees voor forumshopping en voor een verlegging van zaakstromen dan ook ongegrond.³³¹

Gelet hierop hoeft de voorgestelde landelijke bevoegdheid van de officier van justitie niet te leiden tot nadelige consequenties voor de burger, in het bijzonder niet waar het gaat om de (feitelijke) toegankelijkheid van de rechtspraak. Tegenover het eventuele nadeel van een langere reistijd staat bovendien dat het aanbrengen van de zaak bij een andere rechtbank voor de verdachte en het slachtoffer als voordeel kan hebben dat de zaak sneller kan worden behandeld en afgedaan.

De Afdeling merkt op dat de voorgestelde regeling het karakter heeft van een compromis, waarbij enerzijds een landelijke bevoegdheid wordt ingevoerd die anderzijds meteen weer wordt beperkt door een aantal dwingende instructienormen. De Afdeling adviseert de wetgever op dit punt een duidelijke keuze te maken. Zij wijst op het risico dat de bedoelde instructienormen in de praktijk lastig hanteerbaar blijken te zijn en dat de toepassing daarvan in de praktijk zal leiden tot (grote) problemen. Zo kan in de rechtszaal

³³⁰ Toelichting bij Titel 3.3 van Boek 1. Gewezen wordt op artikel 139b Wet RO, dat een voorziening bevat voor de al bestaande landelijke bevoegdheid van het Landelijk Parket en het Functioneel Parket. In het kader van de Invoeringswet zal worden bezien in hoeverre nadere afspraken tussen rechtspraak en OM een verankering moeten krijgen in de Wet RO, bijvoorbeeld door een verbreding van het werkingsbereik van het genoemde artikel 139b. Zie in dit verband het voorgestelde artikel 1.3.6.

³³¹ Toelichting bij Titel 3.3 van Boek 1.

bijvoorbeeld debat ontstaan over de redenen waarom een zaak bij een andere rechtbank moet worden aangebracht of over de vraag in welk arrondissement de opsporing begonnen is.

Daarnaast is onduidelijk hoe de rechter zou moeten beoordelen of het gebruik van de landelijke vervolgingsbevoegdheid redelijkerwijs noodzakelijk is, als de ratio van dat gebruik vooral is gelegen in organisatorische belangen van het OM.³³² Voorts merkt de Afdeling op dat de einduitspraak van niet-ontvankelijkheid van het OM hier niet de meest aangewezen reactie lijkt.³³³ De Afdeling wijst er nog op dat de toelichting niet ingaat op de bezwaren die in het kader van de consultatie door het OM naar voren zijn gebracht tegen de beperking van de landelijke bevoegdheid door dwingende instructienormen en de daaraan verbonden niet-ontvankelijkheid.

De Afdeling adviseert de beperking van de landelijke bevoegdheid van de officier van justitie door dwingende instructienormen uit het voorstel te schrappen.

4. De positie van het slachtoffer

a. De veranderde positie van het slachtoffer

i. Algemeen

De positie van het slachtoffer in het strafproces is de afgelopen decennia sterk veranderd.³³⁴ Bij de inwerkingtreding van het Wetboek van Strafvordering in 1926 had het slachtoffer de rol van aangever en getuige. Wanneer vervolging uitbleef, kon het slachtoffer beklag instellen. Als 'beledigde partij' kon het slachtoffer binnen het strafrecht een kleine schadevergoeding eisen. Met de inwerkingtreding van de Wet Terwee in 1995 werden de mogelijkheden voor het slachtoffer uitgebreid om als "benadeelde partij" een schadevergoeding van de verdachte te eisen binnen het strafproces.³³⁵ Vanaf 2005 kregen slachtoffers het recht om op zitting te spreken.³³⁶ In 2011³³⁷ en

³³² T. Kooijmans, 'Het OM en de vervolging in het nieuwe Wetboek van Strafvordering', *RM Themis* 2017, p. 301.

³³³ Het verwijzen van de zaak naar de 'eigen' rechtbank van de betreffende officier van justitie zou een meer efficiënte oplossing kunnen zijn. Vergelijk de mogelijkheid van de politierechter om de zaak naar de meervoudige kamer te verwijzen (het geldende artikel 369, tweede lid, Sv).

³³⁴ Zie toelichting bij Hoofdstuk 5 van Boek 1 (Het slachtoffer).

³³⁵ Wet van 23 december 1992, *Stb.* 1993, 29.

³³⁶ Wet van 21 juli 2004 tot wijzigingen van enige bepalingen van het Wetboek van Strafvordering (invoering van het spreekrecht voor slachtoffers en nabestaanden), *Stb.* 2004, 382.

³³⁷ Wet van 17 december 2009 tot wijziging van het Wetboek van Strafvordering en het Wetboek van strafrecht ter versterking van de positie van het slachtoffer in het strafproces, *Stb.* 2010, 1.

2021³³⁸ is dit spreekrecht uitgebreid. Naast het spreekrecht hebben slachtoffers ook andere rechten gekregen, die hen in staat stellen deel te nemen aan het strafproces. Aan deze ontwikkeling heeft onder andere de EU-Richtlijn tot vaststelling van minimumnormen voor de rechten, de ondersteuning en de bescherming van slachtoffers van strafbare feiten van 2012 een belangrijke impuls gegeven.³³⁹ Met de belangen van het slachtoffer dient nu in elke fase van het strafproces rekening te worden gehouden.

Bij de modernisering van het Wetboek van Strafvordering worden weinig grote wijzigingen ten aanzien van de positie van het slachtoffer voorgesteld. De meest noemenswaardige wijzigingen zijn:

In het wetboek wordt als beginsel opgenomen dat strafvordering plaatsheeft op een wijze die recht doet aan de belangen van het slachtoffer.³⁴⁰ Hiermee wordt tot uitdrukking gebracht dat de strafrechtelijke autoriteiten zich te allen tijde rekenschap moeten geven van de belangen van het slachtoffer, inclusief zijn kwetsbaarheden.³⁴¹

De mogelijkheid tot het instellen van beklag tegen niet-opsporen wordt expliciet in het wetboek opgenomen (zie verder punt 4b).

De behandeling van de vordering van de benadeelde partij kan worden afgesplitst van de behandeling van de strafzaak. De benadeelde partij is de aanduiding voor het slachtoffer of anderen die als het gevolg van het strafbare feit schade hebben geleden en binnen het strafproces een schadevergoeding van de verdachte eisen.

De Afdeling begrijpt dat de voorgestelde regeling met betrekking tot de behandeling van de vordering van de benadeelde partij in een afgesplitste procedure nog zal worden aangepast naar aanleiding van het rapport van de Commissie-Donner³⁴² en het onderzoek van het WODC,³⁴³ dat op het moment van het toezenden van het voorstel aan de Afdeling nog moest worden afgerond. Zij benadrukt in dit verband dat haar rol als adviseur in laatste instantie vergt dat andere rapporten of adviezen beschikbaar en verwerkt zijn op het moment dat een voorstel bij de Afdeling aanhangig wordt

³³⁸ Wet uitbreiding slachtofferrechten, *Stb.* 2021, 220.

³³⁹ Wet van 8 maart 2017, houdende implementatie van Richtlijn 2012/29/EU van het Europees parlement en de Raad van 25 oktober 2012 tot vaststelling van minimumnormen voor de rechten, de ondersteuning en de bescherming van slachtoffers van strafbare feiten, en ter vervanging van Kaderbesluit 2001/220/JBZ (*PbEU* 2012, L 315), *Stb.* 2017,90.

³⁴⁰ Voorgesteld artikel 1.1.4.

³⁴¹ Toelichting bij artikel 1.1.4.

³⁴² Kamerstukken II 2019/20, 33553, nr. 65; Commissie onderzoek stelsel schadevergoeding voor slachtoffers van strafbare feiten (Commissie Donner), *Op verhaal komen. Naar een afgewogen, consistent en betaalbaar stelsel voor compensatie van slachtoffers van een strafbaar feit*, maart 2021.

³⁴³ Toelichting bij Afdeling 4.1.2 van Boek 4 (Afzonderlijke behandeling). Zie L.A. Dantzig, J.P. Kuipers & J.C. van Rij, *Afzonderlijke behandeling vordering benadeelde partij*, Cebeon 2021.

gemaakt. De Afdeling zal dan ook in dit stadium geen inhoudelijk advies geven over deze regeling. Zij adviseert de regeling na verwerking van het rapport van de Commissie-Donner en het onderzoek van het WODC opnieuw aan haar voor te leggen.

ii. Beoordeling

Gelet op de snelle ontwikkeling van slachtofferrechten in de afgelopen decennia vindt de Afdeling het positief te waarderen dat in dit voorstel een pas op de plaats wordt gemaakt. De Afdeling onderkent het belang van een behoorlijke positie voor het slachtoffer in het strafproces. Het toekennen van meer wettelijke slachtofferrechten leidt echter niet per definitie tot betere resultaten voor het slachtoffer. De echte winst voor een slachtoffer is te behalen door een goede implementatie en praktische uitvoering van de bestaande wet- en regelgeving.³⁴⁴ Met het oog op de belangen van het slachtoffer wil de Afdeling in het bijzonder aandacht vragen voor het belang van tijdige beslissingen, die op heldere wijze gemotiveerd worden.

Ten eerste is het belangrijk dat slachtoffers voldoende informatie krijgen als wordt afgezien van de opsporing of vervolging. Het OM is in de huidige en voorgestelde regeling verplicht om het slachtoffer hiervan op de hoogte te stellen,³⁴⁵ maar de uitvoering laat te wensen over. In de toelichting wordt het belang van een goede informatievoorziening op diverse punten vermeld.³⁴⁶ Gewezen wordt op onderzoek waaruit blijkt dat een betere uitleg van afdoeningsbeslissingen (zoals een sepot) bijdraagt aan het begrip bij en de acceptatie door slachtoffers. Hierdoor zou in sommige gevallen kunnen worden voorkomen dat zij in beklag gaan bij het gerechtshof als het OM de opsporing of vervolging achterwege laat (zie verder punt 4b).³⁴⁷ In de toelichting worden de politie en het OM opgeroepen om de afdoeningsbeslissingen beter te motiveren, maar er worden geen concrete eisen gesteld of andere suggesties gedaan om dit te bewerkstelligen.³⁴⁸ De Afdeling adviseert daarom aanvullende maatregelen te treffen om de motivering van afdoeningsbeslissingen te verbeteren. Hierbij kan worden gedacht aan nieuwe beleidsregels of een intern actieplan.

³⁴⁴ Zie het Advies van de Afdeling advisering van de Raad van State over de Wet uitbreiding slachtofferrechten (WV16.19.0149/II), Kamerstukken II 2019/20, 35349, nr. 4.

³⁴⁵ Geldend artikel 51ac, eerste lid, Sv; voorgesteld artikel 1.5.4, eerste lid.

³⁴⁶ Toelichting bij voorgesteld artikel 3.1.4 en bij Boek 3, Hoofdstuk 2, onder Algemeen.

³⁴⁷ A. Benschop e.a., *Beklag over niet vervolgen. Hoe gaat het Openbaar Ministerie om met art. 12 Sv-zaken?*, Den Haag: Boom juridisch 2018. Zie ook F. Augusteijn & C. Bijleveld, 'Sepotbeslissingen motiveren aan slachtoffers en de klacht tegen niet-vervolgving ex artikel 12 Sv', *NJB* 2020/2568.

³⁴⁸ Toelichting bij voorgesteld artikel 3.1.4 en bij Boek 3, Hoofdstuk 2, onder Algemeen.

Ten tweede moet het voor de benadeelde partij duidelijk zijn waarom de rechter een bepaalde beslissing heeft genomen op de vordering tot schadevergoeding. Deze beslissing moet met redenen zijn omkleed.³⁴⁹ Ten aanzien van deze motivering heeft de Hoge Raad gesteld: “Naarmate de vordering uitvoeriger en specifiekere wordt weersproken, zal de motivering van de toewijzing van de vordering dus meer aandacht vragen.”³⁵⁰ In de literatuur wordt opgemerkt dat de bedoelde beslissingen in de praktijk zeer summier gemotiveerd worden. Aan rechters wordt de oproep gedaan om deze beslissing beter te motiveren.³⁵¹ Dit is niet alleen in het belang van de benadeelde partij, maar ook in het belang van de andere procespartijen en de rechtsontwikkeling in bredere zin. In de toelichting wordt deze problematiek echter niet genoemd.

De Afdeling adviseert in de toelichting in te gaan op de wenselijkheid van aanvullende maatregelen ter verbetering van de motivering van beslissingen op de vordering van de benadeelde partij.

b. Het beklag over het niet opsporen of vervolgen van strafbare feiten
Een van de substantiële wijzigingen die betrekking heeft op de positie van het slachtoffer, betreft het beklag over het niet opsporen of vervolgen van strafbare feiten (de huidige artikel 12-procedure).

i. De inhoud van de voorstellen

De voorgestelde beklagprocedure komt in grote lijnen overeen met de artikel 12-procedure in het huidige Wetboek van Strafvordering. De “rechtstreeks belanghebbende” (volgens de tekst van de huidige en voorgestelde bepalingen) kan beklag doen bij het gerechtshof tegen het achterwege blijven van opsporing of vervolging, of tegen afdoening door middel van een strafbeschikking. De belanghebbenden zijn meestal slachtoffers of nabestaanden. Dit kunnen echter ook rechtspersonen zijn die belangen behartigen die door de genoemde beslissingen rechtstreeks worden getroffen.³⁵² De belanghebbende kan de klacht indienen bij het gerechtshof nadat hij een kennisgeving heeft ontvangen van het uitblijven van de opsporing, vervolging of

³⁴⁹ Geldend artikel 361, vierde lid, Sv.

³⁵⁰ HR 25 mei 2019, ECLI:NL:HR:2019:793, r.o. 2.8.6.

³⁵¹ S. van Wingerden, M. Moerings & J. van Wilsem, *De praktijk van schadevergoeding voor slachtoffers van misdrijven*, Den Haag: Boom juridisch 2007, p. 80-81; R.S.B. Kool e.a., *Civiel schadeverhaal via het strafproces. Een verkenning van de rechtspraak en regelgeving betreffende de voeging benadeelde partij*, Utrecht: UCALL 2016, p. 257; I. Felix & A. Schild, 'Rechtstreekse schade en causaal verbrand bij de vordering van de benadeelde partij in het strafproces', *NJB* 2019/1317; N.A. Schipper, 'De Hoge Raad over de vordering benadeelde partij: op welke punten is er ruimte voor verduidelijking en/of heroverweging', *Tijdschrift Praktijkwijzer Strafrecht* 2019/101, p. 259-260; R.A. Korver e.a., 'Goede zorg voor slachtoffers versterkt de rechtsstatelijkheid van de strafrechtspleging', *Boom Straftblad* 2020, nr. 5, p. 284.

³⁵² Voorgesteld artikel 3.2.2. Zie ook het tweede lid van geldend artikel 12 Sv.

voortzetting van de vervolging, of kennisgeving heeft ontvangen van de vervolging door middel van de strafbeschikking.³⁵³ Het gerechtshof draagt de A-G vervolgens op om verslag te doen.³⁵⁴ In raadkamer hoort het gerechtshof vervolgens de klager en degene op wie het beklag betrekking heeft (de persoon wiens vervolging wordt verlangd of die de strafbeschikking heeft gekregen).³⁵⁵ Als het gerechtshof van oordeel is dat opsporing, vervolging of voortzetting van de vervolging had moeten plaatsvinden, beveelt het de opsporing of de vervolging. Het gerechtshof wijst het beklag af als het beklag niet gegrond wordt geacht of op gronden aan het algemeen belang ontleend.³⁵⁶ Met dat laatste wordt bedoeld dat de toetsing kan plaatsvinden 'met inachtneming van het opportuniteitsbeginsel'.³⁵⁷

De bestaande beklagprocedure wordt op een aantal punten gewijzigd. Voor dit advies zijn twee wijzigingen in het bijzonder relevant:

- In de wet wordt expliciet geregeld dat het beklag over het uitblijven van de opsporing mogelijk is. Voor dergelijke klachten wordt een 'voorprocedure' ingericht. Als de officier van justitie de klacht afwijst, kan beklag worden ingesteld bij het gerechtshof.³⁵⁸
- Er worden termijnen gesteld om de doorlooptijden in de beklagprocedure te bekorten.³⁵⁹

ii. De context van de voorstellen

De beklagprocedure werd in 1926 opgenomen in het Wetboek van Strafvordering als tegenwicht tegen de toegenomen macht van het OM. De rechterlijke controle diende ter voorkoming van willekeur bij het OM en vormde een correctiemechanisme op de toepassing van het opportuniteitsbeginsel. Naast deze algemene belangen werd erkend dat de beklagprocedure de private belangen van de klager, veelal het slachtoffer, diende. Met het oog op het rechtsgevoel en de belangen van belanghebbenden werd het wenselijk geacht dat de rechter de vervolgingsbeslissing kan toetsen. In de loop der tijd is het accent in de beklagprocedure verschoven van het algemene belang naar het private belang van de klager.³⁶⁰

³⁵³ Voorgesteld artikel 3.2.1, eerste lid en artikel 3.2.4, eerste lid. Zie ook geldend artikel 12 Sv.

³⁵⁴ Voorgesteld artikel 3.2.4, vijfde lid. Zie ook geldend artikel 12a, tweede lid, Sv.

³⁵⁵ Voorgesteld artikel 3.2.5 tot en met 3.2.9. Zie ook geldend artikel 12d en 12e Sv.

³⁵⁶ Voorgesteld artikel 3.2.10. Zie ook geldend artikel 12i Sv.

³⁵⁷ Toelichting bij artikel 3.2.10, vijfde lid.

³⁵⁸ Voorgesteld artikel 3.2.1.

³⁵⁹ Voorgesteld artikel 3.2.4, vijfde lid.

³⁶⁰ M.J.A. Duker, 'De toetsingsruimte van het hof in beklagzaken ex artikel 12 Sv', *Delikt en Delinkwent* 2009/32; L. van Lent, M. Boone & K. van den Bos, *Klachten tegen niet-vervolging (artikel 12 Sv-procedure). Doorlooptijden, instroom, verwachtingen van klagers en het belang van procedurele rechtvaardigheid*, Montaigne Centrum/Universiteit Utrecht 2016.

In deze voorstellen staat het belang van de klager voorop. Zo wordt de beklagregeling getypeerd als "(...) een correctiemechanisme voor slachtoffers, nabestaanden en overige belanghebbenden die willen opkomen tegen een beslissing van de officier van justitie om niet te vervolgen"³⁶¹ Het is opvallend dat de algemene belangen die met de beklagregeling gemoeid zijn, niet genoemd worden in de toelichting. Sinds 1926 zijn de bevoegdheden van de officier van justitie in de voorfase van het strafproces aanzienlijk uitgebreid. Onderzoek laat zien dat professionals het belang van de controle op het OM onderkennen. Volgens hen draagt de rechterlijke toets bij aan de legitimiteit van de beslissingen van het OM.³⁶² In het licht van deze ontwikkelingen kan gesteld worden dat de rechterlijke controle op de opsporing en de vervolging geenszins aan belang heeft ingeboet. Bij de beoordeling van de opzet van de beklagregeling heeft de Afdeling oog gehad voor zowel het publieke belang als het private belang van de klager.

iii. Het beklag over niet-opsporen

Een belangrijke wijziging van de beklagprocedure is dat in artikel 3.2.1, tweede lid, van het voorgestelde wetboek expliciet wordt opgenomen dat beklag kan worden ingesteld bij het achterwege blijven of beëindigen van de opsporing. In de toelichting wordt opgemerkt dat volgens de huidige bewoordingen van artikel 12 Sv kan worden geklaagd over de niet-vervolgving van een strafbaar feit. Vervolgens wordt in de toelichting geconstateerd dat onder niet-vervolgving ook het niet aanvangen van de opsporing of het stagneren van het opsporingsonderzoek wordt geschaard.³⁶³ Hoewel de tekst van het geldende artikel 12 Sv niet over de opsporing rept, behandelen hoven dergelijke klachten wel.³⁶⁴ Het beklag tegen niet-opsporen wordt nu expliciet in de wet vastgelegd.

³⁶¹ Toelichting bij Hoofdstuk 2 van Boek 3 (Algemeen).

³⁶² L. van Lent, M. Boone & K. van den Bos, *Klachten tegen niet-vervolgving (artikel 12 Sv-procedure). Doorlooptijden, instroom, verwachtingen van klagers en het belang van procedurele rechtvaardigheid*, Montaigne Centrum/Universiteit Utrecht 2016, p. 49-51.

³⁶³ Toelichting bij Hoofdstuk 2 van Boek 3 (Beklag over niet-opsporen). Zie ook G.J.M. Corstens/M.J. Borgers & T. Kooijmans, *Het Nederlands strafprocesrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2021, paragraaf 13.7.

³⁶⁴ Sommige gerechtshoven gaan soepel om met klachten over niet-opsporen uit efficiëntieoverwegingen en met het oog op de belangen van de klager. Klachten over niet-opsporen worden bijvoorbeeld ook ontvankelijk verklaard als deze worden doorgestuurd door het OM of als het OM gedurende langere tijd niet heeft gereageerd op de klacht. Zie L. van Lent, M. Boone & K. van den Bos, *Klachten tegen niet-vervolgving (artikel 12 Sv-procedure). Doorlooptijden, instroom, verwachtingen van klagers en het belang van procedurele rechtvaardigheid*, Montaigne Centrum/Universiteit Utrecht 2016, p. 50-51.

In de consultatieadviezen adviseerden uitvoerende instanties negatief over het wettelijk regelen van het beklag tegen niet-opsporen, omdat dit tot een grote toename van het aantal klachten zou (kunnen) leiden.³⁶⁵ In de consultatieadviezen merken politie en OM op dat in circa 500.000-600.000 zaken per jaar besloten wordt om af te zien van opsporing.³⁶⁶ Hoewel slechts een klein deel van de belanghebbenden in beklag gaat, illustreren deze cijfers dat het aantal potentiële klagers groot is. Geadviseerd werd om, als de beklagmogelijkheid toch zou worden gehandhaafd, in ieder geval een voorprocedure te introduceren.³⁶⁷ Dit laatste advies is overgenomen.³⁶⁸

Volgens de voorstellen kan een klacht tegen niet-opsporen worden ingediend bij de officier van justitie. Volgens de toelichting zal echter nader bij algemene maatregel van bestuur (amvb) worden geregeld dat de belanghebbende zich eerst moet beklagen bij de opsporingsinstantie. Als de opsporingsinstantie de klacht afwijst, kan de belanghebbende zich wenden tot de officier van justitie.³⁶⁹ Dit betekent dat er volgens de toelichting een procedure is die nog weer voorafgaat aan de procedure bij de officier van justitie.

Anders dan de toelichting suggereert, staat nu niet in de Aanwijzing voor de opsporing dat de belanghebbende zich direct tot de opsporingsdienst moet wenden met een klacht over het achterwege blijven van de opsporing. Bij veelvoorkomende criminaliteit bepaalt de politie zelf of een zaak wordt opgepakt en of een zaak zonder geïdentificeerde verdachte vroegtijdig wordt beëindigd. Als de aangever het niet eens is met een dergelijke beslissing, kan de aangever het OM vragen om een heroverweging.³⁷⁰ In de praktijk stuurt de politie wel een afdoeningsbericht waarin staat dat de aangever op een laagdrempelige wijze contact kan opnemen met de politie voor meer informatie over de beëindiging van de opsporing. Voor een dergelijk informatieverzoek gelden geen formaliteiten, waardoor het een wat informeel karakter heeft. Het is géén voorwaarde voor het indienen van een klacht bij de officier van justitie.³⁷¹

³⁶⁵ Advies Platform Bijzondere opsporingsdiensten over Boeken 3-6 van 24 juli 2018, p. 3-4; Advies Koninklijke Marechaussee (KMar) over Boeken 3-6 van 31 juli 2017, p. 2; Advies OM over Boek 3 van 24 juli 2018, p. 10-12; Advies Politie over Boeken 3-6 van 31 juli 2018, p. 19.

³⁶⁶ Advies Politie over Boeken 3-6 van 31 juli 2018, p. 19; Advies OM over Boek 3 van 24 juli 2018, p. 11.

³⁶⁷ Advies KMar over Boeken 3-6 van 31 juli 2017, p. 2; Advies OM over Boek 3 van 24 juli 2018, p. 11-12; Advies Politie over Boeken 3-6 van 31 juli 2018, p. 19-20; Advies Raad voor de rechtspraak over Boeken 3-6 van 12 juli 2018, p. 22.

³⁶⁸ Toelichting bij Boek 3 (Beslissingen over vervolging).

³⁶⁹ Toelichting bij artikel 3.2.1, tweede lid.

³⁷⁰ Aanwijzing voor de opsporing, *Stcr.* 2013, 35757, onder 3.

³⁷¹ Bij de voorbereiding van het advies heeft de Afdeling hierover gesproken met vertegenwoordigers van OM en politie.

Het voorstel in de toelichting dat de klager zich eerst tot de opsporingsdienst moet wenden, is dus een wijziging van de huidige klachtprocedure bij niet-opsporen. De Afdeling adviseert de toelichting in het licht van het voorgaande aan te passen en in te gaan op de gevolgen van deze wijziging voor het OM en de politie. De Afdeling adviseert daarnaast de klachtprocedure bij de opsporingsinstantie op te nemen in het voorgestelde artikel 3.2.1 Sv en niet alleen in een amvb te regelen. Deze stap wordt immers een vast element van de beklagregeling en is niet enkel te typeren als een voorschrift van technische of administratieve aard.³⁷² Het komt bovendien de duidelijkheid van de procedure ten goede als alle stappen van de klachtprocedure in de wet zijn opgenomen.

iv. Het verkorten van de doorlooptijden

In de voorstellen worden termijnen gesteld om een snellere behandeling van het beklag te bevorderen. De officier moet over een klacht over niet-opsporen binnen zes weken beslissen.³⁷³ Bij overschrijding van deze termijn wordt aangenomen dat de officier van justitie een fictieve beslissing tot niet-opsporen heeft genomen. Vanaf dat moment staat beklag bij het gerechtshof open.³⁷⁴ De A-G moet binnen drie maanden nadat hij de opdracht van het gerechtshof heeft ontvangen, verslag uitbrengen.³⁷⁵ Het gerechtshof dient binnen zes weken na de sluiting van het onderzoek te beslissen.³⁷⁶

In de toelichting wordt opgemerkt: "Van het stellen van termijnen aan het inbrengen van stukken en het nemen van een beslissing zal naar verwachting enige normerende werking uitgaan, maar het zwaartepunt ligt bij de uitvoering in de praktijk om de benodigde informatie tijdig te verzamelen".³⁷⁷

Uit de in de toelichting aangehaalde onderzoeken blijkt dat de lange doorlooptijden in het bijzonder het gevolg zijn van de gebrekkige informatie-uitwisseling en communicatie bij de voorbereiding van het advies van de A-G.³⁷⁸ Het stellen van termijnen alleen zal, zoals overigens ook uit de toelichting blijkt, daarom niet tot een verkorting van de doorlooptijden leiden als instanties niet de capaciteit hebben om dergelijke verzoeken te behandelen,

³⁷² Zie Aanwijzingen voor de regelgeving, Aanwijzing 2.19.

³⁷³ Voorgesteld artikel 3.2.1, tweede lid.

³⁷⁴ Toelichting bij Hoofdstuk 2 van Boek 3 (Getrapte regeling bij niet-opsporen).

³⁷⁵ Voorgesteld artikel 3.2.4, vijfde lid.

³⁷⁶ Voorgesteld artikel 1.2.13, tweede lid.

³⁷⁷ Toelichting bij Hoofdstuk 2 van Boek 3 (Algemeen).

³⁷⁸ A. Benschop e.a., *Beklag over niet vervolgen. Hoe gaat het Openbaar Ministerie om met art. 12 Sv-zaken?*, Den Haag: Boom juridisch 2018; L. van Lent, M. Boone & K. van den Bos, *Klachten tegen niet-vervolgving (artikel 12 Sv-procedure). Doorlooptijden, instroom, verwachtingen van klagers en het belang van procedurele rechtvaardigheid*, Montaigne Centrum/Universiteit Utrecht 2016.

of als de benodigde informatie niet aanwezig of niet goed ontsloten is. In de toelichting wordt weinig aandacht aan deze uitvoeringsproblemen besteed. De toelichting laat evenmin zien dat is overwogen op andere, meer structurele manieren een snellere behandeling van het beklag te bewerkstelligen. In de literatuur zijn verschillende voorstellen gedaan, zoals een voorprocedure bij het OM (bij klachten over niet-vervolgen)³⁷⁹ of een heroverweging van de rol van de A-G in de beklagprocedure.³⁸⁰

De Afdeling adviseert daarom in de toelichting nader in te gaan op de vraag hoe verzekerd zal worden dat de gestelde termijnen daadwerkelijk worden gehaald.

v. De toetsing door het gerechtshof

Als het gerechtshof van oordeel is dat opsporing, vervolging of verdere vervolging had moeten plaatsvinden, beveelt het de opsporing respectievelijk vervolging van het feit. Het gerechtshof kan het beklag afwijzen op gronden aan het algemeen belang ontleend.³⁸¹ In de bestaande en voorgestelde wettelijke regeling is niet bepaald hoe het gerechtshof het beklag moet toetsen. Op wetshistorische gronden stelt de Hoge Raad dat het beklag in volle omvang getoetst kan worden.³⁸² Dat wil zeggen dat het gerechtshof een eigen oordeel vormt over welke vervolgingsbeslissing aanvankelijk door de officier van justitie had moeten worden genomen. Volgens de toelichting wordt dit uitgangspunt gehandhaafd.³⁸³

In de praktijk blijkt dat enkele gerechtshoven een marginale toetsing toepassen, waarbij het gerechtshof beoordeelt of het OM redelijkerwijs heeft kunnen komen tot de beslissing om niet te vervolgen. In de contourennota heeft de minister daarom het voornemen uitgesproken een duidelijk toetsingskader te formuleren.³⁸⁴ In de voorgelegde voorstellen wordt hier echter van afgezien. In de toelichting staat dat in een groot deel van de zaken een marginale toetsing voelbaar is, maar dat niet kan worden uitgesloten dat “in een

³⁷⁹ L. van Lent, M. Boone & K. van den Bos, *Klachten tegen niet-vervolging (artikel 12 Sv-procedure). Doorlooptijden, instroom, verwachtingen van klagers en het belang van procedurele rechtvaardigheid*, Montaigne Centrum/Universiteit Utrecht 2016, p. 109 en 112; A. Benschop e.a., *Beklag over niet vervolgen. Hoe gaat het Openbaar Ministerie om met art. 12 Sv-zaken?*, Den Haag: Boom juridisch 2018, p. 202.

³⁸⁰ L. van Lent, M. Boone & K. van den Bos, *Klachten tegen niet-vervolging (artikel 12 Sv-procedure). Doorlooptijden, instroom, verwachtingen van klagers en het belang van procedurele rechtvaardigheid*, Montaigne Centrum/Universiteit Utrecht 2016, p. 81-82.

³⁸¹ Voorgesteld artikel 3.2.10, vierde en vijfde lid. Dit criterium geldt ook nu al (artikel 12), eerste en tweede lid, Sv).

³⁸² HR 24 juni 1996, ECLI:NL:HR:1996:ZD0502.

³⁸³ Toelichting bij artikel 3.2.10, vijfde lid.

³⁸⁴ Contourennota Modernisering Wetboek van Strafvordering, Kamerstukken II 2015/2016, 29279, nr. 278 (bijlage), p. 78. De Nederlandse Vereniging voor Rechtspraak roept de minister hiertoe ook op in haar advies over Boek 3-6 van 31 juli 2018, p. 8.

minderheid van de ernstige zaken' de vervolgingsbeslissing volledig moet worden getoetst.³⁸⁵ Er wordt geen reden gezien om vast te leggen dat de gehele beoordeling is gebaseerd op een marginale toetsing. Dit zou tot een onwenselijke nivellering leiden en afbreuk doen aan de waarde van het correctiemechanisme. De verschillen tussen de gerechtshoven zouden volgens de toelichting niet via de wet moeten worden geadresseerd, maar door onderlinge afstemming door de gerechtshoven.³⁸⁶

Met het oog op de controlefunctie van het beklag en de gelijke behandeling van de betrokkenen acht de Afdeling het wenselijk dat alle gerechtshoven het beklag in vergelijkbare zaken op dezelfde manier toetsen. De afgelopen jaren is niet gebleken dat de gerechtshoven hun onderlinge verschillen hebben overbrugd. De modernisering van het Wetboek van Strafvordering lijkt een goed moment voor de wetgever om meer duidelijkheid over de toetsingsomvang te verschaffen in de verwachting dat hiermee de verschillen tussen gerechtshoven kleiner worden. De Afdeling constateert bovendien dat in de toelichting niet aan de orde komt op welke wijze de beslissing tot niet-opsporen moet worden getoetst.

De Afdeling adviseert daarom in de toelichting te verduidelijken hoe de opsporings- en vervolgingsbeslissing getoetst dient (of dienen) te worden. Gelet op hetgeen eerder (in punt 3b, onder iii) is opgemerkt over het opportuniteitsbeginsel en de rechterlijke toetsing van de vervolgingsbeslissing ligt (ook) in het kader van de beklagprocedure een terughoudende toetsing in de rede.

³⁸⁵ Toelichting bij Hoofdstuk 2 van Boek 3 (*Toetsing gerechtshof*).

³⁸⁶ Toelichting bij artikel 3.2.10, vijfde lid.

Bijzonder deel

Deeladvies C.
Opsporing

1. Inleiding

Boek 2 van het voorstel bevat de wettelijke regeling van het opsporingsonderzoek. De thans geldende regeling van het opsporingsonderzoek is daarin volledig geherstructureerd, vereenvoudigd en geactualiseerd. Volgens de toelichting zit daar in systematisch opzicht de grootste winst van het nieuwe wetboek. De regeling van het opsporingsonderzoek in het huidige wetboek is mede door de vele opeenvolgende wijzigingen onoverzichtelijk en ontoegankelijk geworden. In het voorstel zijn bevoegdheden in beginsel eenmaal uitgeschreven en onnodige gedetailleerdheid is zo veel mogelijk tegengegaan.³⁸⁷ Daarnaast is de regeling op onderdelen geactualiseerd in verband met nieuwe technieken op het gebied van informatie- en communicatietechnologie, van digitalisering en van forensische opsporing, en waar mogelijk techniekonafhankelijk geformuleerd in verband met toekomstige ontwikkelingen. Ook is gepoogd procedures te stroomlijnen en administratieve lasten te verlichten.³⁸⁸

De Afdeling heeft waardering voor de grondige herstructurering en vereenvoudiging van de regels voor het opsporingsonderzoek. Vanuit een wetstechnisch en -systematisch perspectief is dit een grote verbetering ten opzichte van het huidige wetboek. Voor burgers en professionals in de strafrechtpleging wordt het daardoor eenvoudiger te achterhalen welke regels op het opsporingsonderzoek van toepassing zijn. Het voorstel draagt daarmee bij aan de rechtszekerheid en de bruikbaarheid van het wetboek in de praktijk.

In het vervolg van dit deeladvies wordt een aantal adviesopmerkingen gemaakt die betrekking hebben op het opsporingsonderzoek. Onder punt 2 komen de opsporingsbevoegdheden in algemene zin aan de orde. Hier wordt onder meer ingegaan op het opsporingsbegrip en algemene beginselen voor de opsporing, de toepassingsvoorwaarden voor opsporingsbevoegdheden, het niveau van regelgeving en het vastleggen van bevelen tot de inzet van opsporingsbevoegdheden. Onder punt 3 worden de bevoegdheden en waarborgen voor de digitale opsporing behandeld. Onder punt 4 worden adviesopmerkingen gemaakt over de voorgestelde regeling voor voorlopige hechtenis. De Afdeling heeft voor dit onderwerp bijzondere aandacht gehad omdat dit een ingrijpende bevoegdheid is, op de toepassing waarvan de afgelopen jaren veel kritiek is geweest.

³⁸⁷ Zie toelichting, Algemeen deel, paragraaf 3.3 (Boek 2: 'Het opsporingsonderzoek'); toelichting bij Boek 2, onder 'Inleiding' en bij Boek 2, onder 'Uitgangpunten voor de systematisering van bevoegdheden'.

³⁸⁸ Zie toelichting, Algemeen deel, paragraaf 3.3 (Boek 2: 'Het opsporingsonderzoek'); toelichting bij Boek 2, onder 'Inleiding' en bij Boek 2, onder 'Uitgangpunten voor de systematisering van bevoegdheden'.

2. Opsporingsbevoegdheden

a. Inleiding

In dit deel van het advies komt een aantal voorstellen aan de orde dat betrekking heeft op diverse facetten van het opsporingsonderzoek. Achtereenvolgens zullen de volgende punten worden behandeld: het opsporingsbegrip en de algemene beginselen voor de opsporing (punt 2b), het algemeen kader voor toepassingsvoorwaarden (punt 2c), ernstige bezwaren (punt 2d), de machtiging van de rechter-commissaris (punt 2e), inzet van heimelijke bevoegdheden tegen anderen dan de verdachte (punt 2f), het niveau van regelgeving (punt 2g), ras als uiterlijk waarneembaar persoonskenmerk (punt 2h), en vastlegging van bevelen tot de inzet van opsporingsbevoegdheden (punt 2i).

b. Opsporingsbegrip en algemene beginselen voor de opsporing

In zowel het huidige als het nieuwe wetboek is het opsporingsbegrip gedefinieerd. In Boek 2 van het voorgestelde wetboek wordt voorts voorzien in de codificatie van enkele algemene beginselen, zoals het noodzaakbeginsel. Hoewel het voor de hand lijkt te liggen dat de reikwijdte van deze algemene beginselen wordt gekoppeld aan het wettelijk opsporingsbegrip, is daar in het voorstel niet voor gekozen.

i. Opsporingsbegrip

Onder de opsporing wordt verstaan “het onderzoek in verband met strafbare feiten onder gezag van de officier van justitie met als doel het nemen van strafvorderlijke beslissingen”.³⁸⁹ Dit opsporingsbegrip markeert het beginpunt van de strafvordering. Vanaf het moment dat sprake is van opsporing geldt het vereiste dat strafvordering alleen plaats heeft op de wijze bij de wet voorzien.³⁹⁰ Dit is het legaliteitsbeginsel voor het strafprocesrecht. De waarborgen en de procedures van het Wetboek van Strafvordering moeten dan in acht worden genomen, waaronder bijvoorbeeld de voorschriften dat opsporingsambtenaren die opsporingsbevoegdheden uitoefenen onder het gezag van de officier van justitie staan, dat de officier van justitie aan hun bevelen kan geven en dat de verbaliseringsplicht van toepassing is.³⁹¹

³⁸⁹ Geldend artikel 132a Sv en voorgesteld artikel 1.1.6.

³⁹⁰ Geldend artikel 1 Sv en voorgesteld artikel 1.1.1. Dat betekent niet dat bij optreden door de politie dat nog niet valt onder opsporing een wettelijke grondslag niet van belang zou zijn. Als het optreden in het kader van toezicht of controle inbreuk maakt op fundamentele rechten en vrijheden van burgers, moet aan dat optreden wel degelijk een wettelijke regeling ten grondslag liggen. Zie G.J.M. Corstens/M.J. Borgers & T. Kooijmans, *Het Nederlands strafprocesrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2021, paragraaf 2.3.

³⁹¹ Zie G.J.M. Corstens/M.J. Borgers & T. Kooijmans, *Het Nederlands strafprocesrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2021, paragraaf 9.1. Zie ook I. Peçi & E. Sikkema, ‘De rechtsbeschermende functie van het opsporingsbegrip’, in: A.A. Franken, M. de Langen & M. Moerings (red.), *Constante waarden. Liber amicorum prof. mr. Constantijn Kelk*, Den Haag: Boom juridisch 2008, p. 353-362.

Aanvankelijk was het opsporingsbegrip niet gecodificeerd. Toen werd van opsporing gesproken zodra er sprake was van een verdenking van een strafbaar feit. Met de inwerkingtreding van de Wet bijzondere opsporingsbevoegdheden³⁹² in 2000 werd het opsporingsbegrip voor het eerst gedefinieerd in het Wetboek van Strafvordering. Deze definitie haalde het beginpunt van de opsporing en daarmee ook van de strafvordering naar voren, omdat ook de zogenoemde 'vroegverdenking' ofwel 'vroegsporing' van georganiseerde criminaliteit daaronder werd gebracht. In deze gevallen behoeft nog geen concreet strafbaar feit te zijn gepleegd.³⁹³

In 2007 is het opsporingsbegrip vervolgens weer ingrijpend gewijzigd.³⁹⁴ Sindsdien geldt dat opsporing wordt gekarakteriseerd door haar gerichtheid op het nemen van strafvorderlijke beslissingen.³⁹⁵ Onder opsporing valt, zoals aangegeven, niet alleen meer de 'klassieke' opsporing.³⁹⁶ Ook de hiervoor genoemde 'vroegverdenking' ofwel 'vroegsporing',³⁹⁷ het hanteren van strafvorderlijke bevoegdheden bij aanwijzingen van terrorisme,³⁹⁸

³⁹² Wet van 25 mei 1999, *Stb.* 1999, 245 (i.w.tr. op 1 februari 2000).

³⁹³ Zie G.J.M. Corstens/M.J. Borgers & T. Kooijmans, *Het Nederlands strafprocesrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2021, paragrafen 2.3 en 9.1.

³⁹⁴ Zie de Wet van 20 november 2006 tot wijziging van het Wetboek van Strafvordering, het Wetboek van Strafrecht en enige andere wetten ter verruiming van de mogelijkheden tot opsporing en vervolging van terroristische misdrijven, *Stb.* 2006, 580 (i.w.tr. op 1 februari 2007).

³⁹⁵ Zie hierover en over de historische ontwikkeling van het opsporingsbegrip bijvoorbeeld J.H. Crijns, 'De verregaande lenigheid van het opsporingsbegrip', in: M. Braakman e.a., *Op zoek naar evenwicht. Liber Amicorum Marc Groenhuijsen*, Deventer: Wolters Kluwer 2021; G.J.M. Corstens/M.J. Borgers & T. Kooijmans, *Het Nederlands strafprocesrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2021, paragraaf 9.1; M.J. Borgers, 'Het opsporingsbegrip anno 2009', in: M.J. Borgers e.a. (red.), *Politie in beeld* (Naeyé-bundel), Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2009, p. 27-64.

³⁹⁶ Onderzoek naar aanleiding van een redelijk vermoeden dat een strafbaar feit is gepleegd.

³⁹⁷ Onderzoek naar aanleiding van een redelijk vermoeden dat in georganiseerd verband misdrijven als omschreven in artikel 67 eerste lid, Sv worden beraamd of gepleegd die, gezien hun aard of de samenhang met andere misdrijven die in dat georganiseerd verband worden beraamd of gepleegd, een ernstige inbreuk op de rechtsorde opleveren. Zie de voorgestelde artikelen 2.754 onder a en 2.8.22, eerste lid, en de geldende artikelen 126o-126ui Sv.

³⁹⁸ In geval van aanwijzingen van een terroristisch misdrijf mogen opsporingsambtenaren (bepaalde) strafvorderlijke bevoegdheden al hanteren als er nog geen redelijk vermoeden van een gepleegd strafbaar feit is en ook geen redelijk vermoeden van een in georganiseerd verband gepleegd of beraamd misdrijf is. Zie de voorgestelde artikelen 2.754 onder b en 2.8.22, tweede lid, en de geldende artikelen 126zd-zu Sv.

het optreden in veiligheidsrisicogebieden,³⁹⁹ verkennend onderzoek⁴⁰⁰ en repressieve controle⁴⁰¹ vallen er onder.⁴⁰²

Wanneer het gaat om de uitoefening van preventieve controle- of toezichtsbevoegdheden die verband houden met bestuursrechtelijke handhaving,⁴⁰³ kan niet van opsporing worden gesproken.⁴⁰⁴ Daarvan kan wel sprake zijn als de handhavingsactiviteiten worden verricht door een ambtenaar die zowel bestuursrechtelijk toezichthouder als opsporingsambtenaar is. Het OM kan gezag uitoefenen en draagt verantwoordelijkheid voor de betreffende activiteit van deze ambtenaar voor zover zijn activiteit als opsporing heeft te gelden. Of van opsporing sprake is, wordt in deze situatie bepaald door het doel van de bevoegdheidsuitoefening. Als het bij de uitoefening van de betreffende bevoegdheid gaat om onderzoek in verband met strafbare feiten en met als doel het nemen van strafvorderlijke beslissingen, is sprake van opsporing.⁴⁰⁵

ii. Algemene beginselen voor de opsporing

In het voorgestelde wetboek worden de volgende algemene beginselen gecodificeerd:

- een bevoegdheid wordt niet gebruikt voor een ander doel dan waarvoor zij is gegeven (doelbinding of het verbod van détournement de pouvoir),⁴⁰⁶

³⁹⁹ De gemeenteraad kan de burgemeester de bevoegdheid verlenen om bij verstoring van de openbare orde door de aanwezigheid van wapens of bij ernstige vrees voor het ontstaan daarvan, een gebied aanwijzen als veiligheidsrisicogebied. In een dergelijk gebied kan de officier van justitie verschillende bevoegdheden op grond van de WWM toepassen. Zie artikel 151b Gemeentewet.

⁴⁰⁰ Met het oog op het opbouwen en het in stand houden van een zekere informatiepositie door het verzamelen, bewerken, gebruiken en analyseren van gegevens, voorziet de wet in de mogelijkheid van een verkennend onderzoek. Dit onderzoek is mogelijk als aanwijzingen bestaan dat binnen verzamelingen van personen ernstige misdrijven worden beraamd of gepleegd. Zie het voorgestelde artikel 2.9.1 en de geldende artikelen 126gg-ii Sv.

⁴⁰¹ Activiteiten van opsporingsambtenaren die niet zozeer betrekking hebben op het ophelderen, maar op het daaraan voorafgaand ontdekken van mogelijke strafbare feiten. Het betreft controlebevoegdheden die door opsporingsambtenaren worden uitgeoefend en kunnen leiden tot een zaak (bijvoorbeeld een alcoholverkeerscontrole op grond van artikel 160, vijfde lid, Wegenverkeerswet 1994 of de bevoegdheden zoals genoemd in artikel 18-23 van de Wet op de economische delicten (WED)).

⁴⁰² Zie G.J.M. Corstens/M.J. Borgers & T. Kooijmans, *Het Nederlands strafprocesrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2021, paragrafen 9.1 en 9.2. Zie ook de toelichting bij de artikelen 1.1.6 en 2.9.1, eerste lid.

⁴⁰³ Gedacht kan worden aan het toezicht dat de gemeente uitoefent in het kader van het verstrekken van bouwvergunningen. Als in het kader van dat toezicht onregelmatigheden naar boven komen, geeft dat aanleiding tot bestuursrechtelijk optreden, zoals het intrekken van de bouwvergunning. Zie G.J.M. Corstens/M.J. Borgers & T. Kooijmans, *Het Nederlands strafprocesrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2021, paragraaf 9.2.

⁴⁰⁴ Kamerstukken II 2004/05, 30164, nr. 3, p. 17. Zie ook de toelichting bij artikel 1.1.6 en G.J.M. Corstens/M.J. Borgers & T. Kooijmans, *Het Nederlands strafprocesrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2021, paragrafen 9.1 en 9.2.

⁴⁰⁵ G.J.M. Corstens/M.J. Borgers & T. Kooijmans, *Het Nederlands strafprocesrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2021, paragraaf 9.2. Zie ook de toelichting bij artikel 1.1.6.

⁴⁰⁶ Voorgesteld artikel 2.1.2, eerste lid.

- een bevoegdheid wordt alleen uitgeoefend als dit in het belang van het onderzoek is (noodzaak),⁴⁰⁷
- een bevoegdheid wordt alleen uitgeoefend als het daarmee beoogde doel niet op een andere, minder ingrijpende wijze kan worden bereikt (subsidiariteit),⁴⁰⁸ en
- een bevoegdheid wordt alleen uitgeoefend als dat in een redelijke verhouding staat tot het daarmee beoogde doel (proportionaliteit).⁴⁰⁹

Volgens de toelichting worden deze beginselen voor (alleen) het opsporingsonderzoek vastgelegd, omdat deze beginselen voor de normering van het opsporingsonderzoek verhoudingsgewijs van grote betekenis zijn. Dat laat onverlet dat de beginselen van doelbinding, proportionaliteit en subsidiariteit ook in andere delen van het strafprocesrecht en in andere rechtsgebieden een rol spelen en dat soms ook andere beginselen relevant kunnen zijn voor de normering van het opsporingsonderzoek.⁴¹⁰ De toelichting merkt echter ook op dat de algemene bepalingen van het opsporingsonderzoek zoals opgenomen in Titel 1.2 alleen strafvorderlijke bevoegdheden normeren en dus niet van toepassing zijn bij controlebevoegdheden die niet voor een strafvorderlijk doel zijn gegeven.

iii. Beoordeling

De algemene bepalingen zijn dus niet van toepassing verklaard wanneer opsporingsambtenaren aan wie in bijzondere wetten zulke controlebevoegdheden zijn toegekend, deze mede voor opsporing aanwenden⁴¹¹, ook al is er dan wel sprake van opsporing zoals dat in het wetboek wordt gedefinieerd.⁴¹² In de toelichting wordt – terecht – opgemerkt dat wanneer controlebevoegdheden door opsporingsambtenaren mede voor de opsporing worden aangewend, wel sprake is van opsporing in de zin van artikel 1.1.6. Dat betekent dat opsporingsambtenaren die zulke bevoegdheden uitoefenen, zoals het verrichten van een alcoholverkeerscontrole op grond van de Wegenverkeerswet 1994, in zoverre onder het gezag van de officier van justitie staan, dat de officier van justitie hun bevelen kan geven en dat de verbaliseringsplicht van toepassing is.⁴¹³

⁴⁰⁷ Voorgesteld artikel 2.1.2, tweede lid.

⁴⁰⁸ Voorgesteld artikel 2.1.3, aanhef en onder a.

⁴⁰⁹ Voorgesteld artikel 2.1.3, aanhef en onder b. Daarnaast is nog genoemd het verbod voor de opsporingsambtenaar om bij de uitoefening van een bevoegdheid een persoon tot andere strafbare feiten te brengen dan die waarop diens opzet al tevoren was gericht (instigatieverbod). De betekenis daarvan beperkt zich echter tot nu toe tot de heimelijke bevoegdheden.

⁴¹⁰ Toelichting bij Titel 1.2 van Boek 2 (Algemene bepalingen over de uitoefening van bevoegdheden).

⁴¹¹ De toelichting stelt terecht dat de Hoge Raad dit onder voorwaarden toestaat. Zie toelichting bij artikel 2.1.2, eerste lid.

⁴¹² Toelichting bij artikel 1.1.6.

⁴¹³ Toelichting bij artikel 2.1.2, eerste lid.

De algemene beginselen die nu gecodificeerd worden, worden echter in hun reikwijdte beperkt tot de onderzoeksbevoegdheden die in het Wetboek van Strafvordering zelf zijn geregeld. Zij zijn niet gekoppeld aan het opsporingsbegrip en hebben dan ook geen betrekking op controlebevoegdheden uit bijzondere wetten – ook niet als de uitoefening van die bevoegdheden plaatsvindt onder gezag van de officier van justitie. Deze algemene beginselen gelden in ongeschreven vorm weliswaar ook voor andere dan uitdrukkelijk in het Wetboek van Strafvordering geregelde onderzoeksbevoegdheden, maar niet kan worden uitgesloten dat door de codificatie aan deze beginselen een specifieke invulling wordt gegeven of dat twijfels ontstaan over de toepasselijkheid ervan.

De vraag rijst waarom de regering er niet voor heeft gekozen om de reikwijdte van de algemene beginselen te koppelen aan het wettelijk opsporingsbegrip in plaats van deze te beperken tot de in het Wetboek van Strafvordering geregelde onderzoeksbevoegdheden. Dan zijn de gecodificeerde algemene beginselen van toepassing op elk onderzoek naar strafbare feiten dat plaatsvindt onder gezag van de officier van justitie.

Daarnaast rijst de vraag waarom er niet voor is gekozen om ook het met het gelijkheidsbeginsel samenhangende discriminatieverbod te codificeren. Dit verbod speelt een belangrijke rol in de eerste fase van de opsporing vanwege het risico van etnisch profileren bij bijvoorbeeld het preventief fouilleren in veiligheidsrisicogebieden⁴¹⁴ en bij controle op grond van de Wegenverkeerswet 1994.⁴¹⁵ Met de codificatie daarvan wordt voorkomen dat dit verbod van minder betekenis wordt geacht voor de opsporing.⁴¹⁶

⁴¹⁴ Artikel 151b Gemeentewet. Zie ook S. Brinkhoff, 'The Dutch paradox. Over discriminatoir handelen in de Nederlandse strafrechtspleging en concrete handvatten om dit tegen te gaan', *NJB* 2021, p. 2047 e.v. Om discriminatoir handelen van de politie bij het toepassen van controlebevoegdheden te minimaliseren, stelt Brinkhoff onder meer voor de in het voorgestelde wetboek gecodificeerde algemene beginselen aan te vullen met een bepaling die verplicht tot non-discriminatoir optreden.

⁴¹⁵ Zie daarover bijvoorbeeld HR 1 november 2016, ECLI:NL:HR:2016:2454 (Dynamische verkeerscontrole) en HR 9 oktober 2018, ECLI:NL:HR:2018:1872 (Moelander), waarin de Hoge Raad overwoog: "Hetgeen hiervoor [...] is vooropgesteld laat evenwel onverlet de mogelijkheid dat de rechter bevindt dat de politie bij de uitoefening van voornoemde controlebevoegdheden de te controleren persoon of personen heeft geselecteerd op een wijze die onvereenbaar is met het uitgangspunt dat personen niet worden gediscrimineerd wegens onder meer hun ras of hun godsdienst of levensovertuiging. Indien de rechter tot de bevinding komt dat bij die selectie een in dit opzicht niet gerechtvaardigd onderscheid is gemaakt, zal hij moeten bepalen welk rechtsgevolg in de gegeven omstandigheden moet worden verbonden aan de onrechtmatigheid van de uitoefening van de controlebevoegdheid, rekening houdend met factoren als de ernst van het verzuim en het nadeel dat daardoor wordt veroorzaakt."

⁴¹⁶ Zie in meer algemene zin ook A. Das, 'De codificatie van rechtsbeginselen in het gemoderniseerde Wetboek van Strafvordering', *Platform Modernisering Strafvordering*, maart 2018. Zie ook P.H.P.H.M.C. van Kempen, 'Subsidiariteit, proportionaliteit en doelbinding als algemene beginselen: codificatie graag, maar meer volledig', *Delikt en Delinkwent* 2018/8 over (onder meer) onvolledige codificatie en de plaatsing van de beginselbepalingen.

De Afdeling adviseert in de toelichting te verduidelijken waarom ervoor is gekozen om de reikwijdte van de gecodificeerde algemene beginselen te beperken tot de onderzoeksbevoegdheden die in het Wetboek van Strafvordering zijn geregeld en om de reikwijdte daarvan niet te koppelen aan het (ruimere) opsporingsbegrip. Daarnaast adviseert zij toe te lichten waarom niet ook het discriminatieverbod wordt gecodificeerd. Zij adviseert het voorstel zo nodig aan te passen.

c. Algemeen kader voor toepassingsvoorwaarden

Boek 2 van het Wetboek van Strafvordering regelt bevoegdheden die in het opsporingsonderzoek kunnen worden uitgeoefend. Bij die bevoegdheden zijn voorwaarden geformuleerd voor een zorgvuldige toepassing. In de toelichting worden twee met elkaar samenhangende uitgangspunten genoemd die daarbij zijn gehanteerd.⁴¹⁷

Het eerste uitgangspunt houdt in dat naarmate een bevoegdheid ingrijpender is, en een grotere inbreuk maakt op grondrechten, de uitoefening van de bevoegdheid is gebonden aan strengere eisen en met meer waarborgen is omringd. Daarbij kan worden gedacht⁴¹⁸ aan het stellen van hogere eisen aan de mate van verdenking.⁴¹⁹ Daarnaast geldt dat naarmate een bevoegdheid ingrijpender is, een hogere autoriteit moet beslissen over de toepassing daarvan.⁴²⁰ Dit uitgangspunt sluit aan bij het uitgangspunt dat de wetgever reeds bij de totstandkoming van het huidige wetboek hanteerde. Dat hield in dat ruime bevoegdheden, die noodzakelijk zijn om criminaliteit effectief te bestrijden, hand in hand moet gaan met ruime waarborgen om te garanderen dat die bevoegdheden zorgvuldig worden gehanteerd.⁴²¹

Het tweede uitgangspunt, dat samenhangt met het eerstgenoemde, houdt in dat de wettelijke voorwaarden voor de uitoefening van bevoegdheden met elkaar in evenwicht moeten zijn. Bevoegdheden van vergelijkbare mate van ingrijpendheid dienen van toepassingsvoorwaarden te zijn voorzien die onderling niet te zeer uiteenlopen.

⁴¹⁷ Toelichting, Algemeen deel, paragraaf 8.2 (Wettelijke normering van de nieuwe bevoegdheden tot gegevensvergaring); toelichting bij Boek 2, onder 'Uitgangspunten van de wettelijke regeling van het opsporingsonderzoek'.

⁴¹⁸ Dit zijn niet de enige wettelijke toepassingsvoorwaarden. Verschillende (ingrijpender) bevoegdheden zijn bijvoorbeeld aan een termijn gebonden. Ook de beginselen van proportionaliteit en subsidiariteit komen tot uiting in het uitgangspunt dat naarmate een bevoegdheid ingrijpender is deze aan zwaardere wettelijke toepassingsvoorwaarden is gebonden. Zie de toelichting, Algemeen deel, paragraaf 8.2 (Wettelijke normering van de nieuwe bevoegdheden tot gegevensvergaring). Zo geven de toepassingsvoorwaarden 'bij dringende noodzaak' en 'indien het belang van het onderzoek dit dringend vereist' uitdrukking aan het subsidiariteitsbeginsel. Zie toelichting bij artikel 2.1.3.

⁴¹⁹ Vereist kan worden dat er sprake is van een verdenking of van ernstige bezwaren.

⁴²⁰ Zie J.B.H.M. Simmelink, 'Normering van opsporingsbevoegdheden in het gemoderniseerde Wetboek van Strafvordering', *RMTThemis* 2017-6.

⁴²¹ Kamerstukken II 1913/14, 286, nr. 3, p. 55.

De uitwerking van deze uitgangspunten in het nieuwe wetboek sluit nauw aan bij de toedeling van bevoegdheden en de toepassingsvoorwaarden in het huidige wetboek. De toelichting geeft ook aan dat de toepassingsvoorwaarden – vooral het toepasselijke verdenkingscriterium en de bevoegde autoriteit – grotendeels dezelfde zijn gebleven. In het beperkte aantal gevallen waarin daarin toch een wijziging is aangebracht, is dit in de toelichting bij de desbetreffende bepalingen telkens aangegeven.⁴²²

De Afdeling merkt op dat het weliswaar duidelijk is dat een meer ingrijpende bevoegdheid gepaard moet gaan met ruime waarborgen, maar dat de ingrijpendheid van een bevoegdheid niet het enige criterium is voor de te stellen toepassingsvoorwaarden. Ook andere criteria kunnen daarbij een rol spelen, zoals spoed en heterdaad⁴²³ en de omstandigheid dat een bevoegdheid tegen derden kan worden toegepast (zie onder punt 2f). De vraag rijst daarom in hoeverre de in de toelichting geformuleerde uitgangspunten in alle gevallen bepalend zijn voor de te stellen toepassingsvoorwaarden.

Daarnaast merkt de Afdeling op dat de toelichting bij bepaalde bevoegdheden de vraag oproept of de uitgangspunten van de regering wel consistent zijn toegepast. Op basis van de toelichting is niet steeds begrijpelijk waarom tot de gekozen toepassingsvoorwaarden is gekomen. In dit verband zal hierna nader worden ingegaan op de vereisten van het bestaan van ernstige bezwaren (zie punt 2d) en van het beschikken over een machtiging van de rechter-commissaris (zie punt 2e).

d. Ernstige bezwaren

i. Inleiding

Eén van de voorwaarden voor toepassing van bevoegdheden die het Wetboek van Strafvordering vanouds kent, is de hiervoor al genoemde mate van verdenking. Die verdenking bestaat in verschillende gradaties. De gradatie ‘ernstige bezwaren’ is in het huidige en voorgestelde wetboek niet gedefinieerd, maar betreft een zwaardere vorm van verdenking. De gewone ofwel ‘blote’ verdenking is in het wetboek gedefinieerd als “een uit feiten of omstandigheden voortvloeiend redelijk vermoeden van schuld aan een strafbaar feit”⁴²⁴ Daarnaast is in het wetboek ten aanzien van een

⁴²² Toelichting bij Boek 2, onder ‘Uitgangspunten voor de systematisering van bevoegdheden’.

⁴²³ Deze criteria maken dat ondanks de grote mate van ingrijpendheid van de bevoegdheid een lagere autoriteit bevoegd is om toestemming te geven voor het uitoefenen van de betreffende bevoegdheid. Zie bijvoorbeeld de geldende artikelen 55 (betreden van plaatsen ter aanhouding bij ontdekking op heterdaad), 96c, tweede lid, Sv (spoeddoorzoeking plaatsen) en 97, eerste lid, (spoeddoorzoeking woning) Sv (de voorgestelde artikelen 2.5.6, 2.7.12, tweede lid, respectievelijk 2.7.13, eerste lid).

⁴²⁴ Geldend artikel 27, eerste lid, Sv respectievelijk voorgesteld artikel 1.4.1, tweede lid.

aantal opsporingsbevoegdheden bepaald dat deze ook mogen worden uitgeoefend tegen personen die nog geen verdachte zijn. Het gaat om de 'vroegverdenking'⁴²⁵ en om het geval dat er aanwijzingen van terrorisme zijn.⁴²⁶

Het begrip 'ernstige bezwaren' heeft een relatief karakter. De inhoud is steeds gerelateerd aan de context waarbinnen het begrip wordt gebruikt.⁴²⁷ Het begrip laat zich dan ook niet eenvoudig definiëren. Pogingen daartoe hebben geleid tot (onder meer) de volgende definities: 'ernstige gronden van verdenking';⁴²⁸ 'een betrekkelijk hoge graad van verdenking' of 'een stevige verdenking';⁴²⁹ 'een grotere mate van waarschijnlijkheid dat de verdachte het strafbare feit heeft begaan' of 'een zware verdenking met waarschijnlijkheid van daderschap'.⁴³⁰ Vast staat in ieder geval dat de eis van het bestaan van ernstige bezwaren om tot uitoefening van een bepaalde bevoegdheid te mogen overgaan, wordt gesteld om aan te geven dat die bevoegdheid niet te lichtvaardig mag worden gebruikt.⁴³¹

In het voorgestelde wetboek wordt in een aantal gevallen het vereiste van het bestaan van ernstige bezwaren geschrapt. Dat betreft het onderzoek aan de kleding van de verdachte⁴³² en het onderzoek aan en in het lichaam van de verdachte⁴³³, voor zover die onderzoeken tegen de wil van de verdachte worden verricht. Hierna (onder ii en iii) wordt daaraan aandacht besteed.

⁴²⁵ Voorgesteld artikel 2.8.22, eerste lid. Het gaat hierbij om personen ten aanzien van wie uit feiten of omstandigheden een redelijk vermoeden voortvloeit dat zij zijn betrokken bij het in georganiseerd verband beramen of plegen van misdrijven. Zie G.J.M. Corstens/ M.J. Borgers & T. Kooijmans, *Het Nederlands strafprocesrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2021, paragraaf 4.6.

⁴²⁶ Voorgesteld artikel 2.8.22, tweede lid. Een aantal bijzondere opsporingsbevoegdheden kan al worden gehanteerd op het moment dat er nog geen redelijk vermoeden is van een gepleegd strafbaar feit en ook geen redelijk vermoeden is van – kort gezegd – een in georganiseerd verband gepleegd of beraamd misdrijf, maar er enkel aanwijzingen bestaan dat een terroristisch misdrijf is of zal worden gepleegd. Zie G.J.M. Corstens/M.J. Borgers & T. Kooijmans, *Het Nederlands strafprocesrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2021, paragrafen 4.6 en 9.1.

⁴²⁷ Zie J.M. Reijntjes, aant. 3 bij artikel 67 Sv, in: A.L. Melai/M.S. Groenhuijsen e.a. (red.), *Het Wetboek van Strafvordering*, Deventer: Kluwer (online).

⁴²⁸ Toelichting bij het ontwerp-Wetboek, Kamerstukken II 1913/14, 286, nr. 3, p. 170.

⁴²⁹ G.J.M. Corstens/M.J. Borgers & T. Kooijmans, *Het Nederlands strafprocesrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2021, paragrafen 4.11 en 117.

⁴³⁰ J.M. Verheul, 'Onderzoek kleding en lichaam', paragraaf 10.4, in: M.F. Attinger e.a./P.A.M. Mevis e.a., *Handboek Strafzaken*, Deventer: Wolters Kluwer (online).

⁴³¹ A.M. Kengen, 'Ernstige bezwaren als vereiste voor fouillering', in: J.P. Balkema e.a. (red.), *Dynamisch Strafrecht* (Corstens-bundel), Arnhem: Gouda Quint 1995.

⁴³² Voorgesteld artikel 2.6.5; geldend artikel 55b Sv (onderzoek aan de kleding ter identificatie), artikel 56 Sv (onderzoek aan de kleding door (hulp)officier van justitie of overige opsporingsambtenaren) en artikel 195 Sv (onderzoek aan de kleding door de rechter-commissaris).

⁴³³ Voorgestelde artikelen 2.6.6 en 2.6.7; geldend artikel 56 Sv (onderzoek aan het lichaam door de (hulp) officier van justitie en in het lichaam door de officier van justitie) en artikel 195 Sv (onderzoek aan en in het lichaam door de rechter-commissaris).

De Afdeling wijst erop dat het vereiste van het bestaan van ernstige bezwaren eveneens wordt geschrapt bij het klassieke DNA-onderzoek dat tegen de wil van de verdachte plaatsvindt.⁴³⁴ Het DNA-onderzoek maakt inbreuk op het (grond)recht op bescherming van de persoonlijke levenssfeer⁴³⁵, omdat het DNA-profiel op grond van het Besluit DNA-onderzoek in strafzaken wordt opgenomen in de DNA-databank. Aan mogelijke risico's die het schrappen van het vereiste van ernstige bezwaren in dat licht meebrengt, zal in de context van het Besluit DNA-onderzoek in strafzaken aandacht moeten worden besteed.

ii. Onderzoek aan de kleding

In het geldende wetboek worden twee typen kledingonderzoek geregeld. Opsporingsambtenaren zijn bevoegd een staande gehouden of aangehouden verdachte aan zijn kleding te onderzoeken als dat noodzakelijk is om zijn identiteit te achterhalen.⁴³⁶ Daarnaast is de (hulp)officier van justitie bevoegd te bepalen⁴³⁷ en is de rechter-commissaris⁴³⁸ bevoegd te bevelen dat de verdachte aan zijn kleding zal worden onderzocht als dat bijdraagt aan de opsporing van een strafbaar feit ('in het belang van het onderzoek'). Bij het kledingonderzoek ter opsporing van een strafbaar feit is thans vereist dat er tegen de verdachte ernstige bezwaren bestaan; voor het onderzoek om de identiteit te achterhalen, geldt dit vereiste niet.

De bepalingen die deze bevoegdheden regelen, worden in het voorstel samengevoegd in één bepaling en de waarborgen worden in neerwaartse richting geüniformeerd. De opsporingsambtenaar kan zelfstandig beslissen tot kledingonderzoek ter opsporing van een strafbaar feit en het vereiste van het bestaan van ernstige bezwaren komt te vervallen.⁴³⁹

In de toelichting wordt gesteld⁴⁴⁰ dat in andere wetten aan de uitoefening van corresponderende bevoegdheden het vereiste van het bestaan van

⁴³⁴ Voorgesteld artikel 2.6.16; geldende artikelen 151b (in opdracht van officier van justitie) en 195d Sv (in opdracht van rechter-commissaris). De eis dat het DNA-onderzoek alleen kan worden bevolen bij verdenking van een misdrijf waarop gevangenisstraf van vier jaar of meer is gesteld of daarmee wettelijk gelijkgesteld lichter misdrijf blijft wel materieel gehandhaafd (voorgesteld artikel 2.2.16, eerste lid; geldend artikel 151b, eerste lid, Sv).

⁴³⁵ Artikel 10 Grondwet.

⁴³⁶ Geldend artikel 55b Sv.

⁴³⁷ Geldend artikel 56 Sv.

⁴³⁸ Geldend artikel 195 Sv.

⁴³⁹ Toelichting bij artikel 2.6.5.

⁴⁴⁰ In de toelichting worden argumenten gegeven voor de voorgestelde wijziging om de opsporingsambtenaar zelfstandig te laten beslissen tot kledingonderzoek ter opsporing van een strafbaar feit. Voor de redenen die ertoe hebben geleid dat wordt voorgesteld het vereiste van het bestaan van ernstige bezwaren te laten vervallen, wordt naar deze argumenten verwezen. Zie toelichting bij artikel 2.6.5.

ernstige bezwaren evenmin wordt gesteld. Gewezen wordt daarbij op een tweetal bepalingen in de Politiewet 2012 op grond waarvan een verdachte aan kledingonderzoeken, de veiligheidsfouillering en de insluitingsfouillering, kan worden onderworpen.⁴⁴¹ Daarom is ervoor gekozen om ook voor het kledingonderzoek ter opsporing van een strafbaar feit de eis van ernstige bezwaren te laten vervallen. In de toelichting wordt betoogd dat dat kledingonderzoek niet ingrijpender is dan de andere kledingonderzoeken en ook is gericht op het vinden van voorwerpen. Door dat onderscheid in het voorgestelde artikel op te heffen, zou bovendien een eenduidige en logische systematiek ontstaan.⁴⁴²

De Afdeling merkt op dat de argumenten die de regering in de toelichting geeft om het vereiste van het bestaan van ernstige bezwaren bij onderzoek aan de kleding in het kader van de opsporing te laten vervallen niet overtuigen. Zij wijst daarbij op en beziet het voorstel in het licht van de hiervoor beschreven uitgangspunten die de regering hanteert bij de toedeling van bevoegdheden en de toepassingsvoorwaarden (zie punt 2c).

Allereerst wijst de Afdeling erop dat de mate van ingrijpendheid van het kledingonderzoek ter opsporing van een strafbaar feit niet zonder meer op één lijn kan worden gesteld met de mate van ingrijpendheid van de identiteitsfouillering. De identiteitsfouillering, die plaatsvindt na staande houding of aanhouding, werd destijds ingevoerd voor lichte vergrijpen, zoals zwartrijden in het openbaar vervoer, en was bedoeld om de overtreder die weigert zich te identificeren aan de kleding te onderzoeken om voorwerpen voor de identificatie te kunnen vinden.⁴⁴³ Deze fouilleringsmethode zal doorgaans plaatsvinden in het openbaar en zal vrijwel altijd beperkt blijven tot het aftasten en doorzoeken van de kleding. Datzelfde geldt in meer of mindere mate voor de veiligheids- en de insluitingsfouillering. Het kledingonderzoek ter opsporing van een strafbaar feit zal doorgaans plaatsvinden bij verdenking van zwaardere delicten. Dat kledingonderzoek zal bovendien vaker betekenen dat de verdachte zich geheel of gedeeltelijk van de kleding ontdoet of ontdaan wordt.⁴⁴⁴ Een dergelijke handeling brengt een zwaardere inbreuk op de lichamelijke integriteit met zich, in het bijzonder wanneer daarbij intieme delen van het lichaam worden ontbloot.⁴⁴⁵

⁴⁴¹ Artikelen 7, derde lid, en 9, vierde lid, Politiewet 2012 in verbinding met artikel 28, eerste lid, van de Ambtsinstructie voor de politie, de Koninklijke marechaussee en andere opsporingsambtenaren.

⁴⁴² Toelichting bij artikel 2.6.5.

⁴⁴³ De bevoegdheid werd toen neergelegd in artikel 61c Sv, dat later werd hernoemd tot 55b Sv; Kamerstukken I 1992/93, 19757, nr. 122a.

⁴⁴⁴ Voorgesteld artikel 2.6.5, tweede en derde lid.

⁴⁴⁵ In dat laatste geval is een bevel van de (hulp)officier van justitie vereist. Zie voorgesteld artikel 2.6.5, derde lid.

Voorts merkt de Afdeling op dat, bij verdenking van overtreding van de Opiumwet, een opsporingsambtenaar een verdachte ook alleen maar aan de kleding mag onderzoeken als er tegen hem ernstige bezwaren bestaan.⁴⁴⁶ Anders dan de veiligheids- en de insluitingsfouillering⁴⁴⁷ betreft deze bevoegdheid in de Opiumwet – evenals het kledingonderzoek als bedoeld in de artikelen 56 en 195 Sv – kledingonderzoek ter opsporing van een strafbaar feit (een Opiumwetdelict). Het dient ertoe om bij de verdachte aanwezige verdovende middelen of daaraan gerelateerde voorwerpen op te sporen. Het opheffen van het onderscheid tussen kledingonderzoek ter opsporing van een strafbaar feit en andere kledingonderzoeken draagt dan ook niet zonder meer bij aan een eenduidige en logische systematiek. Het laten vallen van de eis van ernstige bezwaren bij kledingonderzoek ter opsporing van een strafbaar feit is niet in lijn met het uitgangspunt van de regering dat de wettelijke toepassingsvoorwaarden voor de uitoefening van vergelijkbare bevoegdheden (zoals artikel 9 Opiumwet) met elkaar in evenwicht moeten zijn.

De Afdeling adviseert, mede in het licht van de toepassingsvoorwaarden bij soortgelijke bevoegdheden, zoals artikel 9 van de Opiumwet, nader toe te lichten waarom het vereiste van ernstige bezwaren bij het onderzoek aan de kleding niet meer nodig is.

iii. Onderzoek aan en in het lichaam

Voorgesteld wordt het vereiste van ernstige bezwaren eveneens te laten vervallen als de verdachte wordt onderzocht aan⁴⁴⁸ of in⁴⁴⁹ zijn lichaam ter opsporing van een strafbaar feit ('in het belang van het onderzoek'). Uit de toelichting blijkt dat aan deze keuze dezelfde overweging ten grondslag ligt als aan het loslaten van dit criterium bij het kledingonderzoek, te weten dat corresponderende bevoegdheden in andere wetten het vereiste van het bestaan van ernstige bezwaren evenmin kennen. Gewezen wordt daarbij wederom op de Politiewet 2012. Op grond daarvan kan een in te sluiten verdachte in verband met veiligheidsoverwegingen aan een onderzoek aan zijn kleding of een onderzoek in het lichaam worden onderworpen.⁴⁵⁰ Voor die onderzoeken geldt de eis van ernstige bezwaren niet, terwijl deze even ingrijpend zijn als onderzoek aan en in het lichaam dat in het kader van het opsporingsonderzoek plaatsvindt. Met het laten vervallen van deze eis bij het

⁴⁴⁶ Artikel 9, tweede lid, Opiumwet.

⁴⁴⁷ Het doel van de veiligheids- en insluitingsfouillering is, kort gezegd, het afwenden van een mogelijk dreigend gevaar.

⁴⁴⁸ Voorgesteld artikel 2.6.6; geldende artikelen 56, eerste lid, Sv (bevoegdheid van de (hulp)officier van justitie) en 195, eerste lid, Sv (bevoegdheid van de rechter-commissaris).

⁴⁴⁹ Voorgesteld artikel 2.6.7; geldende artikelen 56, tweede lid, Sv (bevoegdheid van de officier van justitie) en 195, tweede lid, Sv (bevoegdheid van de rechter-commissaris).

⁴⁵⁰ Artikel 7, vierde en zesde lid, Politiewet 2012.

onderzoek aan en in het lichaam ter opsporing van een strafbaar feit wordt daarbij aangesloten.⁴⁵¹

De Afdeling merkt op dat het onderzoek aan en in het lichaam een forse inbreuk vormt op de (grond)rechten op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer en op de onaantastbaarheid van het lichaam.⁴⁵² Zij wijst daarbij op een uitspraak waarin de Hoge Raad een “schouwing van de natuurlijke openingen en holten van het lichaam” heeft aangemerkt als een “zeer ingrijpende inbreuk op een grondrecht van de verdachte.”⁴⁵³

Zoals hiervoor reeds is beschreven, hanteert de regering bij de toedeling van bevoegdheden en toepassingsvoorwaarden het uitgangspunt dat zwaardere wettelijke toepassingsvoorwaarden dienen te gelden naarmate de uitoefening van een bevoegdheid ingrijpender is. In het licht hiervan acht de Afdeling het niet begrijpelijk dat het vereiste van het bestaan van ernstige bezwaren bij het onderzoek aan en in het lichaam komt te vervallen. Zij adviseert het schrappen van het vereiste van ernstige bezwaren bij het onderzoek aan en in het lichaam te heroverwegen.

e. Machtiging van de rechter-commissaris

i. Inleiding

Aan de uitoefening van opsporingsbevoegdheden kan als voorwaarde worden gesteld dat een bepaalde autoriteit daartoe toestemming verleent. Naarmate de bevoegdheid ingrijpender is, is een hogere autoriteit bevoegd om te beslissen over de toepassing daarvan (zie punt 2c). Binnen het stelsel van strafvordering vormt rechterlijke toetsing de hoogste graad van juridische expertise en afstandelijkheid in het toezicht op concrete opsporingshandelingen.⁴⁵⁴

De rechter-commissaris toetst, indien voor het gebruik van een opsporingsbevoegdheid zijn machtiging is vereist, de rechtmatigheid van de uitoefening daarvan. De rechter controleert of aan de wettelijke eisen voor de uitoefening van de bevoegdheid wordt voldaan.⁴⁵⁵ Daarnaast kunnen de algemene

⁴⁵¹ Toelichting bij de artikelen 2.6.6 en 2.6.7.

⁴⁵² Artikelen 10 respectievelijk 11 Grondwet.

⁴⁵³ HR 19 februari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY5321, r.o. 2.4.5. Het ging om lijfsvisitatie op grond van artikel 17 van de toenmalige Douanewet (nu artikel 1:28 van de Algemene Douanewet), die aan de orde kwam in HR 29 mei 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ8795.

⁴⁵⁴ Zie M.S. Groenhuijsen & G. Knigge (red.), *Het vooronderzoek in strafzaken. Tweede interimrapport onderzoeksproject Strafvordering 2001*, Deventer: Gouda Quint 2001, p. 48 en M.S. Groenhuijsen & G. Knigge (red.), *Dwangmiddelen en rechtsmiddelen. Derde interimrapport onderzoeksproject Strafvordering 2001*, Deventer: Kluwer 2002, p. 48-49.

⁴⁵⁵ Zie M.S. Groenhuijsen & G. Knigge (red.), *Het vooronderzoek in strafzaken. Tweede interimrapport onderzoeksproject Strafvordering 2001*, Deventer: Gouda Quint 2001, p. 49.

beginselen zoals noodzaak, proportionaliteit en subsidiariteit bij die toetsing een rol spelen.

Rechterlijke toetsing is aangewezen bij 'de meest ingrijpende dwang- of opsporingsmiddelen'. Wanneer daarvan sprake is, hangt mede af van rechts-politieke waarderingen, die naar tijd en omstandigheden kunnen variëren. In elk geval vallen de vrijheidsbenemende dwangmiddelen daar onder. Verder kan bijvoorbeeld worden gedacht aan inbreuken op het briefgeheim en het telefoon- en telegraafgeheim, het onderscheppen van gegevens-verkeer, het onderzoek in woningen en ernstige inbreuken op de lichamelijke integriteit.⁴⁵⁶

Bij een tweetal ingrijpende opsporingsmethoden wordt het vereiste van een voorafgaande rechterlijke toetsing niet meer gesteld.⁴⁵⁷ Hierna maakt de Afdeling opmerkingen over het vervallen van dit vereiste.

ii. De Mr. Big-methode

De Mr. Big-methode is een opsporingsmethode waarbij één of meer opspo-ringsambtenaren, zonder dat kenbaar is dat zij als zodanig optreden, binnen het verband van een gefingeerde criminele organisatie het vertrouwen van een zwi-gende of ontkennende verdachte winnen. Daarna worden hem in het kader van die organisatie voordelen in het vooruitzicht gesteld als hij ten overstaan van de leider van die organisatie, de zogenoemde 'Mr. Big', in werkelijkheid een opsporingsambtenaar, een (bekenkende) verklaring aflegt omtrent zijn betrokkenheid bij een bepaald strafbaar feit.⁴⁵⁸

Tegen de inzet van deze methode zijn in de wetenschap de nodige bezwaren aangevoerd.⁴⁵⁹ Zo wordt erop gewezen dat de verklaringsvrijheid van de verdachte in het gedrang kan komen. Getracht wordt om de verdachte door

⁴⁵⁶ Zie M.S. Groenhuijsen & G. Knigge (red.), *Het vooronderzoek in strafzaken. Tweede interimrapport onderzoeksproject Strafvordering 2001*, Deventer: Gouda Quint 2001, p. 48-49.

⁴⁵⁷ Ook bij het vorderen van gevoelige gegevens wordt de eis van een machtiging van de rechter-commissaris geschrapt. Zie daarvoor punt 3d.

⁴⁵⁸ Zie G.J.M. Corstens/M.J. Borgers & T. Kooijmans, *Het Nederlands strafprocesrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2021, paragraaf 12.6; J.H. Crijns & M. Dubelaar, 'Mr. Big een maatje te groot voor Nederland? Over de toelaatbaarheid en de normering van undercoveroperaties', *Ars Aequi* 2020, p. 748 en 750.

⁴⁵⁹ J.H. Crijns & M. Dubelaar, 'Mr. Big een maatje te groot voor Nederland? Over de toelaatbaarheid en de normering van undercoveroperaties', *Ars Aequi* 2020, p. 751-752; D. Aben, 'De twee sirenen van het bewijs', *Expertise en Recht* 2020, p. 1-9; S. Brinkhoff, 'De stelselmatige informatie-inwinning van artikel 126j Sv: transparantie als noodzakelijke voorwaarde voor een effectieve rechtmatigheids- en betrouwbaarheidstoets', *Nederlands Tijdschrift voor Strafrecht* 2020, p. 262-269; C. Ganzeboom, 'De Mr. Big-methode: een uitzondering op het zwijgrecht?', *Delikt en Delinkwent* 2019, p. 664-688; E.W. Kruisbergen, 'De inzet van Mr. Big en andere undercovertechnieken. Pleidooi voor een meer open en genuanceerd debat', *Strafblad* oktober 2018, p. 40-49; P.J. van Koppen & R. Horselenberg, 'Van toneelspelende politiemensen en onwetende verdachten die bekennen tegen Mr. Big', *Strafblad* mei 2018, p. 63-75.

middel van misleiding informatie te ontlocken over een strafbaar feit en zijn betrokkenheid daarbij. Daarmee kunnen de wettelijke waarborgen ten behoeve van de verklaringsvrijheid, te weten het zwijgrecht, de cautie en het pressieverbod,⁴⁶⁰ op de tocht komen te staan. Een hiermee samenhangend bezwaar is gelegen in de risico's voor de betrouwbaarheid van de afgelegde verklaringen bij inzet van de Mr. Big-methode. Door de verdachte aanzienlijke voordelen in het vooruitzicht te stellen, bestaat het risico dat de verdachte ervoor kiest een verklaring af te leggen die in strijd is met de waarheid.

In de consultatieversie van het voorstel zoals dat begin 2017 openbaar is gemaakt, is te lezen dat vergaande undercoveroperaties gericht op individuen onder de bevoegdheid van infiltratie zouden worden geschaard in de vorm van een nieuwe variant 'infiltratie op een persoon'. Volgens deze versie zou een voorafgaande machtiging van de rechter-commissaris vereist zijn voor infiltratie (zie voor het huidige voorstel echter hierna, onder iii).⁴⁶¹

In twee spraakmakende zaken waarin deze opsporingsmethode is ingezet, heeft de Hoge Raad in 2019 arrest gewezen.⁴⁶² Volgens de Hoge Raad kan de wettelijke grondslag voor dit type opsporingsmethoden worden gevonden in de bepaling betreffende de bevoegdheid tot het stelselmatig inwinnen van informatie.⁴⁶³ Hierbij wordt informatie ingewonnen over een persoon door deel te nemen aan de maatschappelijke verbanden waarin die persoon verkeert of door het hebben van contact met die persoon of met personen die deel uitmaken van zijn maatschappelijke verbanden.⁴⁶⁴ Bij de inzet van deze bevoegdheid wordt de eis van een voorafgaande machtiging van de rechter-commissaris niet gesteld.

In het huidige voorstel wordt dit type opsporingsmethode, in navolging van de Hoge Raad, geschaard onder de stelselmatige inwinning van informatie. Bij de totstandkoming van deze bevoegdheid had de toenmalige wetgever evenwel niet voor ogen dat deze bevoegdheid ook als basis zou gaan dienen voor langdurige, intensieve en ingrijpende trajecten, zoals de Mr. Big-methode, waarbij maatschappelijke omstandigheden worden gecreëerd

⁴⁶⁰ Geldend artikel 29 Sv.

⁴⁶¹ Zie artikel 2.8.2.6.1 van de consultatieversie van het voorstel en de toelichting daarbij.

⁴⁶² HR 17 december 2019, ECLI:NL:HR:2019:1982 (Kaatsheuvel) en HR 17 december 2019, ECLI:NL:HR:2019:1983 (Posbank).

⁴⁶³ Geldend artikel 126j Sv en voorgesteld artikel 2.8.11, eerste lid. Zie HR 17 december 2019, ECLI:NL:HR:2019:1982 (Kaatsheuvel), r.o. 5.2.1. Volgens o.a. A-G Bleichrodt past de Mr. Big-methode evenwel beter bij infiltratie (artikel 126h Sv). Zie de conclusie van A-G Bleichrodt van 18 juni 2019, ECLI:NL:PHR:2019:648 onder 79.

⁴⁶⁴ Voorgesteld artikel 2.8.11, eerste lid. Zie ook de toelichting bij artikel 2.8.11, eerste lid.

en gefingeerd.⁴⁶⁵ In verband daarmee wordt in het huidige voorstel naast de ‘klassieke’ bevoegdheid tot het stelselmatig inwinnen van informatie een regeling geïntroduceerd voor de meer indringende vorm van stelselmatige inwinning van informatie door een persoon, al dan niet in samenwerking met de opsporingsambtenaar, activiteiten te laten verrichten.⁴⁶⁶ Aan deze vorm van stelselmatige informatie-inwinning zijn strengere toepassingsvoorwaarden verbonden, zoals een zwaarder verdenkingscriterium.⁴⁶⁷ De eis van een voorafgaande machtiging van de rechter-commissaris wordt evenwel niet gesteld.

De Afdeling wijst erop dat de Mr. Big-methode of daarmee vergelijkbare methoden een aanzienlijke inbreuk op de persoonlijke levenssfeer van de verdachte maken. In de toelichting wordt dit ook onderkend en wordt opgemerkt dat het gaat om zeer ingrijpende en risicovolle operaties en dat sommige toepassingen van deze bevoegdheid zelfs kunnen worden gezien als de meest ingrijpende vorm van een undercoveroperatie.⁴⁶⁸ In het licht van de door de regering gehanteerde uitgangspunten voor de toedeling van bevoegdheden en toepassingsvoorwaarden (zie punt 2c), ligt het volgens de Afdeling voor de hand om aan de inzet van deze indringende vormen van stelselmatige informatie-inwinning de voorwaarde te stellen van een voorafgaande machtiging van de rechter-commissaris.⁴⁶⁹ Dit geldt nog te meer als in aanmerking wordt genomen dat de Hoge Raad heeft benadrukt dat een dergelijk optreden van een opsporingsambtenaar zoveel mogelijk auditief of audiovisueel dient te worden vastgelegd in verband met de beoordeling door de rechter of de verklaringsvrijheid van de verdachte is

⁴⁶⁵ Dit volgt uit de conclusies van A-G Machiels van 25 september 2018, ECLI:NL:PHR:2018:1042 onder 8 (Kaatsheuvel) en A-G Bleichrodt van 18 juni 2019, ECLI:NL:PHR:2019:648 onder 79 (Posbank). Zie ook de toelichting bij artikel 2.8.11, tweede lid.

⁴⁶⁶ Voorgesteld artikel 2.8.11, tweede lid. Zowel de ‘klassieke’ bevoegdheid tot het stelselmatig inwinnen van informatie als bedoeld in het eerste lid van artikel 2.8.11 als de meer indringende vorm daarvan als bedoeld in het tweede lid van artikel 2.8.11 kunnen op grond van artikel 2.8.19, eerste lid, ook worden uitgeoefend door een burger. Daarvoor is vereist dat is voldaan aan de wettelijke voorwaarden voor de uitoefening van de betreffende bevoegdheid.

⁴⁶⁷ Bij de klassieke bevoegdheid tot het stelselmatig inwinnen van informatie als bedoeld in het eerste lid van artikel 2.8.11 is vereist dat sprake is van verdenking van een misdrijf. De officier van justitie kan het bevel geven. Bij de meer indringende vorm als bedoeld in het tweede lid is vereist dat sprake is van verdenking van een misdrijf waarop gevangenisstraf van vier jaar of meer is gesteld en dat gezien zijn aard of de samenhang met andere in verband met die verdenking begane misdrijven een ernstige inbreuk op de rechtsorde oplevert. De officier van justitie kan het bevel slechts geven indien het belang van het onderzoek dit dringend vereist.

⁴⁶⁸ Toelichting bij 2.8.11, tweede lid.

⁴⁶⁹ Zo ook J.H. Crijns & M. Dubelaar, ‘Mr. Big een maatje te groot voor Nederland? Over de toelaatbaarheid en de normering van undercoveroperaties’, *Ars Aequi* 2020, p. 763.

aangetast⁴⁷⁰, en dat voor het opnemen van deze vertrouwelijke communicatie een machtiging van de rechter-commissaris is vereist.⁴⁷¹

De Afdeling adviseert te bepalen dat voor de meer indringende vormen van stelselmatige inwinning van informatie, zoals bedoeld in het voorgestelde tweede lid van artikel 2.8.11, een machtiging van de rechter-commissaris vereist is.

iii. Infiltratie

De reeds bestaande bijzondere opsporingsbevoegdheid infiltratie wordt met enkele wijzigingen in het voorgestelde wetboek gehandhaafd.⁴⁷² Bij infiltratie neemt een opsporingsambtenaar (of soms een burger)⁴⁷³ deel aan activiteiten van het criminele milieu en rapporteert daarover. De infiltrant mag daarbij onder voorwaarden zelf ook strafbare feiten begaan.⁴⁷⁴ De inzet van infiltratie is niet zonder gevaar. Zo bestaat het risico dat de infiltrant wordt ‘besmet’ door het criminele milieu of dat met hem wordt afgerekend indien hij wordt ontmaskerd.⁴⁷⁵

In de consultatieversie van het voorstel werd bepaald dat infiltratie alleen is toegestaan met machtiging van de rechter-commissaris. Met infiltratie kan, zo stelde de toelichting bij de consultatieversie, op een zeer ingrijpende wijze inbreuk worden gemaakt op de persoonlijke levenssfeer van verdachten, maar ook van andere, niet-verdachte, personen. Een infiltrant wordt immers vaak ook opgenomen in de privékringen van de verdachte waardoor ook vele facetten van het privéleven van onverdachte personen die zich in de kring van de verdachte bevinden, zich aan de infiltrant openbaren. Daarnaast kan volgens de toelichting bij de consultatieversie bij de bevoegdheid tot infiltratie de integriteit van de opsporing in het geding raken. De officier van justitie heeft geen dagelijks zicht op de infiltrant. Het werd dan ook gepast gevonden om te voorzien in een samenstel van waarborgen in de vorm van toepassingsvoorwaarden, waaronder ook een voorafgaande rechterlijke toets.⁴⁷⁶

⁴⁷⁰ HR 17 december 2019, ECLI:NL:HR:2019:1982 (Kaatsheuvel), r.o. 5.2.2 en HR 17 december 2019, ECLI:NL:HR:2019:1983 (Posbank), r.o. 5.2.2.

⁴⁷¹ Voorgesteld artikel 2.8.16, eerste lid; geldend artikel 126i, eerste en vierde lid, Sv.

⁴⁷² Geldend artikel 126h Sv respectievelijk voorgesteld artikel 2.8.12.

⁴⁷³ Voorgesteld artikel 2.8.19, eerste lid (geldend artikel 126w Sv). Dit kan onder voorwaarden ook een criminele burgerinfiltrant zijn. Zie G.J.M. Corstens/M.J. Borgers & T. Kooijmans, *Het Nederlands strafprocesrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2021, paragraaf 12.7.

⁴⁷⁴ Zie voorgesteld artikel 2.8.12, derde lid, waarin is vermeld dat in het bevel kan worden bepaald dat bij de uitvoering daarvan bepaalde strafbare handelingen mogen worden verricht door de persoon die de bevoegdheid uitoefent.

⁴⁷⁵ Zie G.J.M. Corstens/M.J. Borgers & T. Kooijmans, *Het Nederlands strafprocesrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2021, paragraaf 12.7.

⁴⁷⁶ Zie artikel 2.8.2.6.1 van de consultatieversie van het voorstel en de toelichting daarbij.

De Afdeling wijst erop dat de argumenten die in de toelichting bij de consultatieversie werden gegeven om een machtiging van de rechter-commissaris als eis in te voeren, goed aansluiten bij de uitgangspunten die de regering hanteert bij de toedeling van bevoegdheden en toepassingsvoorwaarden (zie punt 2c). Zij merkt op dat in de huidige toelichting niet inhoudelijk is gemotiveerd waarom van het voornemen is afgezien om infiltratie alleen toe te staan met een voorafgaande machtiging van de rechter-commissaris. Daarin wordt enkel gesteld dat de eis van rechterlijke machtiging is geschrapt "naar aanleiding van de adviezen van de verschillende ketenpartners".⁴⁷⁷

De inhoud van deze adviezen is echter tegenstrijdig. De Raad voor de rechtspraak onderschrijft dat de bevoegdheid tot infiltratie een machtiging van de rechter-commissaris vereist.⁴⁷⁸ Ook de Nederlandse Vereniging voor Rechtspraak beoordeelt het vereiste van rechterlijke machtiging bij infiltratie positief, gelet op het ingrijpende karakter van dit opsporingsmiddel. Zij stelt wel voor de machtiging niet de wijze van uitvoering te laten omvatten, maar de toetsing te beperken tot proportionaliteit en subsidiariteit en tot de vraag of overigens aan de wettelijke vereisten is voldaan.⁴⁷⁹

Zowel de politie⁴⁸⁰ als de bijzondere opsporingsdiensten⁴⁸¹ keren zich tegen de invoering van het vereiste van een machtiging van de rechter-commissaris bij de inzet van infiltratie.⁴⁸² In deze adviezen wordt voornamelijk gewezen op het belang van (het landelijk beleid van) de Centrale Toetsingscommissie (CTC) van het OM. De CTC is een intern adviesorgaan van het OM dat het College van procureurs-generaal adviseert omtrent de voorgenomen inzet van (onder meer) infiltratie.

De Afdeling merkt op dat de inzet van infiltratie, zoals in de toelichting bij de consultatieversie terecht is uiteengezet, een zeer ingrijpende inbreuk kan maken op de persoonlijke levenssfeer van betrokkenen. De inzet van dit middel noopt tot een zorgvuldige toetsing, zodat voorkomen wordt dat dit

⁴⁷⁷ Toelichting bij artikel 2.8.12, eerste en tweede lid.

⁴⁷⁸ Advies Raad voor de rechtspraak over Boeken 1-2 van 11 juli 2017, p. 35-36.

⁴⁷⁹ Advies Nederlandse Vereniging voor Rechtspraak over Boeken 1-2 van 25 juli 2017, p. 27-28.

⁴⁸⁰ Advies Politie over Boeken 1-2 van 27 juni 2017, bijlage 2, p. 81-85. Daarnaast wordt in het advies onder meer nog opgemerkt dat toetsing door de rechter-commissaris zijn onafhankelijkheid kan aantasten en dat machtiging van de rechter-commissaris bij andere bevoegdheden door de Grondwet wordt vereist, maar niet bij infiltratie.

⁴⁸¹ Advies Platform bijzondere opsporingsdiensten over Boeken 1-2 van 26 juni 2017, p. 32-33. Daarnaast wordt er in het advies nog op gewezen dat aan de infiltrant strenge kwaliteits- en integriteitseisen worden gesteld, dat er regels zijn aangaande de coördinatie en samenwerking in een infiltratietraject en dat de inzet van een infiltrant ook door de officier van justitie vooraf wordt beoordeeld.

⁴⁸² In de overige adviezen, waaronder het advies van het OM, wordt op dit punt niet ingegaan. Zie advies OM over Boek 2 van 5 juli 2017, p. 38-43.

middel lichtvaardig wordt ingezet. De Afdeling stelt voorop dat de toetsing door de CTC en de toestemming van het College van procureurs-generaal daaraan een waardevolle bijdrage leveren. Zij wijst er evenwel op dat de CTC is samengesteld uit leden van het OM en politie,⁴⁸³ terwijl voornoemde ingrijpende inbreuk op de persoonlijke levenssfeer van betrokkenen (daarnaast) noopt tot een onafhankelijke rechterlijke toetsing van de rechtmatigheid van de inzet van infiltratie.

De Afdeling adviseert voor infiltratie, naast de bestaande toetsing door de CTC en de toestemming van het College van procureurs-generaal, een voorafgaande machtiging van de rechter-commissaris voor te schrijven. Zij adviseert daarbij in de toelichting in te gaan op de verhouding tussen de door de CTC en de rechter-commissaris te verrichten toets.

f. Inzet van heimelijke bevoegdheden tegen anderen dan de verdachte

Voorgesteld wordt om de kring van personen te wijzigen ten aanzien van wie de bevoegdheden van pseudokoop en -dienstverlening⁴⁸⁴ en stelselmatige inwinning van informatie⁴⁸⁵ door een opsporingsambtenaar (of soms een burger)⁴⁸⁶ kunnen worden ingezet.

Uit de toelichting volgt dat deze wijziging het gevolg is van de vereenvoudiging van de regeling. In de huidige regeling hangt de kring van personen ten aanzien van wie deze bevoegdheden mogen worden uitgeoefend af van de Titel op grond waarvan de bevoegdheid wordt ingezet.⁴⁸⁷ Bij de 'reguliere' bijzondere bevoegdheden tot opsporing is dat 'de verdachte',⁴⁸⁸ bij de bijzondere bevoegdheden tot opsporing voor het onderzoek naar het beramen of plegen van ernstige misdrijven in georganiseerd verband is dat 'een persoon betrokken bij het georganiseerd verband'⁴⁸⁹ en bij de bijzondere bevoegdheden tot

⁴⁸³ Zie de Aanwijzing opsporingsbevoegdheden onder 5.1, *Start*. 2014, 24442. In S.F. Naber, 'Controle op de bevoegdheid tot infiltratie en het moderniseringstraject van het Wetboek van Strafvordering. Verdwijnt de onafhankelijke controle op de bevoegdheid tot infiltratie van het toneel?', *NJB* 2022/358, wordt voorgesteld de samenstelling van de CTC uit te breiden met een rechter(plaatsvervanger) en deskundigen, zoals psychologen en advocaten.

⁴⁸⁴ Voorgesteld artikel 2.8.10.

⁴⁸⁵ Voorgesteld artikel 2.8.11.

⁴⁸⁶ Voorgesteld artikel 2.8.19, eerste lid onder a respectievelijk onder b.

⁴⁸⁷ Het gaat daarbij om de Titels IVA (Bijzondere bevoegdheden tot opsporing), V (Bijzondere bevoegdheden tot opsporing voor het onderzoek naar het beramen of plegen van ernstige misdrijven in georganiseerd verband) en VB (Bijzondere bevoegdheden tot opsporing van terroristische misdrijven).

⁴⁸⁸ Geldende artikelen 126i (pseudokoop en -dienstverlening) en 126j (stelselmatige inwinning van informatie) Sv.

⁴⁸⁹ Geldende artikelen 126q (pseudokoop en -dienstverlening) en 126qa (stelselmatige inwinning van informatie) Sv.

opsporing van terroristische misdrijven is dat 'een persoon'.⁴⁹⁰ In de nieuwe regeling wordt deze differentiatie achterwege gelaten.

Volgens de toelichting heeft deze wijziging als voordeel dat hiermee de bestaande rigiditeit, die in de praktijk als belemmerend wordt ervaren, komt te vervallen. De toelichting noemt daarbij met betrekking tot de bevoegdheden pseudokoop en -dienstverlening echter slechts twee voorbeelden. Verdachten die goederen verkopen maken soms gebruik van een koerier die te goeder trouw is en dus niet altijd als verdachte kan worden aangemerkt. De goederen worden dan afgenomen van de niet-verdachte koerier. Daarnaast zal deze wijziging volgens de toelichting bijdragen aan het kunnen opsporen van strafbare feiten door het doen van aankopen op websites zoals marktplaats.nl, waarbij niet altijd duidelijk is of de persoon die aanbiedt ook de verdachte is.⁴⁹¹ Voor wat betreft de bevoegdheid om stelselmatig informatie over iemand in te winnen wordt in de toelichting enkel verwezen naar de toelichting bij pseudokoop en -dienstverlening.⁴⁹²

De Afdeling merkt op dat het hier gaat om ingrijpende bevoegdheden die een inbreuk maken op het (grond)recht op bescherming van de persoonlijke levenssfeer.⁴⁹³ De wijziging heeft tot gevolg dat deze bevoegdheden vaker kunnen worden ingezet tegen anderen dan verdachten. Deze uitbreiding is alleen aanvaardbaar als de noodzaak daartoe is aangetoond.

De toelichting wekt de indruk dat deze wijziging hoofdzakelijk wordt voorgesteld omwille van de vereenvoudiging van de regeling. Dit argument rechtvaardigt echter niet dat deze uitbreiding gevolgen kan hebben voor de grondrechten van niet-verdachten. Het argument dat deze wijziging als voordeel heeft dat daarmee een einde komt aan de bestaande rigiditeit die in de praktijk als belemmerend zou worden ervaren is bovendien niet overtuigend. De in de toelichting gegeven voorbeelden zien op specifieke gevallen, die de uitbreiding niet overtuigend ondersteunen. Het afnemen van goederen door tussenkomst van een te goeder trouw zijnde koerier kan bijvoorbeeld ook nu al heel goed geschaard worden onder het uitoefenen van de bevoegdheid tot pseudokoop ten opzichte van de achterliggende, wel verdachte verkoper. Het is ook niet aannemelijk gemaakt dat er in de praktijk een grote behoefte bestaat aan deze wijziging.

⁴⁹⁰ Geldend artikel 126zd, eerste lid, onder b (pseudokoop en -dienstverlening) en onder c (stelselmatige inwinning van informatie), Sv.

⁴⁹¹ Toelichting bij artikel 2.8.10, eerste lid.

⁴⁹² Toelichting bij artikel 2.8.11, eerste lid.

⁴⁹³ Artikel 10 Grondwet.

De Afdeling merkt daarnaast op dat veel strafvorderlijke bevoegdheden alleen tegen verdachten kunnen worden ingezet. Bij bepaalde bevoegdheden die ook tegen derden kunnen worden ingezet, voorziet het voorstel in aanvullende waarborgen.⁴⁹⁴ Van dergelijke aanvullende waarborgen is in het voorstel echter geen sprake bij de inzet van de heimelijke bevoegdheden pseudokoop en -dienstverlening en stelselmatige inwinning van informatie tegen niet-verdachten. Ook bij andere heimelijke bevoegdheden die tegen derden kunnen worden uitgeoefend, zoals stelselmatige observatie, is het de vraag of de waarborgen wel voldoende in overeenstemming zijn met de grotere reikwijdte ervan.

De Afdeling adviseert de voorgestelde uitbreiding overtuigend te motiveren. Voor zover de noodzaak van deze uitbreiding alsnog overtuigend kan worden gemotiveerd, adviseert de Afdeling te voorzien in aanvullende waarborgen bij de inzet van deze (en eventueel ook andere) heimelijke bevoegdheden tegen niet-verdachten.

g. Niveau van regelgeving

i. Inleiding

In de contourennota heeft de regering de uitgangspunten geschetst voor de modernisering. Daarbij is ook aangegeven wat de algemene uitgangspunten zijn voor het niveau waarop regelgeving dient plaats te vinden.

Uitgangspunt is dat overeenkomstig de Aanwijzingen voor de regelgeving de reikwijdte van de regeling en de voornaamste duurzame normen op het niveau van de wet in formele zin worden geregeld.⁴⁹⁵ Dit is een uitvloeisel van het legaliteitsbeginsel⁴⁹⁶ en het primaat van de wetgever. Voorschriften van meer technische of administratieve aard of nadere voorschriften die vaak wijziging behoeven in verband met technische of wetenschappelijke inzichten (zoals nieuwe ontwikkelingen die niet controversieel zijn) kunnen op lager niveau worden uitgewerkt.⁴⁹⁷

⁴⁹⁴ Zie bijvoorbeeld voorgesteld artikel 2.6.5, vijfde lid (onderzoek aan de kleding) en voorgesteld artikel 2.6.6, vierde lid (onderzoek aan het lichaam). Deze bepalingen vereisen dat er sprake is van een verdenking van een misdrijf waarop naar de wettelijke omschrijving een gevangenisstraf van vier jaar of meer is gesteld en dat het belang van het onderzoek de inzet van de bevoegdheid dringend vereist.

⁴⁹⁵ Aanwijzingen voor de regelgeving onder 2.19 en 2.21.

⁴⁹⁶ Artikel 107 Grondwet en geldend artikel 1 Sv.

⁴⁹⁷ Contourennota Modernisering Wetboek van Strafvordering, Kamerstukken II 2015/2016, 29279, nr. 278 (bijlage), p. 8-9.

In haar voorlichting over de contourennota heeft de Afdeling die uitgangspunten onderschreven, en daarbij opgemerkt dat, waar het gaat om regelgeving die raakt aan grondrechten, regeling op het niveau van de wet in formele zin in het algemeen vereist is.⁴⁹⁸

ii. Nieuwe onderzoeksbevoegdheden met betrekking tot het lichaam

Het voorstel introduceert een aantal nieuwe onderzoeksbevoegdheden met betrekking tot het lichaam, waaronder het toxicologisch en het microbiologisch onderzoek.⁴⁹⁹ Bepaald is dat ten behoeve van deze onderzoeken lichaamsmateriaal kan worden afgenomen.⁵⁰⁰ Het wetsvoorstel regelt niet welk lichaamsmateriaal kan worden afgenomen en op welke wijze dat geschiedt. Dat zal worden uitgewerkt bij amvb.⁵⁰¹

De toelichting vermeldt wel dat afhankelijk van de aard van het toxicologisch onderzoek gebruik zal worden gemaakt van lichaamshaar, bloed en urine.⁵⁰² Bij microbiologisch onderzoek zal gebruik worden gemaakt van lichaamsmateriaal van de huid of een ander deel van het lichaam.⁵⁰³

Het aanwijzen van het lichaamsmateriaal voor deze nieuwe onderzoeksbevoegdheden alsmede de (daarmee samenhangende) wijze waarop dat lichaamsmateriaal wordt afgenomen, raakt aan het (grond)recht op de onaantastbaarheid van het lichaam.⁵⁰⁴ De Afdeling adviseert dan ook – in lijn met de uitgangspunten van de regering – om het soort materiaal dat kan worden afgenomen en de wijze waarop dat geschiedt bij wet aan te wijzen en niet te voorzien in delegatie.

⁴⁹⁸ Voorlichting van de Afdeling advisering van de Raad van State van 11 september 2015 over de Contourennota Modernisering Wetboek van Strafvordering (W03.15.0180/II/Vo), Kamerstukken II 2015/2016, 29279, nr. 278 (bijlage).

⁴⁹⁹ Opgenomen in Titel 6.5 (Overige onderzoeken met betrekking tot het lichaam).

⁵⁰⁰ Voorgesteld artikel 2.6.13, eerste lid onder c respectievelijk d. Zie ook de toelichting bij dat artikel.

⁵⁰¹ In voorgesteld artikel 2.6.4, eerste respectievelijk derde lid, is bepaald dat bij of krachtens amvb regels kunnen worden gesteld over het verrichten van onderzoek als bedoeld in (onder meer) Titel 6.5 respectievelijk dat bij amvb het lichaams- of celmateriaal wordt aangewezen waaraan een onderzoek als bedoeld in Titel 6.5 kan worden verricht. Zie ook de toelichting bij artikel 2.6.13, eerste lid onderdelen c en d.

⁵⁰² Toelichting bij artikel 2.6.13, eerste lid, onderdeel c.

⁵⁰³ Microbiologisch onderzoek kan ook dienen om vast te stellen of de verdachte lijdt aan een besmettelijke ziekte die hij op het slachtoffer kan hebben overgebracht; die – al langer bestaande – toepassing wordt elders in het wetboek geregeld (voorgestelde artikelen 2.6.19 tot en met 2.6.22) en valt dus niet onder voorgesteld artikel 2.6.13.

⁵⁰⁴ Artikel 11 Grondwet.

iii. Bepalen uiterlijk waarneembare persoonskenmerken door DNA-onderzoek
Het is thans mogelijk om bij verdenking van een misdrijf waarvoor voorlopige hechtenis is toegelaten⁵⁰⁵ DNA-onderzoek te verrichten dat is gericht op het vaststellen van uiterlijk waarneembare persoonskenmerken van de onbekende verdachte of het onbekende slachtoffer.⁵⁰⁶ Uiterlijk waarneembare persoonskenmerken zijn fysieke persoonskenmerken die iemand vanaf de geboorte heeft en die voor eenieder in een oogopslag zichtbaar zijn.⁵⁰⁷

De Raad van State heeft, bij de totstandkoming van de regeling, geadviseerd om de uiterlijk waarneembare kenmerken die verzameld mogen worden bij wet aan te wijzen.⁵⁰⁸ Dat advies is destijds gedeeltelijk opgevolgd. In het geldende wetboek zijn geslacht en ras bij wet aangewezen. Andere kenmerken kunnen bij amvb worden aangewezen.⁵⁰⁹ Dat zijn op dit moment de kenmerken oogkleur, haarkleur en huidskleur.⁵¹⁰

In het voorstel is bepaald dat (alle) uiterlijk waarneembare persoonskenmerken bij amvb worden aangewezen.⁵¹¹ Deze afwijking van het geldende wetboek wordt niet toegelicht.

Het DNA-onderzoek dat is gericht op het vaststellen van uiterlijk waarneembare persoonskenmerken maakt een inbreuk op het (grond)recht op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer.⁵¹² Het verschaft immers informatie over de uiterlijk waarneembare persoonskenmerken van de onbekende verdachte of het onbekende slachtoffer.⁵¹³ De Afdeling adviseert dan ook – in lijn met haar eerdere advies en de uitgangspunten van de regering – om de uiterlijk waarneembare persoonskenmerken bij wet aan te wijzen en op dat punt niet te voorzien in delegatie.

⁵⁰⁵ Het gaat om misdrijven als bedoeld in geldend artikel 67, eerste lid, Sv. Zie de geldende artikelen 151d, vierde lid, en 195f, vierde lid, Sv.

⁵⁰⁶ Het bevel kan worden gegeven door de officier van justitie (geldend artikel 151d Sv) en door de rechter-commissaris (geldend artikel 195f Sv).

⁵⁰⁷ Kamerstukken II 2001/02, 28072, nr. 5, p. 15.

⁵⁰⁸ Advies van 11 september 2001, W03.01.0386, Kamerstukken II 2001/02, 28072, B, punt 1.

⁵⁰⁹ Geldende artikelen 151d, tweede lid, 195f, tweede lid, Sv.

⁵¹⁰ Artikel 1b van het Besluit DNA-onderzoek in strafzaken. De in de wet genoemde kenmerken geslacht en ras worden in de voornoemde bepaling nogmaals genoemd.

⁵¹¹ Voorgesteld artikel 2.6.18 (op bevel van de officier van justitie). Net als in het huidige wetboek is ook de rechter-commissaris bevoegd een dergelijk onderzoek te bevelen (artikel 2.6.24, eerste lid onder a). Ook is vereist dat er sprake is van een verdenking van een misdrijf waarop naar de wettelijke omschrijving gevangenisstraf van vier jaar of meer is gesteld. Dat komt, gelet op het bepaalde in artikel 2.1.7, materieel overeen met het huidige vereiste dat er sprake moet zijn van een misdrijf waarvoor voorlopige hechtenis is toegelaten. Zie toelichting bij artikel 2.6.18.

⁵¹² Artikel 10 Grondwet.

⁵¹³ Kamerstukken II 2001/02, 28072, nr. 3, p. 8.

h. Ras als uiterlijk waarneembaar persoonskenmerk

Ras betreft niet een uiterlijk persoonskenmerk, maar op basis hiervan kunnen wel bepaalde uiterlijk waarneembare persoonskenmerken worden afgeleid. Eerder werd huidskleur indirect afgeleid uit het kenmerk ras. Vanaf 2020 kan huidskleur, evenals oog-, haarkleur en geslacht, direct uit het DNA worden afgeleid.⁵¹⁴ In de toelichting wordt niet aangegeven of de kenmerken die thans bij wet en amvb zijn aangewezen bij inwerkingtreding van het nieuwe wetboek zullen worden gehandhaafd. Voor zover dit wel het geval zal zijn, rijst de vraag wat de toegevoegde waarde is van het handhaven van ras als uiterlijk persoonskenmerk, nu oog- en haarkleur en sinds 2020 ook huidskleur direct uit het DNA kunnen worden afgeleid. Deze vraag is relevant in het licht van de hiervoor door de Afdeling gemaakte adviesopmerking om de uiterlijk waarneembare persoonskenmerken bij wet aan te wijzen (punt 2g, onder iii).

De Afdeling adviseert de toelichting op dit punt aan te vullen.

i. Vastlegging van bevelen tot inzet van opsporingsbevoegdheden

Bevelen om opsporingsbevoegdheden in te zetten moeten schriftelijk worden vastgelegd. In het huidige wetboek wordt daartoe bij elke concrete bevoegdheid uitgeschreven hoe het daarvoor vereiste schriftelijke bevel dient te worden vastgelegd en wat deze vastlegging dient in te houden. Zo dient bijvoorbeeld een bevel tot stelselmatige observatie thans te vermelden:

a) het misdrijf en indien bekend de naam of anderszins een zo nauwkeurig mogelijke aanduiding van de verdachte; b) de feiten of omstandigheden waaruit blijkt dat de toepassingsvoorwaarden zijn vervuld;⁵¹⁵ c) de naam of een zo nauwkeurig mogelijke aanduiding van de persoon die stelselmatig wordt geobserveerd; d) de wijze waarop aan het bevel uitvoering wordt gegeven, en e) de geldigheidsduur van het bevel.⁵¹⁶

Thans wordt een algemene regeling voorgesteld voor het vastleggen van bevelen. Op grond van deze algemene regeling worden bevelen alleen afzonderlijk vastgelegd indien de wet dat bepaalt.⁵¹⁷ Afzonderlijke vastlegging

⁵¹⁴ *Stb.* 2020, 394, p. 6-7.

⁵¹⁵ Verdenking van een misdrijf; in het belang van het onderzoek. Zie geldend artikel 126g, eerste lid, Sv.

⁵¹⁶ Geldend artikel 126g, vijfde lid, Sv. Op grond van het voorgestelde artikel 2.8.1, eerste lid, in verbinding met artikel 2.8.7, behoeft een dergelijk bevel niet meer afzonderlijk te worden vastgelegd.

⁵¹⁷ Volgens de toelichting is afzonderlijke vastlegging voorgeschreven indien: 1) een grote inbreuk wordt gemaakt op een grondrecht, bijvoorbeeld bij voorlopige hechtenis, 2) het bevel ook tegenover derden een functie dient te vervullen, bijvoorbeeld bij een bevel gericht tot een bank om (financiële) gegevens te verstrekken of 3) aan de uitoefening van de bevoegdheid grote risico's zijn verbonden voor de integriteit of beheersbaarheid van de opsporing, bijvoorbeeld bij infiltratie. Zie de toelichting bij artikel 2.1.12.

van een bevel is niet langer de regel, maar de uitzondering.⁵¹⁸ Met hantering van het uitgangspunt dat bevelen alleen bij uitzondering afzonderlijk behoeven te worden vastgelegd, is gevolg gegeven aan een wens van OM en opsporingsdiensten, omdat het zou leiden tot vermindering van administratieve lasten.⁵¹⁹

Indien de wet afzonderlijke vastlegging vereist, wordt het bevel vooraf vastgelegd door degene die het bevel geeft.⁵²⁰ Dat gebeurt in beginsel schriftelijk.⁵²¹ Wanneer de wet afzonderlijke vastlegging van een bevel niet voorschrijft, kan dit mondeling worden gegeven. Vastlegging van het bevel blijft in een dergelijk geval niet achterwege, maar geschiedt op grond van de verbaliseringsplicht door de opsporingsambtenaar die aan het bevel uitvoering geeft. De verbaliseringsplicht houdt in dat een opsporingsambtenaar zo spoedig mogelijk proces-verbaal opmaakt van het door hem opgespoorde strafbare feit en van wat door hem tot opsporing is verricht en bevonden.⁵²²

De vastlegging van bevelen is noodzakelijk omdat de rechtmatigheid van de opsporing uiteindelijk altijd door de rechter dient te kunnen worden gecontroleerd.⁵²³ Bij amvb kan worden voorgeschreven welke informatie in het proces-verbaal moet worden vermeld.⁵²⁴ Uit de toelichting kan worden afgeleid dat in geval van vastlegging van het bevel in een proces-verbaal een wijziging ten opzichte van hetgeen naar huidig recht in een schriftelijk bevel moet worden vermeld niet wordt beoogd.⁵²⁵

De Afdeling begrijpt de wens van het OM en de opsporingsdiensten om administratieve verplichtingen te verminderen. Een mogelijke lastenverlichting weegt evenwel niet op tegen het belang van een goede verslaglegging van het opsporingsonderzoek. Zij merkt op dat een nauwkeurige weergave van een bevel het best is gewaarborgd indien dit wordt gedaan door de autoriteit die het bevel heeft gegeven.⁵²⁶ De voorgestelde wettelijke regeling

⁵¹⁸ Inzake door de rechter-commissaris te verstrekken machtigingen en daartoe strekkende vorderingen van de officier van justitie is bepaald dat deze in alle gevallen afzonderlijk worden vastgelegd (artikel 2.1.13, tweede lid).

⁵¹⁹ Toelichting, Algemeen deel, paragraaf 3.3 (Boek 2: 'Het opsporingsonderzoek') en toelichting bij artikel 2.1.12.

⁵²⁰ Voorgesteld artikel 2.1.12. Een bevel van de rechter-commissaris kan op diens aanwijzing ook worden vastgelegd door de griffier (tweede lid). Zie ook de toelichting bij artikel 2.1.12, eerste lid en tweede lid (eerste en tweede zin).

⁵²¹ Voorgesteld artikel 2.1.14.

⁵²² Voorgesteld artikel 2.1.9, eerste lid; geldend artikel 152 Sv.

⁵²³ Toelichting bij artikel 2.1.9, tweede lid.

⁵²⁴ Voorgesteld artikel 2.1.9, zesde lid, en de toelichting daarbij.

⁵²⁵ Zie de toelichting bij artikel 2.1.9, zesde lid.

⁵²⁶ De wet verhindert overigens niet dat de autoriteit die een mondeling bevel geeft, ervoor kiest dit toch afzonderlijk vast te leggen. Het is echter geen wettelijke verplichting. Zie de toelichting bij artikel 2.1.12.

brengt het risico met zich dat de schriftelijke weergave achteraf van het (mondelinge) bevel in het proces-verbaal afwijkt van het door de bevoegde autoriteit gegeven bevel. Daarbij wijst de Afdeling erop dat ook een aantal specifieke en nauwkeurig omschreven gegevens over de toepassing van de bevoegdheid mondeling zullen moeten worden overgebracht en achteraf door de verbalisant worden vastgelegd.⁵²⁷

De Afdeling adviseert het voorstel in zoverre te heroverwegen.

3. Digitale opsporing

a. Inleiding

In de laatste decennia zijn tal van technieken beschikbaar gekomen die van invloed zijn op de wijze waarop strafvordering, waaronder de opsporing, plaatsvindt. Een belangrijke ontwikkeling is de digitalisering van de samenleving. Nieuwe opsporingsbevoegdheden zijn hierdoor mogelijk, maar ook noodzakelijk geworden om de (cyber)criminaliteit het hoofd te kunnen bieden. Het telkens weer beschikbaar komen van nieuwe (digitale) technieken heeft geresulteerd in een onsystematische en onvolledige regeling van onderzoeksbevoegdheden. Reden om het wetboek ook in zoverre te moderniseren.⁵²⁸

Voor de regeling van strafvorderlijke bevoegdheden die verband houden met het vergaren van digitale gegevens is het rapport van de Commissie modernisering opsporingsonderzoek in het digitale tijdperk (Commissie-Koops) van groot belang geweest.⁵²⁹ De Commissie-Koops had tot taak te adviseren over de vraag of de wettelijke regeling van het opsporingsonderzoek, neergelegd in de consultatieversie van Boek 2, voldeed, of dat deze bijstelling dan wel aanvulling behoefde. In de commissie hadden vertegenwoordigers van de politie, het OM, de NOvA, de rechtspraak, het Platform bijzondere opsporingsdiensten,⁵³⁰ alsmede vertegenwoordigers van de wetenschap zitting. De werkzaamheden van de commissie resulteerden in juni 2018 in het rapport 'Regulering van opsporingsbevoegdheden in een digitale omgeving'. De commissie deed 72 aanbevelingen voor verbetering.

⁵²⁷ Vergelijk de hierboven vermelde gegevens die worden genoemd in het geldende artikel 126g, vijfde lid, Sv.

⁵²⁸ Toelichting, Algemeen deel, paragrafen 1.1 (Inleiding) en 2.5 (De invloed van moderne technieken).

⁵²⁹ Commissie modernisering opsporingsonderzoek in het digitale tijdperk, *Regulering van opsporingsbevoegdheden in een digitale omgeving*, 2018.

⁵³⁰ Bijzondere opsporingsdiensten zijn verantwoordelijk voor de strafrechtelijke handhaving van de rechtsorde op een specifiek beleidsterrein, zoals fraude en witwassen, mensenhandel en milieucriminaliteit. In Nederland zijn vier bijzondere opsporingsdiensten: FIOD (Fiscale Inlichtingen- en Opsporingsdienst), ISZW-DO (Inspectie Sociale Zaken en Werkgelegenheid, Directie Opsporing), NVWA-IOD (Nederlandse Voedsel- en Warenautoriteit, Inlichtingen- en Opsporingsdienst) en ILTIOD (Inspectie Leefomgeving en Transport, Inlichtingen- en Opsporingsdienst).

Aan de meeste aanbevelingen van de commissie is in het voorstel gevolg gegeven. In het najaar van 2018 is de verwerking van de aanbevelingen in formele consultatie gegeven bij de organisaties die betrokken waren bij de werkzaamheden van de commissie. Deze organisaties hebben in het algemeen positief op de voorstellen gereageerd.⁵³¹

In dit deeladvies worden enkele opmerkingen gemaakt die betrekking hebben op de digitale opsporing. Daarbij zij opgemerkt dat een aantal bevoegdheden voor onderzoek in een digitale omgeving uit de nieuwe regeling vooruitlopend op de invoering van het nieuwe wetboek in het kader van de Innovatiewet strafvordering alvast in de praktijk worden beproefd.⁵³²

Het gaat om de volgende bevoegdheden:

- Het verrichten van onderzoek aan gegevens die ten tijde van de inbeslagname nog niet op het inbeslaggenomen apparaat stonden;⁵³³
- Het verrichten van onderzoek aan gegevens die zijn opgeslagen op een digitale-gegevensdrager of in een geautomatiseerd werk dat zich elders bevindt (netwerkzoeking) na inbeslagneming;⁵³⁴
- Het tegen de wil van de gebruiker doorbreken van een eventuele biometrische beveiliging van een inbeslaggenomen geautomatiseerd werk.⁵³⁵

De Afdeling heeft in het kader van de Innovatiewet strafvordering reeds over deze onderdelen geadviseerd.⁵³⁶

b. Gedifferentieerde normering bij onderzoek van gegevens

i. Inleiding

In het nieuwe wetboek wordt de bevoegdheid tot het doen van onderzoek aan digitale-gegevensdragers en geautomatiseerde werken, zoals smartphones en computers, en het onderzoek aan digitale gegevens die daaruit zijn overgenomen, nader genormeerd.⁵³⁷ Het betreft een gedifferentieerde normering (een driedeling), waarbij de mate van inbreuk op de persoonlijke levenssfeer van betrokkenen bepalend is voor de autoriteit die over de inzet

⁵³¹ Toelichting, Algemeen deel, paragraaf 5.4 (Het vergaren van gegevens).

⁵³² Toelichting, Algemeen deel, paragraaf 5.4 (Het vergaren van gegevens).

⁵³³ Voorgesteld artikel 2.740; artikel 556 Sv, zoals voorgesteld in de Innovatiewet strafvordering.

⁵³⁴ Voorgesteld artikel 2.741; artikel 557 Sv, zoals voorgesteld in de Innovatiewet strafvordering.

⁵³⁵ Voorgesteld artikel 2.744, tweede lid; artikel 558, zoals voorgesteld in de Innovatiewet strafvordering.

⁵³⁶ Advies van de Afdeling Advisering van de Raad van State van 4 november 2020 over de Innovatiewet strafvordering (W16.20.0202/II), Kamerstukken II 2020/21, 35869, nr. 4.

⁵³⁷ Omwille van de leesbaarheid wordt hierna gesproken van 'het onderzoek van gegevens' in plaats van 'het onderzoek aan digitale-gegevensdragers en geautomatiseerde werken en onderzoek aan digitale gegevens die daaruit zijn overgenomen'. Waar wordt gesproken van 'digitale-gegevensdragers' wordt mede bedoeld 'geautomatiseerde werken'.

van dat onderzoek beslist: de opsporingsambtenaar, de officier van justitie of de rechter-commissaris.⁵³⁸

Het huidige wetboek bevat wel bepalingen over het onderzoek aan een gegevensdrager en de vastlegging van daarop opgeslagen gegevens wanneer dit tijdens een doorzoeking gebeurt.⁵³⁹ In het wetboek zijn evenwel geen regels opgenomen die betrekking hebben op het onderzoek aan dergelijke voorwerpen nadat deze zijn inbeslaggenomen of op het onderzoek van gegevens die zijn overgenomen uit een dergelijk voorwerp zonder dat dit is inbeslaggenomen. Wel wees de Hoge Raad in 2017 een richtinggevend arrest over deze materie.⁵⁴⁰

In dat arrest oordeelde de Hoge Raad dat de algemene bevoegdheid van opsporingsambtenaren voldoende legitimatie biedt voor onderzoek aan inbeslaggenomen elektronische gegevensdragers⁵⁴¹, indien de met dat onderzoek samenhangende inbreuk op de persoonlijke levenssfeer als beperkt kan worden beschouwd. Een opsporingsambtenaar mag dit onderzoek aan een door hem inbeslaggenomen voorwerp zelf verrichten. Indien het onderzoek echter zo verstrekkend is dat een min of meer compleet beeld is verkregen van bepaalde aspecten van het persoonlijke leven van de gebruiker van het apparaat, kan dat onderzoek jegens hem onrechtmatig zijn. Bij een meer dan beperkte inbreuk op de persoonlijke levenssfeer van de betrokkene is onderzoek door de officier van justitie of zelfs de rechter-commissaris aangewezen. Daarbij valt – in het licht van artikel 8 EVRM – wat betreft onderzoek door de rechter-commissaris in het bijzonder te denken aan gevallen waarin op voorhand is te voorzien dat de inbreuk op de persoonlijke levenssfeer zeer ingrijpend zal zijn.

Uit de toelichting volgt dat naar aanleiding van dit arrest in de opsporingspraktijk richtsnoeren tot stand zijn gekomen voor het verrichten van onderzoek van gegevens aan digitale-gegevensdragers. In de praktijk wordt ter uitvoering van de rechtspraak van de Hoge Raad al een driedeling gehanteerd bij deze vormen van onderzoek (opsporingsambtenaar, officier van justitie of rechter-commissaris).⁵⁴²

⁵³⁸ Voorgesteld artikel 2.739.

⁵³⁹ Geldend artikel 125i e.v. Sv.

⁵⁴⁰ HR 4 april 2017, ECLI:NL:HR:2017:584 (Smartphone).

⁵⁴¹ Geldende artikelen 94, 95 en 96 Sv (dit betreft de bevoegdheid tot inbeslagname van voorwerpen).

⁵⁴² Toelichting bij artikel 2.739.

Bij de totstandkoming van de voorgestelde normering hebben de jurisprudentie van de Hoge Raad, de daaruit ontstane opsporingspraktijk en de aanbevelingen van de Commissie-Koops⁵⁴³ een belangrijke rol gespeeld. Daarnaast is rekening gehouden met de kritiek van de ketenpartners op het oorspronkelijke voorstel⁵⁴⁴ om elk onderzoek aan een digitale-gegevensdrager te laten verrichten op bevel van de officier van justitie.⁵⁴⁵

ii. De gedifferentieerde normering

Zoals hiervoor reeds is vermeld, betreft de voorgestelde gedifferentieerde normering een driedeling, waarbij de mate van inbreuk op de persoonlijke levenssfeer van betrokkenen bepalend is voor de autoriteit die over de inzet van die onderzoeksbevoegdheden beslist: de opsporingsambtenaar, de officier van justitie of de rechter-commissaris.

Onderzoek van gegevens

Een opsporingsambtenaar mag dergelijk onderzoek zelfstandig verrichten zolang dit niet meer dan een geringe inbreuk op de persoonlijke levenssfeer van betrokkene oplevert. De wettelijke grondslag voor dit zelfstandige onderzoek door de opsporingsambtenaar kan worden gevonden in de voorgestelde algemene bevoegdheidsbepaling.⁵⁴⁶ Op grond van het uitgangspunt dat een bevoegdheid die een geringe inbreuk op de persoonlijke levenssfeer maakt geen expliciete wettelijke grondslag behoeft, heeft deze vorm van onderzoek van gegevens dan ook geen nadere regeling gekregen.⁵⁴⁷

Stelselmatig onderzoek van gegevens

Stelselmatig onderzoek van gegevens mag alleen plaatsvinden op bevel van de officier van justitie. De officier van justitie beveelt in dit geval de opsporingsambtenaar om het gewenste onderzoek te verrichten.⁵⁴⁸

Stelselmatig onderzoek van gegevens is in het nieuwe wetboek gedefinieerd als "een onderzoek van gegevens waarbij op voorhand redelijkerwijs

⁵⁴³ Commissie modernisering opsporingsonderzoek in het digitale tijdperk, *Regulering van opsporingsbevoegdheden in een digitale omgeving*, 2018, p. 41 (aanbeveling 6).

⁵⁴⁴ Zie consultatieversie van Boek 2, Afdelingen 7.4.1 en 7.4.2 en de toelichting daarbij, paragraaf 9.2.4.

⁵⁴⁵ Zie bijvoorbeeld de adviezen van de Raad voor de rechtspraak over Boeken 1-2 van 1 juli 2017, p. 21, de Politie over Boeken 1-2 van 27 juni 2017, bijlage 2, p. 58 en het OM over Boek 2 van 5 juli 2017, p. 24 e.v.

⁵⁴⁶ Voorgesteld artikel 2.1.8.

⁵⁴⁷ Zoals opgenomen in voorgesteld artikel 2.7.39.

⁵⁴⁸ Voorgesteld artikel 2.7.39, eerste lid.

voorzienbaar⁵⁴⁹ een min of meer volledig beeld van bepaalde aspecten van iemands privéleven kan ontstaan⁵⁵⁰

Het is dus niet relevant of een groot deel van iemands privéleven in beeld komt. Het gaat erom dat een bepaald deel daarvan min of meer volledig in beeld komt (een bepaalde rol die iemand heeft in het sociale leven, bijvoorbeeld zijn rol als vader, leraar of kroegbezoeker). Volgens de toelichting is de term ‘stelselmatig’ het criterium waarmee de meer dan geringe inbreuk wordt onderscheiden van de geringe inbreuk op de privacy. De term heeft een juridische betekenis die niet noodzakelijkerwijs overeenkomt met het normale spraakgebruik.⁵⁵¹

Voor de interpretatie van ‘stelselmatig’ kan slechts deels worden aangesloten bij de bestaande interpretatie in wetgeving en jurisprudentie die vooral ontwikkeld is in de rechtspraak betreffende stelselmatige observatie: het gaat dan om een samenstel van factoren, zoals het gebruik van een technisch hulpmiddel, de plaats, frequentie, methode, intensiteit en duur. De hieruit voortvloeiende duiding van het begrip stelselmatig is van beperkte relevantie voor het digitale onderzoek van gegevens.⁵⁵² Voor de interpretatie van stelselmatigheid in andere contexten dan stelselmatige observatie zal daarom een nieuw kader moeten worden ontwikkeld dat is aangepast aan de context van digitaal onderzoek. Te denken valt bijvoorbeeld aan de hoeveelheid, aard en geautomatiseerde onderzoekbaarheid van de gegevens.⁵⁵³

Ingrijpend stelselmatig onderzoek van gegevens

Voor het verrichten van ingrijpend stelselmatig onderzoek van gegevens is ook een bevel van de officier van justitie nodig. Hij mag dit bevel echter alleen geven als het belang van het onderzoek dit dringend vereist en hij behoeft daartoe een machtiging van de rechter-commissaris.⁵⁵⁴

⁵⁴⁹ De vraag of ‘op voorhand redelijkerwijs voorzienbaar’ is dat een bepaald beeld van het persoonlijk leven van betrokkene kan worden verkregen, dient te worden beoordeeld *voorafgaand* aan het verrichten van onderzoek van gegevens en dient te zijn gebaseerd op het voorgenomen onderzoek en alle overige omstandigheden van het geval. Als deze inschatting na het verrichten van het onderzoek van gegevens onjuist blijkt, terwijl dit op het moment van de start van het onderzoek niet redelijkerwijs voorzienbaar was, maakt dit het onderzoek niet ‘met terugwerkende kracht’ onrechtmatig. Zie toelichting bij artikel 2.7.39, eerste lid.

⁵⁵⁰ Voorgesteld artikel 2.1.1.

⁵⁵¹ Toelichting bij artikel 2.7.39, eerste lid.

⁵⁵² Zo kan in een korte tijd een grote hoeveelheid gegevens worden overgenomen.

⁵⁵³ Toelichting bij artikelen 2.7.39, eerste lid, en 2.8.8, eerste lid. Zie ook Commissie modernisering opsporingsonderzoek in het digitale tijdperk, *Regulering van opsporingsbevoegdheden in een digitale omgeving*, 2018, paragraaf 4.2.3.

⁵⁵⁴ Voorgesteld artikel 2.7.39, tweede lid.

Er is sprake van ingrijpend stelselmatig onderzoek van gegevens als bij het verrichten van dat onderzoek “op voorhand redelijkerwijs voorzienbaar een ingrijpend beeld van iemands privéleven kan ontstaan”.⁵⁵⁵ Volgens de toelichting kan deze ingrijpendheid op twee manieren naar voren komen.

De toelichting noemt allereerst de situatie waarin door het verrichten van het onderzoek een min of meer volledig beeld van een wezenlijk deel van iemands privéleven ontstaat. Dit is een diepe kijk in iemands privéleven. Wezenlijke onderdelen van het privéleven zijn die delen die nauw samenhangen met iemands zelfbegrip (‘wie ben ik?’). Een aanknopingspunt is het onderzoek van gevoelige gegevens (medische, seksuele, religieuze en politieke gegevens). Niet elk onderzoek aan dergelijke gegevens is echter direct ingrijpend stelselmatig, aldus de toelichting. Gevoelige persoonsgegevens leveren immers lang niet altijd een ingrijpend beeld van iemands privéleven op.⁵⁵⁶

De tweede manier waarop volgens de toelichting een ingrijpend beeld van iemands privéleven kan ontstaan, is als door het verrichten van het onderzoek een min of meer volledig beeld tot stand komt van een aanzienlijk deel van iemands privéleven. Dit is een brede kijk in iemands privéleven, waarbij meerdere delen min of meer volledig naar voren komen. Het in beeld brengen van een of bepaalde delen maakt het onderzoek stelselmatig, maar een volledig beeld van een aanzienlijk deel van iemands privéleven maakt het onderzoek ingrijpend stelselmatig. Het gaat dan bijvoorbeeld om een volledig beeld van iemands rollen in het sociale leven, zoals gezin, werk, sport, uitgaan en vriendenkringen. Informatie uit verschillende contexten van iemands leven wordt bij elkaar gelegd op een zodanige manier dat het beeld als geheel ingrijpend wordt, zonder dat de informatie uit elk van die contexten op zichzelf ingrijpend is.⁵⁵⁷

Als enig concreet voorbeeld van ingrijpend stelselmatig onderzoek van gegevens noemt de toelichting het onderzoek waarbij redelijkerwijs voorzienbaar gegevens worden onderzocht die onder het professioneel verschoningsrecht vallen. Buiten deze gegevens zijn er volgens de toelichting geen factoren te noemen die één op één samenhangen met ingrijpende stelselmatigheid. Wel is de (on)gerichtheid van het onderzoek een relevante factor bij het beantwoorden van de vraag of er

⁵⁵⁵ Voorgesteld artikel 2.1.1.

⁵⁵⁶ Toelichting bij artikel 2.7.39, tweede lid. Overgenomen uit Commissie modernisering opsporingsonderzoek in het digitale tijdperk, *Regulering van opsporingsbevoegdheden in een digitale omgeving*, 2018, p. 39-40.

⁵⁵⁷ Toelichting bij artikel 2.7.39, tweede lid. Overgenomen uit Commissie modernisering opsporingsonderzoek in het digitale tijdperk, *Regulering van opsporingsbevoegdheden in een digitale omgeving*, 2018, p. 39-40.

sprake is van ingrijpende stelselmatigheid.⁵⁵⁸ Volgens de toelichting mag op basis hiervan worden aangenomen dat er alleen in uitzonderingsgevallen sprake zal zijn van ingrijpende stelselmatigheid.⁵⁵⁹

iii. Beoordeling

Onder punt 2c is aan de orde gekomen dat de normering van opsporing samenhangt met de ernst van de inbreuk op grondrechten, zoals de persoonlijke levenssfeer. Naarmate een bevoegdheid ingrijpender is, en een grotere inbreuk maakt op grondrechten, is de uitoefening van de bevoegdheid gebonden aan strengere eisen en met meer waarborgen omringd. Een belangrijke waarborg is gelegen in de autoriteit die toestemming moet geven voor de uitoefening van een bevoegdheid.⁵⁶⁰ De voorgestelde driedeling is in lijn met de normering van onderzoek in een niet-digitale omgeving.

Systematisch is er echter een belangrijk verschil. Bij de meeste niet-digitale onderzoeksbevoegdheden, zoals het onderzoek aan het lichaam of het onderzoek aan de kleding, is op voorhand min of meer duidelijk welke mate van inbreuk op de persoonlijke levenssfeer het hanteren van die bevoegdheid zal opleveren. Daardoor is het bij deze bevoegdheden mogelijk om in de wet één bepaalde bevoegde autoriteit vast te leggen.

Bij onderzoek in een digitale omgeving is het resultaat van dat onderzoek minder voorzienbaar. Het (te verwachten) resultaat van het onderzoek is doorslaggevend voor de te maken keuze voor de bevoegde autoriteit en wordt beoordeeld aan de hand van abstracte criteria en vele factoren. Dit brengt mee dat de driedeling een inschatting en beoordeling vooraf⁵⁶¹ vergt van de opsporingsambtenaar en/of de officier van justitie die niet altijd even gemakkelijk te maken is. Dit maakt de toepasbaarheid van de driedeling veel diffuser dan de toepasbaarheid van de normering van onderzoek in een niet-digitale omgeving.

Gelet op het voorgaande acht de Afdeling het van groot belang dat de toelichting voldoende heldere handvatten geeft voor een juiste en uniforme toepassing van de gedifferentieerde normering in de praktijk. In verband daarmee wijst zij erop dat in de rechtspraak (het Smartphone-arrest) noch in de toelichting voldoende duidelijkheid wordt verschaft over de vraag in welke

⁵⁵⁸ Een onderzoek dat zich uitstrekt over alle of de meeste gegevens op bijvoorbeeld een smartphone levert een grotere kans op dat gegevens in beeld komen die een wezenlijk deel van iemands privéleven blootleggen (toelichting bij artikel 2.739, tweede lid).

⁵⁵⁹ Toelichting bij artikel 2.739, tweede lid.

⁵⁶⁰ Zie ook Commissie modernisering opsporingsonderzoek in het digitale tijdperk, *Regulering van opsporingsbevoegdheden in een digitale omgeving*, 2018, p. 33.

⁵⁶¹ De ex ante voorzienbaarheid van de inbreuk is als bepalende factor in het nieuwe wetboek neergelegd.

gevallen moet worden geoordeeld dat sprake is van ingrijpende stelselmatigheid en daarom de rechter-commissaris moet worden betrokken. In de toelichting worden daarvan ook geen concrete voorbeelden gegeven, behalve het voorbeeld van het professionele verschoningsrecht. Dat voorbeeld geeft echter onvoldoende richting. Daarvoor geldt namelijk dat niet zozeer de inhoud van deze gegevens, maar de omstandigheid dat deze gegevens onderdeel uitmaken van het vertrouwelijke contact tussen een persoon en de professioneel verschoningsgerechtigde maakt dat het onderzoek daaraan ingrijpend stelselmatig is.⁵⁶²

Het onderscheid tussen de gevallen waarin moet worden geoordeeld dat sprake is van stelselmatigheid en de officier van justitie moet worden betrokken en de gevallen waarin moet worden geoordeeld dat sprake is van ingrijpende stelselmatigheid en, naast de officier van justitie, ook de rechter-commissaris moet worden betrokken, is dan ook onduidelijk. De Afdeling adviseert om in de toelichting te verhelderen in welke gevallen een machtiging van de rechter-commissaris is vereist en, zo nodig, het criterium van ingrijpend stelselmatig onderzoek van gegevens te heroverwegen.

c. Het Prokuratuur-arrest

i. Inleiding

Begin maart 2021 heeft het HvJ EU het voor de Nederlandse strafrechtspraktijk belangwekkende Prokuratuur-arrest gewezen.⁵⁶³ Dit arrest ziet op een bevoegdheid waarvan in de Nederlandse opsporingspraktijk veelvuldig gebruik wordt gemaakt: het vorderen van verkeers- en locatiegegevens bij aanbieders van communicatiediensten.⁵⁶⁴

Met deze bevoegdheid kunnen gegevens worden gevorderd over gebruikers van communicatiediensten en het communicatieverkeer van die gebruikers. De vordering kan slechts betrekking hebben op gegevens die bij amvb zijn aangewezen.⁵⁶⁵ Die gegevens zien op de uiterlijke kenmerken van de

⁵⁶² Bij het professioneel verschoningsrecht staat de mate waarin inbreuk wordt gemaakt op de persoonlijke levenssfeer in elk geval niet centraal. Opgemerkt zij voorts dat artikel 2.767 ziet op de inbeslagname van voorwerpen of onderzoek van gegevens in geval van een vermoeden van verschoningsgerechtigd materiaal dat is aangetroffen bij een ander dan de verschoningsgerechtigde.

⁵⁶³ HvJ EU 2 maart 2021, C-746/18, ECLI:EU:C:2021:152 (Prokuratuur).

⁵⁶⁴ Geldend artikel 126n Sv. De bevoegdheid kan ook in de fase van de 'vroegsporing' (artikel 126u Sv) worden gehanteerd en wanneer er sprake is van aanwijzingen van terrorisme (artikel 126zh Sv). In het nieuwe wetboek is deze bevoegdheid opgenomen in de artikelen 2.748 (historische gegevens) en 2.750 (toekomstige gegevens). Zie ook artikel 2.754, waarbij deze bepalingen van overeenkomstige toepassing worden verklaard op de fase van de 'vroegsporing' en op de situatie waarin er sprake is van aanwijzingen van terrorisme.

⁵⁶⁵ Artikel 2 Besluit vorderen gegevens telecommunicatie (grondslag wordt thans geboden in artikel 126n, eerste lid, Sv en in het nieuwe wetboek in artikel 2.756).

communicatie en niet op de inhoud van hetgeen wordt uitgewisseld.⁵⁶⁶ Het kan onder meer gaan om de zogenaamde gebruikersgegevens⁵⁶⁷, de datum en het tijdstip van de verbinding of van de poging te verbinden (verkeersgegevens) en de locatiegegevens van het netwerkaansluitpunt (locatiegegevens).⁵⁶⁸ Ook de uiterlijke kenmerken⁵⁶⁹ van sms-verkeer en e-mailverkeer vallen onder de bevoegdheid. De toepassing van deze bevoegdheid kan betrekking hebben op gegevens die ten tijde van de vordering al zijn verwerkt (historische gegevens) of nog zullen worden verwerkt (toekomstige gegevens). Met deze bevoegdheid kan bijvoorbeeld worden achterhaald wat iemands telefoonnummer is of wanneer, met wie en waar vandaan⁵⁷⁰ hij heeft gebeld of sms-berichten heeft uitgewisseld.

Deze bevoegdheid wordt daarnaast vaak ingezet in combinatie met de bevoegdheid tot het vastleggen van communicatie (tappen). Het vastleggen van communicatie levert de opsporing de inhoud van de communicatie op. Met behulp van de verkeers- en locatiegegevens kan de opsporing die communicatie beter duiden. Vandaar dat in de huidige opsporingspraktijk bij elk bevel tot het vastleggen van telecommunicatie ook een vordering van de officier van justitie tot het verstrekken van verkeersgegevens wordt afgegeven. Jaarlijks gaat het om ruim 40.000 tapbevelen en dus ook om eenzelfde aantal vorderingen met betrekking tot verkeersgegevens. Voorgesteld wordt het nieuwe wetboek aldus te wijzigen dat de aanbieder bij een bevel tot het vastleggen van communicatie ook altijd de verkeersgegevens met betrekking tot de gebruiker en het communicatieverkeer van de gebruiker dient te verstrekken.⁵⁷¹

⁵⁶⁶ HR 12 juli 2011, ECLI:NL:HR:2011:BQ1964. Om te kunnen kennisnemen van de inhoud van de communicatie bestaan andere bevoegdheden waaraan zwaardere eisen worden gesteld. Gedacht kan worden aan de telefoontap (voorgesteld artikel 2.8.13, geldende artikelen 126m, 126t en 126gz Sv).

⁵⁶⁷ Gebruikersgegevens zijn gegevens over de naam, het adres, de postcode, de woonplaats, het nummer en de soort van dienst. Ook het e-mailadres en het internetprotocoladres (IP-adres) vallen eronder. Zie Kamerstukken II 2001/02, 28059, 3, p. 11. Omdat die gebruikersgegevens niet de andere, meer gevoelige verkeersgegevens zoals de locatie en de duur van het contact omvatten, is het verkrijgen van inlichtingen *enkel* daarover aan een minder streng regime onderworpen. De bevoegdheid tot het vorderen van deze gebruikersgegevens is aan elke opsporingsambtenaar toegekend en mag in de fase van de klassieke opsporing bij verdenking van elk misdrijf waarop naar de wettelijke omschrijving gevangenisstraf is gesteld, worden uitgeoefend (voorgesteld artikel 2.7.47, derde lid; geldende artikelen 126na, 126ua en 126zi Sv). Dit is anders wanneer de vordering mede andersoortige gegevens omvat. Deze *enkele* gebruikersgegevens lijken ook niet binnen de reikwijdte van Prokuratuur te vallen (zie HvJ EU 2 maart 2021, C-746/18, ECLI:EU:C:2021:152 (Prokuratuur), punt 34, alwaar wordt gesproken van 'gegevens inzake de burgerlijke identiteit van de gebruikers van elektronische-communicatiemiddelen'). Ook dit is anders wanneer de vordering mede andersoortige gegevens omvat. Of alle (andere) soorten verkeers- en locatiegegevens per definitie binnen de reikwijdte van het arrest Prokuratuur vallen, is nog niet duidelijk (zie hierover punt 3c, onder iii).

⁵⁶⁸ Artikel 2 Besluit vorderen gegevens telecommunicatie.

⁵⁶⁹ Gedacht kan worden aan de datum en het tijdstip waarop een sms-bericht of e-mail is verzonden.

⁵⁷⁰ HR 7 september 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO9090.

⁵⁷¹ Zie de toelichting bij artikel 2.8.13, vierde en vijfde lid. Zie ook G.J.M. Corstens/M.J. Borgers & T. Koijmans, *Het Nederlands strafprocesrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2021, paragraaf 12.3.

ii. Inhoud Prokuratuur-arrest

In het Prokuratuur-arrest beantwoordt het HvJ EU prejudiciële vragen over de uitleg van een bepaling in de richtlijn betreffende privacy en elektronische communicatie.⁵⁷² Het Hof verduidelijkt daarmee zijn jurisprudentie met betrekking tot de toegang tot een reeks verkeers- of locatiegegevens door overheidsinstanties voor strafrechtelijke doeleinden.⁵⁷³ Een tweetal punten is voor Nederland in het bijzonder van belang.

Doelstellingen

Het HvJ EU heeft overwogen dat een onderzoeksinstantie uit een reeks persoonsgegevens van gebruikers van elektronische communicatiediensten precieze conclusies kan trekken over de persoonlijke levenssfeer van een gebruiker. Het voor strafrechtelijke doeleinden verlenen van toegang tot dergelijke communicatiegegevens is daarom slechts toegestaan in het kader van procedures ter bestrijding van zware criminaliteit en procedures ter voorkoming van ernstige bedreigingen van de openbare veiligheid. Alleen deze doelstellingen kunnen overeenkomstig het evenredigheidsbeginsel een ernstige inmenging in de grondrechten van artikel 7⁵⁷⁴ en 8⁵⁷⁵ van het Handvest rechtvaardigen.⁵⁷⁶

Van een ernstige inmenging is sprake als “overheidsinstanties toegang hebben tot een reeks verkeers- of locatiegegevens die informatie kunnen verschaffen over de communicaties van een gebruiker van een elektronische-communicatiemiddel of over de locatie van de door die gebruiker gehanteerde eindapparatuur op grond waarvan precieze conclusies kunnen worden getrokken over de persoonlijke levenssfeer van de betrokkenen.”⁵⁷⁷ Bij de beoordeling van de ernst van de inmenging spelen de duur van de periode waarvoor toegang wordt gevraagd tot de persoonsgegevens en de hoeveelheid en de aard van de persoonsgegevens die voor een dergelijke periode beschikbaar zijn, geen rol.⁵⁷⁸

⁵⁷² Meer specifiek gaat het over de uitlegging van artikel 15, eerste lid, van richtlijn 2002/58/EG van het Europees Parlement en de Raad van 12 juli 2002 betreffende de verwerking van persoonsgegevens en de bescherming van de persoonlijke levenssfeer in de sector elektronische communicatie (richtlijn betreffende privacy en elektronische communicatie), zoals gewijzigd bij richtlijn 2009/136/EG van het Europees Parlement en de Raad van 25 november 2009, gelezen tegen de achtergrond van de artikelen 7, 8 en 11 en artikel 52, eerste lid, van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie (Handvest).

⁵⁷³ Het voorkomen, onderzoeken, opsporen en vervolgen van strafbare feiten.

⁵⁷⁴ Eerbiediging van het privéleven en het familie- en gezinsleven.

⁵⁷⁵ Bescherming van persoonsgegevens.

⁵⁷⁶ HvJ EU 2 maart 2021, C-746/18, ECLI:EU:C:2021:152 (Prokuratuur), punt 33. Zie ook HvJ EU 6 oktober 2020, C-511/18, C-512/18 en C-520/18, ECLI:EU:C:2020:791 (La Quadrature du Net e.a.), punt 146.

⁵⁷⁷ HvJ EU 2 maart 2021, C-746/18, ECLI:EU:C:2021:152 (Prokuratuur), punt 35. Zie ook HvJ EU 2 oktober 2018, C-207/16, ECLI:EU:C:2018:788 (Ministerio Fiscal), punt 54.

⁵⁷⁸ HvJ EU 2 maart 2021, C-746/18, ECLI:EU:C:2021:152 (Prokuratuur), punten 35 en 39.

Het voorkomen, onderzoeken, opsporen en vervolgen van strafbare feiten in het algemeen rechtvaardigt volgens het HvJ EU alleen niet-ernstige inmengingen in de grondrechten van artikel 7 en 8 van het Handvest.⁵⁷⁹

Voorafgaande toetsing

Het HvJ EU oordeelt voorts dat het aan het nationale wetgever is om de voorwaarden vast te stellen waaronder de aanbieders van elektronische communicatiediensten de bevoegde nationale instanties toegang moeten verlenen tot de persoonsgegevens waarover zij beschikken.⁵⁸⁰ Om te waarborgen dat deze voorwaarden in de praktijk ten volle in acht worden genomen, is het van wezenlijk belang dat de toegang van de bevoegde nationale instanties tot de bewaarde gegevens wordt onderworpen aan een voorafgaande toetsing door een rechterlijke instantie of een onafhankelijke bestuurlijke entiteit.⁵⁸¹

Het vereiste van onafhankelijkheid, waaraan de toetsende instantie moet voldoen, brengt volgens het HvJ EU enerzijds met zich mee dat de instantie die de voorafgaande toetsing verricht niet betrokken mag zijn bij de uitvoering van het betreffende strafrechtelijk onderzoek en anderzijds dat zij neutraal moet zijn ten opzichte van de partijen in de strafprocedure.⁵⁸² Dat is niet het geval bij een OM dat tot taak heeft de strafprocedure in te leiden en, in voorkomend geval, ook optreedt als openbaar aanklager tijdens een latere strafprocedure.⁵⁸³ Een latere toetsing door een rechterlijke instantie of een onafhankelijke bestuurlijke entiteit is evenmin voldoende om aan de vereiste onafhankelijke toetsing te voldoen. De controle moet plaatsvinden voorafgaand aan elke toegang van de bevoegde nationale instanties tot de bewaarde gegevens.⁵⁸⁴

⁵⁷⁹ HvJ EU 2 maart 2021, C-746/18, ECLI:EU:C:2021:152 (Prokuratuur), punt 33. Zie ook HvJ EU 6 oktober 2020, C-511/18, C-512/18 en C-520/18, ECLI:EU:C:2020:791 (La Quadrature du Net e.a.), punt 140.

⁵⁸⁰ HvJ EU 2 maart 2021, C-746/18, ECLI:EU:C:2021:152 (Prokuratuur), punt 48.

⁵⁸¹ HvJ EU 2 maart 2021, C-746/18, ECLI:EU:C:2021:152 (Prokuratuur), punt 51. Zie ook HvJ EU 6 oktober 2020, C-511/18, C-512/18 en C-520/18, ECLI:EU:C:2020:791 (La Quadrature du Net e.a.), punt 189. Wanneer een dergelijke toetsing niet door een rechterlijke instantie maar door een onafhankelijke bestuurlijke entiteit wordt uitgeoefend, moet deze laatste een zodanige status hebben dat zij bij de uitoefening van haar taken objectief en onpartijdig kan handelen, en moet zij daartoe vrij zijn van elke invloed van buitenaf. Zie HvJ EU 2 maart 2021, C-746/18, ECLI:EU:C:2021:152 (Prokuratuur), punt 53.

⁵⁸² HvJ EU 2 maart 2021, C-746/18, ECLI:EU:C:2021:152 (Prokuratuur), punt 54.

⁵⁸³ HvJ EU 2 maart 2021, C-746/18, ECLI:EU:C:2021:152 (Prokuratuur), punten 55 en 59 en herhaald in HvJ EU 16 december 2021, C-724/19, ECLI:EU:C:2021:1020 (Spetsializirana prokuratura), punt 43. Prokuratuur volgt op arresten van het HvJ EU over de tenuitvoerlegging van een Europees arrestatiebevel (EAB), waaruit ook blijkt dat de Nederlandse officier van justitie onder omstandigheden geen onafhankelijke autoriteit is, zij het op een andere grond: de officier van justitie kan bijzondere aanwijzingen ontvangen van de minister van Justitie en Veiligheid (artikel 127 Wet RO). Dit had tot gevolg dat een officier van justitie geen EAB meer kon geven en dat de Overleveringswet moest worden aangepast. Zie HvJ EU van 27 mei 2019, gevoegde zaken C-508/18 OG en C-82/19, ECLI:EU:C:2019:456 (PPU PI) en HvJ EU 24 november 2020, C-510/19, ECLI:EU:C:2020:953 (Openbaar Ministerie (Faux en écritures)).

⁵⁸⁴ Dit is anders in naar behoren gemotiveerde urgente gevallen. Zie HvJ EU 2 maart 2021, C-746/18, ECLI:EU:C:2021:152 (Prokuratuur), punt 58.

iii. Beoordeling

Implicaties voor het vorderen van verkeers- en locatiegegevens

Er bestaan nog onzekerheden over de exacte reikwijdte en implicaties van het arrest voor de regeling van het vorderen van verkeers- en locatiegegevens bij aanbieders van communicatiediensten. Daarom heeft de procureur-generaal (P-G) bij de Hoge Raad in een aantal (andere) zaken zeer recent cassatie in het belang der wet gevorderd, waarbij verschillende belangrijke kwesties aan de orde worden gesteld.⁵⁸⁵

Eén van de vragen die daarin aan de orde wordt gesteld is, kort gezegd, of verkeers- en locatiegegevens⁵⁸⁶ per definitie van dien aard zijn dat daaruit conclusies over de persoonlijke levenssfeer van de gebruiker getrokken kunnen worden die inschakeling van de rechter-commissaris noodzakelijk maken. Of zijn er bepaalde categorieën gegevens waarbij die eis niet hoeft te worden gesteld, omdat daaruit geen precieze conclusies kunnen worden getrokken over de persoonlijke levenssfeer?⁵⁸⁷ De P-G vindt dat er veel voor valt te zeggen “dat bij een vordering van verkeersgegevens die alleen betrekking heeft op ‘de locatiegegevens van het netwerkaansluitpunt dan wel gegevens betreffende de geografische positie van de randapparatuur van een gebruiker ingeval van een verbinding of poging daartoe’⁵⁸⁸ geen machtiging van de rechter-commissaris vereist is.”⁵⁸⁹ De P-G geeft aan de Hoge Raad in overweging daarover een prejudiciële vraag te stellen aan het HvJ EU.

⁵⁸⁵ Zie de conclusies van 14 december 2021, ECLI:NL:PHR:2021:1179, 1180 en 1181. Na vaststelling van dit advies van de Afdeling heeft de Hoge Raad op 5 april 2022 uitspraak gedaan naar aanleiding van deze vorderingen (ECLI:NL:HR:2022:475, 476 en 477). Met de inhoud van deze uitspraken kon in het advies geen rekening meer worden gehouden. Daarnaast is er in twee zaken die zien op een ‘Prokuratuurkwestie’ een regulier cassatieberoep ingesteld. Het gaat om twee gepubliceerde arresten van het Gerechtshof ‘s-Hertogenbosch van 12 april 2021 (ECLI:NL:GHSHE:2021:3074 en 3087) waaruit valt af te leiden dat het verweer is gevoerd dat mede gelet op het arrest Prokuratuur de resultaten van het uitlezen van een inbeslaggenomen GSM door de verbalisant dienen te worden uitgesloten van het bewijs. Uit de inhoudsindicatie op www.rechtspraak.nl volgt dat deze arresten zijn gepubliceerd in verband met het ingestelde cassatieberoep. In de vordering tot cassatie in het belang der wet merkt de P-G op dat inderdaad cassatieberoep is ingesteld.

⁵⁸⁶ Anders dan de gegevens inzake de burgerlijke identiteit van de gebruikers van elektronische-communicatiemiddelen. Op deze (enkele) gegevens lijkt het arrest niet te zien (zie HvJ EU 2 maart 2021, C-746/18, ECLI:EU:C:2021:152 (Prokuratuur), punt 34). Zie ook de conclusie van 14 december 2021, ECLI:NL:PHR:2021:1180, punt 114. Het gaat hier om gegevens die enkel informatie verschaffen over de contactgegevens van de betrokken gebruikers, zoals hun adressen, en dus niet over de datum, het tijdstip, de duur en de ontvangers van de communicatie of de plaats waar de communicatie heeft plaatsgevonden of het aantal malen dat in een specifieke periode met bepaalde personen is gecommuniceerd.

⁵⁸⁷ Zie G.P. Sholeh, ‘De betekenis van het Prokuratuur-arrest: digitale opsporing en privacy onder de loep’, *Delikt en Delinkwent* 2022/15, waarin onder meer wordt ingegaan op de vraag wanneer een machtiging van de rechter-commissaris is vereist.

⁵⁸⁸ Artikel 2 onder e Besluit vorderen gegevens telecommunicatie.

⁵⁸⁹ Conclusie van 14 december 2021, ECLI:NL:PHR:2021:1180, onder 154.

Een andere vraag waarover nog onzekerheid bestaat, betreft de vraag wat de begrenzing is van het begrip ‘zware criminaliteit’ dan wel ‘ernstige strafbare feiten’.⁵⁹⁰ In het wetboek wordt de eis gesteld dat er voor het vorderen van verkeers- en locatiegegevens sprake moet zijn van verdenking van een misdrijf waarop naar de wettelijke omschrijving gevangenisstraf van vier jaar of meer is gesteld of van een misdrijf dat daarmee is gelijkgesteld.⁵⁹¹ Het is de vraag of dit vereiste toereikend is om te kunnen voldoen aan het Unierecht, waarin immers de eis wordt gesteld dat het voor strafrechtelijke doeleinden verlenen van toegang tot dergelijke communicatiegegevens slechts is toegestaan in het kader van procedures ter bestrijding van zware criminaliteit en procedures ter voorkoming van ernstige bedreigingen van de openbare veiligheid.⁵⁹² In het huidige en het nieuwe wetboek is het vorderen van deze gegevens bijvoorbeeld ook mogelijk ter zake van winkeldiefstal,⁵⁹³ vernieling en stalking.⁵⁹⁴ De P-G geeft aan de Hoge Raad in overweging ook hierover een prejudiciële vraag te stellen.⁵⁹⁵

Vast staat wel dát het arrest consequenties heeft voor de regeling van het vorderen van verkeers- en locatiegegevens bij aanbieders van communicatiediensten in het nieuwe wetboek.⁵⁹⁶ Daarin is immers bepaald dat deze gegevens kunnen worden gevorderd door een officier van justitie. Een machtiging van een rechter-commissaris is niet vereist, terwijl het arrest ertoe verplicht dat (in elk geval in een deel van de gevallen) de toegang van de bevoegde nationale instanties tot de bewaarde gegevens wordt onder-

⁵⁹⁰ De P-G merkt op dat in de Nederlandstalige versie van de arresten van het HvJ EU veelal de term ‘zware criminaliteit’ wordt gebruikt, terwijl in de Engelstalige versie wordt gesproken over ‘serious crime’ en in de Franstalige versie over ‘criminalité grave’. Dat begrip wordt in deze arresten ook wel vertaald als ‘ernstige criminaliteit’. Die vertaling biedt volgens de P-G mogelijk meer ruimte voor een bevredigende interpretatie. Zie conclusie van 14 december 2021, ECLI:NL:PHR:2021:1181, onder 72.

⁵⁹¹ Deze in het nieuwe wetboek gestelde eis komt (materieel) overeen met de in het huidige wetboek gestelde eis.

⁵⁹² De toepasselijke straf is niet het enige criterium om de ernst van strafbare feiten te bepalen. Ook moet rekening worden gehouden met de aard van de strafbare feiten, de aan de maatschappij toegebrachte schade, de aantasting van de rechtsbelangen, en de algemene gevolgen ervan voor de nationale rechtsorde en voor de waarden van een democratische samenleving. De specifieke historische, economische en sociale context van elke lidstaat speelt in dit verband eveneens een rol. Wat de verzwarende omstandigheden betreft, dient ook de vraag te worden gesteld of de strafbare feiten bijvoorbeeld hetzij herhaaldelijk hetzij tegen een groep kwetsbare personen zijn gepleegd. Zie de conclusie van A-G Pitruzzella van 21 januari 2020 (ECLI:EU:C:2020:18, onder 93) bij HvJ EU 2 maart 2021, C-746/18 (Prokuratuur), ECLI:EU:C:2021:152.

⁵⁹³ Diefstal is een misdrijf waarop naar de wettelijke omschrijving gevangenisstraf van vier jaar is gesteld (artikel 310 Sr).

⁵⁹⁴ Vernieling en stalking zijn geen misdrijven waarop naar de wettelijke omschrijving een gevangenisstraf van vier jaar of meer is gesteld, maar op grond van voorgesteld artikel 2.1.7 daarmee gelijkgestelde misdrijven (artikelen 350 respectievelijk 285b Sr).

⁵⁹⁵ Conclusie van 14 december 2021, ECLI:NL:PHR:2021:1181.

⁵⁹⁶ Dit geldt evenzo voor het huidige wetboek, nu aan de bevoegdheid tot het vorderen van verkeers- en locatiegegevens thans dezelfde eisen zijn verbonden.

worpen aan een voorafgaande toetsing door een rechterlijke instantie of een onafhankelijke bestuurlijke entiteit.

Het tijdstip waarop het HvJ EU dit arrest heeft gewezen, heeft tot gevolg gehad dat de zienswijze van de minister op de reikwijdte en implicaties van het arrest voor de regeling van het vorderen van verkeers- en locatiegegevens bij aanbieders van communicatiediensten in het nieuwe wetboek niet meer kon worden verwerkt in het voorstel en de toelichting vóór de verzending aan de Afdeling. De Afdeling acht het begrijpelijk als ervoor gekozen wordt om een separaat voorstel in te dienen dat ziet op de noodzakelijke aanpassingen om het huidige wetboek in lijn te brengen met het Unierecht, voor zover met een dergelijke regeling niet kan worden gewacht tot de invoering van het nieuwe wetboek. In een definitieve regeling in het nieuwe wetboek kan pas worden voorzien als de eerdergenoemde onzekerheden over de exacte reikwijdte en implicaties van het arrest zijn weggenomen.

Bredere implicaties

Hoewel het arrest thans slechts rechtstreeks gevolgen lijkt te hebben voor de bevoegdheid tot het vorderen van verkeers- en locatiegegevens, zal ook nagedacht moeten worden over de implicaties van het arrest voor andere onderdelen van het nieuwe wetboek. Uit het Prokuratuur-arrest blijkt dat het HvJ EU een aanzienlijk hogere drempel hanteert bij vorderingen tot verkeers- en locatiegegevens dan het (huidige en nieuwe) Wetboek van Strafvordering. Mogelijk oordeelt het HvJ EU in de toekomst op soortgelijke wijze over andere bevoegdheden. Afgezien daarvan rijst de vraag of dit arrest in het licht van de door de regering gehanteerde uitgangspunten zou moeten leiden tot een herijking van de normering van (digitale) opsporingsbevoegdheden.

Bij de bespreking onder punt 2c is aangegeven dat de regering bij de normering van opsporingsbevoegdheden een tweetal (met elkaar samenhangende) uitgangspunten hanteert. De eerste houdt in dat naarmate een bevoegdheid ingrijpender is, de uitoefening van de bevoegdheid is gebonden aan strengere eisen en met meer waarborgen is omringd. Daarbij geldt dat naarmate een bevoegdheid ingrijpender is, een hogere autoriteit moet beslissen over de toepassing daarvan. Het andere uitgangspunt houdt in dat de wettelijke toepassingsvoorwaarden voor de uitoefening van bevoegdheden met elkaar in evenwicht moeten zijn. Bevoegdheden met een vergelijkbare mate van ingrijpendheid dienen van toepassingsvoorwaarden te zijn voorzien die onderling niet te zeer uiteenlopen.

Het arrest leidt mogelijk tot inconsequenties in de voorgestelde normering van opsporingsbevoegdheden. De rechter-commissaris moet immers de inzet van de bevoegdheid tot het vorderen van verkeers- en locatiegegevens

toetsen, terwijl de wet een rechterlijke toets niet voorschrijft bij vergelijkbare⁵⁹⁷ of mogelijk bij zwaardere bevoegdheden.⁵⁹⁸ De vraag rijst dan of de rechter-commissaris ook bij deze bevoegdheden zal moeten worden ingezet. Hier kan bijvoorbeeld ook worden gewezen op de (op bovengenoemde uitgangspunten gebaseerde) gedifferentieerde normering bij het onderzoek van gegevens. Uit de toelichting volgt dat er slechts in uitzonderingsgevallen sprake zal zijn van ingrijpende stelselmatigheid en dus van de inzet van een rechter-commissaris. De vraag rijst hoe deze zeldzame inzet van de rechter-commissaris bij het onderzoek van gegevens, dat in potentie een grotere inbreuk op de persoonlijke levenssfeer maakt, zich verhoudt tot het Prokuraat-arrest. Het HvJ EU acht het immers noodzakelijk dat bij het 'enkele' vorderen van verkeers- en locatiegegevens wel een rechter-commissaris dient te worden betrokken.

In het licht van het voorgaande heeft het arrest van het HvJ EU mogelijk niet alleen gevolgen voor de normering van vorderingen tot verkeers- en locatiegegevens, maar mogelijk ook in breder verband, zoals voor het Nederlandse systeem van de normering van (digitale) opsporingsbevoegdheden, waaronder de gedifferentieerde normering bij onderzoek van gegevens. De Afdeling adviseert om in de toelichting in te gaan op de mogelijke implicaties van het arrest voor andere onderdelen van het nieuwe wetboek. Zij adviseert daarbij in de toelichting in te gaan op de vraag of en in hoeverre het Prokuraat-arrest zou moeten leiden tot een herijking van de normering van (digitale) opsporingsbevoegdheden.

d. Vorderen van gevoelige gegevens

In het nieuwe wetboek zijn verschillende (thans reeds bestaande) bevoegdheden om een derde te bevelen bepaalde historische of toekomstige gegevens te verstrekken, samengevoegd en gestroomlijnd.⁵⁹⁹ Het kan bijvoorbeeld gaan om het verstrekken van identificerende gegevens, gegevens over diensten die zijn verleend, rekening- en betalingsgegevens of camerabeelden. De bevoegdheid mag alleen worden uitgeoefend op bevel van de officier van justitie en in geval van verdenking van een misdrijf waarop naar de wettelijke omschrijving een gevangenisstraf van vier jaar of meer is gesteld.⁶⁰⁰

⁵⁹⁷ Zo zou bijvoorbeeld kunnen worden gedacht aan de bevoegdheid tot het vorderen van 'overige' gegevens als bedoeld in het geldende artikel 126nd Sv (voorgesteld artikel 2.747).

⁵⁹⁸ Te denken valt bijvoorbeeld aan de bevoegdheid tot het vorderen van gevoelige gegevens in het nieuwe wetboek; in het huidige wetboek is een machtiging van de rechter-commissaris wel voorgeschreven (zie onder punt 3d).

⁵⁹⁹ Voorgesteld artikel 2.747 (geldende artikelen 126nc tot en met 126nf Sv). Zie de toelichting bij artikel 2.747.

⁶⁰⁰ Voorgesteld artikel 2.747, eerste lid.

Ook kan een derde worden bevolen om gevoelige gegevens te verstrekken. Het gaat om persoonsgegevens over iemands godsdienst of levensovertuiging, ras, politieke gezindheid, gezondheid, seksuele leven of lidmaatschap van een vakvereniging.⁶⁰¹ Naar geldend recht is voor het verstrekken van dergelijke gegevens onder meer een machtiging van de rechter-commissaris vereist.⁶⁰² In de nieuwe wet wordt deze eis geschrapt.

De bevoegdheid gevoelige gegevens te vorderen, kan, gelet op de aard van de gegevens, leiden tot een aanzienlijke inbreuk op de persoonlijke levenssfeer. De in de toelichting gegeven argumenten om het vereiste van een machtiging van de rechter-commissaris te schrappen⁶⁰³, laten onverlet dat het verstrekken van gevoelige gegevens (onder omstandigheden) kan leiden tot een grotere inbreuk op de persoonlijke levenssfeer dan het verstrekken van andere gegevens. In de toelichting bij het onderzoek aan gegevens wordt er op gewezen dat, kort gezegd, gevoelige gegevens een aanwijzing kunnen zijn voor ingrijpende stelselmatigheid, waarbij wel degelijk een rechter-commissaris dient te worden betrokken.⁶⁰⁴

Volgens de toelichting dient de thans vereiste machtiging van de rechter-commissaris voor het vorderen van gevoelige gegevens te worden geschrapt, omdat de normering van het vergaren van gevoelige gegevens in het huidige wetboek minder goed past binnen de systematiek van strafvordering met betrekking tot het vergaren van gegevens. Het onderscheid naar de aard van de gegevens vormt immers in beginsel geen onderscheidend criterium bij de regeling van de andere strafvorderlijke bevoegdheden, zo volgt uit de toelichting.⁶⁰⁵

⁶⁰¹ Voorgesteld artikel 2.747, derde lid (geldend artikel 126nf Sv in verbinding met artikel 126nd, tweede lid, derde volzin, Sv). Zie ook artikel 9, eerste lid, Algemene Verordening Gegevensbescherming.

⁶⁰² Geldend artikel 126nf, derde lid, Sv.

⁶⁰³ Zie de toelichting bij artikel 2.747, derde lid. Het argument dat het onderscheid tussen de verschillende categorieën van gegevens en verschillende normering leidt tot het probleem van de zogenoemde bijvangst (toelichting, Boek 2, Afdeling 7.3.3, ad c (Bijvangst)), wordt hier niet herhaald.

⁶⁰⁴ Zie de toelichting bij artikel 2.739, tweede lid: “Een voorbeeld van ingrijpend stelselmatig onderzoek van gegevens is het onderzoek waarbij redelijkerwijs voorzienbaar gegevens worden onderzocht die onder het professioneel verschoningsrecht vallen; dergelijk onderzoek is dus alleen mogelijk met machtiging van de rechter-commissaris (naast de aanvullende voorwaarden die samenhangen met de geheimhoudersbescherming), conform de regeling in Titel 75. Het betreft immers gegevens die bij uitstek bestemd zijn om uitsluitend binnen de context van de relatie met de dienstverlener te worden gebruikt, waardoor het buiten de context halen van deze gegevens per definitie een zeer ingrijpende inbreuk is. Daarnaast betreft het vaak met een zekere waarschijnlijkheid (afhankelijk van de aard van de geheimhouder) gevoelige gegevens over gezondheid, religieuze overtuiging of strafrechtelijke persoonsgegevens. De enkele verwachting dat gevoelige gegevens zullen worden overgenomen of bij het onderzoek naar boven kunnen komen, is echter geen voldoende reden om van ingrijpende stelselmatigheid te spreken”.

⁶⁰⁵ Zie toelichting bij artikel 2.747, derde lid. Daar wordt ook verwezen naar Afdeling 7.3.3 van Boek 2, ad a (Regeling sluit niet goed aan bij de bestaande strafvorderlijke systematiek).

Dit standpunt is evenwel in tegenspraak met het voorstel om voor het vorderen van gevoelige gegevens wel de voorwaarde te handhaven dat de verstrekking van dergelijke gegevens alleen kan worden bevolen indien het belang van het onderzoek dit dringend vereist. Gelet op de voorbeelden die in de toelichting worden genoemd, lijkt bovendien vooral de zwaardere verdenkingsvoorwaarde in de praktijk een probleem te zijn, en niet zozeer de eis van een machtiging van de rechter-commissaris.

Daarnaast wordt in de toelichting opgemerkt dat een machtiging van de rechter-commissaris ook niet is vereist bij het bevel tot het uitleveren van voorwerpen⁶⁰⁶, terwijl daaraan gevoelige gegevens zouden kunnen worden ontleend.⁶⁰⁷ Ook dit argument overtuigt niet. Waarom ervoor wordt gekozen de waarborgen in deze bepaling te verminderen en niet om de waarborgen in de bepaling betreffende het bevel tot uitlevering van voorwerpen naar boven bij te stellen, indien en voor zover dit bevel gevoelige gegevens oplevert, wordt in de toelichting niet beargumenteerd.⁶⁰⁸

De Afdeling adviseert te bepalen dat voor het vorderen van gevoelige gegevens, zoals bedoeld in het voorgestelde derde lid van artikel 2.7.47, een machtiging van de rechter-commissaris vereist is.

e. Voorspellende instrumenten voor de opsporing van strafbare feiten

Het Nederlandse strafrecht heeft van oudsher een reactief karakter. Er valt evenwel een verschuiving te signaleren van het reageren op gepleegde strafbare feiten naar het voorzien en voorkomen van strafbare feiten. In het wetboek zijn bepalingen opgenomen die het mogelijk maken op te treden als er nog geen sprake is van een concrete verdenking dat een strafbaar feit is begaan. Gedacht kan worden aan het hanteren van strafvorderlijke bevoegdheden bij aanwijzingen van terrorisme, het optreden in veiligheidsrisicogebieden en verkennend onderzoek (zie punt 2b). Opsporing beslaat aldus een breed spectrum van onderzoek 'in verband met strafbare feiten', waarbij het zicht op het strafbare feit meer of minder concreet kan zijn.⁶⁰⁹

⁶⁰⁶ Voorgesteld artikel 2.7.9 (geldend artikel 96a, eerste lid, Sv).

⁶⁰⁷ Toelichting bij artikel 2.7.47, derde lid. Daar wordt ook verwezen naar Afdeling 73.3 van Boek 2, ad b (Oneigenlijke oplossingen voor het verkrijgen van gevoelige gegevens).

⁶⁰⁸ In geval van kennisgeving van in beslag genomen voorwerpen en/of gegevens die vallen onder het briefgeheim (voorgesteld artikel 2.7.16, vierde lid) of vallen onder het verschoningsrecht (voorgesteld artikel 2.7.67), wordt de inzet van de rechter-commissaris wel voorgeschreven vanwege de aard van de betreffende gegevens.

⁶⁰⁹ Zie L. Stevens e.a., 'Strafvorderlijke normering van preventief optreden op basis van datakoppeling', Tijdschrift voor Bijzonder Strafrecht & Handhaving 2021/4 en A. Das & M.B. Schuilenburg, 'Predictive policing: waarom bestrijding van criminaliteit op basis van algoritmen vraagt om aanpassing van het strafprocesrecht', Strafblad 2018/33.

In het licht van deze ontwikkeling verdient het de aandacht dat in Nederland door politie en justitie op steeds grotere schaal gebruik wordt gemaakt van voorspellende instrumenten voor de opsporing van strafbare feiten, zoals 'predictive policing'.⁶¹⁰ Daarbij wordt op basis van analyse van grote hoeveelheden data voorspeld waar en wanneer een strafbaar feit zal worden gepleegd en ook wie dat gaat doen. Als deze instrumenten mede voor een strafvorderlijk doel worden ingezet, kan sprake zijn van opsporing (zie punt 2b).

De inzet van dergelijke instrumenten kan er op termijn toe leiden dat de politie sneller en gerichter kan ingrijpen bij (dreiging van) strafbare feiten. Op deze wijze kan het overbelaste politieapparaat dan schaarse middelen op efficiëntere wijze inzetten.⁶¹¹ Op de inzet van deze instrumenten bestaat evenwel ook kritiek. Naast de (on)betrouwbaarheid van dergelijke instrumenten, is in de literatuur onder meer gewezen op een mogelijk discriminerend effect (bijvoorbeeld door het gebruik van gekleurde, onjuiste of onrepresentatieve data), op mogelijke inbreuken op het recht op privacy en het recht op databescherming van grote groepen mensen.⁶¹²

In het licht van deze kritiek is er in de literatuur discussie over de vraag met welke waarborgen dit soort bevoegdheden moet worden omgeven. Gewezen wordt op het ontbreken van een specifieke wettelijke grondslag voor de inzet van deze voorspellende instrumenten voor de opsporing van strafbare feiten.⁶¹³ De Afdeling acht het van belang dat er oog is voor deze discussie. Zij adviseert in de toelichting aandacht te besteden aan de vraag of, en zo ja waar,⁶¹⁴ in een specifieke wettelijke grondslag moet worden

610 'Predictive policing' is afkomstig uit de Verenigde Staten en kan worden gedefinieerd als een middel dat gebruikmaakt van gegevens om de kans te berekenen op toekomstige criminaliteit waarbij de nauwkeurigheid van de voorspellingen voortdurend wordt geëvalueerd en de politie bereid is op te treden op basis van de voorspellende informatie. Zie A. Das & M.B. Schuilenburg, 'Predictive policing: waarom bestrijding van criminaliteit op basis van algoritmen vraagt om aanpassing van het strafprocesrecht', *Strafblad* 2018/33.

611 A. Das & M.B. Schuilenburg, 'Predictive policing: waarom bestrijding van criminaliteit op basis van algoritmen vraagt om aanpassing van het strafprocesrecht', *Strafblad* 2018/33.

612 Zie bijvoorbeeld L. Stevens e.a., 'Strafvorderlijke normering van preventief optreden op basis van datakoppeling', *Tijdschrift voor Bijzonder Strafrecht & Handhaving* 2021/4.

613 Thans worden voor de inzet van voorspellende instrumenten verschillende grondslagen gebruikt, zoals artikel 3 Politiewet en de artikelen 8 en 11 Wpg. Volgens de literatuur passen deze grondslagen (in elk geval in de daar besproken variant van de inzet van voorspellende instrumenten) evenwel niet. Zie L. Stevens e.a., 'Strafvorderlijke normering van preventief optreden op basis van datakoppeling', *Tijdschrift voor Bijzonder Strafrecht & Handhaving* 2021/4.

614 Stevens e.a. betogen dat zo'n grondslag wellicht niet het beste zal passen in het Wetboek van Strafvordering, maar dat misschien eerder gedacht kan worden aan de Wpg of de Wvjs. Het Wetboek van Strafvordering is traditioneel sterk gericht op het strafproces, terwijl dat in geval van preventief optreden in de regel niet aan de orde zal zijn. Wel dient die wettelijke grondslag logisch aan te sluiten op het Wetboek van Strafvordering en dient deze aan zekere strafvorderlijke voorwaarden te voldoen. Zie L. Stevens e.a., 'Strafvorderlijke normering van preventief optreden op basis van datakoppeling', *Tijdschrift voor Bijzonder Strafrecht & Handhaving* 2021/4.

voorzien voor de inzet van voorspellende instrumenten voor de opsporing van strafbare feiten.

4. Voorlopige hechtenis

a. Inleiding

De wijze waarop in Nederland wordt omgegaan met voorlopige hechtenis wordt al lange tijd bekritiseerd door (inter)nationale gremia,⁶¹⁵ de rechtspraktijk⁶¹⁶ en wetenschappers.⁶¹⁷ Deze kritiek raakt de wijze waarop het wettelijke systeem in de praktijk wordt toegepast. De wettelijke procedure met betrekking tot de voorlopige hechtenis als zodanig is in overeenstemming met de eisen die het EHRM daaraan stelt. Zo worden het aanwezigheidsrecht, het recht op rechtsbijstand en het recht op vertolking en vertaling binnen de Nederlandse procedure gegarandeerd.⁶¹⁸

In de kern gaat het om de volgende, deels met elkaar samenhangende, problemen: de voorlopige hechtenis wordt te snel en te gemakkelijk bevolen, de toetsing aan de gronden voor voorlopige hechtenis geschiedt betrekkelijk oppervlakkig en op basis van algemene veronderstellingen, alternatieven voor voorlopige hechtenis worden maar weinig toegepast en beslissingen

⁶¹⁵ College voor de Rechten van de Mens, *Tekst en uitleg. Onderzoek naar de motivering van voorlopige hechtenis*, maart 2017; Committee against Torture, *Concluding observations on the combined fifth and sixth periodic reports of the Netherlands. Adopted by the Committee at its fiftieth session (6-31 May 2013)*, p. 7.

⁶¹⁶ Zie o.m. J.H. Janssen, F.W.H. van den Emster & T.B. Trotman, 'Strafrechters over de praktijk van de voorlopige hechtenis. Een oordeel van de werkvloer', *Strafblad* 2013, p. 430-444; S.L.J. Janssen & P.P.J. van der Meij, 'Tekenen bij het kruisje. De motivering van de voorlopige hechtenis', *NJB* 2012, p. 1785-1789; N. van der Laan, 'Het faillissement van de voorlopige hechtenis', *NJB* 2011, p. 2198; N. van der Laan, 'De voorlopige hechtenis lotto. Een pleidooi voor motiveren en publiceren', *NJB* 2009, p. 1853; S.M. Krans, 'Voortdurende voorlopige hechtenis. Kritische toets of lopende bandwerk?', *Advocatenblad* 2004, p. 814-816; S.L.J. Janssen & G.P. Hamer, 'Voorlopige hechtenis uit de bocht', *Advocatenblad* 2003, p. 932-936.

⁶¹⁷ Zie o.m. Y. Buruma, 'Voorlopige hechtenis: een buikpijndossier', *NJB* 2021, p. 905; Y.N. van den Brink, 'Voorlopige hechtenis en voorlopige vrijheidsbeperking', *Strafblad* 2017, p. 415-423; A.A. Franken, 'Frustraties over de voorlopige hechtenis', *Strafblad* 2017, p. 69-71; J.H. Crijns, B.J.G. Leeuw & H.T. Wermink, 'De voorlopige hechtenis in Nederland: juridische uitgangspunten versus praktische realiteit', *Strafblad* 2016, p. 206-214; J.H. Crijns, B.J.G. Leeuw & H.T. Wermink, *Pre-trial detention in the Netherlands. Legal principles versus practical reality*, Leiden 2016; A.H. Klip, 'Voorlopige hechtenis', *Delikt en Delinkwent* 2012, p. 83-93; L. Stevens, 'Voorlopige hechtenis in tijden van risicomanagement. Lijdende of leidende beginselen', *Delikt en Delinkwent* 2012, p. 382-405; L. Stevens, 'Voorlopige hechtenis en vrijheidsstraf. De strafrechter voor voldongen feiten?', *NJB* 2010, p. 1520-1525.

⁶¹⁸ Zie J.H. Crijns, B.J.G. Leeuw & H.T. Wermink, *Pre-trial detention in the Netherlands. Legal principles versus practical reality*, Leiden 2016, p. 23-26. Zie ook A.A. Franken, 'Frustraties over de voorlopige hechtenis', *Strafblad* 2017, p. 69-71; J.H. Crijns, B.J.G. Leeuw & H.T. Wermink, 'De voorlopige hechtenis in Nederland: juridische uitgangspunten versus praktische realiteit', *Strafblad* 2016, p. 206-214.

over de voorlopige hechtenis worden summier gemotiveerd.⁶¹⁹ De kritiek is hoofdzakelijk gebaseerd op het uitgangspunt in de rechtspraak van het EHRM dat de voorlopige hechtenis voor de rechter een ultimum remedium moet zijn.⁶²⁰ De vraag rijst of de praktijk zich met de thans voorgestelde wettelijke regeling voor voorlopige hechtenis, die in hoofdzaak overeenkomt met de huidige wettelijke regeling, voldoende gestimuleerd zal zien met deze kritiekpunten aan de slag te gaan of dat flankerende maatregelen daarbij behulpzaam kunnen zijn.

Het voorstel roept ook vragen op over de nieuwe mogelijkheid voor de rechter om bij de einduitspraak af te zien van opheffing van het bevel tot voorlopige hechtenis indien de tenuitvoerlegging van dat bevel is of wordt geschorst en de rechtbank een voorwaardelijke gevangenisstraf oplegt, waaraan bijzondere voorwaarden zijn verbonden.

b. Huidige wettelijke regeling

Op grond van de huidige wettelijke regeling kan een verdachte van een strafbaar feit door de officier van justitie voor de strafrechter worden gebracht met het verzoek om hem voorlopig, in afwachting van zijn berechting, op te sluiten. De voorlopige hechtenis omvat de door de strafrechter bevolen vormen van vrijheidsbeneming van een verdachte zonder dat hij definitief veroordeeld is.⁶²¹ Aan de toepassing van de voorlopige hechtenis is een aantal wettelijke voorwaarden verbonden.

Er moet sprake zijn van ernstige bezwaren tegen de verdachte.⁶²² Daarnaast mag voorlopige hechtenis alleen worden bevolen indien het gaat om een misdrijf waarop een gevangenisstraf is gesteld van vier jaar of meer.⁶²³ In het huidige wetboek zijn ook enkele lichtere vergrijpen limitatief opgesomd waarbij voorlopige hechtenis kan worden bevolen.⁶²⁴ Voorts moet er sprake zijn van een of meer grond(en) voor voorlopige hechtenis. Dat is een door de wetgever toegelaten doel met het oog waarop voorlopige hechtenis mag worden bevolen, zoals een geschokte rechtsorde of vluchtgevaar. Deze gronden zijn limitatief in het huidige wetboek opgenomen.⁶²⁵

⁶¹⁹ Zie o.m. J.H. Crijns, B.J.G. Leeuw & H.T. Wermink, *Pre-trial detention in the Netherlands. Legal principles versus practical reality*, Leiden 2016, p. 27-34.

⁶²⁰ De relevante uitgangspunten van het EHRM die betrekking hebben op de voorlopige hechtenis worden onder punt 4c besproken.

⁶²¹ Voorgesteld artikel 2.1.1 definieert voorlopige hechtenis als volgt: "de vrijheidsbeneming ingevolge een bevel van bewaring, gevangenneming of gevangenhouding". De inverzekeringstelling valt niet onder voorlopige hechtenis, omdat deze niet door de strafrechter, maar door de (hulp)officier van justitie wordt bevolen.

⁶²² Geldend artikel 67, derde lid, Sv.

⁶²³ Geldend artikel 67, eerste lid onder a, Sv.

⁶²⁴ Geldend artikel 67, eerste lid onder b en c, Sv.

⁶²⁵ Geldend artikel 67a, eerste en tweede lid, Sv.

Tot slot kan een bevel tot voorlopige hechtenis niet worden gegeven wanneer ernstig rekening moet worden gehouden met de mogelijkheid dat aan de verdachte, indien hij wordt veroordeeld, geen onvoorwaardelijke vrijheidsstraf of tot vrijheidsbeneming strekkende maatregel zal worden opgelegd of dat hij bij tenuitvoerlegging van het bevel langere tijd van zijn vrijheid zal worden beroofd dan de straf of maatregel zal duren (het zogenoemde anticipatiegebod).⁶²⁶

De strafrechter is niet verplicht voorlopige hechtenis te bevelen indien aan de voorwaarden daarvoor wordt voldaan. Er kunnen redenen zijn om van een dergelijk bevel af te zien. Ook is het mogelijk dat de strafrechter wel zo'n bevel geeft, maar dat bevel vervolgens schorst.⁶²⁷ De verdachte komt dan op vrije voeten, maar de strafrechter stelt dan algemene en/of bijzondere voorwaarden waaraan de verdachte zich moet houden. De algemene voorwaarden, die altijd gelden indien een bevel tot voorlopige hechtenis wordt geschorst, staan limitatief opgesomd in de wet.⁶²⁸ De wet stelt geen beperkingen aan de aard en het karakter van de bijzondere voorwaarden, maar uit de wetsgeschiedenis blijkt wel dat zij moeten strekken 'tot verwezenlijking van het doel' van de voorlopige hechtenis.⁶²⁹ Of anders gezegd: de bijzondere voorwaarden moeten worden opgelegd met het oog op één of meer van de hierboven genoemde gronden voor de voorlopige hechtenis. Bijzondere voorwaarden die vaak worden opgelegd zijn onder meer een contactverbod, een locatiegebod⁶³⁰ of -verbod of een meldplicht.

c. Uitgangspunten Europees Hof voor de Rechten van de Mens

Artikel 5, eerste lid, EVRM garandeert het recht op persoonlijke vrijheid en veiligheid en bepaalt in welke gevallen iemand zijn vrijheid mag worden ontnomen. Voorlopige hechtenis is toegelaten wanneer er een redelijke verdenking bestaat dat iemand een strafbaar feit heeft begaan of indien het redelijkerwijs noodzakelijk is hem te beletten (nogmaals) een strafbaar feit te begaan of te ontvluchten nadat hij dit heeft begaan.⁶³¹ Het EHRM heeft in zijn jurisprudentie algemene uitgangspunten ontwikkeld voor de toepassing van voorlopige hechtenis.

⁶²⁶ Geldend artikel 67a, derde lid, Sv.

⁶²⁷ Geldend artikel 80, eerste lid, Sv.

⁶²⁸ Geldend artikel 80, tweede lid, Sv. Bijvoorbeeld de voorwaarde dat de verdachte zich niet onttrekt aan de tenuitvoerlegging van het bevel tot voorlopige hechtenis indien de opheffing van de schorsing wordt bevolen.

⁶²⁹ Kamerstukken II 1913/14, 286, nr. 3, p. 84-85.

⁶³⁰ Bijvoorbeeld huisarrest, eventueel met elektronisch toezicht (een 'enkelband') ter bevordering van de naleving daarvan.

⁶³¹ Artikel 5, eerste lid aanhef en onder c, EVRM. Zie ook EHRM 22 februari 1989, ECLI:CE:ECHR:1989:0222JUD001115284 (Ciulla t. Italië), par. 38.

Vast uitgangspunt van de rechtspraak van het EHRM is dat verdachten, mede gelet op de onschuldpresumptie, hun proces in beginsel in vrijheid mogen afwachten⁶³² en dat voorlopige hechtenis alleen mag worden toegepast als kan worden aangetoond dat dit noodzakelijk is.⁶³³ Voorlopige hechtenis mag alleen worden toegepast wanneer het doel daarvan niet met een minder ingrijpend alternatief kan worden bereikt.⁶³⁴ Voor de rechter bestaat een voortdurende verplichting om alternatieve maatregelen te overwegen.⁶³⁵

Het EHRM stelt ook eisen aan de motivering van bevelen tot voorlopige hechtenis. Het bevel tot voorlopige hechtenis moet genoegzaam zijn gemotiveerd en mag niet algemeen en abstract zijn.⁶³⁶ Dat betekent onder meer dat de motivering niet alleen een herhaling in abstracto mag zijn van de wettelijke gronden voor voorlopige hechtenis.⁶³⁷ Standaardformulieren en stereotype formuleringen mogen niet worden gebruikt.⁶³⁸ De motivering van de voorlopige hechtenis moet worden toegespitst op de concrete persoon van de verdachte en verwijzen naar specifieke feiten en omstandigheden die de voorlopige hechtenis van de verdachte rechtvaardigen.⁶³⁹ Dat geldt ook voor beslissingen tot verlenging van de voorlopige hechtenis. Het enkel verwijzen naar de eerdere grondslag voor de voorlopige hechtenis is niet voldoende.⁶⁴⁰ Bovendien geldt dat hoe langer de voorlopige hechtenis voortduurt, hoe meer belastend bewijsmateriaal beschikbaar moet zijn en hoe hoger de eisen zijn die aan de motivering van de bevelen tot voorlopige hechtenis moeten worden gesteld.⁶⁴¹

⁶³² EHRM 5 juli 2016, ECLI:CE:ECHR:2016:0705JUD002375507 (Buzadji t. Moldavië), par. 89; EHRM 9 december 2014, ECLI:CE:ECHR:2014:1209JUD001591108 (Geisterfer t. Nederland), par. 38; EHRM 21 december 2010, ECLI:CE:ECHR:2010:1221JUD003537705 (Michalko t. Slowakije), par. 145.

⁶³³ EHRM 5 juli 2016, ECLI:CE:ECHR:2016:0705JUD002375507 (Buzadji t. Moldavië), par. 122.

⁶³⁴ EHRM 18 maart 2008, ECLI:CE:ECHR:2008:0318JUD001103603 (Ladent t. Polen), par. 55; EHRM 4 mei 2006, ECLI:CE:ECHR:2006:0504JUD003879703 (Ambruskiewicz t. Polen), par. 31; EHRM 26 juli 2001, ECLI:CE:ECHR:2001:0726JUD003397796 (Ilijkov t. Bulgarije), par. 85; EHRM 12 december 1991, ECLI:CE:ECHR:1991:1212JUD001189485 (Toth t. Oostenrijk), par. 67; EHRM 26 juni 1991, ECLI:CE:ECHR:1991:0626JUD001236986 (Letellier t. Frankrijk), par. 35.

⁶³⁵ EHRM 11 januari 2011, ECLI:CE:ECHR:2011:0111JUD001954707 (Darvas t. Hongarije), par. 27.

⁶³⁶ EHRM 24 juli 2003, ECLI:CE:ECHR:2003:0724JUD004613399 (Smirnova t. Rusland), par. 63.

⁶³⁷ EHRM 5 juli 2016, ECLI:CE:ECHR:2014:1216JUD002375507 (Buzadji t. Moldavië), par. 36.

⁶³⁸ EHRM 8 juni 1995, ECLI:CE:ECHR:1995:0608JUD001641990 (Yagci en Sargin t. Turkije), par. 52.

⁶³⁹ EHRM 15 december 2016, ECLI:CE:ECHR:2016:1215JUD004058315 (Ignatov t. Oekraïne), par. 40 en 41; EHRM 18 januari 2007, ECLI:CE:ECHR:2007:0118JUD007381901 (Estrikh t. Letland), par. 122.

⁶⁴⁰ EHRM 9 februari 2021, ECLI:CE:ECHR:2021:0209JUD006949116 (Zohlandt t. Nederland), par. 56-57; ECLI:CE:ECHR:2021:0209JUD001098215 (Maassen t. Nederland), par. 64; ECLI:CE:ECHR:2021:0209JUD007332916 (Hasselbaink t. Nederland), par. 76.

⁶⁴¹ EHRM 15 december 2016, ECLI:CE:ECHR:2016:1215JUD004058315 (Ignatov t. Oekraïne), par. 41; EHRM 28 oktober 2014, ECLI:CE:ECHR:2014:1028JUD001685811 (Urtans t. Letland), par. 29; EHRM 18 januari 2007, ECLI:CE:ECHR:2007:0118JUD007381901 (Estrikh t. Letland), par. 117.

Nederland heeft zich in verschillende zaken betreffende de voorlopige hechtenis moeten verdedigen voor het EHRM, met wisselend succes.⁶⁴² Zeer recent is Nederland door het EHRM veroordeeld in een drietal zaken over de motivering van beslissingen over voorlopige hechtenis. De rechters hadden niet toegelicht waarom de specifieke omstandigheden verlenging van het voorlopige hechtenis rechtvaardigden. Zij verwezen in de motiveringen naar de eerste beslissing om voorlopige hechtenis op te leggen en op de argumenten van het OM of de verdediging werd niet ingegaan.⁶⁴³

d. Consultatieversie voorstel: voorlopige vrijheidsbeperking

In de toelichting bij de consultatieversie van het voorstel wordt gewezen op de kritiek die is geuit op de Nederlandse voorlopige hechtenispraktijk. De minister gaf evenwel aan dat deze kritiek niet hoeft te leiden tot een ingrijpende wijziging van de wettelijke regeling van de voorlopige hechtenis. Wel was er volgens de minister aanleiding om het toepassen van alternatieven voor voorlopige hechtenis zowel in de wet als in het beleid een betere inbedding te geven.⁶⁴⁴

In de huidige wettelijke regeling hebben die alternatieven de vorm van de voorwaarden die aan een schorsing van de voorlopige hechtenis kunnen worden verbonden. De minister stelde echter dat deze systematiek van (schorsing van) de voorlopige hechtenis onvoldoende bevordert dat alternatieven worden toegepast. Het problematische karakter van de schorsing schuilt er volgens de minister in dat deze alternatieven alleen mogelijk zijn als eerst de voorlopige hechtenis is bevolen. Gelet op de beginselen van proportionaliteit en subsidiariteit en de rechtspraak van het EHRM over het recht op vrijheid, neergelegd in artikel 5 van het EVRM, achtte de minister

⁶⁴² J.S. Nan, P.A.M. Verrest & C.L. van der Vis, 'Kroniek van het straf(proces)recht', *NJB* 2021, p. 1234-1235. In de zaak Geisterfer was het EHRM kritisch over de opheffing van de schorsing van de voorlopige hechtenis van een verdachte. De hernieuwde detentie was slechts gebaseerd op de grond van de geschokte rechtsorde. De rechtbank had echter niet gemotiveerd waarom de hernieuwde detentie noodzakelijk was ter voorkoming van 'public disorder', terwijl de eerdere schorsing bovendien niet tot een dergelijke 'disorder' had geleid. Zie EHRM 9 december 2014, ECLI:CE:ECHR:2014:1209JUD001591108 (Geisterfer t. Nederland), par. 33-34. In de zaak Kanzi accepteerde het EHRM de door de rechter niet nader onderbouwde ernstig geschokte rechtsorde wel als voldoende reden voor de bevolen voorlopige hechtenis. Zie EHRM 5 juli 2007, ECLI:CE:ECHR:2007:0705DEC002883104 (Kanzi t. Nederland).

⁶⁴³ EHRM 9 februari 2021, ECLI:CE:ECHR:2021:0209JUD006949116 (Zohland t. Nederland), par. 56-57; ECLI:CE:ECHR:2021:0209JUD001098215 (Maassen t. Nederland), par. 64; ECLI:CE:ECHR:2021:0209JUD007332916 (Hasselbaink t. Nederland), par. 76.

⁶⁴⁴ Toelichting bij consultatieversie Boek 2, Algemeen deel, paragraaf 7.3 (Toepassing van alternatieven voor voorlopige hechtenis). In de huidige wettelijke regeling hebben die alternatieven de vorm van de voorwaarden die aan een schorsing van de voorlopige hechtenis kunnen worden verbonden.

een andere volgorde passend.⁶⁴⁵ Eerst moet worden bekeken of de doelen die met voorlopige hechtenis worden nagestreefd ook kunnen worden bereikt met een minder ingrijpend alternatief voor de voorlopige hechtenis.⁶⁴⁶

Om dit te bewerkstelligen werd in de consultatieversie voorgesteld de schorsing onder voorwaarden van de voorlopige hechtenis te vervangen door de voorlopige vrijheidsbeperking. Een bevel tot voorlopige vrijheidsbeperking kon volgens dit voorstel worden gegeven onder dezelfde voorwaarden als de voorlopige hechtenis.⁶⁴⁷ Een dergelijk bevel zou kunnen bestaan uit één of meer vrijheidsbeperkende verboden of verplichtingen, zoals een contactverbod, een locatieverbod of -gebod of een meldplicht, die in de consultatieversie van het voorstel niet-limitatief waren opgesomd. Naleving van een vrijheidsbeperkende maatregel kon worden bevorderd door daaraan elektronisch toezicht of een zekerheidstelling te verbinden.

e. Huidig voorstel: behoud en verbetering schorsing voorlopige hechtenis

Ook in het thans voorliggende voorstel wordt benadrukt dat er aanleiding is om het toepassen van alternatieven voor voorlopige hechtenis zowel in de wet als in het beleid een betere inbedding te geven. Van de invoering van voorlopige vrijheidsbeperking en de afschaffing van de schorsing van de voorlopige hechtenis onder voorwaarden is evenwel afgezien. Blijkens de toelichting liggen aan deze keuze de kritische consultatieadviezen van de NOvA, de Raad voor de rechtspraak en het OM ten grondslag.⁶⁴⁸ Gewezen werd op het risico dat de regeling een aanzuigende werking zou hebben.⁶⁴⁹ Bovendien zou de huidige systematiek van voorlopige hechtenis en schorsing voldoen⁶⁵⁰ en zou deze voldoende flexibiliteit bieden om alternatieven voor vrijheidsbeneming ruimer toe te passen.⁶⁵¹

⁶⁴⁵ Zo ook S. Meijer, 'Voorlopige vrijheidsbeperking vooropgesteld', *Platform Modernisering Strafvordering*, april 2018; Y.N. van den Brink, 'Voorlopige hechtenis en voorlopige vrijheidsbeperking. Het einde van de schorsing onder voorwaarden?', *Strafblad* 2017, p. 415-423; J.H. Crijns, B.J.G. Leeuw & H.T. Wermink, 'De voorlopige hechtenis in Nederland: juridische uitgangspunten versus praktische realiteit', *Strafblad* 2016, p. 206-214. Uit onderzoek naar vijf Europese landen (België, Duitsland, Frankrijk, Noorwegen en Zwitserland) blijkt dat alleen Duitsland een met Nederland vergelijkbaar systeem kent waarbij eerst de voorlopige hechtenis moet worden bevolen alvorens een alternatief kan worden toegepast. Zie S. Lestrade, 'Voorlopige hechtenis' in: P.A.M. Verrest & P.A.M. Mevis (red.), *Rechtsvergelijkende inzichten voor de modernisering van het Wetboek van Strafvordering*, Den Haag 2018, p. 347.

⁶⁴⁶ Toelichting bij consultatieversie van Boek 2, Algemeen deel, paragraaf 7.3 (Toepassing van alternatieven voor voorlopige hechtenis) en paragraaf 13.2 (Bevoegdheden tot vrijheidsbeperking en vrijheidsbeneming).

⁶⁴⁷ Zie punt 4b, waarin de huidige wettelijke regeling van de voorlopige hechtenis wordt beschreven.

⁶⁴⁸ Toelichting, Algemeen deel, paragraaf 5.3 (Vrijheidsbeperking en vrijheidsbeneming) en toelichting bij Hoofdstuk 5 van Boek 2, onder 'De toepassing van (schorsing van) de voorlopige hechtenis in de praktijk'.

⁶⁴⁹ Advies NOvA over Boeken 1-2 van 30 juni 2017, p. 11.

⁶⁵⁰ Advies Raad voor de rechtspraak over Boeken 1-2 van 11 juli 2017, p. 26-28.

⁶⁵¹ Advies OM over Boek 2 van 5 juli 2017, p. 9-13.

Het huidige voorstel strekt ertoe de huidige regeling van het onder voorwaarden schorsen van de voorlopige hechtenis te behouden en te verbeteren. In lijn met de adviezen krijgt de rechter de wettelijke opdracht om in alle gevallen na te gaan of schorsing van de voorlopige hechtenis onmiddellijk of op termijn mogelijk is.⁶⁵² Verder worden, eveneens in lijn met de adviezen, de aan de schorsing te verbinden voorwaarden in de wet verankerd.⁶⁵³ Volgens de minister bevordert een wettelijke regeling van de schorsingsvoorwaarden de rechtszekerheid en ondersteunt deze het werk van de reclassering.⁶⁵⁴

f. Effectiviteit van de voorgestelde regeling

De Afdeling onderschrijft de wens van de minister om gelet op de ultimatum remedium-gedachte alternatieven voor voorlopige hechtenis een betere inbedding te geven en aldus tegemoet te komen aan de kritiek dat de voorlopige hechtenis in Nederland te snel en te gemakkelijk wordt bevolen en dat alternatieven voor voorlopige hechtenis betrekkelijk weinig worden toegepast. Zij heeft echter haar twijfels of rechters met de voorgestelde wetswijziging voorlopige hechtenis daadwerkelijk terughoudender zullen toepassen, omdat de voorgestelde regeling niet wezenlijk verschilt van de huidige. De wettelijke opdracht aan de rechter om in alle gevallen na te gaan of schorsing van de voorlopige hechtenis onmiddellijk of op termijn mogelijk is, vloeit immers ook nu reeds voort uit de rechtspraak van het EHRM.

De Afdeling adviseert in de toelichting nader in te gaan op het effect dat dit voorstel naar verwachting zal hebben op de wijze waarop in de praktijk met voorlopige hechtenis wordt omgegaan. De Afdeling is zich ervan bewust dat het zal aankomen op de Nederlandse strafrechter, maar ook op het OM dat de voorlopige hechtenis vordert, of voorlopige hechtenis in de toekomst daadwerkelijk terughoudender zal worden toegepast. Desalniettemin acht de Afdeling het wenselijk dat de toelichting ingaat op eventuele flankerende maatregelen die voor een terughoudender gebruik van voorlopige hechtenis door rechters nodig zijn. De minister zou daartoe in overleg kunnen treden met de Raad voor de rechtspraak en het College van procureurs-generaal. Daarnaast acht de Afdeling het wenselijk dat in de toelichting wordt ingegaan op de vraag of, en zo ja, op welke wijze en binnen welke termijn zal worden gemonitord en geëvalueerd of het beoogde effect wordt bereikt.

⁶⁵² Voorgesteld artikel 2.5.31. Ook de Raad voor de Strafrechtstoepassing en Jeugdbescherming heeft geadviseerd het uitgangspunt 'schorsen, tenzij' in de wet op te nemen. Hij adviseert tevens schorsing onder voorwaarden te stimuleren, waarbij elektronische controlemiddelen kunnen worden ingezet. Zie het advies *Korte detenties nader bekeken. Minder korte detenties en meer betekenisvolle alternatieven*, Den Haag, 14 oktober 2021, paragrafen 5.1.1, 5.1.3 en 6.2 onder a.

⁶⁵³ Voorgesteld artikel 2.5.33.

⁶⁵⁴ Toelichting bij Hoofdstuk 5 van Boek 2 onder 'De toepassing van (schorsing van) de voorlopige hechtenis in de praktijk'.

De Afdeling adviseert in de toelichting nader in te gaan op het voorgaande.

g. Motivering van bevelen door de rechter

Ook de motivering van bevelen tot (verlenging van) voorlopige hechtenis in Nederland ligt onder vuur. Niet alleen wordt er in de wetenschap en rechtspraktijk op gewezen dat de motivering over het algemeen kort en weinig concreet wordt bevonden⁶⁵⁵, ook het EHRM heeft Nederland, zoals hierboven aangegeven, zeer recent veroordeeld in een drietal zaken.⁶⁵⁶

De motivering van beslissingen over voorlopige hechtenis heeft ook politieke aandacht (gehad). Op 27 september 2016 heeft de Tweede Kamer een motie aangenomen waarin de regering wordt opgeroepen “het hiertoe te geleiden dat de rechter goed inzicht geeft in de gronden en de ernstige bezwaren waarop de voorlopige hechtenis is gestoeld en daarbij tevens motiveert waarom een minder verstrekkend alternatief voor de voorlopige hechtenis niet passend is”⁶⁵⁷ In het debat in de Tweede Kamer merkte de minister op dat hij in algemene zin vindt “dat die motivering soms wat beter zou kunnen, op basis van wat het OM en de reclassering ook voorleggen” en zegde toe dit te zullen betrekken bij de modernisering van het Wetboek van Strafvordering.⁶⁵⁸

De voorgestelde bepaling die de rechter ertoe verplicht om bevelen tot (verlenging van) voorlopige hechtenis te motiveren is inhoudelijk echter ongewijzigd gebleven ten opzichte van de thans geldende bepaling.⁶⁵⁹ Van aanvullende maatregelen ter verbetering van de motivering van bevelen tot voorlopige hechtenis geeft de toelichting ook geen blijk. Zoals ook uit de toelichting blijkt worden de waarborgen voor de motivering van de voorlopige hechtenis in het nieuwe wetboek niet verzwaaard. Wel wordt gewezen op de verbeteringslag die gerechten maken met betrekking tot het motiveren van de voorlopige hechtenis door de invoering van door henzelf vastgestelde

⁶⁵⁵ Tot deze conclusie kwamen onder meer J.H. Crijns, B.J.G. Leeuw & H.T. Wermink, *Pre-trial detention in the Netherlands. Legal principles versus practical reality*, Leiden 2016, p. 48, en het College voor de Rechten van de Mens in het rapport *Tekst en uitleg. Onderzoek naar de motivering van voorlopige hechtenis*, maart 2017, p. 51 e.v. Zie bijvoorbeeld ook J.M. Reijntjes, *Voorarrest*, Deventer: Wolters Kluwer 2021, paragraaf 13.3.2.

⁶⁵⁶ EHRM 9 februari 2021, ECLI:CE:ECHR:2021:0209JUD006949116 (Zohland t. Nederland), par. 56-57; ECLI:CE:ECHR:2021:0209JUD001098215 (Maassen t. Nederland), par. 64; ECLI:CE:ECHR:2021:0209JUD007332916 (Hasselbaink t. Nederland), par. 76.

⁶⁵⁷ Kamerstukken II 2015/16, 29279, nr. 346.

⁶⁵⁸ Kamerstukken II 2015/16, 29279, nr. 336, p. 26.

⁶⁵⁹ Geldend artikel 78, tweede lid, Sv. Het voorgestelde artikel 2.5.21, tweede lid, bepaalt: “Het bevel (tot (verlenging van) voorlopige hechtenis) omschrijft zo nauwkeurig mogelijk het strafbare feit ten aanzien waarvan de verdenking is gerezen, de feiten of omstandigheden waarop de ernstige bezwaren tegen de verdachte zijn gegrond en de gedragingen, feiten of omstandigheden waaruit blijkt op welke van de gronden, bedoeld in artikel 2.5.27, eerste lid, het bevel is gebaseerd.”

professionele standaarden.⁶⁶⁰ De minister lijkt daarin aanleiding te zien geen voorstellen te doen om de motivering van beslissingen over voorlopige hechtenis te verbeteren.

De vraag rijst of de aanhoudende kritiek op de motivering van beslissingen over voorlopige hechtenis en de recente veroordelingen van Nederland door het EHRM de regering er niet toe dwingen een meer actieve houding aan te nemen.⁶⁶¹ Het initiatief voor het toepassen van voorlopige hechtenis ligt bij het OM. Gedacht kan worden aan het voeren van beleid waardoor ook het OM wordt gestimuleerd de vorderingen tot voorlopige hechtenis van een meer concrete motivering te voorzien.⁶⁶² De rechter zal daarin mogelijk aanleiding zien ook de motivering van het bevel tot voorlopige hechtenis te concretiseren. Daarnaast zou de invoering van de professionele standaarden voor een bepaalde periode kunnen worden gemonitord.⁶⁶³ De Afdeling heeft een beschouwing daarover in de toelichting gemist.

De Afdeling adviseert in de toelichting in te gaan op de wenselijkheid van aanvullende maatregelen ter verbetering van de motivering van bevelen tot voorlopige hechtenis.

h. Mogelijkheid tot schorsing in plaats van verplichte opheffing

Naar geldend recht is de rechter gehouden om bij einduitspraken het (geschorste) bevel tot voorlopige hechtenis op te heffen als een voorwaardelijke veroordeling volgt.⁶⁶⁴ Deze verplichte opheffing van het bevel volgt uit het gekozen wettelijk systeem. Indien de rechter na onderzoek van de hoofdzaak tot het oordeel is gekomen dat deze geen onvoorwaardelijke vrijheidsbeneming wettigt, dan vervalt ook de rechtvaardiging van de voorlopige vrijheids-

⁶⁶⁰ Landelijk Overleg Vakinhoud Strafrecht, *Professionele standaarden strafrecht*, februari 2016, gepubliceerd op www.rechtspraak.nl. Zie toelichting bij Hoofdstuk 5 van Boek 2 onder 'De toepassing van (schorsing van) de voorlopige hechtenis in de praktijk'.

⁶⁶¹ Zie ook HR 9 november 2021, ECLI:NL:HR:2021:1662, r.o. 2.6.5, waarin de Hoge Raad benadrukt dat beslissingen met betrekking tot de voorlopige hechtenis telkens een op de voorliggende zaak toegesneden motivering moeten bevatten.

⁶⁶² Zie G.P.M.F. Mols, 'Vrij en blij?', *NJB* 2022/237, waarin de auteur benadrukt dat het OM bij het vorderen van voorlopige hechtenis de ernstige bezwaren beter dient te expliciteren.

⁶⁶³ Volgens de Raad voor de Strafrechtstoepassing en Jeugdbescherming hebben de professionele standaarden (nog) niet geleid tot een duidelijke afname van het aantal voorlopig gehechten. Hij trekt deze voorzichtige conclusie op basis van de instroomcijfers. In 2015 werden 13.778 personen in voorlopige hechtenis genomen, in 2019 13.965. Dit was respectievelijk 36% en 44% van de totale instroom gedetineerden. Zie het advies *Korte detenties nader bekeken. Minder korte detenties en meer betekenisvolle alternatieven*, Den Haag, 14 oktober 2021, paragraaf 5.1.2.

⁶⁶⁴ Geldend artikel 72, derde lid, Sv.

beneming.⁶⁶⁵ Deze regeling brengt mee dat wanneer de voorwaardelijke veroordeling nog niet onherroepelijk is het overtreden van de voorwaarden niet – door opheffing van de schorsing – tot hervatting van de voorlopige hechtenis kan leiden.

In het voorstel wordt getracht deze situatie te ondervangen.⁶⁶⁶ Voorgesteld wordt de rechtbank de bevoegdheid te geven om ervan af te zien het geschorste bevel tot voorlopige hechtenis op te heffen indien de rechtbank een geheel of gedeeltelijk voorwaardelijke gevangenisstraf oplegt, waaraan bijzondere voorwaarden⁶⁶⁷ zijn verbonden.⁶⁶⁸ Met deze bepaling wordt het hiervoor bedoelde uitgangspunt losgelaten dat de rechtvaardiging van de voorlopige vrijheidsbeneming vervalt, indien de rechter na onderzoek van de hoofdzaak tot het oordeel is gekomen dat deze geen onvoorwaardelijke vrijheidsbeneming wettigt. In plaats daarvan is een voorziening getroffen op grond waarvan na opheffing van de schorsing wegens het niet naleven van de bijzondere voorwaarden, de tenuitvoerlegging van de voorlopige hechtenis voortduurt voor de duur van de voorwaardelijk opgelegde vrijheidsstraf. Het niet naleven van de schorsingsvoorwaarden geldt als zelfstandige grond voor de tenuitvoerlegging van de voorlopige hechtenis.⁶⁶⁹

De Afdeling onderschrijft de wens de situatie te ondervangen dat justitie met lege handen staat wanneer de verdachte de aan hem opgelegde voorwaarden overtreedt als de veroordeling nog niet onherroepelijk is geworden. De Afdeling merkt evenwel op dat de voorgestelde regeling haaks staat op het uitgangspunt dat de rechtvaardiging van de voorlopige vrijheidsbeneming vervalt, indien de rechter na onderzoek van de hoofdzaak tot het oordeel is gekomen dat deze geen onvoorwaardelijke vrijheidsbeneming wettigt. In de toelichting wordt daaraan geen aandacht besteed. De Afdeling adviseert in de toelichting in te gaan op de verhouding tussen het voorstel en voornoemd uitgangspunt.

⁶⁶⁵ J.M. Reijntjes, aant. 3 bij artikel 72 Sv, in: A.L. Melai/M.S. Groenhuijsen e.a., *Wetboek van Strafvordering*, Deventer: Kluwer (online). Dit vloeit voort uit het anticipatiegebod op grond waarvan een bevel tot voorlopige hechtenis achterwege blijft, wanneer ernstig rekening moet worden gehouden met de mogelijkheid dat aan de verdachte in geval van veroordeling geen onvoorwaardelijke vrijheidsstraf zal worden opgelegd. Zie voorgesteld artikel 2.5.30 (geldend artikel 67a Sv).

⁶⁶⁶ Toelichting bij Titel 5.4 van Boek 2 onder 'Schorsing in plaats van de verplichte opheffing'.

⁶⁶⁷ Als bedoeld in artikel 14c, tweede lid, Sr.

⁶⁶⁸ Voorgesteld artikel 2.5.49, derde lid.

⁶⁶⁹ Voorgesteld artikel 2.5.57, eerste lid.

Voorts is in de toelichting niet duidelijk gemaakt hoe deze regeling zich verhoudt tot de wettelijke mogelijkheid dat de rechter bij zijn uitspraak de dadelijke uitvoerbaarheid beveelt van de voorwaarden die zijn gekoppeld aan een voorwaardelijke veroordeling. Dit is mogelijk indien er ernstig rekening mee moet worden gehouden dat de veroordeelde wederom een misdrijf zal begaan dat gericht is tegen of gevaar veroorzaakt voor de onaan-tastbaarheid van het lichaam van een of meer personen.⁶⁷⁰ Een dergelijke beperking is niet te lezen bij de bijzondere regeling voor de schorsing van de voorlopige hechtenis bij dezelfde voorwaardelijke veroordeling. De Afdeling adviseert in de toelichting aan te geven hoe het voorstel en de voornoemde bepaling zich tot elkaar verhouden.

Voorts merkt de Afdeling op dat er naast de voorwaardelijke veroordeling diverse andere varianten van vrijheidsbeperkende voorwaarden en maatregelen in het strafrecht te vinden zijn, waarbij zich dezelfde problematiek voordoet. Zo kan worden gedacht aan de maatregel strekkende tot beperking van de vrijheid ter beveiliging van de maatschappij of ter voorkoming van strafbare feiten (contact- en gebiedsverbod).⁶⁷¹ Voor die bestaande andere varianten bevat het voorstel geen voorziening.

De Afdeling adviseert in de toelichting nader in te gaan op het voorgaande en, zo nodig, het voorstel aan te passen.

⁶⁷⁰ Artikel 14e Sr.

⁶⁷¹ Artikel 38v Sr.

Bijzonder deel

Deeladvies D.
Beweging naar voren

1. Inleiding

Van meet af aan is de beweging naar voren een belangrijk onderdeel van de modernisering van het Wetboek van Strafvordering geweest.⁶⁷² In de toelichting wordt die omschreven als “het samenstel van bepalingen waarmee wordt bevorderd dat zaken beter voorbereid bij de zittingsrechter komen.” De achterliggende gedachte is dat betere voorbereiding de kwaliteit van de berechting ten goede komt en doorlooptijden verkort.⁶⁷³

De toelichting somt een aantal onderwerpen op, waarbinnen de beweging naar voren in de voorstellen haar beslag krijgt:⁶⁷⁴

- de ruimere onderzoeks- en regiemogelijkheden voor de rechter-commissaris (zie verder punt 2);
- de gefaseerde aanbrenging van de zaak ter terechtzitting door introductie van de procesinleiding en de oproeping als afzonderlijke fases (zie verder punt 3);
- de toekenning aan de voorzitter van de rechtbank en de voorzitter van het gerechtshof van een versterkte regierol bij de voorbereiding van de zitting (zie verder punt 3);
- de aanpassing van de bestaande criteria voor de beoordeling van getuigenverzoeken en het verduidelijken van het toepassingsbereik daarvan (zie verder punt 4).

In dit deeladvies maakt de Afdeling achtereenvolgens opmerkingen over deze vier onderwerpen. Naast de hierboven vermelde onderwerpen noemt de toelichting nog de afschaffing van de verplichting dat na ommekomst van de negentigdagentermijn voor voorlopige hechtenis het onderzoek ter terechtzitting een aanvang neemt.⁶⁷⁵ Met het vervallen van deze regel worden de zogenoemde pro-formazittingen afgeschaft. Het bevel gevangenhouding wordt vóór de (inhoudelijke) terechtzitting voortaan telkens door de raadkamer in een (na drie maanden) openbare procedure getoetst en eventueel met periodes van ten hoogste drie maanden verlengd. Dit onderdeel van het voorstel geeft de Afdeling geen aanleiding tot opmerkingen. Ook de introductie van een nieuw beslismodel in hoger beroep kan met de beweging naar voren in verband worden gebracht: de berechting in eerste aanleg krijgt daardoor in verhouding meer gewicht ten opzichte van de berechting in hoger beroep. De nieuwe regeling van het hoger beroep komt nader aan

⁶⁷² In het Algemeen Deel van de toelichting wordt op de beweging naar voren ingegaan in paragrafen 2.3 (Een veranderde rolverdeling tussen strafrechtelijke actoren), 3.8 (De 'beweging naar voren') en 5.7 (Doorbreking van de negentigdagentermijn en de 'beweging naar voren').

⁶⁷³ Toelichting, Algemeen deel, paragraaf 3.8 (De 'beweging naar voren').

⁶⁷⁴ Toelichting, Algemeen deel, paragraaf 3.8 (De 'beweging naar voren').

⁶⁷⁵ Thans neergelegd in artikel 66, derde lid, Sv.

de orde bij de bespreking van de positie van de verdachte in een contradictoire wijze van procesvoering.⁶⁷⁶

De hierboven bedoelde voorstellen beogen dus gezamenlijk te bevorderen dat zaken 'zittingsrijp' zijn voordat zij op de terechtzitting worden behandeld, zodat minder aanhoudingen behoeven plaats te vinden om alsnog het gewenste onderzoek te kunnen verrichten, en doorlooptijden worden verkort. Het streven is te bewerkstelligen dat (ruim) vóór de terechtzitting onderzoekswensen worden opgegeven, over de inwilliging daarvan wordt beslist en daaraan uitvoering wordt gegeven. Wat betreft verzoeken van de zijde van de verdediging tot het horen van getuigen (waarover het in deze context dikwijls gaat) houdt de nagestreefde beweging naar voren in dat door de verdediging in een zo vroeg mogelijk stadium wordt opgegeven of en welke getuigen zij wenst te horen zodat de rechter-commissaris daartoe kan overgaan, dan wel – als horen ter terechtzitting gewenst wordt – dat vóór de zitting wordt beslist of dat verzoek wordt ingewilligd en de getuigen worden opgeroepen ter zitting te verschijnen.⁶⁷⁷

Het voorgaande is een korte schets van de beweging naar voren in de voorliggende toelichting. In de contourennota werd de beweging naar voren veel meer als een verschuiving gepresenteerd, die samenhangt met één van de in de contourennota genoemde subdoelen van de modernisering: "verkorting van doorlooptijden waarbij de verantwoordelijkheid van de procesdeelnemers voor een voortvarende procesgang wettelijk wordt vastgelegd en het onderzoek zoveel mogelijk wordt afgerond vóór de inhoudelijke behandeling ter zitting."⁶⁷⁸

In dit kader werd met de beweging naar voren bedoeld dat het voorbereidend onderzoek in verhouding tot het onderzoek ter terechtzitting in gewicht zou toenemen. De verschuiving van zitting naar vooronderzoek zou worden gestimuleerd doordat een verzoek ter zitting zou moeten worden afgewezen als het in redelijkheid in een eerder stadium had kunnen worden gedaan. De bedoeling was om nader onderzoek zoals het horen van getuigen zoveel mogelijk in het voorbereidend onderzoek te laten plaatsvinden met als doel 'meer panklare dossiers, minder getuigenverhoren ter zitting en een daling van het aantal aanhoudingen voor nader onderzoek'.⁶⁷⁹ Deze benadering is

⁶⁷⁶ Deeladvies B, punt 2e.

⁶⁷⁷ Zie toelichting bij Hoofdstuk 1 van Boek 4, paragraaf 2 (Opzet en doel van het gefaseerd aanhangig maken van zaken).

⁶⁷⁸ Contourennota Modernisering Wetboek van Strafvordering, Kamerstukken II 2015/16, 29279, nr. 278 (bijlage), p. 4.

⁶⁷⁹ Contourennota Modernisering Wetboek van Strafvordering, Kamerstukken II 2015/16, 29279, nr. 278 (bijlage), p. 12.

in de consultatieadviezen en in de literatuur sterk bekritiseerd omdat daarmee de verdedigingsrechten, de waarheidsvinding en de eindverantwoordelijkheid van de zittingsrechter, de onmiddellijkheid en de openbaarheid in het gedrang zouden komen.⁶⁸⁰

In de consultatieversie werd het streven naar een beweging naar voren gehandhaafd, waarbij werd vermeld dat een procescultuur wordt nagestreefd waarin onderzoek zo vroeg mogelijk plaatsvindt en zinloze herhaling van zetten (zoals getuigenverhoren) zo veel mogelijk wordt voorkomen. In de toelichting bij de consultatieversie werd echter uitdrukkelijk aangegeven dat het niet de bedoeling is dat de verdachte al voor de procesinleiding belangrijke processuele rechten kan verspelen.⁶⁸¹

In de nu voorliggende toelichting wordt de beweging naar voren (nog) minder sterk aangezet. De term wordt vooral gebruikt als verwijzing naar de nagestreefde betere voorbereiding van het onderzoek ter zitting en verwijst naar voorstellen die vroegtijdig onderzoek beogen te faciliteren. In de toelichting wordt erkend dat de belangen van onmiddellijkheid en openbaarheid soms nopen tot het horen van getuigen op zitting.⁶⁸² De principiële kritiek op de eerdere benadering van de beweging naar voren wordt door deze andere invalshoek voor een (groot) deel weggenomen.

De Afdeling onderschrijft het streven naar een betere voorbereiding van de zitting en het tegengaan van onnodige aanhoudingen. Zij wijst op een aantal belangrijke randvoorwaarden voor het slagen van de beoogde beweging naar voren, zoals de beschikbaarheid van voldoende financiële en personele middelen, adequate rechtsbijstand en informatievoorziening en tijdige verstrekking van processtukken.⁶⁸³ Daarnaast maakt zij opmerkingen over een aantal (deels daarmee overlappende) onderwerpen die raken aan de waarheidsvinding en de eisen van een eerlijk proces. Mede in het licht van daaruit voortvloeiende beperkingen voor een beweging naar voren wijst zij voorts op het belang van aanvullende voorzieningen om een voortvarende behandeling van de zaak te bevorderen.

De onderwerpen die in dit deeladvies aan de orde komen hangen nauw samen met thema's die (ook) in andere deeladviezen worden behandeld.

⁶⁸⁰ Advies NOVvA naar aanleiding van de Contourennota Modernisering Wetboek van Strafvordering van 31 maart 2015, p. 16; Advies Raad voor de rechtspraak over concept-Contourennota Modernisering Wetboek van Strafvordering van 2 april 2015, p. 7; J.S. Nan, 'Moderne onmiddellijkheid, onmiddellijkheid "light"', *Strafblad* 2015/47; L. van Lent, A. Smolders & M. Malsch, "'We kennen allemaal de stukken...'", *Delikt en Delinkwent* 2020/38.

⁶⁸¹ Toelichting bij consultatieversie van Boek 4, Algemeen deel, paragraaf 1.3 (Verhouding tot contourennota).

⁶⁸² Toelichting bij Hoofdstuk 2 van Boek 4, paragraaf 2 (Het oproepen en verhoren van getuigen).

⁶⁸³ Zie daarover nader Deeladvies B, punt 2.

In het bijzonder gaat het dan om de uitvoerbaarheid van de voorgestelde regeling (Deeladvies A), de positie van de verdachte (Deeladvies B) en de rol van de rechter (Deeladvies E).

2. Onderzoek en regie door de rechter-commissaris

a. Achtergrond en huidig recht

Met de inwerkingtreding van de Wet versterking positie rechter-commissaris per 1 januari 2013 is het gerechtelijk vooronderzoek afgeschaft.⁶⁸⁴ Daarmee is het opsporingsonderzoek onder leiding van de officier van justitie nu het alomvattende processuele kader voor het onderzoek naar strafbare feiten geworden. Tegelijkertijd wordt binnen dat onderzoek meer dan voorheen van de rechter-commissaris een actieve en 'regie-voerende' rol verwacht. Dat wil zeggen dat hij toezicht houdt op het verloop van het vooronderzoek en (vooral) op verzoek van de officier van justitie en de verdediging onderzoekshandelingen verricht.⁶⁸⁵ Verder heeft de rechter-commissaris de bevoegdheid gekregen om de officier van justitie en de verdachte op te roepen voor een regiebijeenkomst en om deze procespartijen in dat verband een termijn te stellen voor het indienen of onderbouwen van onderzoekswensen.⁶⁸⁶

Met deze wetwijziging werd onder meer beoogd de doorlooptijden in strafzaken te verkorten. Zaken zouden eerder op de terechtzitting kunnen worden aangebracht en de terechtzitting zou efficiënter kunnen worden ingericht, als de verdediging in een vroeg(er) stadium meer invloed op het onderzoek zou krijgen.⁶⁸⁷ De toelichting verschaft geen gegevens over de mate waarin de doelstellingen van deze wetwijziging in de afgelopen jaren daadwerkelijk zijn bereikt.⁶⁸⁸

In het nieuwe wetboek blijft de verhouding tussen de officier van justitie en de rechter-commissaris ongewijzigd. Wel wordt de positie van de rechter-commissaris (verder) 'verstevigd' als onderdeel van de voorstellen die zijn gericht op een betere voorbereiding van de vervolgingsbeslissing en de berechting.⁶⁸⁹ Deze verstevinging bestaat uit een aantal elementen, die hierna aan de orde komen.

⁶⁸⁴ Wet van 1 december 2011, *Stb.* 2011, 600.

⁶⁸⁵ Zie de geldende artikelen 181-184 Sv.

⁶⁸⁶ Zie het geldende artikel 185 Sv.

⁶⁸⁷ P.T.C. van Kampen e.a., *Mind the Gap. Modernisering Wetboek van Strafvordering: consequenties voor de verdediging*, WODC 2018, p. 94-95. Zie over de hoofdlijnen van deze wet verder R.G.A. Beaujean, *Onderzoek door de rechter-commissaris in strafzaken*, Deventer: Kluwer 2013, p. 33 e.v.

⁶⁸⁸ Vergelijk M. Dubelaar e.a., *Alleen voor de vorm? Frequentie, organisatie en praktijk van proformazittingen*, WODC 2015, p. 70-71.

⁶⁸⁹ Toelichting, Algemeen deel, paragraaf 3.3.

b. Voorstel en toelichting

Voor de positionering van de rechter-commissaris in het vooronderzoek is in het nieuwe wetboek aangesloten bij de taak die voor hem is vastgesteld bij de wetwijziging van 2013. De rechter-commissaris is geen ‘onderzoeksrechter’, maar ‘rechter in het vooronderzoek’. De officier van justitie – en dus niet de rechter-commissaris – heeft het gezag over het opsporingsonderzoek en heeft in het vooronderzoek de ‘regie’ over de strafzaak, aldus de toelichting. Tegelijkertijd wordt volgens de toelichting ook wel gesproken over ‘regievoering’ door de rechter-commissaris. Deze regievoering vindt echter steeds plaats in de sleutel van en binnen de (beperkte) bandbreedte van de rol die hem in de wet is toebedeeld. Dat wil zeggen dat hij zijn bevoegdheden uitoefent in het belang van de rechtsbescherming en van de volledigheid, de evenwichtigheid en de voortgang van het onderzoek.⁶⁹⁰ De rechter-commissaris vervult geen rol in de beslissing over de opsporing en vervolging van de verdachte en is niet verantwoordelijk voor het ‘rond’ krijgen van het onderzoek.⁶⁹¹

Een voorname taak van de rechter-commissaris is het beoordelen en uitvoeren van onderzoekswensen. Deze wensen honoreert hij voor zover het onderzoek redelijkerwijs van belang kan zijn voor de in het kader van de berechting door de rechter te nemen beslissingen.⁶⁹² Dat laatste ‘relevantie-criterium’ wordt in een nieuwe wettelijke bepaling vastgelegd.⁶⁹³ Het doel daarvan is te bevorderen dat er ‘ruime gelegenheid’ is om onderzoek dat benodigd is voor een zorgvuldige inhoudelijke behandeling van de strafzaak zoveel mogelijk in een vroeg stadium te doen.⁶⁹⁴

De rechter-commissaris krijgt in de voorgestelde regeling meer mogelijkheden om ‘regie’ te voeren en de voortgang van het opsporingsonderzoek te bewaken. Dit betreft in de eerste plaats de bevoegdheid om – ook buiten het kader van een regiebijeenkomst⁶⁹⁵ – termijnen te stellen aan de officier van justitie en de verdachte voor het opgeven of onderbouwen van onderzoekswensen. Op niet-naleving van een gestelde termijn staat op zichzelf geen sanctie. Wel wordt de termijnstelling bij de processtukken gevoegd, zodat dit ‘markeringspunt’ later in het strafproces kan worden betrokken bij de afweging of een onderzoekswens nog gehonoreerd moet worden.⁶⁹⁶

⁶⁹⁰ Zie voorgesteld artikel 1.2.25, tweede lid. De term ‘regie’ lijkt in dit verband dan ook een minder gelukkige term, die in de rechtspraak echter is ingeburgerd.

⁶⁹¹ Toelichting bij Hoofdstuk 10 van Boek 2 (Onderzoek door de rechter-commissaris).

⁶⁹² Toelichting bij Hoofdstuk 10 van Boek 2 (Onderzoek door de rechter-commissaris).

⁶⁹³ Zie voorgesteld artikel 2.10.5, eerste lid.

⁶⁹⁴ Toelichting bij artikel 2.10.5, eerste lid.

⁶⁹⁵ Tijdens of in aansluiting op de regiebijeenkomst beschikt hij naar huidig recht al over deze bevoegdheid; zie geldend artikel 185, tweede lid, Sv.

⁶⁹⁶ Toelichting bij artikel 2.10.67.

In de tweede plaats wordt een ruimere toepassing van de regiebijeenkomst mogelijk gemaakt. In het huidige wetboek⁶⁹⁷ ligt het initiatief daartoe geheel bij de rechter-commissaris; in het gemoderniseerde wetboek kunnen ook de officier van justitie en de verdachte verzoeken een regiebijeenkomst te houden.⁶⁹⁸ Deelname aan de regiebijeenkomst is niet verplicht.⁶⁹⁹ Mede op basis van het proces-verbaal van de regiebijeenkomst zal de zittingsrechter volgens de toelichting later moeten afwegen welke verzoeken alsnog gehonoreerd moeten worden. In dit verband merkt de toelichting op dat bij de beoordeling van getuigenverzoeken die na aanvang van het onderzoek ter terechtzitting worden ingediend onder andere ook in ogenschouw wordt genomen of de vordering of het verzoek redelijkerwijs in een eerder stadium van het geding kon worden gedaan.⁷⁰⁰

Net als onder de huidige wet⁷⁰¹ behoudt de rechter-commissaris in het voorstel de bevoegdheid om de processtukken op te vragen teneinde de voortgang van het opsporingsonderzoek te beoordelen. In dit verband kan de rechter-commissaris een termijn stellen aan de officier van justitie voor het nemen van een vervolgingsbeslissing.⁷⁰²

In het nieuwe wetboek kan de rechter-commissaris tot de aanvang van het onderzoek op de terechtzitting onderzoek (blijven) verrichten en beslissen over nieuwe vorderingen en verzoeken tot onderzoek. Na de indiening van de procesinleiding kan hij bepaalde bevoegdheden echter alleen uitoefenen met de instemming van de voorzitter van de rechtbank. Het gaat dan vooral om het verhoren van de verdachte of van getuigen of om het benoemen of het verhoren van deskundigen.⁷⁰³ De voorgestelde regeling verruimt de periode waarin de rechter-commissaris bevoegd is ten opzichte van het geldende recht, dat volgens de toelichting in de praktijk als knellend wordt ervaren.⁷⁰⁴

⁶⁹⁷ Zie geldend artikel 185, eerste lid, Sv.

⁶⁹⁸ Zie echter J.M. Reijntjes, 'De rechter-commissaris als regisseur', *Strafblad* 2015/34, p. 216, die ten aanzien van het huidige recht opmerkt dat een regiebijeenkomst 'uiteraard' ook op verzoek van OM of verdediging kan worden gehouden, al spreekt het wetboek daar niet van.

⁶⁹⁹ Toelichting bij artikel 2.10.68, eerste lid.

⁷⁰⁰ Toelichting bij artikel 2.10.68, derde lid.

⁷⁰¹ Zie geldend artikel 180, tweede lid, Sv.

⁷⁰² Zie voorgesteld artikel 2.10.69, eerste en tweede lid.

⁷⁰³ Toelichting bij Hoofdstuk 10 van Boek 2 (Onderzoek door de rechter-commissaris).

⁷⁰⁴ Volgens de Hoge Raad vloeit uit de huidige wet namelijk voort dat de rechter-commissaris na de kennisgeving van de officier van justitie dat tot dagvaarding zal worden overgegaan, niet meer over nieuwe (aanvullende) onderzoekswensen mag beslissen. Zie het geldend artikel 238, tweede lid, Sv zoals uitgelegd in HR 3 maart 2015, ECLI:NL:HR:2015:505.

c. Effectiviteit en aanvullende maatregelen

Met de voorstellen voor een beweging naar voren wordt zoals gezegd beoogd dat strafzaken beter voorbereid bij de zittingsrechter komen en dat doorlooptijden worden teruggedrongen (zie punt 1). De vraag rijst in hoeverre deze doelstellingen met de voorgestelde wijzigingen in de praktijk inderdaad zullen worden behaald. De Afdeling ziet in dit verband belemmeringen van verschillende aard.

De wettelijke mogelijkheden van de rechter-commissaris om regie te voeren en de voortgang van het onderzoek te bewaken worden op enkele punten verruimd, maar dit betreft per saldo slechts beperkte aanpassingen (zie punt 2b).⁷⁰⁵ Bovendien faciliteert de voorgestelde regeling weliswaar de regievoering en voortgangsbewaking door de rechter-commissaris, maar deze bevat daartoe geen dwingende voorschriften. De effectiviteit ervan zal dan ook in sterke mate afhangen van de wijze waarop de rechter-commissaris in de praktijk de handschoen zal oppakken en invulling zal geven aan zijn regievoerende taak. Of de rechter-commissaris zich geroepen zal voelen om deze taak (ambtshalve) in een bepaald opsporingsonderzoek aan zich te trekken is in de eerste plaats een kwestie van attitude.⁷⁰⁶ Voorts moet worden gewezen op de beperkte capaciteit en de lange wachttijden bij de kabinetten rechter-commissaris.⁷⁰⁷ Gelet daarop valt niet te verwachten dat de voorgestelde wetswijziging zal leiden tot een meer actieve betrokkenheid van de rechter-commissaris bij het opsporingsonderzoek, wanneer deze niet gepaard gaat met het verschaffen van de daartoe benodigde (personele) middelen.⁷⁰⁸

De voorgestelde regeling wil bevorderen dat onderzoek zoveel mogelijk in een vroeg stadium wordt verricht en is afgerond voordat de inhoudelijke behandeling op de terechtzitting begint.⁷⁰⁹ Een tijdige mogelijkheid tot kennisneming van de processtukken is een randvoorwaarde voor een eerdere

⁷⁰⁵ In deze zin ook Advies OM over Boek 2 van 5 juli 2017, p. 44. Vergelijk ook J.H. Crijns, 'Taak en positie van de rechter-commissaris in het nieuwe Wetboek van Strafvordering', *RM Themis* 2017, p. 310.

⁷⁰⁶ Vergelijk P.A.M. Mevis, 'Modernisering strafvordering bij de aanvang van het vervolg', *Delikt en Delinkwent* 2015/69, p. 764: "Geen RC gaat zonder enige aanleiding op z'n eentje eens wat onderzoek doen, toezicht houden of partijen bij elkaar roepen." Vergelijk ook J.M. Reijntjes, 'De rechter-commissaris als regisseur', *Strafblad* 2015/34, p. 225: "[E]en wetswijziging zal nauwelijks effect sorteren wanneer zij niet gepaard gaat met een stevige omslag in attitude en een sterk verbeterde organisatie".

⁷⁰⁷ Advies NOvA over Boeken 1-2 van 30 juni 2017, p. 18; J.H. Crijns, 'Taak en positie van de rechter-commissaris in het nieuwe Wetboek van Strafvordering', *RM Themis* 2017, p. 311.

⁷⁰⁸ Zie in algemene zin over deze kwestie Deeladvies E, punt 3. Zie ook het advies van de Raad voor de rechtspraak over Boeken 1-2 van 11 juli 2017, p. 42. Ook ten tijde van de invoering van de Wet versterking positie rechter-commissaris werd al opgemerkt dat er voldoende middelen moeten worden vrijgemaakt om de kabinetten rechter-commissaris zodanig toe te rusten dat zij in de praktijk ook daadwerkelijk een reële invulling kunnen geven aan hun nieuwe taakopdracht (zie N.J.M. Kwakman, 'De nieuwe Wet versterking positie rechter-commissaris', *Trema* 2012, p. 233; vergelijk ook P.A.M. Verrest, 'De Wet versterking positie rechter-commissaris', *Ars Aequi* 2012, p. 765 en p. 769).

⁷⁰⁹ Toelichting, Algemeen deel, paragraaf 3.8.

indiening van onderzoekswensen door de verdachte. In de praktijk zijn de processtukken echter niet altijd op een vroeg moment beschikbaar.⁷¹⁰ Het voorstel bevat verder geen duidelijke prikkels die de verdediging stimuleren om – ook als de processtukken wel beschikbaar zijn – vroegtijdig onderzoekswensen in te dienen.

Op niet-naleving van een door de rechter-commissaris gestelde termijn staat geen sanctie en aanwezigheid bij een regiebijeenkomst is niet verplicht.⁷¹¹ Wel wordt op verschillende plaatsen in de toelichting opgemerkt dat de omstandigheid dat een termijn niet is nageleefd, dan wel een verzoek eerder had kunnen worden gedaan, in een later stadium kan worden betrokken bij de afweging of een verzoek alsnog moet worden gehonoreerd (zie punt 2b). Aldus wordt de suggestie gewekt dat aan het ontbreken van een actieve proceshouding bij de verdachte door de rechter consequenties kunnen worden verbonden, maar wordt niet duidelijk in hoeverre dat inderdaad kan leiden tot het niet honoreren van een verzoek.⁷¹² Als het gaat om de beoordeling van een getuigenverzoek is volgens de toelichting wel sprake van ‘enige sanctionering’, doordat een strenger criterium geldt als dat verzoek (te) laat is gedaan.⁷¹³ Ook dan is het echter de vraag hoeveel ruimte de rechter feitelijk heeft om een getuigenverzoek af te wijzen, mede gelet op de beperkingen die (de jurisprudentie over) het in artikel 6 EVRM neergelegde ondervragingsrecht daaraan stelt.⁷¹⁴

De Afdeling adviseert in de toelichting duidelijkheid te verschaffen over de aanvullende maatregelen en middelen die – mede gelet op het genoemde capaciteitstekort – noodzakelijk zijn om te verzekeren dat de rechter-commissaris zijn regie-voerende taak daadwerkelijk kan en zal vervullen. Gelet op al het voorgaande adviseert de Afdeling voorts om te bezien of het vroegtijdig indienen van onderzoekswensen op andere wijze kan worden gestimuleerd dan door het niet honoreren van verzoeken door de zittingsrechter. In lijn met hetgeen hierna onder punt 2d wordt opgemerkt, adviseert zij het voorstel zo nodig aan te passen.

⁷¹⁰ Zie daarover Deeladvies B, punt 2c.

⁷¹¹ Toelichting bij de artikelen 2.10.67 en 2.10.68, eerste en derde lid; Advies Raad voor de rechtspraak over Boeken 1-2 van 11 juli 2017, p. 39.

⁷¹² P.T.C. van Kampen e.a., *Mind the Gap. Modernisering Wetboek van Strafvordering: consequenties voor de verdediging*, WODC 2018, p. 35-36. Vergelijk ook P.A.M. Mevis, ‘Modernisering strafvordering bij de aanvang van het vervolg’, *Delikt en Delinkwent* 2015/69, p. 765.

⁷¹³ Toelichting, Algemeen deel, paragraaf 5.7 (Doorbreking van de negentigdagetermijn en de ‘beweging naar voren’).

⁷¹⁴ Zie verder punt 4 van dit deeladvies.

d. Ambtshalve bevoegdheden, voorlopige hechtenis en alternatieven

De rechter-commissaris kan zijn bevoegdheden om regie te voeren en de voortgang van het opsporingsonderzoek te bewaken volgens het voorstel uitoefenen op vordering van de officier van justitie dan wel op verzoek van de verdachte die is verhoord. Daarnaast kan hij deze bevoegdheden ambtshalve inzetten, indien hij al onderzoek in de zaak verricht.⁷¹⁵ De rechter-commissaris kan dat ambtshalve onderzoek alleen verrichten indien de verdachte in voorlopige hechtenis is gesteld, of ter aanvulling van onderzoek dat hij op vordering van de officier van justitie of op verzoek van de verdachte verricht.⁷¹⁶ Ook de verplichting van de officier van justitie om de verdachte en de rechter-commissaris in kennis te stellen van de stand van zaken in het opsporingsonderzoek – en de verdachte daarbij inzage te geven in de beschikbare processtukken – bestaat alleen als de verdachte zich in voorlopige hechtenis bevindt, namelijk uiterlijk drie maanden nadat diens gevangenhouding is bevolen.⁷¹⁷

Ook in de nieuwe regeling kan de rechter-commissaris dus niet elke zaak naar zich toe trekken voor het doen van onderzoek. De mogelijkheid van ambtshalve voortgangscontrole en regie door de rechter-commissaris ontbreekt volledig in zaken waarin geen sprake is van voorlopige hechtenis en waarin hij niet door de officier van justitie of de verdediging in de zaak betrokken wordt.⁷¹⁸ Ook in dit opzicht is het de vraag of het voorstel daadwerkelijk een beweging naar voren zal bewerkstelligen. De rechter-commissaris krijgt van een groot deel van de zaken immers geen kennis en kan daarin dus ook geen sturende rol vervullen. Het voorstel en de toelichting lijken vooral toegesneden op grote en ernstige strafzaken, waarin de verdachte (langer dan drie maanden) in voorlopige hechtenis zit.⁷¹⁹ Mede gelet op de al eerder vermelde beperkte capaciteit bij de kabinetten rechter-commissaris is dat een begrijpelijke keuze. Een andere keuze zou ook spanning kunnen opleveren met het uitgangspunt dat het gezag over het opsporingsonderzoek bij de officier van justitie berust (zie punt 2a).

⁷¹⁵ Zie respectievelijk de voorgestelde artikelen 2.10.67, 2.10.68, eerste lid en 2.10.69, eerste lid.

⁷¹⁶ Zie voorgestelde artikel 2.10.3, eerste lid.

⁷¹⁷ Zie voorgestelde artikel 2.10.66, eerste en tweede lid.

⁷¹⁸ Zie ook J.H. Crijns, 'Taak en positie van de rechter-commissaris in het nieuwe Wetboek van Strafvordering', *RMThemis* 2017, p. 307.

⁷¹⁹ Advies Raad voor de rechtspraak over Boeken 1-2 van 11 juli 2017, p. 39.

De Afdeling merkt echter op dat lange doorlooptijden in de praktijk vooral een probleem zijn in zaken waarin de verdachte zich niet in voorlopige hechtenis bevindt.⁷²⁰ Dat probleem wordt met het voorstel niet opgelost. Een verdachte aan wie zijn vrijheid is ontnomen bevindt zich weliswaar in een meer urgente situatie, maar dat mag er niet toe leiden dat een voortvarende behandeling achterwege blijft in zaken van verdachten die op vrije voeten zijn.

Het is primair aan de officier van justitie, als leider van het opsporingsonderzoek, om de voortgang van dat onderzoek te bewaken en de doorlooptijd zo beperkt mogelijk te houden. De (voorgestelde) wettelijke regeling staat ook geenszins in de weg aan het rechtstreeks aan de officier van justitie richten van wensen om bepaald onderzoek uit te (laten) voeren. Een en ander komt in de huidige wet en in het voorstel niet expliciet tot uitdrukking. Wel zijn in de praktijk werkwijzen ontwikkeld waarbij op vaste momenten – bijvoorbeeld als het eindproces-verbaal van de politie gereed is – onderzoekswensen worden geïnventariseerd door het OM of termijnen worden afgesproken voor het opgeven daarvan.⁷²¹

De Hoge Raad heeft recent overwogen dat het in het Nederlandse stelsel van belang is dat al voor de aanvang van het onderzoek ter terechtzitting gelegenheid bestaat voor het uitoefenen van het recht om getuigen te ondervragen (artikel 6 EVRM). Dat betekent dat het OM en in bepaalde gevallen ook de rechter-commissaris al tijdens het vooronderzoek het initiatief daartoe moeten nemen.⁷²² Mede in het licht daarvan geeft de Afdeling in overweging een wettelijke basis te creëren voor een werkwijze waarbij het OM op een vast moment tijdens het opsporingsonderzoek (ook) de (niet voorlopig gehechte) verdachte in kennis stelt van de (voorlopige) tenlastelegging, hem in de gelegenheid stelt kennis te nemen van de (beschikbare) processtukken en een termijn stelt voor het aandragen van onderzoekswensen. Waar nodig kan de officier van justitie deze wensen dan doorgeleiden naar de

⁷²⁰ De doorlooptijd in ('complexe') strafzaken over misdrijven met een volwassen verdachte was in 2008 55 weken bij toepassing van voorlopige hechtenis, tegenover een doorlooptijd van 80 weken als geen voorlopige hechtenis werd toegepast; zie A.M.G. Zuiderwijk e.a., *Doorlooptijden in de strafrechtsketen*, WODC 2012, p. 73. Vergelijk meer recent *Doorlooptijden in beweging!*, Eindrapport project doorlooptijden Rechtspraak, oktober 2019, p. 125-140, i.h.b. p. 129 en p. 134; V. Mul, 'Tijdige strafrechtspraak: weg met lange doorlooptijden!', *Boom Strafblad* 2021, p. 79. In het Landelijk strafprocesreglement (inwerkingtreding per 1 januari 2019) komt dit onderscheid ook terug in de termijnen waarbinnen de rechter-commissaris getuigen moet horen na binnenkomst van het verzoek (artikel 4.1.5): drie maanden indien de verdachte zich in preventieve hechtenis bevindt en vier maanden indien de verdachte zich niet in preventieve hechtenis bevindt. Dit zijn overigens instructienormen waarop in individuele zaken geen beroep kan worden gedaan.

⁷²¹ In voorlopige hechtenis-zaken gebeurt dit ook wel bij de raadkamer gevangenhouding. Zie bijvoorbeeld het advies van de Raad voor de rechtspraak over Boeken 1-2 van 11 juli 2017, p. 39, i.h.b. voetnoot 27. Vergelijk ook P.T.C. van Kampen e.a., *Mind the Gap. Modernisering Wetboek van Strafvordering: consequenties voor de verdediging*, WODC 2018, p. 69.

⁷²² HR 20 april 2021, ECLI:NL:HR:2021:576 (Post-Keskin), r.o. 2.10.

rechter-commissaris. In gevallen waarin de rechter-commissaris al betrokken is in de zaak mag van deze ook een actieve houding worden verwacht, bijvoorbeeld door de verdediging nadrukkelijk uit te nodigen tot het kenbaar maken van verzoeken of door het ambtshalve horen van bepaalde getuigen.⁷²³

De Afdeling adviseert in de toelichting aandacht te besteden aan mogelijke voorzieningen die de voortgang van het onderzoek en het (vroeg)tijdig indienen van onderzoekswensen kunnen bevorderen, ook in zaken⁷²⁴ waarin geen sprake is van voorlopige hechtenis en waarin de rechter-commissaris niet betrokken is. In het bijzonder kan worden gedacht aan een werkwijze als hierboven bedoeld, waarbij de officier van justitie (of de rechter-commissaris) het initiatief neemt tot het actief benaderen van de verdediging met het verzoek om eventuele onderzoekswensen (binnen een bepaalde termijn) kenbaar te maken. Zij adviseert het voorstel op dit punt zo nodig aan te vullen.

3. Procesinleiding en regie door de voorzitter

a. De huidige regeling in het kort

Als de officier van justitie naar aanleiding van het voorbereidend onderzoek meent dat de zaak op zitting moet worden gebracht, brengt hij een dagvaarding uit.⁷²⁵ Met het betekenen van de dagvaarding aan de verdachte wordt de zaak ter terechtzitting aanhangig gemaakt en vangt – in de woorden van artikel 258, eerste lid Sv – het rechtsgeding aan. Derhalve markeert de dagvaarding de overgang naar het eindonderzoek. Aan de dagvaarding wordt een viertal functies toegekend:⁷²⁶ de aanduiding van de verdachte, de oproeping van de verdachte op een bepaalde dag en tijd ter terechtzitting te verschijnen,⁷²⁷ de beschuldiging van de verdachte (door de in de dagvaarding opgenomen tenlastelegging) en de informatiefunctie. Die laatste functie houdt in dat de dagvaarding de verdachte informeert over bepaalde hem

⁷²³ Vergelijk T. Kooijmans, 'Verdedigingsbelang en noodzakelijkheid: noopt *Keskin* tot aanpassing van het te moderniseren Wetboek van Strafvordering?', *RM Themis* 2021, p. 49. Dat zou dan wel ingrijpende praktische gevolgen kunnen hebben in termen van tijd, menskracht, ondersteuning en dus geld, maar denkbaar is dat deze investering zich terugbetaalt in het vervolg van het proces. Zie verder punt 2c over de in dit verband benodigde capaciteit en attitude.

⁷²⁴ Hierbij kan vooral worden gedacht aan zaken die bij de meervoudige kamer worden aangebracht. Bij veelvoorkomende criminaliteit wordt via de zogenoemde ZSM-aanpak gestreefd naar een snelle strafrechtelijke reactie.

⁷²⁵ Zie de geldende artikelen 167, eerste lid, 242, eerste lid en 258, eerste lid Sv.

⁷²⁶ G.J.M. Corstens/M.J. Borgers & T. Kooijmans, *Het Nederlands strafprocesrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2021, p. 673-674.

⁷²⁷ In het tweede lid van artikel 258 Sv staat dat de voorzitter de dag voor de terechtzitting bepaalt. Die dagbepaling gaat altijd aan het uitbrengen van de dagvaarding (waarop het geldende artikel 258, eerste lid, Sv ziet) vooraf. In de huidige praktijk gaat de appointering via de Verkeerstoren.

toekomstige rechten⁷²⁸ en ook andere informatie bevat die van belang kan zijn voor de proceshouding van de verdachte, zoals de namen van door de officier van justitie opgeroepen getuigen.⁷²⁹

De dagvaarding luidt het eindonderzoek in, hetgeen betekent dat de officier van justitie het dossier overdraagt aan de rechtbank. In het daaropvolgende tijdsbestek tot aan de zitting kan de zaak door de zittingsrechter worden voorbereid. Hoe lang dit is, is afhankelijk van de dagvaardingstermijn (die kan variëren van vele weken tot enkele dagen) en de tijd die gemoeid is met het ter beschikking stellen van het dossier aan de zittingsrechter.

De hoeveelheid mogelijk vermijdbare aanhoudingen van zaken en het daarmee gemoeide verlies aan zittingscapaciteit en voorbereidingstijd worden al vele jaren als een probleem beschouwd. Tegen deze achtergrond is al eerder wetgeving tot stand gekomen.⁷³⁰ Sinds 1 januari 2005 heeft de voorzitter van de rechtbank enkele bevoegdheden in de fase voorafgaand aan de terechtzitting om een efficiënte behandeling van de strafzaak ter zitting te bevorderen.⁷³¹ Zo kan de voorzitter onder meer een bevel verschijning en last medebrenging uitvaardigen (ten aanzien van de verdachte of van een getuige) en de officier van justitie bevelen nader onderzoek te doen, stukken bij de processtukken te voegen en getuigen op te roepen.⁷³² Deze bevoegdheden konden vóór invoering van deze wetgeving alleen op de terechtzitting worden uitgeoefend.⁷³³ In de memorie van toelichting wordt vermeld dat verwacht mag worden dat deze bevoegdheden van de voorzitter zullen kunnen bijdragen aan het terugdringen van het aantal aanhoudingen.⁷³⁴

Naast deze wetgeving zijn er in de praktijk vele afspraken gemaakt die tot doel hebben vermijdbare aanhoudingen te voorkomen. Een aantal daaruit voortvloeiende voorschriften gericht op verbetering van roostering, logistiek, appointering en dossiersamenstelling is neergelegd in het Landelijk

⁷²⁸ Het gaat hier om het recht op rechtsbijstand, het recht een bezwaarschrift tegen de dagvaarding in te dienen, het recht om getuigen en deskundigen mee te nemen of te doen oproepen (en hoe), het recht te verzoeken om een tolk, zie de geldende artikelen 260, vierde lid en 27ca, tweede lid, Sv.

⁷²⁹ Voorts de namen van de opgeroepen slachtoffers en benadeelde partijen, van een eventueel opgeroepen tolk, mededeling dat bij niet-verschijnen een bevel medebrenging kan worden uitgevaardigd.

⁷³⁰ Kamerstukken II 2004/05, 29254, nr. 3, p. 6-8.

⁷³¹ Zie de geldende artikelen 258, tweede lid en 263, vierde lid, Sv.

⁷³² Deze bevoegdheden zijn ingevoerd bij Wet van 10 november 2004, *Stb.* 2005, 579.

⁷³³ In de memorie van toelichting worden de voornaamste redenen voor aanhoudingen van de zitting opgesomd: het horen van getuigen (75%), het verwijzen naar de rechter-commissaris voor het horen van getuigen (20%), het opmaken van een rapportage over de verdachte (20,8%) en de afwezigheid van opgeroepen personen (13,4%); zie Kamerstukken II 2004/05, 29254, nr. 3, p. 12.

⁷³⁴ Kamerstukken II 2004/05, 29254, nr. 3, p. 12.

Strafprocesreglement.⁷³⁵ Bovendien zijn in dit reglement termijnen opgenomen, waarmee wordt beoogd een bijdrage te leveren aan de verkorting van de doorlooptijden.⁷³⁶ Daarnaast wordt in de praktijk van de strafrechtspraak ook op andere manieren regie gevoerd in individuele zaken. Een recent voorbeeld is het initiatief om procespartijen aan te zetten tot het maken van zogenoemde procesafspraken, waarbij getracht wordt tot overeenstemming te komen over de strafeis, waarbij dan de (omvangrijke) onderzoekswensen komen te vervallen.⁷³⁷

b. Voorstel en toelichting

i. Positionering en inhoud van de procesinleiding

In het nieuwe wetboek vangt de berechting⁷³⁸ aan met het indienen door de officier van justitie van de procesinleiding bij de voorzitter van de rechtbank en het betekenen daarvan aan de verdachte.⁷³⁹ De term 'dagvaarding' verdwijnt. De functies die de dagvaarding thans vervult worden opgesplitst in de informatieve functie die de procesinleiding gaat vervullen, en de oproepingsfunctie die wordt vervuld door de afzonderlijke oproeping voor de terechtzitting.⁷⁴⁰ Voorts wordt de verdachte in de procesinleiding gewezen op een aantal rechten,⁷⁴¹ waaronder het recht op rechtsbijstand, het recht om kennis te nemen van alle processtukken en het recht om bij de voorzitter van de rechtbank een verzoek in te dienen getuigen en deskundigen voor de terechtzitting te doen oproepen.⁷⁴²

Anders dan onder de huidige regeling ontstaat door de onderscheidenlijke momenten van procesinleiding en oproeping een tijdspanne⁷⁴³ waarin de zaak al wel onder de verantwoordelijkheid van de rechtbank valt, maar nog

⁷³⁵ Landelijk Strafprocesreglement, i.w.tr. per 1 januari 2019, via www.rechtspraak.nl.

⁷³⁶ Landelijk Strafprocesreglement, i.w.tr. per 1 januari 2019, p. 2, via www.rechtspraak.nl.

⁷³⁷ Zie o.a. Rb. Rotterdam 4 oktober 2021, ECLI:NL:RBROT:2021:9953. Zie ook R. Terpstra, 'De behoefte aan een nieuwe strafrechtelijke procesmodaliteit', *NJB* 2022, p. 529 e.v.

⁷³⁸ De term 'berechting' duidt de fase aan beginnend met het indienen van de procesinleiding en eindigend met het eindvonnis in eerste aanleg, waarin de verantwoordelijkheid voor de afdoening van de strafzaak bij de rechter ligt. Het begrip 'rechtsgeding' keert niet terug in het wetboek (toelichting bij artikel 4.1.1, eerste lid).

⁷³⁹ Zie voorgesteld artikel 4.1.1, eerste lid.

⁷⁴⁰ Zie voorgesteld artikel 4.1.11. Er is gekozen voor een nieuwe terminologie om het verschil wat betreft de twee fasen die in de nieuwe regeling besloten liggen, tot uitdrukking te brengen; zie Toelichting bij Hoofdstuk 1 van Boek 4, paragraaf 2 (Opzet en doel van het gefaseerd aanhangig maken van zaken).

⁷⁴¹ Zie voorgesteld artikel 4.1.2.

⁷⁴² Zie voorgesteld artikel 4.1.4, eerste en tweede lid.

⁷⁴³ Waarvan de duur niet is vastgelegd in de voorgestelde regeling.

geen zitting is gepland.⁷⁴⁴ Deze gefaseerde wijze van aanbrengen van de zaak wordt alleen gehanteerd bij zaken die bij de meervoudige kamer worden aangebracht.⁷⁴⁵ De voorzitter bepaalt in deze fase de dag en het tijdstip van de terechtzitting. De voorzitter doet dit pas zodra hij heeft kunnen nagaan wat er nog moet gebeuren alvorens de zaak inhoudelijk kan worden behandeld,⁷⁴⁶ doch zo spoedig mogelijk, en in overleg met de officier van justitie en zo mogelijk met de verdachte of diens raadsman.⁷⁴⁷ De oproeping gebeurt vervolgens door de officier van justitie.⁷⁴⁸

Met het indienen en betekenen van de procesinleiding vangt de berechting aan. De procesinleiding markeert dus de overgang van vooronderzoek naar berechting en de overgang van de verantwoordelijkheid voor de afdoening van de strafzaak van de officier van justitie naar de rechter. De verdachte moet van alle processtukken kennis kunnen nemen zodra de procesinleiding is ingediend.⁷⁴⁹ Vanaf dat moment gaat de zeggenschap over de processtukken ook over naar de rechter, zodat de voorzitter van de rechtbank in de voorbereidende fase beslissingen kan nemen over de processtukken.

De procesinleiding is ook belangrijk voor het streven naar een betere voorbereiding van de zitting. Ten eerste ligt in een aantal voorstellen betreffende het voorbereidend onderzoek (zie punt 2) het streven besloten dat al tijdens het opsporingsonderzoek de inhoudelijke behandeling van de zaak zo goed mogelijk wordt voorbereid en dat er meer tijd komt voor afronding daarvan. Het uitgangspunt in de voorgestelde wetgeving is dan ook dat het indienen van een procesinleiding pas plaatsvindt als de officier van justitie op basis van een afgerond opsporingsonderzoek van oordeel is dat de zaak voldoende

⁷⁴⁴ Deze fasering komt ook tot uitdrukking in de indeling van het hoofdstuk. Hoofdstuk 1 (Het aanbrengen van de zaak ter berechting) valt uiteen in twee titels: Titel 1.1 (Procesinleiding en voorbereiding van de terechtzitting) en Titel 1.2 (Oproeping en intrekking van de procesinleiding).

⁷⁴⁵ In zaken die bij een enkelvoudige kamer (politierechter of kantonrechter) worden aangebracht, wordt tegelijkertijd met de procesinleiding ook de oproeping aan de verdachte betekend. In het type zaken dat enkelvoudig wordt behandeld, weegt de betere voorbereiding door fasering volgens de toelichting niet op tegen het nadeel dat de doorlooptijd aanzienlijk zal oplopen. Zie voorgesteld artikel 4.5.4, eerste lid. Zie verder de toelichting bij Boek 4, paragraaf 4 (Voorzittersbeslissingen) en bij artikel 4.5.4.

⁷⁴⁶ Toelichting bij artikel 4.1.1. Daarbij zal hij wachten tot de termijn van vier weken waarbinnen de verdachte verzoeken ingevolge voorgesteld artikel 4.1.4, eerste en tweede lid, kan indienen, is verstreken om duidelijkheid te verkrijgen over de onderzoekswensen en de tijd die met het uitvoeren daarvan gemoeid is (toelichting bij artikel 4.1.4). Indien op voet van voorgesteld artikel 4.1.4, derde lid, instemming is verkregen van de verdachte om deze termijn te verkorten, wordt, zo lijkt het, het verstrijken van die verkorte termijn afgewacht. In voorgesteld artikel 4.1.4, vierde en vijfde lid, ligt besloten dat vervolgens het standpunt van de officier van justitie moet worden afgewacht.

⁷⁴⁷ Zie voorgesteld artikel 4.1.6, eerste lid.

⁷⁴⁸ Zie voorgesteld artikel 4.1.11, eerste lid.

⁷⁴⁹ Zie voorgesteld artikel 1.8.10.

is voorbereid en aan de rechter moet worden voorgelegd.⁷⁵⁰ Ten tweede luidt de procesinleiding de berechtingsfase in, waarin door de fasering de gelegenheid wordt gecreëerd eerst te inventariseren of de zaak klaar is om inhoudelijk te worden behandeld (zie verder hierna, onder ii).⁷⁵¹

ii. Regiebevoegdheden van de voorzitter

Met de fasering kan de gewenste regierol van de voorzitter van de rechtbank concrete invulling krijgen doordat hem een aantal bevoegdheden ter beschikking staat.⁷⁵² De bevoegdheden van de voorzitter zijn, meer dan die van de rechter-commissaris, gericht op de op handen zijnde terechtzitting.⁷⁵³ De bedoeling is dat de zaak pas op de zitting wordt behandeld als deze ook daadwerkelijk zittingsrijp is, zodat de behandeling ter terechtzitting zich kan toespitsen op inhoudelijke bespreking en niet op mogelijke lacunes in de beschikbare informatie.⁷⁵⁴

De voorstellen betreffen een aantal nieuwe bevoegdheden. Het gaat om overleg met de partijen, het inlassen van een schriftelijke ronde, het beleggen van een regiezitting, het bepalen van de dag van de terechtzitting en het beslissen over bepaalde verzoeken.⁷⁵⁵ Deze bevoegdheden komen toe aan de voorzitter van de rechtbank (zie verder punt 3c). Een belangrijk onderdeel van deze voorzittersbevoegdheden is de regeling dat de verdachte de voorzitter van de rechtbank kan verzoeken getuigen en/of deskundigen te doen oproepen voor de terechtzitting.⁷⁵⁶ Naar huidig recht dient de verdachte verzoeken om getuigen en/of deskundigen ter zitting op te roepen in te dienen bij de officier van justitie, die om in de wet omschreven redenen kan weigeren daaraan gevolg te geven.⁷⁵⁷

Deze verzoeken moeten binnen vier weken na de betekening van de procesinleiding bij de voorzitter worden ingediend.⁷⁵⁸ In de procesinleiding wordt

⁷⁵⁰ Toelichting bij Hoofdstuk 1 van Boek 4, onder paragraaf 4 (Voorzittersbeslissingen). Het oordeel of de zaak voldoende is voorbereid, is aan de officier van justitie. In de toelichting op artikel 1.8.2 wordt de mate van afronding gekoppeld aan het kunnen aanvangen van de berechting: "Voor de beslissing een strafbaar feit aan te brengen bij de rechtbank ter berechting, geldt dat het opsporingsonderzoek in elk geval in zoverre afgerond dient te zijn dat met de berechting een aanvang kan worden gemaakt."

⁷⁵¹ Toelichting bij Hoofdstuk 1 van Boek 4, onder paragraaf 2 (Opzet en doel van het gefaseerd aanhangig maken van zaken).

⁷⁵² Vergelijk de toelichting bij Boek 4.

⁷⁵³ Toelichting bij Hoofdstuk 1 van Boek 4, paragraaf 4 (Voorzittersbeslissingen).

⁷⁵⁴ Toelichting bij Hoofdstuk 1 van Boek 4, paragraaf 2 (Opzet en doel van het gefaseerd aanhangig maken van zaken). Het slachtoffer is niet gebonden aan termijnen, waardoor met de behandelduur daarvan bij roostering geen rekening kan worden gehouden en aanhoudingen onvermijdelijk zijn (zie Advies OM over Boek 4 van 24 juli 2018, p. 6).

⁷⁵⁵ Zie voorgestelde artikelen 4.1.3, 4.1.4, 4.1.5 en 4.1.6.

⁷⁵⁶ Zie voorgesteld artikel 4.1.4, eerste lid. In het tweede lid is de mogelijkheid opgenomen de voorzitter te verzoeken bevelen te doen uitgaan in verband met voeging bij de processtukken.

⁷⁵⁷ Zie de geldende artikelen 263, eerste en tweede lid, en 264 Sv.

⁷⁵⁸ Zie voorgesteld artikel 4.1.4, derde lid.

de verdachte daarop gewezen.⁷⁵⁹ De voorzitter kan deze termijn op verzoek van de verdachte of ambtshalve eenmaal verlengen met een door hem te bepalen termijn.⁷⁶⁰ De termijn van vier weken wordt beschouwd als voldoende lang voor de verdachte om zich te verzekeren van rechtsbijstand, kennis te nemen van de processtukken en verzoeken te formuleren. In sommige gevallen zal vier weken niet lang genoeg zijn; de mogelijkheid van een verlenging van de termijn komt daaraan tegemoet.⁷⁶¹

Als het verzoek buiten de (verlengde) termijn wordt ingediend, geldt het verzoek als niet tijdig gedaan. Als de voorzitter meent dat het verzoek niettemin kan worden ingewilligd omdat daarvoor nog genoeg tijd resteert tot de terechtzitting, dan wordt het alsnog ingewilligd.⁷⁶² Is dat niet het geval, dan kan de verdachte het verzoek ter terechtzitting herhalen.⁷⁶³ De officier van justitie wordt door de voorzitter in de gelegenheid gesteld een reactie te geven op het verzoek van de verdachte, binnen een door de voorzitter te bepalen termijn van ten hoogste twee weken.⁷⁶⁴ Indien het gaat om een verzoek om een getuige of deskundige te horen en de officier van justitie een van de drie in de wet genoemde gronden aanvoert,⁷⁶⁵ moet de voorzitter het verzoek afwijzen.⁷⁶⁶ Het staat de voorzitter voor het overige vrij het verzoek in te willigen of af te wijzen.⁷⁶⁷ De voorzitter dient bij voorkeur geen onomkeerbare beslissingen te nemen die (sterk) omstreden zijn.⁷⁶⁸ De regeling is daarom zo vormgegeven dat de voorzitter een verzoek niet definitief kan afwijzen.⁷⁶⁹

⁷⁵⁹ Toelichting bij artikel 4.1.4.

⁷⁶⁰ Zie voorgesteld artikel 4.1.4, derde lid.

⁷⁶¹ Toelichting bij artikel 4.1.4.

⁷⁶² Zie voorgesteld artikel 4.1.4, negende lid.

⁷⁶³ Als het gaat om een verzoek tot het horen van getuigen of deskundigen, dan geldt voor tijdig bij de voorzitter ingediende verzoeken een ander beoordelingscriterium dan voor niet tijdig bij de voorzitter ingediende verzoeken. Zie daarover de bespreking onder punt 4.

⁷⁶⁴ Zie voorgesteld artikel 4.1.4, vierde lid.

⁷⁶⁵ Het gaat daarbij om de thans in artikel 264, eerste lid onder b en tweede lid, Sv opgenomen gronden voor afwijzing van het verzoek van de verdachte getuigen op te roepen, te weten indien de gezondheid of het welzijn van de getuige een belemmering opwerpt voor het horen ter zitting, indien de getuige een beschermde of afgeschermd getuige is, of indien de officier van justitie de getuige heeft toegezegd dat deze alleen zal worden gehoord als beschermde of afgeschermd getuige en de rechter-commissaris over de desbetreffende vordering nog niet onherroepelijk heeft beslist.

⁷⁶⁶ Zie voorgesteld artikel 4.1.4, vijfde lid. Hetzelfde geldt voor een verzoek op grond van 4.1.4, tweede lid om de officier van justitie te bevelen stukken over te dragen ter voeging bij de processtukken; de voorzitter wijst het verzoek af indien de officier van justitie de in de wet opgenomen gronden aanvoert. Het gaat om de gronden genoemd in voorgesteld artikel 1.8.5, vierde lid.

⁷⁶⁷ Toelichting bij artikel 4.1.4.

⁷⁶⁸ Toelichting bij artikel 4.1.4.

⁷⁶⁹ Toelichting bij Hoofdstuk 1 van Boek 4, paragraaf 4 (Voorzittersbeslissingen); toelichting bij artikel 4.1.6.

Met deze regeling wordt beoogd dat op een verzoek om een getuige of deskundige ter zitting te horen vóór de zitting kan worden beslist en, bij inwilliging, dat de getuige tijdig kan worden opgeroepen. De voorzitter kan bepalen dat de verzochte getuige of deskundige door de rechter-commissaris wordt verhoord, als de verdachte en de officier van justitie daarmee instemmen.⁷⁷⁰ In dat geval kan de dagbepaling worden afgestemd op het afronden van het verhoor door de rechter-commissaris. De voorzitter mag de zaak dus niet ‘open’ verwijzen naar de rechter-commissaris. In lijn met de verhouding tussen rechter en de rechter-commissaris in de fase na indienen van de procesinleiding is het de voorzitter die moet beslissen welke getuigen op welke wijze worden gehoord, niet de rechter-commissaris.⁷⁷¹

De mogelijkheid om een verzoek tot het horen van een getuige in te dienen bij de voorzitter is bij uitstek bedoeld om aan te geven dat de verdediging een verhoor ter terechtzitting wenst. Indien een verhoor bij de rechter-commissaris adequaat wordt geacht, kan dit door de verdediging worden aangegeven in het verzoek aan de voorzitter, maar het ligt in de rede dat het verzoek tot het verhoren van de getuige dan direct bij de rechter-commissaris wordt ingediend.⁷⁷² Deze is immers in de nieuwe regeling bevoegd onderzoekswensen uit te voeren tot de aanvang van het onderzoek ter terechtzitting. Voor een dergelijk verhoor bij de rechter-commissaris dient nadat de procesinleiding is ingediend echter wel instemming van de voorzitter te worden verkregen (zie punt 2b).

c. De ‘voorzitter van de rechtbank’

In de voorstellen krijgt de voorzitter van de rechtbank na indiening van de procesinleiding uitdrukkelijk de verantwoordelijkheid voor een goede voorbereiding van de terechtzitting. De thans voorliggende toelichting geeft aan dat het aan de rechtspraak wordt gelaten uit te maken wie deze voorzitter in de praktijk zal zijn: de beoogd zittingsvoorzitter of een poortrechter.⁷⁷³

⁷⁷⁰ Zie voorgesteld artikel 4.1.4, zesde lid.

⁷⁷¹ Toelichting bij Hoofdstuk 1 van Boek 4, paragraaf 4 (Voorzittersbeslissingen).

⁷⁷² Zie ook voorgesteld artikel 2.10.71.

⁷⁷³ Toelichting bij Hoofdstuk 1 van Boek, paragraaf 2 (Opzet en doel van het gefaseerd aanhangig maken van zaken); toelichting bij artikel 4.1.4.

Dit was in de toelichting bij de consultatieversie niet geheel duidelijk geworden,⁷⁷⁴ getuige ook de consultatieadviezen.⁷⁷⁵

De thans voorliggende voorstellen bouwen voort op eerdere wetgeving, waarmee reeds een aantal voorzittersbevoegdheden in de fase voorafgaand aan de terechtzitting is geïntroduceerd (zie punt 3a). Als de thans voorgestelde regeling wordt ingevoerd, heeft de voorzitter van de rechtbank een palet aan bevoegdheden die zowel de logistiek als de procesorganisatie en de inhoud van de terechtzitting betreffen. De vraag kan worden gesteld in hoeverre een poortrechter, die geen deel uitmaakt van de beoogde zittingscombinatie, al deze bevoegdheden kan en zou moeten uitoefenen. Voor zover het gaat om planning en logistiek – contact met de procespartijen over data en tijdstippen en contact over toegezegde rapportages met de desbetreffende organisatie – kan een niet bij de zaak betrokken rechter, of, zoals thans gebruikelijk, de Verkeerstoren een rol (blijven) vervullen.⁷⁷⁶ Aan de andere kant van het spectrum liggen bevoegdheden en beslissingen die invloed hebben op het zittingsonderzoek.

De Afdeling wijst erop dat de wetgever in 2005 tot uitgangspunt nam dat de toen ingevoerde bevoegdheden (oproepen van getuigen, een bevel medebrenging van de verdachte en/of een getuige en een bevel tot nader onderzoek) aan de voorzitter van de zittingscombinatie toekwamen.⁷⁷⁷ De vraag rijst of dat uitgangspunt niet overeind moet blijven gelet op de verantwoordelijkheid van de zittingsrechter voor het onderzoek ter terechtzitting.

⁷⁷⁴ Ofschoon in de toelichting bij de consultatieversie van Boek 4 op twee punten ervan melding werd gemaakt dat de ‘voorzitter van de rechtbank’ in de praktijk de beoogd voorzitter van de combinatie of een poortrechter kon zijn (Algemeen deel, paragraaf 2.3 en bij artikel 4.1.1.1, eerste lid), stond op vele andere plekken achter ‘voorzitter van de rechtbank’ tussen haakjes ‘de beoogd voorzitter van de zittingscombinatie’ (Algemeen deel, paragraaf 2.1 (Overzicht van de wijzigingen in hoofdstuk 1) en bij artikel 4.1.1.4, eerste lid). Dat is nog altijd het geval, zie toelichting bij Hoofdstuk 1 van Boek 4, paragraaf 4 (Voorzittersbeslissingen) en toelichting bij artikel 4.1.4, eerste lid.

⁷⁷⁵ De Nederlandse Vereniging voor Rechtspraak vraagt of het juist is dat de gerechten zelf invulling mogen geven (Advies Nederlandse Vereniging voor Rechtspraak over Boeken 3-6 van 31 juli 2018, p. 10), maar uit het advies van de Raad voor de rechtspraak blijkt dat de Raad veronderstelt dat in de consultatieversie onder ‘voorzitter van de rechtbank’ de beoogd voorzitter van de zittingscombinatie wordt verstaan (Advies Raad voor de rechtspraak over Boeken 3-6 van 12 juli 2018, bijvoorbeeld p. 34-36). Ook het College van procureurs-generaal van het OM geeft in zijn advies aan ervan uit te gaan dat met ‘voorzitter van de rechtbank’ wordt bedoeld op de voorzitter van de samenstelling die de zaak inhoudelijk gaat behandelen. Alleen in dat geval is, aldus het College, het nemen van voorzittersbeslissingen zinvol (Advies OM over Boek 4 van 24 juli 2018, p. 18).

⁷⁷⁶ Verkeerstorens zijn logistieke centra, waarin medewerkers van het OM en de gerechten samenwerken in het bekijken of het strafdossier in administratief opzicht gereed is en in het logistiek plannen van de zaak.

⁷⁷⁷ Kamerstukken II 2003/04, 29254, nr. 3, p. 1, waar van ‘voorzitter van de strafkamer’ gesproken wordt. Ook elders in deze memorie van toelichting is duidelijk dat de voorzitter van de combinatie wordt bedoeld, zie bijvoorbeeld p. 6 en p. 7.

In dat verband wijst de Afdeling erop dat de huidige regeling, waarin de officier van justitie beslist op verzoeken van de verdachte tot oproepen van getuigen en deskundigen, volgens de toelichting wordt aangepast omdat het beleggen van deze bevoegdheid bij de voorzitter van de rechtbank beter past bij de verantwoordelijkheid van de zittingsrechter voor de volledigheid van het onderzoek, de wijze waarop het proces wordt gevoerd en de juistheid van het eindvonnis.⁷⁷⁸ De gedachte dat de eindverantwoordelijke zittingsrechter ook verantwoordelijkheid moet dragen voor de voorzittersbeslissingen over getuigenverzoeken, komt op verschillende punten in de voorstellen en de toelichting naar voren.⁷⁷⁹

In de praktijk wordt een grote diversiteit aan strafzaken aangebracht bij de meervoudige kamer. De voorgestelde regeling moet in al deze zaken maatwerk mogelijk maken, waarmee recht gedaan kan worden aan zowel de nagestreefde adequate voorbereiding als het in de toelichting tot uitdrukking komende belang van inhoudelijke verantwoordelijkheid van de zittingsrechter. De Afdeling onderschrijft de wens bestaande, goed lopende, organisatiestructuren, zoals de Verkeerstorens, niet te doorkruisen. Voorts kan het inzetten van een poortrechter dienstig zijn, mede gelet op de complexiteit van (vroegtijdig) inroosteren van rechters en appointeren van zaken.

De Afdeling wijst er evenwel op dat het antwoord op de vraag wie beslissingen neemt die het onderzoek ter terechtzitting betreffen niet door roosterlogistieke overwegingen mag worden gedomineerd. Bovendien is de voorzitter van de zittingscombinatie ook uit het oogpunt van goede en efficiënte voorbereiding van de zitting het beste in staat om voorzittersbeslissingen te nemen die het zittingsonderzoek betreffen. Niet alleen betekent de inzet van een poortrechter dat een vierde rechter zich in het dossier verdiept, ook vervalt de winst van

⁷⁷⁸ Toelichting bij Hoofdstuk 1 van Boek 4, paragraaf 4 (Vorzittersbeslissingen). In zijn Aanvullend ongevraagd advies inzake de ambtelijke eindversie van 18 december 2019 vraagt de Raad voor de rechtspraak om codificatie van het uitgangspunt dat de zittingsrechter eindverantwoordelijk is voor de volledigheid van het onderzoek en de juistheid van de beslissingen, een en ander in het licht van mogelijke onduidelijkheid over wie in welke fase waarvoor verantwoordelijk is (p. 6).

⁷⁷⁹ Bijvoorbeeld in de (nieuwe) regel de verdachte in geval van een niet verschenen, doch wel opgeroepen getuige, ter zitting het verzoek de getuige op te roepen niet hoeft te herhalen, aangezien de voorgestelde regeling veronderstelt dat discussie over het oproepen van de getuige al heeft plaatsgevonden in aanloop naar de voorzittersbeslissing hierover; zie de toelichting bij artikel 4.2.19. Zie ook de opmerking in de toelichting in verband met de bepaling dat geen rechtsmiddel openstaat tegen een afwijzende beslissing van de rechter-commissaris tot horen van een getuige als de procesinleiding is ingediend: "Vanaf het moment van indiening van de procesinleiding is de zittingsrechter, in de persoon van de beoogd zittingsvoorzitter, verantwoordelijk voor de voorbereiding van de terechtzitting. De verantwoordelijkheid van de zittingsrechter (en bij aanvang van de terechtzitting is dat de zittingscombinatie) voor de volledigheid van het onderzoek op de terechtzitting en de te nemen eindbeslissingen, rechtvaardigt dat vanaf deze fase het laatste woord over onderzoekswensen ook bij de zittingsrechter komt te liggen" (toelichting bij artikel 2.10.72, eerste lid). Deze gedachte lijkt ook ten grondslag te liggen aan hetgeen in de toelichting wordt opgemerkt over de instemming die de voorzitter moet geven aan getuigenverhoren door de rechter-commissaris in de fase na de procesinleiding, zie toelichting bij artikel 2.10.71.

voorbereidende beslissingen als ter zitting alsnog wordt aangehouden omdat de zittingscombinatie anders oordeelt over het verzoek.⁷⁸⁰ Gelet op de verantwoordelijkheid van de zittingsrechter ligt het in de rede dat beslissingen die het onderzoek op de terechtzitting betreffen worden genomen door de (beoogd) voorzitter van de zittingscombinatie. De Afdeling wijst er in dat verband op dat ook in de 'professionele standaarden strafrecht' als norm is opgenomen dat de voorzitter van de behandelend meervoudige kamer verantwoordelijk is voor voortgang en regie.⁷⁸¹

Gelet op de verantwoordelijkheid van de zittingsrechter, zoals tot uitdrukking gebracht in de voorgestelde loketfunctie van de voorzitter van de rechtbank en in de professionele standaarden, lijkt het wenselijk dat beslissingen die het zittingsonderzoek betreffen door of met uitdrukkelijke instemming van de voorzitter van de zittingscombinatie worden genomen.⁷⁸² De Afdeling adviseert om tegen deze achtergrond nader toe te lichten waarom de invulling van wie dergelijke beslissingen neemt in het voorstel geheel aan de praktijk wordt overgelaten.

d. Termijn voor verzoeken aan de voorzitter

De verdachte krijgt in de aan de Afdeling voorgelegde voorstellen een termijn van vier weken na betekening van de procesinleiding om verzoeken te doen aan de voorzitter van de rechtbank (zie punt 3b, onder ii). De voorzitter kan deze termijn eenmalig met een door hem te bepalen termijn verlengen. In de consultatieversie was een termijn van twee weken opgenomen, eenmalig te verlengen met twee weken. Voor deze korte termijn was gekozen vanwege de ervaring met termijnen in de praktijk, namelijk dat men pas kort voor het verstrijken van de termijn in actie komt.⁷⁸³ De toelichting bij de consultatieversie vermeldt voorts dat niet is voorzien in een volgende verlenging of een verlenging met meer dan twee weken, omdat "redelijkerwijs niet voorstelbaar is dat het niet lukt om binnen vier weken verzoeken in te dienen".⁷⁸⁴ In consultatieadviezen en in de literatuur is naar voren gebracht dat een termijn van twee weken juist in veel gevallen te krap zou zijn. Daarbij is gewezen op

⁷⁸⁰ Onderzoek naar de pro-formazittingen laat zien welke inefficiënties ontstaan door de wisselende zittingscombinaties die door roosterproblematiek zijn ingegeven, waaronder ook het feit dat opeenvolgende combinaties meer ruimte geven voor onderzoekswensen; zie M. Dubelaar e.a., *Alleen voor de vorm? Frequentie, organisatie en praktijk van pro-formazittingen*, WODC 2015, p. 81.

⁷⁸¹ Landelijk Overleg Vakinhoud Strafrecht, *Professionele standaarden strafrecht*, februari 2016, gepubliceerd op www.rechtspraak.nl, onder 1.6 en 2.6.

⁷⁸² Die verduidelijking zou ook in de in de toelichting gebruikte terminologie tot uitdrukking moeten komen. In de toelichting wordt namelijk afwisselend gesproken van 'voorzitter van de rechtbank' en 'zittingsvoorzitter' als het gaat over de voorzittersbevoegdheden. Zie bijvoorbeeld toelichting, Boek 2, Hoofdstuk 10 (De tenuitvoerlegging van strafrechtelijke beslissingen) en toelichting bij artikel 2.10.71.

⁷⁸³ Toelichting bij artikel 4.1.1.4, derde lid van de consultatieversie van het voorstel.

⁷⁸⁴ Toelichting bij consultatieversie Boek 4, Algemeen deel, paragraaf 2.3 (Gefaseerd aanhangig maken).

de grote groep verdachten die zich pas tot een raadsman wendt na officieel in kennis te zijn gesteld van de vervolging, en de tijd die vervolgens gemeoid is met onder meer het regelen van toevoeging en kennisneming van stukken.⁷⁸⁵

In de thans voorliggende toelichting wordt op de adviezen en de aanpassingen ten opzichte van de consultatieversie niet ingegaan.⁷⁸⁶ Uit de significante aanpassing van de regeling van de termijnen blijkt dat aan de tegen de eerdere termijnstelling ingebrachte bezwaren tegemoet is gekomen. Gelet op het feit dat (kennelijk) met deze achtergrond in het voorliggende voorstel de voorzitter de omvang van de verlenging van de termijn bepaalt, rijst de vraag of de beperking tot een 'eenmalige' verlenging (nog) moet worden opgenomen. Deze beperking past bij de korte en vaste termijn(en) waarvoor in de consultatieversie was gekozen, maar niet zonder meer bij de thans gekozen benadering van afstemming op de aard en omstandigheden van de concrete zaak. Te denken valt in het bijzonder aan situaties – die zich in de praktijk geregeld voordoen – waarin nieuwe processtukken laat beschikbaar komen en waarmee de voorzitter bij het bepalen van de termijn dus geen rekening heeft kunnen houden.⁷⁸⁷

De Afdeling wijst erop dat de beperking van de verlenging tot 'eenmalig' in dergelijke (en andere) situaties een averechts effect zou kunnen hebben. Deze beperking kan immers tot gevolg hebben dat verzoeken doorschuiven naar de terechtzitting, of dat voorzitters juist (te) lange termijnen geven om te voorkomen dat verzoeken niet meer voor de terechtzitting kunnen worden beoordeeld en daaruit voortvloeiend onderzoek niet meer voor de terechtzitting kan worden uitgevoerd. Tegelijkertijd is het, gelet op de verantwoordelijkheid van de voorzitter voor de voorbereiding van de zitting, niet goed denkbaar dat het laten vervallen van deze beperking in de praktijk tot overbodige verlengingen zal leiden.

De Afdeling adviseert dan ook in de toelichting te verhelderen om welke redenen is besloten de beperking tot een eenmalige verlenging te handhaven en zo nodig het voorstel op dit punt aan te passen.

⁷⁸⁵ Advies NOvA over Boeken 3-6 van 30 juli 2018, p. 13; Advies Nederlandse Vereniging voor Rechtspraak over Boeken 3-6 van 31 juli 2018, p. 18; P.T.C. van Kampen e.a., *Mind the Gap. Modernisering Wetboek van Strafvordering: consequenties voor de verdediging*, WODC 2018, p. 198-199.

⁷⁸⁶ De tekst over dit onderwerp is identiek aan die in de consultatieversie, afgezien van vervanging van 'twee' door 'vier' en van 'eenmaal met twee weken te verlengen' door 'eenmaal te verlengen met een door de voorzitter te bepalen termijn'; zie toelichting bij artikel 4.1.4.

⁷⁸⁷ Vergelijk Advies NOvA over Boeken 3-6 van 30 juli 2018, p. 13 en P.T.C. van Kampen e.a., *Mind the Gap. Modernisering Wetboek van Strafvordering: consequenties voor de verdediging*, WODC 2018, p. 199.

e. Termijn na verstrekking processtukken

In de procesinleiding wordt de verdachte op de hoogte gesteld van zijn recht kennis te nemen van alle processtukken. Na het indienen van de procesinleiding is de voorzitter verantwoordelijk voor de processtukken en beslist deze over voeging van materiaal bij de processtukken. De regeling dat de kennisneming van alle processtukken niet aan de verdachte mag worden onthouden zodra de procesinleiding is ingediend,⁷⁸⁸ brengt op zichzelf niet mee dat alle processtukken op dat moment al beschikbaar zijn. Onder de voorgestelde regeling kunnen immers ook na het indienen van de procesinleiding nog stukken worden geproduceerd, die vervolgens bij de processtukken moeten worden gevoegd. Zo kan de rechter-commissaris zijn onderzoek voortzetten tot aanvang van de terechtzitting⁷⁸⁹ en kan er ook na het indienen van de procesinleiding nog opsporingsonderzoek plaatsvinden.⁷⁹⁰ Ieder nieuw processtuk kan op zichzelf weer aanleiding zijn voor nieuwe onderzoekswensen.

De voorgestelde regeling waarborgt echter niet expliciet dat de verdediging bij ieder nieuw processtuk de gelegenheid krijgt om een verzoek bij de voorzitter in te dienen dat als tijdig geldt. Als kennisneming van een processtuk pas mogelijk is na afloop van de termijn van vier weken, kan bij de voorzitter verlenging van de termijn worden gevraagd. Als een stuk buiten of (te) kort voor het einde van die verlengde termijn wordt verstrekt, dan geldt het daarop gebaseerde verzoek niet als tijdig ingediend en geldt – als het gaat om een getuigenverzoek – op zitting het noodzaakcriterium (zie verder punt 4).⁷⁹¹ De toelichting vermeldt dat het noodzaakcriterium de ruimte biedt om rekening te houden met omstandigheden die maken dat de verdediging weinig te verwijten valt.⁷⁹² De Afdeling wijst erop dat het noodzaakcriterium hier als sanctie op termijnoverschrijding geldt; het dient ertoe de verdediging te motiveren om verzoeken getuigen en deskundigen te horen zo snel mogelijk in te dienen. De regeling schiet haar doel voorbij als zonder vertraging ingediende verzoeken niettemin met het noodzaakcriterium te maken krijgen. Ook als de (verlengde) termijn is verstreken, moet er een termijn worden gegeven waarbinnen kan worden gereageerd op nieuw binnengekomen of net beschikbaar gestelde stukken.

De Afdeling is van oordeel dat in de wettelijke regeling moet worden uitgedrukt dat bij dergelijke nieuwe stukken een termijn voor het indienen van

⁷⁸⁸ Zie voorgesteld artikel 1.8.10.

⁷⁸⁹ Voorgesteld artikel 2.10.71, tweede lid.

⁷⁹⁰ Toelichting bij artikel 1.3.3, eerste lid.

⁷⁹¹ Het verdient opmerking dat alleen in het geval van getuigenverzoeken sprake is van een sanctie in geval van termijnoverschrijding, in de vorm van toepasselijkheid van een strenger criterium. Zie hierover punt 4.

⁷⁹² Toelichting, Algemeen deel, paragraaf 5.7 (Doorbreking van de negentigdagetermijn en de 'beweging naar voren'); toelichting bij artikel 4.1.4, negende lid.

verzoeken gaat lopen die, gemeten aan aard en omvang van het stuk en de daarop te baseren verzoeken, redelijk is. Het ligt in de rede dat de voorzitter van de rechtbank deze termijn bepaalt. De ruimte van het noodzaakcriterium om rekening te houden met het feit dat de vertraging niet aan de verdediging te wijten is, kan daarnaast een oplossing bieden voor onvoorziene situaties.⁷⁹³

De Afdeling adviseert het voorstel op dit punt aan te passen.

4. Criteria voor het oproepen en horen van getuigen

a. Huidig recht en voorstel

Net als in het huidige wetboek zijn in de voorgestelde regeling twee criteria voor het beoordelen van getuigenverzoeken door de zittingsrechter opgenomen: het criterium van het verdedigingsbelang – voor het OM: het vervolgingsbelang – enerzijds en het strengere noodzaakcriterium anderzijds.⁷⁹⁴ Welk criterium van toepassing is, is in beginsel afhankelijk van de fase waarin het verzoek wordt gedaan. Naar huidig recht worden verzoeken die voortvloeiend uit de terechtzitting worden gedaan (binnen de daarvoor gestelde termijn) beoordeeld aan de hand van het verdedigingsbelang.⁷⁹⁵ Verzoeken die pas ter terechtzitting (of na de bedoelde termijn) worden gedaan, worden beoordeeld met de maatstaf van het noodzaakcriterium.⁷⁹⁶

Het criterium van het verdedigingsbelang houdt in dat van het oproepen en/of horen van een getuige kan worden afgezien als de verdachte daardoor redelijkerwijs niet in zijn verdediging wordt geschaad. Het verzoek kan volgens vaste jurisprudentie alleen worden afgewezen indien de punten waarover de getuige kan verklaren “in redelijkheid niet van belang kunnen zijn voor enige in de strafzaak te nemen beslissing, dan wel redelijkerwijze moet worden uitgesloten dat die getuige iets over die punten zou kunnen verklaren”.⁷⁹⁷

⁷⁹³ Volgens de jurisprudentie van de Hoge Raad verschilt de concrete toepassing van het noodzaakcriterium in dit geval niet wezenlijk van wat met de toepassing van het criterium van het verdedigingsbelang zou worden bereikt (HR 19 juni 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ1702; HR 1 juli 2014, ECLI:NL:HR:2014:1496). Deze jurisprudentie draagt overigens bij aan de onduidelijkheid over het onderscheid tussen de beide getuigencriteria (zie hierover punt 4).

⁷⁹⁴ Voor de rechter-commissaris geldt het criterium van voorgesteld artikel 2.10.5, eerste lid: hij wijst een vordering of een verzoek toe, voor zover het onderzoek redelijkerwijs van belang kan zijn voor de in het kader van de berechting door de rechter te nemen beslissingen (zie over dit ‘relevantiecriterium’ punt 2b).

⁷⁹⁵ Zie de geldende artikelen 263, eerste en tweede lid, 264, eerste lid, onder c en 288, eerste lid, onder c, Sv.

⁷⁹⁶ Zie de geldende artikelen 315 en 328 Sv.

⁷⁹⁷ HR 1 juli 2014, ECLI:NL:HR:2014:1496.

Het noodzaakcriterium is aan de orde als de rechtbank (ambtshalve of desgevraagd) beveelt een getuige op te roepen als haar “de noodzakelijkheid blijkt van het verhoor”.⁷⁹⁸ Het oproepen van een getuige kan op grond van dit criterium worden geweigerd “indien de rechter zich door het verhandelde op de terechtzitting voldoende ingelicht acht en hem dus de noodzakelijkheid van het gevraagde verhoor niet is gebleken”.⁷⁹⁹ Bij toepassing van het criterium van het verdedigingsbelang zal dus (in theorie) sneller worden overgegaan tot het oproepen van getuigen dan onder het noodzaakcriterium.⁸⁰⁰

De contourennota kondigde aan dat het gemoderniseerde wetboek één overkoepelende regeling en één criterium voor de beoordeling van getuigenverzoeken zou kennen. Daarmee zou zo veel mogelijk moeten worden bevorderd dat verzoeken al in een vroeg stadium (lieft in het voorbereidend onderzoek) worden gedaan. Bovendien zou de huidige regeling in de praktijk als nodeloos ingewikkeld worden ervaren. De rechter zou volgens de contourennota in beginsel de mogelijkheid moeten krijgen om een verzoek (gemotiveerd) af te wijzen, indien redelijkerwijs kan worden gevergd dat dit verzoek in een eerder stadium van het geding werd gedaan. Tegelijkertijd zou er ruimte bestaan voor toewijzing van het verzoek als de rechter dit nodig acht met het oog op het belang van de waarheidsvinding en/of het recht van de verdachte op een eerlijk proces.⁸⁰¹

Van dit voornemen is in de consultatieversie afgestapt. Bij nader inzien zou met twee criteria toch meer recht kunnen worden gedaan aan de belangen van de waarheidsvinding en een eerlijk proces. Een regeling met één criterium is, aldus de toelichting, al snel zodanig algemeen dat zij weinig handvatten biedt aan de praktijk bij de te maken afweging. Ook de mogelijkheid om getuigenverzoeken die zonder goede reden in een laat stadium worden gedaan strenger te kunnen toetsen is bij het handhaven van twee criteria van groot belang (gewees). Een systeem met twee criteria biedt volgens de toelichting meer rechtszekerheid en duidelijkheid aan alle procesdeelnemers. Wel worden enkele wijzingen voorgesteld om in de praktijk ervaren knelpunten weg te nemen. Zo wordt op een aantal punten verhelderd welk criterium van toepassing is en wordt het noodzaakcriterium geherformuleerd.

⁷⁹⁸ Zie het geldende artikel 315 Sv.

⁷⁹⁹ HR 1 juli 2014, ECLI:NL:HR:2014:1496.

⁸⁰⁰ In de praktijk is het onderscheid niet zo scherp en in de jurisprudentie is het gerelativeerd, zie HR 19 juni 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ1702; HR 1 juli 2014, ECLI:NL:HR:2014:1496.

⁸⁰¹ Contourennota Modernisering Wetboek van Strafvordering, Kamerstukken II 2015/16, 29279, nr. 278 (bijlage), p. 14, p. 33, p. 40 en p. 79-80.

In de voorgestelde regeling gaat het om oproeping van een getuige of deskundige indien de rechtbank dit noodzakelijk acht 'in het belang van een behoorlijke behandeling van de zaak'. In deze nieuwe formulering wordt tot uitdrukking gebracht dat ook andere (processuele) belangen dan het belang van de waarheidsvinding kunnen worden meegewogen.⁸⁰²

Ook in het voorstel wordt dus uitgegaan van een 'trechtermodel', waarbij getuigenverzoeken aanvankelijk ruimhartig worden beoordeeld, namelijk bij indiening binnen de daarvoor in de wet bepaalde termijn, en strenger worden getoetst bij indiening na het verstrijken van die termijn. Dat trechtermodel wordt net als in het huidige wetboek vormgegeven door het gebruik van respectievelijk het verdedigingsbelang en het noodzaakcriterium. Het vooruitzicht van een strenger criterium moet de verdediging stimuleren verzoeken tot het horen van getuigen in een vroeg(er) stadium in te dienen.⁸⁰³

De voorgestelde regeling van het oproepen en horen van getuigen komt volgens een aantal geconsulteerde instanties nauwelijks tegemoet aan de bezwaren tegen de huidige regeling. De regeling blijft ingewikkeld en het onderscheid tussen de verschillende criteria is nog steeds diffuus.⁸⁰⁴ Sterker nog, het noodzaakcriterium lijkt juist minder 'streng' te worden.⁸⁰⁵ Een serieuze prikkel om zo vroeg als redelijkerwijs mogelijk is een getuigenverzoek te doen ontbreekt daarmee nog altijd. De verdediging kan immers zonder consequenties verzoeken 'opsparen' tot na de procesinleiding om deze vervolgens aan de voorzitter voor te leggen.⁸⁰⁶ Een meer gradueel ingestoken 'relevantiecriterium' zou de beweging naar voren kunnen versterken, door ook wanneer eerder in het opsporingsonderzoek een verzoek had kunnen worden gedaan aan de officier of de rechter-commissaris – en dit nagelaten wordt door de verdediging – met deze omstandigheid rekening te houden bij de beoordeling van het getuigenverzoek.⁸⁰⁷ Op deze kritische consultatiereacties wordt in de toelichting niet ingegaan.

⁸⁰² Toelichting bij Hoofdstuk 2 van Boek 4, paragraaf 2 (Het oproepen en verhoren van getuigen). Daarnaast wordt in de wet verduidelijkt welk criterium van toepassing is na schorsing van het onderzoek ter terechtzitting.

⁸⁰³ Toelichting bij Hoofdstuk 2 van Boek 4, paragraaf 2 (Het oproepen en verhoren van getuigen).

⁸⁰⁴ Advies Nederlandse Vereniging voor Rechtspraak over Boeken 3-6 van 31 juli 2018, p. 21; Advies NOvA over Boeken 3-6 van 30 juli 2018, p. 26-27; Advies OM over Boek 4 van 24 juli 2018, p. 23-26.

⁸⁰⁵ Advies Raad voor de rechtspraak over Boeken 3-6 van 12 juli 2018, p. 31-33; Advies Nederlandse Vereniging voor Rechtspraak over Boeken 3-6 van 31 juli 2018, p. 21-23.

⁸⁰⁶ Het omslagpunt van verdedigingsbelang naar noodzaak komt immers pas na de procesinleiding aan de orde.

⁸⁰⁷ Advies Raad voor de rechtspraak over Boeken 3-6 van 12 juli 2018, p. 31-33 en Advies Nederlandse Vereniging voor Rechtspraak over Boeken 3-6 van 31 juli 2018, p. 21-23.

b. Beoordeling

De Afdeling onderschrijft het streven om duidelijkheid te bieden over de overwegingen op basis waarvan moet worden beslist getuigen al dan niet op te roepen, en om rechtszekerheid te bieden aan de verdediging over de wijze waarop een ingediend getuigenverzoek wordt beoordeeld. Daartoe wordt in de voorstellen uitdrukkelijk vastgelegd dat in bepaalde situaties, waarin afgaande op de fase van de procedure het strengere noodzaakcriterium van toepassing zou zijn, slechts op grond van het verdedigingsbelang kan worden afgezien van hernieuwde oproeping van een getuige.⁸⁰⁸

De Afdeling wijst erop dat dergelijke rechtszekerheid niet overal in de regeling wordt geboden. Zo geldt dat een verzoek dat niet binnen de termijn bij de voorzitter wordt ingediend, bij herhaling op de terechtzitting wordt beoordeeld aan de hand van het noodzaakcriterium. In de toelichting wordt aangegeven dat zich ook in deze sfeer situaties zullen voordoen waarin het strengere criterium, ofschoon strikt genomen toepasselijk, niet streng zal (moeten) worden toegepast. Voorbeelden zijn het niet correct betekend zijn van de procesinleiding en het laat beschikbaar komen van processtukken waarop het getuigenverzoek is gebaseerd (zie ook punt 3e).⁸⁰⁹

De toelichting stelt dat het noodzaakcriterium ruimte biedt om rekening te houden met 'eventuele omstandigheden die maken dat het niet aan de verdediging te wijten is dat het verzoek niet binnen de termijn is gedaan'.⁸¹⁰ Voor enkele situaties wordt dus expliciet het verdedigingsbelang aangewezen als criterium, terwijl in andere situaties in de toelichting wordt verwezen naar een soepele toepassing van het strengere noodzaakcriterium om een vergelijkbare problematiek op te lossen. Dat komt de duidelijkheid en rechtszekerheid niet ten goede.⁸¹¹ De Afdeling roept in herinnering (zie punt 3e) dat het van belang is dat telkens gelegenheid bestaat om onderzoekswensen in te dienen naar aanleiding van kennisneming van een (nieuw) processtuk en dat dergelijke verzoeken aan dezelfde beoordelingsmaatstaf worden onderworpen.

⁸⁰⁸ Het gaat hier om situaties van schorsing van de terechtzitting en van situatie na verwijzing naar de rechter-commissaris, waarin reeds was besloten tot horen van de getuige en er geen reden is een strenger criterium te hanteren.

⁸⁰⁹ Zie bijvoorbeeld toelichting bij Hoofdstuk 1 van Boek 4, paragraaf 2 (Opzet en doel van het gefaseerd aanhangig maken van zaken) over de ruimte voor de voorzitter om een niet tijdig verzoek in te willigen en over een op de zitting blijvende incorrecte betekening van de procesinleiding.

⁸¹⁰ Toelichting bij Hoofdstuk 1 van Boek 4, paragraaf 2 (Opzet en doel van het gefaseerd aanhangig maken van zaken).

⁸¹¹ Het kan gaan om afwijzing door de voorzitter vanwege termijnoverschrijding, en vervolgens toepassing van het noodzaakcriterium in een strenge variant door de latere zittingsrechter, afwijzing door de voorzitter vanwege termijnoverschrijding en toepassing van het noodzaakcriterium in een ruimhartige variant vanwege niet-verwijtbare termijnoverschrijding of om inwilliging door de voorzitter vanwege de ruimte die de resterende tijd tot de terechtzitting biedt (vergelijk voorgesteld artikel 4.1.4, negende lid).

Nu de huidige regeling voor het overige in de voorstellen geen wijzigingen ondergaat, is het de vraag of de voorgestelde wetgeving de onduidelijkheid omtrent de beoordeling van getuigenverzoeken wegneemt. Daarmee rijst ook de vraag of de gehandhaafde criteria daadwerkelijk een stimulans (zullen) zijn om getuigenverzoeken tijdig in te dienen. In dit verband is van belang dat in enkele consultatieadviezen is aangegeven dat de voorgestelde regeling nauwelijks tegemoet komt aan de bezwaren tegen het huidige systeem (zie punt 4a). Voorts wijst de Afdeling erop dat het feit dat de bestaande regeling als nodeloos ingewikkeld wordt ervaren alsmede de wensen duidelijkheid te scheppen over de beoordelingsmaatstaven en het doen van verzoeken in een vroeg stadium te bevorderen, in de contourennota juist overwegingen waren om één algemene regeling van getuigenverzoeken voor te stellen.⁸¹²

De Afdeling wijst erop dat de Hoge Raad de vraag naar het bestaansrecht van twee verschillende maatstaven uitdrukkelijk heeft opgeworpen, in verband met het feit dat artikel 6 EVRM dit niet vereist en de concrete toepassing van het ene criterium niet wezenlijk verschilt van wat bij toepassing van het andere zou zijn bereikt. De beantwoording van die vraag heeft de Hoge Raad bij de wetgever neergelegd.⁸¹³

De Afdeling merkt op dat tussen beide criteria thans nog moeilijker te onderscheiden is. Onder het in de voorstellen geherformuleerde noodzaakcriterium vallen uitdrukkelijk ook de vereisten van het ondervragingsrecht gesteld in de jurisprudentie van het EHRM, en daarin komen – zo is in het recente Keskin-arrest⁸¹⁴ duidelijk geworden – andere afwegingen aan de orde dan het moment waarop het verzoek wordt gedaan.

De Afdeling vraagt in dit kader aandacht voor het feit dat artikel 6 EVRM een algemene beperking vormt voor de mogelijkheid getuigenverzoeken af te wijzen vanwege niet tijdig of niet eerder indienen daarvan. De Hoge Raad heeft recentelijk nog tot uitdrukking gebracht dat de omstandigheid dat de verdediging geen gebruik heeft gemaakt van een eerder bestaande gelegenheid om wensen met betrekking tot de ondervraging van getuigen kenbaar te maken of niet zelf in een eerder stadium van het onderzoek gebruik heeft gemaakt van de mogelijkheden om een verzoek te doen een getuige te horen, terwijl daarvoor op dat moment geen beletsel bestond, op zichzelf geen grond biedt voor de afwijzing van zo'n verzoek tijdens het onderzoek ter terechtzitting.⁸¹⁵

⁸¹² Kamerstukken II 2015/16, 29279, nr. 278 (bijlage), p. 79.

⁸¹³ HR 1 juli 2014, ECLI:NL:HR:2014:1496, r.o. 2.78.

⁸¹⁴ EHRM 19 januari 2021, ECLI:CE:ECHR:2021:019JUD000220516 (Keskin t. Nederland).

⁸¹⁵ HR 20 april 2021, ECLI:NL:HR:2021:576, r.o. 2.11 (Post-Keskin).

Gelet op het onduidelijke onderscheid tussen beide criteria en de beperkingen die artikel 6 EVRM in dit verband meebrengt stelt de Afdeling vast dat hiervan nauwelijks nog een prikkel kan uitgaan om getuigenverzoeken eerder te doen. Het vroegtijdig indienen van onderzoekswensen zal daarom op andere wijze moeten worden gestimuleerd (zie verder punt 2d). In het licht hiervan, en gelet op de door de Hoge Raad opgeworpen vraag naar het bestaansrecht van twee verschillende maatstaven, adviseert de Afdeling het voorstel om twee afzonderlijke getuigencriteria te handhaven te heroverwegen.

Bijzonder deel

Deeladvies E.
De rol van de rechter

1. Inleiding

Sinds de invoering van het Wetboek van Strafvordering van 1926 is de rol van de rechter binnen het strafproces veranderd.⁸¹⁶ Tijdens het opsporingsonderzoek kon de officier van justitie een gerechtelijk vooronderzoek door de rechter-commissaris vorderen als de inzet van vergaande opsporingsbevoegdheden nodig werd geacht. Na 1926 nam het belang van het gerechtelijk vooronderzoek af omdat steeds meer bevoegdheden ook buiten dit kader mochten worden toegepast. De officier van justitie groeide uit tot de leider van het opsporingsonderzoek. In 2013 werd het gerechtelijk vooronderzoek afgeschaft, hetgeen de terugtrekking van de rechter-commissaris als onderzoeksrechter binnen het opsporingsonderzoek symboliseerde.⁸¹⁷

Met dezelfde wet in 2013 werd echter de 'regie-voerende' rol van de rechter-commissaris versterkt. Het toezicht van de rechter-commissaris heeft in het bijzonder betrekking op de rechtmatige toepassing van opsporingsbevoegdheden,⁸¹⁸ het bewaken van de voortgang van het opsporingsonderzoek en het verrichten van onderzoekshandelingen op verzoek van de officier van justitie en de verdediging of op eigen initiatief. In het kader van de beweging naar voren wordt de regie-voerende rol van de rechter-commissaris verder versterkt om een betere voorbereiding van de vervolgingsbeslissing en de terechtzitting te bewerkstelligen. De Afdeling gaat in Deeladvies D over de beweging naar voren verder in op deze rol van de rechter-commissaris.⁸¹⁹

Ook de rol van de zittingsrechter is sinds 1926 veranderd. Volgens de toelichting is de Nederlandse stijl van procesvoering van oorsprong inquisitoir. De huidige procesvoering wordt echter gekarakteriseerd als een "contradictoir proces op inquisitoire leest geschoeid".⁸²⁰ De rechter houdt daarin de eindverantwoordelijkheid voor een rechtvaardige uitkomst van het strafproces. Volgens de toelichting leidt de veranderde rolverdeling tussen procesdeelnemers ertoe dat de voorzitter, evenals de rechter-commissaris, met een sterkere regiefunctie rond het onderzoek ter terechtzitting wordt belast.⁸²¹ Ook deze ontwikkeling krijgt een extra impuls door de voorstellen in het kader van de beweging naar voren. In Deeladvies D over dit thema behandelt de Afdeling de regierol van de voorzitter.⁸²²

⁸¹⁶ Zie toelichting, Algemeen Deel, onder paragraaf 2.3 (Een veranderende rolverdeling tussen strafrechtelijke actoren).

⁸¹⁷ Wet van 1 december 2011, *Stb.* 2011, 600.

⁸¹⁸ Zie Deeladvies C, punt 2e en punt 3.

⁸¹⁹ Zie Deeladvies D, punt 2.

⁸²⁰ Toelichting, Algemeen deel, onder paragraaf 2.1 (Doelstellingen van strafprocesrecht).

⁸²¹ Zie toelichting, Algemeen deel, onder paragraaf 2.3 (Een veranderende rolverdeling tussen strafrechtelijke actoren).

⁸²² Zie Deeladvies D, punt 3.

In dit deeladvies worden drie onderwerpen aan de orde gesteld die betrekking hebben op de (veranderde) rol van de rechter: de motiveringsvoorschriften, de processuele sancties en de schadevergoeding na strafvorderlijk overheidsoptreden.

Met betrekking tot de motiveringsvoorschriften wordt in de toelichting gewezen op de contradictoire wijze van procesvoering.⁸²³ Voor de motivering van verschillende beslissingen geldt voortaan dat deze gemotiveerd moeten zijn voor zover dat voor de begrijpelijkheid van die beslissingen noodzakelijk is. Of een beslissing begrijpelijk is zonder verdere motivering, hangt onder andere af van de standpunten die partijen hebben betrokken. De Afdeling maakt onder punt 2 van dit deeladvies een opmerking over deze motiveringsverplichting.

De regeling voor vormverzuimen wordt gemoderniseerd in het licht van het toegenomen belang van rechterlijke toetsing na afronding van het opsporingsonderzoek.⁸²⁴ De veranderde verhouding tussen de rechter en de officier van justitie leidt er volgens de toelichting toe dat de betekenis van rechterlijk toezicht achteraf is vergroot. In dit verband wordt tevens gewezen op de toename van de (digitale) opsporingsbevoegdheden die de officier van justitie en opsporingsambtenaren kunnen inzetten zonder dat vooraf rechterlijke toetsing plaatsvindt.⁸²⁵ Onder punt 3 van dit deeladvies maakt de Afdeling enkele opmerkingen over het belang van rechterlijk toezicht op de opsporing en de voorgestelde regeling voor processuele sancties (de nieuwe term voor vormverzuimen).

Verder wordt in het voorgestelde wetboek een regeling geïntroduceerd voor de afhandeling van schadevergoeding na zowel rechtmatig als onrechtmatig strafvorderlijk overheidsoptreden. In de toelichting wordt erkend dat het streven naar een algemene schadevergoedingsregeling sterk verbonden is met de geleidelijke uitbreiding van strafvorderlijke bevoegdheden. Naarmate bevoegdheden vaker ter preventie van ernstige misdrijven of bij derden worden ingezet, neemt de kans toe dat de inzet van deze bevoegdheden achteraf onterecht was.⁸²⁶ Volgens de toelichting is de strafrechter het meest geëigend om naderhand te beoordelen of het strafvorderlijk optreden rechtmatig was.⁸²⁷ Onder punt 4 maakt de Afdeling enkele opmerkingen over deze nieuwe schadevergoedingsregeling.

⁸²³ Toelichting, Algemeen deel, paragraaf 2.1 (Doelstellingen van strafprocesrecht).

⁸²⁴ Geldend artikel 359a Sv.

⁸²⁵ Zie toelichting bij Titel 3.3 van Boek 4 (Processuele sancties).

⁸²⁶ Zie toelichting bij Titel 6.1 van Boek 6 (Schadevergoeding).

⁸²⁷ Toelichting bij artikel 6.6.1.

2. Motiveringsvoorschriften

a. Voorstel en toelichting

In lijn met een in de contourennota uitgesproken voornemen, wordt het stelsel van motiveringsverplichtingen in het voorstel vereenvoudigd.⁸²⁸ In het onderzoeksproject *Strafvordering 2001* is bepleit dat een groter accent wordt gelegd op de interactie tussen procesdeelnemers.⁸²⁹ Daarmee wordt recht gedaan aan het contradictoire karakter van het geding. Uitvloeiende daarvan is dat de rechter niet dient te worden verplicht veel tijd te steken in het motiveren van beslissingen die voor de procesdeelnemers vanzelf spreken. Wel is de rechter uitleg verschuldigd op de punten waarover partijen van mening verschillen. Een aantal voorstellen die naar aanleiding van voornoemd onderzoek zijn gedaan, is al in belangrijke mate gerealiseerd.⁸³⁰ Maar ook thans worden voorstellen gedaan die ertoe strekken de rechter bepaalde beslissingen enkel te laten motiveren als procesdeelnemers daarover van mening verschillen.⁸³¹

Als algemeen uitgangspunt wordt in de wet neergelegd dat ingevolge de wet in het vonnis op te nemen beslissingen zijn gemotiveerd “voor zover dat voor de begrijpelijkheid van die beslissingen noodzakelijk is”.⁸³² Die regel is ook van toepassing bij de motivering van beslissingen van het gerechtshof in het eindarrest⁸³³ en bij de motivering van beslissingen op ter terechtzitting gedane verzoeken en vorderingen.⁸³⁴ Volgens de toelichting is hiermee een heldere norm inzake de rechterlijke motiveringsplicht gecreëerd.⁸³⁵

⁸²⁸ Kamerstukken II 2015/16, 29279, nr. 278, p. 85.

⁸²⁹ M.S. Groenhuijsen & G. Knigge (red.), *Het onderzoek ter zitting. Eerste interimrapport onderzoeksproject Strafvordering 2001*, Groningen 1999, p. 25-26.

⁸³⁰ Gewezen kan worden op de Wet aanpassing eisen motivering bewezenverklaring bekende verdachte, *Stb.* 2004, 580. Voor zover de verdachte het bewezenverklaarde heeft bekend, kan een opgave van bewijsmiddelen volstaan, tenzij hij nadien anders heeft verklaard dan wel hij of zijn raadsman vrijspraak heeft bepleit, zo volgt sinds 1 januari 2005 uit het geldende artikel 359, derde lid, Sv (toelichting bij Titel 3.5 van Boek 4).

⁸³¹ In enkele gevallen stelt de wet buiten twijfel dat dat een motivering voor de begrijpelijkheid van een beslissing altijd nodig is. In die gevallen is afzonderlijk bepaald dat beslissingen worden gemotiveerd. Zie de toelichting bij artikel 4.2.6, vierde lid.

⁸³² Voorgesteld artikel 4.3.21, eerste lid.

⁸³³ Voorgesteld artikel 5.4.32, tweede lid.

⁸³⁴ Voorgesteld artikel 4.2.6, vierde lid.

⁸³⁵ Toelichting bij Boek 4 (Berechting). Het verdient evenwel opmerking dat in het voorstel ten aanzien van de beslissingen van de raadkamer een ongeclausuleerde motiveringsplicht is opgenomen (artikel 1.2.23, derde lid), terwijl in de toelichting is vermeld dat ook in deze context richtinggevend is dat beslissingen worden gemotiveerd voor zover dat voor de begrijpelijkheid van die beslissingen noodzakelijk is. Zie de toelichting bij artikel 1.2.23, derde en vierde lid.

b. Ratio motiveringsverplichtingen en functies motivering

De rechter is in grote mate tot motivering gehouden. De reden daarvan is gelegen in de verstrekking van rechterlijke beslissingen, waarbij inbreuken op grondrechten worden gemaakt of daarmee wordt bedreigd. Daarnaast kan de motiveringsverplichting worden gezien als een compensatie voor het gebrek aan democratische legitimatie van de rechter. De rechter kan niet vooraf of achteraf ter verantwoording worden geroepen. Om het democratisch manco op te heffen moet de rechter zich inspannen zijn concrete beslissingen zo goed als mogelijk te motiveren, zodat de kracht van de motivering het gezag van de beslissing mag vestigen.⁸³⁶

De motivering van rechterlijke beslissingen heeft drie functies. De eerste betreft de zogenoemde inscherpingsfunctie. Door de verplichting te motiveren wordt de rechter scherper geconfronteerd met de beweegredenen voor bepaalde beslissingen dan wanneer hij zou mogen volstaan met het formuleren van conclusies. Daarnaast worden door de motivering de procespartijen en derden ingelicht over de gronden die voor de beslissing worden aangevoerd.⁸³⁷ Daardoor moet het gezag van het vonnis worden gevestigd. Voorts vergemakkelijkt de motivering controle door de hogere rechter.⁸³⁸

c. Beoordeling

In het licht van de hiervoor geschetste ratio en functies van de motiveringsverplichtingen benadrukt de Afdeling dat het van groot belang is dat rechterlijke beslissingen worden gemotiveerd. Daarbij merkt zij op dat de omvang van die motivering kan verschillen en dat in bepaalde gevallen met een summier motivering kan worden volstaan. Het voorstel brengt evenwel mee dat allerlei beslissingen die eerder motivering behoeften nu niet meer behoeven te worden gemotiveerd als dat voor de begrijpelijkheid van die beslissingen niet noodzakelijk is.⁸³⁹

⁸³⁶ Zie G.J.M. Corstens/M.J. Borgers & T. Kooijmans, *Het Nederlands strafprocesrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2021, paragraaf 17.6.

⁸³⁷ Ook wel de explicatiefunctie genoemd.

⁸³⁸ Zie G.J.M. Corstens/M.J. Borgers & T. Kooijmans, *Het Nederlands strafprocesrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2021, paragraaf 17.6.

⁸³⁹ Zoals de in het voorgestelde artikel 4.2.6, vierde lid, bedoelde beslissingen. Deze beslissingen dienen thans altijd te worden gemotiveerd (het geldende artikel 328 Sv). De voorgestelde motiveringsplicht strekt zich overigens ook uit tot de positieve antwoorden op formele vragen die doorgaans niet behoeven te worden gemotiveerd. De beslissing dat de tenlastelegging geldig is of dat de officier van justitie ontvankelijk is, moet in het vonnis worden toegelicht indien deze beslissing zonder toelichting niet goed te begrijpen zou zijn. In de jurisprudentie van de Hoge Raad wordt al aangenomen dat de rechter in dergelijke gevallen tot een toelichting gehouden is (de zogenoemde dubia-rechtspraak). Wettelijk bestaat daarvoor thans nog geen basis. Het voorgestelde artikel 4.3.21, eerste lid, voorziet daarin. Zie de toelichting bij artikel 4.3.21, eerste lid.

In het licht daarvan rijst de vraag wat onder de term 'begrijpelijk' moet worden verstaan. De toelichting brengt het algemene uitgangspunt in verband met het contradictoir proces. De standpunten die tijdens het onderzoek op de terechtzitting zijn ingenomen spelen daarbij een belangrijke rol.⁸⁴⁰ Geplaatst in deze context lijkt er sprake te zijn van een responsieplicht, waarbij geen verplichting tot motivering bestaat als er door de partijen geen standpunt is ingenomen. De Afdeling adviseert in de toelichting te verduidelijken wat in dit verband onder 'begrijpelijk' dient te worden verstaan en wat de gevolgen daarvan zijn voor de reikwijdte van de motiveringsverplichtingen.

Voorts wijst de Afdeling op de mogelijke consequenties van het voorstel voor de verschillende functies van de motivering van rechterlijke beslissingen. De vraag rijst of de voor de waarheidsvinding essentiële inscherpingsfunctie van motiveren van rechterlijke beslissingen met deze aanpassing wel voldoende wordt gehandhaafd. Daarnaast kan de vraag worden gesteld of de uitleg en verantwoording van het rechterlijk oordeel aan anderen dan de procespartijen onder deze regeling wel verzekerd is. En wordt hierdoor de controle door de hogere rechter niet bemoeilijkt? De Afdeling adviseert in de toelichting nader in te gaan op de consequenties van het voorstel voor deze verschillende functies van de motivering van rechterlijke beslissingen en, zo nodig, het voorstel aan te passen.

3. Processuele sancties

In het nieuwe Wetboek van Strafvordering wordt de regeling voor processuele sancties als reactie op onrechtmatigheden in het strafproces herzien. De rechter kan naar huidig recht aan vormverzuimen in het voorbereidend onderzoek strafvermindering of bewijsuitsluiting als rechtsgevolg verbinden of het OM niet ontvankelijk verklaren.⁸⁴¹ In de nieuwe regeling wordt niet langer gesproken over vormverzuimen en rechtsgevolgen, maar over onrechtmatigheden en processuele sancties. Andere wijzigingen betreffen een verruiming van de reikwijdte van de regeling (zie punt 3e), aanpassingen van de normering van de verschillende processuele sancties (zie punt 3f) en de introductie van de schadevergoeding als processuele sanctie voor overschrijdingen van de redelijke termijn bij de berechting (zie punt 3g).

⁸⁴⁰ Toelichting, Algemeen deel, paragraaf 2.1.

⁸⁴¹ Geldend artikel 359a Sv.

a. De huidige regeling

Sinds 1996 kent het Wetboek van Strafvordering in artikel 359a voorschriften voor de omgang met vormverzuimen in het voorbereidend onderzoek.⁸⁴² Als herstel van een vormverzuim niet mogelijk is, kan de rechter besluiten tot strafvermindering, bewijsuitsluiting of niet-ontvankelijkheid van het OM.⁸⁴³ Niet elk verzuim hoeft te leiden tot een van deze gevolgen. Bij de beoordeling van de vraag of een gevolg aan een verzuim moet worden verbonden, en welk gevolg dan, betreft de rechter de factoren vermeld in het tweede lid van artikel 359a Sv. Hierin staat dat de rechter rekening houdt met het belang dat het geschonden voorschrift dient, de ernst van het verzuim en het nadeel dat door de schending van het voorschrift is veroorzaakt. Een beslissing tot het verbinden van een gevolg aan een verzuim dient te worden gemotiveerd aan de hand van deze factoren. Ook van de verdediging wordt verlangd dat een beroep op artikel 359a Sv wordt onderbouwd aan de hand van deze factoren.⁸⁴⁴

Bij de totstandkoming van artikel 359a Sv beschouwde de wetgever de beoordeling van vormverzuimen primair als een taak voor de rechter en gaf hem hierbij veel beoordelingsvrijheid.⁸⁴⁵ In de praktijk ontstond discussie over de vraag wanneer en hoe de rechter vormverzuimen moest sanctioneren.⁸⁴⁶ Aan de onduidelijkheid werd door de Hoge Raad een einde gemaakt.⁸⁴⁷ De waarborging van de rechten van de verdachte, in het bijzonder het recht op een eerlijk proces in de zin van artikel 6 EVRM, werd centraal gesteld. Verder vulde de Hoge Raad de open begrippen in artikel 359a Sv in en bakende de reikwijdte van het artikel af. Daarnaast werden specifieke voorwaarden geformuleerd voor het verbinden van rechtsgevolgen aan vormverzuimen. Dit heeft geleid tot een gedetailleerd beslissingschema voor de toepassing van artikel 359a Sv, waaruit terughoudendheid spreekt ten aanzien van het verbinden van rechtsgevolgen aan vormverzuimen.

⁸⁴² Het voorbereidend onderzoek is het onderzoek voorafgaand aan het onderzoek ter terechtzitting (geldend artikel 132 Sv). Het gaat voornamelijk om het opsporingsonderzoek en het onderzoek onder leiding van de rechter-commissaris.

⁸⁴³ Een voorbeeld van herstel van een vormverzuim is dat de verdachte niet tijdig op de hoogte is gebracht van DNA-onderzoek en daarom geen contra-expertise heeft kunnen verrichten. De rechter kan dan alsnog een dergelijk onderzoek laten uitvoeren. Een voorbeeld van een onherstelbaar vormverzuim is een doorzoeking van een woning waarvoor geen rechterlijke machtiging is verkregen.

⁸⁴⁴ Zie bijvoorbeeld HR 20 november 2012, ECLI:NL:HR:2012:BY0249.

⁸⁴⁵ Kamerstukken II 1993/94, 23705, nr. 3, p. 25.

⁸⁴⁶ G.J.M. Corstens/M.J. Borgers & T. Kooijmans, *Het Nederlands strafprocesrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2021, paragraaf 16.11.

⁸⁴⁷ HR 30 maart 2004, ECLI:NL:HR:2004:AM2533; HR 19 februari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY5321; HR 1 december 2020, ECLI:NL:HR:2020:1889.

In de literatuur klinkt het geluid dat de terughoudende benadering van de Hoge Raad bijstelling verdient.⁸⁴⁸ Een belangrijk argument is dat de rechter als gevolg van deze benadering onvoldoende toezicht houdt op de opsporingsdiensten en het OM. Wanneer onrechtmatigheden zonder consequenties blijven, kan dit ertoe leiden dat opsporingsambtenaren en officieren van justitie het minder nauw nemen met de regels. Dit schaadt uiteindelijk de legitimiteit van de opsporing en het vertrouwen in de strafvorderlijke overheid. Een ander argument is dat de terughoudende opstelling van de rechter ertoe kan leiden dat de rechten van verdachten onvoldoende beschermd worden. Als de overheid deze rechten schendt, horen verdachten hiervoor gecompenseerd te worden. De terughoudende opstelling van de rechter zou als gevolg kunnen hebben dat deze compensatie onvoldoende is.

b. De consultatieversie

De regeling voor vormverzuimen is in de consultatieversie flink op de schop gegaan. In de toelichting bij de consultatieversie worden hiervoor twee redenen genoemd.⁸⁴⁹ Ten eerste kan in het huidige wetboek alleen de rechter gevolgen verbinden aan vormverzuimen, terwijl de toelichting dit ook gewenst acht bij de buitengerechtelijke afdoening. De tweede reden is dat artikel 359a Sv geen 'normatief richtsnoer' biedt bij de toepassing van processuele sancties. Bij de invoering van dit wetsartikel wilde de wetgever de bestaande praktijk van een wettelijke basis voorzien en daarin niet te veel sturen. In de consultatieversie is de daarop enigszins teruggekomen. Met een beroep op het strafvorderlijke legaliteitsbeginsel wordt aan de wet en de toelichting daarop de eis gesteld dat zij een richtsnoer bieden voor de toepassing van de in de wet vermelde processuele sancties.

In de consultatieversie is een aantal wijzigingen ten opzichte van artikel 359a Sv voorgesteld:⁸⁵⁰

- De terminologie wordt aangepast. De term 'vormverzuimen' is vervangen door 'onrechtmatigheden'. Daarnaast wordt de term 'processuele sancties' gehanteerd als benaming voor de rechtsgevolgen die aan deze onrechtmatigheden worden verbonden.
- De processuele sancties staan niet langer in één artikel. In plaats daarvan

⁸⁴⁸ M.J. Borgers, 'De toekomst van artikel 359a Sv', *Delikt en Delinkwent* 2012/25, p. 257-273; M. Samadi, 'Policing the police: het toezicht op de opsporing', *Delikt en Delinkwent* 2016/37, p. 418; S. Brinkhoff, 'De toepassing van artikel 359a Sv anno 2016. Een pleidooi voor het herstel van balans en de terugkeer naar echte rechterlijke vrijheid', *Delikt en Delinkwent* 2016/8, p. 116; J.S. Nan, *Vormverzuimen in het voorbereidend onderzoek*, Den Haag: Sdu 2015, p. 85; R. Kuiper, *Vormfouten. Juridische consequenties van vormverzuimen in strafzaken* (diss. Nijmegen), Deventer 2014, p. 591-596. Zie ook Conclusie A-G Bleichrodt 7 juli 2020, ECLI:NL:PHR:2020:654.

⁸⁴⁹ Toelichting bij consultatieversie Boek 4, paragraaf 5.3.1 (Inleiding).

⁸⁵⁰ Zie ook M. Samadi, 'Het toezicht op de strafvorderlijke overheid: een modern artikel 359a Sv?', *Tijdschrift Modernisering Strafvordering* 2018, nr. 1, p. 43-48.

worden zij ondergebracht in (drie) afzonderlijke bepalingen in het Wetboek van Strafvordering en het Wetboek van Strafrecht.

- Het belang van herstel wordt niet langer benadrukt. Ook als herstel van de onrechtmatigheid nog mogelijk is, kan een processuele sanctie worden toegepast.
- De reikwijdte van de regeling wordt niet langer beperkt tot het voorbereidend onderzoek.
- De normering voor de toepassing van processuele sancties wordt aangepast.

In de consultatieadviezen raden het OM, de Raad voor de rechtspraak en de Nederlandse Vereniging voor Rechtspraak met klem af de voorgestelde regeling in te voeren. De belangrijkste kritiek van deze partijen is dat de regeling opnieuw tot rechtsonzekerheid leidt, terwijl er na jarenlange onrust eindelijk stabiliteit en duidelijkheid op dit terrein bestaat. De uitbreiding van de reikwijdte van de processuele sancties en de nieuwe normering zouden tot een grote toename van het aantal verzoeken om processuele sancties kunnen leiden.⁸⁵¹ Het OM waarschuwt dat daarmee het eigenlijke doel van het strafproces, namelijk het beoordelen van het strafrechtelijk verwijt jegens de verdachte, naar de achtergrond zal verschuiven. Deze consultatiepartijen willen daarom de huidige regeling ongewijzigd laten. De NOvA juicht de voorgestelde wijzigingen daarentegen toe omdat zij de uitgangspunten van de voorgestelde regeling onderschrijft.⁸⁵²

In reactie op de consultatieadviezen is de regeling voor processuele sancties op een aantal punten gewijzigd. Daarbij springt het meest in het oog dat de processuele sancties bij elkaar zijn gebracht in Titel 3.3. en niet langer verspreid staan door het Wetboek van Strafrecht en het Wetboek van Strafvordering. Verder is de regeling vereenvoudigd en is de toelichting opnieuw opgezet om een aantal misverstanden weg te nemen.⁸⁵³ Zo is onder andere verduidelijkt wat de betekenis van de mogelijkheid van herstel is bij verschillende processuele sancties. De voorgestelde uitbreiding van de reikwijdte en de aanpassing van het normeringskader zijn (grotendeels) gehandhaafd.

c. De inhoud van het voorstel

Volgens de toelichting hebben verschillende ontwikkelingen ertoe geleid dat een herziening van de regeling voor processuele sancties noodzakelijk is. Er wordt gewezen op de verbreding van de doelstelling van het strafproces, de veranderde verhouding tussen strafrechtelijke actoren, de toegenomen

⁸⁵¹ Advies OM over Boek 4 van 24 juli 2018, p. 7-14; Advies Raad voor de rechtspraak over Boeken 3-6 van 12 juli 2018, p. 25-26, 31; Advies Nederlandse Vereniging voor Rechtspraak over Boeken 3-6 van 31 juli 2018, p. 24-25.

⁸⁵² Advies NOvA over Boeken 3-6 van 30 juli 2018, p. 28.

⁸⁵³ Toelichting, Algemeen deel, paragraaf 5.5 (Processuele sancties).

inzet van heimelijke en digitale opsporingsmethoden en de internationalisering van de strafrechtspleging. Daarnaast wordt de jurisprudentie van de Hoge Raad genoemd als aanleiding voor het aanpassen van de wettelijke regeling voor processuele sancties.⁸⁵⁴

Volgens de toelichting zijn de belangrijkste wijzigingen ten opzichte van de huidige regeling:

- De nieuwe bepalingen drukken beter uit dat het verbinden van rechtsgevolgen aan verzuimen geen vrije bevoegdheid is, maar een bevoegdheid die tegen de achtergrond van strafvorderlijke doelstellingen moet worden uitgeoefend. In de toelichting wordt in dit verband gewezen op de uitbreiding van de reikwijdte van de regeling (zie punt 3e) en de nieuwe normering voor processuele sancties (zie punt 3f).
- De schadevergoeding wordt als processuele sanctie opgenomen bij overschrijding van de redelijke termijn voor de berechting (zie punt 3g).⁸⁵⁵
- De bepalingen zijn zo geformuleerd dat zij ook door het OM en opsporingsambtenaren kunnen worden toegepast bij het uitvaardigen van strafbeschikkingen.

d. Het toezicht op het opsporingsonderzoek

Opsporingsdiensten en het OM hebben vergaande bevoegdheden om strafbare feiten op te sporen en ervoor te zorgen dat daders vervolgd worden. Aan de uitoefening van deze bevoegdheden zijn voorwaarden verbonden zodat de rechten en vrijheden van burgers, ook als zij verdacht worden van strafbare feiten, beschermd worden. Als bevoegdheden onrechtmatig worden uitgeoefend, schaadt dit het vertrouwen in de rechtspleging. Volgens de Afdeling is adequaat en effectief toezicht op de opsporing daarom essentieel. Dit wil uiteraard niet zeggen dat het toezicht in alle gevallen door de rechter moet plaatsvinden in het kader van de berechting van de verdachte.

i. De toepassing van processuele sancties

De toelichting is tegenstrijdig over wat in dit verband van de rechter kan worden verwacht. Volgens de toelichting leiden verschillende ontwikkelingen tot de conclusie dat het belang van rechterlijk toezicht op de opsporing is vergroot.⁸⁵⁶ Deze opmerking wekt de indruk dat de rechter in meer gevallen processuele sancties zal moeten toepassen. De rechter lijkt hiervoor ook meer ruimte te krijgen omdat de voorgestelde wetsbepalingen ruimer zijn geformuleerd dan de huidige wetsbepaling over vormverzuimen (zie punten 3e en 3f). Anderzijds wordt in de toelichting steeds benadrukt dat het huidige

⁸⁵⁴ Toelichting bij Titel 3.3 van Boek 4 (Processuele sancties).

⁸⁵⁵ Voorgesteld artikel 4.3.12.

⁸⁵⁶ Toelichting bij Titel 3.3 van Boek 4 (Processuele sancties).

wettelijk kader te “vrijblijvend” is. Hiermee wordt bedoeld dat artikel 359a Sv onterecht de suggestie wekt dat de rechter een grote vrijheid heeft bij de toepassing van deze bepaling. In aansluiting op de jurisprudentie van de Hoge Raad wil het voorstel tot uitdrukking brengen dat sanctioneren van onrechtmatigheden geen “vrije bevoegdheid” is, maar een bevoegdheid die tegen de achtergrond van strafvorderlijke doelstellingen moet worden vormgegeven.⁸⁵⁷ Dit suggereert dat met het voorstel geen substantiële verruiming wordt beoogd. De Afdeling adviseert de toelichting op dit punt te verduidelijken.

De Afdeling acht het gerechtvaardigd dat de rechter zich terughoudend opstelt bij het opleggen van processuele sancties zolang de rechten van de verdachte gewaarborgd zijn. Zij merkt op dat de rechter niet primair verantwoordelijk is voor het toezicht op de opsporing en daar evenmin voor is toegerust. De rechter kan de gang van zaken tijdens de opsporing slechts in individuele strafzaken en dan nog maar in beperkte mate controleren. Een groot deel van de werkzaamheden van de politie en het OM blijft buiten zijn vizier.

Als de rechter onrechtmatigheden constateert, heeft het toepassen van processuele sancties bovendien ook een keerzijde. Het strafproces dient immers te leiden tot het bestraffen van daders van strafbare feiten. Het roept onbegrip en verontwaardiging op bij samenleving en slachtoffers als daders hun straf ontlopen omdat opsporingsdiensten of het OM zich niet aan de strafvorderlijke regels hebben gehouden. Ook dit argument rechtvaardigt een terughoudende opstelling van de rechter bij het toepassen van processuele sancties.

Dit laat onverlet dat het opleggen van een processuele sanctie door de rechter in sommige gevallen wenselijk en noodzakelijk is. Als de rechten van de verdachte, en dan in het bijzonder het recht op een eerlijk proces, in het geding zijn, moet de rechter kunnen optreden om deze rechten te bewaken en de verdachte tegemoet te komen. In dat geval dient hij voldoende ruimte te hebben om een passende sanctie te kiezen met het oog op de verschillende belangen die hiermee gemoeid zijn (zie punt 3e, onder v en punt 3g, onder ii en iii). Daarbij onderschrijft de Afdeling het uitgangspunt van de Hoge Raad en het voorstel dat voor een lichtere sanctie dient te worden gekozen als hiermee voldoende aan de geschonden rechten van de verdachte tegemoet kan worden gekomen.⁸⁵⁸

⁸⁵⁷ Zie toelichting bij Titel 3.3 van Boek 4 (Processuele sancties).

⁸⁵⁸ HR 1 december 2020, ECLI:NL:HR:2020:1889, r.o. 2.1.3. Zie ook toelichting bij Titel 3.3 van Boek 4, onder ‘Eén regeling voor processuele sancties’.

ii. Het toezicht op de opsporing buiten de rechter

Volgens de Afdeling verdient het de voorkeur dat onrechtmatigheden tijdens het opsporingsonderzoek buiten de berechting worden geadresseerd. De terughoudende opstelling van de rechter mag er namelijk niet toe leiden dat er lacunes in het toezicht op de opsporing ontstaan. Naast de rechter zijn er verschillende actoren en instanties belast met het toezicht op opsporingsdiensten en het OM. Onderzoek laat evenwel zien dat dit toezicht om verschillende redenen niet naar behoren functioneert.⁸⁵⁹ Hierbij kan een onderscheid worden gemaakt tussen het toezicht binnen en buiten de strafvordering.

Binnen de strafvordering is de officier van justitie belast met het gezag over het opsporingsonderzoek en dient hij in die hoedanigheid de rechtmatigheid en betrouwbaarheid van het opsporingsonderzoek te waarborgen. In de praktijk heeft de officier van justitie niet altijd zicht op de activiteiten van de politie en ontbreken tijd en middelen om in te grijpen bij onrechtmatigheden. Wanneer politie en OM intensief samenwerken bij (grote) opsporingsonderzoeken, heeft de officier van justitie daarenboven niet altijd de benodigde objectiviteit en distantie om onrechtmatigheden te signaleren en hierop te reageren.⁸⁶⁰

Buiten de strafvordering is er intern en extern toezicht op het functioneren van opsporingsdiensten en OM.⁸⁶¹ De betreffende toezichthouders houden zich veelal bezig met de kwaliteit van het werk van de opsporingsdiensten en het OM in bredere zin. Het toezicht op de naleving van strafvorderlijke normen valt grotendeels buiten hun taak en verantwoordelijkheid. Het externe toezicht op opsporingsdiensten en OM is gefragmenteerd en opereert vanuit verschillende invalshoeken. Uit WODC-onderzoek blijkt bijvoorbeeld dat

⁸⁵⁹ M. Samadi, *Normering en toezicht in de opsporing*, Den Haag: Boom juridisch 2020; E. Devroe, M. Malsch, J. Matthys & G. Minderman, *Toezicht op strafvorderlijk overheidsoptreden*, WODC/Universiteit Leiden 2017; M. Malsch, 'Is het totaal meer dan de som der delen? Toezichtvormen op strafrechtelijk overheidsoptreden', *NJB* 2017/2278. Zie ook M.J. Borgers & T. Kooijmans, 'Alternatieven voor rechterlijke controle op vormverzuimen', in: M. Groenhuijsen, T. Kooijmans & J. Ouwerkerk (red.), *Roosachtig strafrecht* (De Roos-bundel), Deventer: Kluwer 2013, p. 17-36.

⁸⁶⁰ M. Samadi, *Normering en toezicht in de opsporing*, Den Haag: Boom juridisch 2020, p. 144-161; M. Samadi, 'Het toezicht op de opsporing. Enkele aspecten van het toezicht door de officier van justitie.', *Tijdschrift voor Bijzonder Strafrecht & Handhaving* 2021, nr. 2, p. 132-142; M. Goos, 'Vormverzuimen bij de politie', *Strafblad* 2019, nr. 1, p. 5-10.

⁸⁶¹ M. Samadi, *Normering en toezicht in de opsporing*, Den Haag: Boom juridisch 2020, p. 163-174; E. Devroe, M. Malsch, J. Matthys & G. Minderman, *Toezicht op strafvorderlijk overheidsoptreden*, WODC/Universiteit Leiden 2017. Onder intern toezicht bij de politie vallen bijvoorbeeld de klachtprocedure en het onderzoek door het Bureau Veiligheid, Integriteit en Klachten van de desbetreffende eenheid. Bij extern toezicht kan worden gedacht aan instanties als de Nationale Ombudsman, de Inspectie Justitie en Veiligheid, de Algemene Rekenkamer en de Onderzoeksraad voor Veiligheid. Verder kan de P-G bij de Hoge Raad onderzoek doen naar de wijze waarop het OM zijn taken uitoefent. Zie ook advies OM over Boek 4 van 24 juli 2018, p. 12-14; advies Raad voor de rechtspraak over Boeken 3-6 van 12 juli 2018, p. 26.

extern toezicht op de buitengerechtelijke afdoening door het OM zeer beperkt is.⁸⁶²

De Afdeling adviseert in de toelichting te verduidelijken hoe – bij een op zichzelf gerechtvaardigde terughoudende opstelling van de strafrechter – is gewaarborgd dat op een adequate en effectieve wijze toezicht wordt uitgeoefend op het optreden van de strafvorderlijke autoriteiten. In het bijzonder vraagt zij daarbij aandacht voor de rol die het OM als toezichthouder bij de opsporingsdiensten heeft te vervullen en voor de rol van andere instanties als toezichthouders bij zowel de opsporingsdiensten als het OM.

e. De reikwijdte van de regeling

i. Algemeen

De reikwijdte van het huidige artikel 359a Sv is beperkt tot vormverzuimen in het voorbereidend onderzoek. Volgens de Hoge Raad kan onder omstandigheden een gevolg worden verbonden aan een vormverzuim door een ambtenaar die met opsporing en vervolging is belast, maar dat niet is begaan bij het voorbereidend onderzoek tegen dezelfde verdachte, of aan een onrechtmatige handeling jegens verdachte door een andere functionaris of persoon dan zo'n opsporingsambtenaar. Het betreft in de rechtspraak van de Hoge Raad een beperkt aantal gevallen waarin volgens de Hoge Raad als overkoepelende maatstaf besloten ligt dat een rechtsgevolg op zijn plaats kan zijn indien het betreffende vormverzuim of de betreffende onrechtmatige handeling van bepalende invloed is geweest op het verloop van het opsporingsonderzoek naar en/of de (verdere) vervolging van de verdachte ter zake van het tenlastegelegde feit.⁸⁶³ Hoewel deze situaties dus buiten de reikwijdte van artikel 359a Sv vallen, wordt deze bepaling daarop analoog toegepast door de Hoge Raad.

Volgens de toelichting geeft de voorgestelde regeling aan deze rechtspraak een wettelijke basis. Voor bewijsuitsluiting geldt dat bewijsmiddelen kunnen worden uitgesloten als bij de verkrijging daarvan onrechtmatig is gehandeld. De bewijsuitsluiting wordt dus niet langer beperkt tot onrechtmatigheden tijdens het voorbereidend onderzoek. Voor de andere processuele sancties zal de verruiming weinig verschil maken ten opzichte van de huidige praktijk. De strafvermindering kan alleen worden toegepast bij onrechtmatig handelen door het OM of opsporingsambtenaren. Dit is meestal handelen in het kader van de opsporing. De niet-ontvankelijkheid van het OM komt aan de orde als

⁸⁶² E. Devroe, M. Malsch, J. Matthys & G. Minderman, *Toezicht op strafvorderlijk overheidsoptreden*, WODC/Universiteit Leiden 2017, p. 133.

⁸⁶³ HR 1 december 2020, ECLI:NL:HR:2020:1889. Zie ook HR 15 juni 2021, ECLI:NL:HR:2021:931.

ernstig afbreuk is gedaan aan het recht op het eerlijk proces of als vervolging niet te verenigen is met een goede procesorde. Volgens de toelichting laat zich dat bij onrechtmatig handelen buiten de opsporing alleen in uitzonderingsgevallen denken.⁸⁶⁴

ii. Beperking van de reikwijdte

De Afdeling onderschrijft de opmerking in de toelichting dat een toekomstbestendig wetboek om een uitbreiding van de reikwijdte van de regeling voor processuele sancties vraagt. Onrechtmatigheden buiten het opsporingsonderzoek kunnen onder bepaalde omstandigheden tot een processuele sanctie nopen. Daarom is het wenselijk dat de analoge toepassing van artikel 359a Sv buiten het voorbereidend onderzoek een wettelijke basis krijgt.⁸⁶⁵ Tegelijkertijd heeft de Afdeling begrip voor de zorg van geconsulteerde partijen dat een al te ruime regeling tot rechtsonzekerheid en tot overbelasting van het strafproces kan leiden.⁸⁶⁶

Gelet op die kritiek is het opvallend dat het voorstel weinig beperkingen stelt aan de situaties waarin processuele sancties kunnen worden toegepast. De bepalingen lijken in dit opzicht ruimer dan de jurisprudentie van de Hoge Raad over vormverzuimen buiten het voorbereidend onderzoek. Daarin legt de Hoge Raad namelijk de maatstaf aan dat deze onrechtmatigheden “van bepalende invloed” moeten zijn voor het vervolg van het opsporingsonderzoek of de vervolging van de verdachte ter zake van het tenlastegelegde feit.⁸⁶⁷ Hiermee wordt tot uitdrukking gebracht dat niet elke onrechtmatigheid buiten het voorbereidend onderzoek van dusdanige aard en ernst is dat deze in aanmerking komt voor de toepassing van een processuele sanctie.

De Afdeling adviseert de reikwijdte van de regeling te beperken en daarbij aan te sluiten bij de jurisprudentie van de Hoge Raad. Onrechtmatigheden die niet zijn gepleegd door opsporingsambtenaren of het OM, zouden alleen tot de toepassing van processuele sancties moeten kunnen leiden als zij van bepalende invloed zijn op het opsporingsonderzoek of de vervolging. De Afdeling adviseert het voorstel op dit punt toe te lichten en zo nodig aan te passen.

⁸⁶⁴ Toelichting bij Titel 3.3 van Boek 4, onder ‘De reikwijdte van de regeling’.

⁸⁶⁵ Zie M. Samadi, ‘Het toezicht op de strafvorderlijke overheid: een modern artikel 359a Sv?’, *Tijdschrift Modernisering Strafvordering* 2018, nr. 1, p. 49.

⁸⁶⁶ Advies OM over Boek 4 van 24 juli 2018, p. 7-14; Advies Raad voor de rechtspraak over Boeken 3-6 van 12 juli 2018, p. 25-26.

⁸⁶⁷ HR 1 december 2020, ECLI:NL:HR:2020:1889.

iii. Bewijsuitsluiting bij onrechtmatigheden in het buitenland

In de toelichting wordt opgemerkt dat de internationalisering van de rechtspleging van belang is voor de processuele sancties.⁸⁶⁸ Het is de verwachting dat de rechter steeds vaker met bewijs uit buitenlands opsporingsonderzoek te maken krijgt. Onrechtmatig handelen door buitenlandse opsporingsautoriteiten kan inbreuk maken op de rechten en vrijheden van de verdachte. Het toepassen van processuele sancties maakt volgens de toelichting “geen onderdeel uit van de waarborgen waarmee de wetgever de bevoegdheid heeft omringd. Daarom is de toepassing van processuele sancties in deze gevallen anders genormeerd”⁸⁶⁹ Hiermee lijkt te worden bedoeld dat bewijsuitsluiting bij onrechtmatigheden in het buitenland niet als doel heeft om normhandhaving bij buitenlandse diensten of autoriteiten te bevorderen.

Voor bewijsmateriaal uit het buitenland geldt thans dat de rechter ervan uit mag gaan dat dit op een rechtmatige wijze is verkregen, behalve als er sterke aanwijzingen zijn dat dit niet het geval is.⁸⁷⁰ Het is in veel gevallen ondoenlijk voor de Nederlandse rechter om te beoordelen hoe het buitenlandse opsporingsonderzoek is verlopen en of naar buitenlands recht onrechtmatig is gehandeld. De verdachte is daarom in beginsel aangewezen op de procedures in het land waar onrechtmatig is gehandeld. In het Nederlandse strafproces kunnen aan buitenlandse onrechtmatigheden slechts onder bijzondere omstandigheden consequenties worden verbonden.⁸⁷¹ Dit is bijvoorbeeld het geval als de verdedigingsrechten van de verdachte in het geding zijn.⁸⁷²

Voor opsporingsonderzoek binnen de EU kan in dit verband tevens worden gewezen op het beginsel van wederzijdse erkenning.⁸⁷³ Dat lidstaten kunnen vertrouwen op de rechtmatigheid van elkaars opsporingsonderzoek, is een belangrijke voorwaarde voor justitiële samenwerking. Hierbij past dat rechters de resultaten uit Europees opsporingsonderzoek in principe kunnen gebruiken zonder onderzoek te doen naar de rechtmatigheid van dat opsporingsonderzoek.

Het verruimen van de reikwijdte van processuele sancties kan ertoe leiden dat de rechtmatigheid van het buitenlandse opsporingsonderzoek vaker ter discussie komt te staan in het Nederlandse strafproces en dat dit

⁸⁶⁸ Toelichting bij Titel 3.3 van Boek 4 (Processuele sancties).

⁸⁶⁹ Toelichting bij Titel 3.3 van Boek 4 (Processuele sancties).

⁸⁷⁰ HR 8 februari 2000, ECLI:NL:HR:2000:ZD1780.

⁸⁷¹ HR 31 januari 2006, ECLI:NL:HR:2006:AU3446.

⁸⁷² HR 5 oktober 2010, ECLI:NL:HR:2010:BL5629; zie verder bijvoorbeeld Rb. Den Haag 25 maart 2005, *Nieuwsbrief Strafrecht* 2005/348 (KBLux).

⁸⁷³ Artikel 82 VWEU. Zie T. Kraniotis, *Het vertrouwensbeginsel bij de interstatelijke samenwerking in strafzaken*, Deventer: Wolters Kluwer 2016.

vervolgonderzoek noodzakelijk maakt.⁸⁷⁴ De Afdeling acht dit een onwenselijke ontwikkeling omdat hiermee het strafproces mogelijk ernstig wordt belast. In de toelichting wordt buiten de opmerking dat een andere normering geldt, niet ingegaan op de vraag wat deze normering dan inhoudt.⁸⁷⁵ De Afdeling adviseert daarom in de toelichting te verduidelijken dat slechts evidente en ernstige schendingen van verdedigingsrechten in het buitenland tot de toepassing van processuele sancties in Nederland kunnen leiden.

iv. Bewijsuitsluiting bij de berechting

Een andere uitbreiding ten opzichte van de huidige regeling is dat de processuele sancties ook bij onrechtmatig handelen bij de berechting kunnen worden toegepast. De schadevergoeding bij de schending van de redelijke termijn voor de berechting wordt onder punt 3g behandeld. Daarnaast kunnen onrechtmatigheden bij het verkrijgen van bewijs op zitting tot bewijsuitsluiting leiden. In de toelichting wordt als voorbeeld gegeven dat de rechter nalaat om de verdachte de cautie te geven voorafgaand aan het verhoor. Overigens wordt de verwachting uitgesproken dat bij het onderzoek ter terechtzitting zelden vormverzuimen zullen voorkomen die tot bewijsuitsluiting zullen leiden.⁸⁷⁶

Voor onrechtmatigheden ter terechtzitting bestaan al verschillende correctiemechanismen. De rechter kan de onrechtmatigheid veelal ter zitting herstellen. Als de onrechtmatigheid na het sluiten van de zitting, maar voor de uitspraak wordt geconstateerd, kan de rechter het onderzoek heropenen en dan de onrechtmatigheid herstellen. In het gegeven voorbeeld kan de rechter dus tijdens het onderzoek ter terechtzitting respectievelijk na heropening van het onderzoek ter terechtzitting alsnog de cautie geven en het verhoor overdoen. De procespartijen kunnen verder de rechter wraken of de rechter kan zich verschonen. Daarnaast kunnen procespartijen rechtsmiddelen inzetten als zij van mening zijn dat zich onrechtmatigheden tijdens de berechting hebben voorgedaan. Een hogere rechterlijke instantie kan dan de onrechtmatigheid herstellen en opnieuw recht doen. In de toelichting wordt niet ingegaan op de verhouding van bewijsuitsluiting als processuele sanctie tot dergelijke correctiemechanismen.

De vraag rijst daarom of bewijsuitsluiting van toegevoegde waarde is in de fase van de berechting. De Afdeling adviseert dit in de toelichting te verduidelijken en zo nodig het voorstel aan te passen.

⁸⁷⁴ Zie ook advies Raad voor de rechtspraak over Boeken 3-6 van 12 juli 2018, p. 27.

⁸⁷⁵ Toelichting bij Titel 3.3 van Boek 4 (Processuele sancties).

⁸⁷⁶ Toelichting bij artikel 4.3.14, onder 'Geen beperking tot opsporing'.

v. De reikwijdte van strafvermindering versus bewijsuitsluiting

De mogelijkheid van strafvermindering is volgens het voorstel beperkt tot onrechtmatig handelen door opsporingsambtenaren en het OM. Voor bewijsuitsluiting geldt deze beperking niet. Deze laatste sanctie kan ook worden opgelegd bij onrechtmatige bewijsvergaring door andere personen of instanties dan opsporingsambtenaren of het OM. In de toelichting wordt dit verschil niet besproken.

Volgens de jurisprudentie van de Hoge Raad,⁸⁷⁷ waarnaar wordt verwezen in de toelichting,⁸⁷⁸ is strafvermindering geschikt als processuele sanctie voor onrechtmatigheden die een inbreuk maken op de lichamelijke integriteit of de persoonlijke levenssfeer van de verdachte. De Hoge Raad noemt als voorbeeld dat door de onrechtmatige toepassing van dwangmiddelen bewijs is vergaard. Verder acht de Hoge Raad toepassing van strafvermindering niet uitgesloten in gevallen waarin, als gevolg van een of meerdere vormverzuimen, in het verloop van de strafprocedure complicaties zijn opgetreden die het voeren van de verdediging ernstig hebben bemoeilijkt, maar waarbij die vormverzuimen vervolgens in voldoende mate zijn hersteld om het proces als geheel eerlijk te laten verlopen.⁸⁷⁹

De Afdeling constateert dat de door de Hoge Raad genoemde onrechtmatigheden zich ook kunnen voordoen in situaties waarbij politie en OM niet direct betrokken waren. Een voorbeeld is een aanhouding op heterdaad door een burger, die daarbij disproportioneel veel geweld gebruikt waardoor de verdachte ernstig gewond raakt. Een ander voorbeeld is een sociale dienst die met discriminerende software fraude ontdekt, op basis waarvan een opsporingsonderzoek wordt gestart. Deze situaties hebben gemeen dat de rechten van de verdachte zijn geschonden. Het kan echter onmogelijk of onbillijk zijn om deze schending via bewijsuitsluiting te compenseren. De Afdeling acht het in dergelijke gevallen wenselijk dat de rechter de mogelijkheid heeft om de straf te verminderen.

De Afdeling neemt daarbij in aanmerking dat strafvermindering een minder ingrijpende processuele sanctie is dan bewijsuitsluiting. De bewijsuitsluiting kan er immers toe leiden dat de verdachte vrijgesproken wordt. De Hoge Raad heeft als uitgangspunt geformuleerd dat de rechter bij de toepassing van artikel 359a Sv waar mogelijk dient te volstaan met het – vanuit het perspectief van de met vervolging en berechting van strafbare feiten

⁸⁷⁷ HR 1 december 2020, ECLI:NL:HR:2020:1889, r.o. 2.3.4.

⁸⁷⁸ Toelichting bij artikel 4.3.14.

⁸⁷⁹ HR 1 december 2020, ECLI:NL:HR:2020:1889, r.o. 2.3.4.

gemoede belangen bezien – minst verstrekkende gevolg.⁸⁸⁰ In de toelichting wordt ook onderkend dat strafvermindering minder ingrijpend is dan bewijsuitsluiting, en dat niet naar een zwaardere processuele sanctie moet worden gegrepen als een lichtere volstaat.⁸⁸¹

Gelet op het voorgaande vindt de Afdeling het wenselijk dat de rechter ook met strafvermindering kan reageren op onrechtmatig handelen door anderen dan opsporingsambtenaren en OM. Als de reikwijdte van strafvermindering en bewijsuitsluiting hetzelfde is, heeft de rechter meer mogelijkheden om hieraan een passend rechtsgevolg te verbinden. De Afdeling adviseert daarom de reikwijdte van de strafvermindering in dit opzicht te verruimen en gelijk te stellen aan die van de bewijsuitsluiting.

f. De normering op hoofdlijnen

i. Algemeen

In het voorstel is ervoor gekozen de huidige formulering van artikel 359a Sv niet over te nemen. Volgens de toelichting gaat van deze bepaling de suggestie uit dat de rechter een grote vrijheid heeft bij het toepassen van processuele sancties. Deze bevoegdheid is door de rechtspraak van de Hoge Raad sterk beperkt.⁸⁸² Artikel 359a Sv kan bijvoorbeeld onterecht de indruk wekken dat vrijspraak wegens bewijsuitsluiting bij elke vormfout mogelijk is. De huidige wettekst zet de lezer dus op het verkeerde been. Daarmee is volgens de toelichting de noodzaak gegeven om tot een andere wettelijke regeling te komen. Hierbij wordt de kanttekening geplaatst dat normering door de wetgever niet meer kan en moet willen zijn dan “een richtsnoer”. De rechtsvinding door de rechter is en blijft van groot belang, aldus de toelichting.⁸⁸³

De belangrijkste wijzingen van het normeringskader zijn de volgende:

- Voor de toepassing van strafvermindering en bewijsuitsluiting wordt “het belang van een goede rechtsbedeling” als richtsnoer geïntroduceerd (zie onder ii).
- Voor de niet-ontvankelijkheidsverklaring van het OM wordt een nieuwe grond aan de wet toegevoegd (zie onder iii).
- De factoren vermeld in het tweede lid van artikel 359a Sv verdwijnen in de nieuwe regeling. Dit zijn het belang van het geschonden voorschrift, de ernst van het verzuim en het nadeel dat daardoor wordt veroorzaakt (zie onder ii).

⁸⁸⁰ HR 1 december 2020, ECLI:NL:HR:2020:1889, r.o. 2.1.3.

⁸⁸¹ Toelichting bij Titel 3.3 van Boek 4, onder ‘Eén regeling voor processuele sancties’.

⁸⁸² Toelichting bij Titel 3.3 van Boek 4 (Processuele sancties).

⁸⁸³ Toelichting bij Titel 3.3 van Boek 4, onder ‘De normering op hoofdlijnen’.

*ii. Strafvermindering en bewijsuitsluiting:
het belang van een goede rechtsbedeling*

Bij strafvermindering en bewijsuitsluiting is het nieuwe richtsnoer ‘het belang van een goede rechtsbedeling’. Deze formulering geeft, aldus de toelichting, uitdrukking aan de afweging die de rechter moet maken als aan de voorwaarden voor de toepassing van strafvermindering of bewijsuitsluiting is voldaan. Bij die afweging spelen de verschillende doelstellingen van het strafprocesrecht een rol, zoals het straffen van schuldigen, het eerbiedigen van de rechten en vrijheden van het slachtoffer en het waarborgen van de rechten van de verdachte. Uit de jurisprudentie van het EHRM vloeit in sommige gevallen direct voort dat de toepassing van een processuele sanctie in het belang van een goede rechtsbedeling is. Als het EHRM geen kader biedt, is dit criterium een flexibel richtsnoer dat aan de hand van de jurisprudentie van de Hoge Raad kan worden ingevuld. De toepassing van dit criterium door de feitenrechter kan op begrijpelijkheid worden getoetst door de Hoge Raad.⁸⁸⁴

De keuze voor dit nieuwe richtsnoer heeft volgens de toelichting de consequentie dat de factoren uit het tweede lid van artikel 359a Sv niet terugkeren in de voorgestelde regeling. Als reden wordt genoemd dat de factoren in zekere zin dezelfde functie hebben als het richtsnoer en dat het daarom onnodig is om deze factoren op te nemen. Daarnaast wekt het vermelden van deze factoren de indruk dat deze bij de beoordeling van alle onrechtmatigheden moeten worden betrokken, hetgeen niet het geval is. De factoren kunnen volgens de toelichting wel nog steeds worden meegenomen bij de afweging om tot een processuele sanctie over te gaan.⁸⁸⁵

De Afdeling constateert dat de doelstelling van het voorstel is een minder “vrijblijvende” regeling voor processuele sancties te formuleren. In de ogen van de Afdeling heeft de keuze voor het richtsnoer “in het belang van de goede rechtsbedeling” niet dat effect. Integendeel, dit richtsnoer biedt minder houvast dan de formulering van het huidige artikel 359a Sv. Dat het bij de toepassing van processuele sancties om een belangenafweging gaat, is evident en wordt bevestigd in de jurisprudentie van de Hoge Raad. In dat opzicht voegt dit criterium dus weinig toe.⁸⁸⁶ Dit criterium wekt juist de suggestie dat de rechter meer ruimte heeft om deze belangenafweging zelf in te vullen (zie punt 3d).⁸⁸⁷

⁸⁸⁴ Toelichting bij Titel 3.3 van Boek 4, onder ‘De normering op hoofdlijnen’.

⁸⁸⁵ Toelichting bij Titel 3.3 van Boek 4, onder ‘De normering op hoofdlijnen’.

⁸⁸⁶ Zie ook advies Raad voor de rechtspraak over Boeken 3-6 van 12 juli 2018, p. 29-30. Zie verder T. Kooijmans, *In het belang van een goede rechtsbedeling*, Tilburg University 2021, p. 52-53.

⁸⁸⁷ M. Samadi, ‘Het toezicht op de strafvorderlijke overheid: een modern artikel 359a Sv?’, *Tijdschrift Modernisering Strafvordering* 2018, nr. 1, p. 48-49.

De crux bij de toepassing van processuele sancties zit in de factoren die bij die belangenafweging een rol kunnen spelen en hoe die tegen elkaar afgewogen worden. De drie factoren uit het tweede lid van artikel 359a Sv geven op dat punt meer houvast dan “het belang van een goede rechtsbedeling”. In de huidige praktijk dient de verdediging deze factoren in het verweer te behandelen als zij stelt dat van onrechtmatigheden sprake is. Bij het motiveren van het toepassen van processuele sancties loopt de rechter ook deze factoren langs. Als deze factoren niet meer in de wet zijn opgenomen, roept dit de vraag op of dit de bestaande werkwijze voor verdediging en rechter verandert. Kunnen zij volstaan met een uitleg van wat zij onder een goede rechtsbedeling verstaan, zonder daarbij de factoren uit het tweede lid van artikel 359a Sv te behandelen?

Het argument dat de huidige formulering van artikel 359a Sv onterecht de indruk wekt dat de in het tweede lid van dat artikel genoemde factoren altijd beoordeeld moeten worden, overtuigt de Afdeling niet.⁸⁸⁸ Het voorstel had ook op andere wijze kunnen verduidelijken dat de rechter rekening houdt met deze factoren, maar dat niet altijd iedere factor bij de beoordeling van de onrechtmatigheden hoeft te worden betrokken.

Daarnaast merkt de Afdeling op dat het criterium ‘in het belang van de goede rechtsbedeling’ op meer plaatsen in het voorgestelde Wetboek van Strafvordering is opgenomen. Afhankelijk van de context lijkt dit criterium steeds een verschillende invulling te krijgen, waarbij andere belangen of factoren een rol spelen.⁸⁸⁹ Het is bovendien onduidelijk waarom het criterium ‘het belang van de goede rechtsbedeling’ geen rol speelt bij de beoordeling van de niet-ontvankelijkheid van het OM (zie onder iii). Dit criterium roept al met al nog veel onduidelijkheid op en zal een verdere rechtsontwikkeling vergen, met alle gevolgen van dien voor de rechtspraak.

De Afdeling adviseert daarom het criterium ‘in het belang van een goede rechtsbedeling’ te heroverwegen. Als de wetgever ervoor kiest dit criterium te handhaven, adviseert de Afdeling in elk geval de huidige criteria uit het tweede lid van artikel 359a Sv alsnog op te nemen in de voorgestelde regeling.

⁸⁸⁸ Zie ook T. Kooijmans, *In het belang van een goede rechtsbedeling*, Tilburg University 2021, p. 53-54.

⁸⁸⁹ Zie T. Kooijmans, *In het belang van een goede rechtsbedeling*, Tilburg University 2021, p. 61-65. In het huidige wetboek wordt ‘het belang van de goede rechtsbedeling’ als criterium gehanteerd bij het verlot voor hoger beroep (artikel 410 Sv), de herziening ten nadele (artikel 482a Sv), de overdracht van strafvervolgning (artikel 5.3.1 en 5.3.5 Sv) en de verwijzing van een zaak over de tenuitvoerlegging van strafrechtelijke sancties naar een andere gerecht (artikel 6.6.1, vierde lid, Sv).

iii. De niet-ontvankelijkheid van het OM

De meest vergaande processuele sanctie is dat de rechter het OM niet ontvankelijk verklaart in de vervolging. Volgens de huidige tekst van artikel 359a Sv gaat de rechter hiertoe over als er door het vormverzuim geen sprake kan zijn van een behandeling van de zaak die aan de beginselen van een behoorlijke procesorde voldoet.⁸⁹⁰ De Hoge Raad heeft de toepassing van deze maatstaf als volgt verduidelijkt: “De strekking van deze maatstaf is dat in het geval dat een zodanig ernstige inbreuk op het recht van de verdachte op een eerlijke behandeling van zijn zaak is gemaakt dat geen sprake meer kan zijn van een eerlijk proces in de zin van artikel 6 EVRM, niet-ontvankelijkverklaring van het OM in de vervolging plaatsvindt.”⁸⁹¹ De Hoge Raad koppelt de toepassing van deze processuele sanctie dus aan het recht op een eerlijk proces in de zin van artikel 6 EVRM.

In het voorgestelde artikel 4.3.15 staat dat het OM het vervolgingsrecht verliest als ernstig afbreuk is gedaan aan het recht van de verdachte op een eerlijk proces of als de vervolging als gevolg van het onrechtmatig handelen op een andere grond niet te verenigen is met de goede procesorde. In het tweede lid wordt een specifieke grond voor niet-ontvankelijkheid genoemd, namelijk het geval waarin onjuist of onvolledig verslag wordt gedaan van ernstig onrechtmatig handelen door een opsporingsambtenaar en dit verzuim niet tijdig wordt rechtgezet.

Gelet op de in de toelichting geformuleerde wens om te normeren op hoofdlijnen⁸⁹² rijst de vraag waarom ervoor is gekozen om naast de schending van het recht op een eerlijk proces twee andere gevallen in de wet op te nemen.⁸⁹³ Het eerste geval, waarin het voortzetten van de vervolging om een andere reden dan de schending van het recht op een eerlijk proces in strijd is met de goede procesorde, heeft zich in de jurisprudentie tot op heden slechts eenmaal (in 1999) voorgedaan.⁸⁹⁴ Door de Hoge Raad is sindsdien nooit meer een dergelijk geval met zoveel woorden benoemd en het is vraag of een dergelijk geval zich ooit opnieuw voor zal doen. Het bij die stand van zaken opnemen van een zo algemene regel in de wet brengt vooral onzekerheid met zich mee over de invulling daarvan. Het tweede geval, waarin onjuist of onvolledig verslag wordt gedaan van ernstig onrechtmatig handelen door een opsporingsambtenaar,⁸⁹⁵ betreft een specifieke situatie die weinig

⁸⁹⁰ Geldend artikel 359a, eerste lid onder c, Sv.

⁸⁹¹ HR 1 december 2020, ECLI:NL:HR:2020:1889, r.o. 2.5.2.

⁸⁹² Toelichting bij Titel 3.3 van Boek 4, onder ‘De normering op hoofdlijnen’.

⁸⁹³ Zie ook advies Raad voor de rechtspraak over Boeken 3-6 van 12 juli 2018, p. 28.

⁸⁹⁴ HR 1 juni 1999, ECLI:NL:PHR:1999:ZD1143 (Karman).

⁸⁹⁵ HR 4 februari 1997, ECLI:NL:HR:1997:ZD0632. Zie ook HR 5 januari 2016, ECLI:NL:HR:2016:9.

toevoegt aan de hoofdregel uit het eerste lid. Het vastleggen van deze grond roept verder de vraag op waarom andere gevallen niet zijn opgenomen in de wet. In de consultatieversie van het voorstel was als grond opgenomen dat de verdachte was uitgelokt tot het plegen van een ten laste gelegd feit.⁸⁹⁶ Hoewel deze grond uit het voorstel is geschrapt, illustreert dit niettemin dat er meer situaties zijn die in aanmerking zouden kunnen komen voor codificatie.

Dat de wet niet alle denkbare gevallen benoemt waarin gevolgen kunnen worden verbonden aan onrechtmatigheden, acht de Afdeling een juist uitgangspunt. De Afdeling adviseert daarom in het artikel over de niet-ontvankelijkheid als processuele sanctie uitsluitend op te nemen dat het OM niet-ontvankelijk kan worden verklaard in het geval dat een zodanig ernstige inbreuk op het recht van de verdachte op een eerlijke behandeling van zijn zaak is gemaakt dat geen sprake meer kan zijn van een eerlijk proces in de zin van artikel 6 EVRM.

g. Schadevergoeding als processuele sanctie

i. Algemeen

De verdachte heeft op grond van artikel 6 EVRM recht op een behandeling van de strafzaak binnen een redelijke termijn. In het huidige stelsel kan het overschrijden van de redelijke termijn worden gecompenseerd met de erkenning van de inbreuk op artikel 6 EVRM en/of met de een vermindering van de duur van de vrijheidsstraf of taakstraf, dan wel de hoogte van de geldboete of ontnemingsmaatregel. De vraag welke gevolgen aan een overschrijding van de redelijke termijn verbonden kunnen worden, is de afgelopen jaren diverse malen aan de Hoge Raad voorgelegd.⁸⁹⁷ De Hoge Raad stelde in onder andere zijn arrest van 17 april 2018 dat het op de weg van de wetgever ligt om af te wegen of de compensatie van overschrijding van de redelijke termijn via strafvermindering moet worden vervangen door een ander stelsel.⁸⁹⁸

Dit arrest is de aanleiding geweest om in het voorstel een schadevergoeding als processuele sanctie bij overschrijding van de redelijke termijn mogelijk te maken.⁸⁹⁹ Volgens de toelichting kent de compensatie via strafvermindering een aantal nadelen. Zo krijgt de verdachte geen compensatie als een levenslange gevangenisstraf, de maatregel terbeschikkingstelling (TBS) of de maatregel Inrichting Stelselmatige Daders (ISD) is opgelegd. Ook de benadeelde

⁸⁹⁶ In artikel 3.1.8, tweede lid, van de consultatieversie van het voorstel. Zie ook toelichting bij consultatieversie Boek 4, paragraaf 5.3.4 (Het verlies van het vervolgingsrecht en de goede procesorde).

⁸⁹⁷ HR 3 oktober 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA7309; HR 17 juni 2008, ECLI:NL:HR:2008:BD2578; HR 19 april 2011, ECLI:NL:HR:2011:BP5461.

⁸⁹⁸ HR 17 april 2018, ECLI:NL:HR:2018:558. Zie ook HR 19 april 2011, ECLI:NL:HR:2011:BP5461.

⁸⁹⁹ Toelichting bij Titel 3.3 van Boek 4 (Processuele sancties).

partij kan niet tegemoet worden gekomen bij een onredelijke vertraging.⁹⁰⁰ Voor het slachtoffer kan het bovendien moeilijk te verteren zijn als een verdachte door enkel tijdsverloop strafvermindering krijgt.⁹⁰¹

In het voorgestelde artikel 4.3.12 wordt vastgelegd dat bij amvb kan worden geregeld dat de rechtbank een schadevergoeding van ten hoogste een bij die amvb vastgelegde hoogte kan toekennen indien de zaak niet binnen een redelijke termijn is berecht. Het voornemen is om in de amvb dezelfde termijnen te hanteren als nu. Dit betekent dat de redelijke termijn per instantie twee jaar is. Voor wat betreft de hoogte van de vergoeding, wordt onder meer gekeken naar de bedragen die nu in het bestuursrecht en het civielrecht worden toegekend. Het gaat dan bijvoorbeeld om een schadevergoeding van € 500,- voor een overschrijding van de redelijke termijn met zes maanden. Verder zullen de aard en zwaarte van de opgelegde straf meewegen.⁹⁰²

ii. Strafvermindering en/of schadevergoeding?

De precieze vormgeving van de regeling zal volgens de toelichting afhankelijk zijn van de budgettaire mogelijkheden en het verwachte beroep op de regeling. Als de met dit nieuwe wetboek beoogde versnelling van het strafproces wordt gerealiseerd, kan de rechter een ruimere mogelijkheid worden geboden om op de overschrijding van de redelijke termijn met een schadevergoeding te reageren.⁹⁰³ Dit impliceert dat de schadevergoeding niet meteen in alle zaken beschikbaar is.

De Afdeling merkt op dat de invoering van de schadevergoeding als processuele sanctie bij schending van de redelijke termijn tegemoet komt aan een behoefte in de praktijk. Het is daarom wenselijk dat de rechter vanaf de invoering van deze regeling voldoende ruimte krijgt om deze processuele sanctie toe te passen. De suggestie dat deze processuele sanctie in eerste instantie voor een beperkt aantal zaken beschikbaar komt, roept voorts de vraag op hoe deze zaken geselecteerd worden. De toelichting geeft hierover geen duidelijkheid.

De Afdeling adviseert om een ruime mogelijkheid te creëren voor het toepassen van de schadevergoeding als processuele sanctie. Gelet op de genoemde nadelen van strafvermindering voor slachtoffers en soms ook verdachten is het niet wenselijk dat op basis van budget de reikwijdte van deze processuele sanctie wordt beperkt. Als de wetgever desondanks de keuze handhaaft om

⁹⁰⁰ De benadeelde partij is de aanduiding voor slachtoffers of nabestaanden die zich met een vordering tot schadevergoeding jegens de verdachte voegen in het strafproces.

⁹⁰¹ Toelichting bij Titel 3.3 van Boek 4 (Processuele sancties).

⁹⁰² Toelichting bij artikel 4.3.12.

⁹⁰³ Toelichting bij Titel 3.3 van Boek 4 (Processuele sancties).

deze processuele sanctie te beperken tot bepaalde zaken, dient in de toelichting te worden ingegaan op de wijze waarop deze zaken geselecteerd worden en hoe wordt voorkomen dat dit tot rechtsongelijkheid leidt.

De toelichting is daarnaast onduidelijk over het antwoord op de vraag of het de bedoeling is dat de schadevergoeding op termijn de strafvermindering volledig vervangt. In de toelichting op Titel 3.3 wordt gesteld dat dit “het einddoel” is.⁹⁰⁴ In de toelichting op artikel 4.3.12 staat echter dat de rechter de mogelijkheid behoudt om de schending van de redelijke termijn via strafvermindering te compenseren.⁹⁰⁵ De Afdeling acht het wenselijk dat rechters ruimte houden voor maatwerk. Daarom moeten rechters kunnen kiezen tussen schadevergoeding en strafvermindering.⁹⁰⁶ De Afdeling adviseert de toelichting op dit punt te verduidelijken.

iii. De schadevergoeding als processuele sanctie buiten de berechting

De schadevergoeding kan als processuele sanctie worden opgelegd bij het schenden van de redelijke termijn bij de berechting (dat wil zeggen: in eerste aanleg of in hoger beroep),⁹⁰⁷ bij de behandeling van de vordering van de benadeelde partij⁹⁰⁸ en bij de behandeling van de ontnemingsvordering.⁹⁰⁹ De vraag of de schadevergoeding als processuele sanctie breder kan worden ingezet dan bij de berechting, wordt in de toelichting ontkennend beantwoord. Dit zou afwegingen vergen waarvoor in de strafprocedure geen plaats is. Bij schending van het vereiste van berechting binnen een redelijke termijn is dat anders volgens de toelichting. Dit zou blijken uit de normering die de Hoge Raad voor strafvermindering heeft ontwikkeld.⁹¹⁰

De Afdeling adviseert om schadevergoeding wegens schending van de redelijke termijn ook mogelijk te maken bij het beroep in cassatie. In de toelichting staat dat nog wordt gezien of de mogelijkheid tot schadevergoeding ook voor de Hoge Raad wordt geopend.⁹¹¹ Als de Hoge Raad deze mogelijkheid

⁹⁰⁴ Toelichting bij Titel 3.3 van Boek 4 (Processuele sancties).

⁹⁰⁵ Toelichting bij artikel 4.3.12.

⁹⁰⁶ Zie ook advies Raad voor de rechtspraak over Boeken 3-6 van 18 december 2019, p. 23; M. Timmerman, ‘Compensatie vanwege schending van het recht op berechting binnen een redelijke termijn. Het huidige stelsel en de voorgestelde strafvorderlijke schadevergoedingsmogelijkheid nader bekeken’, *Delikt en Delinkwent* 2021/38.

⁹⁰⁷ De berechting wordt in voorgesteld artikel 1.1.7 gedefinieerd als “de behandeling van een zaak door de rechter in eerste aanleg of in hoger beroep ter bepaling van de gegrondheid van de tegen een verdachte ingestelde vervolging”. Volgens de toelichting valt het cassatieberoep niet onder de berechting (toelichting bij artikel 1.1.7).

⁹⁰⁸ Voorgesteld artikel 4.4.13, derde lid, jo. 4.3.12.

⁹⁰⁹ Voorgesteld artikel 4.4.28, tweede lid, jo. 4.3.12.

⁹¹⁰ Toelichting bij Titel 3.3 van Boek 4 (Processuele sancties).

⁹¹¹ Toelichting bij artikel 4.3.12.

niet krijgt, betekent het dat de Hoge Raad in tegenstelling tot de feitenrechters alleen door middel van strafvermindering op de schending van de redelijke termijn kan reageren. Hiervoor lijkt geen goede rechtvaardiging te zijn. Daarbij neemt de Afdeling in aanmerking dat ook termijnoverschrijdingen bij het cassatieberoep zich eenvoudig laten normeren.

De Afdeling geeft verder in overweging te bezien of schadevergoeding in meer gevallen kan worden ingezet als instrument voor de handhaving van termijnen. Bij de rechter worden verschillende strafrechtelijke procedures aanhangig gemaakt, waarbij procesdeelnemers recht hebben op een tijdige behandeling van een vordering of klacht. De Afdeling denkt hierbij aan het beklag over niet-vervolgen en opsporen, het bezwaarschrift tegen de procesinleiding, de verzoeken tot uit- en overlevering, en de vorderingen met betrekking tot de tenuitvoerlegging van sancties. De overschrijding van de (redelijke) termijn kan in deze zaken niet via strafvermindering, maar wel via een schadevergoeding gecompenseerd worden. Het lijkt ook in deze gevallen goed mogelijk om met forfaitaire bedragen de schadevergoeding te standaardiseren.

De Afdeling adviseert in de toelichting in te gaan op de schadevergoeding als processuele sanctie bij termijnoverschrijdingen buiten de berechting, en zo nodig, het voorstel aan te passen.

iv. Wet of algemene maatregel van bestuur

De schadevergoeding als processuele sanctie zal volgens het voorstel worden geregeld in een amvb. Hierin worden zowel de bevoegdheid tot het toekennen van schadevergoeding als de hoogte daarvan vastgelegd.⁹¹²

De Afdeling adviseert de bevoegdheid tot het toekennen van schadevergoeding in de wet te regelen. Het gaat hier om een nieuwe processuele sanctie die aan de bestaande wettelijke mogelijkheden wordt toegevoegd. Het betreft hier kortom een duurzame norm, die volgens de Aanwijzingen voor de regelgeving in een wet in formele zin moet worden opgenomen. De maximale hoogte van de schadevergoeding kan uiteraard wel in een amvb worden vastgelegd omdat dit een nader voorschrift bij de regeling is.⁹¹³

⁹¹² Voorgesteld artikel 4.3.12.

⁹¹³ Aanwijzingen voor de regelgeving onder 2.19.

4. Schadevergoeding na strafvorderlijk overheidsoptreden

Een burger die schade lijdt als gevolg van een strafrechtelijk onderzoek kan proberen deze schade vergoed te krijgen. Daarvoor kunnen op dit moment verschillende wegen worden bewandeld. In het huidige Wetboek van Strafvordering zijn enkele beperkte voorzieningen opgenomen, gericht op de vergoeding van specifieke schadevormen.⁹¹⁴ Voor vormen van schade waarvoor het wetboek geen regeling kent, is de rechtzoekende nu aangewezen op het instellen van een civiele procedure op basis van een (on)rechtmatige overheidsdaad.⁹¹⁵ Daarnaast kan de betrokkene soms terecht bij de instantie die de schade heeft veroorzaakt, zoals politie en OM.

Deze diversiteit aan voorzieningen, met elk hun eigen procedure en beoordelingscriteria, maakt de huidige schadevergoedingspraktijk onoverzichtelijk en ingewikkeld. Dit vormt de aanleiding voor het invoeren van een nieuwe regeling. Bovendien worden strafvorderlijke bevoegdheden steeds verder uitgebreid. Naarmate meer aandacht en inzet wordt gericht op het voorkomen van ernstige misdrijven, zoals terrorisme, wordt het risico steeds groter dat achteraf moet worden vastgesteld dat dwangmiddelen niet terecht zijn toegepast. Dit klemt te meer in de gevallen waarbij deze dwangmiddelen niet tegen de verdachte, maar tegen derden zijn toegepast (zoals inbeslag-neming).⁹¹⁶

In het nieuwe wetboek wordt daarom een algemene regeling gegeven voor de afhandeling van de vergoeding van schade en kosten die zijn ontstaan door strafvorderlijk optreden van de overheid. Met de invoering daarvan wordt beoogd de rechtsbescherming, de doelmatigheid van de rechtspleging en de eenvoud van het rechtstelsel te bevorderen.⁹¹⁷

a. De voorgestelde schadevergoedingsregeling

i. Algemeen

De voorgestelde algemene schadevergoedingsregeling voorziet in een eenvoudige en laagdrempelige procedure voor de beoordeling van verzoeken tot schadevergoeding. Daartoe zijn de huidige voorzieningen geüniformeerd. Het kan gaan om zowel rechtmatig als onrechtmatig overheidsoptreden.

⁹¹⁴ Gewezen verdachten kunnen bijvoorbeeld een schadevergoeding krijgen voor een onterecht ondergane voorlopige hechtenis of straf. Ook komen bijvoorbeeld proces- en reiskosten en de kosten van de raadsman in aanmerking voor vergoeding. Deze voorzieningen waren aanvankelijk op verschillende plekken in het wetboek opgenomen. Met de inwerkingtreding van de Wet herziening tenuitvoerlegging strafrechtelijke beslissingen (Stb. 2017, 82 en Stb. 2019, 507) zijn de voorzieningen thans gebundeld in titel VIa van Boek 4 van het huidige wetboek.

⁹¹⁵ Bijvoorbeeld schade wegens een aanhouding, doorzoeking of inbeslagname.

⁹¹⁶ Kamerstukken II 2005/06, 29271, nr. 3, p. 3.

⁹¹⁷ Toelichting bij artikel 6.6.1.

De procedure staat niet alleen open voor gewezen verdachten, maar voor een ieder die door strafvorderlijk overheidsoptreden is getroffen.⁹¹⁸

Het verzoek tot schadevergoeding wordt eerst ingediend bij de schadeveroorzakende instantie of de officier van justitie. De officier van justitie zendt het verzoek zoveel mogelijk ter behandeling door naar de schadeveroorzakende instantie.⁹¹⁹ Op het verzoek van de benadeelde dient binnen drie maanden (met mogelijkheid tot verlenging van die termijn) te worden beslist.⁹²⁰ Na het verstrijken van deze termijn of het (gedeeltelijk) afwijzen van het verzoek, kan het verzoek binnen drie maanden worden ingediend bij de rechtbank.⁹²¹ Tegen de beslissing van de rechtbank staat hoger beroep open, mits het verzoek strekt tot een vergoeding van een bedrag van meer dan het in artikel 332 van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering genoemde bedrag (thans € 1750).⁹²² In de regeling is niet voorzien in de mogelijkheid van cassatie.⁹²³

ii. De reikwijdte van de regeling

Van de nieuwe regeling kan gebruik worden gemaakt als het verzoek om schadevergoeding ten hoogste € 25.000 bedraagt.⁹²⁴ De achterliggende gedachte is dat dergelijke zaken doorgaans eenvoudig van aard zijn en zich daardoor goed lenen voor een raadkamerprocedure binnen het strafrecht.⁹²⁵ Is het verzochte bedrag hoger, dan zal de verzoeker zich tot de civiele rechter moeten wenden.⁹²⁶ Deze grens geldt niet voor verzoeken die uitsluitend strekken tot schadevergoeding voor ondergane voorlopige hechtenis.⁹²⁷

⁹¹⁸ Toelichting bij Hoofdstuk 6 van Boek 6, onder 'Schadevergoeding en kosten'.

⁹¹⁹ Voorgesteld artikel 6.6.7, eerste en derde lid. Met deze voorprocedure kan een gang naar de rechter mogelijk worden voorkomen. Deze voorprocedure is opgenomen naar aanleiding van adviezen van OM (advies over Boek 6 van 24 juli 2018, p. 35-36), de Politie (advies over Boeken 3-6 van 31 juli 2017, p. 59-60) en KMar (advies over Boeken 3-6 van 31 juli 2017, p. 10).

⁹²⁰ Voorgesteld artikel 6.6.7, vierde lid.

⁹²¹ Voorgesteld artikel 6.6.8, eerste lid. Hierop zijn de algemene regels voor de raadkamerprocedure van toepassing. Zie de toelichting bij artikel 6.6.8.

⁹²² Voorgesteld artikel 6.6.9. Hierover is de NOvA kritisch (advies over Boeken 3-6 van 30 juli 2018, p. 59).

⁹²³ Wel wordt in het voorstel de mogelijkheid geboden om een prejudiciële vraag aan de Hoge Raad te stellen (voorgesteld artikel 6.2.10).

⁹²⁴ Voorgesteld artikel 6.6.1, eerste lid.

⁹²⁵ Het grensbedrag van € 25.000 komt overeen met de genoemde bedragen in artikel 8.89, tweede lid, Awb en artikel 93 Rv inzake de competentiegrens voor de sector kanton. Ook bij die bepalingen is de gedachte dat daarmee in ieder geval de (relatief) eenvoudige zaken worden ondervangen. Zie de toelichting bij artikel 6.6.1.

⁹²⁶ Het is denkbaar dat de beoordeling van de civiele rechter en de strafrechter aanvankelijk uiteenloopt. De ministers verwachten evenwel dat op langere termijn convergentie plaatsvindt. Zie de toelichting bij artikel 6.6.1.

⁹²⁷ Voorgesteld artikel 6.6.1, tweede lid. De thans voorgestelde formulering heeft (kennelijk abusievelijk) een meer beperkte strekking. In deze bepaling wordt ook een uitzondering gemaakt in geval van schadevergoeding na een herziening ten voordele van de gewezen verdachte.

Indien bij een verzoek onder de € 25.000 toch ingewikkelde schadevergoedingsvragen rijzen, zouden rechters met een civielrechtelijke achtergrond kunnen plaatsnemen in de raadkamer.⁹²⁸

De nieuwe regeling heeft betrekking op strafvorderlijk⁹²⁹ optreden.⁹³⁰ Dit is ruimer dan de huidige regeling in het Wetboek van Strafvordering, waarin de schadevergoeding beperkt is tot onterechte detentie en enkele andere specifieke strafvorderlijke bevoegdheden. Niet alle strafvorderlijke bevoegdheden zijn even ingrijpend. Dit kan worden betrokken door de beoordelende instantie bij het toekennen van de schadevergoeding en het bepalen van de hoogte daarvan. Veel vormen van strafvorderlijke schade lenen zich voor standaardisatie, in navolging van de forfaitaire bedragen die nu al in de praktijk worden gehanteerd. Diversificatie in de hoogte van de vergoeding zal bij amvb worden geregeld.⁹³¹ Van de maxima in de amvb zal gemotiveerd kunnen worden afgeweken.⁹³²

De regeling heeft geen betrekking op schade die zijn oorsprong heeft in de tenuitvoerlegging van sancties.⁹³³ Dat geldt ook voor strafvorderlijk optreden dat al is beoordeeld op grond van Titel 3.3 van Boek 4 en heeft geleid tot een processuele sanctie, zoals strafvermindering (zie punt 4d).

In de voorgestelde regeling is onderscheid aangebracht tussen rechtmatige en onrechtmatige toepassing van bevoegdheden. Bij onrechtmatig overheidsoptreden wordt een rechtsgrond voor (in beginsel volledige) schadevergoeding aanwezig geacht. Bij rechtmatige toepassing bestaat geen aanspraak op schadevergoeding, maar kan wel een billijkheidsgrond aanwezig zijn voor de toekenning daarvan. Beide vormen van optreden zijn onder de regeling gebracht, om vanuit het oogpunt van rechtseenheid een

⁹²⁸ Toelichting bij artikel 6.6.1.

⁹²⁹ In het bijzonder bij politieoptreden zou wel eens de vraag kunnen opkomen of handelen als strafvorderlijk dient te worden aangemerkt (bijvoorbeeld ingrijpen bij een demonstratie). Dit moet aan de hand van de omstandigheden van het geval worden bekeken. Zie de toelichting bij artikel 6.6.1.

⁹³⁰ Hoewel doorgaans een actief strafvorderlijk handelen tot schade zal leiden, kan onder omstandigheden een nalaten ook voor vergoeding in aanmerking komen. Bijvoorbeeld het niet teruggeven van een inbeslaggenomen voorwerp, terwijl de rechter daartoe heeft besloten. Zie de toelichting bij artikel 6.6.1.

⁹³¹ Toelichting bij artikel 6.6.1.

⁹³² De NOvA is kritisch ten aanzien van de maximale schadevergoedingen. Zie advies NOvA over Boeken 3-6 van 30 juli 2018, p. 58.

⁹³³ Op grond van de Penitentiaire beginselenwet kan een beklagcommissie bijvoorbeeld schadevergoeding toekennen wanneer een gedetineerde ten onrechte de disciplinaire straf van plaatsing in een strafcel opgelegd heeft gekregen door de directeur van de penitentiaire inrichting. In de toelichting is vermeld dat het niet opportuun is deze en soortgelijke voorzieningen onder de schadevergoedingsregeling te brengen, nu de verantwoordelijke instanties specifieke kennis hebben op dit terrein. Bovendien betreft het schade die losstaat van de oorspronkelijke strafzaak. Niet de strafzaak zelf is aanleiding tot het beklag, maar de beslissing die de directeur van de penitentiaire inrichting heeft genomen. Zie de toelichting bij artikel 6.6.1.

einde te maken aan de huidige versnippering en om de slachtoffers van onrechtmatig overheidsoptreden een langdurige en kostbare civiele procedure te besparen.⁹³⁴

iii. Onrechtmatig strafvorderlijk optreden

Voor de invulling van onrechtmatig strafvorderlijk optreden wordt aangesloten bij bepalingen over aansprakelijkheid op grond van de onrechtmatige daad in Titel 3 van Boek 6 van het BW. Thans worden ten aanzien van de gewezen verdachte twee categorieën van onrechtmatig strafvorderlijk optreden onderscheiden, namelijk

- a. optreden dat vanaf het moment van toepassen onrechtmatig is en
- b. op zichzelf legitiem overheidsoptreden waarvan pas achteraf de onrechtmatigheid wordt vastgesteld.

Onder de laatstgenoemde categorie valt de situatie waarin uit de uitspraak van de strafrechter of anderszins uit het strafdossier blijkt van de onschuld van de verdachte.⁹³⁵ Daarbij geldt dat een vrijspraak niet hoeft te betekenen dat de verdachte het strafbare feit niet heeft begaan. Ook de situatie waarin een derde onevenredige schade lijdt door op zichzelf rechtmatig strafvorderlijk overheidsoptreden valt onder deze laatstgenoemde categorie. De verhuurder van een woning waar de politie binnenvalt om de huurder aan te houden, kan thans met een beroep op het *égalité*beginsel, het beginsel van de gelijkheid voor de publieke lasten,⁹³⁶ schadevergoeding worden toegekend. Volgens de Hoge Raad vloeit uit dit beginsel voort dat het toebrengen van onevenredige schade bij een op zichzelf rechtmatige overheidshandeling jegens de getroffen onrechtmatig kan zijn.⁹³⁷ Aldus wordt ook hier (net als bij de redenering van de gebleken onschuld) op zichzelf legitiem overheids-optreden in de sleutel van de onrechtmatige daad geplaatst.

Met de nieuwe regeling zal deze tweede categorie onrechtmatig strafvorderlijk optreden, dus zowel in geval van gebleken onschuld als onevenredige schade, voortaan binnen het kader van rechtmatig strafvorderlijk optreden worden behandeld. De 'onrechtmatige daad achteraf' komt volgens de toelichting te vervallen.⁹³⁸

⁹³⁴ Toelichting bij artikel 6.6.1.

⁹³⁵ HR 13 oktober 2006, ECLI:NL:HR:2006:AV6956 (Begaclaim). Zie ook de toelichting bij artikel 6.6.4.

⁹³⁶ Ook wel: '*égalité devant les charges publiques*'. Dit beginsel houdt in dat publieke lasten die voortvloeien uit een besluit dat is genomen met het oog op het algemeen belang niet onevenredig zwaar mogen drukken op één of enkele burgers.

⁹³⁷ HR 30 maart 2001, ECLI:NL:HR:2001:AB0801 (Staat/Lavrijsen).

⁹³⁸ Toelichting bij artikel 6.6.4. Bepalend voor de vraag wanneer de overheid tot schadevergoeding is gehouden, is in de nieuwe regeling de (naar strafvorderlijke criteria te beoordelen) rechtmatigheid dan wel onrechtmatigheid van het strafvorderlijk optreden op het moment van toepassing (ex tunc). Zie de toelichting bij 6.6.2.

iv. Rechtmatig strafvorderlijk optreden

Voor de beoordeling van rechtmatig strafvorderlijk optreden geldt volgens de toelichting het algemene rechtsbeginsel dat eenieder in principe zijn eigen schade dient te dragen.⁹³⁹ Dat betekent dat in beginsel geen schadevergoeding wordt toegekend, tenzij ‘gronden van billijkheid’ aanwezig worden geacht.⁹⁴⁰ Dit is een abstract criterium waarbij de belangen van de Staat en van het individu tegen elkaar worden afgewogen. Feiten en omstandigheden die daarbij een rol kunnen spelen, zijn de aard en omvang van het strafvorderlijk optreden (inclusief het met de inzet van de bevoegdheden gediende belang), de hoedanigheid van de verzoeker (bijvoorbeeld onschuldige derde versus gewezen verdachte), de voorzienbaarheid van het strafvorderlijk optreden, de aard en omvang van de schade, processuele factoren⁹⁴¹, en de relatie tussen het strafvorderlijk optreden en de schade. De billijkheid is de grondslag voor zowel de beslissing om de schadevergoeding toe te kennen als het bepalen van de hoogte van de schadevergoeding.⁹⁴²

Bij rechtmatig strafvorderlijk optreden is de hoofdregel dat gewezen verdachten (overeenkomstig het huidige recht) een verzoek tot schadevergoeding kunnen doen indien hun zaak is geëindigd zonder oplegging van een straf of maatregel en zonder dat toepassing is gegeven aan artikel 9a Wetboek van Strafrecht.⁹⁴³ Voor derden geldt deze voorwaarde logischerwijs niet. Maar ook voor de gewezen verdachte gelden twee specifieke uitzonderingen voor wat betreft de vergoeding van onder meer ondergane voorlopige hechtenis.⁹⁴⁴ Deze uitzonderingen betreffen de situaties waarin de zaak wel eindigt met oplegging van een straf of maatregel, doch voor een feit waarvoor geen voorlopige hechtenis is toegestaan⁹⁴⁵ en waarin het voorarrest langer heeft geduurd dan de uiteindelijk opgelegde vrijheidsstraf.⁹⁴⁶

⁹³⁹ Toelichting bij artikel 6.6.5, eerste lid.

⁹⁴⁰ Voorgesteld artikel 6.6.5, eerste lid.

⁹⁴¹ Te denken valt hierbij bijvoorbeeld aan het levensgedrag en de proceshouding van de betrokkene of aan de situatie dat veroordeling uitblijft wegens gebrek aan bewijs of wegens een formele fout. Zie de toelichting bij artikel 6.6.5, eerste lid.

⁹⁴² Toelichting bij artikel 6.6.5, eerste lid.

⁹⁴³ Voorgesteld artikel 6.6.5, tweede lid. Artikel 9a Sr regelt voor het gehele strafrecht het zogenaamde rechterlijk pardon. De rechter kan kiezen voor deze afdoening, waarbij wordt bepaald dat geen straf of maatregel zal worden opgelegd, als hij dit raadzaam acht in verband met de geringe ernst van het feit, de persoonlijkheid van de dader of de omstandigheden waaronder het feit is begaan, dan wel die zich nadien hebben voorgedaan.

⁹⁴⁴ De uitzonderingen gelden ook voor ondergane in verzekeringstelling, klinische observatie en vrijheidsbeneming in het buitenland in verband met door Nederlandse autoriteiten gedaan verzoek om uitlevering of overlevering.

⁹⁴⁵ Voorgesteld artikel 6.6.5, derde lid onder a. Dat is overeenkomstig de huidige regeling (artikel 533, eerste lid, Sv). Zie ook de toelichting bij artikel 6.6.5, derde lid.

⁹⁴⁶ Voorgesteld artikel 6.6.5, derde lid onder b. Deze uitzondering is nieuw.

b. Verhouding tot nadeelcompensatie

Wanneer de nieuwe nadeelcompensatieregeling in de Algemene wet bestuursrecht (Awb) in werking treedt, kan door de bestuursrechter schadevergoeding worden toegekend indien schade is veroorzaakt door een bestuursorgaan in de rechtmatige uitoefening van zijn publiekrechtelijke bevoegdheid of taak.⁹⁴⁷ Het moet dan gaan om schade die uitgaat boven het normale maatschappelijke risico en die een benadeelde in vergelijking met anderen onevenredig zwaar treft.⁹⁴⁸

Bij schade als gevolg van rechtmatig strafvorderlijk overheidsoptreden kan de strafrechter met de invoering van de voorgestelde schadevergoedingsregeling schadevergoeding toekennen als gronden van billijkheid aanwezig zijn.⁹⁴⁹ De door de bestuursrechter respectievelijk de strafrechter toe te passen toetsingscriteria bij de nadeelcompensatieregeling en de voorgestelde schadevergoedingsregeling komen aldus niet overeen.

In de toelichting wordt hierover opgemerkt dat de regeling uitgaat van een iets ander criterium dan het criterium dat wordt gehanteerd in het kader van de beoordeling van de vraag of nadeelcompensatie moet worden toegekend. Bij de concrete toepassing van het criterium zouden de verschillen echter beperkt zijn. Dit zou de toepassing van de regeling vereenvoudigen. Dat geldt niet alleen voor de beoordelende instanties die onder verschillende wettelijke regimes vallen, zoals de politie, maar ook voor de burger die twijfelt over de vraag op welke grond hij zijn verzoek wil indienen.⁹⁵⁰

Voorts vermeldt de toelichting dat hoewel in de nieuwe regeling voor een ander beoordelingscriterium is gekozen dan het égalitébeginsel⁹⁵¹, de evenredigheid van het strafvorderlijk optreden ook een belangrijke rol kan spelen bij het bepalen van de gronden van billijkheid. Bij onevenredigheid ligt in de rede dat gronden van billijkheid aanwezig zijn, maar dit ligt anders als iemand bijvoorbeeld bewust onderdak verleent aan een crimineel en vervolgens wordt geconfronteerd met een doorzoeking.⁹⁵²

⁹⁴⁷ Wet van 31 januari 2013 tot aanvulling van de Algemene wet bestuursrecht met bepalingen over nadeelcompensatie en schadevergoeding bij onrechtmatige overheidsdaad (Wet nadeelcompensatie en schadevergoeding bij onrechtmatige besluiten), Stb. 2013, 50.

⁹⁴⁸ Artikel 4:126, eerste lid, Awb.

⁹⁴⁹ Voorgesteld artikel 6.6.5, eerste lid.

⁹⁵⁰ Toelichting bij artikel 6.6.1. Zie ook advies Politie over Boeken 3-6 van 31 juli 2018, p. 61-62.

⁹⁵¹ In artikel 4:126 Awb is uitdrukking gegeven aan dit égalitébeginsel. Zie Kamerstukken II 2010/11, 32621, nr. 3, p. 12 e.v.

⁹⁵² Toelichting bij artikel 6.6.5, eerste lid. In de nadeelcompensatieregeling worden dit soort situaties ondervangen door het tweede lid van artikel 4:126 Awb. Daarin is bepaald dat schade in elk geval voor rekening van de aanvrager blijft indien sprake is van één van de aldaar opgesomde omstandigheden, zoals wanneer de aanvrager het risico van het ontstaan van de schade heeft aanvaard.

Volgens de toelichting zijn de verschillen bij de concrete toepassing van de criteria kortom beperkt. In dat verband en in het licht van de rechtseenheid rijst de vraag waarom er in de nieuwe regeling dan is gekozen voor toepassing van een ander criterium dan in de nadeelcompensatieregeling. De toelichting maakt niet duidelijk hoe de toe te passen criteria bij de regeling van de nadeelcompensatie en de voorgestelde schadevergoedingsregeling zich precies tot elkaar verhouden.

De Afdeling adviseert in de toelichting in te gaan op de ratio van het toepassen van een ander criterium bij het toekennen van vergoeding van schade als gevolg van strafvorderlijk overheidsoptreden dan bij schade veroorzaakt door een bestuursorgaan in de rechtmatige uitoefening van zijn publiekrechtelijke bevoegdheid of taak en, zo nodig, het voorstel aan te passen. Zij adviseert daarbij nader in te gaan op de verschillen tussen de concrete toepassing van het billijkheids criterium in de voorgestelde schadevergoedingsregeling enerzijds en het op het égalitébeginsel gebaseerde criterium bij de nadeelcompensatie anderzijds.

c. Financiële effecten

De voorgestelde regeling voor de afhandeling van schadevergoeding en kosten heeft mogelijk grote financiële effecten. In de toelichting wordt daar ten onrechte geen aandacht aan besteed. De Afdeling stelt voorop dat naar de huidige stand van de rechtsontwikkeling als uitgangspunt heeft te gelden dat de overheid de schade veroorzaakt door publiekrechtelijk handelen vergoedt, indien deze de benadeelde onevenredig zwaar treft. Zij wijst in dit verband op de toekomstige regeling van de nadeelcompensatie in het bestuursrecht. In dat licht mogen de financiële gevolgen van de voorgestelde regeling geen doorslaggevende rol spelen bij de beoordeling van de wenselijkheid daarvan.

Desalniettemin dient voorafgaand aan de invoering van de regeling een beeld te worden gevormd van de te verwachten financiële effecten van de voorgestelde regeling.⁹⁵³ Immers zal bewerkstelligd moeten worden dat er voldoende financiële middelen beschikbaar zijn om die uitgaven te bekostigen.⁹⁵⁴ Bovendien zal duidelijk moeten zijn voor wiens rekening deze kosten zullen komen.

⁹⁵³ Zie ook de Aanwijzingen voor de regelgeving onder 4.45.

⁹⁵⁴ Temeer nu in 2007 een voorstel in consultatie is gebracht dat voorzag in een uniforme regeling voor de vergoeding van schade als gevolg van rechtmatig en onrechtmatig strafvorderlijk optreden. Het voorstel bevatte onder meer regels over de criteria op grond waarvan een verzoek tot schadevergoeding moest worden beoordeeld en voorzag in een centraal schadeloket met een aanvullende beroepsprocedure bij de strafrechter. De verdere uitwerking is na de consultatie stilgelegd, omdat de overheid niet beschikte over de financiële middelen om de uitgaven te realiseren die in het kader van een gewijzigde schadevergoedingsregeling zouden moeten worden gedaan. Zie Kamerstukken II 2009/10, 29754, nr. 185, p. 22.

De Afdeling adviseert in de toelichting een inschatting te geven van de financiële effecten van de voorgestelde regeling voor de afhandeling van schadevergoeding en kosten, zowel in termen van werklust als uit te keren vergoedingen.⁹⁵⁵ Daarbij zal ook oog moeten zijn voor de voorgestelde uitbreidingen van de vergoedingsmogelijkheden.⁹⁵⁶ Voorts adviseert zij in te gaan op de vraag of er voldoende financiële middelen beschikbaar zijn om die uitgaven te realiseren en voor wiens rekening deze kosten zullen komen.

d. Verhoud processuele sancties

Uit de toelichting volgt dat strafvorderlijk optreden in beginsel niet valt onder het bereik van de schadevergoedingsregeling indien bepaald strafvorderlijk handelen of nalaten al heeft geleid tot een processuele sanctie, zoals strafvermindering. In zulke gevallen is het onrechtmatig optreden al door de rechter beoordeeld en kan het toekennen van schadevergoeding mogelijk leiden tot dubbele compensatie. Het ligt volgens de toelichting in de rede zich in de schadevergoedingsprocedure, behoudens nieuwe feiten en omstandigheden, te richten naar het oordeel van de rechter die ten aanzien van bepaald strafvorderlijk optreden of nalaten toepassing heeft gegeven aan de bepalingen over processuele sancties.⁹⁵⁷

Met processuele sancties kunnen evenwel ook andere belangen worden gediend dan het herstellen dan wel compenseren van het concrete nadeel van de verdachte alleen.⁹⁵⁸ Daarbij kan bijvoorbeeld worden gedacht aan reparatie⁹⁵⁹, demonstratie⁹⁶⁰ of preventie⁹⁶¹ als argumenten voor sanctienering van vormverzuimen. Van dubbele compensatie behoeft dan ook niet

⁹⁵⁵ In de contourennota wordt aangegeven dat de voordelen van een algemene regeling voor schadevergoeding onder meer zijn dat kosten worden bespaard en dat een lastenverlichting kan worden gerealiseerd voor de verschillende organisaties die schadevergoedingen afhandelen. Zie Kamerstukken II 29279, nr. 278 (bijlage), p. 99.

⁹⁵⁶ Zoals het voorstel om het 'zaaksbegrip' te nuanceren (voorgesteld artikel 6.6.5, tweede lid, en de toelichting daarbij; de nuancering van het 'zaaksbegrip' heeft ook te gelden bij vergoeding van kosten als bedoeld in artikel 6.6.12); het voorstel schadevergoeding mogelijk te maken indien de verdachte is veroordeeld, maar de duur van het ondergaan voorarrest de uiteindelijk opgelegde straf overschrijdt (voorgesteld artikel 6.6.5, derde lid onder b, en de toelichting daarbij); en het voorstel de reikwijdte van de kostenvergoeding van uitlevering of overbrenging van voorwerpen uit te breiden (zie voorgesteld artikel 6.6.13, eerste lid, en de toelichting daarbij).

⁹⁵⁷ Toelichting bij artikel 6.6.1.

⁹⁵⁸ Zie G.J.M. Corstens/M.J. Borgers & T. Kooijmans, *Het Nederlands strafprocesrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2021, paragraaf 16.11.

⁹⁵⁹ Het 'voordeel' dat de overheid heeft ten gevolge van de onrechtmatige bewijsgaring wordt (tot op zekere hoogte) weggenomen door de processuele sancties, zodat de rechtsschending wordt gerepareerd.

⁹⁶⁰ Het gezag van het recht is ermee gediend dat aan het publiek op onmiskenbare wijze wordt gedemonstreerd dat ook de overheid zich aan de regels moet houden.

⁹⁶¹ Het stellen van een sanctie op onrechtmatig overheidsoptreden draagt eraan bij dat in de toekomst dergelijk optreden achterwege wordt gelaten.

steeds sprake te zijn.⁹⁶² De vraag rijst of het toepassen van een processuele sanctie dan wel in alle gevallen aan het toekennen van een (al dan niet lagere) schadevergoeding aan de verdachte in de weg zou moeten staan, en bij ontkennende beantwoording van deze vraag, in welke gevallen (niet). In de toelichting wordt aan die vraag geen aandacht besteed.

Gedacht kan worden aan een situatie waarin door de rechter strafvermindering wordt toegepast, omdat de politie disproportioneel geweld heeft gebruikt bij de aanhouding. Demonstratie en preventie kunnen in een dergelijk geval op de voorgrond staan. Door de strafvermindering kan tot uitdrukking worden gebracht dat politiegeweld niet wordt getolereerd en kan worden voorkomen dat het nog eens gebeurt. De vraag rijst of vergoeding van medische kosten of materiële schade (zoals het verlies van een mobiele telefoon) als gevolg van het politiegeweld in een dergelijk geval moeten worden uitgesloten.

De Afdeling adviseert in de toelichting in te gaan op de vraag of het toepassen van een processuele sanctie in alle gevallen in de weg staat aan het toekennen van (een al dan niet lagere) schadevergoeding. Bij ontkennende beantwoording van deze vraag adviseert zij in de toelichting tevens in te gaan op de vraag in welke gevallen (niet). Daarbij dient ook te worden ingegaan op de wijze waarop wordt beoordeeld of schadevergoeding ondanks een eerdere processuele sanctie toch gerechtvaardigd is. De Afdeling adviseert de toelichting op die punten aan te vullen en zo nodig het voorstel aan te passen.

De Afdeling advisering van de Raad van State heeft een aantal opmerkingen bij het voorstel en adviseert daarmee rekening te houden voordat het voorstel bij de Tweede Kamer der Staten-Generaal wordt ingediend.

⁹⁶² Zie ook M.F.H. Hirsch Ballin, G.C. Nieuwland & A.W. van Wijk, 'Vergoeding van schade na strafvorderlijk overheidsoptreden in het gemoderniseerde Wetboek van Strafvordering', *Platform Modernisering Strafvordering* november 2021.

