Onder redactie van:
P.A.M. Verrest
P.A.M. Mevis

Rechtsvergelijkende inzichten voor de modernisering van het Wetboek van Strafvordering

Boom juridisch

De modernisering van het Wetboek van Strafvordering staat niet op zichzelf. Een blik over onze landsgrenzen leert dat in andere Europese landen ook wordt gewerkt aan herziening van het strafprocesrecht, met in grote lijnen dezelfde doelstellingen. Het gaat daarbij onder andere om de vereenvoudiging van opsporingsbevoegdheden en de stroomlijning van procedures voor de afdoening van strafbare feiten. Ook speelt overal de noodzaak van aanpassing van de wet aan de digitalisering van het strafproces. De Nederlandse modernisering kan in een breder perspectief worden geplaatst, door kennis te nemen van de ontwikkelingen in die andere rechtsstelsels.

In dat kader bevat deze bundel bijdragen geschreven naar aanleiding van de internationale werkconferentie 'Comparative insights for the modernization of the Dutch Code of Criminal Procedure', georganiseerd door het ministerie van Justitie en Veiligheid en de Erasmus Universiteit Rotterdam. Het gaat zowel om landenrapporten over België, Duitsland, Frankrijk, Noorwegen en Zwitserland, als om vergelijkende beschouwingen over een aantal voor de modernisering belangrijke onderwerpen.

ISBN 978-94-6290-606-8



Boomjuridisch

Rechtsvergelijkende inzichten voor de modernisering van het Wetboek van Strafvordering

Rechtsvergelijkende inzichten voor de modernisering van het Wetboek van Strafvordering

Onder redactie van

P.A.M Verrest
P.A.M. Mevis

Boom juridisch
Den Haag
2018

Rechtsvergelijkende inzichten voor de modernisering van het Wetboek van Strafvordering is uitgegeven in opdracht van het ministerie van Justitie en Veiligheid.

Omslagontwerp: Primo!Studio, Delft
Opmaak binnenwerk: Textcetera, Den Haag

© 2018 de auteurs | Boom juridisch

Behoudens de in of krachtens de Auteurswet gestelde uitzonderingen mag niets uit deze uitgave worden verveelvoudigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand, of openbaar gemaakt, in enige vorm of op enige wijze, hetzij elektronisch, mechanisch, door fotokopieën, opnamen of enige andere manier, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de uitgever.

Voor zover het maken van reprografische verveelvoudigingen uit deze uitgave is toegestaan op grond van artikel 16h Auteurswet dient men de daarvoor wettelijk verschuldigde vergoedingen te voldoen aan de Stichting Reprorecht (Postbus 3051, 2130 KB Hoofddorp, www.reprorecht.nl). Voor het overnemen van (een) gedeelte(n) uit deze uitgave in bloemlezingen, readers en andere compilatiewerken (art. 16 Auteurswet) kan men zich wenden tot de Stichting PRO (Stichting Publicatie- en Reproductierechten Organisatie, Postbus 3060, 2130 KB Hoofddorp, www.stichting-pro.nl).

No part of this book may be reproduced in any form, by print, photoprint, microfilm or any other means without written permission from the publisher.

ISBN 978-94-6290-606-8
ISBN 978-94-6274-996-2 (e-book)
NUR 824

www.boomjuridisch.nl

Inhoud

Ter introductie: rechtsvergelijking voor de modernisering van het Wetboek van Strafvordering 11
Prof. mr. P.A.M. Verrest

Deel I Landenrapporten 17

België 19
Prof. dr. Ph. Traest
1 Inleiding 19
2 Hoofdlijnen van het strafprocesrecht 23
3 De belangrijkste actoren in het strafproces 24
4 Het vooronderzoek 29
5 De regeling van opsporingsbevoegdheden en dwangmiddelen 34
6 De beslissing over de afdoening van strafbare feiten (vervolgingsbeslissing) 38
7 De berechting 44
8 Rechtsmiddelen 57
9 De tenuitvoerlegging van straffen 64
10 De modernisering van het strafprocesrecht 65
11 Afsluitende beschouwing 79

Duitsland 81
Prof. mr. P.A.M. Mevis
1 Inleiding 81
2 De hoofdlijnen van het strafprocesrecht en van het strafproces 82
3 De belangrijkste actoren in het strafproces 93
4 Het vooronderzoek 99
5 De regeling van opsporingsbevoegdheden en dwangmiddelen 106
6 De beslissing over de afdoening van strafbare feiten (vervolgingsbeslissing) 113
7 De berechting 114
8 Rechtsmiddelen en enkele aanverwante voorzieningen 135

9 De tenuitvoerlegging van straffen 141
10 De modernisering van het strafprocesrecht 142
11 Afsluitende beschouwing 156

Frankrijk 161
Prof. mr. P.A.M. Verrest
1 Inleiding 161
2 De hoofdlijnen van het strafprocesrecht 164
3 De belangrijkste actoren in het strafproces 168
4 Het vooronderzoek 180
5 De regeling van opsporingsbevoegdheden en dwangmiddelen 187
6 De beslissing over de afdoening van strafbare feiten (vervolgingsbeslissing) 194
7 De berechting 195
8 Rechtsmiddelen 205
9 De tenuitvoerlegging van straffen 206
10 De modernisering van het Franse strafprocesrecht 207
11 Afsluitende beschouwing 218

Noorwegen 225
Prof. mr. F. de Jong
1 Inleiding 225
2 Hoofdlijnen van het strafprocesrecht 226
3 De belangrijkste actoren in het strafproces 227
4 Het vooronderzoek 233
5 De regeling van opsporingsbevoegdheden en dwangmiddelen 236
6 De beslissing over de afdoening van strafbare feiten (vervolgingsbeslissing) 244
7 De berechting 248
8 Rechtsmiddelen 259
9 De tenuitvoerlegging van straffen 263
10 Toekomstig recht: wetsvoorstel voor een nieuw Noors Wetboek van Strafvordering 265
11 Afsluitende beschouwing 277

Zwitserland 281
Prof. dr. G. Godenzi & mr. T. Caprara MLA
1 Inleiding 281
2 Hoofdkenmerken van het strafprocesrecht en het strafrecht in Zwitserland 283
3 De belangrijkste actoren in het strafproces 288
4 Het vooronderzoek 294

5	De regeling van opsporingsbevoegdheden en dwangmiddelen	298
6	De beslissing over de afdoening van strafbare feiten (vervolgingsbeslissing)	306
7	De berechting	311
8	Rechtsmiddelen	322
9	De tenuitvoerlegging van straffen	328
10	De modernisering van het strafprocesrecht	328
11	Afsluitende beschouwing	331

Deel II Onderdelen van het strafprocesrecht rechtsvergelijkend onderzocht 333

Voorlopige hechtenis 335
Mr. dr. S. Lestrade

1	Inleiding	335
2	Conceptregeling voorlopige hechtenis in het kader van de modernisering van het Wetboek van Strafvordering	336
3	Het EVRM en de regeling van voorlopige hechtenis	340
4	Reacties op het concept-wetsvoorstel	343
5	Rechtsvergelijking	346
6	Slotbeschouwing	354

'Beslag' op gegevens 359
Mr. drs. L. Noyon

1	Inleiding	359
2	Terminologie en opbouw van deze bijdrage	361
3	Bestaan afzonderlijke regels voor beslag op voorwerpen en 'beslag' op gegevens?	366
4	Op welke wijze is het onderzoek aan een smartphone geregeld?	371
5	Op welke wijze is heimelijk onderzoek naar gegevens mogelijk?	374
6	Ontsleutelverplichtingen	378
7	Toezicht op vormvoorschriften en consequenties van vormverzuimen	379
8	Tot besluit: de relevantie voor de modernisering van het Wetboek van Strafvordering	380

Vereenvoudigde afdoening van strafbare feiten 383
Mr. dr. L.J.J. Peters

1	Inleiding	383
2	Buitenlandse vormen van vereenvoudigde afdoening; een overzicht per land	385
3	De buitengerechtelijke afdoening van strafzaken	386

4	De vereenvoudigde gerechtelijke afdoening van strafzaken	392
5	Rechtsvergelijkende beschouwing	414
6	Afronding	423
Stroomlijning van hoger beroep		425
	Mr. dr. G. Pesselse	
1	Inleiding: voor en na de Wet stroomlijnen hoger beroep	425
2	Overzicht van het hoger beroep in andere Europese landen	427
3	Verslag van de discussie gedurende de Workshop Stroomlijning van de beroepsprocedure	430
4	Conclusies en vergelijkende notities	448
De positie van het slachtoffer in het strafproces		453
	Mr. A.J.J.G. Schijns	
1	Inleiding	453
2	De positie van het slachtoffer in het strafproces van andere Europese landen	457
3	Conclusies en vergelijkende notities	482
De betrokkenheid van de rechter bij de tenuitvoerlegging van straffen		487
	Prof. mr. S. Struijk	
1	Inleiding	487
2	De zeggenschap over de tenuitvoerlegging van straffen op hoofdlijnen	493
3	De procedure, taken en bevoegdheden van de executierechter nader belicht	510
4	Rechtsvergelijkende inzichten	533
Afsluitende beschouwingen		539
	Prof. mr. P.A.M. Mevis	
1	Inleiding	539
2	Modernisering van de regeling van het strafproces als wetgevingsoperatie	540
3	De regeling van het vooronderzoek	543
4	Opsporingsbevoegdheden en dwangmiddelen	543
5	De berechting en alternatieve wijzen van afdoening van strafbare feiten	545
6	Vormverzuimen	549
7	De positie van het slachtoffer	550
8	Rechtsmiddelen	552
9	Tenuitvoerlegging van strafrechtelijke sancties	552
10	Zum Schluss/til slutt/pour conclure/tot besluit	554

Auteurs 555



De deelnemers aan de eerste dag van het congres Comparative insights for the modernization of the Dutch Code of Criminal Procedure, op 26 oktober 2017 in Rotterdam.

Ter introductie: rechtsvergelijking voor de modernisering van het Wetboek van Strafvordering

Prof. mr. P.A.M. Verrest

Het debat over en de inhoud van de modernisering van het Wetboek van Strafvordering kunnen profiteren van een vergelijking met het recht in de landen om ons heen.

Een blik over de landsgrenzen leert namelijk al snel dat in het strafprocesrecht van Europese landen dezelfde vragen en uitdagingen spelen. Overal bestaat de wens van stroomlijning en vereenvoudiging van de afdoening van strafbare feiten. Bovendien begint in veel landen de gevorderde leeftijd van het wetboek te tellen: de wettelijke regeling van het strafproces sluit niet meer aan bij de praktijk en biedt daardoor weinig houvast. Daarbij is er de noodzaak om het recht aan te passen aan de technologische ontwikkelingen in de samenleving. Het opsporingsonderzoek moet kunnen worden verricht in een volledig digitale omgeving (opslag van allerlei gegevens vindt bijvoorbeeld plaats in de 'cloud' en nieuwe wijzen van communicatie volgen elkaar in hoog tempo op). En de strafrechtspleging zelf zal ook veranderen onder invloed van nieuwe technologie, zoals audiovisuele registratie, invoering van een digitaal strafdossier en communicatie langs digitale weg. Dergelijke ontwikkelingen kunnen de efficiency ten goede komen, maar vereisen ook aanpassing van de wettelijke regeling van het strafproces die nog uitgaat van schriftelijke verslaglegging en communicatie. Dit alles vormt een behoorlijke opgave.

Niet voor niets is er daarom in de meeste landen in Europa een grootscheepse modernisering van het strafprocesrecht aan de gang. In België wordt net als in Nederland al enkele jaren gewerkt aan een nieuw wetboek van strafvordering.[1] In Duitsland deed een brede commissie in 2015 voorstellen voor modernisering van

1. K. Geens, *De sprong naar het recht voor morgen: hercodificatie van de basiswetgeving*, Brussel: ministerie van Justitie 2016.

het strafprocesrecht.[2] In Frankrijk staat een herziening van het wetboek van strafvordering op stapel.[3] In Noorwegen ligt in concept een nieuw wetboek voor,[4] terwijl in Zwitserland in 2011 een volledig nieuw wetboek is ingevoerd.

Het feit dat overal ongeveer dezelfde uitdagingen spelen, wil niet zeggen dat de oplossingen die worden gekozen hetzelfde zijn. Sterker nog: het strafprocesrecht van Europese landen wijkt onderling enorm af en blijft grotendeels bepaald door de nationale oorsprong en context. Het bestuderen van de verschillen en overeenkomsten tussen een buitenlands rechtsstelsel en ons recht kan ons evenwel veel opleveren. Bestudering van een buitenlands rechtsstelsel houdt ons als het ware een spiegel voor: het creëert het bewustzijn dat het ook anders kan. Het resultaat van rechtsvergelijking moet niet alleen worden gezocht in nieuwe ideeën voor regelgeving, maar vooral ook in een betere onderbouwing van de keuzes die we op basis van een vergelijking met andere rechtsstelsels kunnen maken in het eigen recht.

De vanzelfsprekendheid van een rol voor rechtsvergelijking bij vernieuwing van het Wetboek van Strafvordering is ook zichtbaar als wordt gekeken naar het parlementaire debat over het huidige Wetboek van Strafvordering, inmiddels een eeuw geleden. Daarin werd bijvoorbeeld uitgebreid gediscussieerd over de eventuele invoering van een accusatoir strafproces naar Engels voorbeeld.[5] Veelzeggend is ook dat de memorie van toelichting bij het huidige wetboek al in de tweede paragraaf een beschouwing van ontwikkelingen in het recht van de landen om ons heen kent.[6] Nochtans speelde rechtsvergelijking in de aanvangsfase van de huidige modernisering van het Wetboek van Strafvordering een geringe rol; zowel in het

2. *Bericht der Expertenkommission zur effektiveren und praxistauglicheren Ausgestaltung des allgemeine Strafverfahrens*, Berlijn: Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz 2015.
3. Na een aanpassing van de Code de procédure pénale bij Wet van 3 juni 2016 (Loi renforçant la lutte contre le crime organisé, le terrorisme et leur financement, et améliorant l'efficacité et les garanties de la procédure pénale), wordt thans gewerkt aan een omvangrijke wijziging in het kader van het project *Les Chantiers de la justice*.
4. 'Proposal for a New Norwegian Code of Criminal Procedure – A Summary of NOU 2016: 24', *Bergen Journal of Criminal Law and Criminal Justice*, vol. 4, nr. 2, 2016, p. 286-315.
5. *Handelingen II* 1917/18, 77, 1, p. 3-6.
6. *Handelingen II* 1913/14, 286, 3, p. 52-53.

project modernisering zelf, als in de strafrechtswetenschap.[7] In mijn oratie *Europese idealen* heb ik gepleit voor meer aandacht voor rechtsvergelijking: niet alleen als noodzakelijke onderbouwing van de ontwikkeling van strafrecht in het kader van de Europese Unie, maar ook ten behoeve van het project modernisering Wetboek van Strafvordering.[8] Mede naar aanleiding hiervan hebben het ministerie van Justitie en Veiligheid en de Erasmus Universiteit op 26 en 27 oktober 2017 het rechtsvergelijkende congres *Comparative insights for the modernization of the Dutch Code of Criminal Procedure* georganiseerd.[9]

Het is niet gemakkelijk om op een verantwoorde manier rechtsvergelijkend onderzoek op te zetten, dat is toegesneden op de specifieke vragen die spelen in het kader van het project modernisering Wetboek van Strafvordering en dat ook nog eens relatief snel tot resultaten kan leiden. In een poging om toch hieraan te voldoen is gekozen voor een getrapt model van rechtsvergelijking. Begonnen is met een oriëntatie op de ontwikkeling van het strafprocesrecht in ons omliggende landen.[10] Vervolgens is mede op basis van de verkregen informatie binnen het project modernisering een vijftal landen gekozen die om verschillende redenen[11] nader onderzoek verdienden.

Daarbij is een aantal thema's voor verdieping gekozen, die enerzijds een belangrijk onderdeel vormen van de modernisering in Nederland en anderszins opvallende overeenkomsten en verschillen aan het licht brengen, rechtsvergelijkende inzichten van betekenis zouden kunnen zijn.

---

7. In de Contourennota Modernisering Wetboek van Strafvordering wordt geen enkele keer verwezen naar rechtsontwikkeling in ons omringende landen (*Kamerstukken II* 2015/16, 29279, 278) en op een enkel onderwerp (tenlastelegging en kwalificatie) rechtsvergelijkend onderzoek aangekondigd (zie L. Stevens, B. de Wilde, M. Cupido, E. Fry & S. Meijer, *De tenlastelegging als grondslag voor de rechterlijke beslissing, Een rechtsvergelijkend onderzoek naar de inrichting van de tenlastelegging en de gebondenheid eraan bij het bewijs, de kwalificatie en de straftoemeting in Nederland, België, Frankrijk, Italië en Duitsland*, Amsterdam: Vrije Universiteit 2016). Te wijzen viel verder op P.J.P. Tak, *Rechtsvergelijkend onderzoek modernisering wetboek van strafvordering*, Nationale Politie 2015 (vergelijkend onderzoek naar de verdenkingscriteria in het strafprocesrecht in een aantal lidstaten, maatregelen in het belang van het onderzoek en onderzoek in digitale gegevensdragers); voorts L.J.J. Peters, 'De regisserende rechter; een goede deal?', *Strafblad* 2015/3, p. 198-207, over afdoeningsmodaliteiten in andere Europese landen.
8. P.A.M. Verrest, *Europese idealen*, Den Haag: Boom juridisch 2016.
9. Het congres is mede tot stand gekomen door een bijdrage van de Stichting Erasmus Trustfonds.
10. Daarbij heb ik onder andere hulp en advies ontvangen van prof. mr. P.H.P.H.M.C. van Kempen (Radboud Universiteit Nijmegen), prof. mr. F. de Jong (Universiteit Utrecht), van mijn collega's bij het ministerie van Justitie en Veiligheid mw. mr. M.A.C.L.M. Bonn en prof. mr. M. Kessler, en specifiek voor Frankrijk van prof. dr. J. Pradel (Universiteit Poitiers) en voor België van prof. dr. R. Verstraeten (KU Leuven).
11. De redenen waren onder andere: overeenkomsten met het Nederlandse recht (stelsel en context), lopende of recente modernisering van het strafprocesrecht, en met het oog op de genoemde verdiepingsthema's interessante vergelijkingen.

Het gaat om:
- de regeling van voorlopige hechtenis;
- onderzoek naar en beslag op gegevens;
- vereenvoudigde procedures voor de afdoening van strafbare feiten;
- stroomlijning van hoger beroep;
- de positie van het slachtoffer in het strafproces;
- de betrokkenheid van een rechter bij de tenuitvoerlegging van straffen.

Als volgende stap zijn vanuit het project modernisering Wetboek van Strafvordering voorbereidende vragenlijsten uitgezet bij de ministeries van Justitie van de deelnemende landen. De ministeries van Duitsland, Frankrijk, Noorwegen en Zwitserland verzorgden op accurate wijze de gevraagde antwoorden. Daarvoor zijn we hen zeer erkentelijk; dat geldt ook voor de door het Belgische ministerie van Justitie ingestelde commissie tot hervorming van het wetboek van strafvordering, die voor het Belgische recht de beantwoording op zich nam.

Op basis van de ontvangen antwoorden hebben de wetgevingsjuristen van het ministerie van Justitie en Veiligheid nadere vragen geformuleerd, aan de hand waarvan tijdens het congres in verdiepingssessies een rondetafelgesprek plaats kon vinden.

De kern van het project, het rechtsvergelijkende congres op 26 en 27 oktober 2017, was bedoeld als werkconferentie.[12] Deelnemers waren voor elk bestudeerd land in beginsel twee wetgevingsjuristen en twee prominente wetenschappers, liefst met ervaring in de praktijk van de strafrechtspleging. Dit laatste kon worden bewerkstelligd door wetenschappers uit te nodigen die hun wetenschappelijke carrière combineren met een baan als advocaat of rechter, of anderszins door de situatie in Duitsland en Frankrijk waar wetgevingsjuristen op het ministerie vaak gedetacheerde magistraten zijn, die kunnen bogen op een lange ervaring in de rechtspraktijk. Aan het congres namen verder deel de wetgevingsjuristen van het ministerie van Justitie en Veiligheid belast met de voorbereiding van het nieuwe Wetboek van Strafvordering, wetenschappers van bijna alle Nederlandse universiteiten, en vertegenwoordigers van de advocatuur, de rechtspraak, de politie, de bijzondere opsporingsdiensten en het openbaar ministerie.

Het congres begon met een introductie in het recht van de deelnemende landen. Daarbij lag de nadruk op de wijze waarop modernisering gestalte krijgt. Korte

12. Het congres werd voorgezeten door de voorzitter van de Commissie Modernisering Wetboek van Strafvordering, prof. mr. J.W. Fokkens.

inleidingen in het Belgische, Duitse, Franse, Noorse en Zwitserse recht werden verzorgd door sprekers uit de desbetreffende landen.[13]

Daarna volgden zes verdiepingssessies (workshops) om nader op de gekozen thema's in te gaan. Voor het in goede banen leiden van de verdiepingssessies is een beroep gedaan op Nederlandse wetenschappers met een bijzondere kennis van het te behandelen thema: dat gold zowel voor de voorzitters van de verdiepingssessie, als voor de rapporteurs.[14] Aan de verdiepingssessies namen naast afgevaardigden van de deelnemende landen, de betrokken wetgevingsjuristen van het ministerie van Justitie en Veiligheid deel, Nederlandse strafrechtwetenschappers en vertegenwoordigers van de Nederlandse strafrechtspraktijk. De twee en een half uur durende sessies vonden aldus plaats in rondetafelgesprekken met maximaal twintig deelnemers. Dit stond garant voor relevante input uit de deelnemende landen, en bood voldoende ruimte om iedereen te laten participeren.

Het resultaat was een levendige en zeer informatieve uitwisseling van kennis en ervaringen, die het succes van *bottom up* rechtsvergelijking onderstreept.

De laatste stap van het rechtsvergelijkende project is deze bundel waarin de voor, tijdens en na het congres vergaarde informatie wordt samengebracht. Voor het schrijven van bijdragen is een beroep gedaan wederom op Nederlandse wetenschappers, om vanuit rechtsvergelijkend perspectief te schrijven over het buitenlandse recht. Waar dit niet mogelijk bleek of niet voor de hand lag, is een beroep gedaan op buitenlandse auteurs. Enkele resultaten van het rechtsvergelijkende congres hebben in de tussentijd al hun weg gevonden in de literatuur.[15] Met de publicatie van deze bundel worden de resultaten nu ook breed, voor alle geïnteresseerden toegankelijk gemaakt.

---

13. Korte inleidingen werden verzorgd over België: prof. dr. R. Verstraeten (KU Leuven), Duitsland: dr. M. Becker en mr. O. Sabel (Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz), Frankrijk: prof. dr. J. Pradel (Universiteit Poitiers), Noorwegen: dr. A. Løvlie (Universiteit Oslo), Zwitserland: dr. P. Goldsmid en mr. F. Zumstein (Bundesambt für Justiz). In deze bundel zijn naar aanleiding van de korte inleidingen tijdens het congres, langere beschrijvingen van het recht in de landen om ons heen opgenomen in de vorm van landenrapporten.
14. Workshop 1: de regeling van voorlopige hechtenis (voorzitter: prof. mr. P.H.P.H.M.C. van Kempen, rapporteur: mr. dr. S. Lestrade); Workshop 2: onderzoek naar en beslag op gegevens (voorzitter: prof. dr. E.J. Koops, rapporteur: mr. L. Noyon); Workshop 3: vereenvoudige procedures voor de afdoening van strafbare feiten (voorzitter: prof. mr. J.H. Crijns, rapporteur: mr. dr. L.J.J. Peters); Workshop 4: stroomlijning van hoger beroep (voorzitter: prof. mr. J.M. Reijntjes, rapporteur: mr. dr. G. Pesselse); Workshop 5: de positie van het slachtoffer in het strafproces (voorzitter: prof. mr. M.S. Groenhuijsen, rapporteur: mr. A. Schijns); Workshop 6: de betrokkenheid van een rechter bij de tenuitvoerlegging van straffen (voorzitter: prof. mr. F.W. Bleichrodt, rapporteur: prof. mr. S. Struijk).
15. Zie o.a. M.S. Groenhuijsen, 'Van de regen in de drup. Van een kennisgestuurde slachtofferemancipatie in het strafrecht naar een "goede bedoelingen slachtofferpolitiek" anno 2018', *DD* 2018/14, en F. de Jong, 'Modernisering in Noorwegen', *DD* 2018/41.

Bezien wordt of een vervolg op het rechtsvergelijkende congres, met dezelfde opzet, een bijdrage zou kunnen leveren aan de gedachtevorming over en motivering van andere onderdelen van het nieuwe Wetboek.

Ter aanvulling op dit onderzoek heeft het WODC van het ministerie van Justitie en Veiligheid inmiddels in 2018 een opdracht tot onderzoek verstrekt aan de Universiteit Maastricht voor een studie naar de *praktijk* van de strafrechtspleging in Engeland en Duitsland.

De perfecte organisatie van het congres droeg aanzienlijk bij aan het succes van het congres en het enthousiasme van de deelnemers. Die organisatie was een samenwerking tussen het ministerie en de vaksectie straf(proces)recht en de afdeling communicatie van Erasmus School of Law. In dat kader spreek ik graag bijzondere dank uit aan Karen Valom, Laura Hofman, Marion Damave, Jan Watse Fokkens, Nancy Tulner, Jette Neeteson, Jolanda Bloem, Lolkje Attema, Joris Bekkers, Jolien Honings, Vivianne Mooren en Anne Castermans voor hun inzet voor de organisatie van het congres en de totstandkoming van deze bundel.

Tenzij anders vermeld is het onderzoek voor de bijdragen opgenomen in deze bundel afgesloten op 1 mei 2018.

Deel I

Landenrapporten

België

Prof. dr. Ph. Traest

1 Inleiding[1]

Het wetboek dat in België tot de dag van vandaag wordt gebruikt is in essentie nog steeds de Franse Code d'instruction criminelle uit 1808. In 1789 was na de Franse revolutie de periode van het intermediaire recht gestart, die duurde tot de Napoleontische codificaties en gekenmerkt werd door een – chronologisch – eerste anti-autoritaire tendens waar de accusatoire procesvorm centraal stond, gevolgd door een autoritaire tendens waar opnieuw een wending naar een meer inquisitoire procedure kon opgetekend worden.[2] Deze beide tendensen werden uiteindelijk met elkaar verzoend in de Code d'instruction criminelle van 1808.[3]

Nadat in 1810 het Strafwetboek in werking was getreden werd in 1811 ook de Code d'instruction criminelle in werking gesteld. Zeer algemeen kan worden gesteld dat dit wetboek twee procestypes met elkaar combineerde. Enerzijds was het vooronderzoek in hoge mate inquisitoir (geheim, niet-contradictoir en schriftelijk), terwijl anderzijds het onderzoek ter terechtzitting van de zittingsrechter sterk accusatoir gekleurd was (openbaar, contradictoir en mondeling).

Gedurende de periode waarin de Belgische provincies deel uitmaakten van het Koninkrijk der Nederlanden (1815-1830) wijzigde de toestand niet, behalve dat de jury werd afgeschaft.
Na de Belgische onafhankelijkheid bleef de Code d'instruction criminelle van kracht doch werd in artikel 139 van de Belgische Grondwet bepaald dat zo spoedig mogelijk nieuwe wetboeken dienden te worden uitgewerkt. Het in werking laten

1. Voor deze bijdrage werd in hoge mate geput uit een recente bijdrage van ondergetekende: P. Traest, Hervorming en modernisering van het strafprocesrecht: de inrichting van het vooronderzoek, in: I. Opdebeek (red.), *Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht van België en Nederland - Preadviezen 2017. Advisering door deskundigen in het bestuursrecht; Het vooronderzoek in een vernieuwd strafprocesrecht; Digitalisering en digitale producten in het privaatrecht*, Den Haag: Boom juridisch 2017, p. 129-194.
2. J. D'Haenens, *Belgisch strafprocesrecht*, Gent: Story-Scientia 1985, p. 12-14.
3. Met de redactie van de Code d'instruction criminelle werd een aanvang gemaakt in 1801.

van de Code d'instruction criminelle was aldus slechts een noodoplossing, doch is in werkelijkheid van veel langere duur gebleken.[4]

Niettegenstaande dat het wetboek weinig of geen algemene principes bevat, weinig definities en weinig structuur vestigden sommigen er de aandacht op dat het wetboek al met al meer dan 150 jaar – en ondertussen meer dan 200 jaar – dienst heeft gedaan.[5] Dit laatste valt niet te ontkennen doch het is zeer de vraag of zulks een gevolg is van de intrinsieke kwaliteit van het wetboek dan wel van de veelvuldige noodzakelijke, beperkte en punctuele aanpassingen[6] die aan het wetboek werden aangebracht enerzijds en de rol van de rechtspraak anderzijds. Talrijke lacunes en onnauwkeurigheden werden immers in de loop der tijden door de rechtspraak weggewerkt.[7] Het Belgische strafprocesrecht heeft dan ook een hoog pretoriaans gehalte.

Met de wet van 17 april 1878 houdende de Voorafgaande titel van het Wetboek van Strafvordering werden een aantal belangrijke aangelegenheden geregeld zoals de verjaring van de strafvordering doch het gaat hierbij slechts om een dertigtal wetsartikelen.[8]

Bij besluit van de toenmalige minister van Justitie[9] werd op 23 oktober 1991 de commissie Strafprocesrecht[10] opgericht. Deze commissie bestond uit professoren, magistraten en advocaten. De oprichting van deze commissie was op haar beurt het gevolg van de aanbevelingen van de eerste parlementaire onderzoekscommis-

4. De op zich terechte vaststelling van Faustin Hélie dat de strafprocedure 'l'un des problèmes les plus difficiles que la législation à résoudre' De op zich terechte vaststelling van Faustin Hélie dat de strafprocedure "l'*un des problèmes les plus difficiles que la législation à résoudre*" is (F. Hélie, Traité de l'instruction criminelle, 2e druk, Parijs: Plon 1866, Tome I, p. 3), rechtvaardigt nochtans niet dat het in België tot de dag van vandaag niet gelukt is een nieuw wetboek van strafprocesrecht in voege te laten treden, waar zulks in de omringende landen zoals Nederland en Frankrijk wel gelukt is, respectievelijk in 1838 en 1926 en in 1958.
5. H. Bekaert, *La manifestation de la vérité dans le procès pénal*, Brussel: Bruylant 1972, p. 60.
6. Bij wijze van voorbeeld kan hierbij worden verwezen naar de aanpassingen die ingevolge de Salduzrechtspraak van het EHRM (o.a. EHRM 27 november 2008, applicatienr. 36391/02 (*Salduz t. Turkije*)) en de EU-SalduzRichtlijn (Richtlijn 2013/48/EU van het Europees Parlement en de Raad van 22 oktober 2013 (*PbEU* 2013, L 294/2)) werden ingevoerd respectievelijk door de wet van 13 augustus 2011 tot wijziging van het Wetboek van Strafvordering en van de wet van 20 juli 1990 betreffende de voorlopige hechtenis, om aan elkeen die wordt verhoord en aan elkeen wiens vrijheid wordt benomen rechten te verlenen, waaronder het recht om een advocaat te raadplegen en door hem te worden bijgestaan (BS 5 september 2011) en de Wet van 21 november 2016 houdende bepaalde rechten van personen die worden verhoord (*BS* 24 november 2016).
7. D'Haenens 1985, p. 14.
8. Deze artikelen vervingen de oorspronkelijke artikelen 1 tot en met 7 van de Code d'instruction criminelle.
9. *BS* 11 november 1991.
10. Deze commissie werd al snel de 'commissie-Franchimont' genoemd naar de voorzitter van de commissie, de Luikse hoogleraar en advocaat Michel Franchimont.

sie belast met het onderzoek naar de wijze waarop in België de bestrijding van het banditisme en het terrorisme georganiseerd wordt.[11] Het is niet onbelangrijk de exacte opdracht van deze commissie Strafprocesrecht te vermelden, niet in het minst omdat de oprichting van deze commissie en de werkzaamheden ervan een belangrijke factor zijn geweest in de hervormingsbeweging die tot de dag van vandaag voortduurt. De commissie had als opdracht:

- de inventarisatie van de actuele problemen op het vlak van de strafrechtspleging;
- het aanwijzen van de hervormingen die bij voorrang moeten worden doorgevoerd, zonder vooruit te lopen op meer fundamentele keuzes;
- het inwinnen van informatie over de in het buitenland recent doorgevoerde hervormingen of in voorbereiding zijnde hervormingen;
- het formuleren van voorstellen als aanzet tot het maken van fundamentele keuzes inzake opsporings- en gerechtelijk onderzoek;
- in een latere fase, de voorbereiding van een ontwerp van wetboek van strafprocesrecht.

Het eerste deel van de opdracht heeft geleid tot de wet van 12 maart 1998 tot verbetering van de strafrechtspleging in het stadium van het opsporingsonderzoek en het gerechtelijk onderzoek.[12]

Deze wet van 12 maart 1998 is de belangrijkste wijziging aan het Wetboek van Strafvordering sedert de invoering van de voorafgaande titel van dit wetboek in 1878. Hoewel de wijzigingen enkel te situeren waren in het gerechtelijk onderzoek[13] en het opsporingsonderzoek grotendeels ongemoeid werd gelaten werden de wijzigingen door menig rechtspracticus als verregaand of soms te verregaand beschouwd.

De algemene strekking van de wet van 12 maart 1998 was er één van vergroting van de participatie van de partijen in het verloop van het gerechtelijk onderzoek. Aan de in verdenking gestelde en de burgerlijke partij werden enkele rechten verleend. Zo kunnen deze partijen sedert 1998 aan de onderzoeksrechter reeds tijdens het onderzoek om inzage in het dossier verzoeken. De onderzoeksrechter kan dit weigeren doch hiertegen is hoger beroep mogelijk bij de Kamer van inbeschuldigingstelling. Ook kunnen deze partijen de onderzoeksrechter verzoeken om aanvullende onderzoekshandelingen te verrichten. Ook hier kan de onderzoeksrechter

11. Verslag van de parlementaire onderzoekscommissie naar de wijze waarop de bestrijding van het banditisme en terrorisme wordt georganiseerd, *Parl.St.* Kamer, 1989-90, nr. 59/8, 59/9 en 59/10.
12. *BS* 2 april 1998 (i.w.tr. op 2 oktober 1998).
13. Geleid door de onderzoeksrechter. Het opsporingsonderzoek, dat wordt geleid door de procureur des Konings, wordt in ruim 95% van de strafzaken aangewend. Wel dient te worden erkend dat het gerechtelijk onderzoek meestal de zwaarste strafzaken betreft.

weigeren indien zulks hem niet nuttig lijkt doch ook in dit geval kunnen partijen in beroep gaan bij de Kamer van inbeschuldigingstelling. Ten slotte kan iedereen die getroffen wordt door een opsporingshandeling met betrekking tot zijn goederen (bijvoorbeeld een inbeslagneming) naargelang het geval aan de onderzoeksrechter of de procureur des Konings om de opheffing ervan verzoeken. Ook hier is hoger beroep bij de Kamer van inbeschuldigingstelling mogelijk.

Na de indiening van het voorontwerp houdende de punctuele hervormingen werkte de commissie Strafprocesrecht verder aan het tweede deel van haar opdracht, met name de redactie van een nieuw wetboek van strafprocesrecht. Op 17 september 2002 werd door de commissie Strafprocesrecht de tekst van een voorontwerp van wetboek van strafprocesrecht aan de minister van Justitie overhandigd[14] die vervolgens als wetsvoorstel in de Senaat werd ingediend op 13 januari 2004.[15] De geamendeerde tekst werd goedgekeurd door de Senaat op 1 december 2005 en overgezonden aan de Kamer van Volksvertegenwoordigers.[16] Vervolgens vatte de commissie voor de Justitie van de Kamer van Volksvertegenwoordigers de bespreking van het ontwerp aan. In september 2006 werd evenwel besloten de behandeling van het ontwerp niet voort te zetten.[17]

Wat betreft het materiële strafrecht is de evolutie in zekere mate verschillend. Waar bij de Belgische onafhankelijkheid het Franse Strafwetboek (Code Pénal) uit 1810 in een eerste fase werd overgenomen werd in 1867 een nieuw (Belgisch) Strafwetboek afgekondigd.
Sedertdien werden – net zoals voor het Wetboek van Strafvordering – pogingen ondernomen om dit wetboek te hervormen. Zo werd in 1976 een Commissie voor de herziening van het Strafwetboek opgericht, die haar verslag uitbracht in 1979. In 1985 overhandigde prof. Legros, Koninklijk commissaris voor de herziening van het Strafwetboek, zijn Voorontwerp van Strafwetboek aan de minister van Justitie.[18] Geen van deze initiatieven heeft tot een wijziging van het Strafwetboek of tot de invoering van een nieuw Strafwetboek geleid.

Minister van Justitie Koen Geens heeft in zijn beleidsplan zowel een nieuw wetboek van strafprocesrecht – waarover later meer – als een nieuw wetboek van straf-

14. *Parl.St.* Kamer, 2001-02, nr. 50-2043/001 en Senaat, 2001-02, nr. 2-1288/1. Door de Federale Overheidsdienst Justitie en de commissies voor de Justitie van Kamer en Senaat werd op 31 januari 2003 een colloquium ingericht waarop de voorstellen van de commissie Strafprocesrecht werden toegelicht en bediscussieerd met vertegenwoordigers van de magistratuur en de advocatuur, evenals met parlementsleden zelf (voor de handelingen van dit colloquium: *Parl.St.* Kamer, 2001-02, nr. 50-2043/002 en Senaat, 2001-02, nr. 2-1288/2).
15. Wetsvoorstel houdende het Wetboek van strafprocesrecht, ingediend door de heer H. Vandenberghe en anderen, *Parl.St.* Senaat, 2003-04, nr. 3-450/1.
16. *Parl.St.* Kamer, 2005-06, nr. 2138/001.
17. *Parl.St.* Kamer, 2006-07, nr. 51-2138/004, 4.
18. R. Legros, *Voorontwerp van Strafwetboek*, Brussel: Belgisch Staatsblad 1985, p. 231.

recht in het vooruitzicht gesteld.[19] Eerst werd het voorstel van een nieuw Boek I van het Strafwetboek afgewerkt.[20] Bij het afsluiten van deze bijdrage is het gehele ontwerp van strafwetboek afgewerkt en door de regering goedgekeurd. Het tweede boek houdende de strafbepalingen werd voor advies aan de Raad van State voorgelegd en zal samen met het eerste boek aan het parlement worden toegestuurd voor behandeling en stemming.[21] Bij het afsluiten van deze bijdrage heeft de parlementaire behandeling van deze tekst nog geen aanvang genomen.

2 Hoofdlijnen van het strafprocesrecht

De fundamenten van het Belgische strafproces zijn tot de dag van vandaag vrijwel onaangetast gebleven. Vanzelfsprekend werd het strafrechtelijk arsenaal en het strafprocesrechtelijk instrumentarium opgenomen in het Wetboek van Strafvordering (hierna ook: Sv) geregeld aangevuld en aangepast om te kunnen blijven voldoen aan de eisen van de tijd. Zo werden bijvoorbeeld regelingen ingevoerd met betrekking tot de telefoontap en -registratie in 1994, met betrekking tot het DNA-onderzoek in 1999, met betrekking tot de informaticazoekingen in 2000 (met een update in 2016), met betrekking tot de anonieme getuigen in 2000, de bijzondere opsporingsmethoden zoals infiltratie en observatie in 2003 of met betrekking tot inkijkoperaties in 2005. Ook de regeling van de voorlopige hechtenis werd herhaaldelijk aangepast, met als principiële stappen de invoering van het instituut van de vrijheid onder voorwaarden in 1990 (met de invoering van een nieuwe voorlopige-hechteniswet)[22] en de invoering van een voorlopige hechtenis onder elektronisch toezicht in 2012.

In het Belgische strafrecht is sprake van een drieledige indeling van de misdrijven in overtredingen, wanbedrijven en misdaden. Hieraan beantwoordt een regeling van de bevoegdheid van de gerechten, met name de bevoegdheid van de politierechtbank (alleenzittende rechter) voor overtredingen, de correctionele rechtbank (in beginsel een alleenzittende rechter doch in sommige gevallen een kamer van drie rechters) voor wanbedrijven en het hof van assisen (juryrechtspraak) voor misdaden.

19. Bij Ministerieel besluit van 30 oktober 2015 (*BS* 29 december 2015) werden de Commissies tot hervorming van het strafrecht en van het strafprocesrecht opgericht.
20. J. Rozie e.a., *Voorstel van voorontwerp van Boek I van het Strafwetboek*, Brugge: Die Keure 2017, p. 187. Het Boek I van het Strafwetboek bevat de algemene beginselen van het materieel strafrecht terwijl in Boek II een groot gedeelte van de gemeenrechtelijke misdrijven worden beschreven. De redactie van een nieuw Boek II van het Strafwetboek is nu aan de gang.
21. Algemene beleidsnota Justitie dd. 24 oktober 2018, *Parl.St.* Kamer, 2018-19, nr. 3296/015, p. 11.
22. De voorlopige hechtenis wordt in België niet geregeld in het wetboek van strafvordering maar in een afzonderlijke bijzondere wet van 20 juli 1990. Dit is overigens ook het geval voor enkele andere leerstukken zoals de internering (wet van 5 mei 2014), de jeugdbescherming (wet van 8 april 1965) en de probatiewet (wet van 29 juni 1964).

3 De belangrijkste actoren in het strafproces

De essentiële en belangrijkste actoren in het strafproces zijn natuurlijk het openbaar ministerie en de verdachte. Voor België is nochtans typisch dat traditioneel ook aan het slachtoffer een ruime plaats wordt verleend. Dit is niet alleen het geval bij het onderzoek ter terechtzitting maar ook gedurende het vooronderzoek, vooral in de hypothese van een gerechtelijk vooronderzoek.

3.1 Het slachtoffer

Het stelsel van de burgerlijke partijstelling – waardoor de burgerrechtelijke vordering van het slachtoffer tot vergoeding van de door hem geleden schade voor de strafrechter kan worden gebracht samen met de strafvordering – garandeert het slachtoffer een significante aanwezigheid in het strafproces, of althans de mogelijkheid daartoe. Belangrijk is dat in België dergelijke burgerlijke partijstelling ook mogelijk is 'bij wijze van actie', waardoor een slachtoffer zich rechtstreeks kan wenden tot de onderzoeksrechter en op die manier rechtstreeks de strafvordering in werking kan stellen en een gerechtelijk onderzoek openen, zelfs tegen de wil van de procureur des Konings in.[23] Het slachtoffer beschikt ook over de mogelijkheid om de dader rechtstreeks te dagvaarden voor de zittingsrechter, hoewel zulks natuurlijk vereist dat de identiteit van de dader bekend is.

Deze wettelijke actiemogelijkheden zijn reeds van in den beginne aanwezig in het Belgische strafproces. Wel moet worden opgemerkt dat op het eind van de jaren negentig van de vorige eeuw de aandacht voor het slachtoffer in het strafproces gevoelig is toegenomen met de werkzaamheden van de parlementaire onderzoekscommissie Dutroux-Nihoul en de zgn. Tweede Bendecommissie.[24] Niettegenstaande de bevoegdheid van het slachtoffer om de strafvordering op te starten de laatste jaren meer en meer aan kritiek onderhevig is, dringt de vaststelling zich op dat de (politieke) bereidheid om de macht van de benadeelde op dit punt te beperken niet vanzelfsprekend is. Door velen wordt de mogelijkheid van een burgerlijke partijstelling door de benadeelde bij wijze van actie beschouwd als een middel om

23. Artikel 63 Sv.
24. De aanbevelingen van deze commissies hebben geleid tot een aantal wetswijzigingen om de rechtspositie van de slachtoffers te verbeteren onder meer op het vlak van bejegening van slachtoffers (artikel 3bis VTSV) en de rechten van slachtoffers die zich geen burgerlijke partij hebben gesteld (artikel 5bis VTSV). Voor de verslagen van de betrokken commissies: Verslag Parlementair onderzoek naar de wijze waarop het onderzoek door politie en gerecht werd gevoerd in de zaak 'Dutroux-Nihoul en consorten', *Parl.St.* Kamer, 1996-97, nr. 713/6; Verslag Parlementair onderzoek naar de noodzakelijke aanpassingen van de organisatie en de werking van het politie- en justitiewezen op basis van de moeilijkheden die gerezen zijn bij het onderzoek naar de 'Bende van Nijvel', *Parl.St.* Kamer, 1997-98, nr. 573/7.

een als onterecht aangevoelde seponering van een klacht door het openbaar ministerie aan te vechten of toch ongedaan te maken.

Elke rechtstreeks belanghebbende[25] kan naargelang de stand van de procedure aan de procureur des Konings of de onderzoeksrechter verzoeken om inzage te verlenen van het dossier of er een afschrift van te verkrijgen. Indien het verzoek tijdens een opsporingsonderzoek wordt gedaan dient dit tot de procureur des Konings gericht te worden en kan dit worden geweigerd wanneer de noodwendigheden van het onderzoek dit vereisen, indien de inzage een gevaar zou opleveren voor personen of een ernstige schending van hun privéleven zou inhouden, indien de verzoeker van geen rechtmatige beweegredenen tot het raadplegen van het dossier doet blijken en ook wanneer het dossier enkel de verklaring of de klacht bevat waarvan de verzoeker reeds afschrift heeft ontvangen. Wanneer de procureur niet antwoordt of de inzage weigert, kan de verzoeker sedert de recente wet van 18 maart 2018 de zaak aanbrengen bij de Kamer van inbeschuldigingstelling. Wanneer het verzoek tot inzage in de loop van een gerechtelijk onderzoek wordt gedaan dient een beslissing te worden genomen door de onderzoeksrechter (artikel 61ter Sv). Ook tegen deze beslissing staat hoger beroep open – doch sedert 1998 – bij de Kamer van inbeschuldigingstelling.

3.2 Het openbaar ministerie

Zoals dit het geval is voor de zittende magistratuur is ook het openbaar ministerie piramidaal gestructureerd waarbij de procureur des Konings aan het hoofd staat van het openbaar ministerie binnen één arrondissement terwijl de procureur-generaal de strafvordering uitoefent op het niveau van het ressort, het hof van beroep.

Vanaf het midden van de jaren negentig van de vorige eeuw heeft het openbaar ministerie in België een aantal hervormingen ondergaan. Zo werd in 1997 het college van procureurs-generaal, dat al een hele tijd in de praktijk bestond, ook geïnstitutionaliseerd.[26] Elk van de vijf procureurs-generaal heeft binnen dit college een bepaalde 'portefeuille' toebedeeld gekregen. Het gaat hierbij om een bevoegdheid met het oog op de bepaling van het beleid. Het college zorgt anderzijds ook voor de implementatie van de ministeriële richtlijnen inzake het strafrechtelijk beleid.

25. Hiertoe behoren de inverdenkinggestelde, degene tegen wie de strafvordering is ingesteld in het kader van het gerechtelijk onderzoek, de verdachte, de burgerrechtelijk aansprakelijke partij, de burgerlijke partij, degene die een verklaring van benadeelde persoon heeft afgelegd, evenals degenen die in hun rechten zijn getreden of die hen als lasthebber ad hoc, curator, voorlopig bewindvoerder, voogd of voogd ad hoc vertegenwoordigen (artikel 21bis Sv, zoals gewijzigd door de wet van 18 maart 2018 houdende wijzigingen van diverse bepalingen van het strafrecht, de strafvordering en het gerechtelijk recht, *BS* 2 mei 2018).
26. Wet van 4 maart 1997 tot instelling van het college van procureurs-generaal en tot instelling van het ambt van nationaal magistraat.

Sedert 1 mei 2002 bestaat er binnen het openbaar ministerie ook een federale procureur die aan het hoofd staat van het federaal parket. Dit federaal parket heeft drie hoofdtaken: de uitoefening van de strafvordering voor een aantal specifieke misdrijven,[27] de coördinatie van de strafvordering en het vergemakkelijken van de internationale samenwerking en het toezicht op de federale politie.

Ook werd met de wet van 12 april 2004 de zgn. verticale integratie van het Openbaar Ministerie ingevoerd, waardoor parketmagistraten over de grenzen van de eerste en tweede aanleg heen een strafdossier kunnen behandelen.

Artikel 153 van de Grondwet bepaalt dat de leden van het openbaar ministerie door de Koning worden benoemd en afgezet. Net zoals dit het geval is bij de zittende magistratuur worden de korpsoversten in hun functie aangewezen volgens een mandaatsysteem, dus voor een beperkte duur (in beginsel vijf jaar, eenmaal hernieuwbaar).

Bij de beslissing om al dan niet te vervolgen dient de procureur des Konings rekening te houden met de richtlijnen van het strafrechtelijk beleid die worden uitgevaardigd door de minister van Justitie. Volgens artikel 151 van de Grondwet is het openbaar ministerie onafhankelijk in de individuele opsporing en vervolging onverminderd het recht van de bevoegde minister om de vervolging te bevelen en om de bindende richtlijnen van het strafrechtelijk beleid, inclusief die van het opsporings- en vervolgingsbeleid, vast te leggen.

3.3 De verdediging

Zowel de beklaagde als de burgerlijke partij kan zich laten bijstaan of vertegenwoordigen door een advocaat. Deze laatste heeft een ruime waaier van mogelijkheden om zijn essentiële taak te vervullen, hoewel rekening moet worden gehouden met het feit dat het vooronderzoek nog steeds in hoge mate inquisitoir is. Aldus dient steeds rekening te worden gehouden met de wijze waarop en de mate waarin de wet tijdens dit vooronderzoek participatierechten verleent aan de verdachte en aan het slachtoffer. Zo heeft de advocaat een belangrijke rol te vervullen bij het verhoor van de verdachte tijdens het vooronderzoek en het uitoefenen van het recht op inzage in het dossier, het verzoeken om bijkomend onderzoek of het strafrechtelijk kortgeding.

---

27. Het gaat hierbij om een limitatieve lijst van misdrijven (bijv. ernstige vormen van mensenhandel en -smokkel, misdaden en wanbedrijven tegen de veiligheid van de staat, wapensmokkel) terwijl daarnaast ook twee kwalitatieve criteria gelden: een veiligheidscriterium en een geografisch criterium. Zo is het federaal parket ook bevoegd voor de misdrijven die in belangrijke mate verschillende rechtsgebieden betreffen of een internationale dimensie hebben, in het bijzonder die van de georganiseerde criminaliteit (artikelen 144ter, quater en quinquies van het Gerechtelijk Wetboek).

Vanzelfsprekend dient de advocaat de wettelijke regels (zoals het beroepsgeheim) en zijn deontologie te respecteren. Vooral in de fase van de rechtspleging voor de zittingsrechter heeft de advocaat vrijwel steeds de bevoegdheid om zijn cliënt te vertegenwoordigen. De zittingsrechter beschikt evenwel over het recht om de persoonlijke verschijning van de partij te bevelen (artikel 185 Sv.).

3.4 De rechter

Artikel 152 van de Grondwet bepaalt dat rechters voor het leven worden benoemd. Zij zijn onafzetbaar en onverplaatsbaar.

De organisatie van de hoven en rechtbanken neemt de vorm aan van een piramidale structuur waarbij het Hof van Cassatie een controle uitoefent op de toepassing van het recht. In eerste aanleg worden de zaken beoordeeld door de politierechtbank (vooral verkeersmisdrijven en enkele andere overtredingen en bijzondere bevoegdheden) en de correctionele rechtbank (wanbedrijven en gecorrectionaliseerde misdaden). In hoger beroep wordt dan naargelang het geval uitspraak gedaan door de correctionele rechtbank (voor zaken die in eerste aanleg door de politierechtbank werden berecht) of door het Hof van beroep (voor zaken die in eerste aanleg door de correctionele rechtbank werden berecht). Waar in eerste aanleg (steeds bij de politierechtbank en in vele gevallen bij de correctionele rechtbank) dikwijls recht wordt gesproken door een alleen zittende rechter is dit in graad van hoger beroep nooit het geval. In hoger beroep wordt in strafzaken steeds uitspraak gedaan door een college van drie rechters of raadsheren.

België kent met het hof van assisen nog steeds een beperkte vorm van lekenparticipatie bij de rechtspraak in strafzaken. Het hof van assisen is geen permanent rechtscollege. Het hof van assisen bestaat uit drie beroepsrechters en twaalf lekenrechters, jury genaamd. De voorzitter is een raadsheer uit het hof van beroep terwijl de twee assessoren rechters uit de rechtbank van eerste aanleg zijn. De jury bestaat uit twaalf werkende gezworenen en maximaal twaalf plaatsvervangende gezworenen die volgens een vrij ingewikkelde procedure worden aangeduid door het lot. De schuldvraag wordt door de juryleden beslecht terwijl over de strafmaat uitspraak gedaan wordt door de beroepsrechters en de juryleden gezamenlijk.
Overeenkomstig artikel 150 van de Grondwet is de jury bevoegd voor misdaden, politieke misdrijven en persmisdrijven. Nochtans is deze bevoegdheid ten zeerste uitgehold. Wat gemeenrechtelijke misdaden betreft, wordt vrijwel steeds indien dit wettelijk mogelijk is gebruikgemaakt van de *correctionalisering* waardoor misdaden uiteindelijk voor de correctionele rechtbank worden gebracht en een behandeling

voor een jury wordt vermeden. Racistische persmisdrijven werden dan weer onttrokken aan de bevoegdheid van het hof van assisen.[28]

Wat de procedure voor het hof van assisen betreft, dient wel te worden opgemerkt dat het onmiddellijkheidsbeginsel daar nog in zeer hoge mate wordt nageleefd. Waar niet alle in het vooronderzoek ondervraagde getuigen opnieuw ter terechtzitting worden gehoord[29] moet toch worden vastgesteld dat alle getuigen à charge en à decharge die tot de waarheidsvinding kunnen bijdragen wel degelijk worden opgeroepen om te worden gehoord. Hiertoe behoren ook de onderzoeksrechter die het onderzoek heeft geleid, de gerechtsdeskundigen en de leidende politieofficier. Deze rechtspleging onderscheidt zich ook op een ander vlak van de procedure voor de andere strafgerechten. Waar voor de beroepsrechters in één en dezelfde rechtspleging wordt geoordeeld over de schuldvraag en de strafmaat worden deze beide fasen voor het hof van assisen gescheiden. Na een eerste debat wordt over de schuldvraag geoordeeld. Indien de beschuldigde schuldig wordt bevonden wordt een tweede debat gehouden dat enkel over de strafmaat handelt – en waaraan de burgerlijke partij niet mag deelnemen – en wordt vervolgens over de strafmaat beslist. Dergelijk gesplitst debat – dat onmiskenbaar voordelen heeft – is niet mogelijk voor de rechtscolleges met beroepsrechters. Meer nog, het is de beroepsrechter verboden de uitspraak over de schuld en de strafmaat te splitsen. Het Hof van Cassatie oordeelt dat de beide elementen zo nauw met elkaar verbonden zijn dat er niet bij afzonderlijke beslissingen uitspraak over kan worden gedaan.[30] In de rechtspleging voor het hof van assisen is geen plaats voor een hoger beroep. Cassatieberoep blijft natuurlijk wel mogelijk. Aldus ontstaat de toch wel eigenaardige situatie dat bij een veroordeling voor de zwaarste misdrijven – en dus meestal tot een zeer zware straf – een volwaardig hoger beroep ontbreekt.[31]

De historische oorsprong en de daarmee samenhangende grondwettelijke verankering van de jury maken het debat over het al dan niet voortbestaan van de juryrechtspraak bijzonder moeilijk en geladen. De procedure voor het hof van assisen werd weliswaar op een aantal punten aangepast in 2000 en 2009 doch aan de

28. Door een wijziging aan de Grondwet van 7 mei 1999 (*BS* 29 mei 1999).
29. Thans wordt in een zgn. preliminaire zitting beslist over de lijst van getuigen die ter zitting zullen worden opgeroepen.
30. Cass. 18 mei 1993, *Arr. Cass*. 1993, 509.
31. Om deze reden heeft België ook een voorbehoud geformuleerd bij de goedkeuring van artikel 14, vijfde lid, IVBPR waar het recht op hoger beroep zonder enige uitzondering werd opgenomen. België heeft een reserve gemaakt voor de gevallen waarin naar Belgisch recht geen mogelijkheid tot hoger beroep openstaat, met name de gevallen waarin personen in tweede aanleg schuldig worden bevonden na in eerste aanleg te zijn vrijgesproken, en personen die krachtens de Belgische wet rechtstreeks naar een hoger rechtscollege zoals Hof van Cassatie, Hof van beroep of assisenhof worden verwezen. In artikel 2 van het zevende aanvullend protocol bij het EVRM werd dit voorbehoud in licht verschillende bewoordingen in het tweede lid opgenomen.

essentie van de juryrechtspraak werd toen niet geraakt.[32] Weliswaar kwam een commissie in 2005 tot de aanbeveling om het hof van assisen af te schaffen[33] doch de toenmalige minister van Justitie wenste niet verder te gaan dan enkele aanpassingen aan de rechtspleging voor het hof van assisen.

Afgezien van de intrinsieke voor- en nadelen van de procedure voor het hof van assisen kan de vaststelling worden gedaan dat de juryrechtspraak in België diepe wortels heeft en dat een afschaffing ervan – die noodzakelijk dient gepaard te gaan met een wijziging van de Grondwet – op korte termijn politiek wellicht niet haalbaar is. Dat nog slechts een minimaal deel van de strafzaken daadwerkelijk voor het hof van assisen wordt afgedaan lijkt niet onmiddellijk als een groot probleem te worden aangevoeld. De argumenten tegen het behoud van de jury wegen wellicht zwaarder dan de argumenten voor het behoud ervan. Indien de jury evenwel zou worden afgeschaft rijst wel de vraag naar het lot van de (zware) zaken die momenteel aan het hof van assisen worden voorgelegd. Het lijkt vanzelfsprekend dat het eenvoudig verschuiven van deze zaken naar de correctionele rechtbank niet wenselijk is, gelet op de toch zeer beperkte naleving van het onmiddellijkheidsbeginsel voor deze rechtscolleges. Het verdient daarentegen de voorkeur dat deze feiten zouden worden onderworpen aan het oordeel van speciale kamers binnen de correctionele rechtbank of afzonderlijke criminele rechtbanken waar steeds door minstens drie rechters zou worden geoordeeld en waar de procedure meer dan nu het geval is zou worden onderworpen aan de toepassing van het onmiddellijkheidsbeginsel. Een meer nauwkeurige en consequente toepassing van dit onmiddellijkheidsbeginsel zou kunnen worden afgedwongen door voor deze zaken een afzonderlijke procedure uit te werken die zulks in hogere mate garandeert.

4 Het vooronderzoek

De Belgische strafprocedure steunt van oudsher op het bestaan van twee afzonderlijke types van voorbereidend onderzoek, met name het gerechtelijk onderzoek en het opsporingsonderzoek. Het eerste vindt plaats onder de leiding en de verantwoordelijkheid van de onderzoeksrechter, het tweede onder de leiding van de procureur des Konings. In die zin kan dan ook worden gezegd dat het strafrechtelijk vooronderzoek een duale structuur kent.

Deze tweeledige structuur is het gevolg van een historische evolutie waarbij in de loop der jaren werd afgestapt van de in het oorspronkelijke wetboek uit 1808 aangenomen idee dat het vooronderzoek exclusief in handen lag van de onder-

32. Wetten van 30 juni 2000 en 21 december 2009. Zo werd met de laatst vermelde wet de verplichte motivering van de beslissing over de schuldvraag ingevoerd.
33. Ook de Hoge Raad voor de Justitie kwam in een advies van 28 januari 2009 tot eenzelfde aanbeveling (www.hrj.be).

zoeksrechter. In de geest van de opstellers van de oorspronkelijke Code d'instruction criminelle hadden de bevoegdheden van de procureur des Konings slechts een uitzonderingskarakter, met name in het geval van heterdaad. Dit verklaart ook waarom in het wetboek de opsporingsbevoegdheden van de diverse opsporingsinstanties niet exhaustief worden geregeld. De onderzoeksrechter had tot taak de waarheid aan het licht te brengen en mocht in deze optiek alles doen wat in zijn macht lag. Aangezien hij een rechter was, behoorde daar ook de bevoegdheid toe om fundamentele rechten van personen aan te tasten ten behoeve van de waarheidsvinding.

Voor de wet van 12 maart 1998, die het opsporingsonderzoek van een wettelijke basis voorzag (de zogenoemde kleine Franchimont-wet), was de procureur dan ook in beginsel overeenkomstig de artikelen 47 en 64 Sv verplicht om, telkens als hij verder onderzoek wenselijk achtte, de tussenkomst van een onderzoeksrechter te vorderen.[34] Het gerechtelijk onderzoek was in theorie aldus verplicht. Nochtans heeft reeds geruime tijd voor de wet van 12 maart 1998 het opsporingsonderzoek onder de leiding van de procureur des Konings zich in de praktijk ontwikkeld[35] zodat slechts in een kleine minderheid van de gevallen een gerechtelijk onderzoek werd gevorderd. Thans wordt nog nauwelijks in 5 procent van de gevallen een gerechtelijk onderzoek gevoerd.

Met de wet van 12 maart 1998 werd het bestaansrecht van het opsporingsonderzoek ook wettelijk erkend. Niet alleen werden de artikelen 47 en 64 Sv in die zin aangepast dat de vordering van een gerechtelijk onderzoek voortaan facultatief was, ook werden bepalingen ingevoerd die een wettelijke basis verleenden aan het opsporingsonderzoek onder de leiding van het openbaar ministerie. Zo werd in artikel 28bis Sv het opsporingsonderzoek omschreven als 'het geheel van de handelingen die ertoe strekken de misdrijven, hun daders en de bewijzen ervan op te sporen en de gegevens te verzamelen die dienstig zijn voor de uitoefening van de strafvordering' (artikel 28bis § 1, eerste lid, Sv). Tevens wordt bepaald dat het opsporingsonderzoek gevoerd wordt onder de leiding en het gezag van de bevoegde procureur des Konings. Hij draagt hiervoor ook de verantwoordelijkheid (artikel 28bis § 1, derde lid, Sv).

In hetzelfde artikel wordt uitdrukkelijk aangegeven dat behoudens de wettelijke uitzonderingen de opsporingshandelingen in het opsporingsonderzoek geen enkele dwangmaatregel mogen inhouden noch schending van individuele rechten en vrijheden (artikel 28bis § 3, Sv). Dwangmaatregelen zijn in het opsporingsonderzoek wel mogelijk bij de heterdaadprocedure of via mini-instructie. De wet

34. R. Verstraeten, *Handboek strafvordering*, Antwerpen: Maklu 2012, p. 773.
35. Zie in dit verband L. Cornil, 'De la nécessité de rendre à l'instruction préparatoire en matière pénale le caractère légal qu'elle a perdu', *Rev.dr pén*. 1931, p. 809 e.v.

geeft ook uitdrukkelijk aan dat inbeslagneming mogelijk is in een opsporingsonderzoek.

Artikel 28bis Sv werd ten tijde van de goedkeuring van de wet van 12 maart 1998 als een van de hoofdlijnen van de hervorming beschouwd. Deze bepaling werd immers ingevoerd 'vanuit de bekommernis het opsporingsonderzoek uit het juridische vacuüm te halen waarin het zich nu al bijna tweehonderd jaar bevindt' en aldus een einde te maken aan het zuiver pretoriaans karakter van dit type van vooronderzoek.[36] Hierbij zij ook vermeld dat de proactieve recherche krachtens artikel 28bis § 2 Sv[37] onder het opsporingsonderzoek ressorteert, waardoor de procureur des Konings ook deze recherche leidt.

In 1998 werd in artikel 55 Sv ook een definitie van het gerechtelijk onderzoek ingevoerd, die vrij gelijkaardig is aan deze van het opsporingsonderzoek, met dien verstande dat de uitsluiting van dwangmaatregelen niet in deze omschrijving is opgenomen. Volgens deze bepaling is het gerechtelijk onderzoek:

> 'Het geheel van de handelingen die ertoe strekken de daders van misdrijven op te sporen, de bewijzen te verzamelen en de maatregelen te nemen die de rechtscolleges in staat moeten stellen met kennis van zaken uitspraak te doen. Het wordt gevoerd onder de leiding en het gezag van de onderzoeksrechter.'

In de memorie van toelichting werd opgemerkt dat het ontwerp:

> 'Door de instelling van de onderzoeksrechter te behouden, in plaats van de "rechter van het onderzoek" niet alleen beoogt de prerogatieven van deze magistraat ongewijzigd te bewaren maar ze bovendien te verstevigen.'[38]

Artikel 56 Sv bepaalt dat de onderzoeksrechter de verantwoordelijkheid draagt voor het gerechtelijk onderzoek dat zowel à charge als à decharge wordt gevoerd. Hij beslist of het noodzakelijk is dwang te gebruiken of inbreuk te maken op de individuele rechten en vrijheden. In tegenstelling tot de procureur des Konings

36. Wet van 12 maart 1998 tot verbetering van de strafrechtspleging in het stadium van het opsporingsonderzoek en het gerechtelijk onderzoek, *Parl.St.* Kamer, 1996-97, nr. 857/1, p. 21 (MvT).
37. Dit artikellid definieert de proactieve recherche als volgt: 'Hieronder wordt verstaan, met het doel te komen tot het vervolgen van daders van misdrijven, het opsporen, het verzamelen, registreren en verwerken van gegevens en inlichtingen op grond van een redelijk vermoeden van te plegen of reeds gepleegde maar nog niet aan het licht gebrachte strafbare feiten, en die worden of zouden worden gepleegd in het kader van een criminele organisatie, zoals gedefinieerd door de wet, of misdaden of wanbedrijven als bedoeld in artikel 90ter, par. 2, 3 en 4, uitmaken of zouden uitmaken.'
38. Wet van 12 maart 1998 tot verbetering van de strafrechtspleging in het stadium van het opsporingsonderzoek en het gerechtelijk onderzoek, *Parl.St.* Kamer, 1996-97, nr. 857/1, p. 39 (MvT).

beschikt de onderzoeksrechter, gelet op de beperking van zijn bevoegdheden door zijn saisine, niet over een algemeen opsporingsrecht.

Het wetboek bevat aldus geen exhaustieve opsomming van de respectieve bevoegdheden van de procureur des Konings en de onderzoeksrechter. Wel is de rolverdeling tussen beiden vrij duidelijk als gevolg van het bestaan van de twee types van vooronderzoek en de regeling van een aantal onderzoeksdaden in het wetboek die uitdrukkelijk aan de onderzoeksrechter worden voorbehouden. Er bestaat op vandaag dan ook weinig of geen onduidelijkheid over de vraag welke onderzoekshandelingen door de procureur des Konings kunnen worden uitgeoefend en welke tot de exclusieve bevoegdheid van de onderzoeksrechter behoren.

Met de wet van 12 maart 1998 werd in artikel 28septies Sv de mini-instructie ingevoerd, waardoor niet alleen het onderscheid tussen het opsporingsonderzoek en het gerechtelijk onderzoek vervaagt maar ook het verband tussen dwangmaatregelen en het instituut van het gerechtelijk onderzoek deels wordt doorgeknipt.[39] Het openbaar ministerie kan aan de onderzoeksrechter vragen bepaalde onderzoekshandelingen te verrichten die onder zijn bevoegdheid vallen, zonder dat meteen een gerechtelijk onderzoek wordt ingesteld. Volgens de memorie van toelichting bij voormelde wet van 12 maart 1998 was het de bedoeling:

> 'Enerzijds de onderzoeksrechter te ontlasten van kleinere relatief eenvoudige strafzaken zodat deze zich vooral kan wijden aan complexe zaken, anderzijds de met een gerechtelijk onderzoek gepaard gaande relatief zware procedure (regeling van de rechtspleging, beschikking van de raadkamer, hoger beroep bij de Kamer van inbeschuldigingstelling,…) voor deze eenvoudige strafzaken te vermijden, zodat het openbaar ministerie desgevallend rechtstreeks kan dagvaarden of seponeren.'[40]

Deze rechtsfiguur werd zo opgevat dat deze geldt voor alle onderzoekshandelingen die tot de exclusieve bevoegdheid van de onderzoeksrechter behoren, met uitzondering van enkele uiterst ingrijpende handelingen, die dan ook werden uitgesloten van de mini-instructie. Aanvankelijk werd de mini-instructie uitgesloten voor het bevel tot aanhouding, het huiszoekingsbevel en de bewakingsmaatregel bedoeld in artikel 90ter Sv (de telefoontap). Later werd het verhoor van een volledig anonieme getuige (artikel 86bis Sv) aan deze uitzonderingen toegevoegd, evenals de observatie met gebruik van technische hulpmiddelen om zicht te verwerven

39. R. Verstraeten 2012, p. 734.
40. Wet van 12 maart 1998 tot verbetering van de strafrechtspleging in het stadium van het opsporingsonderzoek en het gerechtelijk onderzoek, *Parl.St.* Kamer, 1996-97, nr. 857/1, p. 37-38 (MvT).

in een woning (artikel 56bis, tweede lid Sv) en de inkijkoperatie (artikel 89ter Sv).[41] In de wettelijke regeling werd ook een evocatierecht voor de onderzoeksrechter ingevoerd. Hij kan immers beslissen of hij het dossier terugzendt naar de procureur des Konings dan wel of hij het gehele onderzoek voortzet, in welk geval een gerechtelijk onderzoek ontstaat. De wetgever was van oordeel dat door de vermelde uitsluitingen en dit evocatierecht voldoende garanties worden geboden om te vermijden dat het gerechtelijk onderzoek zou worden uitgehold of dat bepaalde fundamentele rechten in het gedrang zouden komen. Recent werd door de wet van 5 februari 2016 (Potpourri II)[42] de toepassing van de mini-instructie verruimd doordat de huiszoeking ook via mini-instructie kon worden gevraagd. Deze uitbreiding van de mini-instructie tot de huiszoeking werd evenwel op 21 december 2017 vernietigd door een arrest van het Grondwettelijk Hof,[43] zodat wat deze vorm van vooronderzoek betreft men opnieuw terecht is gekomen in de situatie zoals deze bestond voor de wet van 5 februari 2016. Het evocatierecht van de onderzoeksrechter wordt door deze laatste op onaantastbare wijze uitgeoefend en de uitoefening van dit evocatierecht vereist niet dat de door het openbaar ministerie gevorderde onderzoekshandeling reeds werd uitgevoerd.[44] De wet bepaalt evenmin criteria waaraan de onderzoeksrechter zijn beslissing kan toetsen doch er kan aangenomen worden dat het evocatierecht bedoeld is om de onderzoeksrechter te laten ingrijpen wanneer hij vaststelt dat de zaak te ernstig of te complex is om via een opsporingsonderzoek te worden afgedaan.

De onderzoeksrechter kan de door het openbaar ministerie gevraagde onderzoekshandeling weigeren. Tegen deze beslissing staat geen rechtsmiddel open. Indien het openbaar ministerie evenwel na deze weigering een gerechtelijk onderzoek vordert en vervolgens dezelfde onderzoekshandeling vordert, maakt de weigering door de onderzoeksrechter een strijdig bevel uit dat wel aanleiding kan geven tot een hoger beroep door het openbaar ministerie bij de Kamer van inbeschuldigingstelling.

41. Wat deze laatste twee maatregelen betreft, was zulks niet de aanvankelijke bedoeling van de wetgever maar het Grondwettelijk Hof oordeelde dat, gelet op de vergelijking van deze maatregelen met de klassieke huiszoeking en telefoontap, de niet-uitsluiting van deze maatregelen van het toepassingsgebied van de mini-instructie een schending uitmaakte van de artikelen 15 en 22 van de Grondwet (Arbitragehof 21 december 2004, arrest 202/2004).
42. Wet van 5 februari 2016 tot wijziging van het strafrecht en de strafvordering en houdende diverse bepalingen inzake justitie, *BS* 19 februari 2016.
43. Grondwettelijk Hof, 21 december 2017, arrest 148/2017.
44. Cass. 26 februari 2008, *RW* 2008-09, 791, m.nt. B de Smet; Cass. 30 juni 2009, Arr. Cass. 2009, 1869; Cass. 18 december 2012, Arr. Cass. 2012, 2886.

5 De regeling van opsporingsbevoegdheden en dwangmiddelen

5.1 Algemeen

De bevoegdheden die tijdens het vooronderzoek kunnen worden uitgeoefend worden in het Wetboek van Strafvordering op een weinig overzichtelijke wijze weergegeven. Dit heeft alles te maken met de structuur van het wetboek zelf, dat geconcipieerd is met het principiële uitgangspunt dat het gerechtelijk onderzoek onder leiding van een onderzoeksrechter de norm is en de bevoegdheden van de procureur des Konings eerder uitzonderlijk, gericht op een situatie van heterdaad. Dit heeft als gevolg dat, niettegenstaande de bestaande twee types van vooronderzoek in het wetboek, geen systematische uiteenzetting voorkomt van de bevoegdheden die door de procureur des Konings en de onderzoeksrechter elk in het kader van de hun toekomende leiding van het vooronderzoek kunnen worden uitgeoefend. Evenmin bevat het wetboek een helder overzicht van de bevoegdheden die door de procureur des Konings buiten de heterdaadsituatie kunnen worden toegepast.

De essentie van de onderzoeksbevoegdheden bevindt zich in de hoofdstukken IV, IVbis en V van Boek I wat de procureur des Konings betreft (de artikelen 22 tot en met 54 Sv) en hoofdstuk VI van Boek I wat de onderzoeksrechter betreft (de artikelen 55 tot en met 90duodecies Sv). Daarnaast bevat ditzelfde Boek I nog hoofdstukken over de voorlopige maatregelen ten aanzien van rechtspersonen (artikel 91 Sv), het verhoor van minderjarigen die slachtoffer of getuige zijn van bepaalde misdrijven (artikel 91bis tot en met 101 Sv), de bescherming van bedreigde getuigen (artikel 102 tot en met 111 Sv) en het afnemen van verklaringen met behulp van audiovisuele middelen (artikel 112 tot en met 112ter Sv). De structuur is zodoende niet duidelijk aangezien een rudimentaire indeling op grond van de bevoegdheden van de leidende magistraten wordt aangevuld met bepalingen gestructureerd volgens hun inhoud.

In het ontwerp van wetboek van strafprocesrecht uit 2005 – dat zoals gezegd nooit werd goedgekeurd – werd ervoor geopteerd om de onderzoeksbevoegdheden in het opsporingsonderzoek en het gerechtelijk onderzoek in een afzonderlijke titel te omschrijven. Dit heeft als gevolg dat onderzoeksbevoegdheden die zowel door de procureur des Konings als door de onderzoeksrechter kunnen worden aangewend (bijv. de aanstelling van een deskundige) op twee plaatsen werden behandeld maar deze werkwijze komt de duidelijkheid ongetwijfeld ten goede.

Bij de optie voor een geïntegreerd vooronderzoek onder leiding van het openbaar ministerie – waarvan in de huidige hervormingsvoorstellen wordt uitgegaan – rijst dit probleem niet meer. Logischerwijze wordt dan geopteerd voor een opsomming

van de onderzoeksbevoegdheden die ter beschikking staan van het openbaar ministerie aangevuld met een opsomming van de gevallen waarin een machtiging moet worden bekomen van de onderzoeksrechter, evenals de procedure die hiervoor moet worden gevolgd.

Er bestaat geen onmiddellijke noodzaak tot fundamentele herziening van de taakverdeling tussen openbaar ministerie en rechter wat specifieke onderzoeksdaden betreft.
In het huidige stelsel zijn er meerdere bevoegdheden die exclusief tot de beslissingsmacht van de onderzoeksrechter behoren. De procureur des Konings kan zelf dergelijke bevoegdheden niet uitoefenen. Wel bestaat bij een deel van deze bevoegdheden de mogelijkheid om deze handelingen via een mini-instructie ten uitvoer te leggen in het kader van een opsporingsonderzoek. Het gaat hierbij logischerwijze om bevoegdheden die fundamentele rechten aantasten zoals: de huiszoeking buiten een situatie van heterdaad (artikel 87-88 Sv), de inkijkoperatie zoals bedoeld in artikel 89ter Sv, de stelselmatige observatie om zicht te verwerven in een woning of in een lokaal aangewend voor beroepsdoeleinden of woonplaats van een advocaat of arts (artikel 56bis, tweede lid Sv), het openen van onderschepte post en het kennisnemen van de inhoud ervan (artikel 88sexies Sv), de uitbreiding van de zoeking in een informaticasysteem tot een ander informaticasysteem of delen ervan waartoe de personen die gerechtigd zijn het onderzochte informaticasysteem te gebruiken geen toegang hebben (artikel 39bis § 4 Sv), het nemen van voorlopige maatregelen ten aanzien van rechtspersonen (artikel 91 Sv), het nemen van een DNA-referentiestaal onder dwang van een verdachte of een persoon die een directe band heeft met het onderzoek (artikel 90undecies en 90duodecies Sv), het opsporen en lokaliseren van elektronische communicatie (artikel 88bis Sv), het onderscheppen, kennisnemen, doorzoeken en opnemen van niet voor publiek toegankelijke communicatie of gegevens van een informaticasysteem of een deel ervan (artikel 90ter e.v. Sv). Er bestaat geen noodzaak en het is ook niet wenselijk om voor handelingen waarvoor thans een bevel van de onderzoeksrechter vereist is deze vereiste in de toekomst te laten vallen. Hieraan kunnen nog toegevoegd worden: de volledig en gedeeltelijk anonieme getuigenis en het onderzoek aan het lichaam.

5.2 De voorlopige hechtenis

De regeling van de voorlopige hechtenis is in België ondergebracht in een afzonderlijke wet, de Wet betreffende de Voorlopige Hechtenis van 20 juli 1990. Het afleveren van een aanhoudingsbevel is voorbehouden aan de onderzoeksrechter terwijl de bevoegdheid tot arrestatie – die eveneens in deze wet grotendeels geregeld is – toekomt aan de procureur des Konings en de politie.

Met de wijziging van artikel 12 van de Grondwet door de wet van 24 oktober 2017[45] werd de arrestatietermijn verlengd tot 48 uur.

Waar de artikelen 1 en 2 van de Voorlopige Hechteniswet de arrestatie regelen, wordt de eigenlijke voorlopige hechtenis geregeld vanaf artikel 16 van de wet.[46] De eigenlijke voorlopige hechtenis neemt een aanvang met het bevel tot aanhouding, zoals geregeld in artikel 16 van de wet. Een dergelijk bevel dat door de onderzoeksrechter wordt afgeleverd vereist de aanwezigheid van een aantal grond- en vormvoorwaarden. Er dienen allereerst ernstige schuldaanwijzingen te zijn wegens een misdrijf dat strafbaar is met een gevangenisstraf van één jaar of meer.[47] Een wijziging van deze drempelstraf is niet voor de hand liggend en leent zich ook moeilijk tot een vergelijking met andere landen omdat een en ander sterk afhankelijk is van de strafschalen die in het materieel strafrecht worden gehanteerd.

De aanhouding dient tevens noodzakelijk te zijn voor de openbare veiligheid en indien de op het misdrijf staande straf de vijftien jaar opsluiting niet te boven gaat, mag een dergelijk bevel slechts worden verleend als er wettelijke redenen aanwezig zijn, met name recidivegevaar, vluchtgevaar, verduisteringsgevaar of collusiegevaar (artikel 16 § 1 in fine Voorlopige Hechteniswet).[48]

De vormvoorwaarden voor het bevel tot aanhouding zijn niet minder belangrijk. Zo dient de onderzoeksrechter persoonlijk de verdachte te ondervragen alvorens een bevel tot aanhouding te verlenen en dient hij deze verdachte in zijn opmerkingen te horen.[49] Bij ontstentenis van deze ondervraging wordt de verdachte in vrijheid gesteld. Het aanhoudingsbevel dient tevens gemotiveerd te zijn en dient

45. Wet tot herziening van artikel 12 van de Grondwet, *BS* 29 november 2017. Een eerder voorstel om de arrestatietermijn voor terroristische misdrijven op 72 uren vast te leggen werd op 15 juni 2017 in het Belgische parlement niet aangenomen. De tot voor kort geldende arrestatietermijn van 24 uur kon sedert de wet van 13 augustus 2011 die artikel 15bis in de Voorlopige hechteniswet invoerde, verlengd worden met een termijn van ten hoogste 24 uur zodat reeds onder de gelding van dit stelsel een arrestatie maximaal 48 uren kon duren.
46. Binnen het bestek van deze bijdrage kan niet nader worden ingegaan op de voorwaarden tot arrestatie noch op de regeling omtrent de bijstand van een advocaat voor de gearresteerde persoon. Hiervoor kan verwezen worden naar de artikelen 1 (arrestatie op heterdaad), 2 (arrestatie buiten heterdaad) en 2bis (toegang tot een advocaat tot en met de betekening van het door de onderzoeksrechter afgeleverde bevel tot aanhouding).
47. Hierbij volstaat het dat een straf van één jaar wettelijk mogelijk is zodat een misdrijf dat strafbaar is met een maximale gevangenisstraf van één jaar in aanmerking komt voor voorlopige hechtenis. In de voorlopige hechteniswet van 1874 was de drempelstraf op drie maanden vastgesteld doch met deze grens kwamen vrijwel alle misdrijven voor voorlopige hechtenis in aanmerking.
48. Deze ernstige en wettelijk bepaalde redenen zijn niet cumulatief zodat de gemotiveerde vaststelling door de onderzoeksrechter van de aanwezigheid van een van deze omstandigheden volstaat. Deze bijkomende voorwaarde geldt niet voor de terroristische misdrijven.
49. Ook de advocaat die bij het verhoor aanwezig is, dient in zijn opmerkingen te worden gehoord over de mededeling dat tegen de verdachte een aanhoudingsbevel kan worden uitgevaardigd (artikel 16 § 2, vijfde lid).

binnen de 48 uur vanaf de vrijheidsbeneming aan de verdachte te worden betekend. Bij ontstentenis van regelmatige betekening binnen de wettelijke termijn wordt de verdachte in vrijheid gesteld.

De onderzoeksrechter bepaalt of het bevel tot aanhouding moet worden uitgevoerd in een gevangenis dan wel door een hechtenis onder elektronisch toezicht. Dit laatste impliceert dat de onderzoeksrechter ook de toegestane verplaatsingen bepaalt. Elke dag in elektronisch toezicht staat gelijk met een dag in de gevangenis doch de onderzoeksrechter heeft de bevoegdheid om in elke stand van het geding, ambtshalve of op vordering van de procureur des Konings, te bevelen dat het elektronisch toezicht wordt omgezet in een hechtenis die in de gevangenis wordt uitgevoerd.[50]

Als eenmaal door de onderzoeksrechter een aanhoudingsbevel is uitgevaardigd wordt het verdere verloop van de voorlopige hechtenis onderworpen aan een stelsel van rechterlijk toezicht dat automatisch wordt toegepast, met name zonder dat dit toezicht afhankelijk is van enig initiatief van de zijde van de aangehouden in verdenking gestelde. Hoewel aan dit stelsel door de zgn. Potpourri II-wet van 5 februari 2016 een aantal wijzigingen werd aangebracht bestaat in België geen draagvlak voor het volledig loslaten van dit stelsel en om de rechterlijke controle afhankelijk te maken van een of andere vorm van initiatief van de aangehoudene.[51]

Tegen het aanhoudingsbevel op zich staat geen rechtsmiddel open maar de geldigheidsduur van een dergelijk bevel tot aanhouding is beperkt tot vijf dagen. Voor het verstrijken van deze termijn dient een rechterlijke controle plaats te vinden voor de raadkamer, waarbij een wettigheidscontrole[52] en een opportuniteitscontrole worden uitgevoerd. De beschikking tot handhaving is één maand geldig vanaf de dag waarop ze wordt gegeven. Vervolgens oordeelt de raadkamer van maand tot maand en vanaf de derde beslissing – sedert de wet van 5 februari 2016 – om de twee maanden over de handhaving van de voorlopige hechtenis en de modaliteit van uitvoering ervan. Deze periodieke controle neemt enkel de vorm aan van een opportuniteitscontrole. Tegen elke beslissing van de raadkamer in het kader van het toezicht op de voorlopige hechtenis kan hoger beroep worden aangetekend bij de Kamer van inbeschuldigingstelling, zowel door de aangehouden verdachte als door het openbaar ministerie. Voorafgaand aan elke beslissing

50. Deze beslissing is onderworpen aan bepaalde toepassingsvoorwaarden, zoals o.a. de niet-naleving van de standaardinstructies en de regels van de hechtenis onder elektronisch toezicht (artikel 24bis Voorlopige hechteniswet).
51. Hoewel artikel 5 EVRM zulks niet zou verbieden.
52. Met name of het aanhoudingsbevel regelmatig is ten aanzien van de bepalingen van de Voorlopige Hechteniswet.

bestaat voor de aangehouden verdachte een inzagerecht in het dossier.[53] Tegen de beslissingen van de Kamer van inbeschuldigingstelling inzake de handhaving van de voorlopige hechtenis staat cassatieberoep open.

6 De beslissing over de afdoening van strafbare feiten (vervolgingsbeslissing)

6.1 Algemeen

De gerechtelijke afdoening van strafbare feiten verloopt vanzelfsprekend voor de zittingsrechter in een openbare terechtzitting. De openbaarheid wordt overigens door de Belgische Grondwet vereist (artikel 148 Gw) en op het beginsel van de openbaarheid van de uitspraak van de rechter (artikel 149 Gw) bestaan geen uitzonderingen.

De behandeling van de zaak voor de rechter kan met gesloten deuren plaatsvinden indien de openbaarheid van de debatten gevaar oplevert voor de openbare orde of de goede zeden, wat door de rechter moet worden beoordeeld en beslist. Op grond van artikel 6 EVRM kan ook in andere gevallen van de openbaarheid van de terechtzitting worden afgeweken in het belang van het privéleven van de partijen bij het proces. Deze uitzonderingen gelden enkel ten aanzien van het publiek. De beklaagde beschikt steeds over het recht om de behandeling van zijn zaak bij te wonen.

Het beginsel van de openbaarheid van de terechtzitting geldt enkel voor de zittingsrechter en niet voor de onderzoeksgerechten (raadkamer en Kamer van inbeschuldigingstelling) waar de behandeling en de uitspraak steeds achter gesloten deuren plaatsvinden. Enkel wanneer deze onderzoeksgerechten als zittingsrechter optreden en dus uitspraak doen over de grond van de zaak (bijvoorbeeld indien de internering wordt uitgesproken) zal de uitspraak in het openbaar worden gedaan.

In België geldt als gezegd in beginsel de drieledige indeling van de misdrijven in overtredingen, wanbedrijven en misdaden. Hieraan beantwoordt een regeling van de bevoegdheid van de gerechten, met name de bevoegdheid van de politierechtbank (alleen zittende rechter) voor overtredingen, de correctionele rechtbank (in beginsel een alleen zittende rechter doch in sommige gevallen een kamer van drie rechters) voor wanbedrijven en het hof van assisen (juryrechtspraak) voor misda-

53. Voor de raadkamer is zulks uitdrukkelijk bepaald in de artikelen 21 en 22 van de Voorlopige Hechteniswet. Voor de Kamer van inbeschuldigingstelling voorziet artikel 30 van de wet niet in een nieuw inzagerecht, wat geen schending van het recht van verdediging uitmaakt indien ondertussen geen nieuwe stukken aan het dossier werden toegevoegd (bijv. Cass. 27 juni 2000, Arr. Cass. 2000, 408).

den. Er dient evenwel te worden aan toegevoegd dat deze drieledige indeling strafprocesrechtelijk verworden is tot een grotendeels tweeledige indeling. Doorheen tweehonderd jaar geschiedenis is er sprake van een stelselmatige uitholling van de zware en belastende assisenprocedure via het mechanisme van *correctionalisering* waardoor misdaden worden omgezet in wanbedrijven door een kunstmatig aandoend stelsel van aanneming van verzachtende omstandigheden. Hierdoor wordt het allergrootste deel van de misdaden verwezen naar de correctionele rechtbank in plaats van het hof van assisen. Een poging om een veralgemeende correctionaliseringsmogelijkheid in te voeren met de wet van 5 februari 2016 werd recent door het Grondwettelijk Hof met een arrest van 21 december 2017 tenietgedaan. Dit betekent dat de zwaarste misdaden nog steeds uitgesloten blijven van correctionalisering en derhalve verplicht voor het hof van assisen moeten worden gebracht (zoals bijvoorbeeld de met levenslang bestrafte misdaden, bijvoorbeeld moord en roofmoord).

De afgelopen tijd is gestreefd naar manieren om de afhandeling van strafzaken te versnellen en te stroomlijnen. Wat dit laatste aspect betreft werd bijvoorbeeld recent met de reeds eerder vermelde wet van 5 februari 2016 bij de behandeling van de zaak voor de zittingsrechter een conclusiekalender ingevoerd, waarbij aan elke partij een termijn wordt verleend om een schriftelijke conclusie in te dienen terwijl wat de rechtsmiddelen betreft ook gesnoeid werd in de voorheen bestaande ruime mogelijkheden om verzet aan te tekenen tegen een bij verstek gewezen uitspraak.

6.2 Procedure van voorafgaande erkenning van schuld

Deze pogingen om de afdoening van strafzaken te versnellen en te stroomlijnen hebben ook aanleiding gegeven tot de creatie van de procedure van voorafgaande erkenning van schuld (een soort *plea bargaining*), een verruiming van het instituut van de minnelijke schikking en de bemiddeling in strafzaken. De procedure van voorafgaande erkenning van schuld (artikel 216 van het Wetboek van Strafvordering) komt erop neer dat het openbaar ministerie en de verdachte een akkoord sluiten omtrent een beslissing aangaande de grond van de zaak. De verdachte bekent schuld aan de feiten die het voorwerp van het akkoord uitmaken en in ruil hiervoor zal ten aanzien van hem een mildere kwalificatie of bestraffing worden toegepast. Aldus ziet de procureur des Konings af van het recht op een volledig onderzoek ter terechtzitting. Met de invoering van deze procedure heeft de 'plea bargaining' dan ook zijn intrede gedaan in het Belgische strafprocesrecht.

Alvorens het akkoord uitwerking kan krijgen, dient het te worden bekrachtigd door de strafrechter. De strafrechter heeft in deze procedure wel een essentiële opdracht, met name de toetsing van het akkoord tussen het parket en de ver-

dachte. Daarbij ziet de rechter erop toe dat de wettelijke waarborgen, die in de regeling werden ingebouwd ter vrijwaring van de belangen van de verdachte, daadwerkelijk worden nageleefd.

De voorafgaande erkenning van schuld kan alleen worden toegepast op de feiten die niet van die aard schijnen te zijn dat ze bestraft moeten worden met een hoofdstraf van meer dan vijf jaar correctionele gevangenisstraf. Net zoals bij de minnelijke schikking en de bemiddeling in strafzaken gaat het over de straf in concreto, waarbij derhalve rekening dient te worden gehouden met eventuele verzachtende omstandigheden of verschoningsgronden. Deze voorwaarde heeft tot gevolg dat dit mechanisme in theorie voor alle misdrijven zou kunnen worden aangewend, zelfs de misdrijven die strafbaar zijn met levenslange opsluiting.
Evenwel zijn een aantal zware misdrijven uit het toepassingsgebied van de voorafgaande erkenning van schuld uitgesloten. De feiten die in abstracto[54] strafbaar zouden zijn met een maximumstraf van meer dan twintig jaar opsluiting, als ze niet werden gedenatureerd tot wanbedrijven, feiten van verkrachting, feiten van kinderporno en kinderprostitutie en feiten van doodslag komen niet in aanmerking voor deze procedure.

De procedure van voorafgaande erkenning van schuld vangt aan met een voorstel van de procureur des Konings, hetzij ambtshalve, hetzij op verzoek van de verdachte of zijn advocaat. Zo de verdachte instemt, leidt dit voorstel tot een gesprek tussen de verdachte en de procureur, waarin deze laatste het voorstel toelicht.
In toepassing van dit mechanisme kan de procureur des Konings, wanneer de verdachte de schuld aan de hem ten laste gelegde feiten erkent, een lagere straf voorstellen dan hij oorspronkelijk meende te vorderen, of kan hij een straf met probatieuitstel, dan wel probatieopschorting voorstellen. De verdachte geniet van het recht op bijstand van een advocaat tijdens de gehele procedure en hij heeft inzage in het strafdossier.

Indien de verdachte het voorstel van het parket aanvaardt, wordt een overeenkomst opgesteld. Deze overeenkomst dient ter bekrachtiging te worden voorgelegd aan de strafrechter. De rechterlijke toetsingsbevoegdheid heeft betrekking op de wettigheid van de overeenkomst, maar ook op de proportionaliteit van de voorgestelde straffen. Tevens dient de rechter na te gaan of de overeenkomst op een vrije en weloverwogen manier is gesloten en met de werkelijkheid van de feiten overeenstemt. Indien de rechter van oordeel is dat aan al deze vereisten is voldaan, bekrachtigt hij de overeenkomst en legt hij de voorgestelde straffen op. De

54. Dit wil zeggen volgens de tekst van de wet en zonder rekening te houden met de toepassing van bijvoorbeeld verzachtende omstandigheden.

strafrechter spreekt zich bovendien uit over de burgerlijke vordering van het slachtoffer.
Wanneer geen akkoord wordt gesloten, of nog wanneer de rechter het akkoord niet bekrachtigt, wordt de zaak voorgelegd aan een (anders samengestelde) kamer. De mededelingen en de documenten die in het kader van de procedure zijn opgemaakt mogen niet aan het dossier worden toegevoegd en evenmin worden gebruikt in enige andere procedure.

6.3 Minnelijke schikking

De minnelijke schikking,[55] die tot 2011 een louter buitengerechtelijke vorm van afdoening was, is nu verruimd zodat deze wijze van afhandeling ook kan worden toegepast wanneer de zaak bij de zittingsrechter aanhangig is, voor zover er nog geen vonnis is uitgesproken. Er bestaan aldus twee varianten van de minnelijke schikking, een eerste die wordt toegepast vooraleer de strafvordering is ingesteld, een tweede die ook nadien kan worden toegepast.

De minnelijke schikking houdt in dat de verdachte op voorstel van het openbaar ministerie een bepaalde geldsom betaalt en – in voorkomend geval – afstand doet van de goederen die in aanmerking komen voor verbeurdverklaring. Een tijdige betaling heeft tot gevolg dat de strafvordering betreffende de feiten, waarop de minnelijke schikking betrekking heeft, vervalt.
Het voorstel tot minnelijke schikking is in principe unilateraal. Het parket stelt – weliswaar binnen de grenzen van de wettelijke regeling – een geldsom voor zonder hierover met de verdachte te onderhandelen. In de praktijk kan de verdachte het parket wel verzoeken om een minnelijke schikking voor te stellen. Evenwel beslist het openbaar ministerie soeverein om al dan niet een minnelijke schikking voor te stellen. Zelfs wanneer aan alle wettelijke voorwaarden voldaan is, heeft de verdachte nog geen recht op een minnelijke schikking.

Niet alle misdrijven komen in aanmerking voor een minnelijke schikking. Slechts wanneer het betrokken feit niet van aard schijnt te zijn dat het bestraft moet worden met een hoofdstraf van meer dan twee jaar correctionele gevangenisstraf of een zwaardere straf, kan de procureur des Konings de verdachte een minnelijke schikking voorstellen. De drempelstraf van twee jaar betreft de straf in concreto, i.e. de straf rekening houdend met de toepassing van verzachtende omstandigheden of verschoningsgronden. Een en ander heeft tot gevolg dat ook een aantal categorieën zware misdaden in aanmerking komen voor deze vorm van buitengerechtelijke afhandeling. Misdrijven die in abstracto strafbaar zijn met opsluiting van

55. Het gaat hier om het verval van de strafvordering door betaling van een geldsom, geregeld in artikel 216bis Sv.

vijftien tot twintig jaar zijn vatbaar voor een minnelijke schikking, indien ook de andere toepassingsvoorwaarden vervuld zijn. Daarnaast mag het betrokken feit geen zware aantasting van de lichamelijke integriteit van het slachtoffer inhouden.

Het openbaar ministerie kan in iedere fase van de strafprocedure een minnelijke schikking voorstellen, zowel tijdens het vooronderzoek als tijdens het onderzoek ter terechtzitting. Evenwel is een minnelijke schikking niet meer mogelijk nadat de strafrechter een eindvonnis of een eindarrest heeft geveld en de zaak vervolgens in hoger beroep aanhangig is. Ook wanneer het vooronderzoek de vorm aanneemt van een gerechtelijk onderzoek, waarbij het onderzoek gevoerd wordt onder leiding van een onderzoeksrechter, kan het parket gedurende dit onderzoek een minnelijke schikking voorstellen.

Wanneer de procureur des Konings van zin is om een minnelijke schikking voor te stellen, roept hij de verdachte en – in voorkomend geval – het slachtoffer en hun advocaten op en licht zijn voorstel van minnelijke schikking concreet toe.[56] Tevens ontvangen zij een bericht dat ze inzage krijgen in het strafdossier, in zoverre ze dat nog niet hadden. Voor fiscale en sociale misdrijven is een minnelijke schikking pas mogelijk, zodra de verdachte alle ontdoken belastingen en sociale bijdragen, inclusief de rente, heeft betaald, en mits akkoord van de fiscale en sociale administraties. De procureur des Konings bepaalt het bedrag van de te betalen geldsom. Dit bedrag mag echter niet hoger zijn dan het maximum van de geldboete die in de wet voor het betrokken misdrijf is bepaald, verhoogd met de wettelijke opdeciemen (inflatiecorrectie). Bovendien dient de geldsom in verhouding te staan tot de zwaarte van het misdrijf.
Wanneer de verdachte de minnelijke schikking tijdig en correct heeft uitgevoerd – desgevallend nadat het akkoord door de rechter werd bekrachtigd in de zaken waar de strafvordering reeds was ingesteld – vervalt de vervolging omtrent de feiten waarop de minnelijke schikking betrekking heeft. De minnelijke schikking doet echter geen afbreuk aan de vervolging van de overige daders, mededaders of medeplichtigen, noch aan de burgerlijke vordering van de slachtoffers tegen hen.

Ingeval de vervolging reeds aanhangig is gemaakt bij de strafrechter, wordt deze in kennis gesteld door de procureur des Konings. De rechter bekrachtigt het gesloten akkoord na een controle van de wettigheid en proportionaliteit van het akkoord, evenals na te hebben nagegaan of het slachtoffer en de fiscale of sociale administratie werden vergoed en of de verdachte de minnelijke schikking uit vrije wil en weloverwogen heeft aanvaard. Daarbij toetst hij de minnelijke schikking aan

56. Deze oproeping en toelichting wordt enkel voorgeschreven indien het gaat om een minnelijke schikking nadat de strafvordering reeds werd ingesteld. In de andere variant wordt het verzoek schriftelijk gedaan. Het inzagerecht in het dossier is daarentegen in de beide hypothesen van toepassing.

alle toepassingsvoorwaarden. Als gevolg van de rechtspraak van het Grondwettelijk Hof,[57] op grond waarvan er sprake dient te zijn van een daadwerkelijke rechterlijke controle bestaande uit een volwaardig toezicht, niet alleen op de wettigheid van de voorgenomen minnelijke schikking maar ook op de proportionaliteit ervan, werd de beoordelingsbevoegdheid van de rechter zeer recent in die zin uitgebreid.[58]

Als er geen minnelijke schikking tot stand komt, kan de procureur des Konings ervoor opteren om de feiten te vervolgen voor de strafrechter. Evenwel mogen de documenten en de mededelingen, zoals de bekentenissen, die werden opgemaakt of gedaan tijdens het overleg in aanloop naar de minnelijke schikking, niet worden gebruikt in een navolgende – hetzij strafrechtelijke, hetzij burgerrechtelijke – procedure, zelfs niet als buitengerechtelijke bekentenis.

6.4 De bemiddeling in strafzaken (mediation)

Een andere mogelijkheid om een strafzaak op buitengerechtelijke wijze af te handelen is de bemiddeling in strafzaken, thans verval van de strafvordering (vervolging) door de uitvoering van maatregelen en de naleving van voorwaarden genoemd (artikel 216ter van het Wetboek van Strafvordering). Aan de hand van bemiddeling bereiken het parket en de verdachte een akkoord over een voorwaarde die de verdachte dient te vervullen. Deze voorwaarde kan bestaan uit het herstellen of vergoeden van de door het misdrijf veroorzaakte schade, na een bemiddeling met het slachtoffer over de schadevergoeding en de regeling ervan. Tevens kan deze voorwaarde de vorm aannemen van het volgen van een geneeskundige behandeling of passende therapie, of nog het uitvoeren van een dienstverlening voor ten hoogste 120 uren of het volgen van een bepaalde vorming voor ten hoogste 120 uren. Zodra de verdachte aan de overeengekomen voorwaarde heeft voldaan, vervalt de strafvordering omtrent de feiten, waarop de bemiddeling betrekking heeft.

De bemiddeling in strafzaken is alleen mogelijk voor de misdrijven die niet van aard schijnen te zijn dat ze bestraft moeten worden met een hoofdstraf van meer dan twee jaar correctionele gevangenisstraf of een zwaardere straf. Dezelfde drempelstraf geldt dus voor de afbakening van het toepassingsgebied van de bemiddeling zowel als de minnelijke schikking in strafzaken. Evenwel wordt de voor-

57. Grondwettelijk Hof 2 juni 2016, arrest 83/2016.
58. Wet van 18 maart 2018 houdende wijzigingen van diverse bepalingen van het strafrecht, de strafvordering en het gerechtelijk recht (*BS* 2 mei 2018) waarbij in artikel 216bis Sv naast enkele andere technische aanpassingen uitdrukkelijk wordt bepaald dat de rechter dient na te gaan of de door de procureur des Konings voorgestelde minnelijke schikking proportioneel is met de ernst van de feiten en de persoonlijkheid van de verdachte.

waarde dat het misdrijf geen zware aantasting van de lichamelijke integriteit van het slachtoffer mag inhouden bij de bemiddeling niet gesteld.
De bemiddeling in strafzaken kon tot voor kort enkel plaatsvinden zolang de strafvordering nog niet was ingesteld.[59]

De verdachte en – in voorkomend geval – het slachtoffer worden opgeroepen door de procureur en kunnen zich laten bijstaan door een advocaat. Ingeval de voorwaarde bestaat in het uitvoeren van een dienstverlening, wordt voor de uitwerking en de opvolging van de uitvoering ervan een beroep gedaan op een justitieassistent, die de procureur des Konings meldt wanneer de dienstverlening niet of slechts gedeeltelijk zou worden uitgevoerd. Een correcte en tijdige vervulling van de voorwaarde heeft het verval van de strafvordering tot gevolg. Niettemin doet dit verval geen afbreuk aan de rechten van de gesubrogeerden in de rechten van het slachtoffer en aan de rechten van de slachtoffers die niet betrokken werden in de bemiddelingsprocedure. Ten aanzien van hen wordt de fout van de verdachte onweerlegbaar vermoed. In een eventueel navolgende burgerlijke procedure kan de fout dus niet meer betwist worden.

7 De berechting

7.1 De verhouding tussen het vooronderzoek en het eindonderzoek

Er bestaat een vanzelfsprekend verband tussen het vooronderzoek en het onderzoek ter terechtzitting. De rechtspleging ter zitting is in essentie contradictoir en zulks houdt in dat het onderzoek ter terechtzitting verloopt in de vorm van een debat tussen de vervolgende en verdedigende partij. Hoewel de beklaagde hiertoe niet verplicht is, kan hij in deze procesfase zijn argumenten ontwikkelen en eventueel tegenbewijzen voorleggen. Dit contradictoire karakter houdt ook in dat elke partij niet alleen de mogelijkheid moet hebben om de elementen kenbaar te maken die nodig zijn om zijn eisen te staven maar ook om kennis te nemen van en te discussiëren over elk stuk en argument dat aan de rechter, met het oog op een beïnvloeding van zijn beslissing, wordt overgemaakt.[60]

Dit vereiste gaat verder dan louter het recht om alle gegevens van het schriftelijk dossier dat aan de rechter wordt voorgelegd en waarvan de partijen kennis hebben kunnen nemen voor de zittingsrechter te betwisten en te bediscussiëren. Dit recht

59. Artikel 216ter Sv werd evenwel door de wet van 18 maart 2018 houdende wijzigingen van diverse bepalingen van het strafrecht, de strafvordering en het gerechtelijk recht (*BS* 2 mei 2018) uitgebreid met de mogelijkheid om dergelijke bemiddeling ook te laten plaatsvinden wanneer de zaak bij de rechter aanhangig is. In dat geval dient de rechter over het akkoord te oordelen en net zoals bij de minnelijke schikking de wettigheid en de proportionaliteit ervan te beoordelen.
60. Bijv. EHRM 20 juli 2001, applicatienr. 30882/96 (*Pellegrini t. Italië*); EHRM 8 april 2008, applicatienr. 1375/03 (*Kizil e.a. t. Turkije*).

houdt ook in dat een partij (en in het bijzonder de beklaagde) het recht dient te hebben om de herhaling van onderzoeksverrichtingen voor de zittingsrechter te bekomen indien daar reden toe is. De praktijk toont evenwel aan dat het onderzoek ter zitting van de zittingsrechter in grote mate herleid is tot een louter nazicht van de stukken van het strafdossier en dat de zittingsrechter in grote mate een 'verificatierechter' is geworden.[61] Hoewel in nogal wat gevallen de mogelijkheid om de inhoud van het strafdossier tegen te spreken en te bediscussiëren kan volstaan is dit zeker niet in alle gevallen zo. Het onmiddellijkheidsbeginsel is dan ook sterk in de verdrukking gekomen.

Het onderzoek ter terechtzitting van de zittingsrechter is in het Wetboek van Strafvordering vrij summier geregeld. De wet legt geen op straffe van nietigheid gesanctioneerde volgorde van behandeling op[62] terwijl het uiteindelijk aan de zittingsrechter toekomt om actief de rechtspleging te leiden en mee te helpen zoeken naar de waarheid.

De gegevens die tijdens het vooronderzoek werden vergaard maken het voorwerp uit van een openbaar onderzoek. Deze gegevens zijn niet bindend voor de zittingsrechter, in die zin dat de zittingsrechter vrij oordeelt over de bewijswaarde van al deze elementen. Indien de gegevens van het vooronderzoek onvoldoende licht werpen op de voorliggende zaak kan de zittingsrechter het openbaar ministerie uitnodigen of verzoeken bepaalde informatie aan te leveren. Het openbaar ministerie is hiertoe evenwel niet verplicht, alhoewel een weigering om de gevraagde opheldering te verschaffen natuurlijk door de zittingsrechter in rekening kan gebracht worden bij de beoordeling van de zaak.

7.2 Schets van het onderzoek ter terechtzitting

In de praktijk worden niet alle onderzoeksverrichtingen tijdens het onderzoek ten gronde overgedaan. De rechter ten gronde beschikt immers over het strafdossier waarin de verschillende onderzoeksverrichtingen die tijdens het vooronderzoek werden gerealiseerd zijn gebundeld. De rechter speelt tijdens het onderzoek ter terechtzitting een actieve rol bij de waarheidsvinding. Hij leidt het onderzoek, ondervraagt de eventuele getuigen en kan eventueel aanvullende onderzoekshandelingen bevelen.[63] Het spreekt voor zich dat tijdens het onderzoek ter terechtzit-

61. G. Knigge, 'De strafvordering in het geding', *Handelingen NJV* 1994/1, p. 69.
62. Artikel 153 Sv bepaalt weliswaar dat de behandeling van de zaak geschiedt in die volgorde: voorlezing van de processen-verbaal, horen van de getuigen van de burgerlijke partij en het openbaar ministerie, horen van de burgerlijke partij, horen van de getuigen van de verdediging van de beklaagde en zijn verdediging, het openbaar ministerie neemt zijn conclusie en de gedaagde partij of haar advocaat draagt haar opmerkingen voor. Deze volgorde is evenwel niet voorgeschreven op straffe van nietigheid en is ook niet van toepassing op de hoven van beroep.
63. D. de Wolf, *Handboek correctioneel procesrecht*, Antwerpen: Intersentia 2013, p. 294.

ting het recht op tegenspraak ten volle is gewaarborgd. Volgens een vaststaande rechtspraak kan de rechter zijn overtuiging slechts gronden op regelmatig verkregen bewijselementen die het voorwerp zijn geweest van een debat, die met andere woorden aan de tegenspraak van de partijen werden onderworpen. Te noteren valt dat naast de verdachte en het openbaar ministerie ook andere partijen voor de zittingsrechter kunnen optreden. De benadeelde kan zijn burgerlijke vordering tot schadevergoeding door middel van een burgerlijke partijstelling voor de strafrechter brengen terwijl in een aantal in de wet bepaalde gevallen ook andere partijen[64] kunnen deelnemen aan het onderzoek ter terechtzitting.

Indien de zaak het voorwerp heeft uitgemaakt van een gerechtelijk onderzoek onder de leiding van een onderzoeksrechter kan de zaak bij de zittingsrechter aanhangig worden gemaakt door middel van een beschikking tot verwijzing, uitgaande van het onderzoeksgerecht (raadkamer of in graad van hoger beroep de Kamer van inbeschuldigingstelling).[65] Na een opsporingsonderzoek kan het openbaar ministerie de beklaagde voor de zittingsrechter brengen door middel van een rechtstreekse dagvaarding, die betekend wordt door een gerechtsdeurwaarder. De rechten van verdediging dienen te worden gerespecteerd, waaronder het beschikken over voldoende tijd en faciliteiten voor de voorbereiding van de verdediging en het contact met een raadsman. Hoewel er overeenkomstig artikel 146 Sv slechts een minimale termijn van tien dagen moet worden gelaten tussen de dagvaarding en de eerste verschijning voor de politierechtbank of de correctionele rechtbank maakt de praktijk duidelijk dat een langere termijn in acht wordt genomen, zeker indien het gaat om meer omvangrijke en complexe dossiers. Daarnaast kan de zittingsrechter op de zitting desgevallend de behandeling van de zaak ook naar een latere datum uitstellen.

De beklaagde, de burgerlijke partij en de burgerlijk aansprakelijke partij verschijnen persoonlijk of in de persoon van een advocaat (artikel 185 § 1 en 2 Sv). Zij kunnen derhalve verschijnen en zich laten bijstaan dan wel zich laten vertegenwoordigen door een advocaat, zonder dat de rechter dit kan weigeren.[66] De rechter kan wel de persoonlijke verschijning van de beklaagde of een andere partij bevelen zonder dat tegen deze beslissing hoger beroep kan worden ingesteld. Het vonnis wordt geacht op tegenspraak te zijn gewezen – zodat een verzet tegen deze beslissing niet mogelijk is – indien de beklaagde aan het bevel tot persoonlijke verschij-

64. Zoals bijvoorbeeld de verzekeraar van een beklaagde of de persoon die rechten kan laten gelden op een goed dat dreigt verbeurd verklaard te worden.
65. Indien de feiten tot de bevoegdheid van het hof van assisen behoren, zal de raadkamer de stukken overmaken aan de procureur-generaal bij het hof van beroep, die vervolgens de zaak zal aanbrengen bij de Kamer van inbeschuldigingstelling met het oog op een verwijzing van de zaak naar het hof van assisen.
66. Cass. 24 maart 2010, AR P.10.0284.F.

ning geen gevolg geeft. Ook is ten aanzien van de beklaagde een bevel tot medebrenging mogelijk.

Dit alles neemt niet weg dat de beklaagde steeds het recht heeft niet te verschijnen op de inleidende zitting waarop hij wordt gedagvaard. In dat geval zal de zaak bij verstek ten aanzien van de beklaagde worden behandeld, waartegen slechts onder beperkte voorwaarden verzet mogelijk zal zijn.

De rechtspleging voor de zittingsrechter verloopt in beginsel mondeling, wat niet wegneemt dat door de partijen schriftelijke conclusies kunnen worden ingediend waarop door de rechter moet worden geantwoord. Wanneer de partijen conclusies willen neerleggen wordt door de rechter een zgn. conclusiekalender opgesteld waarbij aan elke partij een termijn wordt verleend om zijn conclusie in te dienen en aan de andere partijen mee te delen. Dit laat een ordelijk verloop van de zittingen toe en laat vooral toe om onverwachte en ongewenste uitstellen van de behandeling van de zaak te vermijden.

Op de zitting wordt de beklaagde door de voorzitter ondervraagd en kunnen getuigen worden gehoord. De getuigen kunnen door het openbaar ministerie worden opgeroepen maar zij kunnen ook worden gedagvaard op vordering van het openbaar ministerie of van andere partijen. De rechter is evenwel niet verplicht alle getuigen te ondervragen; hij beoordeelt of het verhoor noodzakelijk is voor het achterhalen van de waarheid mits hij het recht van partijen om een zodanig bewijs te leveren niet miskent.[67]

Op enkele uitzonderingen na dient de getuige die ter zitting wordt gehoord de eed af te leggen. Het getuigenverhoor wordt geleid door de voorzitter. De vragen die door de partijen aan de verschijnende getuige(n) worden gericht worden in beginsel gesteld via de voorzitter. Een kruisverhoor is niet mogelijk, evenmin als de situatie waarbij getuigen tot elkaar het woord richten. Voorts is het duidelijk dat een getuige zich op zijn eventueel beroepsgeheim kan beroepen om te weigeren een bepaalde vraag te beantwoorden.

Zoals getuigen kunnen worden gehoord op de terechtzitting voor de zittingsrechter kunnen ook deskundigen worden gehoord, die tijdens het vooronderzoek zijn opgetreden. De zittingsrechter kan ook zelf een deskundigenonderzoek bevelen bij tussenvonnis.
Vervolgens krijgen de partijen het woord, te beginnen met de eis van de burgerlijke partij. Deze partij dient zich niet te beperken tot een toelichting van haar vordering tot schadevergoeding maar mag zich ook inlaten met de vraag naar het

67. Cass. 25 september 2012, *Pas*. 2012, 1731. Zie ook de rechtspraak in de zaak *Riahi* (noot 74).

bewijs van de aan de beklaagde ten laste gelegde feiten. Zij heeft er immers alle belang bij dat het misdrijf, noodzakelijk fundament van haar vordering tot schadevergoeding, bewezen wordt verklaard.[68] Het openbaar ministerie formuleert zijn vordering en de beklaagde krijgt het woord voor zijn verdediging. In de assisenprocedure is uitdrukkelijk bepaald dat de verdediging het laatste woord krijgt. In de praktijk is zulks evenwel ook het geval voor de politierechtbank, de correctionele rechtbank en het hof van beroep.

De rechterlijke beslissingen worden in beginsel gewezen bij eenvoudige meerderheid. Enkel wanneer in hoger beroep de toestand van de beklaagde wordt verzwaard (bijvoorbeeld bij hervorming van een vrijspraak in een veroordeling of bij een verzwaring van de straf) vereist artikel 211bis Sv dat met eenparigheid uitspraak wordt gedaan en dat zulks ook in de uitspraak uitdrukkelijk wordt vastgesteld. Ook geldt het reeds vermelde beginsel van de eenheid van de uitspraak, op grond waarvan een splitsing van de schuldvraag en de straftoemeting niet is toegelaten. Er moet uitspraak worden gedaan over de gehele strafvordering. Een splitsing van de uitspraak op de strafvordering en de beslissing over de burgerlijke vordering is daarentegen wel toegelaten.[69] Ten slotte dient de zittingsrechter ook uitspraak te doen over de gerechtskosten.[70]

7.3 De rol van het onmiddellijkheidsbeginsel: het horen van getuigen

Hierboven werd reeds aangegeven dat het onmiddellijkheidsbeginsel bij de berechting (met uitzondering van het hof van assisen) een vrij beperkte rol speelt en slechts in geringe mate wordt nageleefd.

Een bijzondere toepassing van dit vraagstuk kan men terugvinden bij het ondervragingsrecht van getuigen ter terechtzitting. Gelet op het niet contradictoire karakter van het vooronderzoek vindt het verhoor van een getuige in die procesfase plaats op een niet contradictoire wijze. Het EHRM heeft reeds eerder geoordeeld dat de rechter gebruik mag maken van de schriftelijke verklaringen van een getuige die niet werd geconfronteerd met de verdachte voor zover deze verklaringen slechts dienen als steunbewijs.[71] Een probleem ontstaat evenwel wanneer de betrokken getuigenverklaring het enige bewijs of het doorslaggevende bewijs uit-

68. Een vrijspraak voor de strafrechter zal immers in beginsel verhinderen dat de burgerlijke partij haar vordering tot schadevergoeding (een tweede maal) instelt voor de burgerlijke rechter.
69. Waarbij bijvoorbeeld zelfs nog een deskundigenonderzoek kan worden bevolen dat enkel betrekking heeft op de door de burgerlijke partij opgelopen schade.
70. Hiertoe behoort ook de rechtsplegingsvergoeding, met name een forfaitaire tussenkomst door de veroordeelde in de erelonen en kosten verbonden aan de bijstand van een advocaat van de in het gelijk gestelde partij (bijv. de burgerlijke partij ten aanzien van een veroordeelde beklaagde).
71. EHRM 26 april 1991, applicatienr. 12398/86 (*Asch t. Oostenrijk*), par. 30.

maakt en wanneer de beklaagde voor de zittingsrechter om de oproeping van de getuige à charge verzoekt.

De laatste jaren heeft de rechtspraak van het EHRM zich met betrekking tot de beoordeling door de rechter van een dergelijk van de beklaagde uitgaand verzoek strenger opgesteld.
In de zaken *Al-Khawaja* en *Schatschaschwili* heeft het EHRM in het licht van de artikelen 6, eerste lid, en 6, derde lid, sub d, EVRM de principes uiteengezet met betrekking tot de afwezigheid van getuigen ter terechtzitting en in het bijzonder de vraag in welke mate gebruik mag worden gemaakt van de verklaringen van een getuige die niet verschenen is en tijdens het proces niet werd ondervraagd. Hoewel er niet automatisch een schending van artikel 6 EVRM plaatsvindt indien de rechter een dergelijke getuigenverklaring gebruikt, dient de feitenrechter bij de vraag of van zo'n verklaring gebruik mag worden gemaakt drie vragen te stellen: (1) Zijn er ernstige redenen van feitelijke of juridische aard die de afwezigheid van de getuige ter zitting rechtvaardigen?, (2) Is de belastende verklaring het enige of doorslaggevende element waarop de schuldigverklaring steunt, waarbij onder doorslaggevend wordt verstaan het bewijs dat dermate belangrijk is dat het aannemelijk is dat het het resultaat van de zaak heeft bepaald? en (3) Zijn er voldoende procedurele waarborgen voor de verdediging om de moeilijkheden die als gevolg van het gebruik van deze verklaring voor de verdediging ontstaan te compenseren en aldus het eerlijk karakter van het proces in zijn geheel te verzekeren?[72]

Hierbij valt te noteren dat, indien niet duidelijk uit te maken is of de betrokken verklaring het bepalende element is geweest, dezelfde eisen gesteld worden indien de verklaring een zeker gewicht heeft en dit bewijselement moeilijkheden heeft veroorzaakt voor de verdediging.[73] België werd op dezelfde grondslag door het EHRM veroordeeld in de zaak *Riahi*.[74]

Aldus dient te worden onderzocht of er gegronde redenen bestaan voor de afwezigheid van de getuige à charge ter terechtzitting. Hoewel de afwezigheid van dergelijke redenen op zichzelf niet leidt tot de schending van het eerlijk proces is zulks wel een belangrijk element dat het oordeel van de rechter doet neigen naar een vaststelling van de schending van de artikelen 6, eerste lid, en 6, derde lid, sub d, EVRM.[75] Anderzijds betekent dit wel dat de afwezigheid van gegronde redenen in bepaalde gevallen nog kan worden 'geneutraliseerd' als gevolg van het onderzoek

72. EHRM 15 december 2011, applicatienr. 26766/05 en 2228/06 (*Al-Khawaja en Tahery t. Verenigd Koninkrijk*); EHRM 15 december 2015, applicatienr. 9154/10 (*Schatschachwili t. Duitsland*).
73. Voor een recente toepassing: EHRM 27 juni 2017, applicatienr. 70792/10 (*Valdhuter t. Roemenië*) en EHRM 23 juni 2016, applicatienr. 3977/13 (*Ben Moumen t. Italië*).
74. EHRM 14 juni 2016, applicatienr. 65400/10 (*Riahi t. België*); C. van de Heyning, 'Riahi, of de kroniek van een aangekondigde veroordeling', *T. Strafr.* 2016/5, p. 347-354.
75. EHRM 14 juni 2016, applicatienr. 65400/10 (*Riahi t. België*), par. 31.

van de volgende twee vragen en bijvoorbeeld door de vaststelling dat de verklaring niet bepalend was en er voldoende compenserende elementen aanwezig waren.[76]

Zonder op dit punt in detail in te gaan kan worden aangestipt dat het EHRM wel bepaalde omstandigheden aanvaardt als een gegronde reden voor de afwezigheid van de getuige, zoals het feit dat de getuige onverwacht verdwenen is en dus onvindbaar[77] of als de getuige overleden is. Het EHRM heeft de aanwezigheid van gegronde redenen ook aangenomen in het geval van het verhoor van politieambtenaren die bij een operatie van infiltratie betrokken waren geweest.[78]

De Belgische rechtspraak was tot voor kort vrij soepel met betrekking tot de beoordeling door de zittingsrechter van een verzoek van de beklaagde tot het verhoren van een getuige à charge ter zitting. Volgens de vaste rechtspraak van het Hof van Cassatie houdt artikel 6, derde lid, sub d, EVRM geen absoluut recht in om getuigen op te roepen en oordeelt de rechter of het verhoor noodzakelijk is voor het achterhalen van de waarheid zolang de rechten van verdediging zijn gerespecteerd.[79] De veelvuldig gehanteerde overweging dat het recht van verdediging wordt geëerbiedigd indien de beklaagde werd geconfronteerd met de belastende verklaringen en hierover op de terechtzitting van de zittingsrechter alle nodige tegenspraak heeft kunnen voeren, zal in de toekomst nochtans niet meer volstaan. Het is immers logisch dat de loutere mogelijkheid om op de zitting de in het vooronderzoek afgelegde getuigenverklaring à charge te kunnen betwisten niet gelijk gesteld kan worden met de ondervraging van die getuige ter zitting. Schuermans ziet hierin een bijkomend argument voor de invoering van een geïntegreerd vooronderzoek, aangezien het verhoor toch moet worden overgedaan door de bodemrechter, ongeacht of dat in het vooronderzoek is gebeurd door de politie, het openbaar ministerie of de onderzoeksrechter.[80]

De door het EHRM voorgeschreven toets werd door het Hof van Cassatie reeds gedaan in een arrest van 14 maart 2017.[81] Geoordeeld werd ook dat deze drieledige

76. Wat bijvoorbeeld het geval was in de zaak *Moumen* (EHRM 23 juni 2016, applicatienr. 3977/13 (*Ben Moumen t. Italië*)).
77. Alhoewel van de nationale staten wel verwacht wordt dat alle redelijke inspanningen worden ondernomen om de betrokken getuige aan te treffen (EHRM 23 juni 2016, applicatienr. 3977/13 (*Ben Moumen t. Italië*)).
78. EHRM 23 mei 2017, applicatienr. 67496/10 en 52936/12 (*Van Wesenbeeck t. België*), par.100-101. Voor een toepassing waar de infiltranten als anonieme getuigen gehoord waren: EHRM 12 januari 2017, applicatienr. 54146/09 (*Batek e.a. t. Tsjechië*).
79. Cass. 14 oktober 2014, P.14.0507.N; Cass. 15 september 2015, P.14.0561.N; Cass. 22 september 2015, P.14.0118.N.
80. F. Schuermans, 'EHRM verplicht oproeping te zitting van getuige à charge', *Juristenkrant* 2016/337, p. 13.
81. Cass. 14 maart 2017, P.16.1152.N.

toets niet dient te worden verricht bij bijvoorbeeld de vraag tot het horen van deskundigen wanneer de deskundigenverslagen geen betrekking hebben op de schuldigverklaring maar enkel op de straftoemeting.[82] De reeds sedert enige tijd aan de gang zijnde beweging 'naar voren' in het strafprocesrecht wordt dan ook door deze rechtspraak, in elk geval wat een vraag tot getuigenverhoor betreft, ernstig afgeremd.

7.4 De omgang met vormverzuimen

7.4.1 Voorgeschiedenis en Antigoon

België heeft sedert enkele jaren een wettelijke regeling inzake de bewijsuitsluiting of de sanctionering van vormverzuimen bij de bewijsvergaring. Artikel 32 VTSV[83] bepaalt thans dat tot nietigheid van onregelmatig verkregen bewijselement enkel wordt besloten indien (1) de naleving van de betrokken vormvoorwaarden wordt voorgeschreven op straffe van nietigheid of (2) de begane onrechtmatigheid de betrouwbaarheid van het bewijs heeft aangetast of (3) het gebruik van het bewijs in strijd is met het recht op een eerlijk proces. Deze wet is in grote mate – zoniet uitsluitend – tot stand gekomen door een wijziging in de rechtspraak die is ingezet met het zogenoemde *Antigoon*-arrest van het Hof van Cassatie van 14 oktober 2003.

82. Cass. 18 april 2017, P.16.1292.N.
83. Zoals ingevoerd door de wet van 24 oktober 2013 (*BS* 12 november 2013).

Het betrokken arrest heeft tot vele discussies en commentaren aanleiding gegeven.[84]

Deze wending in de rechtspraak maakte een einde aan een lange periode van toepassing van een radicale uitsluitingsregel die in 1923 in het Belgische strafprocesrecht zijn intrede had gedaan.[85] Krachtens deze regel wordt het niet toegelaten een persoon te veroordelen op grond van bewijsmateriaal dat op een onrechtmatige manier is verkregen. Met het arrest van het Hof van Cassatie van 13 mei 1986 werd duidelijk dat deze uitsluitingsregel drie soorten onrechtmatig verkregen bewijs betreft: bewijs verkregen door een met de materiële wet strijdige daad, verkregen door middel van een daad strijdig met de regelen van formeel strafprocesrecht en verkregen door een daad strijdig met de algemene rechtsbeginselen.[86] Ook het bewijs verkregen door een handeling die niet verenigbaar is met de grondregels

84. Cass. 14 oktober 2003, Arr.Cass. 2003, nr. 499, Concl. A-G De Swaef, *T. Strafr*. 2004, p. 129-143, met noot P. Traest, 'Onrechtmatig verkregen doch bruikbaar bewijs: het Hof van Cassatie zet de bakens uit', *RABG* 2004/6, p. 333-357, met noot F. Schuermans, 'De nieuwe cassatierechtspraak inzake de sanctionering van het onrechtmatig verkregen bewijs: doorbraak of bres?', *RCJB* 2004, p. 405-438; met noot F. Kuty, 'La règle de l'exclusion de la preuve illégale ou irrégulière: de la précision au bouleversement', *Vigiles* 2004/1, p. 16-27; met noot F. Schuermans, 'Ook de onrechtmatige voertuigzoeking kan dienen als geldig bewijs: het cassatiearrest van 14 oktober 2003', *Vigiles* 2004/1, p. 16-27. In verband met de evolutie van de rechtspraak inzake de bewijsuitsluiting raadplege men tevens de volgende bijdragen: M.A. Beernaert, 'La fin du régime d'exclusion systématique des preuves illicitement receuillies par les organes chargés de l'enquête et des poursuites', *JLMB* 2005, p. 1094-1109; F. Deruyck, 'Wat krom is wordt recht. Over de bruikbaarheid van onrechtmatig verkregen bewijs', in: L. Arnou e.a. (red.), *Strafrecht en strafprocesrecht. Postuniversitaire cyclus Willy Delva*, Mechelen: Kluwer 2006, p. 201-231; S. de Decker, 'Onrechtmatig verkregen bewijs in strafzaken: privaat domein?', *Panopticon* 2007/2, p. 8-18; B. de Smet, 'Stromingen in het stelsel van nietigheden. Nieuwe criteria voor de uitsluiting van onrechtmatig verkregen bewijs', *T. Strafr*. 2005/4, p. 248; S. Berneman, 'Sanctionering van onrechtmatig verkregen bewijsmateriaal: een inleiding tot het Antigoonarrest van 14 oktober 2003', *T. Strafr*. 2004/1, p. 2-39; S. Berneman, 'Van relativering naar rationalisering van de bewijsuitsluitingsregel', *T. Strafr*. 2005/7, p. 489-507; J. de Codt, 'Preuve pénale et nullités', *Rev. dr. pén*. 2009, p. 634-666; A. Masset, 'Les preuves illégales et irrégulières en matière pénale: 8 ans d'application du test Antigone', in: J.P Beauthier e.a. (red.), *Bewijs in strafzaken/la preuve en droit pénal*, Brugge: Die Keure 2011, p. 3-35; F. Schuermans, 'Antigoon geen vrijgeleide voor onbehoorlijk politieoptreden: trekt cassatie de teugels aan?', met noot onder Cass. 23 september 2008, *T. Strafr*. 2009/3, p. 152-158; D. de Wolf, 'Nieuwe wending in de rechtspraak betreffende de sanctie bij onrechtmatig verkregen bewijs: het cassatiearrest van 14 oktober 2003', *RW* 2003-2004, p. 1235-1239; F. Kuty, 'Le droit de la preuve au regard de la jurisprudence récente de la Cour de cassation', in: S. Vallée e.a. (red.), *Questions d'actualité de droit pénal et de procédure pénale*, Brussel: Bruylant 2005, p. 53-107; F. Kuty, 'La règle de l'exclusion de la preuve illégale ou irrégulière: de la précision au bouleversement', *RCJB* 2004, p. 408-438; P. Traest, 'Het bewijs in strafzaken na Antigoon', in: Orde van advocaten Kortrijk (red.), *Recente ontwikkelingen in het strafrecht*, Gent: Larcier 2008, p. 109-137; K. van Doninck, 'Onrechtmatig verkregen bewijs in strafzaken: van dogmatisme naar pragmatisme', in: R. Boydons & R. de Baerdemaker (red.), *Justitie: vraagstukken en perspectieven voor morgen*, Brugge: Die Keure 2013, p. 1-14; A. Masset, 'Jurisprudence Antigone', in: R. Boydons & R. de Baerdemaker (red.), *Justitie: vraagstukken en perspectieven voor morgen*, Brugge: Die Keure 2013, p. 15-30.

85. Cass. 12 maart 1923, Pas. 1923, I, 233; Cass. 10 december 1923, Pas.1924, I, 67, met conclusie van P. Leclercq. In beide gevallen ging het om een onwettig bevonden huiszoeking.

86. Cass. 13 mei 1986, Arr.Cass. 1985-86, nr. 558, conclusie advocaat-generaal J. du Jardin.

van de strafrechtspleging en meer bepaald met de eerbiediging van het verdedigingsrecht, waartoe het zwijgrecht behoort, valt hieronder.[87] In het eerder vermelde arrest van 13 mei 1986 werd voor het eerst ook een onderscheid gemaakt tussen onwettigheid en onrechtmatigheid. Dit laatste begrip kan worden gezien als de waardigheid van het gerecht, met de daaraan verbonden vereiste van loyauteit van het bewijs of nog de vereiste van behoorlijkheid in de opsporing en de bewijsvoering, zeker indien het gaat om handelingen die uitgaan van overheidsagenten of privépersonen die in opdracht van of in samenspraak met de overheid handelen.[88] De notie 'onrechtmatigheid' is derhalve een stuk ruimer dan een loutere onwettigheid.

In twee arresten van respectievelijk 17 januari 1990[89] en 17 april 1991[90] werden vervolgens de krijtlijnen getrokken voor een eerste relativering van de uitsluitingsregel gebaseerd op de hoedanigheid van de verkrijger van het bewijs enerzijds en zijn bedoeling anderzijds.

Een tweede fase van relativering van de sanctie van uitsluiting van onrechtmatig verkregen bewijs heeft betrekking op het onderscheid tussen een aangifte en een bewijs. In het arrest van het Hof van Cassatie van 30 mei 1995[91] oordeelde het Hof

87. Cass. 13 januari 1999, Arr.Cass. 1999, nr. 15, met strijdige conclusie advocaat-generaal De Riemaecker.
88. J. de Jardin, conclusie voor Cass. 4 januari 1994, Arr.Cass. 1994, nr. 1.
89. Cass. 17 januari 1990, Arr.Cass. 1989-90, nr. 310, *RW* 1990-1991, 463-464, noot Huybrechts. Dit arrest had betrekking op een aantekenboekje dat de 'zwarte' boekhouding van de beklaagde bevatte en gestolen werd door een persoon die oorspronkelijk de betrokkene hiermee wilde chanteren doch vervolgens zijn plannen wijzigde en dit boekje overhandigde aan een andere persoon, die het ten slotte aan de politiediensten overmaakte. Op basis van dit bewijselement werd de beklaagde vervolgens veroordeeld.
90. Cass. 17 april 1991, Rev.dr.pén. 1992, 94-109, noot De Valckeneer, *RW* 1991-1992, 403, noot Vandeplas. Dit arrest had betrekking op het gebruik in een strafproces van gegevens die ten nadele van de beklaagde waren gestolen door zijn echtgenote, met wie hij in een echtscheidingsprocedure was gewikkeld. Bij een huiszoeking ingevolge de door de beklaagde wegens de diefstal ingediende klacht werden deze stukken aangetroffen en werden zij vervolgens gebruikt om de beklaagde te veroordelen. Over dit arrest en het in de vorige noot vermelde arrest zie eveneens: F. Hutsebaut, 'Private opsporing en de bewijsvoering voor de strafrechter', in: L. van Outrive, T. Decorte & W. van Laethem (red.), *Private bewaking en opsporing en de grondrechten van de mens: verslag van de dubbele studiedag op 9 en 18 mei 1995*, Brussel: Politeia 1995, p. 209 e.v.; J. de Codt, 'Les nullités de l'instruction préparatoire et le droit de la preuve. Tendances récentes', *Rev.dr.pén*. 2000, p. 54-57 en P. Traest, 'De rol van de particulier in het bewijsrecht in strafzaken', in: Y. Pouillet, J. du Jardin & H. Vuye (red.), *Liber Amicorum Jean du Jardin*, Antwerpen: Kluwer 2001, p. 66-71.
91. Cass. 30 mei 1995, Arr.Cass. 1995, nr. 267, Concl. A-G Goeminne, J.L.M.B. 1998, 488, met noot F. Kuty, R.Cass. 1996, 142 e.v.; met noot P. Traest, *Rev. dr. pén*. 1996, 118. In deze zaak was een informatieonderzoek gestart als gevolg van op aanwending van afluistertechnieken steunende inlichtingen die door de Franse rijkswacht waren medegedeeld. Deze technieken waren toegepast op een ogenblik dat Frankrijk nog niet beschikte over wetgeving die het afluisteren van telefoongesprekken overeenkomstig artikel 8 EVRM toeliet. De feitenrechters hadden geoordeeld dat het in België gevoerde onderzoek niet los kon worden gezien van het in Frankrijk gevoerde onderzoek, dat het noodzakelijke uitgangspunt vormde.

van Cassatie dat het bewijs van een misdrijf niet hetzelfde is als de bekendmaking van een misdrijf en dat een bekendmaking niet voor onbestaande kan gehouden worden. Het Hof overweegt verder:

> 'Overwegende dat in geval van bekendmaking van een misdrijf het aan het bevoegde openbaar ministerie staat te oordelen welk gevolg hieraan wordt gegeven en of het mogelijk lijkt om er regelmatig bewijs van in te zamelen. Dat de omstandigheid dat de aangever van het misdrijf dit ingevolge een onwettigheid heeft vernomen, geen afbreuk doet aan de rechtmatigheid van het bewijs, dat zelf zonder enige onwettigheid naderhand werd verkregen.'

De hierboven uitgelichte *Antigoon*-rechtspraak werd vrij snel in een wettelijke regeling omgezet waar het gaat om de uitsluiting van onrechtmatig verkregen bewijs in een internationale context.[92]

7.4.2 Wettelijke regeling

Sedert de vermelde wettelijke regeling uit 2013 zijn er slechts drie gevallen waarin tot onrechtmatigheid en dus uitsluiting van het bewijs kan worden besloten.

De eerste situatie is voor de praktijk weinig relevant. Er zijn immers in de Belgische wetgeving zeer weinig vormvoorschriften die op straffe van nietigheid zijn voorgeschreven. In de gevallen waarin dit wel het geval is (bijvoorbeeld artikel 86bis § 4 en 86ter § 5 in verband met de motivering van de beschikkingen van de onderzoeksrechter inzake anonieme getuigenis) kan men zich bovendien de vraag stellen of het steeds gaat om vormvoorschriften die dermate essentieel zijn dat een dergelijke sanctie dient te gelden. Anderzijds is er van enige nietigheidssanctie geen sprake in de artikelen betreffende de bijzondere opsporingsmethoden, de huiszoeking, het DNA-onderzoek en dergelijke meer. Zulks is het logische gevolg van het feit dat de wetgever in het verleden bij het uitwerken van een wettelijke regeling omtrent onderzoeks- en opsporingsmethoden, gelet op de tot 2003 geldende absolute uitsluitingsregel, zich nooit de vraag heeft hoeven stellen of het betrokken vormvoorschrift dermate essentieel was dat aan de miskenning ervan een nietigheidssanctie diende te worden gekoppeld. De miskenning van verdragsrechtelijk of grondwettelijk gewaarborgde rechten heeft evenmin tot gevolg dat het bewijs altijd ontoelaatbaar is.[93]

---

92. Artikel 13 van de wet van 9 december 2004 betreffende de internationale politiële verstrekking van gegevens van persoonlijke aard en informatie met gerechtelijke finaliteit, de wederzijdse internationale rechtshulp in strafzaken en tot wijziging van artikel 90ter van het Wetboek van Strafvordering (*BS* 24 december 2004).
93. Cass. 16 november 2004, *T. Strafr.* 2005, 285, noot R. Verstraeten en S. de Decker, 'Antigoon sluit de achterpoort maar opent een raam', *RABG* 2005, 504, Concl. A-G P. Duinslaeger. Ook de omstandigheid dat de niet nageleefde bepaling de bescherming van het privéleven beoogt, doet niets af aan de regel dat bewijs enkel kan worden uitgesloten in de gevallen bepaald in artikel 32 VTSV.

De tweede uitsluitingsgrond heeft betrekking op de gevallen waarbij de onrechtmatigheid of de onregelmatigheid bij de bewijsgaring wel een onmiddellijke impact heeft op de betrouwbaarheid van het bewijs. De toegevoegde waarde van dit criterium is gering aangezien dit vooral aan de orde is in de gevallen waarbij de betrokken bewijsmethode wettelijk geregeld is en dat komt weinig voor. De toepassing van dit criterium is in de praktijk dan ook verwaarloosbaar.[94]

Het derde criterium is logischerwijze dan ook het criterium dat in de praktijk het meest tot discussie aanleiding heeft gegeven. Deze derde uitsluitingsgrond verwijst rechtstreeks naar artikel 6 EVRM en de notie van het eerlijk proces. Het Hof van Cassatie heeft dit uitsluitingscriterium in meerdere arresten sedert 2003 nader ingevuld. De door het Hof van Cassatie uitgewerkte subcriteria zijn niet cumulatief toe te passen. Het gaat enkel om criteria waar de rechter rekening mee kan houden maar zonder dat hij verplicht zou zijn om in elke concrete casus al deze criteria te overlopen en te onderzoeken. Hieruit blijkt dus al dat de feitenrechter een bijzonder grote vrijheid heeft bij de beoordeling van het lot van het onrechtmatig verkregen bewijs.

De subcriteria die werden uitgewerkt zijn de volgende:[95]

- de vraag of de overheid die met de opsporing, het onderzoek en de vervolging van misdrijven is belast de onrechtmatigheid al dan niet opzettelijk heeft begaan. Zelfs een opzettelijk begane onrechtmatigheid hoeft niet tot bewijsuitsluiting te leiden terwijl een onverschoonbare fout van de opsporingsambtenaren (die dus niet opzettelijk is) wel kan leiden tot bewijsuitsluiting;
- de verhouding tussen de ernst van de onregelmatigheid en de ernst van het misdrijf. Naarmate de ernst van de onderzochte feiten toeneemt, mag de rechter dus meer door de vingers zien. Dit subcriterium is bevreemdend aangezien het EHRM deze redenering niet lijkt te volgen.[96] Op te merken valt dat dit subcriterium in de praktijk, al dan niet in samenhang met andere subcriteria, geregeld wordt aangewend om onrechtmatig verkregen bewijs niet uit te sluiten;
- de omstandigheid dat het onrechtmatig verkregen bewijs alleen een materieel element van het misdrijf betreft. Dit criterium wordt in de praktijk weinig toegepast;
- de omstandigheid dat de onrechtmatigheid geen weerslag heeft gehad op het recht of de vrijheid die de norm beoogt te beschermen.[97] Dit subcriterium ver-

94. J. Meese, 'Het bewijs in strafzaken', in: P. Taelman (red.), *Efficiënt procederen voor een goede rechtsbedeling. XLIste Postuniversitaire cyclus Willy Delva*, Mechelen: Wolters Kluwer 2016, p. 525.
95. Meese 2016, p. 527-531.
96. Naarmate de ernst van de feiten en dus het risico op een zware bestraffing van de beklaagde toeneemt, moet de strafprocedure meer waarborgen inhouden (zie bijv. EHRM 27 november 2008, applicatienr. 36391/02 (*Salduz t. Turkije*), par. 54).
97. Zie in dit verband het zgn. winkelkassa-arrest: Cass. 2 maart 2005, Arr. Cass. 2005, nr. 130, *JLMB* 2005, 1086-1109, met noot M.A. Beernaert.

toont een zeer grote gelijkenis met de normdoeltheorie of de zogenoemde Schutznorm;
– de omstandigheid dat het miskende vormvoorschrift een puur formeel karakter heeft. Algemeen wordt evenwel aangenomen dat dit vijfde subcriterium weinig of niets toevoegt.

De wettelijke verankering van de *Antigoon*-rechtspraak in artikel 32 VTSV heeft tot gevolg gehad dat er geen ruimte meer bestaat voor de aanneming van andere hoofdcriteria. Zo heeft het Hof van Cassatie in een arrest van 24 april 2013 – derhalve voor de invoering van artikel 32 VTSV – geoordeeld dat bewijsmateriaal niet mag worden aangewend indien dit werd verkregen in strijd met substantiële voorschriften die raken aan de organisatie van hoven en rechtbanken.[98] In dezelfde zaak werd vervolgens op 23 september 2015 geoordeeld dat de nietigheid van een onregelmatig verkregen bewijselement, bedoeld in artikel 32 Voorafgaande Titel Wetboek van Strafvordering, dat betrekking heeft op de eerbiediging van de op straffe van nietigheid voorgeschreven vormvoorschriften, geen miskenning inhoudt van een substantiële regel betreffende de organisatie van de hoven en rechtbanken en werd vervolgens aangenomen dat de betrokken vergissing door de opsporingsambtenaren verschoonbaar was.[99] Hierdoor wordt het vermoeden versterkt dat ook deze onregelmatigheden enkel tot uitsluiting kunnen leiden indien zij onder de toepassing van artikel 32 VTSV kunnen worden gebracht.[100]

Ook de omstandigheid dat het miskende voorschrift ertoe strekt de intrinsieke kwaliteit van het bewijs te waarborgen blijkt na de invoering van artikel 32 VTSV niet voldoende voor bewijsuitsluiting. Voortaan wordt vereist dat het bewijs voorligt dat de onregelmatigheid de kwaliteit en de betrouwbaarheid van het bewijs daadwerkelijk heeft aangetast.[101] Bij de totstandkoming van de wet van 24 oktober 2013 in het parlement was de vraag aan de orde of de twee voormelde criteria – het bestaan van substantiële voorschriften die raken aan de organisatie van hoven en rechtbanken en een aantasting van de intrinsieke kwaliteit van het bewijs – al dan

98. Cass. 24 april 2013, *RW* 2013-14, 1620, noot B. De Smet.
99. Cass. 23 september 2015, *RDPC* 2016, p. 72-89, noot M.A. Beernaert. De regel vervat in artikel 32 VTSV geldt voor alle onregelmatigheden, ongeacht of zij een inbreuk inhouden op een bepaling van openbare orde dan wel betrekking hebben op een regel van rechterlijke organisatie (Cass. 19 mei 2015, *T. Strafr.* 2015, 261, noot T. Decaigny).
100. Zie tevens Cass. 19 april 2016, *T. Strafr.* 2016, p. 366-369, met noot Van De Heyning (i.v.m. de gevolgen van de vernietiging van artikel 126 van de wet van 13 juni 2005 betreffende de elektronische communicatie door het Grondwettelijk Hof op de gegevens die op basis van een eerdere versie van deze wet werden bijgehouden).
101. Cass. 14 mei 2014, conclusie D. Vandermeersch, *NC* 2015, p. 43-49, met noot T. de Coster, 'Over de toepassing van de Antigooncriteria op het zogenaamd "wettelijk bewijs". Een kroniek van een aangekondigde dood?'.

niet in de wettelijke regeling dienden te worden opgenomen doch zulks werd door de Kamer van Volksvertegenwoordigers categorisch afgewezen.[102]

Indien er alsnog tot bewijsuitsluiting wordt overgegaan strekken de gevolgen van deze uitsluiting zich zoals voorheen nog steeds uit tot de vruchten van het onrechtmatig verkregen bewijs. Het gaat hierbij om het bewijs dat rechtstreeks of onrechtstreeks voortvloeit uit het primaire bewijs.[103] De Belgische bewijsuitsluitingsregeling vond ondertussen ook al genade in de ogen van het EHRM.[104]

Aan dit alles moet nog worden toegevoegd dat volgens de rechtspraak een onderscheid dient te worden gemaakt tussen inlichtingen die toelaten een onderzoek te starten of te oriënteren enerzijds en het bewijs van de feiten anderzijds. De eerstbedoelde inlichtingen hebben geen bewijswaarde, ook al kunnen op die grond autonoom bewijzen worden vergaard.[105] Het gebruik van onrechtmatig verkregen inlichtingen die niet dienen als bewijs maar louter worden aangewend ter oriëntering en voor de verdere uitbouw van een strafonderzoek leidt volgens het Hof van Cassatie niet tot de onontvankelijkheid van de strafvordering. Dit ontslaat evenwel de rechter die vaststelt dat dergelijke inlichtingen onrechtmatig werden verkregen, niet van de verplichting na te gaan of het gebruik van die inlichtingen met dat doel het recht van de partijen op een eerlijk proces niet aantast, waarbij het eerlijk proces in zijn geheel moet worden beschouwd.[106] Wel werd geoordeeld dat onregelmatigheden die betrekking hebben op de ontvankelijkheid van de strafvordering niet kunnen worden beoordeeld aan de hand van de regels voor de beoordeling van onrechtmatig verkregen bewijs.[107]

8 Rechtsmiddelen

8.1 Hoger beroep

Het hoger beroep en het verzet in strafzaken werden in het voorjaar van 2016[108] op ingrijpende wijze hervormd. Met de invoering van het grievenstelsel en de daar-

102. Zie in dit verband o.a. het verslag van de Commissie voor de Justitie van de Kamer: *Parl.St*. Kamer, 2012-13, nr. 0041/015, waar de door de Senaat aangebrachte wijzigingen ongedaan werden gemaakt, en de daaraan voorafgaande parlementaire behandeling van het oorspronkelijke voorstel.
103. Meese 2016, p. 537.
104. O.a. recent EHRM 31 januari 2017, applicatienr. 40233/07 (*Kalnénienė t. België*), *T. Strafr*. 2017, p. 112- 121, met noot C. van de Heyning, 'Antigoon doorstaat (voorlopig) de mensenrechtentoets'.
105. Cass. 5 februari 2013, *T. Strafr*. 2014, 55, met noot F. Schuermans.
106. Cass. 28 februari 2017, P.16.0261.N; Cass. 18 april 2017, P.16.1292.N.
107. Cass. 19 januari 2016, P.15.0768.N. In casu ging het om de machtiging voor een aangifte wegens fiscale misdrijven overeenkomstig artikel 29 Sv.
108. Wet van 5 februari 2016 tot wijziging van het strafrecht en de strafvordering en houdende diverse bepalingen inzake justitie (*BS* 19 februari 2016).

mee samenhangende verlenging van de beroepstermijn heeft de wetgever een doelmatigere behandeling van de strafzaken in hoger beroep beoogd. Daarnaast is ook de omvang van het debat voor de appelrechter sterk beperkt. Een en ander strekt ertoe de instroom aan beroepsprocedures te beperken en de doorstroom van strafzaken in graad van hoger beroep te versnellen.
Alle partijen in de hoofdzaak kunnen in principe tegen elke rechterlijke beslissing hoger beroep aantekenen. De hervorming heeft op dit vlak geen wijzigingen aangebracht aan de geldende principes. Op dit beginsel bestaan slechts een aantal uitzonderingen. Zo zijn de arresten van het hof van assisen en de arresten van het hof van beroep ingeval van voorrang van rechtsmacht niet appellabel. Evenmin kan dit rechtsmiddel worden aangewend tegen rechterlijke beslissingen of maatregelen van inwendige aard.

De termijn om dit rechtsmiddel aan te wenden is aanzienlijk verlengd door de hervorming in 2016. Deze wijziging hangt samen met de nieuwe vereiste om in een verzoekschrift van hoger beroep de grieven tegen het vonnis a quo te formuleren. De bijkomende vormvoorschriften verantwoorden een verlenging van de beroepstermijn. Momenteel bedraagt de standaardtermijn dertig dagen na de dag van de uitspraak of, indien het een verstekvonnis betreft, na de dag van de betekening ervan aan de veroordeelde partij of aan haar woonplaats (artikel 203, §1, eerste lid, van het Wetboek van Strafvordering). In tegenstelling tot voorheen, toen het beroep diende te worden aangetekend binnen vijftien dagen na de uitspraak, sluit de huidige beroepstermijn meer aan bij de termijn in burgerlijke zaken, die één maand bedraagt. Het openbaar ministerie beschikt evenwel over een bijkomende termijn van tien dagen om zelf hoger beroep in te stellen, nadat de beklaagde of de burgerrechtelijk aansprakelijke partij hoger beroep heeft aangetekend.[109] Dit zogeheten 'volgappel' biedt de appelrechter de mogelijkheid om tot strafverzwaring te beslissen. Het opleggen van een zwaardere straf in tweede aanleg is immers alleen dan mogelijk wanneer ook het openbaar ministerie hoger beroep aantekent.

Een bijzonderheid is daarnaast de specifieke termijn voor het hoger beroep dat wordt ingesteld door het openbaar ministerie bij het appelgerecht. Dit hoger beroep dient te worden betekend aan de beklaagde of de burgerrechtelijk aansprakelijke partij. De termijn voor dit beroep bedraagt veertig dagen te rekenen van de dag van de uitspraak van het vonnis (artikel 205 van het Wetboek van Strafvordering). Wanneer het hoger beroep tegen de burgerlijke partij is gericht, dan beschikt deze ten slotte over een aanvullende termijn van tien dagen om hoger beroep in te stellen tegen de beklaagden en de burgerrechtelijk aansprakelijke partijen die zij in de zaak wil doen blijven.[110]

109. Artikel 203, §1, tweede lid, Sv.
110. Artikel 203, §2, Sv.

Het hoger beroep in strafzaken wordt ingesteld door het afleggen van een verklaring op de griffie van de rechtbank die in eerste aanleg uitspraak heeft gedaan. Waar voorheen een eenvoudige verklaring ter griffie volstond om in strafzaken hoger beroep aan te tekenen, geldt thans een bijkomende ontvankelijkheidsvereiste. Er dient nu ook een verzoekschrift te worden ingediend (artikel 204 Sv). Het verzoekschrift dient een nauwkeurige opgave van de grieven te bevatten, die tegen het vonnis waartegen hoger beroep wordt ingesteld worden ingebracht. De partij die hoger beroep instelt, waaronder ook het openbaar ministerie valt, dient dus reeds bij het aantekenen van het hoger beroep aan te geven op welke punten het beroepen vonnis dient te worden hervormd. Deze nieuwe vormvereiste strekt ertoe de aanwending van het hoger beroep te rationaliseren.

De verplichting tot het neerleggen van een verzoekschrift, waarin de grieven tegen het beroepen vonnis worden vermeld, is voorgeschreven op straffe van verval van het hoger beroep. Een miskenning van deze verplichting leidt dus tot de onontvankelijkheid van het ingestelde hoger beroep. Het grievenverzoekschrift dient binnen de beroepstermijn, i.e. in beginsel binnen de dertig dagen na de uitspraak, te worden ingediend. Voor het grievenverzoekschrift kan een partij gebruikmaken van een modelformulier, doch dat is geenszins verplicht.

In het grievenverzoekschrift dient de appellant aan te geven op welke punten hij de in eerste aanleg gewezen beslissing betwist. Daarbij hoeven de middelen om het beroep te onderbouwen nog niet te worden opgenomen. Het modelformulier bevat verschillende opties, die bij wijze van aanvinken kunnen worden geselecteerd. Het aankruisen van de toepasselijke vakjes is in principe voldoende, al is er ook de mogelijkheid om de redenen meteen toe te voegen bij het instellen van het hoger beroep.

Het instellen van hoger beroep heeft tot doel om de strafzaak opnieuw aan een andere strafrechter voor te leggen. Conform het beginsel van de devolutieve werking behandelt de rechter in graad van beroep de strafzaak opnieuw. Het strafproces wordt overgedaan, doch ditmaal in tweede aanleg en voor een andere rechter dan deze die het vonnis waartegen beroep is ingesteld heeft gewezen. Het opnieuw doen van de zaak in het hoger beroep is evenwel beperkt tot het deel van de beslissing dat aan de appelrechter wordt voorgelegd. Luidens de regel '*tantum devolutum quantum appelatum*' mag de rechter slechts kennisnemen van de zaak binnen de perken van wat hem is voorgelegd door de partij die het beroep heeft ingesteld. Wanneer het hoger beroep alleen gericht is tegen de burgerlijke vordering, mag de appelrechter zich enkel uitspreken over de beslissing op burgerlijk gebied en niet meer op strafgebied.

Hoewel mag worden aangenomen dat het beginsel van de devolutieve werking van het hoger beroep in strafzaken nog steeds geldt, wordt de toepassing ervan ingeperkt ingevolge de invoering van het grievenstelsel. Deze recente hervorming heeft immers tot gevolg dat de strafrechter in beroep zich enkel kan uitspreken over de door de appellant in het grievenverzoekschrift aangehaalde grieven alsmede over de grieven van openbare orde die de rechter ambtshalve kan opwerpen. De rechter kan enkel de grieven van openbare orde ambtshalve opwerpen die betrekking hebben op de substantiële en op straffe van nietigheid voorgeschreven vormen, dan wel op zijn bevoegdheid, de verjaring van de feiten die bij hem aanhangig zijn gemaakt, het gegeven dat de feiten die bij hem wat betreft de schuldvraag aanhangig zijn gemaakt, geen misdrijf zijn of de noodzaak om deze feiten te herkwalificeren of een niet te herstellen nietigheid die het onderzoek naar deze feiten aantast.[111]

Aldus kunnen voor de strafrechter in tweede aanleg slechts middelen worden aangevoerd die betrekking hebben op hetzij een in het grievenformulier aangeduide grief, hetzij een in de wet genoemde grief van openbare orde, die de rechter ambtshalve mag opwerpen.
Het belang van een weloverwogen keuze bij het aantekenen van hoger beroep kan dan ook nauwelijks overschat worden. Een miskenning van de regels heeft immers hetzij de onontvankelijkheid van het beroep, hetzij een beperking van de beslissingsmogelijkheid van de rechter tot gevolg, wat hoe dan ook een bijzonder ernstige impact kan hebben op de uitkomst van het strafproces.

8.2 Verzet

In België bestaat ook het rechtsmiddel van het verzet. Het verzet is het rechtsmiddel dat ter beschikking staat aan de partij die verstek heeft laten gaan. Het brengt de zaak voor het rechtscollege dat de oorspronkelijke beslissing heeft geveld. Is het verzet ontvankelijk, dan vervalt het verstekvonnis of -arrest en komt het nieuwe vonnis of arrest in de plaats, tenzij het verzet alsnog ongedaan verklaard wordt.

Verstek laten gaan, en hiermee samenhangend, verzet aantekenen tegen een verstekvonnis of -arrest, is een recht. Vanaf het ogenblik dat de rechtspleging de fase van het onderzoek ter terechtzitting heeft bereikt, hebben partijen het recht aanwezig te zijn. Zij zijn daartoe echter niet verplicht. Indien zij niet ter terechtzitting verschijnen, wordt de procedure in hun afwezigheid afgewikkeld en wordt het vonnis of arrest bij verstek gewezen. Zij hebben echter onder bepaalde voorwaarden het recht tegen deze beslissing verzet aan te tekenen.[112] Dit principe geldt niet voor het

111. Artikel 210, tweede lid Sv.
112. Voor historische duiding hierover, zie G. Knigge, 'De strafvordering in het geding', *Handelingen NJV* 1994/1, p. 39-116.

openbaar ministerie: zijn aanwezigheid is voorgeschreven op straffe van nietigheid van de rechtspleging.

Verzet kan enkel worden aangetekend wanneer de beklaagde verstek heeft laten gaan. De beslissing waartegen verzet wordt aangetekend moet dus bij verstek gewezen zijn (artikel 187 § 5, onder 2, Sv). Om te beoordelen of een beslissing al dan niet bij verstek is gewezen bestaat een vrij complexe regeling. Doorslaggevend is de vraag of de partij aanwezig was tijdens de debatten en haar middelen heeft laten gelden. In principe zijn alle beslissingen die bij verstek werden gewezen, vatbaar voor verzet, ongeacht of ze in eerste of in laatste aanleg gewezen zijn. Verzet kan dus worden aangewend tegen verstekvonnissen van de politierechtbank en van de correctionele rechtbank, in eerste aanleg gewezen, en tegen beslissingen van de correctionele rechtbank en het hof van beroep die in laatste aanleg werden gewezen. Ook arresten van het hof van assisen kunnen bij verstek worden gewezen en zijn dan vatbaar voor verzet (artikelen 286 en 356 Sv).[113]

Alle partijen, behalve het openbaar ministerie, kunnen verzet aantekenen, dus de beklaagde, de burgerlijke partij, de burgerlijk aansprakelijke partij en de (vrijwillig of gedwongen) tussenkomende partij.

Een onderscheid wordt gemaakt tussen de gewone en de buitengewone termijn om verzet aan te tekenen, afhankelijk van de vraag of het verstekvonnis of -arrest aan de beklaagde kon worden betekend. De gewone termijn (artikel 187 al. 1 Sv) geldt wanneer het verstekvonnis of -arrest aan de betrokkene (beklaagde, burgerlijke partij, burgerlijk aansprakelijke partij) kon worden betekend. De gewone termijn bedraagt vijftien dagen na de dag waarop het vonnis werd betekend. De dag van betekening is dus niet in de termijn begrepen. Wel is vereist dat het om een regelmatige betekening gaat. Indien de betekening niet regelmatig is, begint de termijn van verzet niet te lopen.[114]

De buitengewone termijn van verzet biedt de beklaagde die bij verstek werd veroordeeld en die, omdat het vonnis hem niet in persoon kon worden betekend, geen verzet heeft kunnen aantekenen, de mogelijkheid om alsnog verzet aan te tekenen nadat hij kennis heeft gekregen van de betekening van het verstekvonnis of -arrest. Deze termijn bedraagt vijftien dagen na de dag waarop hij van de betekening ken-

113. Vroeger waren arresten van het assisenhof niet vatbaar voor verzet: de aanwezigheid van de beschuldigde was immers verplicht. Indien hij bij weerspannigheid werd gevonnist, dan stond tegen het arrest geen verzet open. Deze regeling werd gewijzigd door de Wet van 30 juni 2000, die de artikelen 381 e.v. Sv invoegde.

114. Cass. 9 maart 2016, AR.P.15.1679.F, conclusie D. Vandermeersch, *T. Strafr.* 2016, p. 236-239, met noot T. Decaigny.

nis heeft gekregen, en indien het niet blijkt dat hij daarvan kennis heeft gekregen, totdat de termijnen van verjaring van de straf zijn verstreken.[115]

Wanneer verzet binnen de gewone termijn werd aangetekend, heeft het een schorsende werking: het aangevochten vonnis of arrest treedt niet in kracht van gewijsde en de tenuitvoerlegging van de beslissing is dus niet mogelijk. Wanneer binnen de gewone termijn echter geen verzet noch hoger beroep werd aangetekend, dan treedt het verstekvonnis of -arrest voorlopig in kracht van gewijsde.[116] Wanneer het verzet ontvankelijk is verklaard, en daardoor het verstekvonnis of verstekarrest is vervallen, wordt het onderzoek ter terechtzitting overgedaan, ditmaal in aanwezigheid van de beklaagde. Het vooronderzoek (opsporings- of gerechtelijk onderzoek) en het onderzoek ter terechtzitting dat tot de beslissing bij verstek leidde, blijven echter geldig. Bij de beslissing over het ingestelde verzet dient een onderscheid te worden gemaakt tussen de ontvankelijkheid en de gegrondheid van het rechtsmiddel. Het verzet is onontvankelijk indien het laattijdig is, het niet regelmatig is naar de vorm of indien het wordt aangewend tegen een vonnis of arrest dat op tegenspraak is gewezen (artikel 187 § 5 Sv). Ook wanneer vooraf een ontvankelijk hoger beroep werd ingesteld is het verzet niet-ontvankelijk.

Sedert de wet van 5 februari 2016 dient in het bijzonder aandacht te worden besteed aan de notie van het 'ongedaan verzet', die voorheen ook bestond doch nu gevoelig werd uitgebreid en thans twee situaties beoogt. Het verzet is nu 'ongedaan' in twee gevallen: (1) de verzet doende partij laat nogmaals verstek gaan;[117] (2) de verzetdoende partij verschijnt maar kan geen geldige reden aanvoeren om haar eerste verstek te verantwoorden. Deze laatste grond werd door de wet van 5 februari 2016 ingevoerd met de bedoeling de verzetsprocedures te beperken en een sanctie te voorzien voor versteklatende partijen die geen geldige reden kunnen aanvoeren voor hun afwezigheid op het proces. Artikel 187 § 6, 1°, Sv bepaalt nu dat het verzet als ongedaan wordt beschouwd indien de eiser in verzet, wanneer hij persoonlijk of in de persoon van een advocaat verschijnt en vaststaat dat hij kennis heeft gehad van de dagvaarding in de procedure waarin hij verstek heeft laten gaan, 'geen gewag maakt van overmacht of van een wettige reden van verschoning ter rechtvaardiging van zijn verstek bij de bestreden rechtspleging'. Het erkennen van de aangevoerde overmacht of reden wordt overgelaten aan het soevereine oordeel van de rechter. Dergelijke ongedaanverklaring van het verzet kan, vermits zij opgevat is als een sanctie op de ongewettigde niet-verschijning van de

115. Cass. 8 juli 1997, *RW* 1998-99, 570 (verzet – buitengewone termijn – 'kennis krijgen' betekent niet afschrift krijgen van de akte van betekening of inhoud ervan).
116. Dergelijke beslissing kan dus als grondslag voor herhaling dienen (Cass. 26 februari 2014, P.14.0147.F).
117. Dit was onder de vroegere regeling de enige toepassing van het 'ongedaan verzet'.

betrokkene, slechts worden toegepast indien vaststaat dat de eiser in verzet kennis had van de dagvaarding in de verstekprocedure. De bewijslast in dit verband rust op het openbaar ministerie en het komt dus niet aan de eiser in verzet toe om te bewijzen dat hij geen kennis had van de dagvaarding in de verstekprocedure.[118] Overmacht kan het gevolg zijn van een onvoorzienbare en onoverkomelijke hindernis die elke schuld van de betrokkene uitsluit. Het begrip 'wettige reden van verschoning' werd niet nader uitgelegd maar wellicht gaat het om de situatie van iemand die aan de zitting wel wenste deel te nemen maar daar niet in slaagde, zonder dat er sprake is van een verwijtbare fout of nalatigheid.[119] Een wettige reden van verschoning is elke ter verklaring van deze afwezigheid aangevoerde omstandigheid waarvoor enig begrip kan worden opgebracht en zonder dat de verstekdoende partij een fout of nalatigheid kan worden verweten.[120]

Is het verzet ontvankelijk en niet ongedaan, dan wordt de zaak opnieuw onderzocht en komt de nieuwe beslissing in de plaats van de oude. De rechter moet hierbij de zaak opnieuw onderzoeken in de mate dat de verstekbeslissing door het verzet werd aangevochten.

8.3 Cassatieberoep

Tegen een veroordeling staat ook cassatieberoep open. Zoals ook in andere landen het geval is, oordeelt het Belgische Hof van Cassatie enkel over de toepassing van de wet en de algemene rechtsbeginselen en kan het zich zodoende niet in de plaats stellen van de feitenrechter. De toegang tot het Hof van Cassatie is vrij ruim te noemen. Elke strafrechtelijke veroordeling, ongeacht de ernst van de uitgesproken straf, kan aan het oordeel van het Hof van Cassatie worden onderworpen, met inbegrip van de beslissingen waar enkel de schuldigverklaring wordt vastgesteld zonder dat er ook daadwerkelijk een straf wordt uitgesproken. De termijn om cassatieberoep aan te tekenen bedraagt vijftien dagen. Wel moet het cassatieberoep worden aangetekend door een advocaat die daartoe in het bezit is van een getuigschrift.[121] Hetzelfde geldt voor de advocaat die bij het Hof van Cassatie een memorie tot staving van het cassatieberoep of een memorie van antwoord indient.

118. Cass. 17 januari 2017, AR P.16.0989.N; S. Van Overbeke, 'Verzet en hoger beroep in strafzaken na de wet van 5 februari 2016 tot wijziging van het strafrecht en de strafvordering en houdende diverse bepalingen inzake justitie ("Potpourri II")', *RW* 2015-16, p. 1409 en T. De Meester, 'Rechtsmiddelen', in: L. Augustyns, K. Beirnaert & P. Tersago (red.), *Potpourri II. Strafrecht en strafprocesrecht*, Antwerpen: Intersentia 2016, p. 123.
119. B. De Smet, 'Verstek en verzet', in: J. Decoker e.a., 'De wet van 5 februari 2016 tot wijziging van het strafrecht en de strafvordering houdende diverse bepalingen inzake justitie (Potpourri II), gewikt en gewogen', *T. Strafr*. 2016/1, p. 36.
120. Cass. 25 april 2017, AR P.17.0066.N.
121. Dergelijk getuigschrift kan worden verworven door het volgen van een opleiding over de cassatieprocedure in strafzaken.

9 De tenuitvoerlegging van straffen

Wat de tenuitvoerlegging van de straffen betreft, dient een onderscheid te worden gemaakt tussen geldboeten en verbeurdverklaringen enerzijds en vrijheidsstraffen anderzijds. De geldboeten en verbeurdverklaringen worden op initiatief van het openbaar ministerie uitgevoerd door de bevoegde ambtenaren van de FOD Financiën. Personen die tot een geldboete werden veroordeeld kunnen van het parket of de Ontvanger betalingsfaciliteiten toegestaan krijgen. Zulks is nochtans geen recht en ook de strafrechter kan dergelijke faciliteiten niet toestaan.

Met twee wetten van 17 februari 2014 werd het Strafrechtelijk uitvoeringsonderzoek (SUO) ingevoerd, waardoor aanvullende opsporingshandelingen kunnen worden gesteld met de bedoeling om de verbeurd te verklaren goederen en vermogensbestanddelen waarmee de geldboetes zouden kunnen voldaan worden op te sporen.

De vrijheidsstraffen worden uitgevoerd op initiatief van het openbaar ministerie en ten uitvoer gelegd door het directoraat-generaal 'Penitentiaire inrichtingen' van de FOD Justitie. Wanneer de veroordeelde geen gevolg geeft aan de aanmaning dat hij zich binnen vijf dagen in de gevangenis moet aanbieden vaardigt het openbaar ministerie een vattingsbevel uit dat toelaat de persoon van zijn vrijheid te beroven met het oog op de uitvoering van de straf. De verdere uitvoering van de vrijheidsstraf wordt voornamelijk beheerst door twee concepten, met name de voorwaardelijke invrijheidstelling enerzijds en de strafuitvoeringsrechtbank anderzijds.

De voorwaardelijke invrijheidstelling bestaat in België reeds sedert de wet van 31 mei 1888 en werd sedertdien meermaals herzien. Zonder in detail te treden kan worden opgemerkt dat de minister van Justitie nog steeds bevoegd is om sommige strafuitvoeringsmodaliteiten toe te staan, zoals de uitgaansvergunning, het penitentiair verlof, de onderbreking van strafuitvoering en de invrijheidstelling met het oog op verwijdering van het grondgebied.[122] De belangrijke strafuitvoeringsmodaliteit van de voorwaardelijke invrijheidstelling wordt beslist door de strafuitvoeringsrechtbank, althans voor zover het uitvoerbare gedeelte van de straf meer dan drie jaar bedraagt. Voor lagere vrijheidsstraffen is het eveneens de bedoeling dat deze rechtbank bevoegd is maar deze bepalingen zullen maar in werking treden op 1 oktober 2019. In principe dient de veroordeelde een derde van zijn straf te hebben ondergaan. Indien in de veroordeling werd vastgesteld dat de betrokkene zich in staat van herhaling bevond, is dit twee derden. Bij een veroordeling tot dertig jaar of meer dient minstens vijftien jaar te zijn uitgevoerd en in sommige andere

122. Zie in dit verband de wet van 17 mei 2006 betreffende de externe rechtspositie van de veroordeelden tot een vrijheidsstraf.

gevallen kan een voorwaardelijke invrijheidstelling pas nadat respectievelijk negentien of drieëntwintig jaar zijn uitgevoerd. Daarnaast geldt dat er een sociaal reclasseringsplan voorhanden moet zijn en dat er geen tegenindicaties mogen bestaan die betrekking hebben op de afwezigheid van vooruitzichten op sociale reclassering, het risico van het plegen van nieuwe ernstige misdrijven en het risico dat de veroordeelde zijn slachtoffers zou lastigvallen.[123] Tegen het vonnis van de strafuitvoeringsrechtbank dat beslist over dergelijke strafuitvoeringsmodaliteit staat geen hoger beroep open, enkel cassatieberoep.

10 De modernisering van het strafprocesrecht

10.1 Traject van hervorming

Nadat in het regeerakkoord van de toenmalige federale regering van 1 december 2011 de intentie tot uitdrukking werd gebracht om een vernieuwd Wetboek van Strafvordering op te stellen werd door de vorige minister van Justitie in haar beleidsnota van 27 december 2012 aangegeven dat er nood is aan een onderzoek naar de knelpunten die de Belgische strafprocedure inefficiënt en ineffectief maken. Als gevolg hiervan werd aan de Universiteit Gent verzocht dergelijk onderzoek te voeren. Dit onderzoek werd gevoerd tussen augustus 2013 en november 2014.[124]

De huidige minister van Justitie heeft sedert zijn aantreden in 2014 nieuwe initiatieven ontwikkeld waaruit blijkt dat het hem menens is met een grondige hervorming van het strafrecht en het strafprocesrecht. Naast andere domeinen en disciplines van het recht blijkt uit de voornemens van de minister dat hij zowel een nieuw wetboek van strafrecht[125] als een nieuw wetboek van strafprocesrecht wil ingevoerd zien voor het einde van de lopende parlementaire legislatuur, in de lente van 2019.

Bij ministerieel besluit van 30 oktober 2015[126] werden twee commissies aangesteld, bestaande uit academici en magistraten. De ene commissie werd belast met een hervorming van het strafrecht terwijl de tweede commissie werd belast met een hervorming van het strafprocesrecht. Aan elk van deze commissies werd, ieder wat haar betreft, de opdracht gegeven om een oriëntatienota uit te werken en vervolgens een voorstel tot hervorming van het betrokken wetboek uit te werken.

123. Artikel 47 §1 Wet strafuitvoering.
124. Voor het rapport: P. Traest, G. Vermeulen, W. De Bondt, T. Gombeer, S. Raats & L. van Puyenbroeck, *Scenario's voor een nieuwe Belgische strafprocedure. Een praktijkgericht knelpuntenonderzoek* (IRCP research series, vol. 49), Antwerpen: Maklu, p. 582.
125. Het huidige Belgische Strafwetboek dateert van 1867.
126. *BS* 29 december 2015.

De minister van Justitie heeft er ook voor gekozen om in afwachting van een grondige hervorming van het strafrecht en het strafprocesrecht een aantal meer punctuele onderdelen van het materieel en formeel strafrecht te hervormen. Het gaat hierbij telkens om hervormingen waarvan hij van oordeel is dat deze geen fundamentele keuze impliceren en derhalve ook geen voorafname kunnen uitmaken op een meer grondige hertekening van het strafprocesrecht. In dit kader werden dan ook enkele 'potpourri'-wetten goedgekeurd waarvan de eerder vermelde tweede wet van 5 februari 2016 betrekking heeft op het strafrecht en strafprocesrecht.[127]

De aanstelling van de vermelde commissie Strafprocesrecht heeft geresulteerd in een nota 'krijtlijnen voor een nieuw wetboek van strafprocesrecht' die in een aantal fora en onder meer ook in de commissie voor de Justitie van de Kamer van Volksvertegenwoordigers werd toegelicht op 14 oktober 2016. In de Algemene beleidsnota van 3 november 2016 werd door de minister van Justitie de essentie van de voorstellen weergegeven en werd medegedeeld dat de redactie van de wetteksten kan worden aangevat.[128] Essentieel is hierbij onder meer dat één soort onderzoek wordt ingevoerd onder de leiding van het openbaar ministerie en onder de controle van een rechter, die echter niet langer zelf het onderzoek zal leiden maar die tegelijk versterkt zal worden in zijn controlerende en rechtsprekende functie ten aanzien van het vooronderzoek.

In de beleidsnota van de minister van Justitie van 8 november 2017 wordt dit voornemen herhaald. Hierbij wordt ook de aandacht gevestigd op de afschaffing van de instelling van de strafvordering door middel van de klacht met burgerlijke partijstelling en de vervanging ervan door een stelsel waarbij een rechtsmiddel wordt ingevoerd tegen de beslissing van het parket om niet te vervolgen. Hierdoor wordt een betere rechtsbescherming ingevoerd voor de slachtoffers, die bovendien zal gelden in alle onderzoeken.

Ten slotte wordt aangegeven dat de strafprocedure ook een sneller verloop zal kennen door onder meer de afschaffing van de procedure van verwijzing van een zaak naar de rechter ten gronde door het onderzoeksgerecht, de zogenoemde regeling van de rechtspleging.[129]

---

127. Wet van 5 februari 2016 tot wijziging van het strafrecht en de strafvordering en houdende diverse bepalingen inzake justitie, *BS* 19 februari 2016. Opgemerkt dient te worden dat ook in de eerste potpourriwet (Wet van 19 oktober 2015 houdende wijziging van het burgerlijk procesrecht en houdende diverse bepalingen inzake justitie, *BS* 22 oktober 2015) enkele bepalingen staan die betrekking hebben op het strafprocesrecht, bijvoorbeeld in zoverre met betrekking tot de rechterlijke organisatie het beginsel van de alleenzetelende rechter in strafzaken in eerste aanleg nog wordt versterkt.
128. Algemene beleidsnota Justitie, *Parl.St*. Kamer, 2016-17, nr. 54-2111/021, p. 19-20.
129. *Parl.St*. Kamer, 2017-2018, nr. 2708/029, p. 10-11.

Aldus blijkt dat door de minister duidelijk wordt ingezet op een volledige hercodificatie van het Belgische strafprocesrecht. De techniek die hierbij gebruikt wordt is deze van de aanstelling van een wetenschappelijke commissie, waarbij niet alleen academici doch ook rechtspractici worden betrokken.

De consultatie van de praktijk volgt slechts in een latere fase en niet vooraf. Wel dient te worden opgemerkt dat de keuze voor een geïntegreerd vooronderzoek onder de leiding van het openbaar ministerie en de afschaffing van de instelling van de strafvordering door middel van de klacht met burgerlijke partijstelling werden onderzocht in het reeds vermelde onderzoek van de Universiteit Gent. In het kader van dit onderzoek werden focusgroepen samengesteld waarin praktijkmensen werden gehoord. Het zal evenwel geen verwondering wekken dat de meningen en adviezen van de diverse actoren niet steeds gelijkluidend waren.

De tot de dag van vandaag ondernomen pogingen in België om het Wetboek van Strafvordering te herzien zijn grotendeels het resultaat geweest van initiatieven van de uitvoerende macht, met name de minister van Justitie. In nogal wat gevallen werd door de minister een persoon of een commissie aangesteld om een tekst op te stellen, waarna deze tekst als wetsontwerp in het parlement werd ingediend. De geschiedenis leert dat in een aantal gevallen deze voorstellen in het parlement een stille dood zijn gestorven of dat sommige teksten zelfs niet eens in het parlement werden ingediend (bijvoorbeeld het ontwerp-Bekaert).

De herziening van het vooronderzoek door de wet van 12 maart 1998 is een van de weinige gevallen geweest waarbij het voorstel van een door de minister van Justitie aangestelde commissie grotendeels – mits amendering – door het parlement werd aangenomen. Het vervolg hiervan, met name een globale herziening van het strafprocesrecht, werd evenwel in 2006 door het parlement afgevoerd omdat het werkveld niet rijp was voor dergelijke ingrijpende hervorming.

Al deze initiatieven hebben nochtans gemeen dat zij niet gekenmerkt waren door een uitgebreid voortraject waarbij de academische wereld en de actoren van justitie werden betrokken. Hooguit werd er zorg voor gedragen dat in de door de minister aangestelde commissie zowel academici als advocaten en magistraten vertegenwoordigd waren. Van een voortraject zoals in Nederland is gerealiseerd bijvoorbeeld met het onderzoeksproject Strafvordering 2001 was evenwel geen sprake.

Ook nu is op dezelfde wijze gewerkt. Het is niet onbelangrijk te melden dat de voorstellen van de commissie Strafprocesrecht, en in het bijzonder het voorstel om over te stappen naar één type van vooronderzoek, eind 2017 en begin 2018 gestoten zijn op hevige weerstand van het college van de procureurs-generaal en de

onderzoeksrechters. Op 20 maart 2018 werd de Commissie Strafprocesrecht in het parlement gehoord. Bijkomende hoorzittingen in het parlement behoren tot de mogelijkheden maar ook een regeringsbeslissing dringt zich nog op. Hoe dan ook lijkt het onmogelijk om nog voor het einde van de lopende legislatuur in mei 2019 een nieuw wetboek van strafprocesrecht te laten goedkeuren in het parlement. Overigens wordt zulks ook niet meer in het vooruitzicht gesteld in de meest recente beleidsnota van de minister van Justitie van 24 oktober 2018.[130]

10.2 Voorstellen van de commissie

Wat de inhoud betreft, ligt de nadruk van de voorgestelde hervorming ontegenzeggelijk op de fase van het vooronderzoek, eerder dan op het onderzoek ter terechtzitting. Overigens heeft de door de minister van Justitie aangestelde commissie Strafprocesrecht tot in het voorjaar 2018 aan de teksten over het vooronderzoek gewerkt, waarna de redactie van de teksten over de procedure voor de zittingsrechter werd aangevat. Er wordt voor geopteerd het vooronderzoek sneller en efficiënter te laten verlopen, wat de keuze verklaart voor één type van vooronderzoek, het afschaffen van de mogelijkheid voor de burgerlijke partij om een strafrechtelijk onderzoek in alle gevallen in werking te stellen en een vereenvoudiging van de fase van overgang van het vooronderzoek naar de rechtspleging voor de zittingsrechter. Uit de praktijk blijkt immers ook dat het vooronderzoek en de afwikkeling ervan een zeer hoge mate van complexiteit vertonen die niet steeds verantwoord kan worden door overwegingen van efficiëntie enerzijds en behoorlijke rechtsbedeling anderzijds.
Voor de duidelijkheid past het kort de voorstellen weer te geven die in verband met deze onderwerpen door de commissie strafprocesrecht recent werden gedaan.[131]

10.2.1 Geïntegreerd vooronderzoek

De kern van het voorstel is de overstap naar een geïntegreerd vooronderzoek onder de leiding van het openbaar ministerie. De onderzoeksrechter blijft natuurlijk essentieel aangezien alle onderzoeksdaden waarvoor nu een rechterlijke machtiging vereist is ook in de toekomst slechts na rechterlijke machtiging zullen kunnen verricht worden. Wel zal de onderzoeksrechter het onderzoek niet zelf meer

130. Algemene beleidsnota Justitie, *Parl.St.* Kamer, 2018-19, nr. 3296/015.
131. De voorstellen over andere punten kunnen worden teruggevonden bij P. Traest, 'Hervorming en modernisering van het strafprocesrecht: de inrichting van het vooronderzoek', in: I. Opdebeek (red.), *Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht van België en Nederland - Preadviezen 2017. Advisering door deskundigen in het bestuursrecht; Het vooronderzoek in een vernieuwd strafprocesrecht; Digitalisering en digitale producten in het privaatrecht*, Den Haag: Boom juridisch 2017, p. 129-194 en in de bijdrage van M.A. Beernaert & L. Kennes, 'Du juge d'instruction vers le juge de l'enquête: le projet de réforme', in: L. Kennes & S. Scalia (red.), *Du juge d'instruction vers le juge de l'enquête*, Limal: Anthemis 2017, p. 21-62.

leiden zoals dat overigens ook het geval is in vele andere Europese landen. Het gegeven dat de onderzoeksrechter zodoende geen speurder meer is, zal ongetwijfeld zijn neutraliteit ten goede komen. Bovendien vereist de rechtsbescherming die uitgaat van de verplichte tussenkomst van een rechter geenszins dat deze rechter ook zelf het onderzoek leidt. Het openbaar ministerie zal voor dergelijke onderzoekshandelingen een gemotiveerd verzoek moeten richten tot de onderzoeksrechter die zo spoedig mogelijk en uiterlijk binnen de maand moet oordelen. In hoogst dringende aangelegenheden kan de machtiging ook mondeling worden verleend en nadien binnen 24 uren schriftelijk bevestigd worden. De onderzoeksrechter kan het verzoek afwijzen indien het gevraagde onwettig is of onevenredig of nog indien andere onderzoeksmaatregelen die de fundamentele rechten minder aantasten volstaan om de waarheid aan het licht te brengen.[132] In geval van weigering of indien de onderzoeksrechter geen beslissing neemt, staat voor het openbaar ministerie een hoger beroep open bij de kamer van het onderzoek. Voor andere onderzoeksdaden die nu geen rechterlijke machtiging behoeven en tot de bevoegdheid van de procureur des Konings behoren, blijft de toestand dezelfde.

Dit betekent meteen dat de onderzoeksrechter ook bevoegdheden zal krijgen in de zaken die nu aan een louter opsporingsonderzoek worden onderworpen en waar hij vandaag geen enkele inspraak heeft. Deze uitbreiding van bevoegdheden zal vooral tot uiting komen in de aanwending van participatierechten door de partijen in het opsporingsonderzoek. Zo zal de onderzoeksrechter moeten oordelen over het hoger beroep ingesteld tegen een weigeringsbeslissing van het openbaar ministerie in het kader van een verzoek tot inzage in het dossier, tot bijkomend onderzoek, strafrechtelijk kortgeding en dergelijke meer.

Zoals reeds eerder aangegeven blijven de onderzoeksdaden waarvoor thans een machtiging door de rechter vereist is ook in de voorstellen van de commissie onderworpen aan dergelijke machtiging. Deze lijst wordt nog uitgebreid daar voorgesteld wordt om drie onderzoeksdaden aan een rechterlijke machtiging te onderwerpen: de stelselmatige observatie van meer dan vijf dagen of met technische hulpmiddelen, de infiltratie en de uitbreiding van de zoeking in een informaticasysteem naar een systeem of een deel ervan dat zich op een andere plaats bevindt dan deze waar de zoeking plaatsvindt.

10.2.2 Inzage in het dossier

In een stelsel van één enkel soort vooronderzoek is het logisch dat een vraag tot inzage wordt ingediend bij de instantie die het vooronderzoek leidt, met name het openbaar ministerie. Ook uit de rechtspraak van het Grondwettelijk Hof volgt dat

132. De tweede en de derde weigeringsgrond betreffen respectievelijk de proportionaliteitstoets en de subsidiariteitstoets.

er geen enkel bezwaar bestaat tegen het toekennen van een dergelijke bevoegdheid aan het openbaar ministerie. Het toekennen van een beroepsmogelijkheid tegen deze beslissing van het openbaar ministerie bij een rechter, in casu de onderzoeksrechter, lijkt noodzakelijk. Zeer theoretisch beschouwd zou de bestaande ongelijkheid tussen het gerechtelijk onderzoek en het opsporingsonderzoek ook komen te verdwijnen wanneer in een dergelijk eengemaakt stelsel in geen geval een hoger beroep tegen de beslissing van het openbaar ministerie mogelijk zou worden gemaakt. Nochtans blijkt uit het arrest van het Grondwettelijk Hof van 25 januari 2017[133] dat een hoger beroep zeker wenselijk is, gelet op de indringende onderzoeksmaatregelen die zullen kunnen worden bevolen en uitgevoerd in dergelijk vooronderzoek.

De veralgemenisering van het inzagerecht met een appelrecht zou dan ook desgewenst kunnen rechtvaardigen dat de kring van personen die zich op dit recht kunnen beroepen enigszins wordt beperkt.[134] Overigens verhindert zulks niet dat de personen die niet tot deze gerechtigden behoren zoals nu het geval is een aanvraag kunnen richten tot het openbaar ministerie, zij het dan zonder verder uitgewerkte procedure, noch een recht van hoger beroep. Anderzijds is het wenselijk dat de toestand van de burger er met de hervorming niet op achteruitgaat en dat de personen die vandaag op grond van artikel 21bis Sv in aanmerking komen om inzage te vragen dat ook in de vernieuwde procedure zouden kunnen doen. Ook zouden de lichtste misdrijven van deze regeling kunnen worden uitgesloten, bijvoorbeeld de misdrijven die enkel met een geldboete kunnen worden beteugeld. De duur van het onderzoeksgeheim wordt in de huidige voorstellen in beginsel beperkt tot zes maanden vanaf de opstelling van het eerste proces-verbaal. De procureur des Konings kan aan de onderzoeksrechter evenwel vragen om het geheim karakter te verlengen, telkens voor een periode van drie maanden.[135]

Er wordt in de voorstellen dan ook geopteerd voor het toekennen van een automatisch inzagerecht aan de verdachte en de benadeelde persoon na een termijn van zes maanden vanaf de opstelling van het eerste proces-verbaal. Zoals hiervoor aangegeven kan als een verdachte worden beschouwd de persoon die in die hoedanigheid is ondervraagd alsmede de persoon tegen wie aanwijzingen bestaan dat hij een misdrijf heeft gepleegd doch geopteerd heeft om niet verhoord te worden. De benadeelde persoon is degene die verklaart schade te hebben geleden veroorzaakt

133. Grondwettelijk Hof, 25 januari 2017, arrest 006/2017.
134. Zie in dit verband ook S. Raats, 'Inzage in het strafdossier na het arrest van het Grondwettelijk Hof van 25 januari 2017', *NC* 2017, p. 362-363.
135. De procureur des Konings dient hiertoe een met redenen omkleed verzoekschrift in bij de onderzoeksrechter. Tegen een afwijzing van het verzoek kan de procureur des Konings in beroep gaan bij de kamer van het onderzoek. Het geheim karakter van het onderzoek wordt verlengd gedurende de procedure voor de kamer van het onderzoek voor zover binnen de vijftien dagen uitspraak wordt gedaan.

door een misdrijf. Na verloop van zes maanden en indien het geheim karakter van het vooronderzoek niet werd verlengd kan inzage enkel worden geweigerd omdat men de vereiste hoedanigheid niet heeft.

In de periode waarin het onderzoeksgeheim geldt – in beginsel gedurende de eerste zes maanden – kan vanaf één maand na de opstelling van het eerste proces-verbaal ook een verzoek tot inzage of kopie worden gedaan aan de procureur des Konings maar dan zijn de mogelijke weigeringsgronden ruimer opgevat. De bestaande weigeringsgronden die thans in artikel 61ter Sv worden aangegeven worden in essentie behouden. Zo kan de inzage geweigerd worden wanneer de noodwendigheden van het onderzoek dit vereisen, indien de inzage een gevaar zou opleveren voor personen of een ernstige schending van hun privéleven zou inhouden of indien de verzoeker van geen rechtmatige beweegredenen tot het raadplegen van het dossier doet blijken. Bijkomend kan inzage ook worden geweigerd wanneer het dossier enkel de verklaring of de klacht bevat waarvan de verzoeker reeds afschrift heeft ontvangen.

De vermelde toekenning van een 'automatisch' inzagerecht na een periode van zes maanden (vanaf het eerste proces-verbaal) komt er dan ook op neer dat in deze eerste periode (eventueel verlengd door de onderzoeksrechter) alle weigeringsgronden zouden kunnen worden aangewend terwijl na deze termijn een weigering van inzage enkel verantwoord zou kunnen worden door de omstandigheid dat de verzoeker niet een van de in de wet vermelde hoedanigheden bezit. Zoals nu kan, is ook een gedeeltelijke inzage van het dossier mogelijk. Het inzagerecht is enkel mogelijk voor misdrijven van niveau 2 tot en met 8.[136] Bij gebrek aan antwoord of afwijzing van het verzoek is hoger beroep mogelijk bij de onderzoeksrechter bij met redenen omkleed verzoekschrift dat binnen vijftien dagen na de kennisgeving van de beslissing van het openbaar ministerie wordt ingediend. De onderzoeksrechter doet uitspraak binnen een termijn van een maand. Ongeacht de beslissing kan een nieuw verzoek tot inzage of kopie pas worden ingediend na een periode van drie maanden. Bij ontstentenis van beslissing van de onderzoeksrechter binnen de maand wordt de toestemming tot inzage vermoed.

10.2.3 Aanvullend onderzoek

In een stelsel van een geïntegreerd vooronderzoek onder leiding van het openbaar ministerie dient aan de benadeelde en de verdachte – op dezelfde manier afgelijnd

136. Hierbij wordt verwezen naar de indeling van de misdrijven die voorgesteld werd in het ontwerp van nieuw Strafwetboek dat door de commissie Strafrecht aan de minister van Justitie werd voorgelegd. De misdrijven van niveau 1, waarvoor derhalve geen inzagerecht zou gelden, zijn de misdrijven die bestraft worden met een geldboete van 150 tot en met 15.000 euro, een werkstraf van 20 tot 120 uur, een probatiestraf van 6 tot 12 maanden, een verbeurdverklaring e.d.m. Vanzelfsprekend is een en ander afhankelijk van de uiteindelijke tekst van nieuw Strafwetboek die aan het parlement zal worden voorgelegd.

als bij de uitoefening van het inzagerecht – het recht te worden verleend om aan het openbaar ministerie aanvullende onderzoekshandelingen te vragen. Bij weigering dient een rechterlijke toetsing van de beslissing mogelijk te zijn door middel van een hoger beroep bij de onderzoeksrechter. Zoals ook nu het geval is, kan een wachttermijn van minstens drie maanden worden ingevoerd vooraleer een nieuw verzoek tot het verrichten van aanvullende onderzoekshandelingen kan worden ingediend.

Er bestaan geen redenen om het recht op aanvullende onderzoekshandelingen te vragen op een beperktere manier in te vullen wat het slachtoffer betreft. Het belang van een evenwichtig vooronderzoek geldt in dezelfde mate voor het slachtoffer als voor de verdachte. Ook voor het slachtoffer kan het vooronderzoek decisief zijn, gelet op de invloed ervan op het procedureverloop voor de zittingsrechter. Indien een gebrek in het vooronderzoek leidt tot het afwijzen van de vordering door de zittingsrechter beschikt het slachtoffer immers niet over een bijkomende kans om zijn vordering voor een andere rechter (bijvoorbeeld de burgerlijke rechter) te stellen. Het gezag van het strafrechtelijk gewijsde verzet zich hiertegen.

In de geformuleerde voorstellen wordt op dezelfde wijze als het inzagerecht, met name vanaf één maand na de opstelling van het eerste proces-verbaal – en voor dezelfde misdrijven – met name de misdrijven van niveau 2 tot en met 8 – aan de verdachte en de benadeelde persoon een recht verleend om aanvullende onderzoeksdaden te vragen aan de procureur des Konings. De procureur des Konings kan dit verzoek weigeren indien de maatregel niet noodzakelijk is om de waarheid aan het licht te brengen, de maatregel niet proportioneel is of nog indien deze op dat ogenblik schadelijk is voor het onderzoek. Ook hier staat tegen de beslissing van de procureur of bij gebrek aan antwoord hoger beroep open bij de onderzoeksrechter. De onderzoeksrechter beslist binnen de maand. Bij ontstentenis van beslissing kan de verzoeker de zaak aanhangig maken bij de Kamer van het onderzoek.[137] Ook hier geldt een gelijkaardige wachttermijn van drie maanden alvorens een nieuw verzoek tot aanvullende onderzoeksdaden kan worden ingediend.

10.2.4 Strafrechtelijk kort geding (beklag tegen inbeslagneming)

Het actuele Wetboek van Strafvordering bevat ten slotte eveneens een procedure waarbij eenieder die geschaad wordt door een opsporingshandeling met betrekking tot zijn goederen de opheffing ervan kan vragen aan de procureur des Konings of aan de onderzoeksrechter, naargelang het gaat om een opsporingsonderzoek dan wel om een gerechtelijk onderzoek.[138] Een dergelijke procedure is zinvol gelet op de toename van de mogelijkheden waarbij beslag gelegd kan worden

137. Het gaat hier om de huidige Kamer van inbeschuldigingstelling (op het niveau van het hof van beroep) die in de voorstellen van de commissie kamer van het onderzoek wordt genoemd.
138. De artikelen 28sexies en 61quater Sv.

op goederen en waarbij andere maatregelen kunnen worden genomen waarvan de nadelige gevolgen ook andere personen kunnen treffen dan de verdachten. Ook de verruiming van de mogelijkheden tot verbeurdverklaring heeft geleid tot meer beslagmogelijkheden en ook meer beslagen. De huidige in artikel 28sexies Sv vervatte regeling wordt in de huidige voorstellen grotendeels overgenomen, zij het dat de rechterlijke toetsing niet meer dient te worden uitgevoerd door de Kamer van inbeschuldigingstelling zoals nu het geval is maar door de onderzoeksrechter.
Een weigering van het gemotiveerd verzoek is mogelijk omwille van de noodwendigheden van het onderzoek, indien de opheffing van de opsporingshandeling rechten van partijen of van derden in het gedrang brengt of een gevaar voor personen of goederen zou betekenen of nog indien de wet voorziet in de teruggave of verbeurdverklaring van de betrokken goederen. Hoger beroep is mogelijk bij de onderzoeksrechter, en indien de onderzoeksrechter geen beslissing neemt, kan de kamer van het onderzoek geadieerd worden door de verzoeker.
De thans voorziene wachttermijn van drie maanden wordt ook in een stelsel van geïntegreerd vooronderzoek worden overgenomen.

10.2.5 Afsluiting van het vooronderzoek

De afsluiting van het vooronderzoek blijft een participatief systeem maar wordt sterk vereenvoudigd. De bestaande regeling van de rechtspleging zal komen te verdwijnen maar dit belet niet dat er in een zekere procedure wordt voorzien om de overgang te maken van het vooronderzoek naar een eventuele rechtspleging voor de zittingsrechter. Een vereenvoudigde procedure van afsluiting wordt bepaald voor de lichtste misdrijven van niveau 1[139] en voor de dossiers die kunnen worden afgesloten binnen de zes maanden vanaf het eerste proces-verbaal. In deze fase van afsluiting van het onderzoek (misdrijven van niveau 2 tot en met 8) wordt van rechtswege inzage en afschrift van het dossier verleend en bestaat ook de mogelijkheid om aanvullende onderzoeksdaden te vragen (met de procedure zoals deze geldt tijdens het onderzoek).

De procedure van afsluiting van het onderzoek start met de mededeling van de voorgenomen beslissing van het openbaar ministerie, met name een (gemotiveerde) beslissing tot seponering of een ontwerp van dagvaarding waarna zoals aangegeven door de verdachte en benadeelde persoon om aanvullende onderzoeksdaden kan worden verzocht. Een belangrijke krachtlijn van de voorstellen, met name de afschaffing van de klacht met burgerlijke partijstelling bij wijze van actie, heeft tot gevolg dat een rechtsmiddel wordt ingevoerd voor de benadeelde persoon waarbij hij in deze fase van de procedure en nadat werd beslist over eventuele aanvullende onderzoeksdaden kan opkomen tegen een beslissing van het openbaar ministerie om niet te vervolgen. Voor het slachtoffer wordt op dit ogen-

139. Zie noot 136.

blik van de procedure voorzien in het recht om op te komen tegen het voornemen van het openbaar ministerie om niet verder te vervolgen. De benadeelde persoon kan hiertoe een verzoekschrift indienen bij de kamer van het onderzoek. In dit verzoekschrift dient de benadeelde persoon op straffe van niet-ontvankelijkheid de strafbare feiten nauwkeurig aan te duiden evenals de te vervolgen verdachten en bij gebreke hieraan de aanvullende onderzoekshandelingen die zouden moeten verricht worden.

Wanneer de kamer van het onderzoek eenparig oordeelt dat het beroep manifest onontvankelijk of ongegrond is, kan zij zonder debat het beroep afwijzen, als gevolg waarvan de beslissing van het openbaar ministerie overeind blijft. In het andere geval bepaalt zij een termijn voor het indienen van een schriftelijk verweer en een datum voor een zitting, waardoor een contradictoire procedure volgt. De redenen die een afwijzing van het beroep van het slachtoffer kunnen wettigen zijn van diverse aard. Enerzijds kunnen er redenen van technische aard zijn die het verderzetten van de vervolging onmogelijk maken. Hierbij kan bijvoorbeeld gedacht worden aan de verjaring. Anderzijds kan de beslissing van het openbaar ministerie om niet te vervolgen worden bevestigd indien deze beslissing conform is aan de beginselen van proportionaliteit en subsidiariteit. Deze criteria zijn niet nieuw nu ook in het ontwerp van wetboek van strafprocesrecht uit 2005 op deze begrippen een beroep werd gedaan om de functie van de raadkamer te omschrijven wanneer deze – volgens het toenmalige voorstel – zou moeten oordelen over de vraag of een ingediende klacht met burgerlijke partijstelling al dan niet gevolgd moet worden door een gerechtelijk onderzoek onder de leiding van de onderzoeksrechter.[140] In de huidige voorliggende voorstellen wordt ook de haalbaarheid van de vervolgingen als criterium toegevoegd. Indien de verdachte – al of niet na een tussenkomst van de Kamer van inbeschuldigingstelling – buiten vervolging is gesteld kan hier enkel op teruggekomen worden in geval van het bestaan van nieuwe bezwaren. Hierbij dient het vanzelfsprekend te gaan om elementen die niet aan de Kamer van inbeschuldigingstelling konden worden voorgelegd. Indien het beroep van de benadeelde wordt ingewilligd beveelt de Kamer van inbeschuldigingstelling dat door het parket tot dagvaarding wordt overgegaan of dat aanvullend onderzoek zal worden verricht.

140. Volgens dat voorstel uit 2005 zou de procureur des Konings de raadkamer kunnen adiëren 'omdat de opening van een gerechtelijk onderzoek en de uitvoering van de onderzoeksdaden die daaruit voortvloeien niet in overeenstemming zijn met de beginselen van proportionaliteit en subsidiariteit bedoeld in artikel 1 van het wetboek' (artikel 142 §2.3° van het ontwerp). De toenmalige Commissie strafprocesrecht was van oordeel dat de klacht met burgerlijke partijstelling een bescherming vormt tegen een eventuele inertie van het parket en dat de garantie geboden moet worden dat de klacht in elk geval ooit eens wordt onderzocht door een rechter, ook al mondt dit onderzoek uit in de beslissing dat de klacht geen doorgang zal vinden. Het weze duidelijk dat dit voorstel het voortbestaan impliceerde van het gerechtelijk onderzoek in zijn huidige vorm.

Wanneer het beroep wordt afgewezen kan de benadeelde persoon cassatieberoep instellen tegen het arrest van de kamer van het onderzoek. Wanneer het openbaar ministerie bij het einde van het vooronderzoek beslist om verder te vervolgen kan aldus worden volstaan met het verlenen van inzage in het strafdossier aan de verdachten en de benadeelde partijen met de mogelijkheid om te verzoeken om de uitvoering van eventuele aanvullende onderzoeksdaden. Ook in deze hypothese kan bij afwijzing van de gevraagde onderzoekshandelingen hoger beroep worden ingesteld bij de onderzoeksrechter. Na de eventuele uitvoering van aanvullende onderzoeksdaden kan dan tot dagvaarding worden overgegaan.

Het voorstel impliceert natuurlijk geenszins dat een benadeelde die tevergeefs opgekomen is tegen een beslissing van niet-vervolging in zijn rechten wordt geschaad. Hij beschikt immers nog over de volstrekte bevoegdheid om zijn burgerlijke vordering voor de burgerlijke rechter te brengen, waarbij geoordeeld kan worden dat het misdrijf bewezen is en de verweerder veroordeeld kan worden tot een schadevergoeding ten aanzien van het slachtoffer.
Indien de zaak na het vooronderzoek door het openbaar ministerie voor de zittingsrechter wordt gebracht kan de benadeelde zoals nu zijn burgerlijke vordering tot schadevergoeding voor de strafrechter brengen bij wege van een burgerlijke partijstelling voor de zittingsrechter. Dit is ook het geval indien de zaak zeer complex is. Er wordt derhalve niet geopteerd voor een *clear case*-criterium.

De bestaande procedure van regeling van de rechtspleging door de raadkamer na een door de onderzoeksrechter gevoerd vooronderzoek komt zoals aangegeven te vervallen. Bij misdrijven van niveau 1 wordt bovenstaande procedure niet gevolgd. Het openbaar ministerie seponeert of dagvaardt voor de zittingsrechter zonder meer. Ook wanneer het onderzoek is afgesloten binnen zes maanden na het eerste proces-verbaal kan de procureur des Konings dagvaarden voor de zittingsrechter zonder de vermelde procedure te volgen. De zittingsrechter kan in dat geval evenwel oordelen dat het dossier duidelijk niet toelaat om over de zaak te oordelen zonder aan partijen het recht te verlenen om aanvullende onderzoekshandelingen te vragen. De controle over de toepassing van de bijzondere opsporingsmethoden observatie en infiltratie wordt in de voorliggende voorstellen toevertrouwd aan de kamer van het onderzoek. De procedure is grotendeels gesteund op het actuele artikel 235ter Sv. Er werd ook voorzien in een mogelijkheid van versnelde afsluiting van het vooronderzoek om een aantal specifieke redenen.

Indien het onderzoek niet afgesloten is binnen één jaar vanaf het eerste proces-verbaal kan de verdachte zich tot de onderzoeksrechter wenden om de overschrijding van de redelijke termijn van de strafvervolging te horen vaststellen en dienvolgens het verval van de strafvordering te laten vaststellen. Alle partijen – ook de benadeelde persoon – worden gehoord en de onderzoeksrechter beslist binnen de

maand. Hij kan maatregelen nemen om het onderzoek te versnellen, de overschrijding van de redelijke termijn vaststellen zonder het verval van de strafvordering of het verval van de strafvordering vaststellen.

Hoger beroep bij de kamer van het onderzoek is mogelijk in bepaalde gevallen[141] en cassatieberoep enkel bij de vaststelling van het verval van de strafvordering. Eveneens na één jaar onderzoek kan de verdachte aan de onderzoeksrechter vragen vast te stellen dat de strafvordering vervallen is door verjaring. Hoger beroep is mogelijk tegen de vaststelling van de verjaring van de strafvordering en ook cassatieberoep. Voor het overige is deze procedure gelijkaardig aan deze met betrekking tot de redelijke termijn. Steeds dient één jaar gewacht te worden alvorens eenzelfde verzoek in te dienen bij de onderzoeksrechter. Deze twee procedures met betrekking tot de vaststelling van de overschrijding van de redelijke termijn en de verjaring van de strafvordering zijn nauw verwant met een derde procedure die toelaat het snelle verloop van de rechtspleging te laten controleren door de onderzoeksrechter. Hierbij kan de onderzoeksrechter bevelen om binnen een bepaalde termijn de nodige onderzoekshandelingen te stellen en eventueel om de procureur des Konings te verplichten een beslissing te nemen over de vervolging. Een sanctie wordt in deze procedure niet bepaald. Een wachttermijn van één jaar geldt ook hier.

10.2.6 Voorlopige hechtenis

Met betrekking tot de voorlopige hechtenis wordt in de voorstellen van de commissie Strafprocesrecht weinig veranderd. De meeste bepalingen uit de bestaande wetgeving worden overgenomen. Wel wordt voorgesteld om het vereiste van vluchtgevaar, verduisteringsgevaar, collusiegevaar of recidivegevaar in alle gevallen te stellen en niet enkel bij de misdrijven die strafbaar zijn met meer dan vijftien jaar vrijheidsberoving. De eerste verlenging zou gebeuren door de raadkamer maar de latere verlengingen zouden van maand tot maand door de onderzoeksrechter gebeuren. Hoger beroep is mogelijk bij de kamer van het onderzoek en ook cassatieberoep (bij elke handhaving van de voorlopige hechtenis).

10.2.7 Vormfouten

In tegenstelling tot de (huidige) Nederlandse wetgeving blijft de commissie ervan overtuigd dat het tot de taak van de wetgever behoort om het lot van het onrechtmatig verkregen bewijs te regelen en te bepalen, op grond van het belang van het geschonden rechtsgoed, welke bestemming aan dit bewijs dient te worden gegeven. Ook de regel dat het onrechtmatig verkregen bewijs kan worden aangewend, tenzij in een drietal in de wet opgesomde gevallen, wordt verlaten. Voorgesteld

141. Het openbaar ministerie tegen de vaststelling van de overschrijding van de redelijke termijn en de benadeelde tegen de vaststelling van het verval van de strafvordering.

wordt om de uitsluiting van het onrechtmatig verkregen bewijs als regel te hanteren waarbij dan naargelang de aard van het geschonden rechtsgoed en andere omstandigheden door de rechter zou kunnen geoordeeld worden dat het betrokken bewijs toch mag worden gebruikt.

Allereerst is het duidelijk dat elk bewijs dat werd bekomen als gevolg van een schending van artikel 3 EVRM dient te worden uitgesloten, evenals de gegevens die hierop steunen of daarvan zijn afgeleid. Het lijkt ook duidelijk dat in navolging van de rechtspraak van het Hof van Cassatie[142] moet worden aangenomen dat de materiële vaststelling of de ontdekking van een misdrijf niet voor onbestaande kan worden gehouden. In dat geval komt het aan het openbaar ministerie toe om te oordelen welk gevolg hieraan wordt gegeven en of het mogelijk is rechtmatig bewijs in te zamelen. De invoering van de onderzoeksrechter als machtigingsrechter vereist bovendien een bijzondere bescherming van zijn statuut. De regel dat in een geïntegreerd vooronderzoek onder leiding van het openbaar ministerie onderzoeksdaden die fundamentele rechten en vrijheden van burgers aantasten enkel ten uitvoer gelegd kunnen worden mits er een machtiging is door de onderzoeksrechter, is het sluitstuk van de nieuwe wettelijke regeling. Hieruit volgt dat de nietnaleving van deze regel streng dient te worden gesanctioneerd. Wanneer een onderzoeksdaad onderworpen is aan toestemming van de onderzoeksrechter dienen de bewijzen die hierdoor werden verzameld uit de debatten te worden gesloten indien deze machtiging niet werd bekomen. Het spreekt voor zich dat een dergelijke situatie in een democratische rechtsstaat niet aanvaardbaar is. Deze situatie verschilt van de hypothese waarin een onrechtmatigheid wordt begaan bij de uitvoering van een onderzoeksdaad die geen machtiging van de onderzoeksrechter vereist of waarbij de politie een handeling stelt zonder toelating door het openbaar ministerie. Omwille van de miskenning van een wettelijk vereiste machtiging van een rechter dient een strikte wettelijk verplichte uitsluitingsregel te worden toegepast waarbij geen ruimte meer gelaten wordt voor criteria die deze sanctie zouden afzwakken.

Buiten deze gevallen van wettelijk verplichte bewijsuitsluiting – waar weinig of geen ruimte voor rechterlijke relativering open staat – en de andere gevallen waar de wet een bijzondere regeling zou bepalen dient de informatie die werd verkregen in strijd met het recht van verdediging, het recht op de bescherming van het privéleven, het recht op de integriteit van personen, de regels die de respectieve bevoegdheden van hoven en rechtbanken bepalen of het journalistiek bronnengeheim uit de debatten te worden geweerd, evenals de elementen die eruit zijn afgeleid. Hierbij zou de rechter nochtans anders kunnen oordelen en deze elementen toch in het dossier laten indien hij vaststelt dat (1) de onregelmatigheid niet de

142. Zie noot 91.

vrucht is van een bewuste of onverschoonbare schending van het beschermde recht, (2) de ernst van de schending van het beschermde recht of de beschermde waarde concreet minder zwaarwichtig is dan het maatschappelijk belang bij de vervolging van het betrokken misdrijf en de sanctionering van de dader en (3) het gebruik van het onrechtmatig verkregen bewijs geen afbreuk doet aan de integriteit van Justitie.

Andere onregelmatigheden die geen aantasting inhouden van de in de vorige paragraaf vermelde rechten zouden door de rechter aangewend kunnen worden. Niettemin wordt ook in dit geval een uitzondering gemaakt voor de hypothese waarbij het gebruik van dat bewijselement toch de integriteit van Justitie zou aantasten.

Aandacht dient ook te worden gegeven aan het onderscheid tussen de inlichtingen die toelaten een onderzoek te starten of te oriënteren enerzijds en degene die strekken tot het bewijs van de feiten anderzijds. Het gegeven dat bepaalde inlichtingen niet als een bewijs worden beschouwd en zodoende ontsnappen aan een rechterlijke controle in de zin van artikel 32 VTSV kan problematisch zijn. Indien de informatie door de rechter in zijn oordeelsvorming wordt betrokken of indien uit de bewijsconstructie en de motivering blijkt dat deze een rol heeft gespeeld bij de beslissing, dient deze informatie aan hetzelfde regime als een bewijs te worden onderworpen. Om deze reden zou in een toekomstige wettelijke regeling de bredere term 'informatie' worden gebruikt in plaats van de klassieke term 'bewijs'. De wetgever zal zich ook dienen te bezinnen over de vraag of er nog plaats is voor bewijsuitsluiting wanneer een bepaalde norm is overtreden doch uit het dossier blijkt dat de beklaagde concreet niet in zijn rechten is aangetast. Een minder individualistisch georiënteerde ratio van de bewijsuitsluiting, waarbij een groot belang wordt gehecht aan de integriteit van het justitieel apparaat, lijkt tegen een grote rol bij de bewijsuitsluiting voor een eis van belangenschade of een toepassing van de Schutznormtheorie te pleiten. Er valt niet in te zien waarom de schending door de overheid van een wettelijke norm vanuit het oogpunt van de maatschappelijke grondslag van de bewijsuitsluiting minder gevolgen zou moeten hebben omdat de normschending in concreto niet geleid heeft tot een aantasting van de rechten van de beklaagde. De eerder 'private' grondslag van de bewijsuitsluiting pleit dan weer voor de tegengestelde oplossing.

Of andere sancties dan de uitsluiting van het onrechtmatig verkregen bewijs dienen te worden toegelaten lijkt niet zeker. Het lijkt moeilijk om een eenvormig mechanisme uit te werken waarbij een verhouding wordt vastgelegd tussen de ernst van de onregelmatigheid en de mate waarin strafvermindering dient te worden toegestaan. De analogie met de sanctionering van de overschrijding van de

redelijke termijn overtuigt niet aangezien de door de overheid begane tekortkoming in beide gevallen moeilijk vergelijkbaar is.

In de voorstellen wordt ook nog bepaald dat de vaststelling van een onherstelbare aantasting van het recht van de beklaagde op een eerlijk proces leidt tot de niet-ontvankelijkheid van de vervolging. Zulks impliceert dat het recht op een eerlijk proces niet meer kan worden hersteld gedurende de procedure voor de zittingsrechter.
Eenzelfde sanctie wordt toegepast wanneer er uitlokking bewezen is. In dit verband wordt de inhoud van het actuele artikel 30 VTSV overgenomen.

10.2.8 Verjaring en redelijke termijn

Tot slot past nog een woord over de voorgestelde regeling inzake verjaring en overschrijding van de redelijke termijn. De huidige sanctioneringsmogelijkheden van de overschrijding van de redelijke termijn van de strafvervolging, zoals deze vervat liggen in artikel 21ter VTSV worden verruimd. Naast de veroordeling bij eenvoudige schuldigverklaring, het uitspreken van een straf beneden de wettelijke minimumstraf en een eenvoudige strafvermindering wordt het mogelijk in ernstige gevallen van overschrijding het verval van de strafvordering vast te stellen.

Wat de verjaring van de strafvordering betreft, wordt voorgesteld over te stappen naar het stelsel van de zogenoemde instellingsverjaring. Dit betekent dat de verjaring van de strafvordering[143] enkel loopt tijdens de fase van het vooronderzoek. Vanaf de aanhangigmaking van de zaak bij de zittingsrechter zou de verjaring niet meer lopen en zou de lange duur van de procedure voor de zittingsrechter enkel kunnen worden gesanctioneerd door middel van de overschrijding van de redelijke termijn, zoals hierboven beschreven. De stuiting van de verjaring zou worden afgeschaft en de schorsing van de verjaring zou beperkt blijven tot de gevallen waarin de wet dit bepaalt en de hypothese van het bestaan van een wettelijk beletsel dat de uitoefening van de strafvordering verhindert. De verjaringstermijnen zouden worden afgestemd op de indeling van de misdrijven in het ontwerp van nieuw Strafwetboek.

11 Afsluitende beschouwing

De toekomst van deze voorstellen is moeilijk te voorspellen. De legislatuur van de huidige federale regering en het huidige parlement loopt af in de eerste helft van 2019. Het is vrijwel onmogelijk dat deze voorstellen – die bij het afsluiten van deze bijdrage nog vervolledigd worden met bepalingen met betrekking tot de procedure voor de zittingsrechter binnen dit tijdsbestek zullen goedgekeurd worden. Wel

143. Misdrijven tegen het internationaal humanitair recht verjaren niet.

staat het vast dat de basis gelegd is voor een toekomstige hervorming of op zijn minst een grondig debat over de toekomst van het Belgische strafprocesrecht. Het komt toekomstige regeringen en parlementen toe om uiteindelijk een beslissing in dit verband te nemen.

Duitsland

Prof. mr. P.A.M. Mevis[*]

1 Inleiding

In het kader van de rechtsvergelijking is het bepaald aangewezen ook te kijken naar de ontwikkelingen in de Duitse strafprocesrecht, eerst en vooral geregeld in de *Strafprozessordnung* (StPO).[1] Op grondslagenniveau zijn de doelstellingen hetzelfde: materiële waarheidsvinding en toepassing van het materiële strafrecht binnen bepaalde normatieve uitgangspunten van strafvervolging in het algemeen, maar niet ten koste van alles en binnen de grenzen van een 'eerlijk proces' in concreto. In de uitwerking van die grondslagen schuilen vervolgens interessante overeenkomsten en verschillen. Dat geldt zowel voor de historische grondslagen als voor de modernisering van het strafprocesrecht in recente jaren. Die modernisering heeft zich voltrokken via een groot geheel van incidentele en afzonderlijke wijzigingen van de StPO. Daarin stond in het bijzonder de aanpassing van de regeling van verschillende dwangmiddelen centraal alsmede de afschaffing van het gerechtelijk vooronderzoek en de regeling van procedurele rechten van het slachtoffer. Vanaf 1983 zijn er ook wetswijzigingen die ter ontlasting van de strafrechtspleging beogen te voorzien in alternatieve vormen van afdoening van strafzaken. Op basis van een meer integraal rapport van een *Expertenkommission*, samengesteld uit wetenschappers, wetgevers en practici, is in 2017 een bredere modernisering van de StPO in werking getreden. In 2017 werd ook een grondslag gelegd voor de digitalisering van het strafprocesrecht welke operatie uiterlijk op 1 januari 2026 zijn beslag moet krijgen. Zie over de modernisering van het strafprocesrecht naar vorm en inhoud hierna nader onder 10.

---

* De auteur dankt collega prof. dr. M. Lindemann, hoogleraar strafrecht aan de Universiteit in Bielefeld heel hartelijk voor diens, de diepgang van de bijdrage zeer ten goede komend commentaar op eerdere versies van de tekst, voor het aanleveren van nadere bronnen in literatuur en jurisprudentie en voor het beantwoorden van de nodige vragen over het Duitse strafprocesrecht in regeling en praktijk. Verder komt veel dank toe aan mw. mr. A.T.C. Castermans voor de ondersteuning als student-assistent.

1. Bij de bespreking is met name gebruik gemaakt van het commentaar bij de StPO van Meyer-Goßner/Schmitt, 61ste druk, München: C.H. Beck 2018. Op onderdelen wordt geput uit andere commentaren.

2 De hoofdlijnen van het strafprocesrecht en van het strafproces

2.1 Het Duitse strafprocesrecht

De kern van het Duitse strafprocesrecht van de nieuwere tijd is geregeld in de *Strafprozessordnung* (hierna StPO; een *Bundesgesetz*[2]), oorspronkelijk uit 1877. Het heeft als zodanig dus nogal wat Duits-politieke staatsontwikkelingen doorstaan en is daar steeds ook de weerklank van geweest; de 'golven der tijd' sedert 1877 hebben per tijdsperiode tot de nodige wijzigingen van het strafprocesrecht geleid. De oriëntatie op de idealen van de Verlichting in het StPO van 1877 is ook een reactie op de Duitse revolutie van 1848. Tot die Duits-Franse reformbeweging uit de negentiende eeuw behoren voor het strafprocesrecht grondbeginselen die ook in het Nederlandse recht herkenbaar zijn, zoals de scheiding van aanklacht door openbaar ministerie en berechting door de/een rechter, de onschuldpresumptie, het belang van interne en externe openbaarheid, het 'ne bis in idem' en de wettelijke regeling van de overheidsbevoegdheden tot inperking van grondrechten, in het bijzonder ter bescherming tegen willekeurige vrijheidsbeneming. De democratisch-rechtsstatelijke *Neuordnung* na 1945 leidde tot een *Unterordnung* van het strafprocesrecht aan de normatieve werking van het Grundgesetz.

De StPO bevat de kern van het strafprocesrecht en is te beschouwen als het middelpunt van een cirkel. De opzet en de indeling zijn vergelijkbaar met die van het Nederlandse WvSv. Dat is een 'klassieke' indeling die in zoverre aan beide zijden van de grens inmiddels ook enigszins achterhaald is. Zo bevatten de algemene bepalingen ook de regeling van de afzonderlijke dwangmiddelen. De verschillen tussen de regeling van elk der dwangmiddelen zijn, zeker inmiddels, groter dan gemeenschappelijke noties die regeling in één Boek in het WvSv onder het opschrift 'algemene bepalingen' zou rechtvaardigen. Dat geldt in feite ook voor de chronologische beschrijving in het tweede boek: het verschil tussen de regeling van het voorbereidend onderzoek en het onderzoek ter terechtzitting is in de loop der tijd uitvergroot door de steeds zelfstandigere betekenis van het voorbereidend onderzoek.[3] De splitsing in betekenis en de daaruit voortvloeiende kloof is in Duitsland wat kleiner omdat tussen het voorbereidend onderzoek en de terechtzitting (*Hauptverhandlung*) er nog een tussenprocedure is (*Zwischenverfahren*) waarin wordt beoordeeld of er wel voldoende grond en aanleiding is de zaak ter berechting op de openbare terechtzitting aan te brengen. Dat met Boek 5 StPO reeds in 1877 aan de positie van slachtoffer een apart Boek is gewijd, laat zien dat (de aan-

2. In de federale Bondsrepubliek is regeling van het strafprocesrecht, evenals van het materiële strafrecht, *Bundessache*; regeling geschiedt door de centrale wetgever en niet door de deelstaten (*Länder*).
3. Daarover uitvoeriger: Barton/Kölbel/Lindemann (red.), Wider die wildwüchsige Entwicklung des Ermittlungsverfahrens, 2015.

dacht voor) diens positie in Duitsland in zoverre altijd sterker is geweest dan in Nederland, vooral omdat de benadeelde in het Duitse recht eigen civiel vervolgingsrecht kan uitoefenen als *Privatkläger* of als *Nebenkläger*. Boek 7 StPO omvat het WvSv-deel van de tenuitvoerlegging van strafrechtelijke sancties (de *Strafvollstreckung*), en een regeling van beslissingen over kosten.
In Duitsland beslist de rechter steeds wie de kosten van de procedure zal dragen (artikel 464, eerste lid, StPO). In dat kader bestaat de modaliteit uit de Midden-Europese benadering van de veroordeling van de verdachte in de kosten van geding in geval van veroordeling wegens een strafbaar feit (artikel 465 StPO).[4] Komt het niet tot berechting c.q. daarin tot vrijspraak dan komen de kosten voor rekening van de Staat, al kan c.q. moet de rechter naar de nadere 'kostenverdelingsregeling' van met name artikel 467 StPO kosten ten laste van de gewezen verdachte laten als die kosten door *ein schuldhaftes Säumnis* (artikel 467, tweede lid, StPO) veroorzaakt zijn. Heeft de verdachte de vervolging bijvoorbeeld uitgelokt door een 'Selbstanzeige' dan blijven de kosten daarvan voor zijn rekening. Dat geldt ook voor zijn kosten ingeval onder het opleggen van voorwaarden wordt afgezien van strafvervolging (artikel 153a StPO). De rechter *kan* beslissen kosten voor rekening van de verdachte te laten als zich een meer formele '*Verfahrenshindernis*' voordoet (verdachte te jong, Duits strafrecht niet van toepassing/geen jurisdictie, 'ne bis', enz.). of ingeval de verdachte de kosten veroorzaakt heeft op een wijze die artikel 467, derde lid, onder 1, StPO onvertaalbaar omschrijft als de situatie waarin de verdachte:

> 'die Erhebung der öffentlichen Klage dadurch veranlaßt hat, daß er sich selbst in wesentlichen Punkten wahrheitswidrig oder im Widerspruch zu seinen späteren Erklärungen belastet oder wesentliche entlastende Umstände verschwiegen hat, obwohl er sich zur Beschuldigung geäußert hat.'

Het uitgangspunt dat de rechter steeds over de toedeling van kosten moet beslissen, resulteert in een gedetailleerde regeling, ook in verband met de zelfstandige positie van het slachtoffer in het initiëren van de vervolging of bij het optreden als Nebenkläger; gebruik van die mogelijkheden kan de betrokkene ook op een kostenveroordeling komen te staan.[5] De Duitse regeling is reeds dogmatisch omstreden (hoewel door het *Bundesverfassungsgericht* onder het *Grundgesetz* geaccepteerd), gaat op onderdelen op verschillende achterliggende gedachten terug en leidt er in de praktijk toe dat nogal wat veroordeelden met aanzienlijke schulden de strafrechtelijke rechtsgang verlaten, hetgeen hun resocialisatie niet ten goede komt.

4. Vgl. P.J.P. Tak, *Kostenveroordeling in strafzaken. Een rechtsvergelijkend onderzoek naar de veroordeling van de verdachte in de proceskosten in Duitsland en Engeland*, Nijmegen: WODC 2012.
5. Ook andere procesdeelnemers dan de verdachte kunnen tot vergoeding van kosten veroordeeld worden. Zo bijvoorbeeld de correct opgeroepen getuigen die zonder geldige reden wegblijft: artikel 51 StPO.

Het achtste en laatste boek van de StPO bevat de bescherming en het gebruik van persoonsgegevens in de strafvordering. Met de opvatting dat de StPO en dus het strafprocesrecht zelf, ter zake regels moet bevatten accentueert de Duitse wetgever het – ook grondwettelijk – grote belang van de bescherming van persoonsgegevens bij de verwerking daarvan in de strafrechtsketen. De kenbaarheid van regeling bij de strafvorderlijke actoren is wellicht groter dan bij regeling buiten het WvSv, zoals in de Wet justitiële en strafvorderlijke gegevens. Het achtste boek van de StPO bevat in artikel 496-499 ook een aparte regeling voor de bescherming en het gebruik van persoonsgegevens die in een elektronische akte zijn opgeslagen.

Voor een goed begrip van het Duitse strafprocesrecht is enig begrip van de context daarvan onontbeerlijk.[6] Die context wordt met name gevormd door de aparte politiebevoegdheden ter handhaving van de openbare orde, alsmede door de inbedding van wetgeving en praktijk van het strafprocesrecht in zijn constitutionele context. Voorts is de verdeling van thema's van strafvordering over de StPO en andere (organieke) wetten anders dan in Nederland. Thans volgt een korte verkenning van de voornaamste aspecten van deze context.

Strafgesetzbuch
Het *Strafgestezbuch* (StGB) maakt in artikel 12, eerste lid, respectievelijk tweede lid een tweedeling in delicten: *Vergehen* en *Verbechen*. De *Vergehen* vormen de Nederlandse categorieën van de overtredingen en de politierechtermisdrijven; de *Verbrechen* de overige, zwaardere misdrijven. Op deze tweedeling gaan maar ten dele onderscheidingen in het strafprocesrecht terug. De koppeling tussen materieel en formeel strafrecht is een wat andere dan in Nederland. Als een strafuitsluitingsgrond wordt aangenomen volgt in Duitsland *Freispruch*; het Nederlandse onderscheid tussen vrijspraak en ontslag van alle rechtsvervolging bestaat als zodanig niet.

Gerichtsverfassungsgesetz
De Duitse gerechtelijke organisatie is geregeld in het *Gerichtsverfassungsgesetz* (GVG) uit 1877. Het bevat regeling van algemeen-inhoudelijke(re) onderwerpen

6. Er bestaat naast de StPO een (groter) aantal bijzondere wetten waarin ook meer specifieke onderwerpen van strafprocesrecht onderwerp van regeling zijn. Het procesrecht tegen jeugdigen is geregeld in het *Jugendgerichtsgesetz*, en de regeling van de schadevergoeding na strafvorderlijk optreden in het *Gesetz über die Entschädigung für Strafverfolgungsmassnahmen* (StrEG). Er is een apart *Gesetz über die Internationale Rechtshilfe in Strafsachen*. Voor de betekening van stukken in het strafproces geldt de regeling van het civiele proces (artikel 37 StPO jo. artikel 166 ZPO). Voor de aanspraak van het slachtoffer op schadevergoeding is het *Opferentschädigungsgesetz*, een bijzonder deel van het *Sozialgesetzbuch*, van belang.

van inrichting van rechtspraak aan de rechtsgebieden gemeen.[7] Zo regelt het GVG de indeling van de gerechten en hun (absolute) competentie, waaronder de aanwijzing van de gerechten bevoegd tot beslissen in de herziening van strafzaken, de organisatie van de gerechten en van het openbaar ministerie. Maar ook de bezetting van kamers komt aan de orde. De regeling bevat de typisch voor strafprocesrecht geschapen voorziening dat de meervoudige kamer zelf per geval een rechter extra kan c.q. soms moet bevatten (artikel 76, tweede lid, 5 GVG). Deze modaliteit komt voort uit de wens op rechterlijke capaciteit te bezuinigingen. De aanvankelijk voorgeschreven bezetting van de grote strafkamers met drie beroepsrechters en twee leken is omgezet in de regel dat twee beroepsrechters voldoende zijn, maar dat, indien gewenst en soms voorgeschreven, een derde rechter kan worden toegevoegd.[8] Ook de regeling van de selectie en de positie van de leken, de *Schöffen*, vindt in het GVG zijn grondslag. Deels overstijgt de regeling in het GVG het strafprocesrecht, zoals bij de regeling van de openbaarheid van zittingen en de regeling van de ordehandhaving ter zitting (inclusief de door de rechter te bevelen *Ordnungshaft* van maximaal 24 uur). Het GVG schrijft voor dat Duits de rechtstaal is, gevolgd door de uitwerking van het algemene recht op een tolk en op vertaling van stukken en door aanwijzingen voor de rechter hoe om te gaan met procesdeelnemers met hoor- of spraakgebreken.[9] Het openbaar ministerie is georganiseerd in parketten met een éénhoofdige leiding. De andere leden van het openbaar ministerie werken in zijn naam en treden op 'voor deze': artikel 144 GVG. Bij de ministers van Justitie ligt het *Dienstaufsicht*, hetgeen naar artikel 147 GVG het recht tot *Aufsicht und Leitung* impliceert.

De bevoegdheden van de politie op grond van de Polizeigesetze van de Länder; 'Gefahrenabwehr'

De StPO regelt de strafvorderlijke bevoegdheden van (o.a.) de politie ter opsporing van strafbare feiten. Daarnaast voorzien de *Polizeigesetze* der zestien afzonderlijke *Länder* in het kader van de *Gefahrenabwehr* (handhaving van de openbare orde) in veel bijzondere bevoegdheden. De bevoegdheden kunnen per land verschillen.

7. Roxin in Beck's Texte StPO, 54. druk, p. IX spreekt van '*die allgemeinen, nicht auf den Strafprozess beschränkten Grundsätze für den äusseren Ablauf der gerichterlichen Tätigkeit*'. Ook dit hangt samen met de Duitse grondwettelijke verdeling van de wetgevingsbevoegdheid. Zoals gezegd is de inrichting van alles wat met de 'Gerichtsverfassung' en het 'gerichtliche Verfahren' te maken heeft voorbehouden aan de centrale wetgever die ter zake ook voor rechtseenheid zorgt, niet alleen over de 'Länder' heen, maar ook rechtsgebiedoverschrijdend: centrale noties van rechtspraak in concreto zijn onderdeel van algemene regeling in het GVG.
8. Vgl. ook artikel 122 lid 2 GVG inzake de samenstelling van de *Senate* bij het *Oberlandesgericht*: in de regel drie, maar soms vijf beroepsrechters.
9. Voor wat betreft de organisatie voorziet artikel 9 GVG in de inzet van de *Rechtspfleger* (dat is een '*Beambter der Justizdienstes*' met ten minste drie jaar voorbereidingsdienst die de *Rechtspflegerprüfung* behaald heeft: artikel 2 *Rechtspflegergesetz*) en artikel 10 in de inzet van *Referendare*, te vergelijken met parket- en gerechtssecretarissen. Zij hebben in de strafrechtspleging geen zelfstandige functies van betekenis.

Voor het optreden van de politie zijn deze bevoegdheden in de praktijk minstens zo belangrijk als de bevoegdheden ter opsporing uit de StPO.[10]

Constitutioneel recht: 'Das Strafverfahrensrecht als Seismograph der Staatsverfassung',[11] Prozessmaximen en Verfahrensgrundsätze, codificatie van strafprocessuele beginselen?, EVRM

Voor een goed begrip van het Duitse strafprocesrecht is voorts het in Duitsland naar inhoud en werking sterk ontwikkelde constitutionele recht (*Verfassungsrecht*) van belang. Het Duitse recht leunt daarbij op het sterk normatieve *Grundgesetz* (GG), zoals toegepast en gehandhaafd door het *Bundesverfassungsgericht* (BVerfG). Dat gerecht geeft voor een uitvoerige en uitgebreid-normatieve rechtspraak gezorgd met een hoge status en veel gezag. Het *Grundgesetz* stelt algemene eisen aan de wettelijke regeling van inbreuken op grondrechten (*Gesetzesvorbehalt*; *Grundsatz der Verhältnismäßigkeit*), voorziet in aanspraak op rechtsingang bij de rechter – die aan bepaalde eisen moet voldoen – tegen overheidsoptreden, eist dat de burger niet slechts 'object' van overheidshandelen c.q. van strafvordering of strafvorderlijk onderzoek tegen hem zal zijn maar daarin effectief kan participeren, enzovoort. Legitiem overheidsoptreden in strafvorderlijk verband is alleen toegelaten als dat op het realiseren van het doel van het strafproces is gericht. Dat doel is in de eerste plaats waarheidsvinding, welke doelgerichtheid van normatief-constitutionele aard is. De ambtshalve plicht van de zittingsrechter tot waarheidsvinding wordt door het BVerfG ook wel aangeduid als het *Verfassungsgebot der Wahrheitsermittlung*, als deel van het grondwettelijk beschermd recht op toegang tot de rechter. Het GG/BVerfG heeft daarmee veel programmatische betekenis op grondslagenniveau, niet alleen voor de inrichting van de (straf)rechtspraak maar ook voor de vormgeving daarvan door de (formele) centrale wetgever in de StPO. De wetgeving op het gebied van het strafprocesrecht kan door het *Bundesverfassungsgericht* aan de grondwet worden getoetst. De burger kan zich met een constitutionele klacht over (de toepassing van) die wetgeving tot dit gerecht wenden. Als een strafrechtelijke veroordeling berust op de uitleg van een materiële norm die het

10. Zie voor een overzicht: F.W. Bleichrodt, P.A.M. Mevis & B.W.A. Volker, *Vergroting van de slagvaardigheid van het strafrecht: een rechtsvergelijkend perspectief*, Den Haag: WODC 2011.
11. Roxin/Schünemann, Strafverfahrensrecht, 29ste druk, 2017, Opschrift van Einleitung, par. 2 onder A.

Bundesverfassungsgericht in strijd met de Grondwet heeft bevonden, dan is dat een aparte grond voor herziening van het strafrechtelijk oordeel.[12, 13]

De hierna in paragraaf 10 nader aan de orde te stellen *Expertenkommission zur effektiveren und praxistauglicheren Ausgestaltung des allgemeinen Strafverfahrens und das Jugendstrafverfahrens* heeft in haar rapport uit oktober 2015 de vraag onder ogen gezien of de genoemde *Grundsätze* aan het begin van het wetboek gecodificeerd zouden moeten worden. Men heeft van verdere gedachtevorming ter zake afgezien omdat snel duidelijk was dat de opdracht van de Commissie niet zover reikte dat een dergelijke, behoorlijk verstrekkende hercodificatie (*Neukodifikation*) overwogen kon worden.[14]

Plaats en betekenis van het EVRM

Het recht op een eerlijk proces staat als zodanig niet in het Duitse *Grundgesetz*. De – traditionele – aanname is, dat met de uitwerking van het procesrecht in de StPO het recht op een eerlijk proces als zodanig geregeld en gegarandeerd is. Onderdelen daarvan kunnen alleen aan het *Grundgesetz* worden getoetst als het om concrete(re) rechten uit dat *Grundgesetz* gaat, bijvoorbeeld wettelijke regelingen van opsporingsmethoden die een inbreuk maken op bepaalde grondrechten. De wat andere insteek van het EVRM/EHRM in deze leidt in zoverre tot een afwijkende structuur, ook omdat het EVRM in Duitsland 'slechts' de rang heeft van 'gewone' wet die niet boven het Duitse *Grundgesetz* staat, maar als wet wel moet worden nageleefd. In veel gevallen worden door middel van 'verdragsconforme interpreta-

12. Artikel 79 *Bundesverfassungsgerichtsgesetz* (BVerfGG).
13. De invloed van het constitutionele recht is zodanig dat in verschillende commentaren het strafprocesrecht in de eerste plaats wordt gekarakteriseerd als 'angewandtes Verfassungsrecht'; de StPO wordt geacht invulling te geven aan grondwettelijke noties van (strafproces)recht. Dat betreft dan zowel de strafvorderlijke uitwerking van dwangmiddelen en opsporingsmethoden die een inbreuk maakt op (klassieke) grondrechten en vrijheden, als de inrichting van het strafproces. Met spreekt in Duitsland in dit kader wel van een aantal aan het strafprocesrecht ten grondslag liggende '*Prozessmaximen*' of '*Verfahrensgrundsätze*' die als zodanig, dat wil zeggen: als constitutioneel uitgangspunt van normatieve inrichting van het strafproces aan (de opdracht tot) wetgeving ten grondslag liggen. Dat betreft dan grondslagen als het *Rechtsstaatprinzip* (artikel 20 lid 3 GG); de *Grundsatz vom gesetzlichen Richter* (artikel 101 GG); de *Anspruch auf rechtliches Gehör* (artikel 103 lid 1 GG); de *Bestimmtheitsgrundsatz* (artikel 103 lid 2 GG) en de ne bis in idem-regel (artikel 103 lid 3 GG). Zo is bijvoorbeeld het voorschrift van artikel 140 StPO inzake de aanspraak op verdediging, geformuleerd als instructienorm aan de gerechten ('*Die Mitwirkung eines Verteidigers ist notwendig, wenn…*' (volgt (brede) opsomming…,), door het BVerfG opgevat als *Konkretisierung des Rechtsstaatsprinzip*. Zie Meyer-Goßner/Schmitt, randnr. 1 bij artikel 140 StPO.
14. Gegeven de geaccepteerde waarde en betekenis van de genoemde *Verfahrensgrundsätze* als algemene, programmatische uitgangspunten voor, en toetsingscriteria van de inrichting van het strafprocesrecht in de StPO en de toepassing in de praktijk, bestaat in Duitsland in zoverre geen behoefte aan uitdrukkelijke(re) codificatie in het procesrecht enkel om de gelding ervan tot uitdrukking te brengen. Regeling in de StPO zou weinig toevoegen aan de regeling ervan in het hiërarchisch hogere *Grundgezetz* en de handhaving daarvan door het *Bundesverfassungsgericht*, ook op klacht van de individuele, belanghebbende burger.

tie' verschillen in rechten en opvattingen voorkomen. Het *Bundesverfassungsgericht* staat een verdragsconforme interpretatie van het *Grundgesetz* voor.

Ministeriële richtlijnen voor de eenvormige toepassing van het strafprocesrecht
Voor zover onderdelen van de toepassing van het strafprocesrecht en het aparte *Bussgeldverfahren* aan regeling en uitvoering aan de *Länder* is overgelaten, zijn de ministers van Justitie van *Bund* en *Länder* bepaalde richtlijnen overeengekomen om uniforme toepassing van regels te bevorderen. Het gaat daarbij om het document '*Richtlinien für das Straf- und Bussgeldverfahren*'.[15] Dit omvangrijke document bevat tal van nadere voorschriften, in het bijzonder gericht tot het openbaar ministerie, met (nadere) aanwijzing voor een juiste taakvervulling. Zo is daarin bijvoorbeeld de proportionaliteit en subsidiariteit bij de toepassing van dwangmiddelen geëxpliciteerd, alsmede de norm om in de omgang met slachtoffers van strafbare feiten in de rechtspleging, deze daardoor niet onnodig extra te belasten. Het document is gepubliceerd, maar is geen wet en bevat in zoverre geen recht dat de strafrechter bindt. Voor zover daarin richtlijnen voor het openbaar ministerie zijn opgenomen is het openbaar ministerie op grond van de hiërarchische ondergeschiktheid aan de ministers (artikel 147 GVG '*Dienstaufsicht*') wel gehouden er bij de inrichting van zijn taken en gebruik van bevoegdheden uitvoering aan te geven.

2.2 Hoofdlijnen van het strafproces

2.2.1 Algemeen[16]
De StPO schetst op zichzelf een met het Nederlands recht en de indeling in het WvSv vergelijkbaar verloop van de strafrechtelijke procedure. Alleen de opbouw is anders in die zin dat als grondslag voor strafrechtelijk onderzoek (pas) in artikel 151 StPO, als openingsbepaling van Boek 2 (*Verfahren im ersten Rechtszug*), de *Anklagegrundsatz* wordt genoemd: 'Die Eröffnung einer gerichtlichen Untersuchung ist durch die Erhebung einer Klage bedingt'. Pas daarna (vanaf par. 158 StPO) volgen de bepalingen inzake de *Vorbereitung der öffentliche Klage*. Dat betreft dan het *Ermittlungsverfahren* dat met het opsporingsonderzoek te vergelijken is. Na

15. www.verwaltungsvorschriften-im-internet.de/bsvwvbund_01011977_420821R5902002.htm.
16. Aan statistische gegevens over de toepassing van de StPO is zo weinig bekend dat zelfs het regeerakkoord van de huidige Duitse regering expliciet als voornemen vermeldt: 'Die Kriminal- und Rechtspflegestatistiken machen wir aussagekräftiger'. Zie: 'Deutschlands Zukunft gestalten. Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und SPD 18. Legislaturperiode, p. 147 via www.bundesregierung.de. Wie op de site van het Statistisches Bundeamt zoekt (www.statis.de) vindt vooral cijfers over de aard van de afgedane strafzaken, veel minder over de vorm waarin een strafzaak is afgedaan. Zie daarover wel de bijdrage van L.J.J. Peters aan deze bundel. Er bestaat wel het particulier initiatief *Konstanzer Inventar Sanctionenforschung* (KIS). De laatste bijgewerkte gegevens zijn uit 2015. Zie http://vg09.met.vgwort.de. Het Duitse ministerie van justitie publiceerde *Strafrechtspflege in Deutschland*, waarvan de laatste uitgave ook het jaar 2015 betreft; latere overzichten zijn niet verschenen. Zie www.bundesjustizamt.de.

afloop daarvan moet het openbaar ministerie beslissen wat met de strafzaak te doen.

De berechting in eerste aanleg wordt aangeduid als een rechterlijk onderzoek van de zaak, welk onderzoek slechts op *Klage* wordt geïnitieerd. Anders dan in Nederland het geval is, is de bevoegdheid tot *Klage* niet exclusief gereserveerd voor het openbaar ministerie. Het openbaar ministerie is alleen inzake de *öffentliche Klage* exclusief bevoegd (artikel 152, eerste lid, StPO), maar daarnaast kan het slachtoffer bij een aantal delicten zelfstandig *Privatklage* instellen. Gaat het om een dergelijk delict, dan gaat de mogelijkheid van *Privatklage* in zoverre voor, dat het openbaar ministerie in die gevallen alleen dan Anklage erhebt, als zulks in het openbaar belang is. Belangrijker is dat het openbaar ministerie in beginsel en naar het uitgangspunt van artikel 152, tweede lid, en artikel 170 StPO verplicht is de *öffentliche Klage* in te stellen (*zu erheben*) als voldoende bewijs van het begaan van een strafbaar feit voorhanden is.[17] Deze verplichting geldt, tenzij zich een in de wet voorziene uitzondering voordoet. Dat klinkt als zeer beperkt, maar (met name) de in artikel 153-153b StPO genoemde gevallen die een sepot toestaan, zoals *Geringfügigkeit bij Vergehen* (artikel 153), in geval bij berechting geen straf te verwachten is (artikel 153b StPO) of – bij *Vergehen* – omdat met een sepot onder voorwaarden (voorzien in artikel 153a StPO[18]) kan worden volstaan, maken duidelijk dat ook in Duitsland het opportuniteitssepot in de praktijk wordt gebruikt in een mate zonder welke de strafrechtspleging aan overcapaciteit ten onder zou gaan. Tegelijk is in beginsel voor een dergelijk sepot de instemming van het gerecht nodig. Men eist daarin toch weer voldoende waarborg voor (materiële) waarheidsvinding. Voor nogal wat (kleinere) feiten en lichtere voorwaarden maakt artikel 153, eerste lid, tweede volzin StPO, welke uitzondering op grond van artikel 153a, derde lid, zevende volzin ook bij het voorwaardelijk sepot van artikel 153a StPO geldt, een uitzondering op die eis van rechterlijke instemming. Doordat het minimum van de gevangenisstraf in artikel 38 StGB op een maand wordt gesteld, maar artikel 47 StGB voorschrijft vrijheidsstraffen tot zes maanden zo veel als mogelijk te voorkomen, kunnen nogal wat *Vergehen*, zoals enkelvoudige winkeldiefstal, daarmee zonder toestemming van het gerecht worden geseponeerd, al dan niet voorwaardelijk.

2.2.2 Het Zwischenverfahren (artikel 199-211 StPO)

In Duitsland is het aan het openbaar ministerie niet toegestaan zelfstandig te beslissen een zaak ter berechting op de *Hauptverhandlung* aan te brengen. Het behoeft daartoe de toestemmende beslissing van het gerecht dat in dat kader toetst

17. Zie ook hierna onder 6.
18. Bij toepassing van artikel 153a StPO is geen sprake van een veroordeling in die zin dat het vermoeden van onschuld niet geacht wordt te zijn weerlegd: Meyer-Goßner/Schmitt, randnr. 2 bij artikel 153a StPO.

of er voldoende grond is, met name ook ten aanzien van de feitelijk voorhanden informatie (bewijs[19]), dat de verdachte op de openbare terechtzitting terecht zal staan. Dat gebeurt in het zgn. *Zwischenverfahren* (ook wel *Eröffnungsverfahren* genoemd), een positieve toets van verdere vervolging inhoudelijk vergelijkbaar met de Nederlandse negatieve toets ingeval een bezwaarschrift tegen de dagvaarding is ingediend. Naar zijn aard is de zitting in deze fase niet openbaar. De verdachte heet in deze fase *Angeschuldigte*.[20]

Het gerecht toetst in het *Zwischenverfahren* de door het openbaar ministerie ingebrachte aanklage (*erhobene Anklage*) in concreto. Het openbaar ministerie beslist dus niet zelf of het tot een *Hauptverhandlung* komt, wel en exclusief of een daartoe gericht verzoek gedaan wordt. Men spreekt van het '*Einreichen der öffentliche Klage*'.

De *Anklageschrift* gelijkt 'onze' tenlastelegging en moet inhoudelijk voldoen aan de uitvoerige eisen van concreetheid genoemd in artikel 200 StPO. De *Angschuldigte* wordt een door de rechter te bepalen termijn gesteld om bezwaren voor voren te brengen of *Beweisanträge* te stellen. Het bepalen van de termijn is aan de rechter; een termijn van een week geldt als betrekkelijk absoluut minimum.[21] Het gerecht toetst aan de hand van het dossier, maar het heeft in het kader van zijn (beperkte) toets toch ook reeds de mogelijkheid en verantwoordelijkheid om zelf onderzoek te doen. Het kan daartoe onderzoekshandelingen initiëren (*einzelne Beweiserhebungen anordnen*: artikel 202 StPO). En hoewel de voorbereiding van de *Hauptverhandlung* onder een andere regeling valt en niet tot de functies van het *Zwischenverfahren* behoort, kan het gerecht wel ook reeds door '*kommissarische Vernehmung*' bepaald bewijs voor beschikbaarheid in de eventuele *Hauptverhandlung* zeker stellen, in het bijzonder door het reeds doen horen van getuigen indien naar het oordeel van het gerecht aan te nemen is dat een getuige op grond van artikel 223 StPO te zijner tijd niet persoonlijk ter terechtzitting zal kunnen komen verklaren.[22] In dat geval kan naar Duits recht een eerder afgelegde getuigenverklaring slechts zeer beperkt en bij wijze van (wettelijk te regelen) uitzondering op het onmiddellijkheidsbeginsel voor het bewijs tegen de verdachte worden gebruikt. Net als in de *Hauptverhandlung* kan het gerecht een soort tussenstand en voorlopige conclusie in de richting van partijen onder woorden brengen als dat de efficiëntie van de procedure, in het bijzonder de nadere richting en gerichtheid ervan, kan helpen versterken (artikel 202a StPO).

19. Het bewijs omvat in het Duitse recht alle rechterlijke beslissingen van 'ons' artikel 350 Sv, niet alleen de eerste vraag.
20. Er vindt overigens geen *Zwischenverfahren* plaats in de nog te bespreken afwijkende, verkorte procedures van het *Strafbefehl* en van het zgn. *beschleunigtes Verfahren*.
21. Meyer-Goßner/Schmitt, randnr. 4 bij artikel 201 StPO.
22. Meyer-Goßner/Schmitt, randnr. 4 bij artikel 202 StPO.

Het gerecht beziet in het bijzonder in inhoudelijke zin of er voldoende 'bewijs' tegen de verdachte bestaat dat een (voldoende) vermoeden van veroordeling in zich draagt en of zich overigens geen proceshindernissen voordoen. Bewijs is ook hier ruim: bestaat de gerede kans dat de strafbepaling onverbindend is of zich een strafuitsluitingsgrond[23] voordoet, dan is er (ook) 'onvoldoende bewijs'. Tot de categorie van de *Prozeshindernissen* behoren de materiële gronden voor niet-ontvankelijkheid van het openbaar ministerie (leeftijd, ne bis, verjaring) en de redenen voor de schorsing van de vervolging. In het kader van de eventuele proceshindernissen is de ten opzichte van het Nederlandse recht van artikel 16 en artikel 509a Sv wat zwaarder aangezette formulering van de *Verhandlungs(un)fähigkeit* van belang. *Verhandlungsfähig* is de *Beschuldigte* die '*fähig*' (is), '*in oder ausserhalb der Verhandlung seine Interessen vernünftig wahrzunehmen, die Verteidigung in verständiger und verständlicher Weise zu führen, Prozesserklärungen abzugeben und entgegenzunehmen*'.[24]

Van betekenis is dat het *Zwischenverfahren* gevoerd wordt voor het gerecht en de kamer dat eventueel ook de *Hauptverhandlung* zal doen: artikel 199 StPO, al beslissen de beroepsrechters zonder *Schöffen*, zoals dat bij elke beslissing buiten de *Hauptverhandlung*.[25] Het uitgangspunt is niet dat, vanwege een te vermijden bevooroordeeldheid, de beslissing aan een ander gerecht of kamer moet worden gelaten (een apart *Eröffnungsgericht*), al wordt zulks in de literatuur wel bepleit. De gekozen structuur heeft ook te maken met het feit dat de *Angeschuldigte* reeds in het *Zwischenverfahren* door *Beweisanträge* de discussie over en het oordeel over het bewijs mee kan beïnvloeden ten einde een *Hauptverhandlung* te voorkomen. Het voordeel uit een oogmerk van rechterlijke capaciteit is dat maar één kamer het hele dossier hoeft te bestuderen.[26] Wel is het zo dat ingeval een rechtsmiddel tegen de beslissing van het *Zwischenverfahren* gegrond wordt bevonden, het rechtsmiddelgerecht in verband met het tegengaan van (de schijn van) partijdigheid, een ander gerecht voor de *Hauptverhandlung* kan aanwijzen: artikel 210, derde lid, StPO.

Is er onvoldoende bewijs of doen zich (andere) hindernissen voor c.q. is aan bepaalde voorwaarden voor berechting niet voldaan, dan wijst het gerecht het verzoek tot opening van de *Hauptverhandlung* af: artikel 203 en 204 StPO. Het is daarbij gehouden aan te geven of dit op grond van feitelijke (*tatsächlichen*) of op rechtsgronden geschiedt, mede met het oog op een eventuele voortzetting van de vervolging ter zake van hetzelfde feit bij nieuwe feiten.

23. Waarbij het Duitse recht onderscheidt tussen *Strafausschliessung* (ten tijde van het delict) en *Strafaufhebung* op grond van omstandigheden na het delict, waaronder de inkeer van de dader (*Tätige Reue*).
24. Meyer-Goßner/Schmitt, Einleitung, randnr. 97.
25. Zie artikel 76 lid 1, tweede volzin, GVG.
26. Meyer-Goßner/Schmitt, randnr. 2 vóór artikel 198 StPO.

De afwijzende beslissing kan dwingen tot het nemen van daarmee samenhangende beslissingen, met name die tot opheffing van de voorlopige hechtenis, teruggave van het beslag en een beslissing over kosten en schadevergoeding. De afwijzende beslissing moet aan het openbaar ministerie, de verdachte en de *Nebenkläger* formeel worden betekend in verband met rechtsmiddeltermijnen. Het slachtoffer dat op basis van recentere wetgeving wel een positie heeft zonder dat van *Nebenklage* sprake is, krijgt de beslissing medegedeeld (artikel 406d onder I StPO).

Is er voldoende bewijs c.q. zijn er geen *Verfahrenshindernissen*, dan beslist het gerecht in beginsel de *Hauptverhandlung* te openen en de aanklacht tegen de verdachte toe te laten (artikel 203 en 207 StPO). Bij die beslissing wordt het bevoegde gerecht aangewezen en wordt ook een beslissing genomen over (het voortduren van) de voorlopige hechtenis.

Aangezien het voeren van de *Hauptverhandlung* aan het onmiddellijkheidbeginsel is onderworpen, hetgeen naar Duits recht meebrengt dat zowel de verdachte als eventuele getuigen in principe ter terechtzitting aanwezig moeten zijn, kan het gerecht, in het vooruitzicht dat dit vooralsnog voor onmogelijk moet worden gehouden (tijdelijke hindernis), ook beslissen het *Verfahren* voorlopig te onderbreken: artikel 205 StPO.[27] Zo bijvoorbeeld ingeval de verdachte niet te vinden is of hij vanwege persoonlijke omstandigheden vooralsnog niet terecht kan staan.[28] Deze laatste bepaling moet naar de heersende opvatting ook worden aangewend ingeval een wezenlijke getuige onvindbaar of verhinderd is.[29] De voorzitter kan bewijs veilig stellen (‘*sichern*’), bijvoorbeeld door *Beweiserhebungen an zu ordnen*.

Het gerecht kan bij de beslissing de *Hauptverhandlung* toe te laten van de *Anklage* afwijken, in die zin dat het gerecht de(zelfde) feiten onder een andere strafbepaling (verder) vervolgd wil zien, dan wel dat aspecten van dezelfde feitelijke daad in strafrechtelijke zin afgesplitst verder vervolgd worden of dergelijke aspecten daaraan juist worden toegevoegd: artikel 207 StPO. Die optie past in de Duitse opvattingen omdat het openbaar ministerie blijft beslissen of en zo ja voor welk feitelijk feit men ter *Hauptverhandlung* trekken wil, maar niet kan beslissen dat het zover komt, zodat er in die laatste rechterlijke beoordeling ruimte zit voor de (andere) aanduiding in juridische zin (kwalificatie) van de aspecten van dat ene feitelijke feit waarvoor de *Angeschuldigte* vervolgens terecht zal staan.

27. Het voorkomen van onnodige vervolgfasen van berechting is een algemenere grondslag van Duitse strafvordering in alle fasen (Meyer-Goßner/Schmitt, randnr. 3 bij artikel 205). Zo hoeft, als zich daartoe een hindernis voordoet, het openbaar ministerie niet eens een *Zwischenverfahren* te openen maar kan het zelf de vervolging onderbreken: artikel 154f StPO.
28. Van schorsing van de vervolging is geen sprake; de behandeling kan later zonder formaliteiten worden hervat: Meyer-Goßner/Schmitt, randnr. 5 bij artikel 205 StPO.
29. Meyer-Goßner/Schmitt, randnr. 8 bij artikel 205 StPO.

Het gerecht kan ook om opportuniteitsreden van het openen van een *Hauptverhandlung* afzien, en wel op dezelfde gronden die, als wettelijke geregelde want legitimerend-noodzakelijke) uitzonderingen op het legaliteitsprincipe, op basis van artikel 153 e.v. StPO voor het openbaar ministerie gelden.[30] Een extreem lange, niet gelegitimeerde duur van de strafvervolging kan in bijzondere gevallen leiden tot de beslissing de *Hauptverhandlung* niet te openen.[31]

Tegen de beslissing de *Hauptverhandlung* te openen staat geen rechtsmiddel open. Tegen de weigering daartoe staat voor het openbaar ministerie de '*sofortige Beschwerde*' open: artikel 210 StPO. Dat rechtsmiddel staat ook voor de *Nebenkläger* open, maar alleen ter zake van het *Nebenklagedelikt* en alleen voor zover ter zake daarvan in het geheel niet (verder) vervolgd wordt.[32] Voor het slachtoffer dat geen *Nebenkläger* is, staat geen rechtsmiddel open. Het rechtsmiddelgerecht voorziet zelf in de zaak en kan dus alsnog tot toelating tot de *Hauptverhandlung* beslissen. Zoals gezegd kan dat gerecht daarbij, in verband met de bescherming van onpartijdigheid, een (ander) gerecht voor de *Hauptverhandlung* aanwijzen.
Na de weigering de *Hauptverhandlung* te openen kan de verdachte alleen dan ter zake van hetzelfde feit opnieuw vervolgd worden ingeval nieuw bewijs (later ontstaan of de rechter ten tijde van zijn beslissing niet bekend) aan het licht komt: artikel 211 StPO.

Het *Zwischenverfahren* heeft als doel te voorkomen dat de verdachte te lichtzinnig in het openbaar terecht zal moeten staan. Die filterfunctie wordt in zoverre vervuld dat het in de gevallen waarin de uitkomst van het *Zwischenverfahren* is dat de *Hauptverhandlung* kan worden geopend, het daarna (nog maar) in 3 procent van de gevallen tot een *Freispruch* komt.[33]

3 De belangrijkste actoren in het strafproces

3.1 De verdachte[34]

De verdachte is in Duitsland, net als in Nederland, zowel object van strafrechtelijk onderzoek als tegelijk iemand aan wie juist deswege extra rechten worden toegekend. Er is een zekere ruimte voor het stellen van vragen aan een op zichzelf *tat-*

30. Meyer-Goßner/Schmitt, randnr. 5 bij artikel 204 StPO
31. Meyer-Goßner/Schmitt, randnr. 2 bij artikel 204 StPO.
32. Meyer-Goßner/Schmitt, randnr. 6 bij artikel 210 StPO.
33. Meyer-Goßner/Schmitt, randnr. 1 vóór artikel 198 StPO.
34. De terminologie van de aanduiding van de verdachte wisselt per procesfase: zie artikel 157 StPO. Als algemene aanduiding van een burger die ervan verdacht wordt een strafbaar feit te hebben begaan, wordt de term '*Beschuldigter*' gebruikt. Tegen de *Beschuldigter* wordt het opsporingsonderzoek/voorbereidend onderzoek (*Ermittlungsverfahren*, ook wel *Vorverfahren*) gevoerd.

verdachtige Person zonder hem meteen ook als *Beschuldigter* met processuele rechten te (moeten) erkennen. Zo is nog geen sprake van een *Beschuldigter* als de politie aan een persoon die mogelijk onder invloed van drugs staat, vraagt of deze met de auto naar het politiebureau is gekomen, maar wel zodra bij een algemene verkeerscontrole een agent in een auto waarin zich alleen de bestuurder bevindt, een alcohollucht waarneemt.[35] Hiervoor is aangegeven dat voor de positie van de verdachte in het strafproces het van het Nederlandse recht afwijkende uitgangspunt van artikel 465, eerste lid, StPO opvalt: bij veroordeling wordt de verdachte in beginsel in de proceskosten veroordeeld.

3.2 Het openbaar ministerie, in het bijzonder in het voorbereidend onderzoek

Net als in Nederland leidt het openbaar ministerie het voorbereidend onderzoek; het is '*Herrin des Vorverfahrens*'. Het openbaar ministerie kan in het kader van de repressieve, strafrechtelijke politietaak aanwijzingen en bevelen geven aan politieambtenaren. Anders dan in Nederland voert het openbaar ministerie ook zelf onderzoek uit in de vorm van verhoren van getuigen en verdachten. Het openbaar ministerie is daartoe bevoegd, en in grote en ernstige strafzaken doet het openbaar ministerie ook dergelijke verhoren. 'Verhoor door het openbaar ministerie' moet daarbij betrekkelijk letterlijk worden genomen. Weliswaar kan ook een Duitse *Staatsanwalt* bepaalde taken in mandaat aan andere ambtenaren overlaten, maar als het openbaar ministerie een getuige of een verdachte in het voorbereidend onderzoek van een strafzaak verhoort, in het bijzonder in de klassieke categorie van allerzwaarste, vroeger met de doodstraf bedreigde, spreekwoordelijke *Kapitalverbrechen*, dan gebeurt dat door een functionaris met het ambt en de status van een *Staatsanwalt*.

3.3 De rechter; zittingsrechter en rechter in het voorbereidend onderzoek

Het Duitse strafprocesrecht kent sinds 1975 geen gerechtelijk vooronderzoek meer. Desondanks is in het voorbereidend onderzoek behoefte gebleken aan de inzet van een rechter op bepaalde punten. Die functie vervult in Duitsland de *Ermittlungsrichter*.[36] Zie nader hierna onder 5.2.

De positie van de zittingsrechter wordt in het inquisitoire proces van de Duitse StPO in de eerste plaats bepaald door diens ambtshalve verantwoordelijkheid voor de juiste inhoudelijke beslissing, in het bijzonder voor de waarheidsvinding. Die verantwoordelijkheid komt o.a. tot uitdrukking in de regeling van het onderzoek ter terechtzitting, het bewijs en de inrichting van het vonnis. Van betekenis is dat

35. Voorbeelden ontleend aan Meyer-Goßner/Schmitt, Inleiding, randnr. 77.
36. Zie voor de benaming artikel 162 StPO en artikel 21e lid 1 GVG.

de wetgever, ter uitvoering van de grondwettelijke opdracht, zelf dit aspect benadrukt, bijvoorbeeld blijkend uit het feit dat berechting bij verstek in Duitsland maar zeer beperkt mogelijk is gemaakt. De wetgever verwacht dat de rechter de persoon van de verdachte onderzoekt, alvorens (met name) een verantwoorde bewijsbeslissing te kunnen nemen c.q. een (langere) vrijheidsstraf op te (kunnen) leggen. Omgekeerd komt deze verantwoordelijkheid daarin tot uitdrukking dat de door de wetgever voorziene alternatieve afdoeningen van strafzaken (anders dan door berechting in een *Hauptverhandlung*), bijvoorbeeld door een *Strafbefehl*, toch steeds de bemoeienis van de strafrechter behoeven. De positie van de Duitse rechter, met name die ter terechtzitting, wordt in het bijzonder bepaald door het feit dat in het Duitse strafprocesrecht gehecht wordt aan berechting op basis van een mondelinge behandeling van de zaak ter openbare terechtzitting, zulks ook in verband met de wenselijk geachte transparantie van rechtspraak (externe openbaarheid). De uitwerking van deze grondslag komt in het onderstaande nog verschillende malen terug. De rechter heeft dus in de afdoening van strafzaken een dominante rol. Ook het Duitse openbaar ministerie lijkt meer op de rechter gericht en is veel meer van hem afhankelijk, ook voor de alternatieve afdoening van strafzaken die in Duitsland maar beperkt exclusief aan het openbaar ministerie is overgelaten (zie nader onder 6 en onder 7.7.). Dat kleurt de verhouding tussen rechter en openbaar ministerie.

3.4 De raadsman/Verteidiger

In de artikelen 137-149 StPO regelt het Duitse strafprocesrecht niet de raadsman als functie, maar, naar het opschrift van het betreffende deel van de StPO, de *Verteidigung*. In de regel treedt een advocaat als *Verteidiger* op. Ook bepaalde *Hochschulrechtslehrer* kunnen als zodanig optreden. De advocaat kan zich, met toestemming van de cliënt, door een *Referendar* laten bijstaan. De *Verteidiger* wordt in Duitsland gezien als een *unabhängiges Organ der Rechtspflege*[37] die de verdachte als raadsman terzijde staat (artikel 137 StPO). De verdachte kan zich door maximaal drie verdedigers doen bijstaan. Artikel 46 StPO verbiedt een raadsman om in dezelfde strafzaak meer dan één verdachte c.q. verschillende verdachten die van hetzelfde feit worden beschuldigd, bij te staan. Meer dan in Nederland loopt het strafproces in Duitsland wat nadrukkelijker via de raadsman. Twee voorzieningen kunnen dat illustreren. Volgens artikel 145a StPO geldt de raadsman van de verdachte die zich gesteld heeft, van rechtswege als door zijn cliënt te zijn gemachtigd om formele betekeningen en informele stukken in ontvangst te nemen. De verdachte heeft aanspraak op afschrift van het betekende stuk (en vice versa), maar de rechtsgevolgen richten zich naar het moment van betekening aan de raadsman, al is er voor de verdachte onder omstandigheden de mogelijkheid om de *Wiedereinsetzung in den*

37. Meyer-Goßner/Schmitt, Einleitung, randnr. 82.

vorigen Stand (zie hierna onder 8.4.) te verzoeken. Het tweede voorbeeld betreft het recht op inzage in de processtukken; het recht daarop loopt via de verdediging als de verdachte een raadsman heeft en niet via de verdachte zelf: artikel 147, tweede lid en derde lid StPO.

Sinds een wetswijziging uit 2017 ter uitvoering van de betreffende EU-Richtlijn heeft de *Verteidiger* een eigen, zelfstandige aanspraak om bij het verhoor van de verdachte door de politie aanwezig te zijn: artikel 136 StPO en artikel 163a lid 4, derde volzin jo. artikel 168c lid 1 StPO. Betoogd wordt dat de raadsman tot op zekere hoogte ook het recht heeft aan het verhoor deel te nemen, althans op de uitkomst ervan invloed uit te oefenen.[38] De verdediger mag ook bij een confrontatie van verdachte en getuigen (artikel 58 StPO) en bij het doen van rechterlijke waarnemingen (*Einnahme eines richterlichen Augenscheins*; artikel 168d StPO) aanwezig zijn.

Tot de regeling omtrent de positie van de raadsman behoort ook de vrij uitvoerige en van nogal wat gronden voorziene regeling die in een concreet geval tot uitsluiting van een bepaalde verdediger kunnen leiden. De uit de hete herfst van 1977 stammende, algehele *Kontaktsperre* van het contact met de advocaat is in deze fase van het strafproces sedert 2017 niet meer mogelijk.[39] Wel kan een verdediger worden uitgesloten als zijn toelating een '*Gefahr für die Sicherheit der Bundesrepublik Deutschland*' zou opleveren: artikel 138b StPO. De enkele politieke overtuiging van de *Verteidiger* is niet genoeg om een dergelijk gevaar aan te nemen.[40]
In artikel 140 StPO wordt aan de strafvorderlijke autoriteiten voorgeschreven wanneer de medewerking van een *Verteidiger* noodzakelijk is en deze, de *Pflichtverteidiger*, desnoods benoemd moet worden. Onder omstandigheden moet dat reeds door het openbaar ministerie in het voorbereidend onderzoek geschieden. Centraal in de aanduiding van gevallen staat de ernst van de zaak of hetgeen overigens op het spel staat. De regeling wordt gecomplementeerd met het voorschrift van artikel 140, tweede lid, StPO om ook in andere gevallen een verdediger aan te wijzen '*wegen der Schwere der Tat oder wegen der Schwierigkeit der Sach- oder Rechtslage die Mitwirkung eines Verteidigers geboten erscheint oder wenn ersichtlich ist, daß sich der Beschuldigte nicht selbst verteidigen kann*'. Tot die laatste categorie behoort ook de verdachte met gehoor- of spraakproblemen. Dit deel van de regeling bevat ook de met de Nederlandse regeling overeenkomende garanties voor de verdediging op

38. En dit '*weil die Beschränkung auf eine reine Zuhöherrolle nicht zumutbar und mit seiner Verteidigerfunktion nicht vereinbar wäre*', aldus Meyer-Goßner/Schmitt, randnr. 16 bij artikel 163. Expliciet in de wet staat dit niet.
39. De *Kontaktsperre* van de verdachte met zijn advocaat kan, naar het huidige voorschrift van artikel 31 lid 2 EGGVG, alleen nog bevolen worden als de *öffentliche Klage* nog niet is gedaan dan wel de betrokkene onherroepelijk veroordeeld is.
40. Meyer-Goßner/Schmitt, randnr. 2 bij artikel 138b StPO.

het verstrekken van stukken en op vertrouwelijk overleg en vertrouwelijke correspondentie met de verdachte en de regeling van de beperkingen daarop.

3.5 Het slachtoffer[41]

De Duitse StPO wijdt als gezegd een apart boek (het vijfde, omvattende de artikelen 374-406h StPO) aan de *Beteiligung des Verletzen am Verfahren*. De StPO omschrijft daarbij niet wat precies wel of niet onder een *Verlezte* moet worden verstaan. De betekenis en reikwijdte ervan kan per wetsonderdeel verschillen. In het algemeen geldt dat een zekere indirecte schending van rechtsgoederen (‘*mittelbare Rechtsbeinträchtigung*’) niet genoeg is. Het moet eerder gaan om een ‘*unmittelbare Rechtsverletzung*’ door het strafbaar feit bij het slachtoffer.[42]

Het slachtoffer heeft in Duitsland traditioneel de mogelijkheid om zelfstandig, naast of in plaats van de *öffentliche Klage* van het openbaar ministerie, (private) *Anklage* tegen de verdachte *zu erheben*. Via de procedure van de *Nebenklage* van artikel 395-402 StPO kan hij zich bij de *Anklage* van het openbaar ministerie *aansluiten*. Dat kan dus alleen als het openbaar ministerie inderdaad strafvervolging instelt (*Anklage erhebt*). Deze voeging als aanklagende partij is alleen toegelaten bij de delicten in artikel 395 StPO aangeduid. Zij kan ook eerst na het instellen van een rechtsmiddel geschieden. De *Nebenklage* is uitdrukkelijk als een soort toezicht op het openbaar ministerie gedacht; de *Nebenkläger ‘wird als Gehilfe des Staatsanwalts tätig’*.[43] De *Nebenkläger* heeft de veelheid van processuele rechten van artikel 397 StPO en kan ook zelfstandig rechtsmiddelen instellen (artikel 401 StPO).

Van de *Nebenklage* te onderscheiden is de *Privatklage* van artikel 374-394 StPO. De *Privatklage* ziet op de delicten genoemd in artikel 374 StPO. Dat zijn delicten in relaties tussen personen (maar niet alleen klachtdelicten), waarin – vanwege de persoonlijke verhoudingen waarin het delict heeft plaatsgevonden – er niet altijd behoefte aan strafvervolging uit openbaar belang is. Bij de genoemde delicten kan het slachtoffer daarom zelfstandig strafvervolging tegen de dader instellen, Het openbaar ministerie kan in deze gevallen van strafvervolging afzien, maar een voorwaarde is dat niet; het openbaar ministerie kan zelfs op elk moment de Privatklage overnemen (artikel 377 StPO). Interessant is dat de regeling een ruim bereik heeft en niet alleen belediging omvat, maar ook mishandeling, bedreiging, vernieling en huisvredebreuk; delicten waar men in Nederland niet snel van aanneemt dat er geen algemeen belang met strafvervolging gemoeid is. De wettelijke mogelijkheid van de *Privatklage* wordt geremd door het voorschrift van artikel 379 StPO:

41. Zie ter zake van de positie van het slachtoffer ook het in dit boek opgenomen thematisch deel: A. Schijns, *De positie van slachtoffers in de strafprocedure*.
42. Meyer-Goßner/Schmitt, randnr. 2 voor artikel 406d StPO.
43. Roxin in Beck’s Texte StPO, Inleiding, p. XV.

de *Privatkläger* moet vooraf zekerheid stellen voor de eventuele proceskosten van de door hem aangeklaagde, die bovendien bij ruzie, mishandeling, huisvredebreuk en dergelijke in het proces een *Widerklage* tegen de aanvankelijke klager kan instellen (artikel 388 StPO). Hoeveel sympathieker is dan niet het voorschrift van artikel 380 StPO? De wetgever zocht naar meer mogelijkheden om bemiddeling in het strafrecht te bevorderen. Mede gelet op de aard van de delicten waarbij de *Privatklage* sowieso slechts toelaatbaar is, bepaalt artikel 380 StPO dat de *Privatklage* bij een aantal delicten alleen na vergeefs gepoogde bemiddeling is toegelaten.

In genoemd vijfde boek van de StPO is ook de regeling opgenomen van de voeging als benadeelde partij in het strafprocesrecht tot vergoeding van de schade uit onrechtmatige daad naar civiel recht, het zgn. *Adhäsionsverfahren*. Omdat artikel 406 StPO de Duitse strafrechter met een open norm (*nicht geeignet*) veel mogelijkheden biedt de vordering buiten het strafgeding te houden, is inderdaad op dit punt in Duitsland (wel) de civiele rechtsgang de meest gebruikte.[44] Daarbij is opvallend dat een vordering tot vergoeding van immateriële schade (*Schmerzensgeld*) nu juist niet op deze grond verworpen mag worden, reden waarom de strafrechter zich daarbij dan nogal eens tot het toewijzen van een zeker minimum beperkt en het overige aan de civiele rechtsgang laat.[45]

Los van deze meer typische procespartijachtige mogelijkheden bevat Boek 5 StPO een afdeling overige bevoegdheden voor het slachtoffer (*sonstige Befugnisse des Verletzten*). Met deze regeling in de artikelen 406d-406l StPO gaf de wetgever in 1986 (*Opferschutsgesetz*), uitgebreid in 2004, uitdrukking aan de wens het slachtoffer als zelfstandige procesdeelnemer te erkennen. De rechten komen hem dus als zodanig toe, ook zonder voeging als *Neben- of Privatkläger*. Het gaat dan om het recht van de voortgang van zaak op de hoogte te worden gehouden en om een (beperkt) recht op inzage van stukken. Het slachtoffer heeft ook aanspraak op psychosociale procesbegeleiding. Dit laatste klinkt voor het slachtoffer aardig en nuttig, maar voor de verdachte kan de rekening van de voor hem eventueel te betalen proceskosten er flink door oplopen. De ontwikkeling van de positie van het slachtoffer heeft ook wel kritiek uitgelokt.[46]

De aanspraak van de *Nebenkläger*, de *Privatkläger* en de *Verletzter* op inzage in het dossier is op dezelfde wijze geregeld als dat voor de verdachte het geval is. Voor de betrokkene kan alleen een advocaat de stukken inzien. Slechts als er geen rechtsgeleerde bijstand of vertegenwoordiger is, komt het recht toe aan de *Neben-* of *Privatkläger* c.q. *Verletzer* zelf. Zowel voor de raadsman als voor de betrokkene

44. Roxin in Beck's Texte StPO, Inleiding, p. XV.
45. Meyer-Goßner/Schmitt, randnr. 13 bij artikel 406 StPO.
46. Zie voor een kritische analyse in het bijzonder (de bijdragen in): Barton/Kölbel (red.), *Ambivalenzen der Opferzuwendung des Strafrechts*, 2012.

zelf kan het recht op inzage worden beperkt in het belang van het onderzoek (ook in andere strafzaken) en ingeval *überwiegende schutzwürdige Interessen des Beschuldigten oder Dritter* zulks *entgegenstehen*: artikel 385, derde lid, StPO *(Privatklage*) respectievelijk artikel 406e StPO (*Nebenklage*). Naar algemene opvatting kan het inzagerecht van het slachtoffer beperkt worden om tegen vooringenomenheid aan zijn kant te waken als verwacht kan worden dat het slachtoffer later in de strafzaak als getuige in de *Hauptverhandlung* zal worden gehoord. Het belang dat de getuigen niet vooringenomen zijn, is zo groot dat een verzuim het slachtoffer inzage te ontzeggen ertoe kan leiden dat de latere getuigenverklaring niet meer als bewijs tegen de verdachte kan worden gebruikt.[47]

Aan een voorwaardelijk sepot kan de voorwaarde worden verbonden dat de verdachte zich voor een *Täter-Opfer-Ausgleich* moet inzetten (‘*sich ernsthaft zu bemühen*’; vgl. artikel 153a, eerste lid, sub 5 StPO). Er is een aparte instelling die voor de uitvoering kan worden ingeschakeld, de *Ausgleichstelle* van artikel 155b StPO. Artikel 155a StPO verbiedt een *Ausgleich* tegen de wil van het slachtoffer.

4 Het vooronderzoek

In het onderstaande volgt een verkenning van enige relevante aspecten uit de regeling van het Duitse vooronderzoek.

4.1 Centrale regeling van het verhoor van de verdachte en de getuige

De StPO bevat een aparte regeling voor het verhoor van de verdachte en van de getuige. Mede omdat in Duitsland ook het openbaar ministerie verdachten en getuigen (en ook deskundigen) in het voorbereidend onderzoek zelf hoort, is met name de regeling van het verhoor van de getuigen uitvoerig en ook reeds in het eerste boek van de StPO (artikel 48 e.v.) geregeld (inclusief het verschoningsrecht), nog voorafgaande aan de regels voor het verhoor van de verdachte (artikel 133 e.v.). De regeling is daarbij zo opgezet dat artikel 48 e.v. (verhoor van een getuige) respectievelijk artikel 133 e.v. als zodanig alleen het verhoor door een rechter betreffen. In de regeling van het verhoor door de politie en door het openbaar ministerie wordt vervolgens naar deze regelingen verwezen. Vgl. artikel 163a, met name het derde en vierde lid StPO voor het verhoor van de verdachte en artikel 161a en artikel 163 derde en vierde lid StPO voor het verhoor van getuigen.

47. Vgl. P. Velten, ‘§ 406e, Randnummer 19’, in: H.J. Rudolphi, E. Schlüchter, H.C. Wolfgang Frisch & K. Rogall, *Systematischer Kommentar zur Strafprozessordnung*, Keulen: Heymanns Verlag Gmbh 2016 en B. Weiner, ‘§ 406e, Randnummer 8’, in: J.P. Graf e.a., *Beck’sche Online-Kommentare StPo*, Beck: München 2018.

De verdachte wordt op grond van artikel 136 StPO voor het eerste verhoor van de nodige informatie voorzien. Hij wordt o.a. inmiddels erover verwittigd zich voor het verhoor met een door hem gekozen raadsman te verstaan. Aan de verhorende ambtenaar wordt voorgeschreven dat het verhoor er ook toe dient de verdachte de gelegenheid te geven de beschuldiging tegen te spreken en feiten en omstandigheden à decharge naar voren te brengen. Voorts wordt voorgeschreven de persoonlijke omstandigheden van de verdachte in acht te nemen. In artikel 136a StPO somt de wet ontoelaatbare verhoormethoden op. Ingevolge het derde lid is het gebruik voor het bewijs van verklaringen in strijd met deze methoden expliciet verboden (*Beweisverwertungsverbot*), ook al zou de verdachte met dat gebruik instemmen. Ingeval er reden is om aan te nemen dat een bevel voorlopige hechtenis gerechtvaardigd is, kan de verdachte op grond van de bevoegdheid tot *sofortige Vorführung* (artikel 134 StPO) worden aangehouden en voor de rechter worden geleid die de voorlopige hechtenis kan bevelen (naast de *vorlaufige festnahme* van artikel 127 StPO). De vrijheidsbeneming op de grondslag van artikel 134 StPO mag echter slechts voortduren tot aan het einde van de dag waarop zij begonnen is. Als op 1 januari 2020 artikel 136, vierde lid, StPO in werking zal zijn getreden *kan* het verhoor van de verdachte en, in sommige gevallen, *moet* het verhoor van de verdachte in beeld en geluid worden vastgelegd.

Getuigen en deskundigen hebben de verplichting voor verhoor te verschijnen als ze daartoe zijn opgeroepen door een rechter of, op grond van artikel 161a StPO, door het openbaar ministerie. Voor verhoor door de politie waren getuigen voor een der laatste wetswijzingen uit 2017 in het geheel niet verplicht aldaar te verschijnen. Op voorstel van de hierna nog nader te bespreken *Expertenkommission* is de StPO zo aangepast dat thans na beslissing van het openbaar ministerie tot zodanig verhoor, daartoe opgeroepen getuigen ook verplicht zijn te verschijnen voor verhoor door de politie (artikel 163, derde lid, StPO).

4.2 De rechter in het voorbereidend onderzoek: Ermittlungsrichter

In Duitsland voert het openbaar ministerie het *Ermittlungsverfahren*. Maar ook na de afschaffing van het gerechtelijk vooronderzoek in 1975 blijft in het Duitse Ermittlungsverfahren wel een met de Nederlandse R-C vergelijkbare *Ermittlungsrichter* (hierna ook: ER) in bepaalde procedures en bij bepaalde handelingen aanwezig c.q. diens inzet aangewezen. Daarbij gaat het in de regel om een rechter uit het *Amtsgericht*.[48]

48. In zaken waarin het *Oberlandesgericht* als gerecht in eerste aanleg optreedt, kan ook een *Ermittlungsrechter* uit dit gerecht optreden. Praktisch belangrijker: gaat het om zgn. *Staatsschutzdelikten* waarin de *Generalbundesanwalt* het onderzoek leidt en de zaak vervolgd wordt voor het *Bundesgerichtshof* dan moet de *Ermittlungsrichter* uit laatstgenoemd gerecht optreden: artikel 169 StPO.

De inzet van de ER tijdens het *Ermittlungsverfahren* kan door het openbaar ministerie worden geïnitieerd: artikel 162 StPO. Dat kan twee gronden hebben. Afgezien van de noodzakelijke inzet bij de toepassing van dwangmiddelen kan het openbaar ministerie de ER inschakelen in verband met de noodzaak van het veilig stellen van bewijs (*Beweissicherung*). Een van de belangrijkste subcategorieën daarbij is de gevoelde noodzaak getuigen door de ER te doen horen. Dat is in zoverre uitzondering dat naar Duits recht ook de *Staatsanwaltschaft* zelf bevoegd is getuigen te horen (en dat ook doet) en dat getuigen als gezegd ook verplicht zijn om, daartoe opgeroepen, voor het openbaar ministerie te verschijnen: artikel 161a StPO. Tegelijk kan een getuige in Duitsland alleen door een rechter onder ede worden gezet.[49] Is dus behoefte aan een beëdigde verklaring (een getuige wordt in Duitsland niet als regel alleen maar onder ede gehoord[50]), dan is de inzet van de ER noodzakelijk. De andere situatie betreft de mogelijkheid dat de getuige '*in der Hauptverhandlung auszufallen droht*'.

Ook overigens betreft dit de gevallen waarin, als uitzondering op de *Grundsatz* van mondelinge onmiddellijkheid ter terechtzitting, het voorlezen van op papier gezette verklaringen die in het voorbereidend onderzoek zijn afgelegd om de inhoud daarvan toch als bewijs tegen de verdachte te gebruiken, bij wijze van uitzondering mogelijk is. Het uitzonderlijk karakter wordt benadrukt door de eis dat de betreffende verklaring dan in het voorbereidend onderzoek voor een rechter moet zijn afgelegd:

- Artikel 254 StPO; een bekentenis in het voorbereidend onderzoek afgelegd mag ter zitting worden voorgelezen, mits die bekentenis voor een rechter is afgelegd;
- Artikel 251 StPO: verklaringen van getuigen, deskundigen en medeverdachten kunnen ter zitting worden voorgelezen, zij het slechts onder de strikte voorwaarden van dit artikel, waaronder, in een aantal gevallen, de toestemming van een van rechtsbijstand voorziene verdachte. Het tweede lid voorziet, ingeval de eerdere verklaring voor een rechter is afgelegd, in ten opzichte van het eerste lid wat ruimere mogelijkheden om het afleggen van een verklaring van een getuige, een deskundige of een medeverdachte ter zitting door het voorlezen van de eerdere verklaring te vervangen, en wel in geval van instemming van de verdachte, de verdediger en het openbaar ministerie dan wel in geval van – kort gezegd – feitelijke verhindering (die tijdens de *Hauptverhandlung* nog steeds moet bestaan), om te verschijnen.

49. Artikel 161a, lid 1, derde volzin, StPO.
50. Dat gebeurt alleen als de rechter dat noodzakelijk vindt en in het voorbereidend onderzoek alleen bij *Gefahr im Verzug* of als het vermoeden bestaat dat de getuige niet ter terechtzitting zal kunnen verschijnen: artikel 59 en artikel 62 StPO.

Vermeldenswaardig is nog dat artikel 252 StPO uitdrukkelijk het voorlezen (en dus gebruiken) verbiedt van de (eerdere) verklaring van een getuige die ter terechtzitting alsnog gebruikmaakt van zijn verschoningsrecht. Tegelijk laat de jurisprudentie toe dat zijn in het voorbereidend onderzoek tegenover een rechter afgelegde verklaring voor het bewijs wordt gebruikt via het verhoor van de betreffende rechter. Maar de getuige, die door de rechter wel op zijn verschoningsrecht moet worden gewezen, hoeft daarbij volgens het *Bundesgerichtshof* niet ook op deze uitzondering te worden gewezen.[51]

Het Duitse recht, met andere woorden, bevat een regeling tot inzet van de *Ermittlungsrichter* als voorpostrechter daar waar noodzakelijk, maar zonder daarbij afbreuk te doen aan het belang van het onderzoek ter terechtzitting als onderzoek dat gebonden is aan de *Grundsatz* van onmiddellijkheid. Opgemerkt zij nog dat de ER als voorpostrechter alleen de rechtmatigheid van het door het openbaar ministerie verzochte heeft te onderzoeken en niet de doelmatigheid of noodzakelijkheid, tenzij die evident zou ontbreken. Wordt de rechter in het kader van de toepassing van dwangmiddelen ingezet omdat de wet dat voorschrijft, dan is de inhoud van zijn toetsing daarentegen niet beperkt.[52] Tegen de beslissing van de rechter staat voor het openbaar ministerie nogal eens *Beschwerde* (artikel 304 StPO) open, soms in de vorm van de *sofortige Beschwerde* van artikel 311 StPO. Zie over die (*sofortige) Beschwerde* nader hierna onder 7.1 en 8.3.

4.3 Aspecten van de positie van de verdachte in het voorbereidend onderzoek

De regels omtrent het verhoor van de verdachte zijn hiervoor reeds besproken. Voor wat betreft de positie van de verdachte in het voorbereidend onderzoek in het algemeen is van belang dat de verdachte reeds jegens politie en openbaar ministerie het recht is toegekend om ook tegenbewijs te leveren (artikel 136, tweede lid, StPO en artikel 163a StPO (afsluitend verhoor van de verdachte)), al dan niet in de formele vorm van te stellen *Beweisanträge*. Van dat laatste is sprake wanneer een procesdeelnemer in de *Hauptverhandlung 'eine konkrete Tatsache behauptet und verlangt. Mittels eines bestimmt bezeichneten Beweismittel darüber Beweis zu erheben'*.[53] De explicatie van deze mogelijkheid in de verschillende fasen van de strafvervolging staat in Duitsland vooral in het teken van de waarheidsvinding en in dat kader ook in het teken van de waarborg van de positie van de verdachte in het tegen hem gerichte onderzoek, zulks ter uitvloeisel van de uit het *Grundgesetz* voortvloeiende waarborg dat de StPO ervoor heeft te zorgen (wil het op dit punt grondwetsconform zijn) dat de verdachte niet louter object van tegen hem gerichte

51. BGH 15 juli 2016, *NJW* 2017, 94.
52. Meyer-Goßner/Schmitt, randnr. 14-15 bij artikel 162 StPO.
53. Vgl. U. Eisenberg, *Beweisrecht der StPO. Spezialkommentar*, 10de druk, C.H. Beck: München 2017, randnr. 138.

strafvervolging is, respectievelijk hij een recht op rechterlijk *Gehör* (artikel 103 I GG) heeft. De explicatie van het recht van *Beweisanträge* staat in dit teken van het expliciet toekennen van rechten, in combinatie met de in de wet geregelde (beperkte) mogelijkheden voor politie, openbaar ministerie en rechter een dergelijke *Beweisantrag* af te wijzen. Zij staat daarmee niet in het teken van het op enigerlei wijze afbreuk doen of vermindering van c.q. vervanging van de ambtshalve verantwoordelijkheid van – in het bijzonder – de rechter ter zitting (artikel 244, tweede lid, StPO), maar in het teken van juiste taakuitoefening reeds door politie en openbaar ministerie in het voorbereidend onderzoek. Deze taakuitoefening is geëxpliciteerd in artikelen als artikel 160 II (OM) en artikel 163 StPO betreffende de *Aufgaben der Polizei*.

Toch is het ook weer niet zo dat, ondanks bovenstaande normatieve grondslag, de StPO geen enkele ruimte zou laten voor efficiënte toepassing van het procesrecht. Is het zo dat de mogelijkheden voor de zittingsrechter om een daar gedane *Beweisantrag* af te wijzen, strikt beperkt zijn, voor een tijdens het *Ermittlungsverfahren* bij gelegenheid van het verhoor van de verdachte gedane *Antrag* geldt dat daaraan gehoor moet worden gegeven voor zover deze '*von Bedeutung*' zijn; artikel 163a, tweede lid, StPO. Het openbaar ministerie beslist ter zake. Dat '*von Bedeutung*' moet vervolgens wel weer worden gerelateerd aan de algemene taak van openbaar ministerie en politie in dit kader van de artikelen 160 en 163. Wordt de verdachte door de rechter gehoord en stelt de verdachte bij die gelegenheid een formele *Beweisantrag* voor zijn verdediging, dus à decharge (*zu seiner Entlastung*), dan heeft de rechter daarop in te gaan als dat nodig is om het bewijs zeker te stellen en het verloren gaan ervan moet worden voorkomen dan wel wanneer de *Beweisantrag* de vrijlating van de verdachte uit de voorlopige hechtenis onderbouwen kan (*begründen kann*), aldus uitdrukkelijk artikel 166 StPO. Met dat laatste wordt de verdachte dus tijdens het voorbereidend onderzoek een procedurele bewijsmogelijkheid gegeven die expliciet in het teken staat van het tegengaan van (verdere) daadwerkelijke voorlopige hechtenis.

Tegelijk moet erop worden gewezen dat het openbaar ministerie volgens het Duitse strafprocesrecht in het voorbereidend onderzoek voor het veiligstellen van bewijs wel bepaalde onderzoekshandelingen van de ER kan vragen (bijvoorbeeld en met name het horen van getuigen en van de verdachte), maar dat deze mogelijkheid voor de verdachte zo niet bestaat. De ontwikkeling van een dergelijke mogelijkheid zou strijden met het uit het onmiddellijkheidsbeginsel voortvloeiende belang van de *Beweisaufnahme* tijdens (eerst en vooral) de *Hauptverhandlung*. De verdachte kan in het voorbereidend onderzoek dus wel het doen van onderzoek c.q. het verrichten van onderzoekshandelingen aan de politie en het openbaar ministerie vragen, en het openbaar ministerie kan deze op het open criterium van artikel 163a, tweede lid, StPO ((niet) *von Bedeutung*) vormvrij afwijzen, maar de

verdachte kan tegen die beslissing geen rechtsmiddel instellen (anders dan een 'informeel bezwaar' binnen de hiërarchie van het openbaar ministerie), noch de *Ermittlungsrichter* verzoeken het door het openbaar ministerie afgewezen verzoek om nader onderzoek/nadere onderzoekshandelingen alsnog toe te wijzen. De aangewezen mogelijkheid van bezwaar is het herhalen van het verzoek in de vorm van een formele *Beweisantrag* tijdens (de voorbereiding van) de *Hauptverhandlung* of bij enig verhoor door de ER. In de procesfase van de voorbereiding van de *Hauptverhandlung* krijgt de *Beweisantrag* een steviger positie omdat het afwijzen ervan door de rechter in artikel 244 StPO sterk begrensd is: de *Beweisantrag* moet in beginsel worden toegewezen. Deze bepaling heeft daarmee een schaduwwerking naar voren in zoverre het voor het openbaar ministerie betrekkelijk zinloos is een *Beweisantrag* af te wijzen als vaststaat dat, bij herhaling ervan ter terechtzitting, de rechter deze zal toestaan. De ook normatief van belang zijnde *Grundsatz* van het '*Beschleunigungsgebot*' dwingt het openbaar ministerie er toch toe reeds in het voorbereidend onderzoek onder omstandigheden aan een *Beweisantrag* van de verdachte toe te geven.

Aangezien de rechter maar ook reeds het openbaar ministerie tijdens het voorbereidend onderzoek blijkens artikel 155a StPO in voorkomende gevallen actief op een *Täter-Opfer-Ausgleich* moeten '*hinwirken*', staat het de verdachte bepaald vrij daartoe het initiatief te nemen, welk initiatief tegen de achtergrond van de genoemde bepaling serieus moet worden genomen.[54] Het serieus nemen van deze mogelijkheid door de bewoordingen van artikel 155a StPO is ook ingegeven door de wens (ook) met deze *Ausgleich* weer een alternatieve mogelijkheid te schepen om, waar aangewezen, de omslachtige procedure van de *Hauptverhandlung* te vermijden.[55]

Voor wat betreft het recht van de verdachte op inzage van de processtukken: hiervoor onder 3.4 is reeds opgemerkt dat een eigen recht op inzage in de processtukken alleen voor de verdachte die geen *Verteidiger* heeft (artikel 147, vierde lid, StPO) en ook ten aanzien van hem is eigenlijk pas sinds 2017 het inzagerecht als eigen recht en aanspraak geformuleerd. Voorheen bevatte het artikellid nog de clausule dat het inzagerecht bestond voor zover dat '*zu einer angemessenen Verteidigung erforderlich ist*'.[56]

4.4 Verschoningsrecht

De regeling van het beroepsverschoningsrecht is in 2017 gewijzigd. Enerzijds erkent (artikel 53 van) de StPO met zoveel woorden het beroepsverschoningsrecht

54. Meyer-Goßner/Schmitt, randnr. 2 bij artikel 155a.
55. Meyer-Goßner/Schmitt, randnr. 1 bij artikel 155a.
56. Meyer-Goßner/Schmitt, randnr. 31 bij artikel 147 StPO.

voor een flinke groep van beroepen, waaronder de journalist. Artikel 98 StPO bevat een verbod van inbeslagneming en artikel 160a bevat verdere voorschriften, ook voor de toepassing van andere dwangmiddelen. In dat kader erkent artikel 160a StPO het verschoningsrecht van medewerkers en bepaalt het artikel dat het verschoningsrecht op de gegevens blijft rusten, ook al bevinden die zich elders, alsmede de plicht om met schending van het beroepsverschoningsrecht verkregen informatie niet te gebruiken en terstond te vernietigen. Nochtans komt deze verregaande bescherming alleen toe aan de raadsman van de verdachte, aan de geestelijke en leden van algemeen vertegenwoordigende organen, maar niet aan de arts. Voor deze laatste categorie voorziet de tekst van artikel 160a StPO 'slechts' dat de mogelijke schending van het beroepsverschoningsrecht bij de toets van de proportionaliteit bijzonder zwaar moet wegen. Daarbij wordt vermeld dat als geen *Straftat von erheblicher Bedeutung* aan de orde is, de wetgever ervan uitgaat dat het belang van verschoningsrecht voorgaat. Dat geldt dan vervolgens alleen de bescherming tegen het benutten van de informatie voor bewijsdoelen, niet om er bijvoorbeeld nader onderzoek op te baseren.[57] Ter zake weegt echter de invloed van het *Bundesverfassungsgericht* zwaar. In de jurisprudentie van dat gerecht wordt een nader onderscheid gemaakt al naar gelang opsporingsmethoden een kernbereik van de persoonlijke levenssfeer raken of niet. Dat is bij informatie uit gesprekken tussen arts en patiënt steeds het geval. En dan mag deswege de informatie niet gebruikt worden; aan de afweging van artikel 160a, tweede lid, StPO komt men dan niet toe. Bij medische informatie die niet tot het kernbereik behoort, zal het in deze afweging toch nogal eens gaan om zodanig gevoelige informatie dat in de afweging van proportionaliteit en subsidiariteit, het belang van de strafvordering niet snel voor zal gaan.[58] In zoverre geniet het beroep van de arts, en het beroep van de brede(re) groep medische beroepen van artikel 53 StPO, een verdergaande, met de geestelijke en de raadsman van een verdachte vergelijkbare bescherming dan artikel 160a StPO suggereert.

Voor alle beroepsbeoefenaren legt artikel 160a, vierde lid, StPO vast dat het verschoningsrecht niet geldt als voldoende verdenking bestaat dat de betrokkene zelf bij de uitvoering van het strafbare feit of de strafbare voorbereiding of heling daarvan betrokken is.[59] Dan geldt ook het verbod van inbeslagname van artikel 97 StPO niet.[60]

57. Meyer-Goßner/Schmitt, randnr. 12 bij artikel 160a StPO.
58. Meyer-Goßner/Schmitt, randnr. 13 bij artikel 160a StPO.
59. De raadsman die zelf bij de op te sporen daad betrokken is of het onderzoek door op de in de wet genoemde wijzen opzettelijk tegenwerkt en daartoe zijn bevoegdheden misbruikt, kan op grond van artikel 138a StPO van deelname aan de strafvordering in een bepaalde zaak worden uitgesloten.
60. Meyer-Goßner/Schmitt, randnr. 4 bij artikel 97 StPO.

5 De regeling van opsporingsbevoegdheden en dwangmiddelen

5.1 Opsporingsmethoden in het voorbereidend onderzoek; voorlopige hechtenis

Aangezien bij opsporingsmethoden en dwangmiddelen in het voorbereidend onderzoek inbreuken op grondrechten in het geding zijn, gelden de grondwettelijke uitgangspunten van de bescherming van de afzonderlijke vrijheden, maar ook de algemene noties van rechtsstatelijkheid van artikel 20, derde lid en van artikel 19, vierde lid, Grundgesetz: het recht op effectieve rechtsbescherming bij grondrechtsinbreuken. Voor grondrechtsinbreuken geldt in het bijzonder de eis van het voorbehoud van de wet (*Vorbehalt des Gesetzes*) en van de proportionaliteit (*Prinzip der Verhältnismäßkeit*), grondwettelijk verankerde uitgangspunten waaraan het *Bundesverfassungsgericht* Duitse wetgeving betrekkelijk streng toetst. Nochtans staat die toets ook heimelijke bevoegdheden toe, alsmede algemene bevoegdheidsbepalingen (artikel 161 voor het openbaar ministerie en artikel 163, eerste lid, voor de politie, vergelijkbaar met artikel 3 PolW), maar alleen als legitimatie voor beperkte inbreuken.Voor ernstigere inbreuken moet een bijzondere wettelijke regeling worden geschapen. Anders dan in Nederland wordt de grens niet bewaakt door de strafrechter, maar door de *Verfassungsrichter*; anders dan de Nederlandse strafrechter toetst de Duitse *Verfassungsrichter* vol, streng en precies; anders dan in Nederland vindt de Duitse wetgever dat juist en zorgt hij dat zijn wetgeving aan het *Grundgesetz* en aan de eisen van het *Bundesverfassungsgericht* voldoet. De wijze en mate van 'controle' legitimeert het gebruik van *Generalklauseln* in de wetgeving. Het feit dat het *Bundesverfassungsgericht* met enige regelmaat toch ook de *Funktionstüchtigkeit der Strafrechtspflege* aanhaalt, kan daarbij illustreren dat de instrumentele kant van de strafrechtspleging niet onder de striktere benadering van rechtsbescherming lijdt.

Ter uitvoering van de grondwettelijke opdracht c.q. om binnen het grondwettelijk kader te blijven, bevat de StPO de nodige bevoegdheidsbepalingen en specifieke opsporingsmethoden en dwangmiddelen. Het is hier niet de plaats deze allemaal afzonderlijk te beschrijven. Uit rechtsvergelijkend oogpunt is wellicht nog het meest een karaktertrek van betekenis uit de regeling van dwangmiddelen ten aanzien van voorwerpen en gegevens. Deze dwangmiddelen zijn in de loop der tijd steeds belangrijker geworden. Ter uitvoering van de benadering van het *Bundesverfassungsgericht* ter zake van de grondrechtenbescherming, maakt ook de regeling in de StPO een onderscheid al naar gelang het kernbereik van een grondrecht en van de private levenssfeer in het algemeen (*Kernbereich privater Lebensgestaltung*) in het geding is, of juist niet.[61] Dat is (een onderdeel van) een concept van bescherming

61. Zie ook de recente bijdrage van M. Lindemann & D.A.G. van Toor, 'Protection of a suspect's privacy in criminal procedures. Does the conceptual approach of the German Federal Constitutional Court make a difference?', *AA* 2018/5, p. 376-384.

dat het EVRM/EHRM als zodanig niet kent. Wat precies tot het kernbereik behoort, is noch in het *Grundgesetz* noch in de StPO met zoveel woorden gedefinieerd en hangt ook van de omstandigheden van het geval af. Meyer-Großner/Schmitt spreken van '*Es geht vor allem um Inhalte mit höchstpersönlichem Charakter, welche die Gefühlswelt oder dem Itimbereich tangieren*'.[62] In elk geval staat vast dat de inhoud van gesprekken die direct in verband staan met geplande of begane strafbare feiten nimmer tot dit *Kernbereich* behoren.[63]

In principe zijn gegevens die behoren tot het *Kernbereich* vanuit een oogpunt van gegevensbescherming ontoegankelijk voor de overheid en niet bruikbaar in het strafproces. Dit uitgangspunt heeft sinds 2017 uitdrukkelijke vertaling gekregen in artikel 100d StPO. De bepaling heeft betrekking op de (heimelijke) bevoegdheden van de artikelen 100a-100c StPO betreffende het afluisteren van telecom, onlinedoorzoeking en het heimelijk afluisteren van gesprekken in de woning met een technisch hulpmiddel, bevoegdheden die in 2017 ook hun nieuwe regeling kregen. Artikel 100d StPO verbiedt in de eerste plaats ronduit de inzet van deze dwangmiddelen als de inzet er uitsluitend op zou zijn gericht informatie uit het *Kernbereich* te verkrijgen. Belangrijker zijn de voorzieningen van de verdere artikelleden in geval van 'bijvangst': niet bruikbaar dus onmiddellijk (en gedocumenteerd) na afloop van de toepassing vernietigen, (voor zover de toepassing van de bevoegdheid al niet kan worden onderbroken). Daarbij zij opgemerkt dat ook de normering van de bevoegdheden zelf in de artikelen 100a-100c StPO strikter is dan in Nederland. De strafbare feiten waarvoor de bevoegdheden zijn toegelaten zijn concreet opgesomd, al is de catalogus van de delicten in de loop der jaren uitgebreid. Toepassing van de bevoegdheid op anderen dan de verdachte is mogelijk, maar dit is aan nadere voorwaarden en beperkingen onderworpen. Gaat het om private informatie die niet per se tot het *Kernbereich* behoort, dan is volgens het *Bundesverfassungsgericht* bij de vraag of dergelijke informatie binnen de strafvordering gebuikt mag worden, een nadere afweging nodig. Informatie en gegevens die direct betrokken zijn op een strafbaar feit, zowel in de zin van betrokken op gepleegde als op voorgenomen delicten, zijn bruikbaar, waarbij ook het belang van het voor de verdachte of een derde ontlastend karakter van die informatie van betekenis kan zijn.

Voor wat betreft de bescherming van het grondrecht op persoonlijke vrijheid is vanuit het perspectief van *Grundgesetz* en *Bundesverfassungsgericht* vooral de proportionaliteit en subsidiariteit bij de toepassing van de voorlopige hechtenis (*Untersuchungshaft*) in het bijzonder van belang. Benadrukt wordt dat de voorlopige hechtenis, als een van het vooralsnog voor onschuldig te houden individu ten

62. Meyer-Goßner/Schmitt, randnr. 3 bij artikel 100d StPO.
63. Meyer-Goßner/Schmitt, idem.

behoeve van de samenleving gevraagd offer, tot de gevallen van absolute noodzaak moet worden beperkt.[64] Die constitutionele proportionaliteitseis is daarom reeds langer expliciet in artikel 112 StPO uitgedrukt: voorlopige hechtenis *darf nich angeordnet werden, wenn sie zu der Bedeutung der Sache und der zu erwartenden Strafe oder Massregel der Besserung und Sicherung ausser Verhältnis steht*. In de regeling van artikel 112 StPO en volgende zijn ook de overige voorwaarden voor voorlopige hechtenis te vinden. De gevallen waarin *Untersuchungshaft* mogelijk is, zijn deels concreet door een opsomming van delicten aangeduid. Er bestaat een onderscheid dat ten dele gekoppeld is aan de gronden die de StPO voor voorlopige hechtenis kent. Als sprake is van vluchtgevaar of collusiegevaar (*Verdunkelungsgefahr*), dan staat artikel 112 voorlopige hechtenis toe bij alle delicten. Maar artikel 113 StPO bevat nadere eisen: ingeval het gaat om een delict met een strafbedreiging van minder dan zes maanden vrijheidsstraf of met een geldboete van meer dan 60 dagboetes (*Tagessätze*) dan is voorlopige hechtenis wegens collusiegevaar alsnog uitgesloten en wegens vluchtgevaar alleen mogelijk indien de verdachte al eens ontvlucht is, geen vaste woon- of verblijfplaats heeft of zijn identiteit niet kan aantonen. Gevaar voor herhaling is sinds 1972 een grond voor voorlopige hechtenis, maar alleen bij en voor de in artikel 112a StPO genoemde delicten. Voor heel zware criminaliteit staat artikel 112, derde lid, StPO op zichzelf voorlopige hechtenis zonder grond toe, maar ook dan eist het *Bundesverfassungsgericht* (voldoende) gevaar voor vlucht, collusiegevaar of gevaar voor herhaling. Ten behoeve van aanwezigheid van de verdachte tijdens de verkorte behandeling van een strafzaak in het *beschleunigtes Verfahren* (zie onder 7.7.4.), kan de verdachte op deze grond van artikel 127b StPO in voorlopige hechtenis worden genomen.

In het kader van het bewaken van de proportionaliteit bestaat de mogelijkheid van schorsing van de voorlopige hechtenis, ook tegen zekerheidsstelling (artikel 116a StPO). In dat kader zijn op basis van artikel 116 StPO per grond voor de voorlopige hechtenis verschillende bijzondere voorwaarden mogelijk om de doelen van de voorlopige hechtenis anders dan door vrijheidsbeneming te helpen bereiken.[65] Rechtsmiddelen tegen het bevel voorlopige hechtenis bestaan niet, maar zolang de verdachte zich in *Untersuchungshaft* bevindt, kan hij elk moment aan de rechter verzoeken te beoordelen of voortzetting nodig is; de *Haftprüfung* van artikel 117 StPO in welk kader de behandelende rechter onderzoekshandelingen kan bevelen met het oog op een door hem daarbij te initiëren volgende toets van en beslissing over de *Untersuchungshaft*. De rechter bewaakt daarmee niet alleen de proportionaliteit en subsidiariteit van de vrijheidsbeneming, maar ook de voortgang van het onderzoek in verband met het uit het Grundgesetz voortvloeiende *Beschleunigungsgebot*. In dat kader is artikel 121 StPO van belang dat strikte voorwaarden stelt aan

64. Zie voor een overzicht van de constitutionele eisen ter zake bij Meyer-Goßner/Schmitt, Vorbemerkungen bij artikel 112, randnr. 2 en randnr. 8 bij artikel 112.
65. Zie ook het bijzonder deel over de voorlopige hechtenis.

een langere voorlopige hechtenis dan zes maanden. Met rugdekking van het *Bundesverfassungsgericht* wordt dit voorschrift strikt gehandhaafd, hetgeen er daadwerkelijk toe leidt dat verdachten na zes maanden worden vrijgelaten.

De duur van de vrijheidsbeneming in voorlopige hechtenis doorgebracht wordt van de eventueel op te leggen onvoorwaardelijke vrijheidsbenemende sanctie afgetrokken, in welk kader artikel 112 StPO voorschrijft met de te verwachten straf rekening te houden. De sanctieopleggende rechter kan bepalen dat aftrek van voorlopige hechtenis achterwege blijft '*wenn sie im Hinblick auf das Verhalten des Verurteilten nach der Tat nicht gerechtfertigt ist*': artikel 51, eerste lid, StGB. Bedoeld is niet strafbaar af anderszins laakbaar gedrag, maar een procesopstelling die tot verlenging van de voorlopige hechtenis heeft geleid voor zover die opstelling voor risico van de verdachte komt. Het achterwege laten van aftrek is uitzondering.[66]
Het Duitse recht kent geen zelfstandige, alternatieve regeling voor vrijheidsbeperking (in plaats van vrijheidsbeneming) in verband met de doelen van de voorlopige hechtenis. Daartoe is wel het herhalingsgevaar als mogelijke grond voor de voorlopige hechtenis toegelaten, zij het ook alleen binnen de in artikel 112a StPO redelijk strikte omschrijving van wat als voldoende gevaar van herhaling van de daar aangewezen strafbare feiten kan worden geaccepteerd. Van gelijke strekking is de mogelijkheid om ten aanzien van de straf van ontzegging van de rijbevoegdheid, alsmede voor de straf van ontzegging uit het beroep, een voorziening te treffen waarin de rechter, als deze sanctie te verwachten is, bij wijze van voorlopige voorziening tijdens het voorbereidend onderzoek een voorlopige ontzegging van de rijbevoegdheid kan opleggen respectievelijk een verdachte de uitoefening van een beroep voorlopig kan verbieden: artikel 111a respectievelijk artikel 132a StPO. Op grond van artikel 126a StPO kan de rechter een bevel tot voorlopige opname in een behandelinrichting bevelen als een vermoeden bestaat van het ontbreken, dan wel van verminderde toerekenbaarheid en de opname van de verdachte deswege in een dergelijke inrichting te verwachten is.

Het aanhouden van de verdachte in de voorfase van de voorlopige hechtenis (*vorläufige Festnahme*) is als bevoegdheid van de *Untersuchungshaft* afgeleid: naast het aanhouden door eenieder in geval van heterdaad, zijn tot aanhouding alleen politie en *Staatsanwaltschaft* bevoegd in het voorveld van de *Untersuchungshaft*, en (alleen) als aan de voorwaarden daarvoor (vermoedelijk) voldaan is er en wegens *Gefahr im Verzug* niet op een *Haftbefehl* van de rechter gewacht kan worden. Deze aard van de voorziening verklaart de korte regeling van de *vorläufige Festnahme* door de politie in een enkel artikel (artikel 127 StPO). Bij dit deel van de StPO moe-

66. Th. Fischer, *Strafgesetzbuch*, 60ste druk, C.H. Beck, München 2013, randnr. 11-11a bij artikel 51 StGB.

ten wel de eerder genoemde bevoegdheden van de politie in het kader van de *Gefahrenabwehr* in het achterhoofd worden gehouden.

5.2 Rechterlijke betrokkenheid bij de toepassing van dwangmiddelen

In nogal wat gevallen verlangt de StPO de inschakeling van de *Ermittlungsrichter* bij de toepassing van dwangmiddelen. *Untersuchungshaft* wordt door de rechter bevolen. Dat geldt ook als een bevel tot toepassing van DNA-identiteitsvaststelling als bedoeld in artikel 81e StPO wordt gegeven met het oog op de opsporing van mogelijke toekomstige strafbare feiten (artikel 81g StPO). Voorts mag de inbeslagneming in principe alleen door de rechter worden bevolen. Bij dringende noodzaak kan het ook zonder rechter, maar dan moet achteraf diens *Bestätigung* worden gevraagd. Bovendien kan elke belanghebbende (*Betroffene*) op grond van artikel 98, tweede lid, StPO een gerechtelijke beslissing over de inbeslagneming verkrijgen. Deze laatste voorziening kan op grond van de jurisprudentie ook bij andere dwangmiddelen worden toegepast om, in geval van voldoende rechtsbelang, achteraf een rechterlijke toets mogelijk te maken. Zulks ter uitvoering van de grondwetsaanspraak op toetsing door de rechter in geval van (ernstige) grondrechtsinbreuken. De nieuwe, gecompliceerde regeling van de toepassing van de heimelijke bevoegdheden van artikel 100a-100c voorziet in artikel 100e StPO in een gelijke regeling: als het kan een beslissing vooraf door het gerecht, anders is bevestiging binnen drie dagen noodzakelijk. In geval van heimelijke bevoegdheden moet een aantal betrokkenen daarvan (uiteindelijk) op de hoogte worden gesteld (dat is in Nederland ook zo: artikel 126bb Sv), waarop een oordeel van de rechter kan worden gevraagd over de rechtmatigheid van de bevoegdheidstoepassing (artikel 101, zevende lid, jo. artikel 473a StPO; dat is in Nederland niet zo).[67] Uitstel van mededeling langer dan twaalf maanden behoeft op basis van datzelfde artikel 101 StPO de toestemming van het gerecht. Voor de door het *Bundesverfassungsgericht* alleen als niet-heimelijke variant toegestane vergaring van verkeersgegevens (artikel 100g StPO), geldt op grond van artikel 101a StPO een ten dele vergelijkbare regeling.

Zoals in 4.2. aangestipt, bestaat in gevallen waarin een maatregel van een rechter in het *Ermittlungsverfahren* bevolen is of überhaupt een rechterlijke beslissing aan de orde is, de algemene mogelijkheid van de *Beschwerde* op grond van artikel 304 StPO of, waar aangewezen in de wet, de *sofortige Beschwerde* welke laatste binnen een week moet worden ingesteld. Zie nader onder 7.1 en 8.3. Gaat het om maatregelen bevolen door politie of openbaar ministerie, dan voorziet de StPO niet in expliciete rechtsbescherming door een dergelijke algemene voorziening als de

67. Het verschil met de jurisprudentieel uitgebreide toets door de rechter na de toepassing van een dwangmiddel als bedoeld in artikel 98 StPO is dat bij de toets van heimelijk toegepaste bevoegdheden de betrokken burger geen rechtsbelang (*Rechtschutzbedürfnis*) hoeft aan te tonen.

Beschwerde. Zijn regels en voorschriften omtrent de toepassing van dwangmiddelen geschonden, dan kan dat er bij de berechting toe leiden dat de resultaten niet als bewijs tegen de verdachte kunnen worden gebruikt omdat en zover daardoor een *Beweisverwertungsverbot*, waarover nader in 7.5, intreedt.

5.3 Aanduiding van gevallen waarin opsporingsmethoden en dwangmiddelen zijn toegestaan; 'verdenkingscriteria'

Duitsland hanteert op het punt van de verdenkingscriteria een tweedeling in een meer open respectievelijk een meer gesloten beschrijving. Voor een aantal situaties en opsporingsmethoden vereist de wet het vermoeden van een '*Straftat von erhebliche bedeutung*' (bijvoorbeeld artikel 100g StPO) of een '*besonders schwere Straftat*' (bijvoorbeeld artikel 100c StPO). In andere gevallen of ter concretisering van deze algemene aanduiding werkt de StPO vervolgens ook met een concrete opsomming van delicten ter zake waarvan bepaalde opsporingsmethoden en dwangmiddelen kunnen worden ingezet. Met name de aanduiding *Straftat von erheblicher Bedeutung* is in zoverre nader omlijnd dat deze aanduiding, hoewel niet wettelijk omschreven, vaker in het Duitse strafprocesrecht gebruikt wordt ter begrenzing van de gevallen waarin een bevoegdheid kan worden gebruikt. Er moet sprake zijn van een strafbaar feit dat (minstens) tot middelzware criminaliteit (*mittleren Kriminalität*) behoort, dat de rechtsorde aanzienlijk stoort c.q. het gevoel van rechtszekerheid van de bevolking aanzienlijk beïnvloedt ('*den Rechtsfrieden empfindlich stören und geeignet sein, das Gefühl der Rechtssicherheit der Bevölkerung erheblich zu beeinträchtigen*').[68]

Het geheel maakt een weinig gesystematiseerde indruk en er is ook wel kritiek op de te vage of te open omschrijvingen.[69]

5.4 Optreden OvJ en politie bij 'Gefahr im Verzug'

Voor het openbaar ministerie en de politie bestaat de mogelijkheid om bij dringende noodzaak op te treden zonder voorafgaande inmenging van de *Ermittlungsreichter*. Vaak, zoals bij de bovenomschreven constructie van *Untersuchungshaft* en daarvan afgeleide *vorläufige Festnahme*, hanteert de wet het principe van de rechter, maar bij spoed (*Gefahr im Verzug*) kan ook het openbaar ministerie of zijn *Ermittler*

68. Vgl. P.A.M. Mevis e.a., *Onderzoek naar de juridische houdbaarheid van het afnemen en bewaren van celmateriaal voor DNA-onderzoek voor de veroordeling*, Rotterdam: Erasmus Universiteit Rotterdam 2016.
69. Kritisch over deze categorie als eroderende verzamelterm voor dwangmiddeltoepassing is M. Lindemann, 'Die Straftat von erheblicher Bedeutung. Von der Karriere eines unbestimmten Rechtsbegriffes', *Kritische Justiz* 2000, p. 86-97.

optreden.[70] In dat kader kan de politie niet zelf rechtstreeks een optreden van de ER initiëren (dat moet de *Staatsanwalt* doen), maar de politie kan, al dan niet met een daartoe strekkend verzoek aan de *Staatsanwalt*, wel zelfstandig besluiten de betreffende stukken ook ook aan de *Ermittlungsrichter* te zenden: artikel 163, tweede lid, tweede volzin, StPO. Het *Bundesverfassungsgericht* heeft in het kader van deze en andere noodvoorzieningen bepaald dat de rechterlijke organisatie als geheel en de gerechten afzonderlijk op een wijze dienen te worden ingericht dat, ter uitvoering van de grondwet, in de grote massaliteit van zich in de regel voordoende gevallen in de dagelijkse praktijk, het 'regel en uitzonderingsprincipe' (met de regel voorop) gerealiseerd wordt. Op basis van de verbindendheid van dit soort uitspraken van het *Bundesverfassungsgericht*, ook voor de gebieden waar de *Länder* primair c.q. via bekostiging en begroting van politie en justitie competent zijn, zijn in de *Amtsgerichten* bereikbaarheidsdiensten voor de *Ermittlungsrichter* ingesteld. Dat heeft overigens niet geleid tot aanpassing van de StPO in de richting van de eis van (steeds) ten minste voorafgaande rechterlijke toestemming voor bepaald optreden, desnoods mondeling per (mobiele) telefoon te verkrijgen.

Tegelijk en omgekeerd: ook de Ermittlungsrichter kan, in geval van nood, buiten het openbaar ministerie om ambtshalve (onmiddellijk) optreden, bijvoorbeeld en met name als de noodzaak daartoe hem tijdens een ander door hem doorgevoerd optreden blijkt en – zoals artikel 165 StPO uitdrukkelijk stipuleert – '*ein Staatsanwalt nicht erreichbar ist*'. Tot die laatste categorie hoort niet alleen de gestoorde telefoonverbinding, maar ook het geval dat de situatie de *Staatsanwalt* telefonisch niet goed uit te leggen is of noodzakelijke geheimhouding dat verhindert.

70. De politie oefent de haar toekomende bevoegdheden in geval van dringende noodzaak uit op grond van artikel 163 StPO dat een verwerking is van de taak van de politie tot onmiddellijk optreden waar noodzakelijk (waaronder *de Gefahrenabwehr* uit de *Polizeigesetze*). Men spreekt wel van de *Pflicht des ersten Zugriffs* (Roxin, a.w., Einführung, a.w., p. XI), welke plicht als zodanig voor het openbaar ministerie niet bestaat. Wel voorziet artikel 127 StPO de *Staatsanwaltschaft* van de eerder besproken bevoegdheid tot *vorläufige Festnahme* (aanhouden) van een verdachte.

6 De beslissing over de afdoening van strafbare feiten (vervolgingsbeslissing)[71]

Na en naar aanleiding van het vooronderzoek moet het openbaar ministerie een beslissing nemen over de verdere vervolging. Als het naar het oordeel van het openbaar ministerie niet tot een veroordeling kan komen is er onvoldoende grondslag (*Anlass*) om tot vervolging over te gaan; het technisch sepot van artikel 170, tweede lid, StPO. Tot de redenen die de *Anlass* kunnen doen vervallen, horen ook de gronden van artikel 153a e.v. StPO.[72] In het andere geval staan voor het openbaar ministerie verschillende opties open. Het openbaar ministerie kan kiezen voor berechting ter zitting, maar het kan niet zelf beslissen daartoe een *Hauptverhandlung* te doen plaatsvinden. Het voornemen daartoe moet normaliter eerst in het hiervoor beschreven *Zwischenverfahren* worden getoetst. Die toets is niet nodig als het openbaar ministerie aanstuurt op berechting in het zgn. *beschleunigtes Verfahren* van artikel 417 e.v. StPO maar dat kan alleen in eenvoudige zaken met een beperkte mogelijkheid straf op te leggen. Zie nader hierna onder 7.7.4. Het openbaar ministerie kan ook aansturen op het uitvaardigen van een *Strafbefehl*, maar ook die optie is onderworpen aan het fiat van de rechter; zie nader hierna onder 7.7.6. Voorts geldt, zoals hiervoor gememoreerd, als uitgangspunt van beslissen het legaliteitsprincipe (artikel 170, eerste lid, StPO). Dat wil geenszins zeggen dat het openbaar ministerie geen zaak kan seponeren op opportuniteitsgronden, maar wel dat een dergelijke sepot als uitzondering op het wettelijk systeem wordt beschouwd welke wettelijke regeling behoeft. Hiervoor is reeds aangestipt dat die wettelijke regeling van het opportuniteitssepot in artikel 153-153b StPO leert, dat slechts in de geringste strafzaken een opportuniteitssepot mogelijk, waarbij als uitgangspunt bovendien (ook) instemming van de strafrechter noodzakelijk is; de rechterlijke betrokkenheid als waarborg voor verantwoorde (alternatieve) afdoening. Tegelijk is het besef van belang dat zowel het openbaar ministerie, maar ook de zittingsrechter zelf, na de opening van de *Hauptverhandlung* nog kan aansturen op alternatieve afdoening van de strafzaak. Hier is vooral de mogelijkheid van de onder 7.7.5 nader te bespreken *Absprache* of *Verständigung* van belang. Deze modaliteit wordt in artikel 155a StPO uitdrukkelijk aan zowel het openbaar ministerie als aan de rechter als wenselijk en te onderzoeken (*sollen*) voorgehouden.

71. Het Duitse strafprocesrecht leunt in het bijzonder ten aanzien van het vaststellen van de materiële waarheid op de normatief zwaar aangezette *Hauptverhandlung*. Alternatieve afdoening is eerder opgezet als alternatief voor die *Hauptverhandlung*, en in zoverre, met het oog op de garantie voor waarheidsvinding, voorzien van rechterlijke bemoeienis. De alternatieven zijn niet alleen of in de eerste plaats als alternatieven voor het openbaar ministerie opgezet om ervoor te zorgen dat het niet tot een *Hauptverhandlung* komt. Ook na de opening daarvan kan de rechter nog tot alternatieve afdoening beslissen. Daarom worden de modaliteiten via welke een strafzaak op een andere wijze dan door de berechting in de *Hauptverhandlung* kan worden afgedaan in dit landenrapport gezamenlijk besproken en wel na de bespreking van de berechting ter terechtzitting waarvoor zij een alternatief zijn.
72. Meyer-Goßner/Schmitt, randnr. 6 bij artikel 170.

De geschetste stand van zaken impliceert dat de vervolgingsbeslissing van berechting in Duitsland niet betekent dat de rechter daarna geen opties meer heeft voor alternatieve afdoening van de strafzaak. Eerder is vrijwel elke vorm van afdoening die de StPO kent onder regie van de rechter gesteld. In zoverre is een beslissing van het openbaar ministerie om de berechting te initiëren in zekere zin voorlopig, hetgeen eerder tot een vervolgingsbeslissing in deze richting kan leiden, ook als uitvloeisel van het legaliteitsbeginsel. Dat geldt ook voor het gegeven dat de adequate zittingsvoorbereiding en het in dat kader desnoods voorlopig stopzetten van de vervolging aan de rechter is, en niet alleen aan het openbaar ministerie in de fase daaraan voorafgaande.

Als degene die de *Antrag* op strafvervolging heeft gesteld tevens het slachtoffer van het strafbaar feit is, kan hij de beslissing om geen vervolging in te stellen aan een rechter voorleggen in het *Klageerzwingungsverfahren* van artikel 172 e.v. StPO. In het geval het openbaar ministerie onvoldoende grond voor voortzetting op grond van het algemeen belang ziet, impliceert dat overigens niet dat de *Privatklager* de strafvervolging ter behartiging van zijn eigen belang niet kan doorzetten.

7 De berechting

7.1 De voorbereiding van de terechtzitting door voorzitter en gerecht; Beschwerde

Vanwege het belang dat in Duitsland wordt gehecht aan de *Hauptverhandlung* bevat de StPO al langer dan in Nederland uitgewerkte bepalingen voor de adequate voorbereiding van de terechtzitting. Met de beslissing uit het *Zwischenverfahren* dat de *Hauptverhandlung zal* worden geopend *is* die *Hauptverhandlung* nog niet geopend. Het Duitse strafprocesrecht kent ter zake een aparte, betrekkelijk uitvoerige en inhoudelijk verreikende regeling waarin de voorzitter van de kamer beslissingen kan nemen ter voorbereiding van de *Hauptverhandlung*. Aan die voorbereiding is een aparte titel in Boek 2 StPO gewijd, die de artikelen 212-225a StPO omvat. In het kader van de voorbereiding van de *Hauptverhandlung* is meer concreet het navolgende aan de orde. De voorzitter stelt de datum en het tijdstip van de aanvang van de *Hauptverhandlung* vast dat ten minste zeven dagen (*eine Woche*; artikel 217 StPO) na de betekening aan de verdachte ligt, tenzij de verdachte met een kortere termijn instemt. De voorzitter beveelt de dagvaarding en oproeping (*Ladung*) van verdachte, van de verdediger en van andere personen; hij kan in dat kader het doen van onderzoek naar de woon- of verblijfplaats van getuigen bevelen. De verdachte wordt apart gedagvaard en uiterlijk daarbij wordt hem het besluit tot opening van het *Hauptverfahren* (met een, de verdachte nader informerende inhoud) betekend: artikel 215 StPO. Naar artikel 216, tweede lid, StPO wordt de verdachte die zich niet in vrijheid bevindt reeds bij de betekening gevraagd '*welche Anträge er zu seiner Verteidigung für die Hauptverhandlung zu stellen habe*'. De

Staatsanwaltschaft kan daarnaast aanvullend zelfstandig getuigen en deskundigen dagvaarden (artikel 214 StPO); de verdachte moet zich daartoe in principe tot de voorzitter wenden. Weigert de voorzitter de dagvaarding van door de verdachte opgegeven personen, dan kan de verdachte die personen zelf, via de *Gerichtsvollzieher* van artikel 38 StPO, dagvaarden. Dat kan hij echter alleen als hij vooraf contant ('*bar*'; artikel 220 StPO) zekerheid stelt voor de vergoeding reis- en verzuimkosten; anders is de persoon niet verplicht te verschijnen. Blijkt de dagvaarding het gerecht achteraf nuttig, dan wordt de vergoeding alsnog uit de *Staatskasse* betaald.

De verdachte kan reeds in deze voorbereiding *Beweisanträge* stellen. Hij heeft de voorzitter dan op te geven over het bewijs van welke feiten het dan gaat. De voorzitter kan het verzoek afwijzen op de beperkte gronden van artikel 244 StPO, in welk geval de verdachte het verzoek ter zitting kan herhalen. Het gerecht beslist dan opnieuw in inhoudelijk volle omvang en is niet aan de beslissing van de voorzitter gebonden. Er kan c.q. moet bevel tot verschijnen van de verdachte worden gegeven, maar omgekeerd kan ter voorbereiding de verdachte ook gehoord worden ten einde hem, op zijn verzoek, uit zijn plicht ter *Hauptverhandlung* te ontslaan. Die mogelijkheid bestaat ingevolge artikel 233 StPO alleen in lichte gevallen waarin gevangenisstraf van niet meer dan zes maanden op het spel staat (hoewel dan ook rij-ontzegging mogelijk is). Voorgeschreven is voorts dat de verdachte ter zake van de aanklacht door een rechter wordt gehoord. Als het openbaar ministerie dat niet doet, kan het gerecht het bevel geven voor het bewijs noodzakelijke voorwerpen ter zitting aanwezig te doen zijn (artikel 214, vierde lid, StPO). De voorzitter of het gerecht, zij het alleen de beroepsrechters, niet de *Schöffen* die alleen aan de *Hauptverhandlung* deelnemen, kunnen de stukken van het dossier zien en ter voorbereiding zelfs, onder uitnodiging aan de procespartijen om daarbij aanwezig te zijn, plaatsopnemingen doen (artikel 225 StPO) ten einde hun conclusies ter zitting aan partijen te kunnen voorhouden. Een basis voor veroordeling (bewijs) mogen dergelijke, niet ter zitting gedane waarnemingen uit de voorbereiding niet zijn.[73] Is reeds te voorzien dat getuigen niet ter zitting zullen kunnen verschijnen in de gevallen en op de gronden die in artikel 223 StPO zijn bepaald, dan kan het gerecht ter voorbereiding de getuigen bij wijze van uitzondering reeds doen horen. OM, verdediging en verdachte worden daarvan op de hoogte gesteld en kunnen bij het verhoor aanwezig zijn. Dat laatste is anders als het gevaar bestaat dat daarmee het onderzoeksresultaat gevaar zal lopen. Dan kan ingevolge artikel 224 StPO de mededeling over het verhoor achterwege blijven. Het gerecht (artikel 212 jo. artikel 202a StPO) en het openbaar ministerie (artikel 160b StPO) kunnen zich in deze fase steeds tot partijen wenden met een voorlopige standpuntbepaling, ook om te bezien of partijen (alsnog) tot een *Verständigung* als bedoeld in artikel 257c StPO kunnen geraken.

73. Meyer-Goßner/Schmitt, randnr. 6 bij artikel 86 StPO.

De plaats en betekenis van de Beschwerde
In het Duitse strafprocesrecht is nogal wat aan beslissingsbevoegdheden en beslissingsruimte aan rechters toegekend, in het bijzonder ook aan de voorzitter van een kamer bij (de voorbereiding van) de *Hauptverhandlung*. Er bestaat een tot op zekere hoogte algemene mogelijkheid om tegen de invulling van dergelijke voorzieningen door de betreffende rechter op te komen. Die voorziening is het maken van bezwaar tegen rechterlijke beslissingen, de *Beschwerde* van artikel 304 e.v. StPO (zie nader hierna onder 8.3).[74] De *Beschwerde* is steeds toegelaten, tenzij de wet de mogelijkheid uitsluit, hetgeen overigens in het kader de inrichting van (de voorbereiding van) het onderzoek ter terechtzitting nogal eens het geval is als anders de voortvarendheid van de afdoening te zeer onder druk komt te staan; vgl. artikel 305 StPO. Het instellen van *Beschwerde* heeft geen opschortende werking. De mogelijkheid van *Beschwerde* is in de opzet van de StPO als het ware een soort tegenhanger van de ruime reikwijdte van de rechterlijke sturing in het strafproces(recht).

7.2 Onderzoek ter terechtzitting/Hauptverhandlung; Beweis; Beweisaufnahme[75]

Als het tot een *Hauptverhandlung* komt, zijn de grondtrekken gelijk aan die van de regeling van het Nederlandse onderzoek ter terechtzitting. De zaak wordt op de *Hauptverhandlung* gepresenteerd en de verdachte wordt (steeds) voor een standpuntbepaling uitgenodigd. De zaak wordt door de rechter met volledige interne en externe openbaarheid onderzocht; de rechter heeft de plicht alles wat hem voor zijn beslissing relevant voorkomt te onderzoeken, desnoods ambtshalve, en om aan de verdachte een eerlijk proces te garanderen. De verdachte heeft het recht het laatst te spreken (artikel 258 StPO). Anders dan in Nederland het geval is, sluit de *Hauptverhandlung* niet met de sluiting van het onderzoek maar met de verkondiging van het oordeel na het beraad onder de rechters (artikel 260, eerste lid, StPO). Enkele afwijkende (deel)karakteristieken verdienen enige nadere aandacht.

De fase van het onderzoek ter terechtzitting en het bewijs(recht) zijn in het Duitse strafprocesrecht strikter in de wet geregeld dan in Nederland. Dat is een uitvloeisel van de gedachte dat het aan de wetgever is om in de regeling van de *Hauptverhandelung* en het bewijs, inclusief de regels over het vonnis, bij uitstek de gedachte te vertalen dat het Duitse strafprocesrecht nadrukkelijk gegrond is c.q. dient te zijn op het realiseren van expliciet gemaakte, ten dele in en via het *Grundgesetz* beschermde, dragende grondbeginselen en uitgangspunten, de hiervoor aange-

74. Hoewel strikt genomen geen sprake is van een rechtsmiddel dat tegen een rechterlijk eindvonnis (*Urteil*) wordt ingesteld, wordt de *Beschwerde* wel in Boek 3 StPO (*Rechtsmittel*) geregeld.
75. Voor dit onderdeel is ook gebruikgemaakt van U. Eisenberg, *Beweisrecht der StPO. Spezialkommentar*, 10de druk, München: C.H. Beck 2017. Zie voor een bespreking in de Nederlandse taal bij W.H.B. Dreissen, *Bewijsmotivering in strafzaken* (diss. Maastricht), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2007, hoofdstuk 7.

duide *Verfahrensgrundsätze* of *Prozessmaximen*. In de jurisprudentie is het (bewijs)recht verder ontwikkeld en verfijnd, ten dele ook ter verdere verwerkelijking van de *Grundsätze*, zeker daar waar, naast de jusrisprudentie van de strafrechter (in het bijzonder het *Bundesgerichtshof*), ook de jurisprudentie van het *Bundesverfassungsgericht* van belang is. Tot deze bovenaangeduide *Prozessmaximen* behoort dat de verdachte – in onovertroffen Duits gezegd – *grundsätzlich* de mogelijkheid moet hebben zich te verdedigen en invloed te hebben op de inhoud en het verloop van het proces en de uitkomst ervan. En dit zonder dat dit laatste afbreuk doet aan de eigen, ambtshalve-rechtsstatelijke verantwoordelijkheid van wetgever en rechter in deze, in het bijzonder voor de waarheidsvinding. Dit laatste, de (materiële) waarheidsvinding als opgave voor wetgever en strafrechter (ambtshalve) en de norm om het strafproces daarop in te richten, is uitgedrukt in artikel 244, tweede lid, StPO[76] als uitvloeisel en uitwerking in het strafprocesrecht van dit uitgangspunt dat in Duitsland ook *Verfassungsrang* heeft.

Ten aanzien van het bewijs van feiten en omstandigheden voor de beslissing dat de verdachte het ten laste gelegde heeft begaan, zijn schuld ter zake en voor de beslissing over de sanctie relevante feitsvaststelling geldt het strikte kader van het zgn. *Strengbeweis*. Tot dit geheel behoren regels over de voorwaarden waaronder de wettige bewijsmiddelen slechts toelaatbaar zijn, en, in verbinding met de ambtshalve plicht tot onderzoek (*Aufklärungspflicht*), de onderling verbonden regels inzake de waarborgen van mondelinge bewijsvaststelling van verklaringen voor de rechter van en in de *Hauptverhandlung*, het zogenoemde *Mündlichkeits-*, *Unmittelbarkeits-* en *Öffentlichkeitsprinzip*. Met dat laatste is de eis van externe openbaarheid tot waarborg van rechterlijk beslissen gemaakt (transparante rechtspraak; iets dat ook in de eisen aan de inhoud van het vonnis, de hierna te bespreken *Beweiswürdigung*, tot uitdrukking komt).[77] De samenhangende betekenis van deze *Grundsätze* betekent dat – als uitgangspunt – aan het vonnis slechts ten grondslag mag worden gelegd hetgeen mondeling ter zitting is verklaard of aldaar naar voren is gebracht.

De nadruk op de zitting wordt als gezegd ook gevormd door de directe 'verbinding' tussen verdachte en rechter. Voor de verdachte gaat het om het recht om door de rechter te worden gehoord, zoals geformuleerd in artikel 103, eerste lid, *Grundgesetz*. Voor de rechter gaat het om het voor de wetgever belangrijke voorschrift de rechter voor te houden niet te beslissen zonder de verdachte persoonlijk te hebben gehoord. Beide aspecten dienen de externe openbaarheid en transparantie van rechtspraak en de zorgvuldigheid van de inhoudelijke beslissing. Deze achtergrond verklaart het Duitse uitgangspunt van berechting uitsluitend in aanwe-

76. Luidende: '*Das Gericht hat zur Erforschung der Wahrheit die Beweisaufnahme von Amts wegen auf alle Tatsachen und Beweismittel zu erstrecken, die für die Entscheidung von Bedeutung sind.*'
77. Eisenberg, randnr. 35.

zigheid van de verdachte.[78] Het gaat erom dat de wetgever meent dat de rechter anders niet tot een verantwoorde, inhoudelijk juiste, in de zin van '*richtige*' (zo men wil: (voldoende) rechtvaardige) eindbeslissing over (met name) bewijs en straf kan geraken. Ter realisering van dit uitgangspunt verbiedt de wetgever in artikel 230, eerste lid, StPO simpelweg een *Hauptverhandlung* bij verstek: '*Gegen einen ausgebliebenen Angeklagten findet eine Hauptverhandlung nicht statt*'. Dit uitgangspunt verklaart ook de expliciete voorschriften dat als de verdachte zich van de *Hauptverhandlung* '*enfernt*' of na schorsing van de behandeling niet terugkeert c.q. het feit dat hij niet in staat is terecht te staan (*Herbeiführung der Verhandlungsunfähigkeit*: artikel 231a StPO) aan zijn opzet of schuld te wijten is, de zitting (alleen dan) bij zijn afwezigheid kan worden voortgezet, maar ook dan alleen '*soweit das Gericht seine Anwesenheit nicht für unerlässlich hält*'. Behandeling bij verstek is in beginsel alleen mogelijk in geringe zaken waarin de verdachte niet slechts door openbare bekendmaking gedagvaard is, er slechts een lage straf (geen vrijheidsstraf) op het spel staat c.q. opgelegd kan worden (artikel 232 StPO). Ook kan ten behoeve van het verzekeren van bewijs ingeval de verdachte in de toekomst nog eens in persoon terecht zal staan ('*für den Fall seiner künftigen Gestellung*': artikel 285, eerste lid, StPO), een *Hauptverhandlung* worden gevoerd.[79] Het belang van de aanwezigheid van de verdachte ter zitting, in het bijzonder om hem de gelegenheid te geven persoonlijk juist aldaar tegenover de rechter die de bewijsbeslissing neemt, zijn vrijspraak te bepleiten[80] gaat zover, dat artikel 295 StPO het mogelijk maakt de verdachte voor de berechting een vrijgeleide te bieden, met name dat hij niet in voorlopige hechtenis zal worden genomen voor het feit waarvoor hij terechtstaat en zolang geen tot vrijheidsstraf veroordelend vonnis volgt of alsnog vluchtgevaar bestaat c.q. ontstaat. De wat verborgen bepaling van artikel 295 StPO geldt in elke fase van strafproces.[81]

Vervolgens is in dit kader de uitvoerig en gedetailleerd geregelde *Beweisaufnahme* als bedoeld in artikel 244 StPO van belang. Met de regeling van die *Beweisaufnahme* wil de wetgever er in het bijzonder voor waken dat het aanbrengen van al het relevante bewijsmateriaal voor of tegen de verdachte niet ongerechtvaardigd achterwege blijft of afgewezen wordt. Een *Beweisantrag* kan door de zittingsrechter alleen maar worden afgewezen op de beperkte gronden, eerst en vooral gestipuleerd in

78. En deels ook de betrokkenheid van de strafrechter bij alternatieve vormen van afdoening van een strafzaak.
79. Zie Boek 2, hoofdstuk 8, artikel 276-295 StPO: *Verfahren gegen Abwesende*. De daar bedoelde *Hauptverhandlung* bij afwezigheid (procesvertegenwoordiging is mogelijk) kan ook worden gevoerd om het gerecht bepaalde beslissingen inzake inbeslagneming te doen nemen.
80. Vgl. Meyer-Goßner/Schmitt, randnr. 1 bij artikel 295.
81. Meyer-Goßner/Schmitt, randnr. 2 bij artikel 295.

artikel 244 StPO.[82] De daargenoemde gronden zien allemaal op de situatie dat het verzochte bewijs voor de rechter om een bepaalde, daargenoemde reden niet relevant is. Het feit dat een *Beweisantrag* (te) laat in het proces gesteld wordt, mag op grond van artikel 246, eerste lid, StPO uitdrukkelijk geen zelfstandig argument zijn het verzoek af te wijzen. Dat geldt zelfs bij de voorziening van artikel 244, zesde lid, tweede volzin, StPO. Ingevolge die bepaling kan de voorzitter, na de afsluiting van de *Beweisaufnahme* door het gerecht, een termijn stellen om nog nadere *Beweisanträge* te stellen. Na die termijn gedane verzoeken kunnen eveneens niet reeds enkel vanwege termijnoverschrijding worden afgewezen; de beslissing erover mag wel/slechts eerst in het uiteindelijk vonnis worden opgenomen.

7.3 Onmiddellijkheidsbeginsel

Uit de nadruk op het mondeling ter zitting verhandelde wordt als garantie voor de inhoudelijke juistheid van bewijs en bewijsbeslissing afgeleid dat de rechter, mede gelet op zijn *Aufklärungspflicht*, zich zo veel mogelijk direct en onmiddellijk kennis moet verschaffen van de feiten die hij moet onderzoeken, vaststellen en van juridische consequenties moet voorzien. Dat betekent dat, wat de Duitse wetgever betreft, de rechter de bewijsopname als uitgangspunt zelf moet doen en steeds het (voor hem) *sachnächsten* bewijsmiddel moet gebruiken.[83] Het gerecht is in dit kader het best mogelijke bewijs voorgeschreven, hetgeen betekent dat de rechter als uitgangspunt van de originele bron uit heeft te gaan (*Originalbeweis*) en niet met *Beweissurrogaten* (bijvoorbeeld 'de auditu'-verklaringen) moet volstaan als dat niet werkelijk noodzakelijk is.[84] Deze laatste mogelijkheid is onder omstandigheden wel mogelijk, maar niet als vanzelfsprekendheid of uitgangspunt. En daarmee slechts in de in de wet uitdrukkelijk geregelde en daarmee beperkte gevallen als uitzondering op de regel.[85] Het uitgangspunt vindt het sterkst zijn uitdrukking in artikel 250 StPO.[86] Eventueel is videoverhoor mogelijk: artikel 247a StPO.

---

82. Artikel 244 StPO is als voorziening vergelijkbaar met het Nederlandse artikel 315 Sv, maar inhoudelijk wezenlijk anders. Moet volgens artikel 315 Sv de rechter van de noodzaak van het verzochte overtuigd zijn, in Duitsland mag een *Beweisantrag* slechts op (de beperkte categorie van) de in artikel 244 StPO genoemde gronden worden geweigerd. Het kunnen doen van *Beweisanträge* treedt in Duitsland als zelfstandig recht van de actoren naast de ambtshalve en volledige onderzoeksplicht van de (zittings)rechter. Zie Eisenberg, eerste deel, hoofdstuk 2.
83. Eisenberg, randnr. 64.
84. Eisenberg, randnr. 66. Deze auteur schrijft treffend dat uit de materiële component van de onmiddellijkheid volgt dat de rechter zich '*grundsätzlich nicht mit Beweissurrogaten begnügt*'. Met name het woord (niet) '*begnügt*' = (geen) genoegen nemen, drukt uit hoezeer de wetgever de rechter een strafprocessueel-bewijsrechtelijke gedragsnorm voorschrijft, voortvloeiend uit zijn verantwoordelijkheid als wetgever om via de StPO bij te dragen aan het garanderen van een inhoudelijk juiste bewijsbeslissing, in het bijzonder in geval van bewezenverklaring, in elke afzonderlijke strafzaak.
85. Eisenberg, randnr. 13.
86. Luidende: '*Beruht der Beweis einer Tatsache auf der Wahrnehmung einer Person, so ist diese in der Hauptverhandlung zu vernehmen. Die Vernehmung darf nicht durch Verlesung des über eine frühere Vernehmung aufgenommenen Protokolls oder einer Erklärung ersetzt werden.*'

Deze 'regel- en uitzondering'-verhouding leidt er vervolgens toe dat in het Duitse strafprocesrecht ook een eo ipso onderscheid wordt gemaakt tussen de bewijswaarde van origineelbewijs en van surrogaatbewijs. Dat geldt ook voor de bewijswaarde van *Personalbeweis* boven schriftelijk bewijs (*Urkundenbeweis*) voor zover dat schriftelijk bewijs 'surrogaat' is voor een verklaring van een getuige of een deskundige.[87] In beide gevallen heeft de laatstgenoemde categorie minder bewijswaarde. Dat geldt tot op zekere hoogte ook voor technisch bewijs ten opzichte van verklaringen, enigszins afhankelijk van hetgeen daarmee te bewijzen is. Bij dat laatste maakt het Duitse recht een onderscheid naar *Haupttatsachen, Indizien* en *Hilfstatsachen* (enigszins vergelijkbaar met de indeling in *direct evidence, circumstantial evidence* en *collaterial evidence*).[88]

Uit dit geheel vloeit als vanzelf de door de wetgever in de StPO uitgedrukte 'voorkeur' voort voor de grotere bewijswaarde van mondeling ter zitting afgelegde verklaringen, met name van getuigen. Dan is het immers de rechter die de bewijsbeslissing neemt, die de verklaringen opneemt. Het is een waarborg voor een inhoudelijke juiste bewijsbeslissing. In deze zin wordt met de *Hauptverhandlung* ook het onderzoekskarakter daarvan met zelfstandige meerwaarde onderstreept. De zittingsrechter kan, krachtens wettelijk voorschrift, niet afgaan op de resultaten van de bewijsopname door het openbaar ministerie, verzameld in het *Ermittlungsverfahren*. De zittingsrechter heeft met het onderzoek ter terechtzitting de taak dat materiaal zelf en opnieuw te onderzoeken, in welk kader met name verklaringen ter zitting (opnieuw) moeten worden afgelegd. Dat laatste wordt dus *grundsetzlic*h niet als herhaling van zetten beschouwd, maar als invulling van een rechtsstaatwezenlijke *Prozessmaxime* als grondslag voor een rechtsstatelijk strafproces in den brede (niet alleen in het belang van de verdachte ter vermijding van een veroordeling), ook al is het niet zo dat het EVRM-begrip van een fair trial tot deze inrichting, of tot het zo consequent en ver doorvoeren ervan in regeling en praktijk van de strafrechtspleging als de StPO voorschrijft, dwingt. In elk geval is het geen opgave of doel van de strafrechtspleging waarvan, naar Duitse opvatting, (te) veel afstand kan worden gedaan, terwijl het bovendien een uit rechtstatelijke overwegingen afgeleid doel van het strafproces(recht) is, waarvan de verwezenlijking een ambtshalve opgave voor de overheidsactoren van het strafprocesrecht is en de realisatie ervan dus niet (te) zeer aan de verdachte en zijn verdediger, en al helemaal niet aan de verdachte zonder verdediger, kan worden overgelaten. Er is sprake van een door de wetgever aan de zittingsrechter voorbehouden, aan hem voorgeschreven en alleen bij hem veronderstelde competentie tot voor zijn beslissingen noodzakelijke en juiste waarheidsvinding/onderzoek. Dat uitgangspunt domineert het

87. Eisenberg, randnr. 66.
88. Eisenberg, randnr. 8.

karakter van de regeling van de *Hauptverhandlung* dat de wetgever in Duitsland aan de rechter voorschrijft.

Deze nadruk op het mondeling verhandelde ter zitting neemt niet weg dat, zoals gezegd, afwijkingen en aanvullingen mogelijk zijn, maar, gegeven het uitgangspunt van de wet, alleen in de vervolgens ook in de wet voor te schrijven c.q. voorgeschreven gevallen waarin de wetgever zich een uitzondering op de regel kan voorstellen, ondanks zijn eigen betrokkenheid bij adequate regeling van inhoudelijk juiste waarheidsvinding (en dus in de strafprocessuele *wetgeving*). Dit uitgangspunt verklaart de concrete opsomming van gevallen waarin het horen van een bij het strafproces betrokkene kan worden vervangen door het voorlezen van een eerder afgelegde verklaring in artikel 251-256 StPO. Met name de meer algemene regeling van artikel 251 StPO is van belang, waarbij opvalt dat de mogelijkheid om bij wijze van uitzondering met het voorlezen van een eerder afgelegde verklaring te volstaan nogal eens van de toestemming van verdachte (met rechtsbijstand) en openbaar ministerie afhankelijk is.[89]

De bovenstaande schets van het bewijsrecht illustreert de nadrukkelijke aanwezigheid van de wetgever in de regeling ervan. Het Duitse recht heeft echter zijn jurisprudentiële ontwikkeling en 'bijstelling'; zijn 'de auditu'-rechtspraak, zo men wil. Die bestaat uit de alleen in de rechtspraak erkende mogelijkheid om de verhorende persoon in de *Hauptverhandlung* onder omstandigheden als getuige te horen over hetgeen een verdachte of getuige in het verhoor heeft verklaard. Voor de getuige kan dat alleen als het eerdere verhoor door een rechter heeft plaatsgevonden en de getuige zich in de *Hauptverhandlung* bijvoorbeeld op zijn verschoningsrecht beroept. Voor de verdachte voorziet artikel 254 StPO in de mogelijkheid om een voor een rechter afgelegde verklaring of een audio- of visueel opgenomen verklaring via het voorlezen daarvan als bewijs toe te laten. Aanvullend erkent de jurisprudentie ook hier de mogelijkheid van het verhoor van de verhorende ambtenaar van politie of openbaar ministerie. Als bewijs is in beide gevallen alleen toelaatbaar hetgeen deze als getuigen verhoorde actoren zich, blijkens hun verklaring ter zitting, van het verhoor herinneren, al mag hen in dat kader de vroegere verklaring wel worden voorgehouden. Deze louter jurisprudentiële uitzonderingen zijn naar vorm (niet in de wet) en inhoud bepaald omstreden[90] en mede daardoor niet van die betekenis als de 'de auditu'-jurisprudentie van de Nederlandse Hoge Raad.

89. Zie over het geheel van artikel 250 StPO en de uitzonderingen van artikel 251-256 StPO uitgebreid: Eisenberg, a.w., vijfde deel, eerste hoofdstuk onder III. Aangezien dan nogal eens de eis geldt dat de verklaring in het voorbereidend onderzoek dan voor een rechter moet zijn afgelegd, zijn deze artikelen hiervoor onder 4.2 reeds nader besproken.
90. Zie Eisenberg, randnr. 880-884 en 1027-1033.

7.4 Bewijs

De StPO kent geen opsomming van de wettige bewijsmiddelen in een artikel vergelijkbaar met artikel 339 Sv. De binnen het *Strengbeweis* nader geregelde bewijsmiddelen zijn te herkennen uit de regeling in de wet. Zij komen overeen met de Nederlandse: verklaringen van de verdachte en van getuigen, deskundigenbewijs, waarnemingen (*Augenscheinbeweis*: artikel 86 StPO) bijvoorbeeld over het voorwerp waarmee een delict is begaan, akten en andere geschriften.[91] De verklaring van de (in beginsel altijd ter zitting aanwezige) verdachte die aldaar door de rechter wordt verhoord, behoeft geen nadere regeling als specifiek bewijsmiddel in dit deel van de StPO welke dan ook ontbreekt, maar deze verklaring kan uiteraard wel voor het bewijs worden gebruikt.

Naast de *Beweisantrag* als een officieel verzoek en mogelijkheid tot beïnvloeding van het onderzoek bestaan ook zgn. *Beweisanregungen* en *Beweisermittlungsanträge*. Dat zijn verzoeken aan de rechter om bepaalde zaken nader uit te zoeken, bijvoorbeeld omdat het voor de actor (nog) niet mogelijk is ter zake een gemotiveerde *Beweisantrag* te stellen. Het gaat dan dus om verzoeken aan de rechter om van diens *Aufklärungspflicht* van artikel 244, tweede lid, gebruik te maken, die verdere gaat dan de 'noodzakelijkheid' van 'ons' artikel 315 Sv. Anders dan voor een *Beweisantrag* geldt, kunnen *Beweisanregungen* en *Beweisermittlungsanträgen* steeds en vormvrij worden afgewezen; artikel 244, derde lid e.v. StPO geldt niet. De juistheid van een afwijzende beslissing wordt na het instellen van een rechtsmiddel getoetst op het punt of de rechter met de afwijzing niet aan zijn ambtshalve onderzoeksverantwoordelijkheid tekort heeft gedaan.

Tijdens het onderzoek ter terechtzitting is de *Beweiserhebung* ook in zoverre een apart thema dat reeds op dat moment bediscussieerd en besloten kan worden dat de *Beweiserhebung* op onderdelen niet is toegelaten. Dat kan zich voordoen als de *Erhebung* een aspect van de zaak betreft dat geen onderdeel uitmaakt van de tenlastelegging. Maar ook indien de *Erhebung* een bewijsmiddel betreft dat ingevolge de wet niet kan worden toegelaten, bijvoorbeeld omdat het met niet toegelaten methoden is vergaard. Tot de laatste categorie behoort bijvoorbeeld het gebruik van niet toegelaten verhoormethoden van een verdachte (artikel 136a StPO) of van een getuige (artikel 69 III jo. artikel 136a StPO).

Feiten van algemene bekendheid behoeven geen bewijs in die zin dat een *Beweisantrag* kan worden afgewezen omdat het te bewijzen feit '*offenkundig*' is (artikel 204, derde lid StPO). De algemene bekendheid kan stammen uit de algemene bekend-

91. Meyer-Goßner/Schmitt, Einleitung, randnr. 49.

heid in de maatschappij, maar bekendheid binnen de rechters van de kamer (*Gerichtskundig*) is ook voldoende.

7.5 Vormverzuimen

Het Duitse recht kent een gedetailleerde, maar lastig te doorgronden categorie van *Beweisverbote*.[92] Een eerste indeling is die in *Beweiserhebungs-* resp. *Beweisverwertungsverbote*. De *Beweiserhebungsverbote* betreffen het verbod zich over een bepaald thema bewijs te verschaffen met bepaalde middelen of methoden, terwijl dat thema niet aan de orde kan zijn. Bewijsthemaverboden zijn bijvoorbeeld: feiten van algemene bekendheid of feiten die al bewezen zijn, de inhoud van rechterlijke beraadslagingen in een bepaalde zaak die immers geheim zijn, of het naar voren brengen van een eerdere veroordeling van de verdachte welke veroordeling in het betreffende register inmiddels doorgehaald is (artikel 51 BZRG). *Beweismittelverbote* betreffen het gebruik van een verklaring van een getuige die zich alsnog op het verschoningsrecht heeft beroepen, het gebruik van schriftelijke stukken waarvan het gebruik naar artikel 96 StPO (beperking *Amtshilfe*) verboden is, of de door de grondslag van onmiddellijkheid in beginsel verboden toelating van schriftelijk in plaats van mondeling bewijs (artikel 250, eerste lid, tweede volzin, StPO). *Beweismethodenverbote* betreffen in de eerste plaats het verbod van verhoor van verdachten en getuigen met niet toegelaten methoden (artikel 136a (verdachten) en artikel 69 III jo. artikel 136a StPO (getuigen)).

Bij de *Beweisverwertungsverbote* gaat het in de eerste plaats om illegaal verkregen bewijs of om op zichzelf legaal verkregen bewijs waarvan het gebruik desondanks strijdt met de rechten van procesdeelnemers (*Verfahrensbeteiligten*). Van dat laatste is bijvoorbeeld sprake in geval van afluisteren van een telefoonaansluiting met een bekentenis van een winkeldiefstal door een van de gespreksdeelnemers als 'bijvangst'. In Duitsland wordt dan vanuit de bescherming van grondrechten geredeneerd. In die benadering is een winkeldiefstal te gering is om ooit een inbreuk op de levenssfeer door het afluisteren van de telefoon te rechtvaardigen. Dat betekent dat het openbaar ministerie aan dit geringe feit te weinig argumenten kan ontlenen om geen *Beweisverwertungsverbot* te doen gelden; de bekentenis mag niet worden gebruikt.

In het situeren van illegaal verkregen bewijs stuiten ook in Duitsland fundamentele uitgangspunten op elkaar, in het bijzonder de strafaanspraak van de staat en de aanspraak van de samenleving haar van (nieuwe) strafbare feiten te vrijwaren aan de ene kant, en de opdracht van de staat tot het garanderen van grond- en vrijheidsrechten alsmede de opvatting dat in een rechtsstaat alleen procedureel recht-

92. Zie uitvoerig: Eisenberg, eerste deel, hoofdstuk 3.

matig optreden geduld kan worden aan de andere kant. Tegelijk bevat het Duitse recht maar weinig uitdrukkelijk in de wet geregelde gevallen waarin een onregelmatige bewijsvergaring tot een *Beweisvertungsverbot* leidt. Ook hier gaat in zoverre het grondwettelijk gebod op waarheidsvinding gemakkelijk voor. Het is aan de rechter overgelaten een afweging te maken, die sterk afhankelijk is van de concrete omstandigheden van het geval en de daarbij op het spel staande belangen. Algemene overzichten ontbreken. Daarbij moet wel worden bedacht dat, zoals hiervoor bij de bespreking van enige dwangmiddelen is belicht, het *Bundesverfassungsgericht* een eigen ingang van controle heeft. In het kader van het gebod tot waarheidsvinding is een *Beweisverwertungsverbot* een uitzondering daarop die, volgens jongere rechtspraak van het *Bundesverfassungsgericht*, (dan ook) motivering behoeft.[93] Anderzijds geldt (de bescherming van) het algemeen persoonlijkheidsrecht dat het BVerfG afleidt uit artikel 2 I jo. 1 I GG en op basis waarvan dit gerecht de hiervoor reeds genoemde modaliteit van een *Kernbereich* van een grondrecht ontwikkelde, welke ook in het strafprocesrecht onaantastbaar is. Als het BVerfG een schending van het *Kernbereich* aanneemt, kan het gerecht beslissen dat daaruit een *Beweisverwertungsverbot* in het strafprocesrecht voortvloeit. Bij een inbreuk op het *Randbereich* kan een afweging plaatsvinden met de belangen van de strafvordering in het concrete geval met als uitkomst dat de resultaten van onrechtmatig optreden wel bruikbaar zijn in de strafvervolging tegen de verdachte.

Wat betreft de overschrijding van de redelijke termijn als vormverzuim is van betekenis dat artikel 198 e.v. GVG een, de rechtsgebieden overstijgende, voorziening bevat van een aanspraak op *Wiedergutmachung* als men als procesdeelnemer te maken heeft gekregen met een proces of strafrechtelijk *Ermittlungsverfahren* dat te lang geduurd heeft. Die *Wiedergutmachung* kan in strafzaken de vorm hebben dat openbaar ministerie of rechter ten voordele van de verdachte met de te lange duur van de vervolging rekening houden in de strafrechtelijke rechtshandhaving; anders is schadevergoeding mogelijk. De wet bepaalt het bedrag daartoe thans op € 1200 per jaar vertraging, tenzij het gerecht op gronden van billijkheid een hogere of lagere vergoeding aangewezen vindt.

7.6 De motivering in het vonnis door de weergave van de redenering

Na afloop van de openbare zitting, maar in het Duitse strafprocesrecht nog binnen het kader van de regeling van de *Hauptverhandlung* in Boek 2 StPO, beraadslaagt het gerecht over de te nemen beslissingen die in het vonnis worden weergegeven. Het gerecht oordeelt naar vrije, maar uit het verhandelde ter zitting afgeleide over-

93. Vgl. BVerfGE 130, 1 Rn. 117: '*Ein Beweisverwertungsverbot stellt von Verfassungs wegen eine begründungsbedürftige Ausnahme dar, weil es die Beweismöglichkeiten der Strafverfolgungsbehörden zur Erhärtung oder Widerlegung des Verdachts strafbarer Handlungen einschränkt und so die Findung einer materiell richtigen und gerechten Entscheidung beeinträchtigt.*'

tuiging. Voor het tot stand komen van de overtuiging bestaan, net als in Nederland, geen bewijs- of beslisregels. In zoverre gaat het om de overtuiging van de (individuele) rechter. En in zoverre is sprake van een persoonlijke, zo men wil subjectieve overtuiging. Dat laatste moet echter niet verkeerd worden verstaan. Het gaat om het professionele oordeel van deze rechter, die daartoe aan de (in Duitsland als onderzoek betekenisvolle) *Hauptverhandlung* heeft deelgenomen. De rechter is bij bepaald, bijvoorbeeld technisch bewijs aan regels van methodiek gebonden. Hij is ook gebonden aan regels van logisch redeneren. De eis van rechterlijke overtuiging is in zoverre ook niet te verstaan als een subjectiverende vervanging van een hoge eis van objectieve waarschijnlijkheid. Die blijft gelden, maar heeft in objectieve zin c.q. als criterium (bijvoorbeeld: 'met aan zekerheid grenzende waarschijnlijkheid') geen uitdrukking gevonden in de wet, omdat zo'n criterium niet zoveel zegt. Maar juist daarom is de rechterlijke overtuiging in de Duitse opvatting een extra eis van waarschijnlijkheid, die niet louter subjectief is omdat de vorming van die rechterlijke (dus sowieso als professionele) overtuiging naar de Duitse opvatting vertaald wordt in de eis van de adequate en volledige *Beweiswürdigung* in het oordeel van de rechter. Deze eis van volledige en adequate *Beweiswürdiging* wordt in stevige bewoordingen in de Duitse jurisprudentie en voltallige literatuur[94] ingelezen in – met name – artikel 261 en artikel 267 StPO. Ingevolge die bepalingen en jurisprudentie moet de Duitse strafrechter niet alleen de inhoud van de bewijsmiddelen in het vonnis aangeven, maar ook ingaan op zijn waardering van het bewijs. Hij moet daarbij verantwoording afleggen van zijn bewijsredenering en daarbij voldoende aandacht besteden aan feiten en omstandigheden die in de richting van een inhoudelijk andere bewijsbeslissing wijzen en aan naar voren gebrachte alternatieven voor hetgeen de rechter blijkens zijn beslissing voor 'waar' aanneemt. Deze geëxplicteerde *Beweiswürdigung* is de noodzakelijke aanvulling waarop de (eveneens in het vonnis weer te geven) inhoud van de bewijsmiddelen zelf – in objectieve zin – op toereikendheid beoordeeld kan worden. De enkele weergave van de inhoud van de bewijsmiddelen volstaat dus niet.[95]

In deze functie staat als vanzelf de (objectieve) structuur van de *Beweiswürdiging* als bewijsredenering voorop. Die *Beweiswürdigung* moet de structuur hebben van een rationeel beredeneerde, geëxpliceerde toetsing van de beschuldiging als een

94. Het commentaar van Meyer-Goßner/Schmitt, diverse randnummers bij artikel 261 en bij artikel 267 StPO, zij hier slechts als voorbeeld aangehaald. Zie uitgebreid bij Eisenberg a.w., eerste deel, eerste hoofdstuk, onderdeel III.

95. 'Die Beweiswürdigung erfordert nämlich keine Dokumentation der Beweisaufnahme und soll nicht die Funktion eines Protokolls über den Inhalt von Angeklagten- und Zeugenäußerungen erfühlen (BGH NStZ 2009, 403). Die bloße Darstellung von Aussageinhalten beschört vielmehr eine Gefahr für den Bestand des Urteils herauf, weil ihr das würdigende Element fehlt und dem Revisionsgericht dadurch die Möglichkeit genommen wird, den Gang der tatrichterlichen Überzeugungsbildung nachzuvollziehen (BGH NStZ 2007, 720)', aldus Güntge in: *Satzger/Schluckebier/Widmaier, StPO-Kommentar*, 3de druk 2017, Carl Heymanns Verlag, randnr. 17 bij artikel 267.

waarschijnlijkheid. En dat niet alleen aan de feiten en omstandigheden die voor die waarschijnlijkheid spreken, maar juist ook (en expliciet) aan de feiten en omstandigheden die daartegen spreken.[96] Zonder deze geëxpliciteerde *Beweiswürdigung* voldoet de bewijsbeslissing als rechterlijk oordeel niet aan de te stellen mate van (objectieve) waarschijnlijkheid, waarmee de bewijsbeslissing niet meer legitiem is. Want zonder de expliciete *Beweiswürdigung* is de kans te groot dat de rechter juist wel een waarschijnlijkheid louter subjectief tot waarheid verklaart. Tegelijk wordt door deze benadering de transparantie van het oordeel van de (onafhankelijke) rechter (noodzakelijke externe openbaarheid van rechtspraak), juist ook in de belangrijke bewijsbeslissing bevorderd en gegarandeerd. De *Beweiswürdigung* behoort daarmee, naast de plicht tot ambtshalve onderzoek, het voorschrift van mondelinge procesvoering en onmiddellijkheid en het eveneens tot de rechter gerichte voorschrift van het 'in dubio pro reo' tot de deels ook constitutioneel belangrijke *(Beweis)grundsätze* van het Duitse strafprocesrecht. Het gaat hierbij om eisen die met name het *Bundesgerichtshof* aan (de vonnissen van) de lagere rechter stelt. Het op zichzelf beperkte *Revisionsverfahren* heeft de afgelopen jaren in Duitsland juist aan (in het algemeen omarmde) reikwijdte en betekenis gewonnen, omdat en doordat de *Revisionsrichter* het inhoudelijk (bewijs)oordeel van de rechter in eerste aanleg sterker is gaan controleren over de band van de inhoudelijke redenering en over de band van controle of daarin wel alle relevante thema's besproken zijn als uitvloeisel van de ambtshalve opdracht daartoe voor de rechter in eerste aanleg. Voldoet de *Beweiswürdigung* niet aan de eisen, dan kan daaruit de overtuiging van de rechter, uitgedrukt in zijn (veroordelende) beslissing, niet voldoende zijn voortgevloeid. Men wenst, met andere woorden, de redenering van de rechter als explicatie van de rechterlijke behoedzaamheid in het vonnis te lezen, als waarborg van zowel waarheidsvinding en rechtsstatelijke aanspraak van de verdachte, maar ook als algemene(re) eis van rechtsstatelijke rechtspraak die, door deze 'openbaarheid van redenering' ook controleerbaar wordt. Deze eisen en deze jurisprudentie worden breed onderschreven en als zo vanzelfsprekend gezien dat ze eigenlijk niet eens expliciet in de StPO zijn geformuleerd. Ze gelden het schriftelijk vonnis. Om eraan te kunnen voldoen hanteert het Duitse strafprocesrecht een systeem waarin in eerste instantie mondeling vonnis wordt gewezen, ook door de meervoudige kamer. Als geen rechtsmiddel wordt ingesteld kan met een beperktere motivering worden volstaan waarbij de rechter op grond van artikel 267, vierde lid, StPO een zekere ruimte heeft zelf te bepalen in hoeverre *Beweiswürdiging* aangewezen is.

96. Zoals Frisch schrijft: '*Die Überzeugung und das Für-war-Halten sind vielmehr das Ergebnis eines durchaus rationalen, eigenständigen Verfahrens, in dem die Anklagehypothese überprüft, insbesondere die für ihre Wahrheit streitenden Gründe auf ihre TragFähigkeit geprüft und konkurrierende Hypothesen unter Beachtung der Denkgesetze und der Sätze der Erfahrung ausgeschieden werden.*' Zie W. Frisch, 'Beweiswürdigung und richterliche Überzeugung', *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatiek* (ZIS: www.zis-online.com), 10/2016, p. 713.

7.7 Alternatieven voor de afdoening via een volledige Hauptverhandlung

7.7.1 Inleiding

De hierboven beschreven *Prozesmaximen* en hun normatieve betekenis en de daaruit voortvloeiende betekenis van de *Hauptverhandlung* maken dat ook in Duitsland de praktische nadelen ervan onder ogen moesten worden gezien. Dat heeft geleid tot oplossingen en modaliteiten voor de (alternatieve) afdoening van strafzaken binnen de StPO,[97] waarbinnen de geschetste grondtrekken ten dele zijn verlaten. Lang niet altijd vindt een volledige *Hauptverhandlung* plaats, al is rechterlijke bemoeienis niet geheel buiten beeld geraakt.[98]

Voorafgaand aan de opsomming van de alternatieven is het nog van belang te wijzen op artikel 202a en artikel 212 StPO. Beide bepalingen maken het mogelijk voor het gerecht om een zekere *Erörterung* over de stand van zaken met de procesdeelnemers te delen. Deze mogelijkheid is in artikel 202a StPO expliciet in het teken gezet om het *Verfahren zu fördern*. Als zodanig kan deze modaliteit gebruikt worden om de hierna nog te bespreken *Absprache* (ook wel *Verständigung*) voor te bereiden en te bevorderen. Maar zij kan ook gebruikt worden om de behandeling van de strafzaak enigszins te sturen, bijvoorbeeld door delen van de aanklacht die het gerecht sowieso niet bewezen of niet strafbaar acht, in een vroege fase van de procedure buiten behandeling te laten.

7.7.2 Anders afdoen via de opportuniteit

Ondanks het uitgangspunt van vervolging maken, zoals reeds gezegd, de artikelen 153 e.v. StPO sepot op opportuniteitsgronden mogelijk. Zo'n 30 procent van de strafzaken wordt op deze wijze met een opportuniteitssepot beëindigd.[99] De door de wetgever in artikel 155a StPO aan het openbaar ministerie en de gerechten als instructienorm nadrukkelijk onder de aandacht gebrachte mogelijkheid van een *Täter-Opfer-Ausgleich* ('*in geeigneten Fällen sollen sie darauf hinwirken*') is van belang. Slaagt de bemiddeling, dan treedt volgens sommige auteurs[100] een *Verfahrenshindernis* in omdat de verdachte zich aan de voorwaarden heeft gehouden.[101]

Op deze plaats moet voorts worden gewezen op de hierboven besproken mogelijkheid van de *Privatklage* voor het slachtoffer. Die mogelijkheid staat open voor delicten in de persoonlijke verhoudingen. Daarbij behoren ook politierechterzaken als mishandeling en dergelijke. Op grond van artikel 376 StPO wordt bij deze delicten

97. De – in eerste instantie – bestuurlijke beboeting op grond van het *Ordnungswidrigkeitsgesetz* blijft in deze bijdrage buiten beschouwing.
98. Aan de alternatieven is een specifiekere rechtsvergelijkende bijdrage van de hand van L. Peters in deze bundel gewijd, waarin ook cijfers over de toepassing te vinden zijn.
99. Rapport *Expertenkommission*, p. 71.
100. Meyer-Goßner/Schmitt, randnr. 4 bij artikel 155a StPO.
101. Andere auteurs zien geen grond voor een dermate verregaande consequentie en houden het erop dat een *Ausgleich* vooral in de straftoemeting van de verdachte voor hem gunstig doorwerkt. Vgl. Monka, randnr. 5-6 bij artikel 155a StPO in Beck/OK StPO, 29ste druk, 2018.

(dus niet alleen ingeval de *Privatklage* ingesteld wordt) door het openbaar ministerie zelf alleen dan vervolging ingesteld als zodanige vervolging '*im öffentlichen Interesse liegt*'. In andere gevallen ziet de *Staatsanwaltschaft* van strafvervolging af. Daarmee bevat ook dit artikel 376 StPO een belangrijke uitzondering op het legaliteitsbeginsel. Openbaar belang wordt aanwezig geacht als de rechtsvredebreuk (inclusief de persoonlijke eer) boven de belangen van de beide betrokken partijen uitgaat, maar ook als het slachtoffer vanwege zijn betrekking met de wederpartij/dader '*nicht zugemutet werden kann*' zelf *Privatklage* te initiëren.[102]

7.7.3 Hauptverhandlung en veroordeling bij verstek

Bij wijze van uitzondering kent de StPO de mogelijkheid om de *Hauptverhandlung* bij verstek te voeren en jegens de vanaf het begin van de behandeling afwezige verdachte toch tot een inhoudelijke einduitspraak[103] te geraken: artikel 232 StPO (*Hauptverhandlung trotz Ausbleibens*). Het uitzonderlijk karakter van de procedure wordt vooral benadrukt door het feit dat na deze verstekbehandeling slechts vermogensstraffen en sommige vrijheidsbeperkende straffen (waaronder rij-ontzegging) kunnen worden opgelegd. Vrijheidsbenemende sancties zijn niet mogelijk; daarvoor eist de wetgever dat de rechter de verdachte 'ziet'. Als de verdachte slechts door openbare bekendmaking kon worden gedagvaard (artikel 40 StPO), is de procedure niet toegelaten. En hoe beperkt de strafmogelijkheden ook zijn, de verdachte kan in geval van verontschuldigbare afwezigheid tegen het oordelen opkomen en alsnog berechting in dezelfde aanleg in zijn aanwezigheid afdwingen: artikel 235 StPO.

7.7.4 Vereenvoudigde behandeling (beschleunigtes Verfahren)

Naar de regeling van artikel 417 e.v. StPO is een verkorte behandeling van een zaak via de *Hauptverhandlung* mogelijk. Die optie vereist een aparte vordering van de *Staatsanwaltschaft* en een apart besluit van het gerecht. Deze modaliteit is alleen mogelijk bij de alleensprekende rechter of het (kleine[104]) *Schöffengericht* van het *Ambtsgericht*, in strafzaken waarin het bewijs duidelijk is en waarin slechts een beperkte straf zal worden opgelegd, al mag dat in deze variant ook een vrijheidsbenemende straf zijn tot één jaar. (Vanaf zes maanden is rechtsbijstand voor de verdachte verplicht). De aparte procedure tot opening van het *Hauptverhandlung* (het *Zwischenverfahren*) wordt overgeslagen, terwijl in deze procedure de resultaten van het voorbereidend onderzoek gemakkelijker kunnen worden ingebracht, zonder dat de bewijsopname ter zitting moet worden overgedaan: artikel 420 StPO. Deze laatste uitzondering op het onmiddellijkheidsbeginsel is ingevolge het derde

102. Meyer-Goßner/Schmitt, randnr. 1 bij artikel 376.
103. Zoals hiervoor gezegd moet de procedure van artikel 232 StPO daarin worden onderscheiden van de toepassing van de regels in artikel 276-295 StPO inzake *Verfahren gegen Abwesende*. De toepassing van laatstgenoemde regels kan niet tot berechting van de zaak leiden.
104. Niet bij het *erweiterten Schöffengericht* van artikel 29 II GVG.

lid van deze bepaling van de instemming van de verdachte en het openbaar ministerie afhankelijk. Dat voorschrift onderstreept de uitzondering van deze voorziening.

7.7.5 Absprachen/Verständigung[105]

Nog een stap verder weg van het grondmodel van berechting betreft de uiteindelijk in artikel 257c StPO opgenomen regeling van de *Absprache* of *Verständigung* in strafzaken.[106] De mogelijkheid bestaat voor alle rechtsgedingen en strafbare feiten. De inhoud is wat de naam zegt: de actoren, inclusief de rechter, komen met elkaar een bepaalde 'uitgang' in de strafzaak, in het bijzonder een bepaalde straf, overeen om een verdere procesvoering op al te veel tegenspraak te vermijden en de *Hauptverhandlung* te laten eindigen met het overeengekomen compromis. Het gaat inhoudelijk vooral om de 'rechtsgevolgen', met name om de straf. Het gerecht kan bijvoorbeeld voor de *Hauptverhandlung* het initiatief nemen dat alle betrokkenen zich erop verstaan wat de onder- en bovengrens van de straf zal zijn, of dat voorwaardelijke straf aan de orde is. Een *Verständigung* tot het toepassen van een maatregel als *Sicherungsverwahrung*, of dat van rechtsmiddelen zal worden afgezien, is niet mogelijk en ook de *Schuldpruch* is niet onderhandelbaar. Een bekentenis is noodzakelijk, maar niet genoeg: het gerecht blijft verantwoordelijk voor de volle waarheidsvinding naar artikel 244, tweede lid, StPO dat in artikel 257c, eerste lid, laatste volzin, StPO uitdrukkelijk van overeenkomstige toepassing wordt verklaard. Al kan men zich afvragen wat daarvan overblijft als een *Verständigung* binnen handbereik ligt. Maar in ieder geval moet de bekentenis de rechter wel geloofwaardig voorkomen. Alvorens de instemming van de verdachte aan te kunnen nemen moet het gerecht hem adequaat informeren over de gevolgen van zijn instemming met een *Verständigung*; artikel 257c, vijfde lid, StPO. Daarmee wordt, net als bij het *Strafbefehl*, in elk geval door de strafrechter bewaakt dat de verdachte niet de dupe wordt van te gemakkelijke, onrechtmatige toepassing van dergelijke modaliteiten. Het naleven van dergelijke procedurevoorschriften als die van adequate rechterlijke voorlichting van de verdachte, alsmede de inhoud en het resultaat van de bereikte *Verständigung*, worden in het proces-verbaal van de terechtzitting vastgelegd, mede omdat vormverzuimen tijdens de *Hauptverhandlung* in geval van *Revision* alleen over het proces-verbaal daarvan aanvechtbaar te maken zijn, aantoonbare vervalsing daargelaten (artikel 274 StPO).

105. Zie daarover als concept binnen het Duitse strafprocesrecht Meyer-Goßner/Schmitt, Inleiding, randnr. 119 e.v. en L.J.J. Peters, *Vonnisafspraken in strafzaken. Een rechtsvergelijkende studie naar een vorm van onderhandelingsjustitie in Italië, Duitsland en Frankrijk* (diss. Nijmegen), Nijmegen: WLP 2012, hfdst. 4.

106. Zoals hierboven gezegd kan de mogelijkheid van artikel 202a, artikel 212 en (voor het OM) artikel 160b StPO tot *Erörterung* van de stand van zaken aan procesdeelnemers worden gebruikt om een *Verständigung* te bevorderen. Daartoe is die modaliteit van *Erörterung* ook uitdrukkelijk bedoeld.

De modaliteit van de *Verständigung* is significant in haar afwijking van het basismodel van het Duitse strafprocesrecht, al heeft daartoe steeds wel ook de mogelijkheid behoord dat actoren zich over de inrichting en voortgang van het proces *verständigen*, maar dat is toch nog iets anders dan dit proces vervolgens ook te betrekken op het feit waarvoor, en de straf waartoe veroordeeld wordt. Na aanvankelijk slechts jurisprudentiële erkenning (op basis van bestaande mogelijkheden tot *Verständigung*; een in Duitsland eerder zeldzaam voorbeeld van pragmatisch gebruik van bestaande procesvoorschriften), heeft een en ander thans ook een wettelijke basis gevonden in artikel 257c StPO. Toch stuitte en stuit de *Verständigung* vanwege zijn karakter als *Fremdkörper* op stevige kritiek.[107] Het toelaten van de *Absprache* of *Verständigung* is in feite de meest verregaande vorm van erkenning dat het klassieke model van het strafproces alleen reeds om praktische redenen niet altijd vol te houden is; '*Die überlastete deutsche Strafjustiz wäre ohne die Absprachepraxis oftmals auch nur schwer in der Lage gewesen, die Vielzahl von Großverfahren, besonders von Wirtschaftsstrafverfahren, zu erledigen*'.[108] Daarin ligt waarschijnlijk ook de grond waarom het *Bundesgerichtshof* en het *Bundesverfassungsgericht* de modaliteit van artikel 257c StPO wel accepteerden, mede omdat de *Verständigung* in het voordeel van de verdachte kan werken die met zijn medewerking invloed heeft op de maximale straftoemeting. De modaliteit is ook bij grote zaken (feitelijk ingewikkeld dan wel naar feit ernstig) niet uitgesloten, maar wordt vooral bij economische strafzaken toegepast.

Niemand wil meer bepleiten dat deze modaliteit weer zou moeten worden afgeschaft. Het gaat erom haar binnen acceptabele grenzen van regeling en toepassing te houden. Een van de aspecten is de voor Nederland wellicht niet voorhand evidente betrokkenheid van de rechter. Naar de Duitse benadering is diens betrokkenheid nog (enige) garantie dat fundamentele noties van strafproces(recht) niet helemaal verloren gaan, dat de verdachte met zijn deal geen voordelen verkrijgt die hij anders ook niet zou hebben verkregen (zoals een onevenredig lage straf) en dat er naast de vereiste bekentenis van de verdachte ook voldoende ander bewijs is om niet te zeer aan de juistheid van de feiten te twijfelen, en dat de *Verständigung* ook overigens blijft binnen de wettelijke grenzen van artikel 257c StPO, hoe vaag die ook zijn. De modaliteit is toegelaten in 'daarvoor geëigende gevallen' waarmee vooral bedoeld is: gevallen waarin de actoren tot een *Verständigung* genegen en bereid blijken. De rechterlijke betrokkenheid blijkt, afgezien van de genoemde plicht uit artikel 257c, vijfde lid, StPO de verdachte voor te lichten, uit het feit dat

107. Meyer-Goßner/Schmitt, randnr. 3 bij artikel 257c StPO en Inleiding, randnr. 119 e.v. L. Greco betoogt in 'Fortgeleiteter Schmerz – Überlegungen zum Verhälnis von Prozessabsprache, Wahrheitsermittlung und Prozessstruktur', *Goltdammer's Archiv für Strafrecht* 2016, p. 1-15 dat het asystematische van de *Absprache* en andere voorzieningen om de *Hauptverhandlung* te ontgaan alleen maar kan worden weggenomen door een grondige heroriëntatie op de wenselijkheid van die nadruk op de terechtzitting.
108. Meyer-Goßner/Schmitt, Inleiding randnr. 119a.

het initiatief voor een *Verständigung* van de rechter uit moet gaan (van een meervoudige kamer moet twee derde instemmen; artikel 263 StPO), maar het gerecht kan uiteraard om een initiatief worden verzocht. Het gerecht dat het initiatief nam, kan overigens na een *Absprache* ook het initiatief nemen voor de verklaring dat het daaraan niet (meer) gebonden is omdat rechtens of feitelijk nieuwe omstandigheden bekend zijn geworden die het gerecht tot de overtuiging brengen dat de in het vooruitzicht gestelde straf(maat) niet langer in voldoende evenredigheid met de ernst van het feit of de schuld van de verdachte staan. De *Nebenkläger* hoeft niet met het afdoen van de strafzaak op deze wijze noch met de inhoud van de *Verständigung* in te stemmen. Maar hij heeft wel het recht zich over een door het gerecht voorgelegd concept van een *Verständigung* uit te laten als hij ter zitting aanwezig is. Interessant is nog dat artikel 257c StPO toelaat dat als de verdachte in zijn proceshouding niet aan de prognose voldoet waar het gerecht, gegeven de *Verständigung*, van uit mocht gaan (bijvoorbeeld dat hij geen verdere *Beweisanträge* zou stellen), ook dat reden kan zijn waarom het gerecht alsnog kan verklaren niet meer aan de overeenkomst gebonden te zijn, een onderdeel dat, gegeven het karakter van het Duitse strafprocesrecht, in de literatuur stevig becommentarieerd wordt.[109] De rechtsmiddelrechter is er sowieso niet aan gebonden; met hem is immers geen *Absprache* gemaakt. Tegelijk: omdat voor een *Verständigung* een bekentenis van de verdachte nodig is en hij deze kan hebben afgelegd teneinde een *Verständigung* te bereiken, mag zijn bekentenis na een eventueel verval van de *Verständigung* niet meer voor het bewijs worden gebruikt: artikel 257c, vierde lid, derde volzin StPO.

7.7.6 Strafbefehl

De modaliteit van het in artikel 407 tot en met 412 StPO geregelde *Strafbefehl* is er vooral op gericht om gevallen van lichte, veel voorkomende criminaliteit buiten de (verdere) *Hauptverhandlung* om, af te doen. Een *Strafbefehl* is alleen in de lichte categorie van '*Vergehen*' toegelaten. Een *Strafbefehl* staat gelijk aan een veroordelend vonnis van de zittingsrechter: artikel 410, derde lid, StPO. Hoewel de modaliteit van het *Strafbefehl* elementen bevat uit de regeling van de strafbeschikking in het Nederlandse WvSv, verschilt de grondslag van het *Strafbefehl* daarvan wezenlijk. Anders dan in Nederland wordt het *Strafbefehl* gegeven door een rechter en wel (telkens) door de (enkelvoudige) *Strafrichter* uit het *Amtsgericht* (artikel 25 GVG). Het *Strafbefehl* wordt (namelijk) afgeleid van de exclusieve rechterlijke taak en bevoegdheid van veroordeling en niet van een OM-taak tot vervolging. Het *Strafbefehl* wordt gezien als een '*aufschiebend bedingte Verurteilung*', een vooralsnog voorwaardelijke veroordeling leunend op de instemming van de verdachte met deze wijze van afdoening.[110] De wet definieert het *Strafbefehl* als een rechterlijke moge-

109. Meyer-Goßner/Schmitt, randnr. 14-15 bij artikel 257c.
110. Meyer-Goßner/Schmitt, randnr. 2 voor artikel 407 StPO.

lijkheid om de gevolgen van een strafbaar feit (de sanctie) vast te stellen, zij het zonder *Hauptverhandlung*.

De rechter hoeft niet van de schuld van de verdachte overtuigd te zijn; volgens artikel 408, tweede lid, StPO is de *hinreichender Tatverdacht* voldoende. Daarbij moet echter worden bedacht dat het uitvaardigen van een *Strafbefehl* veronderstelt dat het na een eventuele *Hauptverhandlung* alsnog tot een veroordeling zal komen en dan is alsnog een rechterlijke overtuiging nodig. Het *Strafbefehl* is daarmee in het bijzonder geschikt ingeval de verdachte bekent en het bewijs ook overigens door de rechter voldoende wordt geacht, dat wil zeggen: na een eventuele *Hauptverhandlung* de rechter van de schuld van de verdachte overtuigd zou zijn. De enkele bekentenis lijkt het *Bundesverfassungsgericht* ook niet genoeg te vinden. In zoverre heeft de bewijsnorm van artikel 408, tweede lid, StPO meer inhoud dan de tekst wellicht suggereert. Mede daarom bestaat in de literatuur een brede stroom die meent dat *hinreichender Tatverdacht* niet voldoende is, maar dat de eis van rechterlijke overtuiging heeft te gelden.[111] Ontbreekt zelfs de *hinreichender Tatverdacht*, dan wijst de rechter het uitvaardigen van een *Strafbefehl* af. Het voor het uitvaardigen van een *Strafbefehl* horen van de verdachte is in het algemeen niet nodig: artikel 407, derde lid, StPO.

Wordt een *Strafbefehl* uitgevaardigd, dan moet dit inhoudelijk aan de (behoorlijk uitvoerige) eisen van artikel 409 StPO voldoen. Ten aanzien van het bewijs kan worden volstaan met een aanduiding van de bewijsmiddelen, maar die aanduiding moet wel zodanig zijn dat het voor de verdachte mogelijk is te beoordelen '*ob die Tat beweisbar oder ein Einspruch aussichtsreich ist*'.[112] Het *Strafbefehl* is naar zijn opzet eerder vergelijkbaar het de Nederlandse ad informandumafdoening dan met de OM-strafbeschikking. Het onderliggende legitimerende principe is immers dat van een uiteindelijk (exclusief) rechterlijke, vereenvoudigde afdoening, die wel de instemming van de verdachte (afstand van recht) en van het openbaar ministerie (is het verantwoord deze procedure te kiezen?[113]) afhankelijk is.

Door de rechterlijke betrokkenheid behoort ook, sedert het *Rechtspflegeentlastungsgesetz* uit 1993 (toen al!), het opleggen van vrijheidsstraf tot een jaar tot de mogelijkheden (artikel 407, tweede lid, StPO), zij het dat deze alleen voorwaardelijk kan worden opgelegd en de verdachte van rechtsbijstand moet zijn voorzien, die desnoods aan hem wordt toegevoegd (artikel 408b StPO). Voor wat betreft de straf

111. Vgl. Maur, in: *Karlsruher Kommentar zur Strafprozesordnung*, 7de druk, 2013, randnr. 15 bij artikel 408.
112. Meyer-Goßner/Schmitt, randnr. 6 bij artikel 409 StPO. Dat is bij het met instemming van de verdachte te verlenen Strafbefehl meer dan in Nederland voor het verkort vonnis wordt verlangd.
113. Vgl. Meyer-Goßner/Schmitt, randnr. 1 voor artikel 407 StPO: '*Die – der gegenseitige Kontrolle dienende* (…) *– erforderliche Übereinstimmung von StA und Gericht ist ein unverzichtbarer Bestandteil des Strafbefehlsverfahren*'.

kan de rechter niet van de *Antrag* van het openbaar ministerie afwijken. Wil hij een andere straf, dan is overleg met het openbaar ministerie aangewezen. Dat kan een nieuw voorstel doen dat overeenkomt met het strafoordeel van de rechter, dan wel zulks weigeren in welk geval de rechter de *Antrag* op een *Strafbefehl* afwijst en de zaak naar de *Hauptverhandlung* verwijst.[114] Blijkt de rechter niet van bezwaren, dan wordt de Antrag op een Strafbefehl toegewezen. In zoverre gaat artikel 408, derde lid, StPO van een 'ja, tenzij, …' uit.

De rechterlijke betrokkenheid maakt het ook mogelijk dat het openbaar ministerie na een reeds geopende *Hauptverhandlung* een *Antrag* op afdoening bij *Strafbefehl* kan stellen; de zittingsrechter heeft daarin mee te gaan als aan de voorwaarden voor een *Strafbefehl* voldaan is (artikel 408a StPO). Tegen een niet vindbare, niet voldoende met woon- of verblijfplaats bekende, afwezige verdachte wordt geen *Strafbefehl* uitgevaardigd. Niet alleen om praktische redenen (het *Strafbefehl* is dan niet te betekenen), maar ook om de in het bovenstaande reeds geschetste, meer principiële reden: het Duitse strafprocesrecht gaat ervan uit dat berechting in principe niet wenselijk is (want tot inhoudelijk niet juiste beslissingen kan leiden), ingeval de rechter de verdachte niet zelf gezien en gehoord heeft, of – bij het *Strafbefehl* – daartoe desgewenst de mogelijkheid heeft. Ook overigens kan aan de strafrechter van bezwaren blijken tegen (afdoening door) het *Strafbefehl*: artikel 408, derde lid, StPO. Dan wijst hij de *Antrag* van het openbaar ministerie af en verwijst hij de zaak voor behandeling naar de *Hauptverhandlung*. Zo bijvoorbeeld als de rechter niet wil oordelen zonder de verdachte in persoon gezien te hebben of ingeval hij twijfelt over diens toerekenbaarheid, hem de zaak om andere redenen voor behandeling in de *Hauptverhandlung* beter geschikt lijkt, omdat de (al dan niet op grond van door deze laatste zelf naar voren gebrachte) belangen van de *Nebenkläger* naar zijn oordeel aan afdoening door *Strafbefehl* in de weg staan, enzovoort.

Door *Einspruch* van de *Beschuldigte* (die ook tot bepaalde onderdelen van het *Strafbefehl* beperkt kan worden), te doen binnen twee weken na de betekening van het *Strafbefehl*, wordt de zaak alsnog op de *Hauptverhandlung* behandeld. De verdachte kan zich ter zitting door een raadsman laat vertegenwoordigen. Het uitgangspunt van de onmiddellijkheid ten aanzien van de bewijslevering kan buiten werking worden gesteld, zij het alleen met toestemming van de verdachte en het openbaar ministerie. Daardoor is afdoening op de schriftelijke stukken mogelijk, ook als deze stukken verklaringen inhouden; deze hoeven niet ter zitting te worden herhaald: artikel 411, tweede lid, jo. artikel 420 StPO. Net als bij de hierna nog te bespreken *Berufung* geldt voor de *Einspruch* dat een niet-verontschuldigbare afwezigheid van de verdachte of zijn vertegenwoordiger bij de alsnog ingerichte *Hauptverhandlung* tot (verplichte) verwerping van de *Einspruch* leidt (artikel 412 jo. 329 StPO), zij het

114. Meyer-Goßner/Schmitt, randnr. 13 bij 408 StPO.

dat tegen dat oordeel voor de verdachte na betekening van het oordeel de mogelijkheid bestaat een 'herstel in de vorige toestand' (*Wiedereinsetzung in den vorigen Stand*; zie hierna onder 8.4) te vragen als hij meent dat zijn afwezigheid wel verontschuldigbaar was.

De *Einspruch* tegen het *Strafbefehl* geldt niet als rechtsmiddel, maar als *Rechtsbehelf*, te weten tegen het geschetste, door het ontbreken van een behandeling van de zaak in de volle *Hauptverhandlung*, voorwaardelijk karakter van het *Strafbefehl*. Het strekt er (dus) toe alsnog een *Hauptverhandlung* (in eerste aanleg) te doen plaatsvinden. In de door *Einspruch* alsnog doorgevoerde *Hauptverhandlung* staan de feiten en de straf, niet het *Strafbefehl* als zodanig, centraal. De uitkomst is dan ook vrijspraak of strafoplegging en niet bevestiging of vernietiging van het *Strafbefehl*. De zittingsrechter is niet aan het *Strafbefehl* gebonden. Door dit karakter geldt een van de hoofdregels bij rechtsmiddelen, te weten het verbod van *reformatio in peius* (*Verschlechterungsverbot*) niet bij de *Einspruch*.[115] Er kan ook een zwaardere straf worden opgelegd. Mede daarom kan de *Einspruch* tot aan de uitspraak (*Verkündigung des Urteils*) worden ingetrokken, zij het na de opening van de *Hauptverhandlung* alleen met toestemming van het openbaar ministerie: artikel 411, derde lid, deels in verbinding met artikel 303 StPO.

Vanwege het karakter van door een rechter (zij het niet in een 'volle' procedure van bewijs en waarheidsvinding) vastgestelde feiten en omstandigheden, maakt artikel 373a StPO in aanvulling op artikel 362 StPO (*Urteil*), de herziening ook mogelijk van een onherroepelijk *Strafbefehl*. De gronden voor de herziening zijn daarbij gelijk aan die voor de herziening van een rechterlijk oordeel. Ten nadele van de verdachte komt een onherroepelijk *Strafbefehl* op grond van artikel 373a, eerste lid, StPO bovendien voor herziening in aanmerking als uit nieuwe omstandigheden achteraf komt vast te staan dat sprake is geweest van een *Verbrechen* en niet (slechts) van een *Vergehen*, waardoor alsnog blijkt dat een *Strafbefehl* helemaal niet mogelijk was geweest.

'Zelfs' in zijn positie als *Nebenkläger* kan de benadeelde c.q. het slachtoffer zich niet verzetten tegen de rechterlijke beslissing om de zaak op *Antrag* van het openbaar ministerie door een *Strafbefehl* af te doen. Een *Strafbefehl* is (immers) een rechterlijke afdoeningsmodaliteit, geen – zoals in Nederland – vervolgingsmodaliteit van het openbaar ministerie.[116] De enige optie voor de *Nebenkläger* die zich met een *Strafbefehl* als modaliteit (of met de inhoud daarvan) niet kan verenigen, is om zich tijdig

115. Meyer-Goßner/Schmitt, randnr. 11 bij artikel 411 StPO.
116. De mogelijkheden van artikel 400 StPO (*Beschwerde* tegen niet-openen van de *Hauptverhandlung*) en artikel 401 StPO (instellen van een gewoon rechtsmiddel tegen het oordeel voor zover zijn klacht betreffende) staan voor de *Nebenkläger* in geval van *Strafbefehl* niet open. *Einspruch* tegen het *Strafbefehl* (artikel 410 StPO) heeft hij niet.

tot de *Strafrichter* te wenden om deze van diens mogelijke *Bedenklichkeit* tegen het uitvaardigen van het *Strafbefehl* (artikel 408, derde lid, eerste volzin, StPO) te overtuigen, gelet op de belangen van hem, *Nebenkläger*, bij een behandeling van de strafzaak op de (openbare) terechtzitting in een *Hauptverhandlung*.

8 Rechtsmiddelen en enkele aanverwante voorzieningen[117]

Het Duitse stelsel van rechtsmiddelen is gebaseerd op een wat andere indeling en benadering dan het Nederlandse recht terwijl ook de inhoud van de rechtsmiddelen verschilt.

8.1 Berufung en Revision

Vanwege de bewust beoogde, snellere procedure voor het *Amtsgericht* staat tegen oordelen van strafrechters uit deze instantie (de enkelvoudige *Strafrichter* of de meervoudige kamer van *Schöffengericht*) een vol, feitelijk beroep open (*Berufung*) bij (de kleine strafkamer van) het *Landgericht. Berufung* leidt tot een nieuwe behandeling van de zaak op basis van de aanvankelijke aanklacht, zoals die uit het *Zwischenverfahren* naar voren is gekomen en ook grondslag was voor berechting in eerste aanleg. Met de aard van dit rechtsmiddel is de voorwaarde verbonden dat de verdachte bij de terechtzitting op de *Berufung* aanwezig is, dan wel zich, in de gevallen waarin de wet dat toelaat, laat vertegenwoordigen. Is de verdachte in deze zin niet-verontschuldigbaar afwezig, dan wordt de *Berufung* deswege (verplicht) verworpen (artikel 329 StPO), zij het dat de verdachte met het verzoek om een *Wiedereinsetzung in den vorigen Stand* (zie hierna onder 8.4) kan opkomen tegen de beslissing dat hij niet-verontschuldigbaar ter zitting afwezig was. In bagatelzaken staat *Berufung* alleen open als het rechtsmiddel door het gerecht toegelaten (*angenommen*) wordt. Dat gebeurt alleen als de *Berufung* niet kennelijk ongegrond is (*nicht offensichtlich unbegründet*: artikel 313, tweede lid, StPO).

Voor de zwaardere misdrijven die in eerste aanleg zijn berecht door het *Landgericht*, of bij wijze van uitzondering door het *Oberlandesgericht*, staat geen hoger beroep open op een met inhoud van een met *Berufung* overeenkomende, tweede feitelijke instantie. Dan is *Revision* aangewezen, een rechtsmiddel dat ook in zaken met *Berufung* daarna of in plaats daarvan (*Sprungrevision*) ingesteld kan worden. In de eerste categorie van gevallen wordt de zaak in Revision behandeld door het

117. Aan het rechtsmiddelenrecht is in dit boek nog een afzonderlijke bijdrage gewijd. Zie voor een studie waarin ter zake van rechtsmiddelen het Duitse recht op het niveau van uitgangspunten en beginselen als spiegel aan de Nederlandse wetgever wordt voorgehouden de (Nederlandstalige) bijdrage van H.-J. Scholten, (toenmalig) rechter in het Oberlandesgericht Düsseldorf: 'Kernvragen rond de gewone rechtsmiddelen in het kader van Strafvordering 2001', *Delikt en Delinkwent* 32 (2002), afl. 3, p. 261-282.

Bundesgerichtshof, in de tweede categorie van zaken door het *Oberlandesgericht*. Dit stelsel impliceert daarmee dat tegen de beslissing in kleine zaken niet alleen een verdergaand rechtsmiddel (tweede feitelijke behandeling) maar ook één rechtsmiddel meer open staat dan tegen de beslissingen van de gerechten in eerste aanleg in zwaardere zaken, waartegen slechts *Revision* toegelaten is.[118]

Hoewel *Revision* geen tweede feitelijke instantie is, moet men zich op de reikwijdte ervan niet verkijken. In *Revision* kan worden geoordeeld over de verkeerde uitleg en toepassing van het materiële recht. Wel zo belangrijk is dat ook kan worden geklaagd over de verkeerde toepassing van het strafprocesrecht, inclusief vormvoorschriften. Een vormverzuim leidt snel tot nietigheid van het aangevochten oordeel omdat het Duitse recht, meer dan het Nederlandse, vormvoorschriften voor de zittingsrechter bevat, gericht op inhoudelijk juiste ('richtige') oordeelsvorming. Steeds beoordeelt de revisionsrechter of de bewijsbeslissing (in het bijzonder die van bewezenverklaring) en de straf, uit hetgeen blijkens het vonnis is vastgelegd aan feiten en de conclusies die het gerecht daaruit heeft getrokken, begrijpelijk zijn en of het gerecht aan alle ter zake doende vragen voldoende aandacht heeft besteed. Daarmee heeft de revisionsrechter, ook op grond van zijn eigen jurisprudentie, een inhoudelijkere greep op de beoordeling van de beslissing van de rechter in eerste aanleg dan het lijkt. Uit de jurisprudentie blijkt dat de *Revision* ook de begrijpelijkheid van de bewijsbeslissing uit het vastgestelde bewijs omvat. Hiervoor is belicht dat op dit punt in Duitsland bepaald niet het Nederlandse uitgangspunt geldt van 'selectie en waardering is aan de feitenrechter en behoeft – behoudens uitzonderingen – geen motivering', maar dat van de strafrechter in eerste aanleg juist verantwoording van zijn bewijsredenering wordt verlangd. Zo ook van de straftoemeting; de rechter in eerste aanleg is tot het uitdrukkelijk in acht nemen van uitgangspunten en voorschriften voor het tot stand komen van zijn oordeel over de straf, die deels in het StGB zijn geëxpliciteerd, gehouden. In *Revision* kan worden beoordeeld of het vonnis op dit punt aan de voorschriften voldoet en als dat zo is, of de opgelegde straf in redelijkheid uit de overwegingen van de rechter in eerste aanleg kan worden afgeleid.[119] Ter toets staat het aangevochten oordeel, niet de oorspronkelijke aanklacht. Ook de vaststelling van feiten en omstandigheden die blijkens het vonnis (kennelijk) voor de sanctie relevant zijn, kan worden getoetst. Een oordeel wordt vernietigd als aangenomen kan worden dat een fout de inhoud van het oordeel beïnvloed heeft of kan hebben. Daarnaast somt artikel 338 StPO een aantal absolute nietigheden op in welk geval het oordeel van het gerecht in eerste aanleg altijd vernietigd moet worden. Dat betreft betrekkelijk formele gronden (waaronder die van het geheel ontbreken van een motivering), maar ook '*wenn die Verteidigung in einem für die Entscheidung wesentlichen Punkt*

118. Roxin in Beck's Texte StPO, 54. druk 2018, p. XIV.
119. Meyer-Goßner/Schmitt, randnr. 34 bij 337.

durch einen Beschluss des Gerichts unzulässig beschränkt worden ist'. Dat betreft een algemene 'restgrond' ten opzichte van meer bijzondere procesvoorschriften ter bescherming van de verdediging. Aangezien sprake moet zijn van een *wesentlichen Punkt* eist de jurisprudentie dat het moet gaan om een vormverzuim waarop de beslissing berust of kan berusten. In zoverre is van een absolute revisionsgrond dan weer geen sprake. Deze opvatting vindt steun in de literatuur.[120]

Voor *Revision* is noodzakelijk dat de grieven tegen het vonnis in eerste aanleg uitdrukkelijk en precies worden aangevoerd, al worden zgn. *Verfahrenshindernisse* (onbevoegdheid van het gerecht, vervolgingsuitsluitingsgronden, processueel onvermogen terecht te staan, enz.) ambtshalve toegepast. De eisen verschillen hier al naar gelang het gaat om procesvoorschriften of schending van materieel strafrecht. Voor wat betreft deze laatste schendingen voldoet de mededeling '*Ich rüge die Verletzung materiellen Rechts*', hoewel een verdere precisering geen kwaad kan. De termijn waarbinnen grieven moeten worden aangevoerd bedraagt een maand na het verstrijken van de termijn waarbinnen het rechtsmiddel kan worden ingesteld, of, als dat later is, het moment waarop het schriftelijk vonnis is betekend. Het schriftelijke vonnis van het gerecht in eerste aanleg kan daarbij vijf, en eventueel meer weken op zich laten wachten ingeval het onderzoek op de terechtzitting meer dan drie dagen geduurd heeft. Het gaat dan om de schriftelijke motivering van het reeds eerder mondeling uitgesproken vonnis. Daarnaast bestaat aanspraak op kennisneming van het proces-verbaal van de terechtzitting zodra dat gereed is, hetgeen eerder is dan de betekening van de schriftelijke motivering van het eerder mondeling uitgesproken vonnis.

Het *Revisionsgericht* kan zonder onderzoek ter terechtzitting en ongemotiveerd het beroep afwijzen als degene die het rechtsmiddel instelt daarin niet-ontvankelijk is of het beroep evident ongegrond of juist gegrond wordt geacht: artikel 349 StPO. Dat heeft trekken van het Nederlandse artikel 80a en 81 RO, mede omdat in de praktijk de verwerping vanwege '*offensichtlich unbegründet*' (artikel 349, tweede lid, StPO) vaak voorkomt. Bij de laatste twee gronden is eenparigheid van stemmen nodig en bij het 'kennelijk ongegrond' ook een vordering van het openbaar ministerie daartoe.

In het Duitse rechtsmiddelrecht van *Berufung* en *Revision* bestaat het *Verschlechterungsverbot* (artikel 331 en artikel 358, tweede lid, StPO): als het rechtsmiddel alleen ten gunste van de verdachte is ingesteld (dat kan ook gelden voor een door het openbaar ministerie ingesteld rechtsmiddel), kan het oordeel niet in zijn nadeel veranderd of verzwaard worden. '*Der Sinn dieser Regelung liegt darin, daß niemand*

120. Zie naast Meyer-Goßner/Schmitt, randnr. 58 bij artikel 338 bijvoorbeeld ook Gericke in *Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung*, 7de druk, 2013, randnr. 101 bij artikel 338.

durch die Furcht, in der oberen Instanz noch härter bestraft zu werden, von der Einlegung eines Rechtsmittels abgehalten werden soll.'[121] Men houdt in Duitsland niet zo van 'appelleren is riskeren'.[122]

8.2 Wiederaufnahme

Traditioneel bestaat in het Duitse strafprocesrecht niet alleen de herziening (*Wiederaufnahme eines durch rechtskräftigen Urteil abgeschlossenen Verfahrens*) ten voordele van de veroordeelde, maar ook (binnen de verjaringstermijn) ten nadele van de vrijgesprokene. De herziening is niet in het Derde Boek over rechtsmiddelen, maar apart in een Vierde Boek geregeld. Het gaat (immers) – zoals de Duitse benaming al zegt – meer om de regeling van de voorwaarden waaronder het *Verfahren*, de strafvervolging (en daarbinnen het onderzoek van de zaak), na een eerder onherroepelijk oordeel van een rechter, op gronden van algemeen belang *wieder* kan worden *aufgenommen* (opgepakt). Voor de modaliteit van de herziening ten nadele is relevant dat een nieuw bewijsmiddel geen grond voor herziening ten nadele oplevert, ook DNA-bewijs niet. Er is, naast vastgestelde valsheden, maar één nieuw bewijsmiddel toegelaten: een alsnog door de vrijgesprokene voor een gerecht afgelegde, dan wel daarbuiten afgelegde geloofwaardige bekentenis van het strafbare feit: artikel 362 onder 4 StPO. De gedachte daarachter is dat de vrijgesprokene in dat geval zelf als het ware opnieuw de rechtsvrede verstoort en de strafvorderlijke overheid dus kan en mag overgaan tot alsnog toepassen van het materiële strafrecht. Voor alle andere bewijsmiddelen geeft de wetgever er de voorkeur aan om op basis daarvan geen herziening ten nadele mogelijk te maken. Zoals bij de bespreking van het *Strafbefehl* is opgemerkt, komt ook dat onder omstandigheden voor herziening in aanmerking.

8.3 Beschwerde

Enige aparte aandacht verdient de hiervoor in een aantal onderdelen al genoemde mogelijkheid van *Beschwerde*. Ook de *Beschwerde* is als rechtsmiddel in (het betreffende) Boek 3 StPO opgenomen, ook al is het een rechtsmiddel van een wat bijzonder karakter. Met *Beschwerde* kan worden opgekomen tegen beslissingen of getroffen voorzieningen van een rechter of gerecht of van de voorzitter daarvan gedurende enige behandeling.[123] Als uitgangspunt formuleert artikel 304 StPO dat tegen elke beslissing van een rechter (gerecht, voorzitter van een gerecht, *Ermitt-*

121. Roxin in Beck's Texte StPO, Inleiding, p. XIV.
122. Voor alle zekerheid: artikel 301 StPO bepaalt dat op elk rechtsmiddel ingesteld door het openbaar ministerie ook ten gunste van de verdachte besloten kan worden.
123. Onder omstandigheden kan ook tegen het uitblijven van een beslissing worden opgekomen. Bijvoorbeeld tegen het uitblijven van een beslissing op een *Antrag* om de *Hauptverhandlung* te openen.

lungsrichter) *Beschwerde* bij een andere, hogere rechter openstaat.[124] Anders dan in Nederland staat dus, zo zou men kunnen zeggen, tegen rechterlijke beschikkingen en uitspraken in beginsel steeds het rechtsmiddel van *Beschwerde* open. Voor Nederland is dat voor beschikkingen juist in beginsel niet het geval (artikel 445 Sv).[125]

De wet onderscheidt de *einfache Beschwerde* en de *sofortige Beschwerde* (artikel 311 StPO). Bij deze laatste vorm moet de *Beschwerde* binnen een week na de bekendmaking zijn ingediend. De wet onderscheidt niet naar verdachte of openbaar ministerie; beide kunnen *Beschwerde einlegen*. Noodzakelijk is dat degene die bezwaar maakt in zijn rechten of vrijheden geraakt is. Daartoe behoren niet alleen de verdachte en de *Staatsanwalt*; ook getuigen, deskundigen en anderen kunnen getroffen worden door een beslissing waarbij zij als belanghebbende kunnen gelden. Ook voor hen staat dan *Beschwerde* open: artikel 304, tweede lid, StPO.

Het *einfache Beschwerde* heeft geen opschortende werking, het *sofortige Beschwerde* wel, als de wet aan het instellen ervan die werking toekent. Een voorbeeld daarvan is te vinden in artikel 81, vierde lid, StPO: *sofortige Beschwerde* tegen de beslissing van het gerecht om de verdachte ter klinische observatie te doen opnemen. Bij beide vormen van *Beschwerde* geldt dat zowel de rechter wiens beslissing aangevochten wordt als het *Beschwerdegericht*, de (verdere) tenuitvoerlegging van de ter discussie gestelde beslissing kunnen opschorten (artikel 307, tweede lid, StPO). Aangezien de *Beschwerde* alleen tegen *Beschlüsse* toegelaten is (en niet tegen *Urteile* (einduitspraken)), geldt het verbod van reformatio in peius van artikel 331 StPO ingeval een rechtsmiddel tegen een *Urteil* aan de orde is (*Berufung* en/of *Revision*) bij de *Beschwerde* niet, al bestaan hierop uitzonderingen – zo neemt de literatuur aan – als het gaat om beslissingen die de rechtsgevolgen van een aangevochten besluit onherroepelijk vaststellen.[126]

In zoverre de regeling van artikel 304 StPO een algemene reikwijdte suggereert, moet erop worden gewezen dat de StPO voor evenzovele bijzondere gevallen en situaties de mogelijkheid van *Beschwerde* weer uitsluit, zij het in opsomming van concrete gevallen van uitzondering en niet bij algemene regel. De uitzonderingen staan in artikel 304 StPO en voorts verspreid in – met name – de StPO. Voor de fase

124. Een interessant voorbeeld is dat de inrichting van bijzondere voorwaarden bij voorwaardelijke veroordeling door het strafopleggende gerecht apart bij *Beschluss* wordt vastgesteld, zodat de veroordeelde er separaat door *Beschwerde* tegen kan opkomen, met name als een opgelegde voorwaarde (*Anordnung*) hem als wettelijk niet toegelaten (*gesetzwidrig*) voor komt: artikel 305a jo. 268a lid 1 StPO jo. artikel 56a e.v. StGB.
125. Het concentratiebeginsel ingevolge hetwelk tegen uitspraken van de zittingsrechter alleen gelijktijdig met het rechtsmiddel tegen de einduitspraak kan worden opgekomen geldt in Duitsland wel.
126. Meyer-Goßner/Schmitt, randnr. 5 voor artikel 304 StPO.

van de *Hauptverhandlung* is van belang dat artikel 305 StPO een onderscheid maakt. Vanaf en tegen de beslissing tot opening van de *Hauptverhandlung* en de eventueel daarbij genomen nadere beslissingen is tegen beslissingen van de voorzitter of het gerecht welke op de eindoordeelsvorming vooruitlopen (en het onderzoek dienaangaande betreffen), geen *Beschwerde* toegelaten omdat anders de voortgang van het onderzoek ter terechtzitting te veel zou worden bedreigd. (Het bezwaar kan dan wel aan de orde komen in het rechtsmiddel tegen de einduitspraak). Daarom kan geen *Beschwerde* worden ingesteld tegen de afwijzing van een *Beweisantrag* vanaf (het besluit tot) de opening van de *Hauptverhandlung*. Ingevolge het tweede deel van artikel 305, eerste lid, StPO is tegen een aantal andere, betrekkelijk belangrijke beslissingen die een grondrechtsinbreuk impliceren, *Beschwerde* wel toegelaten. Het gaat dan o.a. om beslissingen over vrijheidsbeneming en andere *Ordnungs- oder Zwangsmitteln* ten behoeve van de procedure en beslag, terwijl *Beschwerde* voorts mogelijk is tegen de beslissing tot ontzegging van de rijbevoegdheid c.q. tot een beroepsverbod, door de rechter als voorlopige beslissing gegeven. Ook is *Beschwerde* zoals gezegd mogelijk tegen alle beslissingen waardoor andere personen dan de verdachte of de *Staatsanwalt* getroffen worden omdat voor hen geen rechtsmiddel openstaat.

Tot een echte behandeling door het *Beschwerdegericht* hoeft het niet te komen. De *Beschwerde* wordt ingediend bij het gerecht dat de beslissing heeft genomen. Op grond van artikel 306, tweede lid, StPO kan het betreffende gerecht, als het meent dat de (*einfache*) *Beschwerde* gegrond is,[127] erin voorzien. Van die mogelijkheid wordt bijvoorbeeld gebruik gemaakt als de klacht betrekking heeft op een niet horen van een van de procesdeelnemers.[128] In het andere geval wordt de zaak verwezen naar het *Beschwerdegericht* dat, bij gegrondbevinding, zelf in de zaak voorziet c.q. de nodige aanwijzingen geeft: artikel 309 StPO. Het *Beschwerdegericht* kan, maar hoeft ter behandeling van de *Beschwerde* geen zitting te houden; het kan de zaak schriftelijk afdoen. Wel mag niet ten nadele van een betrokken procesdeelnemer worden beslist zonder deze te horen. Ook het openbaar ministerie wordt in de regel gehoord.

8.4 Wiedereinsetzung in den vorigen Stand; Anhörungsrüge

Hoewel niet meteen een rechtsmiddel, is het toch aangewezen bij dit onderwerp kort een 'eigenaardigheid' van het Duitse strafprocesrecht te belichten. Het betreft de zgn. *Wiedereinsetzung in den vorigen Stand*, die ook elders in de StPO voor verge-

127. Bij de *sofortige Beschwerde* geldt de wat beperktere mogelijkheid van artikel 311 lid 3 StPO.
128. Meyer-Goßner/Schmitt, randnr. 7 bij artikel 306 StPO.

lijkbare situaties wel voorkomt.[129] Dat is een naar zijn aard niet-onsympathieke[130] voorziening van algemene strekking en van enig algemeen nut in de strafrechtspleging, wellicht ook voor de Nederlandse.[131] Op grond van artikel 33a StPO en van artikel 44 StPO zet een gerecht dat een bepaalde beslissing heeft genomen de procedure terug in de stand vóór die beslissing als zich daartoe bepaalde gronden voordoen. In artikel 33a StPO gaat het om de situatie dat het gerecht bij zijn beslissing het recht van enige belanghebbende om ter zake te worden gehoord op wezenlijke wijze heeft geschonden (*Anhörungsrüge*). Bij artikel 44 StPO gaat het om de situatie dat iemand buiten zijn schuld ('*ohne Verschulden*') niet in staat is gebleken een bepaalde termijn na te komen, door bijvoorbeeld tijdig een rechtsmiddel in te stellen. Dit voorbeeld is niet voor niets gekozen omdat 35a StPO steeds een *Rechtsmittelbelehrung* voorschrijft en artikel 44 StPO, daarbij aanknopend, voorschrijft dat een termijnoverschrijding uiteraard '*ohne Verschulden*' is als deze *Rechtsmittelbelehrung* ten onrechte achterwege is gebleven. Aan deze voorziening, die geen opschortende werking heeft,[132] kleven diverse haken en ogen die ook in de wettelijke regeling zijn terug te vinden. Nochtans betreft het een voorziening die van belang is omdat duidelijk wordt gemaakt dat aanspraak op daadwerkelijk herstel bestaat als aan wezenlijke rechten van betrokkenen in een procedure tekort is gedaan, waarbij zeker het al dan niet verontschuldigbaar termijnverzuim ook in de praktijk van de Nederlandse strafrechtspleging nogal eens een punt van discussie is.

9 De tenuitvoerlegging van straffen

De tenuitvoerlegging van een eventueel opgelegde sanctie begint in Duitsland (eerst) met het onherroepelijk worden van een veroordelend vonnis. Varianten van dadelijke tenuitvoerlegging van de strafrechtelijke sancties bij nog niet onherroepelijk geworden vonnis zijn in Duitsland niet toegelaten (artikel 449 StPO). (Voortvarende) tenuitvoerlegging is plicht, die zo vanzelfsprekend wordt geacht dat die plicht als zodanig niet in de StPO of elders is voorzien. Maar alleen reeds het feit dat artikel 456 StPO uitdrukkelijk machtigt tot uitstel van executie, illustreert de onderliggende plicht tot voortvarende tenuitvoerlegging.[133] Voor de inrichting van

129. Artikel 235, artikel 291, artikel 401 lid 2 en lid 3 StPO.
130. Al is het zo dat voor deze modaliteit de aparte regeling voor de kostenveroordeling uit artikel 473 lid 7 StPO geldt, met als uitgangspunt een consequente toepassing van het *Veranlassungsprinzip*. Volgens dit principe komen de kosten uiteraard voor rekening van degene die zich van deze modaliteit bedient, als zijn verzoek wordt afgewezen. Maar omdat de procedure moet worden gebruikt vanwege een eerder verzuim van de betrokkene, geldt dat als hoofdregel ook, als zijn verzoek wordt toegewezen: vgl. Gieg, in *Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung*, 7de druk, 2013, randnr. 16 bij artikel 473 StPO.
131. Het bepaalde in artikel 557 lid 3 sub 2, laatste deel, Sv heeft trekjes van de hier besproken modaliteit.
132. Daarom is van een rechtsmiddel geen sprake.
133. Meyer-Goßner/Schmitt, randnr. 2 bij artikel 449 StPO.

het recht betreffende de tenuitvoerlegging van strafrechtelijke sancties onderscheidt het Duitse recht de zgn. *Strafvollstreckung* van de *Strafvollzug*. De *Strafvollstreckung* heeft vooral betrekking op de externe kant van de tenuitvoerlegging: wanneer mag tenuitvoerlegging (nog niet) plaatsvinden?; waardoor wordt deze eventueel opgeschort?; kan levenslang worden omgezet?, enzovoort. In Duitsland is daarbij de verjaring van tenuitvoerlegging vanzelfsprekend. De *Strafvollstreckung* is dat deel betreffende de tenuitvoerlegging dat onder deze noemer in Boek 7 StPO geregeld is. De *Strafvollzug* betreft de inrichting van tenuitvoerlegging zelf, in het bijzonder van vrijheidsbenemde sancties. Het onderscheid tussen de *Strafvollstreckung* en de *Strafvollzug* is in Duitsland vooral van belang omdat laatstgenoemd onderwerp sinds enige jaren aan regeling door de zestien verschillende *Bundesländer* is overgelaten.

Zowel voor de *Strafvollstreckung* als voor de *Strafvollzug* bestaat in Duitsland een eenvormige tenuitvoerleggingsrechter. Anders dan in Nederland wordt de *Strafvollzug* niet in de eerste plaats als deel van het strafrecht (strafrechtelijk sanctierecht) gedefinieerd, maar als bijzonder deel van het bestuursrecht nu de inrichting van de tenuitvoerlegging van vrijheidsbenemende straf een aangelegenheid is waarover de administratie beslist (*Verwaltungsakt*). Daartegen dient steeds een rechtsgang naar een (bestuurlijke) rechter open te staan. Net als in Nederland (artikel 1:6 Awb) is daarvoor niet de gewone bestuursrechter als overkoepelende rechter voor alle bestuurszaken aangewezen, maar bestaat er een bijzonder penitentiair-rechtelijke (bestuurs)rechter: de *Strafvollstreckungskammer* bij het *Landesgericht*. Deze *Kammer* is voor wat betreft de *Strafvollstreckung* bevoegd de in artikel 462a en 463 StPO genoemde beslissingen te nemen. Tevens neemt deze rechter kennis van geschillen over de inrichting van de *Strafvollzug*, inclusief klachten van gedetineerden tegen de inrichting betreffende de (beperking in) de uitoefening van hun toekomende rechten (artikel 109 StVollzG).[134] Een intern-penitentiair-rechtelijk systeem vergelijkbaar met het Nederlandse systeem van beklag en beroep bestaat in Duitsland niet.[135]

10 De modernisering van het strafprocesrecht

10.1 Overzicht rechtsontwikkeling

De ontwikkeling en de modernisering van de StPO sedert de inwerkingtreding in 1877 verliep ook in Duitsland via de lijn van talloze meer of minder stelselmatige

134. Voor de *Strafvollzug* geldt de rechtsgang uit artikel 109 van het op dit punt nog steeds geldende centrale *Strafvollzugsgesetz* uit 1976.

135. Zie voor een beschrijving van de meer algemene punten van deze inrichting in de Nederlandse taal: P.A.M. Mevis, 'De inrichting van de tenuitvoerlegging van vrijheidsbenemende straffen in Duitsland en wat Nederland daarvan kan leren', *Sancties* 2018/2, p. 2-22.

of incidentele wijzigingen.[136] Een recente, wat bredere herziening betreft een wetswijziging uit 2017, gebaseerd op het rapport van een *Expertenkommission* uit 2015.

Bij de ontwikkeling van de StPO door wetgeving sedert 1877 gaat het om deels met Nederland vergelijkbare thema's en/of tendensen die in Duitsland soms anders en deels ook eerder tot wijziging van het strafprocesrecht aanleiding hebben gegeven. De (bekende) thema's betreffen in het bijzonder de regeling van (heimelijke) dwangmiddelen en DNA-onderzoek, versterking van de rechten van de verdachte en het slachtoffer, in recentere jaren ook ingegeven door rechtspraak van het EHRM ('raadsman bij het politieverhoor'-problematiek) en EU-richtlijnen. Per 1 januari 1975 trad een ingrijpende wijziging van de StPO in werking die mede samenhing met de toentertijd gerealiseerde herziening van het materiële strafrecht in het *Strafgesetzbuch* (StGB). Voorts is een bestendige ontwikkeling zichtbaar in het zoeken naar en regelen van verantwoorde modaliteiten van afdoening anders dan met een volledige behandeling van de zaak in de *Hauptverhandlung*. Zo werd in 1999 het bovenbesproken artikel 155a StPO ingevoerd inzake herstel en bemiddeling tussen dader en slachtoffer (*Täter-Opfer-Ausgleich*). Rechter en openbaar ministerie moeten in voorkomende gevallen '*darauf hinwirken*'. Sinds 2009 bevat de StPO een wettelijke regeling van de *Verständigung*: artikel 257c StPO. Eind 2017 traden maar liefst drie wetswijzigingen in werking betreffende de versterking van de procesrechten van de verdachte, de doorwerking van het beroepsverschoningsrecht naar derden en de genoemde bredere herziening die enige aparte aandacht verdient.

10.2 Expertenkommission en het Gesetz zur effektiveren und praxistauglicheren Ausgestaltung des Strafverfahrens

Op 24 augustus 2017 trad het het *Gesetz zur effektiveren und praxistauglicheren Ausgestaltung des Strafverfahrens* in werking.[137] Niet dat de inhoud nu het Duitse strafprocesrecht of wezenlijke onderdelen daarvan fundamenteel veranderde. Het is eerder een 'stofkamoperatie' waarin onderdelen van de StPO worden gewijzigd in de hoop daarmee toch bij te dragen aan de efficiëntie en voortvarendheid in de strafrechtelijke rechtshandhaving. De wet is eigenlijk net zo belangrijk in wat zij niet wijzigt. Aan deze wet ligt namelijk het rapport van de hierboven al aan de orde gekomen Commissie ten grondslag die de Duitse StPO breder moest bezien met het oog op het bevorderen van de efficiëntie. Het *Bericht der Expertenkommission zur effektiveren und praxistauglicheren Ausgestaltung des allgemeinen Strafverfahrens und*

136. Zie voor een even beknopt als adequaat overzicht van de elkaar opvolgende wetswijzigingen en aanduiding van het inhoud bij Roxin in Beck's Texte StPO, 54. druk, 2018, p. XVI-XXVIII.
137. *Bundesgesetzblatt* I 2017, nr. 58, p. 3202 e.v.

des jugendgerichtlichen Verfahrens uit 2015[138] bevat de nodige behartenswaardige overwegingen waarom onderdelen van het Duitse strafprocesrecht, juist in het kader van het bewaken en bevorderen van efficiëntie, niet gewijzigd moeten worden. Vanwege de betekenis voor Nederland van de algemene beschouwingen van de Commissie is het minder van belang dat slechts een beperkt deel van de voorstellen van de Commissie uiteindelijk is gerealiseerd.[139]
De instelling van de Commissie gaat terug op een opdracht uit het Duitse regeerakkoord van de toenmalige regering uit 2014:

> 'Wir wollen das allgemeine Strafverfahren und das Jugendstrafverfahren unter Wahrung rechtsstaatlicher Grundsätze effektiver und praxistauglicher ausgestalten. Dazu wird eine Expertenkommission bis zur Mitte dieser Wahlperiode Vorschläge erarbeiten.'

Deze politieke opdracht bevat reeds zowel het waardengeoriënteerde kader (*Wahrung rechtsstaatlicher Grundsätze*) als het einddoel: een effectie*ver* en praxistauglich*er* strafproces.

Het rapport bevat een algemene beschouwing waarin de Commissie uiteenzet door welke richtlijnen en uitgangspunten zij zich heeft laten leiden. Het tweede deel van het rapport bevat vijftig concrete aanbevelingen, die een voor een worden toegelicht. De Commissie was samengesteld uit in totaal 34 vertegenwoordigers van de ministeries van Binnenlandse Zaken en van Justitie, alsmede personen uit de strafrechtswetenschap en strafrechtspraktijk.[140] Per onderdeel heeft de Commissie gestemd, en de stemverhouding wordt per onderdeel in het rapport vermeld. Daarbij hebben de vertegenwoordigers van de beide ministeries zich nadrukkelijk steeds van stemming onthouden.

10.2.1 Grondslagen: effectiviteit binnen betere waarheidsvinding als doel van het strafprocesrecht

De Commissie heeft in het algemeen deel van het rapport haar eigen normatieve *Leitlinien* uiteen gezet die de moeite van het citeren waard zijn:

> 'Die Empfehlungen der Expertenkommission beruhen auf der Überzeugung, dass eine Effektivierung und Steigerung der Praxistauglichkeit des Verfahrens durch Beschleunigungen und

138. Het rapport is te raadplegen via de website van het Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz: www.bmjv.de/SharedDocs/Downloads/DE/PDF/Abschlussbericht_Reform_StPO_Kommission.html.
139. Per hierna te bespreken onderdeel wordt apart aangegeven of wetswijziging is gevolgd. Zie voor een overzicht A. Schiemann, 'Effektivere und praxistauglichere Ausgestattung des Strafverfahrens? Was von den groβen StPO-Reform übriggeblieben ist', *Kriminalpolitische Zeitschrift* (*KriPoZ*), 2017, p. 338-351.
140. Het rapport (p. 11-13) bevat de samenstelling van de Commissie.

> Verfahrensvereinfachungen stets unter Wahrung der Rechte aller Verfahrensbeteiligten erfolgen muss. Ziel des Strafverfahrens muss die bestmögliche Wahrheitsfindung sein.
> Leitlinien der Empfehlungen zur Effektivierung des Strafverfahrensrechts sind vor diesem Hintergrund die Optimierung des Wahrheitsfindungsprozesses mit Hilfe moderner Technik, die Förderung von Transparenz und Kommunikation in der Verhandlungsführung, die Stärkung der Beschuldigtenrechte sowie die Beschleunigung von Verfahrensabläufen.'[141]

De Commissie maakt duidelijk dat het zoeken naar een effectie*vere* en praxistaugliche*r* (dus: meer dan nu) modaliteit van strafprocesrecht in het teken staat van effectiever in de zin van: meer dan nu c.q. beter bijdragen aan dat doel van het strafprocesrecht van de best mogelijke waarheidsvinding. Daarbinnen ziet de Commissie drie uitgangspunten en doelstellingen voor versterking van de effectiviteit:

1. Optimierung der Wahrheitsfindung durch Dokumentation; Transparenz und Kommunikation;
2. Stärkung der Beschuldigtenrechte;
3. Verfahrensbeschleunigung.

10.2.2 Ad 1. Optimierung der Wahrheitsfindung durch Dokumentation; Transparenz und Kommunikation

Onder de eerste noemer beveelt de Commissie in het bijzonder aan de bestaande wettelijke mogelijkheden tot het audiovisueel opnemen van verdachten- en getuigenverhoren in de opsporing, waarvan in de praktijk maar sporadisch gebruikgemaakt wordt, om te zetten in een plicht daartoe in bepaalde gevallen, in het bijzonder bij ernstige feiten of bij zaken die naar feiten of recht ingewikkeld zijn.[142] Aan de aanbeveling is met een wijziging van artikel 136, vierde lid, StPO gevolg gegeven die per 1 januari 2020 in werking zal treden.[143]

De Commissie zet tegelijk uiteen dat haar voorstellen ook voortkomen uit de normatieve wens tot versterking van een transparante(re) en meer communicatieve vorm van procesvoering (*sachgerechte Prozessleitung*). De Commissie vertaalt dit punt naar drie samenhangende voorstellen voor de verbetering van de voorbereiding van de zitting. Allereerst: (aanbeveling 12.1): geef de termijnplanning van de zittingen en afstemming met partijen over de door hen gewenste, in Duitsland belangrijke *Umfang und Struktur der von den Beteiligten für erforderlich geachteten*

141. Rapport, p. 2.
142. Rapport, p. 67-72.
143. Over de vraag of deze benadering ertoe moet leiden dat ook het onderzoek op de terechtzitting vaker audiovisueel kan of moet worden vastgelegd (in plaats van de thans voorgeschreven schriftelijke vorm), kon de Commissie binnen het haar gegeven tijdsbestek geen aanbeveling formuleren. Zij beveelt ter zake nader onderzoek aan. Het bedoelde onderzoek is, voor zover valt na te gaan, niet geïnitieerd.

Beweisaufnahme[144] in omvangrijke zaken een wettelijke grondslag (zonder plicht daartoe). Vervolgens (aanbeveling 12.2): na het voorlezen van de aanklacht kan de verdachte/verdediging een *Eröffnungsstatement* geven. En ten slotte (aanbeveling 12.3): maak als gerecht meer gebruik van de bestaande mogelijkheid van artikel 257b StPO om in de loop van de behandeling van de zaak in de *Hauptverhandlung* een (voorlopige) stand van zaken te formuleren en met de actoren te delen als dat een adequate en transparantere behandeling van de zaak kan bevorderen (de hierboven besproken *Erörterung*)). De Commissie beveelt het gebruik van deze mogelijkheid in het bijzonder ook aan als het daarbij niet gaat om het bereiken van een hierboven besproken *Verständigung*, die ertoe kan leiden dat de zaak niet verder behandeld hoeft te worden. Aanbeveling 12.1 leidde tot een daarop gerichte voorziening die in artikel 213, tweede lid, StPO is opgenomen. Voor aanbeveling 12.2 gebeurde dat door de betreffende wijziging van artikel 243, vijfde lid, derde en vierde volzin, StPO die het de rechter ook mogelijk maakt voor de verdediging verdere verklaringen op schrift in te laten dienen '*wenn ansonsten der Verfahrensablaub erheblich verzögert würde*'. De Commissie beveelt tegelijk aan om af te zien van nog verdergaande stappen, zoals een voorlopig oordeel van het gerecht aan het begin van de behandeling van de zaak over de beschuldiging, of een plicht voor het gerecht om melding te maken als in de verklaring van de verdachte of het openbaar ministerie zich een op misverstanden teruggaand andere inschatting van recht of feiten voordoet.[145]

10.2.3 Ad 2. Stärkung der Beschuldigtenrechte

De voorstellen van de Commissie inzake het aanwezigheidsrecht van de raadsman bij politieverhoor zijn door de Duitse wetgever gerealiseerd in artikel 163a, vierde lid, derde volzin jo. artikel 168c, eerste lid, StPO uit de Wet van 27 augustus 2017. Dat geldt ook voor de aanwezigheid van de raadsman bij reconstructies op de plaats delict en bij personenconfrontaties met de verdachte. De Commissie ziet af van de aanbeveling om in een aanwezigheidsrecht voor de raadsman (inclusief het recht vragen te stellen) te voorzien als een verdachte, bijvoorbeeld in het kader van PJ-rapportage, door een deskundige wordt onderzocht.[146] De arts-patiëntrelatie is daarvoor te belangrijk. De Commissie ziet voorts expliciet af van de aanbeveling de raadsman bij getuigenverhoren door de politie of door het openbaar ministerie, of bij het verhoor van medeverdachten (eventueel ook door een rechter) aanwezig te laten zijn.[147] Van het laatste wordt afgezien vanwege het te grote gevaar van invloed op het verhoor van de medeverdachte. Voor het afwijzen van het eerste is

144. Rapport, p. 114.
145. In dat kader wordt gewezen op het '*Perseveranzeffekt*': aanvankelijk verkeerde feitelijke inschattingen en beoordelingen kunnen later dan mogelijk wel formeel gecorrigeerd worden, maar zij blijven desondanks het oordeel van de beslisser (verkeerd) beïnvloeden.
146. Rapport, p. 33-35.
147. Rapport, p. 30-32.

weer de volgens de Commissie te behouden grondtrek van het Duitse strafprocesrecht van belang; de betekenis van het onmiddellijkheidsbeginsel als bewijsbeginsel. Slechts bij uitzondering is de verklaring van een getuige die niet ter zitting maar in het voorbereidend onderzoek door een rechter is gehoord, als bewijsmiddel toegelaten. De hoofdregel en het uitgangspunt wil de Commissie, op zoek naar voorstellen voor een effectiever strafproces, (desondanks) behouden. Het toelaten van de raadsman tot dit getuigenverhoor zou dit uitgangspunt te zeer ondergraven omdat daarmee de 'transfer' van dit bewijsmiddel naar de *Hauptverhandlung* zou worden vergemakkelijkt.[148] Ten slotte formuleert de Commissie onder de noemer van *Stärkung der Beschuldigtenrechte* nog enige aanbevelingen tot het expliciet regelen van een bevoegdheid voor enkele opsporingsmethoden, o.a. infiltratie onder vastlegging van het Tallon-verbod.

10.2.4 Ad 3 Verfahrensbeschleunigung

Onder deze titel doet de Commissie tal van aanbevelingen van praktisch-gedetailleerde aard die naar haar opvatting voor een versnelling en vereenvoudiging van het strafproces kunnen zorgen, uitdrukkelijk '*unter Wahrung der Rechte aller Beteiligter*'.[149] Enkele achterliggende gedachten van de Commissie zijn in het bijzonder van belang.

Behoud Ermittlungsrichter

De Commissie spreekt zich uit voor het behoud van rechterlijke interventie in het voorbereidend onderzoek in de gevallen waarin de StPO zulks reeds verlangt. Dat is niet alleen bij ernstige grondrechtsinbreuken het geval, maar bijvoorbeeld ook bij een bevel een lijk te openen om het te onderzoeken. Het feit dat sprake is van een niet door de grondwet geëiste rechterlijke beslissing, al dan niet omdat 'slechts' sprake is van een beperkte grondrechtinbreuk c.q. dat de rechterlijke toets in de praktijk niet altijd inhoudelijk evenveel voorstelt, overtuigt de Commissie niet.[150]

Bundeling en verwijzing civiele vordering

Voor zeer omvangrijke zaken met heel veel *Nebenkläger* (met gelijke aanklacht) beveelt de Commissie voor de fase van de terechtzitting de mogelijkheid aan dat de voorzitter van het gerecht bij wijze van uitzondering, de klachten kan doen bundelen tot één groep, met de mogelijkheid voor een dergelijke groep van *Nebenkläger* één gemeenschappelijke advocaat aan te wijzen, als uitzondering op het bestaande uitgangspunt dat elke *Nebenkläger* een eigen advocaat kan hebben, met

148. Zijdelings speelt mee dat de Commissie er geen voorstander van is voor getuigen te voorzien in een verschijningsplicht als zij door de politie voor verhoor worden uitgenodigd.
149. Rapport, p. 5.
150. '*Gegen die Abschaffung der Richtervorbehalte in den genannten Fällen spricht indessen, dass allein der praktische Nichtvollzug der gesetzlichen Vorgaben in Ermangelung einer eigenständigen richterlichen Prüfung nicht als Argument dazu dienen darf, die gesetzlichen Vorgaben abzubauen. Es besteht vielmehr Anlass zur Verbesserung des Gesetzesvollzuges*': rapport, p. 65.

gelegenheid telkens afzonderlijk zijn of haar procesinbreng te realiseren.[151] De aanbeveling is niet in wetgeving omgezet. De Commissie beveelt voorts aan om de behandeling van strafzaken waarin de aangifte van het slachtoffer waarschijnlijk puur gericht is op het (doen) vergaren van bewijsmateriaal voor een civiele of bestuursrechtelijke procedure, door de *Staatsanwalt* naar de procedures voor de betreffende gerechten te doen verwijzen.

Geen tweefasenproces

De Commissie heeft door tijdsgebrek geen afgerond oordeel kunnen bereiken over het tweefasenproces. Met ziet naast voordelen bij ingewikkelde zaken vooral problemen bij de inpassing in het bestaande recht, ook omdat bewijs- en straftoemetingsvragen en -aspecten niet altijd te scheiden zijn. Voor lichte strafzaken voor het *Ambtsgericht* lijkt het de Commissie sowieso een (te) belastend model. Men constateert bovendien dat in het jeugdstrafrecht reeds een zekere, goedwerkende, informele tweedeling bestaat waar de interventie van de *Jugendgerichtshilfe* tot de straftoemeting beperkt is,[152] terwijl in het volwassenenstrafproces bijvoorbeeld op grond van artikel 243, vijfde lid, StPO het aan de voorzitter is te bepalen wanneer eventuele eerdere veroordelingen van de verdachte aan de orde worden gesteld, bijvoorbeeld eerst in het kader van straftoemetingskwesties en dus niet reeds bij de *Beweisaufnahme*. De Commissie ziet er in dat kader expliciet van af aan te bevelen dat de vaststelling van feiten en omstandigheden de persoon van de verdachte betreffende, uitsluitend eerst na afloop van de bewijsvaststellingen aan de orde zou moeten komen.[153]

Grondslagleer

In Duitsland is de zittingsrechter minder strikt gebonden aan de grondslag van de tenlastelegging dan in Nederland. Dat betekent dat de StPO regels bevat als het gerecht voor een ander juridisch feit wil veroordelen of strafverhogende omstandigheden dan wel omstandigheden die tot oplegging van de maatregel *der Besserung und Sicherung* zouden kunnen leiden, in zijn oordeel wil betrekken. Onder omstandigheden moet het gerecht dan de zaak aanhouden, hetgeen ook is voorgeschreven zodra verdachte of openbaar ministerie daarom vragen omdat de feitelijke inschatting in de loop van de behandeling van de zaak inmiddels anders is komen te liggen: artikel 265 StPO. Aanvullend aan deze mogelijkheden/plichten stelt de Commissie voor een dergelijke plicht voor het gerecht ook in te voeren zodra en omdat naar de inschatting van het gerecht feiten en omstandigheden (inmiddels) zo moeten worden ingeschat dat juridisch een gerechtelijke beslissing tot enig nevengevolg, enige nevenstraf of enige maatregel tot het beslissingsbereik

151. Rapport, p. 146-147.
152. Rapport, p. 9-10.
153. Rapport, p. 127.

van de zittingsrechter is komen te behoren.[154] Deze aanbeveling is door de wetgever in een aanpassing van artikel 265 StPO gerealiseerd.

Definitie van beschuldigde
De Commissie spreekt zich ervoor uit te bezien of het niet aangewezen is om een definitie van *Beschuldigte* in de wet te formuleren. Zulks in het bijzonder met het oog op het moment waarop hem op zijn rechten moet worden gewezen, en tegen de achtergrond van een mogelijk verbod om verklaringen afgelegd zonder dat hij geïnformeerd is over zijn rechten, tegen hem te gebruiken.[155] Inhoudelijk gaan de gedachten van de Commissie in de richting van een aan het EHRM ontleende definitie waarover in Duitsland in praktijk en dogmatiek al wel een zekere overeenstemming bestaat: iemand is beschuldigde vanaf het moment dat er jegens hem vanwege de strafvorderlijke overheid – in het bijzonder het openbaar ministerie[156] – maatregelen zijn genomen die er herkenbaar op zijn gericht tegen hem strafvorderlijk op te treden. Het gevaar dat een verdachte daarmee te snel als beschuldigde (met bepaalde rechten) moet worden aangemerkt, vindt de Commissie niet overtuigend. De wetgever heeft deze aanbeveling niet in een wetswijziging omgezet.

Versterking van (aspecten van de regeling van) het voorbereidend onderzoek
Hoewel de Commissie nadrukkelijk wil blijven binnen het concept waarin het onderzoek ter terechtzitting van zelfstandig en daardoor van (meer) belang is dan het voorbereidend onderzoek, is het niet vreemd dat ook zij, zoekend naar mogelijkheden om de efficiëntie (in de door de Commissie voorgestane zin van verbetering van de waarheidsvinding) van het strafproces te verbeteren, aanbevelingen doet tot verbetering van de inrichting van het voorbereidend onderzoek. In dit kader stelt de Commissie allereerst voor om de ook normatief van belang zijnde, leidende en leidinggevende rol van het openbaar ministerie uitdrukkelijk in de wet vast te leggen.[157] De meerwaarde ziet de Commissie er vooral in dat het gezag van het openbaar ministerie over de politie in het kader van de (uitsluitend) aan het openbaar ministerie toekomende positie van *Wächter des Gesetzes*, expliciet te maken. Juist ook in de richting van de politie, vanwege de toenemende praktijk waarin de politie in zaken zonder inzet van zwaardere bevoegdheden het opsporingsonderzoek zelfstandig verricht tot aan de inzending van het naar het oordeel van de politie complete dossier. 'Nochtans' zag de Duitse wetgever geen aanleiding deze aanbeveling over te nemen.

154. Rapport, p. 125-126, leidend tot aanbeveling 12.4.
155. Rapport, p. 51-53.
156. Vgl. Meyer-Goßner/Schmitt, Inleiding, randnr. 76: '*Die Beschuldigteneigenschaft kann nur ein Willensakt der zuständigen Strafverfolgungsbehörde begründen*'.
157. Rapport, p. 54-56.

Slechts incidentele verplichte verschijning van getuigen voor het politieverhoor
Mede om verdere erosie van het gezag van het openbaar ministerie over de opsporing te voorkomen, is de Commissie geen voorstander van een algemene plicht voor getuigen om te verschijnen bij de politie.[158] Zo'n plicht bestaat alleen als de getuigen door openbaar ministerie of rechter worden opgeroepen te getuigen. De Commissie stelt wel voor de mogelijkheid te openen dat het openbaar ministerie in een afzonderlijk geval en na zijn uitdrukkelijke toestemming, het verhoor van een getuige aan de politie kan laten en de getuige dan, in dat bijzondere geval, wel verplicht is bij de politie te verschijnen om te worden gehoord. De Commissie neemt in haar oordeel mee dat de meeste getuigen bereid blijken vrijwillig bij de politie te verschijnen om te worden gehoord. Hierboven is reeds besproken dat deze aanbeveling met een wijziging van artikel 163, derde lid, StPO inderdaad is gecodificeerd.

De verhouding tussen voorbereidend onderzoek en hoofdonderzoek I: bewijs; de auditu-bewijs
De *Expertenkommision* heeft in het kader van de bevordering van de efficiëntie ook bekeken of er meer mogelijkheden zouden moeten komen om bewijs dat is verzameld in het voorbereidend onderzoek gemakkelijk(er), zij het nog steeds binnen de strenge Duitse nadruk op waarheidsvinding tijdens de terechtzitting, *verantwoord* over te hevelen naar het hoofdonderzoek. Er is al eens eerder een voorstel in die richting geweest, het *Alternativ-Entwurf Beweisaufnahme*.[159] In de benadering daarvan zou er meer ruimte moeten komen om, binnen de ambtshalve verantwoordelijkheid van de zittingsrechter voor de waarheidsvinding en de mogelijkheden voor de actoren om de zittingsrechter om nader onderzoek te verzoeken, in plaats van bewijsvergaring ter zitting, het gebruik van bewijsmateriaal, met name de inhoud van in het voorbereidend onderzoek afgelegde verklaringen bij de bewijsopname ter terechtzitting toe te laten. Voor getuigenverklaringen zou daarbij (ten minste) moeten gelden dat het ondervragingsrecht van de verdachte in het voorbereidend onderzoek voldoende uitgeoefend heeft kunnen worden. Voor zover de rechter zou besluiten tot het toelaten van in het voorbereidend onderzoek verzameld bewijs, zou een wettelijk voorgeschreven rangorde moeten worden gecreëerd: het (ter vervanging) afspelen van de opnamen van een verhoor is weer van meer bewijsbetekenis en -waarde dan het voorlezen van het daarvan opgemaakte proces-verbaal, hetgeen op zijn beurt meer waarde heeft dan het daadwerkelijk de auditu (dus over een 'derde') vernemen van wat een getuige gezien of ondervonden heeft. De Commissie uit 2015 onderschrijft op zichzelf als groot voordeel van een dergelijke verandering dat in sommige gevallen een onnodige dubbele bewijsverzameling voorkomen wordt, zoals het ten tweede malen verhoren

158. Rapport, p. 57-59.
159. Gepubliceerd in *Goldammer's Archiv* 2014, p. 1-72.

van getuigen ter terechtzitting. Maar uiteindelijk wijst men (zelfs) de beperkte veranderingen uit het *Alternativ Entwurf* af. Het nogmaals horen van een getuige ter zitting is naar haar oordeel niet te kwalificeren als een te vermijden zwakheid of overbodigheid:

> 'Insbesondere erscheint es fraglich, eine Doppelung der Beweisaufnahme – beispielsweise die Vernehmung eines Zeugen im Ermittlungsverfahren und in der Hauptverhandlung – tatsächlich als Schwäche des geltenden Rechts einzustufen. Zuweilen liegt hierin vielmehr der Sinn der Hauptverhandlung. Die Ergebnisse des Ermittlungsverfahrens sollen kritisch überprüft und die Wahrheitsfindung soll abgesichert werden. Wird hingegen die Hauptverhandlung auf die Wiedergabe der Ermittlungsergebnisse verkürzt, besteht in der Hauptverhandlung eben diese Möglichkeit der kritischen Überprüfung nicht mehr. Die Zunahme von Perseveranzeffekten und Wahrnehmungsdefiziten wäre zu befürchten; die Hauptverhandlung würde deutlich an Bedeutung verlieren. Darüber hinaus erscheint fraglich, inwieweit das vorgeschlagene neue Konzept zu einer Beschleunigung und Effektivierung der Strafverfahren beitragen könnte. Im Rahmen des vorgesehenen Beweisantragsrechts wären langwierige Auseinandersetzungen über die Erforderlichkeit und die Erzwingbarkeit der unmittelbaren Vernehmung eines Zeugen oder Sachverständigen zu befürchten. Fraglich ist zudem, ob ein unverteidigter Beschuldigter in der Lage wäre, sein Beweisantragsrecht auf Durchführung einer unmittelbaren Vernehmung etwa eines Zeugen sachgerecht auszuüben. Auch würde es durch die verstärkte Einführung von Vernehmungssurrogaten der Öffentlichkeit erschwert, die Entscheidungsfindung des Gerichts nachzuvollziehen. Die Transparenz der Verfahren könnte damit Schaden nehmen.'[160]

Met andere woorden: het normatief ver uitgewerkte Duitse bewijsrecht, in hoofdzaak leunend op het onderzoek ter terechtzitting, in zijn grondslagen en gedetailleerde regeling gericht op het bieden van zo veel mogelijk garantie voor het vinden van de waarheid binnen transparante rechtspraak, dient, naar het oordeel van de Commissie, ondanks de belasting van een en ander voor de strafrechtspleging, als grondslag en uitgangspunt niet ingeruild te worden voor een opener systeem waarin de wijze van bewijsvergaring (ter zitting of niet) en -waardering meer per geval aan de rechter wordt over gelaten.

Wel doet de Commissie op incidentele punten aanbevelingen voor een, de efficiëntie dienende, verantwoorde *Beweistransfer aus dem Ermittlungsverfahren in die Hauptverhandlung* (afgezien van de voorgestelde verbeteringen van het *Zwischenverfahren* dat vooral de voorbereiding van de zitting dient). Het voorlezen van niet ten overstaan van een rechter afgelegde verklaringen uit het voorbereidend onderzoek kan worden toegelaten als de niet van rechtsbijstand voorziene verdachte daarin toestemt en het betreffende bewijsmateriaal zijn afgelegde bekentenis ondersteunt. De aanbeveling is verwerkt in een daartoe strekkende wijziging van artikel 251, eerste

160. Rapport, p. 8-9.

lid, onder 2 StPO. Als de getuige in het voorbereidend onderzoek door een rechter is verhoord waarbij het ondervragingsrecht is gerespecteerd en de getuige vervolgens ter zitting een beroep doet op een hem toekomend verschoningsrecht, kan het gebruik van de eerdere verklaring via het afspelen van de daarvan gemaakte audiovisuele opname worden toegestaan. De Commissie ziet daarin een verbetering van de bestaande, alleen jurisprudentieel erkende praktijk waarin de verhorende rechter als getuige ter terechtzitting wordt gehoord. Als het *Konfrontationsrecht* van de verdachte bij het verhoor in het voorbereidend onderzoek niet voldoende kon worden uitgeoefend dan kan doorgeleiding van de afgelegde verklaring naar de terechtzitting naar het oordeel van de Commissie niet. Interessant is dat zij daaraan toevoegt: '*Das soll selbst dann gelten, wenn sich das Strafverfahren trotz einer Verletzung des Konfrontationsrechts insgesamt als fair erweist*'. Nu eerdere bekennende verklaringen van de verdachte, gedurende het voorbereidend onderzoek tegenover een rechter afgelegd, in het onderzoek ter terechtzitting kunnen worden ingebracht, ook om tegenspraak in verklaringen te kunnen onderzoeken, zou dat volgens de Commissie ook moeten kunnen gelden voor het afspelen van audiovisuele opnamen van een verhoor, een aanbeveling die de wetgever met een wijziging van artikel 254, eerste lid, StPO overnam. Ten slotte: naar Duits recht kan van het voorlezen van stukken worden afgezien als vaststaat dat partijen van de woordelijke inhoud kennis hebben kunnen nemen (*Selbstleseverfahren*). Aanbevolen wordt de voorzitter desondanks de kern van de inhoud te doen mededelen. Daarbij wijst de Commissie (weer) op de versterking van de transparantie en het belang van de openbaarheid van de zitting. Enigszins opmerkelijk is dat de wetgever deze aanbeveling niet heeft overgenomen.

Rechtsmiddelen/Revision

De Commissie beveelt aan het openbaar ministerie te verplichten om in geval van *Revision* op grond van vormverzuimen van de zijde van de verdachte een 'tegenverklaring' af te leggen, (louter) gericht op de efficiëntie van de behandeling van de zaak door het betreffende gerecht en dus zonder sanctie als een dergelijke verklaring achterwege blijft. De aanbeveling is gerealiseerd met een desbetreffende, derde, volzin in artikel 347, eerste lid, StPO. De Commissie ziet ervan af om de voor te stellen termijn waarbinnen in geval van *Revision* grieven moeten worden ingediend (een maand) langer te maken ten einde de voortvarendheid van de strafvervolging te blijven bevorderen. Zij gaat er daarbij wel van uit dat vonnis en motivering tijdig beschikbaar zijn. De wetgever heeft het op voorspraak van de Commissie met een wijziging van artikel 153a, tweede lid, StPO mogelijk gemaakt dat van artikel 153a StPO (beëindiging van de vervolging door voorwaardelijk sepot bij *Vergehen*), niet slechts tot aan het einde van de berechting in eerste aanleg,

maar ook nog bij de behandeling van de zaak in *Revision* gebruik kan worden gemaakt.[161]

10.3 Digitalisering

Net zoals in Nederland is de digitalisering van het Duitse strafprocesrecht aanvankelijk wat sluipenderwijs op gang gekomen, binnen de bestaande regelingen eindigend in de 'muur' van de regels die – uiteindelijk – in het verloop van de strafvervolging nopen tot omzetting in papier. Op den duur is dat onhoudbaar en dus is ook de Duitse wetgever de noodzaak gebleken van een zekere wettelijke regeling, vooral ook als grondslag om verdere digitalisering in elk geval in abstracto, in de regelgeving überhaupt mogelijk te maken.[162] Voor het strafprocesrecht is daarin voorzien met de Wet van 5 juli 2017, BGBl. I 2017 S. 2208, *Gesetz zur Einführung der elektronischen Akte in der Justiz und zur weiteren Förderung des elektronischen Rechtsverkehrs*. Met die wet wordt vooralsnog een grondslag gecreëerd voor het *optioneel* gebruik van mogelijkheden van digitalisering, zonder dat meteen van een plicht sprake is; '*Die Akten können elektronisch geführt werden*', aldus de eerste zin van het nieuwe artikel 32 StPO uit de separate regeling die de genoemde wet met de artikelen 32-32f inzake de *Aktenführung und Kommunikation* in de StPO heeft opgenomen. Op basis van artikel 41 StPO kan betekening van stukken aan het openbaar ministerie elektronisch plaatsvinden. Het verplicht aanbieden van de mogelijkheid van elektronische communicatie met de gerechten geldt zodanig vanaf 1 januari 2018. Bij de genoemde wet is de volgende stap reeds gezet omdat daarbij is bepaald dat artikel 132 StPO in de toekomst zal gaan luiden: '*Die Akten werden elektronisch geführt*'. Alleen: deze wijziging van de StPO tot introductie van de verplichte elektronisch dossiervorming in alle strafzaken treedt pas op 1 januari 2026 in werking.[163] In de tussentijd geldt dus de mogelijkheid van elektronische dossiervorming en -gebruik, maar is het geen plicht. Wel is het zo dat een (centrale) mailbox beschikbaar wordt gesteld (*Akteneinsichtportal*) via welke advocaten per 1 januari 2017 in elk geval bereikbaar moeten zijn om stukken te ontvangen. Advocaten kunnen van deze mailbox gebruikmaken om elektronisch met de gerechten te communiceren. Vanaf 1 januari 2022 geldt op basis van het alsdan in werking te treden artikel 32d StPO voor alle professionals, ook voor advocaten in strafzaken,

161. Rapport, p. 166-167.
162. De Duitse wetgever benadrukt in de argumentatie voor de wetswijziging van 5 juli 2017 ook de voordelen van digitalisering voor mensen met beperkingen.
163. Van op dat moment in 'papieren' vorm vastgelegde akten en stukken kan bepaald worden dat zij verder in papiervorm deel uit zullen kunnen blijven maken van het dossier; het uitsterven gaat ook in zoverre geleidelijk. Schriftelijke stukken kunnen ingescand en daarmee gedigitaliseerd worden, in welk kader de Wet van 5 juli 2017 zowel voorziet in mogelijkheid van vernietiging of teruggave van het origineel na (minimaal) vier maanden als in de plicht tot (langer) bewaren van het schriftelijk origineel, met name als het om bewijsstukken gaat. Uiterlijk drie jaar na de inwerkingtreding van deze plicht volgt een evaluatie. Dat is naar Nederlandse begrippen, waar een vijfjaartermijn eerder gebruikelijk is, betrekkelijk kort.

de plicht om documenten voor de gerechten bestemd nog slechts elektronisch in te zenden. Tot de bij de digitalisering behorende aanpassing van de wetgeving behoort ook een wijziging van de in de StPO zelf opgenomen regelingen inzake de bescherming en het gebruik van persoonsgegevens in en uit elektronische akten, de artikelen 496-499 StPO.[164]

De (lange) implementatietermijn die Duitsland zich voor de invoering van de digitalisering van het strafprocesrecht tot 1 januari 2026 gunt (met wel een reeds nu voor alsdan wettelijk vastgelegde einddatum), heeft verschillende, detail- en typisch Duitse oorzaken, maar de hoofdlijn is de aarzeling dat succesvolle invoering van betrekkelijk veel, deels ook onvoorspelbare factoren afhankelijk is. Uit onderzoek blijkt dat dit ook voor Nederland een verstandige benadering zal kunnen zijn.[165] De onderstaande nadere identificatie van Duitse factoren kan dus niet worden omgekeerd tot de conclusie dat, waar deze factoren in Nederland niet aanwezig zijn, digitalisering van de strafrechtspleging 'dus' gemakkelijk(er) zal verlopen. Meer in het algemeen is daarbij nog het volgende van belang. De Duitse wetgever neemt blijkens de toelichting als uitgangpunt dat het aangewezen is bepaalde werkwoorden in de wet slechts met de nodige behoedzaamheid te vervangen door digitaliseringsomvattende, techniekneutrale bewoordingen. Dat betreft in het bijzonder woorden die op fysiek 'transport' van gegevens en informatie betrekking hebben, zoals toezenden, inzenden of voorleggen. In strafprocessuele context kunnen deze woorden een bredere betekenis hebben dan de enkele feitelijke beweging die zij uitdrukken. De wetgever waarschuwt in zoverre uitdrukkelijk voor het te gemakkelijk vervangen van dergelijke bewoordingen door een allesomvattend begrip '*übermitteln*' (in het Nederlands: 'overbrengen' of 'uitwisselen'). Dat besef duidt op een aspect dat in Nederland wel eens over het hoofd wordt gezien: digitalisering van het strafproces vraagt om de ontwikkeling van adequate terminologie die de normatieve aspecten van de (kenbare) 'oude' terminologie adequaat vervangt. Dat vraagt dus meer dan techniekbewoordingen en ook meer dan techniekneutrale bewoordingen. De Duitse wetgever gaat daar dus niet bewust naar op zoek, maar vult eerder bestaande bewoordingen als het ware aan. Dan leidt dan soms wel tot betrekkelijk gedetailleerde wetswijzigingen en wettelijke voorschriften, zoals het voorschrift dat met het voorlezen van (schriftelijke) stukken ter terechtzitting en de consequenties ervan voor het gebruik als bewijs tegen de verdachte, gelijk wordt gesteld de (onmiddellijke) voorlezing van

164. Niet te verwarren met de regeling van de bescherming van persoonsgegevens in databestanden als zodanig, geregeld in artikel 483-491 StPO. Een elektronische akte is, op grond van artikel 496 lid 3 StPO, geen 'Datei' in de zin van de regeling van artikel 483-491 StPO.
165. Vgl. voor Nederland ook C. Blok et al., *Digitalisering in strafrechtketens: Ervaringen in Denemarken, Engeland, Oostenrijk en Estland vanuit een supply chain perspectief*, Groningen: Universiteit Groningen 2014.

een digitaal stuk, dat wil zeggen zonder dat daarvan eerst een uitdraai op papier wordt gemaakt dat vervolgens zou moeten worden voorgelezen.

Als typische Duitse elementen die de implementatie bemoeilijken is enerzijds de federale structuur van belang waarbinnen de inrichting en bedrijfsvoering van de gerechten, inclusief de keuze voor en het inrichten van digitaliseringsystemen, tot de regeling (en financiering) van de afzonderlijke *Bundesländer* behoort. Daardoor zijn regels van interregionaal recht nodig waarin de noodzaak van het mogelijk maken van de uitwisseling van gegevens wordt voorgeschreven. Het was in zoverre aan de *Länder* te bepalen of elektronische communicatie met de gerechten überhaupt toegelaten zal zijn. Om aan ontstane verscheidenheid een einde te maken schreef de federale wetgever in 2013 reeds en in elk geval de introductie van de mogelijkheid van digitalisering voor, voor het civiele en het bestuursrecht. Het lastigere, want ook in zijn consequenties formelere strafprocesrecht volgde met de genoemde Wet van 5 juli 2017, een operatie die als gezegd per 1 januari 2026 afgerond zou moeten zijn. Voorts is in Duitsland de als grondwettelijk-principieel benaderde scheiding tussen politie en openbaar ministerie (*Staatsanwaltschaft*) van belang. Die grondslag verhindert de onbelemmerde en normatief vanzelfsprekende doorgeleiding, uitwisseling en verwerking van dossierrelevante gegevens tussen politie en openbaar ministerie. Voor dit punt biedt de Wet van 5 juli 2017 eigenlijk geen oplossing. Zij betreft alleen de digitalisering in de strafrechtspraak bij de gerechten en het openbaar ministerie (en het strafrechtelijk optreden van *Bundespolizei*-eenheden), maar daarmee dus niet de digitalisering van de opsporing door de (niet-Bundes)politie; dat is *Ländersache*. Voor zover thans reeds van een digitaal dossier gebruik wordt gemaakt, is daarvoor de vorm voor de uitoefening van het recht van de verdachte op toegang tot en kennisneming van het dossier (gebaseerd op artikel 147 StPO), aangepast met het nieuwe artikel 32f StPO. Toegang geschiedt via een digitale portal waaruit degene die daartoe gelegitimeerd is (dat kan ter zake van het hele dossier gelden of delen daaruit) via download elektronisch toegang heeft: '*Einsicht in elektronische Akten wird durch Bereistellen des Inhalts der Akte zum Abruf gewährt*'.

De burger zonder rechtsbijstand wordt ook in de toekomst, vooralsnog ook na 1 januari 2026, niet verplicht aan de digitale rechtspleging deel te nemen in de zin van 'daarop uitsluitend aangewezen'. Het recht op toegang tot de rechter laat niet de plicht toe tot het (daartoe) aanschaffen of beschikbaar hebben van een computer. Voor mensen met een handicap geldt het buiten de StPO in Duits recht vastgelegde aanspraak op (voorzieningen voor) 'barrièrevrije' toegang tot de justitiële en andere rechtspleging.

De bij de Wet van 5 juli 2017 nieuw geregelde artikelen 496-499 StPO inzake de *Schutz personenbezogener Daten in einer elektronische Akte; Verwendung personenbezo-*

gener Daten aus elektronische Akten, betreffen als gezegd de in de StPO zelf opgenomen regels voor het verder verwerken van persoonsgegevens in elektronische akten, aanvullend op de elders in de StPO voorziene bevoegdheden tot verzamelen en vergaring van deze gegevens. Verder verwerken in elektronische akten mag volgens artikel 496 StPO als zulks voor het doel van het strafproces van nut (‘*für die Zweckte des Strafverfahrens erforderlich*’) is. Daarbij gaat het om het strafproces in concreto.[166] De StPO schrijft voor dat elders voorziene aspecten van bescherming van persoonsgegevens in acht moeten worden genomen. Opmerkelijk in dat kader is artikel 497 StPO waardoor de strafvordering een regeling bevat van de strikte voorwaarden waaronder andere dan publiekrechtelijke instanties (private instellingen; ‘*nichtöffentlichen Stellen*’) bij het beheer van persoonsgegevens betrokken kunnen worden. Het gebruik van persoonsgegevens *uit* digitale aktes is in artikel 498, eerste lid, StPO uitdrukkelijk beperkt tot de elders voorziene concrete gevallen wanneer een dergelijke verstrekking is toegelaten. Het tweede lid van deze bepaling schrijft voor dat systematische vergelijking van persoonsgegevens alleen mogelijk is als dat gebeurt met vooraf geselecteerde en in zoverre geïndividualiseerde akten; een ‘*(u)nspezifische Suche über die Gesamtheit aller Akten*’[167] (fishing expedition) is, buiten de specifieke, doelgebonden bevoegdheid van artikel 98c StPO, uitgesloten. In aansluiting op de bepaling van artikel 489 StPO schrijft artikel 499 StPO nog de onmiddellijke vernietiging van kopieën van elektronische akten voor, als het bestaan ervan niet langer noodzakelijk is.

11 Afsluitende beschouwing

Wat zijn de voornaamste verschillen met het Duitse rechtstselsel en wat kan de Nederlandse wetgever bij de vormgeving van het gemoderniseerde strafprocesrecht daarvan leren? Binnen het overeenkomend doel van het strafprocesrecht treden in vergelijking met Duitsland enige significante verschillen in invulling en benadering naar voren. Het voornaamste verschil tussen het Nederlandse en het Duitse strafprocesrecht is, dat in Duitsland een uit een grondwettelijke notie van waarheidsvinding en openbaarheid en transparantie van rechtspraak, sterker wordt vastgehouden aan betrokkenheid van de strafrechter en van (regeling van) diens onderzoek van de strafzaak, in beginsel op het onderzoek ter terechtzitting. In zoverre wordt het Duitse strafprocesrecht door normatieve, constitutionele uitgangspunten omgeven (in Duitsland gehandhaafd door het *Bundesverfassungsgericht*). Die aanzet verklaart niet alleen de structuur van het Duitse strafprocesrecht, maar ook de nadruk op onmiddellijkheid, in het bijzonder voor het zgn. Strengbeweis. Ook het uitgangspunt dat berechting plaats dient te vinden in aanwezigheid van de verdachte ter terechtzitting vindt in dit uitgangspunt zijn verklaring.

166. Meyer-Goßner/Schmitt, randnr. 2 bij artikel 496 StPO.
167. Meyer-Goßner/Schmitt, randnr. 2 bij artikel 498 StPO.

Dit uitgangspunt trekt een behoorlijk zware wissel op de capaciteit van de strafrechtspleging in de praktijk, waardoor verschillende modaliteiten zijn ontstaan om een strafzaak zonder *Hauptverhandlung* af te kunnen doen. Vanwege het uitgangspunt is, anders dan in Nederland, bij veel modaliteiten toch de strafrechter als hoeder van procedure en inhoud betrokken. Dat maakt het dan wel ook mogelijk voor te schrijven dat ook de rechter naar een afspraak met openbaar ministerie en verdachte kan streven om de strafvervolging te beëindigen, inclusief een *Täter-Opfer-ausgleich*. Bemiddeling kan aldus ook aan de strafrechter worden opgedragen. Anders dan in Nederland bestaat daarbij in Duitsland minder aarzeling de strafrechter een soort 'tussenstand' in de behandeling van de strafzaak te doen formuleren en aan de procespartijen voor te leggen, gericht op sturing van een efficiënte afdoening. Van de Duitse rechter wordt in zoverre een actieve(re) houding verwacht dan in Nederland waar nadrukkelijk(er) geleund wordt op hetgeen de actoren (de verdachte en de verdediging in het bijzonder) aan voorlopige standpunten en onderzoekswensen kenbaar te maken, waar de rechter vervolgens naar eigen goeddunken naar kan handelen, dat wil zeggen: zonder dat hij onder procedurele waarborgen gedwongen is of uitgenodigd kan worden voorlopige oordelen te expliciteren.

Voor de structuur van het strafproces is van belang dat de rol van de *Ermittlungsrichter* inmiddels overeenkomt met die van de rol van de R-C in Nederland: incidenteel inzetbaar in het voorbereidend onderzoek waar de wetgever dat voorschrijft. Daartoe behoort in Duitsland overigens (in verband met het onmiddellijkheidsbeginsel) niet het op verzoek van de verdachte doen beslissen tot het verrichten van onderzoekshandelingen. Aan uitwerking van een 'voorpostrechter' is geen behoefte.

Op het punt van de dwangmiddelen is de constitutionele context eveneens van belang. De StPO volgt hier de grondwettelijke eisen en structuur van regelgeving waarin, anders dan in Nederland, een onderscheid wordt gemaakt in (bescherming tegen inbreuken op) het *Kernbereich* van een grondrecht en op inbreuken die niet het *Kernbereich* raken. Inbreuken op het *Kernbereich* zijn in principe niet toelaatbaar, ook niet in het belang van de strafvordering.
De positie van het slachtoffer wordt in Duitsland bepaald door het historisch uitgangspunt dat sinds 1877 geaccepteerd is dat het slachtoffer onder omstandigheden een zelfstandig vervolgingsrecht en -modaliteit toekomt. Opvallend is dat de schadevergoeding aan het slachtoffer in Duitsland meer dan in Nederland via de civiele rechter verloopt.

Het rechtsmiddelenrecht is in Duitsland met name in de *Revison* tegen de oordelen van de strafrechter in eerste aanleg in zwaardere strafzaken in Duitsland beperkter dan het hoger beroep in Nederland. Daarbij moet wel worden bedacht dat het

Revisionsgericht strikte(re) controle op het oordeel van de rechter in eerste aanleg uitvoert langs de lijn van controle op de naleving van vormvoorschriften door de rechter bij de procesvoering en bij de inrichting van het schriftelijk vonnis. In dit kader is in het bijzonder de in Duitsland noodzakelijke en volledige *Beweiswürdigung* van belang: de rechter heeft in het schriftelijk vonnis uitvoerig en gedetailleerd verantwoording af te leggen van de bewijsredenering en de waardering van het bewijs, inclusief zijn oordeel over de waarschijnlijkheid van alternatieve scenario's. Samen met de plicht tot ambtshalve onderzoek, het voorschrift van mondelinge procesvoering en onmiddellijkheid en het eveneens tot de rechter gerichte voorschrift van het 'in dubio pro reo' tot de deels ook constitutioneel belangrijke *(Beweis)grundsätze* van het Duitse strafprocesrecht. Tegen de achtergrond van dit uitgangspunt van het Duitse recht en de daarmee verbonden achtergronden en belangen, is de Nederlandse regel van de Hoge Raad (niet per se van het huidige WvSv) dat de selectie en waardering van bewijs als uitgangspunt niet in het vonnis hoeft te worden gemotiveerd achterhaald. Als een rechtsmiddel ten gunste van de verdachte is ingesteld, kan het oordeel niet in zijn nadeel veranderd of bijgesteld worden. De *Wiedereinsetzung in den vorigen Stand* lijkt een nuttige mogelijkheid om bepaalde verzuimen, in het bijzonder in de richting van de verdachte, te kunnen doen herstellen.

Het proces van digitalisering is ook in het strafprocesrecht ingezet, en wel met enige recente concrete wijzigingen van de StPO. Voor de verdere digitalisering neemt de Duitse wetgever nog even tijd, maar hij heeft daarbij wel een duidelijke stip op de (verre) horizon gezet: op 1 januari 2026 moet de digitalisering van het strafprocesrecht geoptimaliseerd zijn.

De ten dele constitutionele grondtrekken en garanties van het Duitse strafprocesrecht, in het bijzonder gericht op waarborgen voor waarheidsvinding in het zgn. *Strengbeweis*, zijn recent door een Commissie van experts bezien, expliciet in het licht van de doelstelling van de Commissie: het vergroten van de efficiëntie van de strafrechtspleging. In haar rapport van oktober 2015 heeft deze beargumenteerd aangegeven ter zake de bakens niet fundamenteel te willen verzetten. Met name het creëren van meer mogelijkheden om in het voorbereidend onderzoek vergaard bewijsmateriaal in meer gevallen de auditu ter terechtzitting toe te laten, heeft de Commissie om principiële redenen afgewezen. De Commissie ontkent de grotere efficiëntie van zo'n alternatief in het licht van de waarheidsvinding als grondslag van het strafproces. De grondtrekken zijn naar het oordeel van de Commissie juist van belang voor een efficiënte waarheidsvinding, voor zover daarbij het garanderen van een zo groot mogelijke juistheid van de inhoud van de beslissing van de rechter vooropstaat. Daarin schuilt een verschil met de inhoud en de gerichtheid van het zoeken naar voorstellen voor een effectiever strafprocesrecht in Nederland. Daarin is immers ook in discussie of hetgeen als een effectiever strafprocesrecht

moet worden beschouwd niet in de eerste plaats of ook gezocht moet worden in maatregelen gericht op een *andere* inhoud van effectiviteit dan waarheidsvinding. De wetgever heeft deze lijn van de Commissie gevolgd.

Frankrijk

Prof. mr. P.A.M. Verrest[*]

1 Inleiding

Het Franse strafprocesrecht is sinds het begin van deze eeuw volop in beweging. Het wetboek – *Code de procédure pénale* – uit 1958 ondergaat telkens meer of minder ingrijpende wijzigingen, terwijl op de achtergrond de behoefte aan een meer structurele herziening speelt. Die leek er in 2010 te komen met de presentatie van een concept voor een geheel nieuw wetboek, maar de inhoud ontving in de consultatie veel kritiek en het project werd gestaakt.[1] Sinds die tijd is het aantal grote deelwijzigingen van het wetboek verder toegenomen. Het leidt tot een modernisering *de facto*: een aantal structurele verbeteringen is doorgevoerd, vooral met het oog op stroomlijning van bestaande procedures. Voorlopig is het einde van de reeks wijzigingen nog niet in zicht. Typerend is dat na een omvangrijke wetswijziging in juni 2016 die in het licht stond van 'vereenvoudiging van procedures', aan het einde van 2017 wederom een wetgevingstraject in gang is gezet dat in het teken staat van vereenvoudiging van procedures en verhoging van de effectiviteit van het strafprocesrecht – *Les Chantiers de la justice*.[2]

Het aantal strafbare feiten in Frankrijk schommelt op grond van statistische informatie van het Franse ministerie van Justitie. In 2016 was sprake van een toename

* In het kader van deze bijdrage en aan de voorbereiding van het rechtsvergelijkend congres *Comparative insights for the modernization of the Dutch Code of Criminal Procedure* (Rotterdam, 26 & 27 oktober 2017) ben ik grote dank verschuldigd aan prof. Jean Pradel. Mijn dank gaat tevens uit naar prof. Haritini Matsopoulou en aan diverse medewerkers van het Franse ministerie van Justitie, voor hun waardevolle bijdragen aan het congres.

1. Over de inhoud van dit wetsvoorstel zie P.A.M. Verrest, *Raison d'être: een onderzoek naar de rol van de rechter-commissaris in ons strafproces*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2011, p. 307-316. De herziening kende een valse start, doordat toenmalig president Sarkozy nog voor enige consultatie van de praktijk had plaatsgevonden – en notabene in een toespraak bij het Cour de cassation (in 2009) – al in detail schetste hoe het nieuwe strafproces er zou komen uit te zien; zie Verrest 2011, p. 195-196.
2. Ministère de la Justice, *Les Chantiers de la justice*, 6 oktober 2017. Zie ook de toespraak van president Macron ter gelegenheid van de opening van het gerechtelijke jaar, bij het Cour de cassation op 15 januari 2018 (www.courdecassation.fr).

met 3,4 procent, in het jaar ervoor een daling van 4 procent.[3] Breed leeft het gevoelen dat de omvang van criminaliteit het strafproces onder druk zet, want de strafbare feiten moeten door het openbaar ministerie en de rechter allemaal worden afgedaan; dat laatste is sinds ruim tien jaren een belangrijk uitgangspunt van het strafrechtelijk beleid in Frankrijk.[4] Een van de gevolgen is dat de deels verouderde en al lange tijd overbevolkte Franse gevangenissen een steeds groter aantal gedetineerden moeten opnemen. Op 1 juli 2018 bedroeg het aantal gedetineerden 70.710 voor 59.703 plaatsen.[5] Het is het afgelopen decennium niet gelukt om voldoende nieuwe celcapaciteit te creëren. Dit leidt in de praktijk tot een situatie waarin gevangenisstraffen tot een duur van twee jaar vaak in de fase van executie worden omgezet in een vrijheidsbeperkende straf.[6]

Tegen de geschetste achtergrond richt de vernieuwing van het strafprocesrecht zich vanzelfsprekend op mogelijkheden om de stroom van zaken beter te verwerken – strafbare feiten sneller en eenvoudiger te kunnen afdoen. In de afgelopen tien jaar is onder andere het *plaider coupable* (een vorm van '*plea bargaining*') ingevoerd. Op het moment wordt gedacht aan een forse uitbreiding van forfaitaire boetes (*ordonnance pénale*, strafbeschikking) als 'derde spoor' voor de afdoening van strafbare feiten. Ook wordt het nodige van digitalisering van de strafrechtspleging verwacht: recent is daartoe een meerjarig actieplan opgesteld.[7] Verder wordt gestaag gewerkt aan een herziening van de gerechtelijke kaart. Ten slotte wordt

3. In de zin van het aantal door het openbaar ministerie van de politie ontvangen processen-verbaal. Ministère de la Justice, *Les chiffres-clés de la Justice 2017*, Parijs 2017. Opmerkelijk is de stijging van het aantal veroordelingen wegens misdrijven (délits): 17 procent in de periode tussen 2004 en 2016. Maar deze stijging wordt toegeschreven aan het feit dat een aantal veelvoorkomende overtredingen is omgezet naar misdrijf. Zie M. Löwenbrück, L'évolution des peines d'emprisonnement de 2004 à 2016, *Infostat Justice*, Ministère de la Justice, 2017, nr. 156, p. 1-2.
4. Het beleid om te komen tot 'Réponse pénale systematique' is ingevoerd in 2004. Het gaat om een inkadering van de toepassing van het opportuniteitsbeginsel. Er is kritiek op de gevolgen: zie het rapport van P. Delmas-Goyon, *Le juge du 21ème siècle: un citoyen acteur, une équipe de justice*, Parijs: Ministère de la Justice 2013, p. 46-47.
5. Dit is een historisch record; sinds het einde van de Tweede Wereldoorlog is het aantal gedetineerden (in absolute zin) nooit zo hoog geweest (zie *Le Monde*, 8 augustus 2018, La prison, 'une humilation pour la République'). Het betekent ook bijna een verdubbeling van het aantal gedetineerden in vergelijking tot de situatie in 2001 (stijging van 48 procent); deze stijging wordt voor driekwart veroorzaakt door het toegenomen aantal veroordeelde gedetineerden. De situatie in de huizen van bewaring is het slechtste: daar is sprake van een bezettingsgraad van 142,5 procent. Zie Ministère de la Justice, *Statistique mensuelle des personnes écrouées et détenues en France, situation au 1er juillet 2018*, p. 4. In het kader van de transparantie meldt hetzelfde overzicht dat op 1 juli 2018 in totaal 1667 gedetineerden op een matras op de grond sliepen.
6. Op grond van artikel 723-15 e.v. CPP is dat mogelijk als de opgelegde gevangenisstraf niet hoger is dan 2 jaar, of in geval van recidive, niet hoger dan 1 jaar. Zie hierover nader F. Favre & B. le Rhun, Le taux de mise à exécution en 2016 des peines d'emprisonnement ferme prononcées par le tribunaux correctionnels, *Infostat Justice* 2018, nr. 163, p. 2, die melden dat ongeveer 30 procent van de gevangenisstraffen van 2 jaar of minder wordt omgezet in een andere straf.
7. J-F. Beynel & D. Casas, *Les Chantiers de la justice: transformation numérique*, Parijs: Ministère de la Justice, februari 2018.

sinds kort heel voorzichtig voorzien in professionele ondersteuning door gerechtssecretarissen en parketsecretarissen.[8]

Er zijn ook andere onderwerpen die van groot belang worden gevonden in het kader van de modernisering van het strafprocesrecht. Een belangrijk vraagstuk in dat verband is en blijft de positie van de onderzoeksrechter – *juge d'instruction* – in het vooronderzoek. De meningen lopen sterk uiteen over de vraag of die moet worden gehandhaafd.[9] Enerzijds worden de onderzoeksrechter en het gerechtelijk vooronderzoek (*information judiciaire*) gezien als waarborg voor onpartijdig en onafhankelijk onderzoek. Daaraan wordt in Frankrijk zeer gehecht sinds het land in de jaren negentig een aantal politiek-financiële schandalen heeft meegemaakt. Anderzijds is er veel kritiek op de wijze van onderzoek (lange duur en veel formaliteiten) en op de 'dubbelrol' van de onderzoeksrechter. Voorlopig lijkt te worden vastgehouden aan de onderzoeksrechter en het gerechtelijk vooronderzoek. Om aan het bezwaar van te veel bureaucratie rond het gerechtelijk vooronderzoek tegemoet te komen, is het opsporingsonderzoek uitgebreid. In het opsporingsonderzoek kunnen net als in het gerechtelijk vooronderzoek bijzondere opsporingsbevoegdheden en dwangmiddelen worden ingezet: zo kan het opsporingsonderzoek een alternatief bieden voor de instelling van een gerechtelijk vooronderzoek, grofweg totdat een verdachte in het onderzoek is aangehouden en in voorlopige hechtenis moet worden gesteld. Een neveneffect is de versteviging van de rol van de officier van justitie – *procureur de la République* – in het vooronderzoek in strafzaken: het uitgebreide opsporingsonderzoek staat immers onder zijn leiding, en geeft hem de mogelijkheid om meer sturing te geven aan de inhoud van het onderzoek. Dit leidt in Frankrijk vervolgens tot de vraag of de positie van het openbaar ministerie in het rechtsbestel zou moeten worden gewijzigd: de officier van justitie is immers niet onafhankelijk en kan op grond van zijn taak strafbare feiten te vervolgen ook niet als onpartijdig worden beschouwd.

De meeste recente en thans op stapel staande nieuwe wijzigingen van het Franse strafprocesrecht zijn in opdracht van de Franse regering voorbereid door Jacques Beaume, voormalig procureur-generaal in Lyon. Hij deed dit met twee rapporten uit 2014 (*Rapport sur la procédure pénale*) en 2018 (samen met Franck Natali, voorma-

8. Artikel 706 CPP kende al langer de functie van 'assistant spécialisé'; dat betrof echter vooral de mogelijkheid om ter ondersteuning van onderzoeksrechters en officieren van justitie bijvoorbeeld accountants aan te stellen als vermogenstraceerder. Sinds de wet van 2016 is voorzien in de functie van 'juriste assistant' (artikel L.123-4 Code de l'organisation judiciaire): daarbij gaat het om een functie vergelijkbaar met die van gerechtssecretaris. Zie J. Pradel, *Procédure pénale*, 19e druk, Parijs: Cujas 2017, p. 393-394. De Commissie-Nadal heeft hieromtrent een aanbeveling gedaan: zie Commission de modernisation de l'action publique, *Refonder le ministère public*, Parijs: Ministère de la Justice 2013, p. 24-26.
9. Pradel 2017, p. 97-99; Verrest 2011, p. 185-198.

lig deken van de orde van advocaten) (*Amélioration et simplification de la procédure pénale*), die in deze bijdrage vaak zullen worden aangehaald.[10]

2 De hoofdlijnen van het strafprocesrecht

In het Franse strafrecht wordt van oudsher onderscheid gemaakt tussen drie categorieën van strafbare feiten: zware misdrijven, misdrijven en overtredingen. In de (Nouveau) Code pénal (hierna ook: NCP) uit 1994 zijn zware misdrijven (*crimes*) de misdrijven die met een maximum van meer dan tien jaar gevangenisstraf worden bedreigd. In het strafprocesrecht heeft de kwalificatie van een misdrijf als 'crime' een aantal gevolgen, waarvan de meest in het oog springende de berechting door het juryhof (*Cour d'assises*) is.

Het Franse strafprocesrecht is gebaseerd op twee verschillende vervolgingsrechten: het vervolgingsrecht van het openbaar ministerie (de *action publique*) en het vervolgingsrecht van het slachtoffer (*action civile*). Het doel van beide vervolgingsrechten is verschillend: dat van het openbaar ministerie ziet op de handhaving van het recht in naam van de samenleving, dat van het slachtoffer als burgerlijke partij ziet op het verkrijgen van schadevergoeding. Het bestaan van deze twee vervolgingsrechten betekent dat het openbaar ministerie en het slachtoffer in beginsel ieder de strafrechtelijke vervolging in gang kunnen zetten.

De Code de procédure pénale (hierna ook: CPP) kenmerkt zich door een chronologische beschrijving van het hele strafproces: de regeling van de positie van organen, van opsporingsbevoegdheden en van dwangmiddelen, volgt het verloop van het strafproces beginnend van het kennisnemen van een strafbaar feit tot aan de tenuitvoerlegging van de door de rechter opgelegde straf. Een andere belangrijke verdienste van het wetboek is het onderscheiden van (vier) taken in het strafproces: opsporing, vervolging, rechterlijk vooronderzoek en berechting, die vervolgens zijn opgedragen aan vier verschillende organen – de politie, de officier van justitie, de onderzoeksrechter en de zittingsrechter. Deze organen beschikken ieder over eigen bevoegdheden om hun taak uit te voeren. De heldere beschrijving van taken en bevoegdheden zorgt ervoor dat organen tastbare verantwoordelijkheden hebben en op basis daarvan ieder een duidelijke rol in het strafproces vervullen. Tot slot zijn aan de taken ook aparte fasen in de regeling van het strafproces verbonden – zij het dat de taak van vervolging in het hele strafproces aanwezig is.

In de regeling van het strafproces, in het bijzonder het vooronderzoek, zijn veel '*checks and balances*' ingebouwd. Deze krijgen vorm door het strafproces in opeenvolgende fasen te structureren, waarin organen betrokken bij de strafrechtspleging

10. Beide rapporten geschreven in opdracht van de Franse minister van Justitie.

de resultaten van elkaars handelingen controleren: zo wordt in het gerechtelijk vooronderzoek de inhoud van het eerder verrichte onderzoek gecontroleerd en kan de rechtmatigheid van onderzoekshandelingen ter discussie worden gesteld. Voorts moet de onderzoeksrechter tijdens het gerechtelijk vooronderzoek bij elke stap die hij zet een vordering of conclusie van de officier van justitie vragen en kan ook de verdediging daarbij haar zienswijze inbrengen.

De solide structuur stond lange tijd ervoor garant dat het wetboek zonder noemenswaardige aanpassing zijn werk kon doen. Dat veranderde abrupt in de jaren tachtig van de vorige eeuw. Toen maakte, net als elders, drie nieuwe ontwikkelingen een grondige herziening noodzakelijk: de bestrijding van georganiseerde criminaliteit met de toepassing van bijzondere opsporingsmethoden (een regeling daarvan ontbrak), de doorwerking van fundamentele rechten (betere positie voor de verdediging) op de regeling van het strafproces, en de opkomst van de alternatieve afdoening van strafbare feiten als antwoord voor het snel stijgende aantal strafbare feiten. De Commissie-Delmas-Marty boog zich in 1988 over de herziening van het wetboek en wilde een overgang bewerkstelligen naar een meer accusatoir strafproces, sterk geïnspireerd door begrippen uit de rechtspraak van het EHRM – zoals *fair trial* en *equality of arms.*[11] In 1993 werd het wetboek voor de eerste maal sinds 1958 grondig gewijzigd, zij het veel minder verregaand dan de Commissie-Delmas-Marty voor ogen stond.

De aanpassing luidde het begin van een serie wetswijzigingen in, waarvan de frequentie de afgelopen jaren steeds meer toeneemt. De meest relevante wijzigingen van de Code de procédure pénale zijn:

- de Wet van 15 juni 2000: versterking van de onschuldpresumptie en de rechten van slachtoffers. Introductie van de *juge des libertés* als aparte rechter in het vooronderzoek voor de toepassing van voorlopige hechtenis;
- de Wet van 9 maart 2004: regeling van bijzondere opsporingsbevoegdheden voor onderzoek naar georganiseerde criminaliteit;
- de Wet van 5 maart 2007: versterking van het evenwicht in het strafproces; naar aanleiding van de justitiële dwalingen in de zaak *Outreau* (uitvoering van de aanbevelingen van de parlementaire onderzoekscommissie ter zake): introductie van lekenparticipatie bij de rechtbank en gerechtelijk vooronderzoek door een college van onderzoeksrechters;
- de Wet van 14 april 2011: regeling aanwezigheid raadsman tijdens het politieverhoor;
- de Wet van 3 juni 2016: verbetering van de effectiviteit van en waarborgen in de regeling van het strafproces.

11. Commission Justice pénale et droits de l'homme, *La mise en état des affaires pénales*, Parijs: La Documentation française 1991.

Hierna zal geregeld naar deze wetswijzigingen worden verwezen.

Als we de uitkomst van al deze wijzigingen analyseren, zijn vooral de volgende punten van belang. Er is telkens vastgehouden aan de hierboven geschetste uitgangspunten van de Code de procédure pénale, maar waar mogelijk heeft stroomlijning van procedures plaatsgevonden.
De verdedigingsrechten zijn uitgebreid. Van oudsher is er wat betreft de verdedigingsrechten een scherp onderscheid tussen de fase van opsporingsonderzoek en gerechtelijk vooronderzoek: pas in laatstgenoemd onderzoek krijgt de verdediging de mogelijkheid om in het onderzoek te participeren – bijstand door een raadsman, het recht kennis te nemen van processtukken en om onderzoekswensen te formuleren. Op deze situatie bestaan inmiddels twee belangrijke uitzonderingen. Sinds 2011 is er een recht op informatie (artikelen 63-1 en 803-6 CPP) en belangrijker nog het recht op bijstand door een advocaat tijdens het politieverhoor in het opsporingsonderzoek (artikelen 63-4-2 en 63-4-3 CPP). En verder geeft de toepassing van vrijheidsbeperking of -beneming (inverzekeringstelling) een serie rechten aan de verdediging, ook al is nog geen gerechtelijk vooronderzoek aangevangen (artikel 803-6 CPP). Het gaat om het recht om geïnformeerd te worden over de tijd, plaats en kwalificatie van het strafbare feit waarvoor vrijheidsbeneming plaatsvindt, het zwijgrecht, het recht om te worden bijgestaan door een advocaat, het recht op vertolking en vertaling, het recht op toegang tot het dossier, het recht om te worden onderzocht door een arts, informatie over de maximale duur van de vrijheidsbeneming en ten slotte informatie over de mogelijkheid om een rechtsmiddel tegen de vrijheidsbeneming in te dienen.[12] In het opsporingsonderzoek zijn steeds meer opsporingsbevoegdheden geregeld en het onderzoek is – in enige mate – ingekaderd. Een belangrijke harmonisering van verdenkingscriteria heeft plaatsgevonden in het opsporingsonderzoek. Waar eerst de wijze van formulering van de vereiste verdenking per dwangmiddel of opsporingsbevoegdheid kon verschillen, is die inmiddels grotendeels gelijkgetrokken. Heel belangrijk is verder dat de dubbelrol van de onderzoeksrechter wat betreft de bevoegdheid tot toepassing van voorlopige hechtenis is verdwenen. Daartoe is sinds een wetswijziging in 2000 een nieuwe rechter in het vooronderzoek, de *juge des libertés et de la détention*, geïntroduceerd.

Ten slotte moeten we aandacht besteden aan twee bijzondere vernieuwingen. De eerste betreft de invoering van een preambule bij de Code de procédure pénale: het *Article préliminaire*.[13] Hierin zijn algemene beginselen van een behoorlijk strafpro-

12. Pradel 2017, p. 83.
13. In 2000.

cesrecht opgenomen en fundamentele rechten.[14] Bij invoering bestond enige scepsis over het nut van een dergelijke bepaling in het wetboek. Het leek ook de vraag of het Cour de cassation bereid zou zijn om de algemene beginselen op concrete casuïstiek toe te passen. Dat laatste is inmiddels wel degelijk het geval gebleken. De bepaling wordt vaak gebruikt als ijkpunt om te toetsen of in een zaak sprake is van een eerlijk, evenwichtig en contradictoir strafproces.[15] Het zorgt voor dynamische rechtspraak over de meest uiteenlopende handelingen die daarmee in strijd zijn. Zomaar wat voorbeelden betreffen het opnemen van vertrouwelijke communicatie in een politiecel,[16] het door de zittingsrechter zonder motivering weigeren rekening te houden met verhinderdata van een raadsman,[17] en het nemen van een beslissing tot intrekking van de voorwaardelijke invrijheidsstelling zonder de veroordeelde die daarom wel had gevraagd te horen.[18] Bovendien is de preambule de voorbije jaren aangevuld met de kernbepalingen van de richtlijnen inzake procedurele rechten van de Europese Unie. Het gaat om het recht op vertaling, het recht op informatie, en het recht op toegang tot een raadsman. De uitwerking van die rechten in concrete onderdelen van het strafvorderlijk onderzoek geschiedt op andere plaatsen in het wetboek.

14. Het artikel préliminaire CPP luidt:
    i. *-La procédure pénale doit être équitable et contradictoire et préserver l'équilibre des droits des parties. Elle doit garantir la séparation des autorités chargées de l'action publique et des autorités de jugement. Les personnes se trouvant dans des conditions semblables et poursuivies pour les mêmes infractions doivent être jugées selon les mêmes règles.*
    ii. *-L'autorité judiciaire veille à l'information et à la garantie des droits des victimes au cours de toute procédure pénale.*
    iii. *-Toute personne suspectée ou poursuivie est présumée innocente tant que sa culpabilité n'a pas été établie. Les atteintes à sa présomption d'innocence sont prévenues, réparées et réprimées dans les conditions prévues par la loi.*
    Elle a le droit d'être informée des charges retenues contre elle et d'être assistée d'un défenseur.
    Si la personne suspectée ou poursuivie ne comprend pas la langue française, elle a droit, dans une langue qu'elle comprend et jusqu'au terme de la procédure, à l'assistance d'un interprète, y compris pour les entretiens avec son avocat ayant un lien direct avec tout interrogatoire ou toute audience, et, sauf renonciation expresse et éclairée de sa part, à la traduction des pièces essentielles à l'exercice de sa défense et à la garantie du caractère équitable du procès qui doivent, à ce titre, lui être remises ou notifiées en application du présent code.
    Les mesures de contraintes dont la personne suspectée ou poursuivie peut faire l'objet sont prises sur décision ou sous le contrôle effectif de l'autorité judiciaire. Elles doivent être strictement limitées aux nécessités de la procédure, proportionnées à la gravité de l'infraction reprochée et ne pas porter atteinte à la dignité de la personne.
    Il doit être définitivement statué sur l'accusation dont cette personne fait l'objet dans un délai raisonnable.
    Toute personne condamnée a le droit de faire examiner sa condamnation par une autre juridiction.
    En matière criminelle et correctionnelle, aucune condamnation ne peut être prononcée contre une personne sur le seul fondement de déclarations qu'elle a faites sans avoir pu s'entretenir avec un avocat et être assistée par lui.
15. Daarbij wordt het Article préliminaire vaak genoemd naast artikel 6 EVRM.
16. Cass. Ass. Plén. 6 maart 2015, nr. 14-84.339.
17. CRIM. 20 januari 2015, *Dr. Pénal* 2015, p. 31.
18. CRIM. 15 april 2015, nr. 14-82.622.

Voorts is in 2010 de mogelijkheid van het stellen van prejudiciële vragen in het strafrecht gecreëerd. De rechter kan een *Question prioritaire de constitutionnalité* (QPC) stellen om te toetsen of een onderdeel van het strafrecht of strafprocesrecht verenigbaar is met de grondrechten. De vraag kan gesteld worden aan de rechter in het kader van een strafrechtelijke procedure. De rechter beslist vervolgens of de vraag wordt ingediend bij het Cour de cassation, dat op zijn beurt beslist of de vraag moet worden voorgelegd aan de *Conseil Constitutionnel* – het Constitutionele hof.[19] Inmiddels wordt met grote regelmaat een QPC gesteld met betrekking tot een strafrechtelijk onderwerp.[20] Daarbij is een belangrijke vraag wat de gevolgen zijn van de beslissing van de Conseil Constitutionnel dat een strafvorderlijke wetsbepaling in strijd is met de grondwet – hetgeen inmiddels een aantal malen is voorgekomen. Deze vraag wordt per beslissing apart beantwoord. Een optie is om de beslissing geen terugwerkende kracht te verlenen, maar te laten ingaan vanaf de dag van de uitspraak. Een andere optie is dat de Conseil Constitutionnel een termijn stelt aan de wetgever om door middel van een wetswijziging het wetboek in overeenstemming met de grondwet te brengen. Na afloop van de gestelde termijn kan de bestaande bepaling dan niet langer meer functioneren.[21] Enkele in het oog springende uitspraken betreffen het verschoningsrecht en de positie van het openbaar ministerie. Zij komen hieronder nog aan de orde.

3 De belangrijkste actoren in het strafproces

In het Franse strafproces bestaan dezelfde procesdeelnemers als in het Nederlandse recht. Hun rol komt ook in grote lijnen overeen, maar er bestaan tegelijk belangrijke verschillen. In de beschrijving hierna zal ik proberen die verschillen te duiden.

3.1 Het openbaar ministerie

Het Franse openbaar ministerie lijkt op het eerste gezicht sterk op het Nederlandse openbaar ministerie; de organisatie van het Nederlandse openbaar ministerie is dan ook afgeleid van het Franse openbaar ministerie. Leden van het openbaar ministerie zijn net als rechters lid van de *autorité judiciaire*.[22] Een belangrijk verschil is evenwel dat het openbaar ministerie geen ingrijpende reorganisatie heeft meegemaakt, zoals die in Nederland in de jaren negentig van de vorige eeuw heeft geleid

19. Artikel 61-1 Constitution. Zie verder D. Guérin, Le traitement des questions prioritaires de constitutionnalité par la chambre criminelle, in: C. Courtin (red.), *La QPC et la matière pénale – deux ans d'application*, Brussel: Bruylant 2013, p. 15-28, die een inkijk geeft in de wijze waarop het Cour de cassation als verwijzingsinstantie dient en de afwegingen die het in dit verband maakt.
20. Op 1 juni 2018 stond de teller op 710 QPC (sinds de invoering op 1 maart 2010).
21. QPC nr. 2015-560.
22. In het land van Montesquieu bestaat geen trias politica: artikel 64 Constitution spreekt van 'autorité judiciaire' (rechterlijke 'autoriteit') in plaats van 'pouvoir' (macht).

tot een centrale positie voor het College van procureurs-generaal, en een openbaar ministerie dat eigen beleidslijnen (aanwijzingen, instructies, strafvorderingsrichtlijnen) uitvaardigt.

Bij die Nederlandse reorganisatie werd de gezagsstructuur tussen de minister van Justitie en het openbaar ministerie gehandhaafd, inclusief de bevoegdheid van de minister van Justitie om (schriftelijk) aanwijzingen te geven in individuele zaken. In het Franse recht is in 2013 voor een andere opzet gekozen. Voor de wetswijziging in 2013 gingen stemmen op voor het instellen van een 'Procureur de la Nation',[23] die onafhankelijk van de regering het vervolgingsbeleid van het openbaar ministerie zou kunnen aansturen. Voor een deel lagen daar decennialange vermoedens van misbruik door opeenvolgende ministers van justitie van hun aanwijzingsbevoegdheid voor politieke of persoonlijke doeleinden aan ten grondslag.[24] Met de instelling van een Procureur de la Nation zou het openbaar ministerie een onafhankelijke leiding krijgen en elke suggestie van politieke sturing van het optreden van het openbaar ministerie worden voorkomen. De idee haalde het niet. In plaats daarvan is ervoor gekozen om in artikel 30, derde lid, CPP de bevoegdheid van de minister van Justitie te schrappen om aanwijzingen in individuele zaken te geven.[25] Benoeming van leden van het openbaar ministerie vindt nog steeds plaats door de minister van Justitie, na advies van de *Conseil supérieur de la magistrature* (CSM).[26]

Artikel 30, eerste en tweede lid, CPP bepaalt dat de minister van Justitie verantwoordelijk is voor het strafrechtelijk beleid en in dat kader algemene aanwijzingen geeft aan de leden van het openbaar ministerie. De inhoud van het strafrechtelijk beleid wordt vormgegeven door de *Direction des affaires criminelles et des grâces* van het Franse ministerie van Justitie en wordt in algemene aanwijzingen neergelegd.[27] Artikel 30, vierde lid, CPP draagt de minister op om jaarlijks een rapport over het strafrechtelijk beleid en de wijze van uitvoering aan het parlement te sturen: dat is in die zin bijzonder, omdat het geheel van het strafrechtelijk beleid zo in samenhang wordt gepresenteerd.[28]

23. Pradel 2017, p. 230.
24. Er waren echter – althans formeel – slechts enkele aanwijzingen per jaar, en dan nog van (wets)technische aard. Zie Pradel 2017, p. 229.
25. Pradel 2017, p. 229-230.
26. De Franse raad voor de magistratuur vervult dus een duidelijk andere rol dan de Raad voor de rechtspraak in Nederland.
27. Bijvoorbeeld de Circulaire de politique pénale van 21 maart 2018 (nr. JUSD1807900 C) van minister van Justitie N. Belloubet; besproken door P. Dufourq, Les orientations nationales présentées dans la dernière circulaire de politique pénale, *Dalloz actualité*, 10 april 2018.
28. Zie bijvoorbeeld J.J. Urvoas, *Rapport de politique pénale du Garde des Sceaux*, Parijs: Ministère de la Justice, mei 2017. Accenten: een effectieve bestrijding van veelvoorkomende criminaliteit, bescherming van de samenleving tegen de dreiging van terrorisme, rechten van slachtoffers, geïndividualiseerde wijze van afdoening en effectiviteit, en verbetering van de internationale samenwerking.

De organisatie van het openbaar ministerie kent verder een piramidale structuur die loopt langs de lijnen van de gerechtshoven naar de arrondissementsparketten. Op deze wijze lopen de hiërarchische verhoudingen parallel met de strafprocessuele hiërarchie: de parketten bij de gerechtshoven treden op in hoger beroep tegen beschikkingen in het vooronderzoek en in hoger beroep tegen vonnissen in eerste aanleg in het eindonderzoek. Langs deze lijnen verloopt ook de beoordeling van individuele magistraten van het openbaar ministerie: daarin speelt een ressortsparket een rol ten opzichte van leden van het arrondissementsparket.[29]

In de literatuur en in de praktijk wordt gewag gemaakt van een chronisch tekort aan leden van het openbaar ministerie (ca. 1300) en rechters (ca. 6000).[30] Hier wordt wat aan gedaan door mondjesmaat het aantal magistraten te vergroten en de organisatie van het openbaar ministerie en de rechtspraak te rationaliseren door een herziening van de gerechtelijke kaart. Die herziening heeft het afgelopen decennium geleid tot het verdwijnen van een vijftiental rechtbanken en daaraan verbonden arrondissementsparketten. Dat neemt niet weg dat er nog steeds een zeer groot aantal arrondissementsparketten (en rechtbanken) overblijft: 164. Wegens het gebrek aan politiek draagvlak voor het sluiten van nog meer kleine gerechten – de gevolgen voor de lokale gemeenschap zijn vaak groot – is specialisatie een aantrekkelijk alternatief. Die krijgt vorm door op nationaal dan wel ressortelijk of interregionaal niveau een concurrente bevoegdheid te creëren voor een gespecialiseerde rechtbank en daaraan verbonden parket. Belangrijkste voorbeeld is de *juridiction interrégionale spécialisée* (JIRS); de JIRS heeft een concurrente bevoegdheid voor financieel-economische criminaliteit en georganiseerde criminaliteit. Aan de JIRS zijn gespecialiseerde officieren van justitie verbonden, gespecialiseerde onderzoeksrechters en zittingsrechters. Een zaak kan door het openbaar ministerie worden aangebracht bij de JIRS op grond van de complexiteit. Op het moment zijn er acht JIRS die samen heel Frankrijk dekken.[31]

Verder bezitten twee rechtbanken een concurrente bevoegdheid op het terrein van het gezondheidsrecht (Parijs en Marseille) – die samen wederom het hele land dekken. De rechtbank Parijs heeft voor het hele land een concurrente bevoegdheid voor terroristische misdrijven en voor internationale misdrijven.[32] Een ander model van specialisatie is dat van de exclusieve landelijke bevoegdheid voor de landelijk officier van justitie financieel recht. Die bevoegdheid geldt voor handel met voorwetenschap en marktmisbruik. Voor andere ingewikkelde financiële mis-

29. Artikel 35 en 37 CPP.
30. Het totale aantal magistraten werkzaam in het civiele recht of het strafrecht is ongeveer 7500. Zie verder Y. Demoli & L. Willemez, Les magistrats: un corps professionnel féminisé et mobile, *Infostat Justice* 2018, nr. 161.
31. Pradel 2017, p. 200-202.
32. Eveneens voor massavernietigingswapens en de handel in bestanddelen daarvoor.

drijven heeft deze landelijk officier een concurrerende bevoegdheid. Hij wordt ondersteund door het Landelijk financieel parket (Parquet national financier). Recent is aangekondigd dat de sectie antiterrorisme van het parket Parijs eveneens wordt omgevormd tot een apart nationaal parket voor de bestrijding van terrorisme, met een landelijke competentie.[33]

Officieren van justitie die een zaak behandelen die zich mogelijk leent voor behandeling door een JIRS of de sectie antiterrorisme van het Parijse parket, nemen contact op met de gespecialiseerde officier van justitie verbonden aan de JIRS of aan de antiterrorisme-sectie met het oog op overdracht van de zaak. Bij een eventueel conflict worden de procureur-generaal die territoriaal bevoegd is en de procureur-generaal die verantwoordelijk is voor de JIRS of de antiterrorisme-sectie ingeschakeld en uiteindelijk indien nodig de Direction des affaires criminelles et des grâces.[34] Verder kan het openbaar ministerie, indien er al een gerechtelijk vooronderzoek is geopend, vorderen dat een onderzoeksrechter de zaak overdraagt aan een onderzoeksrechter werkzaam in de gespecialiseerde rechtbank.[35]

De officier van justitie (*procureur de la République*) is belast met de opsporing en vervolging van strafbare feiten (artikelen 39 en 40 CPP) en heeft daartoe het gezag over opsporingsambtenaren (artikel 41 CPP). Als onderdeel van dat gezag beoordeelt de hoofdofficier van justitie ieder jaar de (hogere) opsporingsambtenaren (in de functie van '*officier de police judiciaire*' – zie hierna) werkzaam in zijn arrondissement. Bij plichtsverzuim kan een opsporingsambtenaar voor de raadkamer van het gerechtshof worden gebracht teneinde hem een sanctie op te leggen, die in het ergste geval het afnemen van de opsporingsbevoegdheid kan betreffen.

Leidend bij de beslissing over vervolging door de officier van justitie is het opportuniteitsbeginsel. Op basis van het opportuniteitsbeginsel kiest de officier van justitie voor vervolging (opening gerechtelijk vooronderzoek of dagvaarding al dan niet met de keuze voor een bijzondere vorm van versnelde rechterlijke afdoening) of een vorm van alternatieve afdoening – aangemerkt als *alternatief voor vervolging* – (vormen van schikking, hieronder nader uitgelegd). Het opportuniteitsbeginsel geeft de officier van justitie ook de bevoegdheid om af te zien van vervolging. In 2004 is in artikel 40-1 CPP echter nader bepaald hoe aan het opportuniteitsbeginsel inhoud moet worden gegeven. Wanneer de officier van justitie van oordeel is dat het feit strafbaar is en de dader bekend is, dan kan hij:

– vervolging instellen;

33. Toespraak president Macron ter gelegenheid van de opening van het gerechtelijke jaar, bij het Cour de cassation op 15 januari 2018, p. 10 (www.courdecassation.fr).
34. Pradel 2017, p. 200-209.
35. Zie o.a. artikel 704-2, 706-77 CPP.

- een procedure voor alternatieve afdoening starten (‘*procédure alternative aux poursuites*’);
- de zaak seponeren, indien specifieke omstandigheden verbonden aan het plegen van het feit zulks rechtvaardigen.

De formulering van de bevoegdheid tot seponeren komt neer op een serieuze inkadering – duidelijk met als doel een beperking: het tegengaan van sepots. De Franse wetgever wil inderdaad een *réponse pénale systematique*: strafbare feiten moeten niet zonder reactie van de samenleving blijven.[36] Deze reactie kan deels plaatsvinden door eenvoudige vormen van alternatieve afdoening, zoals het ‘*rappel à la loi*’. Maar de koerswijziging heeft onmiskenbaar ook bijgedragen aan een stijgend aantal strafrechtelijke afdoeningen en hogere straffen; ik verwijs naar hetgeen ik daarover in de inleiding heb opgemerkt. De belasting van het openbaar ministerie is er eveneens door toegenomen.

De erkenning dat de officier van justitie een steeds grotere rol speelt niet alleen bij de opsporing en vervolging maar ook afdoening van strafbare feiten, leidt in Frankrijk naast een discussie over zijn onafhankelijkheid, ook tot de roep om waarborgen tegen zijn (relatieve) partijdigheid. Voorstanders van meer onafhankelijkheid voor het openbaar ministerie proberen hun pleidooi kracht bij te zetten door onder andere te verwijzen naar de EHRM-zaak *Medvedyev t. Frankrijk*.[37] Daaruit zou blijken dat de officier van justitie in het Franse recht te weinig onafhankelijk is. Maar dat klopt niet: in die zaak is enkel uitgemaakt dat de officier van justitie niet kwalificeert als rechter die de vrijheidsbeneming moet toetsen als deze langer dan drie dagen duurt. In een beslissing in 2017 zag het Conseil Constitutionnel in de twee elementen, die op grond van de (grond)wet samenkomen in het openbaar ministerie – enerzijds magistraat en anderzijds uitvoerder van het regeringsbeleid – een vorm van evenwicht en voldoende aanknopingspunten om in het strafproces zijn taken op juiste wijze uit te voeren.[38] Interessant is dat het Conseil Constitutionnel in zijn redenering ook het nieuwe artikel 39-3 CPP betrok, dat in 2016 in het wetboek is opgenomen teneinde de onpartijdigheid van de officier van justitie te benadrukken:

36. Pradel 2017, p. 636-637.
37. EHRM 29 maart 2010, applicatienr. 3394/03.
38. Conseil Constitutionnel 8 december 2017, QPC 2017-680. R.o.
    14: ‘Il résulte de tout ce qui précède que les dispositions contestées assurent une conciliation équilibrée entre le principe d’indépendance de l’autorité judiciaire et les prérogatives que le Gouvernement tient de l’article 20 de la Constitution. Elles ne méconnaissent pas non plus la séparation des pouvoirs. Par conséquent, les dispositions contestées, qui ne méconnaissent pas non plus le droit à un procès équitable ni les droits de la défense ni aucun autre droit ou liberté que la Constitution garantit, doivent être déclarées conformes à la Constitution.’
    R.o. 15: ‘Par conséquent, les dispositions contestées, qui ne méconnaissent pas non plus le droit à un procès équitable ni les droits de la défense ni aucun autre droit ou liberté que la Constitution garantit, doivent être déclarées conformes à la Constitution.’

> 'Dans le cadre de ses attributions de direction de la police judiciaire, le procureur de la République peut adresser des instructions générales ou particulières aux enquêteurs. Il contrôle la légalité des moyens mis en œuvre par ces derniers, la proportionnalité des actes d'investigation au regard de la nature et de la gravité des faits, l'orientation donnée à l'enquête ainsi que la qualité de celle-ci. Il veille à ce que les investigations tendent à la manifestation de la vérité et qu'elles soient accomplies à charge et à décharge, dans le respect des droits de la victime, du plaignant et de la personne suspectée.'

Vermeldenswaard is ten slotte dat Franse magistraten in hun loopbaan geregeld (een of meerdere malen) wisselen van functie tussen het openbaar ministerie en de rechtspraak.[39]

Op 10 mei 2018 is door de Franse regering een *projet de loi constitutionnelle* bij het parlement ingediend. Het wetsvoorstel is onder andere gericht op een 'verantwoordelijkere democratie'. In dat kader wordt voorgesteld om de onafhankelijkheid van de leden van het openbaar ministerie te versterken. Daartoe wordt de wijze van benoeming van alle leden van het openbaar ministerie gelijk getrokken met die van leden van de zittende magistratuur: op basis van een bindend advies van de Conseil supérieur de la magistrature.[40] Ook over disciplinaire straffen van alle leden van het openbaar ministerie zouden in de toekomst door de Conseil supérieur de la magistrature dienen te worden beslist.

3.2 Het slachtoffer

De rechten die het slachtoffer heeft in het strafproces worden opgesomd in artikel 10-2 CPP. Het betreft rechten die aansluiten bij de Richtlijn minimumnormen slachtoffers (2012/29/EU).[41] Het gaat om:

- het recht op vergoeding van geleden schade, inclusief door toepassing van herstelrecht;
- het recht om zich burgerlijke partij te stellen en om in dat kader rechtsbijstand te verkrijgen;

39. Artikel 1, eerste lid, van de Ordonnance 58-1270 bepaalt dat magistraten van het ministère public en de zittende magistratuur samen het 'corps judiciaire' vormen. Toegangsconcours en opleiding zijn voor beide hetzelfde. De eenheid komt ook tot uitdrukking in het feit dat *Tout magistrat a vocation à être nommé, au cours de sa carrière, à des fonctions du siège et du parquet* (artikel 1, tweede lid, Ordonnance 58-1270): expliciet is bepaald dat magistraten gedurende hun loopbaan functies binnen het ministère public en de zittende magistratuur kunnen uitoefenen. Zie hierover ook P.A.M. Verrest, *Ter vergelijking: een studie naar het Franse vooronderzoek in strafzaken*, Den Haag: WODC/Ministerie van Justitie 2001, p. 61.
40. Zie de voorgestelde wijziging van artikel 65 Constitution. Zie Dossier de présentation (Ministère de la Justice, 8 juli 2018), p. 15.
41. Artikel 10-2 (informeren over rechten), artikel 10-3 (recht op vertaling voor zover nodig voor uitoefenen rechten), artikel 10-4 (recht om zich te laten bijstaan), en artikel 10-5 (zo spoedig mogelijk moet een inschatting worden gemaakt van de behoeften van het slachtoffer).

- het recht om slachtofferhulp te ontvangen en het recht om het schadefonds slachtoffers van (gewelds)misdrijven aan te spreken;
- het recht om te worden voorgelicht over mogelijkheden tot het verkrijgen van beschermingsmaatregelen.

Opsporingsambtenaren zijn verplicht om een slachtoffer van een strafbaar feit van deze rechten op de hoogte te stellen.

Al deze rechten die het slachtoffer heeft in het strafproces – en die wij ook in ons recht kennen – moeten echter tegen een specifieke achtergrond worden bekeken. Het slachtoffer beschikt in het Franse recht over een eigen vervolgingsrecht: de *action civile* (artikel 2 CPP) met als doel het verkrijgen van herstel van de schade die is veroorzaakt door een strafbaar feit.[42]

Het slachtoffer kan het eigen vervolgingsrecht op drie verschillende wijzen gebruiken:

- aangifte doen van een strafbaar feit, waardoor het openbaar ministerie start met vervolging. Het slachtoffer kan zich vervolgens voegen in de zaak (tijdens het gerechtelijk vooronderzoek, of bij de zitting);[43]
- een klacht met burgerlijke partijstelling indienen bij de onderzoeksrechter (artikel 85 CPP). Een tussenstap is gecreëerd in 2004 door invoering van de mogelijkheid van bezwaar tegen de sepotbeslissing van de officier van justitie bij de procureur-generaal (artikel 40-3 CPP);
- het zelfstandig rauwelijks dagvaarden van de verdachte (*citation directe*).

In de praktijk is vooral het recht om zich te voegen in de vervolging van het openbaar ministerie van belang. Dat geeft het slachtoffer een aantal rechten in het vooronderzoek: het slachtoffer wordt 'partij' in plaats van slechts aangever en getuige. Sinds een wetswijziging in 1921[44] bezit het slachtoffer als burgerlijke partij dezelfde rechten als de verdachte tijdens het gerechtelijk vooronderzoek. Op grond van artikel 82-1 CPP kan de burgerlijke partij vragen om door de onderzoeksrechter gehoord te worden, om onderzoekshandelingen te verrichten en om stukken aan het procesdossier toe te voegen. De burgerlijke partij kan eveneens vragen om haar advocaat toegang te verlenen om een verhoor van de verdachte of de getuige. Een burgerlijke partij wordt verder in de gelegenheid gesteld om vormverzuimen

42. De schade kan het slachtoffer in geval van een lijst van misdrijven ook op andere wijze (onder voorwaarden die per categorie misdrijf verschillen) vergoed krijgen uit een schadefonds, ingeval hij schade aan zijn persoon heeft geleden (artikel 706-3 CPP). Daartoe dient het slachtoffer een verzoek in te dienen bij de Commission d'indemnisation des victimes d'infractions. Alle soorten schade komen voor vergoeding in aanmerking, inclusief affectieschade. Zie Pradel 2017, p. 276-278.
43. Zie artikelen 86 en 419 CPP.
44. Wet van 23 maart 1921; zie Pradel 2017, p. 86.

aan de orde te stellen tijdens het gerechtelijk vooronderzoek (artikel 173-1 CPP). Voorafgaand aan sluiting van het gerechtelijk vooronderzoek mag de burgerlijke partij reageren op de voorgenomen beslissing over verdere vervolging van de onderzoeksrechter (artikel 175 CPP), waarbij de mogelijkheid bestaat om te verzoeken om aanvullend onderzoek. Ten slotte kan het slachtoffer als burgerlijke partij beroep aantekenen tegen de beslissing die de onderzoeksrechter aan het einde van het gerechtelijk vooronderzoek neemt over verdere vervolging (artikel 186-1 CPP) en verder tegen elke beslissing van de onderzoeksrechter die de rechten van de burgerlijke partij raakt.

De positie van het slachtoffer als burgerlijke partij is tijdens de berechting eveneens sterk. Zo kan het slachtoffer beroep aantekenen tegen uitspraken van de rechter die in zijn nadeel – in verband met het verwezenlijken van het recht op schadevergoeding – zijn. Daartegenover staat wel dat het slachtoffer dat burgerlijke partij is, niet meer als getuige kan worden gehoord op zitting; het slachtoffer kan nog enkel ter informatie worden gehoord en zonder beëdiging. Bij de berechting oordeelt de strafrechter in beginsel altijd over een ingediende schadeclaim.

Het eigen recht tot rauwelijks dagvaarden van de verdachte wordt door slachtoffers nauwelijks benut. Dit recht lijkt alleen een rol te spelen in zaken van smaad en laster.

Er valt in de Franse praktijk de nodige kritiek te beluisteren op de effecten van de burgerlijke partijstelling. Een veel gehoord bezwaar is de vertraging in het strafrechtelijk onderzoek die de positie van het slachtoffer veroorzaakt. Teneinde het slachtoffer als benadeelde partij zijn positie te laten bepalen is in de procedure (gerechtelijk vooronderzoek) telkens een termijn voorzien waarbinnen het slachtoffer zijn reactie kan geven op een beslissing tot (verdere) vervolging, nader onderzoek enzovoort. Daarnaast spelen ook voorbeelden van oneigenlijk gebruik of misbruik, waarbij vooral wordt gewezen op het indienen van een klacht met burgerlijke partijstelling bij de onderzoeksrechter.[45] Er wordt gesproken van een '*instrumentalisation de la justice pénale*' door ondernemers, die geschillen in zakelijke sfeer uitvechten door tegen elkaar klachten in te dienen.[46] In reactie op deze en andere ontwikkelingen probeert de wetgever drempels op te werpen voor het indienen van een klacht met burgerlijke partijstelling: er moet bijvoorbeeld een borgsom worden betaald (artikel 88 CPP) die kan worden verhoogd als op verzoek van het slachtoffer (duur) deskundigenonderzoek wordt verricht (artikel 88-2 CPP).[47] Voorts zijn als aanvullende eisen voor de ontvankelijkheid van een klacht met bur-

45. Pradel 2017, p. 696; Beaume & Natali 2018, p. 23.
46. J-M. Coulon, *La dépénalisation de la vie des affaires*, Parijs: La Documentation française 2008, p. 79-80.
47. Coulon 2008, p. 80-83.

gerlijke partijstelling gesteld dat het slachtoffer eerst een sepotbeslissing van de officier van justitie heeft ontvangen, en dat er ten minste drie maanden zijn verstreken sinds hij aangifte heeft gedaan (artikel 85, tweede lid, CPP). Niet verplicht maar wel mogelijk is het in 2004 ingevoerde alternatief van indiening van een bezwaarschrift tegen de beslissing tot niet-vervolging van de officier van justitie bij de procureur-generaal.[48] Ook kunnen sancties volgen als blijkt dat de burgerlijke partijstelling heeft plaatsgevonden op oneigenlijke gronden; op grond van artikel 177-2 CPP kan bijvoorbeeld ingeval een gerechtelijk vooronderzoek dat is geopend op basis van een klacht met burgerlijke partijstelling eindigt in een buitenvervolgingstelling, door de onderzoeksrechter een boete van maximaal 15.000 euro worden opgelegd.

Een meer theoretisch argument tegen de sterke positie van het slachtoffer in het Franse strafproces is dat de rechten van het slachtoffer inmiddels het formele doel van herstel en schadevergoeding lijken te overstijgen: het lijkt meer te gaan om het meewerken van het slachtoffer (en zijn advocaat of andere belangenvertegenwoordigers) aan de vervolging van de verdachte.[49]

Het Franse recht kent een vorm van burgerlijke partijstelling die nadere uitleg verdient. Rechtspersonen die zich als belangenorganisatie inzetten voor de belangen van slachtoffers van verschillende vormen van criminaliteit, voor verkeersveiligheid, dierenbescherming, gehandicaptenzorg of als vakbond enzovoort kunnen namelijk optreden als burgerlijke partij in een strafzaak (zie artikelen 2-1 tot en met 2-23 CPP). Daarvoor moeten zij door de wet zijn erkend als een organisatie van algemeen belang en vaak worden tevens bepaalde relevante strafbare feiten aangewezen waar het recht van de organisatie om zich burgerlijke partij te stellen zich tot beperkt. Waar deze organisaties eerst werden gezien als steun voor het individuele slachtoffer, een belangenbehartiger, heeft langzamerhand een ontwikkeling plaatsgevonden naar een andere positie: het in breder maatschappelijk verband opkomen voor de rechten van bepaalde (minderheids)groepen in de samenleving of bepaalde rechtsgoederen. Dat is niet zonder meer logisch: dit raakt aan de rol van het openbaar ministerie dat de *action publique* immers uitoefent als vertegenwoordiger van de samenleving.[50]

In zijn eerste rapport over de modernisering van het Franse strafprocesrecht kwam Beaume in 2014 tot de conclusie dat de rechten van het slachtoffer als burgerlijke partij betekenen dat het slachtoffer in de gelegenheid moet worden gesteld in

48. Artikel 40-3 CPP.
49. Het gaat dan vooral om de mogelijkheden om aan het onderzoek deel te nemen; zie Pradel 2017, p. 286-288.
50. D. Salas, Préface, in: S. Humbert & F. Ludwiczak, *Juste victime dans le procès pénal*, Parijs: Ed. l'Harmattan 2011, p. 11-17.

debat te treden over strafvorderlijke beslissingen.[51] Maar een volledige gelijkschakeling met de positie van de verdachte was volgens hem niet aan de orde. In zijn tweede rapport doet Beaume zelfs de aanbeveling om de burgerlijke partijstelling van het slachtoffer verder in te kaderen – zonder aan te geven hoe dit precies zou moeten geschieden. Als opties noemt hij het verhogen van de borgsom, een langere termijn na de aangifte voordat het slachtoffer zich tot de onderzoeksrechter kan wenden, of het – als tussenstap – verplicht stellen van het indienen van een bezwaarschrift tegen een sepotbeslissing bij de procureur-generaal (thans facultatief, zie artikel 40-3 CPP). Beaume wijst verder op het belang van een heldere motivering van de beslissing om niet te vervolgen door de officier van justitie en van een tijdige beslissing van de procureur-generaal op een bezwaarschrift van het slachtoffer tegen niet-vervolging door de officier van justitie.[52]

3.3 De rechter

Misdrijven worden in Frankrijk berecht door de rechtbank (*Tribunal correctionnel*), hoger beroep is mogelijk bij het gerechtshof (*Cour d'appel*) en beroep in cassatie bij het *Cour de cassation*. Een uitzonderlijke positie in de rechterlijke organisatie neemt het juryhof, het *Cour d'assises* in. Een Cour d'assises is niet verbonden aan een arrondissement of een ressort, maar aan een van de 102 departementen (bestuurlijke regio's) in het land. Het Cour d'assises wordt apart samengesteld voor de berechting van een zaak.

De *Conseil supérieur de la magistrature* is verantwoordelijk voor de benoeming van rechters en voor eventuele sancties wegens niet goed functioneren. De Conseil is niet belast met het beheer van de gerechten en beleid voor de rechtspraak, waarmee de Raad voor de rechtspraak zich in Nederland bezighoudt. De Conseil treedt op in een formatie rechtspraak en een formatie openbaar ministerie (respectievelijk voorgezeten door de president van het Cour de cassation en de procureur-generaal bij het Cour de cassation). Deze formaties bestaan uit magistraten die in hun functie zijn gekozen door hun collega-magistraten, en buitenstaanders gekozen door het parlement en hoge colleges van staat. De buitenstaanders zijn in de meerderheid. De formaties behandelen zaken van plichtsverzuim en spelen een rol bij benoemingen. Voor de belangrijkste functies binnen de rechtspraak (de voordracht van leden van het Cour de cassation en presidenten van hoven en rechtbanken) doet de Conseil een bindende voordracht aan de President. Voor de overige functies brengt de Conseil een advies uit, waarna bij positief advies een benoeming door de President van de Republiek kan plaatsvinden. Magistraten belast met

51. Beaume 2014, p. 16-17.
52. Beaume & Natali, 2018, p. 23.

rechtspraak zijn niet tegen hun wil verplaatsbaar, zelfs niet als dit gepaard gaat met een promotie.

Voor de aanstelling van een magistraat als onderzoeksrechter geldt dat deze in zijn functie volgens dezelfde procedure als bij een nieuwe benoeming wordt benoemd (ook al blijft hij rechter in dezelfde rechtbank) (artikel 50 CPP). De aanstelling geldt voor onbepaalde tijd. De onderzoeksrechter kan alleen tegen zijn zin door disciplinaire sanctie of promotie zijn functie verlaten – niet te verwarren met ontzetting uit dossier (daarvoor bestaat een aparte procedure). Onderzoeksrechters mogen niet langer dan tien jaar bij dezelfde rechtbank hun functie vervullen.

Van oudsher trad de raadkamer van het gerechtshof, de *Chambre d'instruction*, op in een tweede fase van gerechtelijk vooronderzoek bij zware misdrijven.[53] In 2000 is hier verandering in gekomen: ook bij zware misdrijven die moeten worden berecht door het Cour d'assises kan directe verwijzing door de onderzoeksrechter naar het Cour d'assises plaatsvinden. De Chambre d'instruction heeft echter nog steeds een aantal belangrijke taken:

- het houden van toezicht op het verloop van het gerechtelijk vooronderzoek;
- het fungeren als beroepsinstantie tegen beschikkingen van de onderzoeksrechter of de *juge des libertés*;
- de beoordeling van vormverzuimen in het vooronderzoek;
- als disciplinaire rechter beslissen over ambtsverzuim van opsporingsambtenaren (artikel 224 tot en met 227 CPP);[54]
- het beslissen over verzoeken tot uitlevering of overlevering van opgeëiste personen.[55]

Om een einde te maken aan de 'dubbelrol' van de onderzoeksrechter is in 2000 een nieuwe rechter in het vooronderzoek gecreëerd, de *juge des libertés et de la détention*.[56] Het gaat om een rechter in de functie van vicepresident van de rechtbank, die parttime, of in sommige grote rechtbanken voltijds, een functie als machti-

53. De voormalige 'Chambre d'accusation'. Bestaande uit een fulltime, apart in die functie benoemde president en twee bijzitters – die part time kunnen zijn.
54. Recent is deze taak door het geven van aanvullende bevoegdheden nog meer kracht bijgezet. Zo bepaalt artikel 229-1 CPP sinds de wetswijziging van 2016: 'En cas de manquement professionnel grave ou d'atteinte grave à l'honneur ou à la probité par une des personnes mentionnées à l'article 224 ayant une incidence sur la capacité d'exercice des missions de police judiciaire, le président de la chambre de l'instruction, saisi par le procureur général près la cour d'appel dans le ressort de laquelle la personne exerce habituellement ses fonctions, peut, sans préjudice des sanctions disciplinaires administratives qui pourraient être prononcées, décider immédiatement qu'elle ne pourra exercer ses fonctions de police judiciaire pour une durée maximale d'un mois. Cette décision prend effet immédiatement. Elle est notifiée, à la diligence du procureur général, aux autorités dont dépend la personne.'
55. Pradel 2017, p. 141-142.
56. Artikel 137-1, tweede lid, CPP.

gingsrechter voor de toepassing van dwangmiddelen (voornamelijk voorlopige hechtenis) vervult. Langzaamaan breidt het takenpakket van de juge des libertés zich uit: hij treedt op als machtigingsrechter voor de inzet van bijzondere opsporingsbevoegdheden of als arbiter bij tegengestelde belangen van de officier van justitie en de verdediging in het opsporingsverzoek. Zo dient hij toestemming te geven voor verlenging van de inverzekeringstelling wanneer die langer dan 48 uur duurt en verstrekt hij de machtiging voor doorzoeking van een woning in kader van de enquête préliminaire.

3.4 De verdediging

De positie van de verdachte en diens raadsman (tezamen: verdediging) is in Franse recht altijd relatief zwak geweest. Het Franse strafproces vindt zijn oorsprong immers grotendeels in het inquisitoire strafproces.[57] Een belangrijk kenmerk is het *secret de l'instruction* (onderzoeksgeheim) – dat nog steeds bestaat maar in de loop der tijd van betekenis is veranderd: van voor de verdachte geheim onderzoek, naar vertrouwelijk omgaan met opsporingsinformatie, zodat het onderzoek zelf noch de rechten van personen worden geschaad. Typerend voor de positie van de verdediging was ook dat tot enkele decennia geleden alleen de raadsman toegang tot het procesdossier kon verkrijgen, maar de verdachte niet; tot 2000 was het de raadsman tijdens het vooronderzoek ook niet toegestaan de verdachte te informeren over hetgeen hij in het procesdossier had aangetroffen.

Bij aanhouding en inverzekeringstelling treden de rechten in werking die volgen uit de richtlijn recht op informatie en de richtlijn recht op toegang tot een raadsman (artikel 803-6 CPP). Buiten het geval van aanhouding zijn voor de verdachte slechts het recht op vertaling en vertolking van kracht (artikel 803-5 CPP) en het recht op informatie (artikel 61-1 CPP).

Een uitzondering op de karige rechten van de verdediging vormt het recht op consultatiebijstand voor verdachten voorafgaand aan een verhoor, dat al bestaat sinds 1993. Enkele jaren geleden – in 2011 – is mede naar aanleiding van de (destijds ontwerp-) EU-richtlijn toegang tot een raadsman, het consultatierecht uitgebreid met een recht op bijstand door een raadsman tijdens het politieverhoor. Voor Franse begrippen ging het om een radicale wijziging. Het betreft een volledig aanwezigheidsrecht (artikel 63-4-1 CPP). De advocaat heeft het recht om vragen te stellen aan het einde van het verhoor en opmerkingen te laten opnemen in het dossier (artikel 63-4-3 CPP). De aanwezigheid van de raadsman tijdens het verhoor kan worden opgeschort op bevel van de officier van justitie (12 uur), indien dit noodza-

57. Een notoire uitzondering op het inquisitoire strafproces is juryrechtspraak voor zware misdrijven, die al sinds de Franse Revolutie bestaat.

kelijk is gelet op de feiten en omstandigheden van het onderzoek. De *juge des libertés et de la détention* kan de aanwezigheid van de raadsman voor nog eens 12 uur uitsluiten (bij een misdrijf dat wordt bedreigd met ten minste een maximumstraf van vijf jaar gevangenisstraf) (artikel 63-4-2 CPP).

Toch zijn er nog altijd tekenen van terughoudendheid in de toekenning van verdedigingsrechten. In het kader van de bijstand tijdens het politieverhoor heeft de advocaat geen toegang tot de processtukken. Hij kan enkel het proces-verbaal met betrekking tot notificatie van het recht op informatie, het proces-verbaal inzake de inverzekeringstelling en processen-verbaal van eerdere verhoren inzien (zonder recht tot het maken van kopieën) (artikel 63-4-1 CPP).

Een meer volwaardige positie voor de verdediging ontstaat pas tijdens het gerechtelijk vooronderzoek, op grond van de *mise en examen* van de verdachte. De verdachte heeft te allen tijde het recht op bijstand door een advocaat. De verdediging heeft in het gerechtelijk vooronderzoek inzage in de processtukken (artikel 116 CPP) en kan aan de waarheidsvinding een bijdrage leveren door om onderzoekshandelingen te verzoeken (artikel 82-1 CPP).

Dit alles betekent dat er buiten het geval van vrijheidsbeneming een zeer groot verschil blijft bestaan qua verdedigingsrechten tussen het opsporingsonderzoek en het gerechtelijk vooronderzoek, vooral als wordt gelet op de mogelijkheden om vanuit het verdedigingsbelang daadwerkelijk een bijdrage aan het onderzoek te leveren. Een enkele uitzondering is voorzien: zo is het sinds kort mogelijk om een verzoek tot toegang tot processtukken te doen als het opsporingsonderzoek meer dan een jaar loopt (artikel 77-2 CPP).

4 Het vooronderzoek

4.1 Inleiding

In de Code de procédure de procédure pénale is de regeling van het vooronderzoek chronologisch beschreven. Opsporingsbevoegdheden en dwangmiddelen komen aan de orde naar gelang zij in de loop van een onderzoek naar een strafbaar feit voor toepassing in aanmerking komen. Deze wijze van ordening van het wetboek is steeds aangehouden, maar toch is in 2004 een aparte catalogus van bijzondere opsporingsbevoegdheden en dwangmiddelen aan het einde van het wetboek gepositioneerd – in het boek bijzondere procedures (boek 4). Het gaat specifiek om bevoegdheden die in het kader van onderzoek naar georganiseerde criminaliteit, financieel-economische criminaliteit of terrorisme worden toegepast *naast* de

beschrijving van het opsporingsonderzoek en bevoegdheden in boek 1.[58] Het maakt de toepasselijke regelgeving voor dergelijk onderzoek weinig overzichtelijk.

Het vooronderzoek in strafzaken bestaat uit twee soorten opsporingsonderzoek (*enquête préliminaire* en *enquête de flagrance*) en het gerechtelijk vooronderzoek. Het vooronderzoek vormt ten opzichte van het eindonderzoek een afgescheiden geheel. Het vooronderzoek eindigt met een verwijzing naar de zittingsrechter (door de onderzoeksrechter), dagvaarding (door de officier van justitie) of alternatieve afdoening (door de officier van justitie, al dan niet met akkoord van de zittingsrechter). Een belangrijk uitgangspunt is dat de controle op het vooronderzoek in beginsel plaatsvindt tijdens of aan het einde van het vooronderzoek; niet tijdens het onderzoek ter terechtzitting. Tegen beslissingen genomen in het vooronderzoek bestaan ruime mogelijkheden tot beroep en cassatie. Doorgaans wordt de beslissing op ingestelde rechtsmiddelen afgewacht vooraleer wordt aangevangen met het onderzoek ter terechtzitting. Een van de gevolgen is wel dat het vooronderzoek lang duurt.[59] Pas als alles is afgewikkeld, begint het onderzoek ter terechtzitting – waar de zittingsrechter vervolgens niet meer hoeft terug te blikken op de wijze waarop het vooronderzoek is verricht en op de rechtmatigheid van onderzoekshandelingen; de zittingsrechter kan zich concentreren op beoordeling van hetgeen het vooronderzoek aan bewijs heeft opgeleverd.

4.2 Het opsporingsonderzoek

Het onderzoek naar strafbare feiten waarvan de dader ontdekt wordt op heterdaad of bij strafbare feiten die op het moment van ontdekking net gepleegd zijn (artikel 56 CPP e.v.) heeft nog steeds een aparte plaats in het wetboek. Ratio is dat bij heterdaad met een doelgerichte toepassing van onderzoekshandelingen het strafbare feit mogelijk snel kan worden opgelost. Kenmerkend voor het onderzoek is dat opsporingsambtenaren een groot aantal opsporingsbevoegdheden en dwangmiddelen zelfstandig mogen inzetten. Meest in het oog springend: de doorzoeking van een woning zonder machtiging van een rechter. Een interessant gegeven is ook dat artikel 74-1 CPP het onderzoekskader van de *enquête de flagrance* van toepassing verklaart op het onderzoek naar vermiste personen indien de vermissing kan worden aangemerkt als verontrustend of verdacht. Het heterdaadonderzoek mag maximaal acht dagen duren. Daarna moet worden overgeschakeld naar de *enquête préliminaire* of moet een gerechtelijk vooronderzoek worden gevorderd.

58. Zie de artikelen 704 tot en met 706-182 CPP.
59. V. Carrasco & L. Viard-Guillot, Les durées de traitement des affaires pénales par la justice, *Infostat Justice* 2015, nr. 134, Ministère de la Justice, p. 3: de berechting in eerste aanleg van zaken waarin een gerechtelijk vooronderzoek is ingesteld, vindt gemiddeld plaats na meer dan 3,5 jaar.

De *enquête préliminaire* is het normale opsporingsonderzoek (artikel 75 e.v. CPP). Lange tijd konden in dit opsporingsonderzoek nauwelijks dwangmiddelen worden toegepast, maar dat is sinds de wetswijzigingen van 2000 en 2004 anders. Er is een serie opsporingsbevoegdheden beschikbaar, die kunnen worden toegepast door opsporingsambtenaren die het onderzoek verrichten, al dan niet na een bevel van de officier van justitie of met toestemming van de *juge des libertés*. Van belang is erop te wijzen dat veel van de bevoegdheden in het opsporingsonderzoek zijn voorbehouden aan de *officier de police judiciaire* (OPJ), een politiefunctionaris in een hogere rang – enigszins te vergelijken met onze hulpofficier van justitie. De OPJ krijgt zijn opsporingsbevoegdheid verleend door de procureur-generaal. Hij is voorwerp van een jaarlijkse evaluatie door de hoofdofficier van justitie van het arrondissement waarin hij werkzaam is. De Chambre d'instruction treedt op als disciplinaire rechter in geval van plichtsverzuim van de OPJ.[60] In het Franse recht wordt sterk gehecht aan deze vorm van toezicht op het functioneren van opsporingsambtenaren.[61]

In de praktijk is het vooral de *enquête préliminaire* die de politie een onderzoekskader biedt, waarbinnen zij op basis van (eigen) prioriteiten zelfstandig onderzoek kan doen. Er zijn geen formele vereisten om dit opsporingsonderzoek te openen en vaak wordt de opening niet aan de officier van justitie gemeld.[62] Pas zes maanden na opening moet de politie de officier van justitie op de hoogte stellen van (de voortgang van) het onderzoek.[63] Wel komt het sinds een tiental jaren vaker voor dat de officier van justitie juist zelf de opdracht geeft tot opening van een opsporingsonderzoek.[64]

De betrokkenheid van de officier van justitie in het opsporingsonderzoek kan tegen deze achtergrond sterk verschillen. Bij heterdaad, misdrijven die de politie zelf vaststelt of andere vormen van reactief onderzoek – bijvoorbeeld onderzoek dat snel kan volgen op een aangifte – wordt sinds twee decennia in de praktijk de systematiek van *traitement en temps réel* gebruikt. Het openbaar ministerie heeft zich zo georganiseerd dat er een telefonische intake van deze zaken kan plaatsvinden. De politie wordt door de officier van justitie direct gestuurd, bijvoorbeeld met een concrete vraag om nog een aanvullende onderzoekshandeling te verrichten. Vervolgens kan de officier van justitie snel een afdoeningsmodaliteit kiezen: alternatieve afdoening (voorwaardelijk sepot), een schikking, snelrecht of dagvaarding

60. Zie nader Verrest 2001, p. 56.
61. Beaume & Natali 2018, p. 13-14.
62. Hoewel artikel 19 CPP bepaalt dat de officier van justitie op de hoogte moet worden gesteld van de vaststelling van een strafbaar feit.
63. Beaume (2014) wilde meer grenzen opnemen; bijv. een maximale duur van 1 jaar, waarna het onderzoek alleen nog met toestemming van het openbaar ministerie zou kunnen worden voortgezet (p. 38-39).
64. Verrest 2011, p. 197-198.

bij proces-verbaal. Dit zal meestal gepaard gaan met voorgeleiding, maar dat hoeft niet (denk aan afdoening met een *ordonnance pénale*, of *citation par procès verbal*). Uit onderzoek blijkt dat zaken die voorwerp zijn geweest van *traitement en temps réel* veel sneller worden afgehandeld dan zaken waarbij dezelfde afdoeningsmodaliteit wordt gekozen, maar waarop geen *traitement en temps réel* is losgelaten.[65]

In zijn rapport over de positie van het openbaar ministerie (2013) kwam toenmalig procureur-generaal bij het Cour de cassation Nadal tot de aanbeveling om de controle van het openbaar ministerie op de politie te vergroten. De officier van justitie zou meer richting moeten geven aan het opsporingsonderzoek en de resultaten moeten kunnen controleren. Verder zou het openbaar ministerie zijn prioriteiten voor de opsporing moeten kunnen doorzetten in de relatie met de politie: in Frankrijk luistert de politie eerst en vooral naar de wensen van het ministerie van Binnenlandse Zaken.[66] Beaume kwam in zijn rapport van 2014 tot een andere analyse – deels op basis van een focus op opsporingsonderzoek naar andere soorten strafbare feiten (veelvoorkomende criminaliteit). Hij stelt dat het openbaar ministerie in het onderzoek naar kleinere strafbare feiten al veel meer de regie is gaan voeren. De politie vindt dat vervelend, voelt zich afhankelijk en ervaart veel moeite om contact te krijgen met officieren van justitie. Het openbaar ministerie zou een stap terug moeten doen; meer afstand moeten houden tot het onderzoek om in alle vrijheid de rechtmatigheid van het onderzoek te controleren en een vervolgingsbeslissing te nemen. En om als autoriteit te kunnen optreden waar het gaat om het waarborgen van fundamentele rechten.[67]

In het opsporingsonderzoek geldt geen eenduidige definitie van verdachte. Artikel 61-3 CPP bepaalt evenwel dat toegang tot een raadsman moet worden verschaft aan degene tegen wie '*des raisons plausibles de soupçonner qu'elle a commis ou tenté de commentre un crime ou un délit puni d'emprisonnement*' bestaan.

4.3 Het gerechtelijk vooronderzoek

De officier van justitie vordert na het opsporingsonderzoek of heterdaadonderzoek in een aantal gevallen de opening van een gerechtelijk vooronderzoek (*information judiciaire*). Drie concrete redenen daartoe bestaan:

- de opening van een gerechtelijk vooronderzoek is verplicht in geval van een zwaar misdrijf (artikel 79 CPP);
- de opening van een gerechtelijk vooronderzoek is noodzakelijk om de verdachte in voorlopige hechtenis te kunnen nemen (artikel 143-1 CPP);

65. Carrasco & Viard-Guillot 2015, p. 4-5.
66. Commission de modernisation de l'action publique, *Refonder le ministère public*, Parijs: Ministère de la Justice 2013, p. 70.
67. Beaume 2014, p. 27-30.

– de opening van een gerechtelijk vooronderzoek is nodig omdat bepaalde onderzoeksbevoegdheden nodig zijn die aan de onderzoeksrechter zijn voorbehouden.

De eerste twee redenen volgen uit de wet. Deze derde reden doet zich minder voor dan voorheen: het gerechtelijk vooronderzoek biedt ten opzichte van het opsporingsonderzoek enkel extra mogelijkheden dat een aantal (bijzondere) opsporingsbevoegdheden kan worden toegepast, de onderzoeksrechter deskundigenonderzoek kan gelasten en getuigen onder ede kan horen.

De genoemde redenen leveren tezamen uiteindelijk in drie procent van de strafbare feiten die zijn ingeschreven bij het openbaar ministerie, een gerechtelijk vooronderzoek op.[68] Vooral in geval van ernstige misdrijven (levensdelicten, terrorisme, overvalcriminaliteit) bestaat nog een 'traditioneel' schema voor het verloop van het vooronderzoek, waarin het onderzoek aanvangt met enkele dagen *enquête de flagrance*, waarna de opening van een gerechtelijk vooronderzoek volgt.

Het gerechtelijk vooronderzoek wordt qua te onderzoeken strafbare feiten ingekaderd door de vordering van de officier van justitie (*saisine in rem).* Wil de onderzoeksrechter onderzoek doen naar andere feiten dan die welke de officier van justitie heeft genoemd in zijn vordering tot opening van het gerechtelijk vooronderzoek, dan is een aanvullende vordering nodig. De instelling van een gerechtelijk vooronderzoek heeft belangrijke gevolgen. Het opsporingsonderzoek naar de feiten houdt op. De leiding van onderzoek gaat over van de officier van justitie op de onderzoeksrechter. Ook het beheer en de samenstelling van het procesdossier worden de verantwoordelijkheid van de onderzoeksrechter.

De taak van de onderzoeksrechter is om de feiten waarvoor het gerechtelijk vooronderzoek is ingesteld *à charge* en *à decharge* te onderzoeken.[69] Daartoe kan hij alle onderzoekshandelingen verrichten die hij nuttig acht voor de waarheidsvinding (artikel 81, eerste lid, CPP). De verdachte op wie het strafrechtelijk onderzoek is gericht, wordt meestal aan het begin van het gerechtelijk vooronderzoek tot voorwerp van onderzoek verklaard: *mis en examen.* Het betreft de oude 'in staat van beschuldigingstelling'. De *mise en examen* geschiedt wanneer er ernstige bezwaren bestaan tegen de verdachte – *des indices graves ou concordants* (artikel 80-1 CPP). Een belangrijke voorwaarde voor de toepassing van voorlopige hechtenis dat de verdachte eerst tot voorwerp van onderzoek is verklaard (artikel 116 CPP).

68. Carrasco & Viard-Guillot 2015, p. 3.
69. De verplichting tot onderzoek à decharge is enigszins vreemd: die vloeit toch voort uit de rechterlijke onafhankelijkheid en onpartijdigheid die de kern van de rol van de rechter-commissaris vormen.

De status van *mis en examen* levert de verdachte een aantal rechten op:
- verplichte bijstand door een advocaat tijdens het verhoor door de onderzoeksrechter (verhoor wordt audiovisueel opgenomen);
- kennisneming van het procesdossier (artikel 114 CPP); zij het dat de onderzoeksrechter zich kan verzetten tegen het verstrekken van bepaalde onderdelen uit het dossier, maar enkel op grond van het risico van repercussies voor personen (slachtoffer, politiefunctionarissen);
- een verzoek aan de onderzoeksrechter om onderzoekshandelingen te (laten) verrichten.

Tijdens het gerechtelijk vooronderzoek dient de onderzoeksrechter een aantal onderzoekshandelingen te allen tijde zelf te verrichten: dat geldt in het bijzonder voor het verhoor van de verdachte. De onderzoeksrechter kan het verhoor van de verdachte niet delegeren aan de politie. Voor het overige verstrekt de onderzoeksrechter door middel van een zogenoemde *commission rogatoire* opdracht aan de politie om het onderzoek naar het misdrijf voort te zetten, waarbij hij al dan niet specifieke onderzoekshandelingen vermeldt.[70] Opsporingsambtenaren kunnen op grond van de rogatoire commissie over dezelfde opsporingsbevoegdheden beschikken als de onderzoeksrechter: bijvoorbeeld in de vorm van gedelegeerd getuigenverhoor het horen van getuigen (die verplicht zijn te verschijnen en onder ede te verklaren: artikel 153 CPP) of doorzoeking. De onderzoeksrechter controleert de resultaten van de onderzoekshandelingen van de opsporingsambtenaren handelend op basis van een *commission rogatoire*. Voor de toepassing van bijzondere opsporingsbevoegdheden moet de onderzoeksrechter expliciet toestemming verlenen; zoals de telefoontap (artikel 100 CPP).

De onderzoeksrechter heeft een sterke positie in het gerechtelijk vooronderzoek: hij bepaalt alleen (maar op basis van het werk van de politie) de richting van het onderzoek. Daartegenover staat de verplichting van het voorleggen van beslissingen over de *mise en examen*, de afsluiting van het onderzoek en andere formele beslissingen (bijvoorbeeld over vormverzuimen, beschikking op een verzoek tot deskundigenonderzoek van de verdediging), aan de officier van justitie, zodat deze daarover zijn oordeel kan geven. De partijen (dus ook de verdediging en de benadeelde partij) hebben bijvoorbeeld de mogelijkheid om op een opdracht tot deskundigenonderzoek te reageren, aanvullende vragen aan de deskundige te laten stellen, een tussenrapportage te vragen of een tweede expert te laten benoemen (artikel 161-1 CPP). Daarnaast dient de onderzoeksrechter elke zes maanden de burgerlijke partij te informeren over de voortgang van het gerechtelijk vooronderzoek (artikel 90-1 CPP).

70. Artikelen 81, vierde lid, 151 en 152 CPP.

Van belang is te wijzen op de rol die het gerechtelijk vooronderzoek speelt bij het toetsen van de rechtmatigheid van onderzoekshandelingen, verricht zowel voorafgaand aan als tijdens het gerechtelijk vooronderzoek (artikelen 170 e.v. CPP). De wijze waarop vormverzuimen aan de orde kunnen worden gesteld is strak geregeld – de verdachte of de burgerlijke partij moeten dat doen ter gelegenheid van elk verhoor door de onderzoeksrechter (artikel 173-1 CPP), maar de effecten zijn belangrijk. Een mogelijk vormverzuim kan nietigheid opleveren, als het gaat om een *nullité substantielle*; daarvan is sprake als de rechten van een procespartij zijn geschaad (artikel 172 CPP). Het is aan de Chambre d'instruction om over uitsluiting van de onderzoekshandeling te beslissen (artikel 173 CPP). Zie hierover verder paragraaf 7.4.

Aan het einde van het gerechtelijk vooronderzoek wordt in stappen toegewerkt naar de beslissing van de onderzoeksrechter (artikel 175 e.v. CPP). De onderzoeksrechter stuurt het procesdossier aan de officier van justitie, aan de verdediging en aan de burgerlijke partij. Zij hebben één maand (bij een verdachte die in voorlopige hechtenis is) of drie maanden om hun standpunt te bepalen en mede te delen aan de onderzoeksrechter. Daarbij kunnen verzoeken tot het verrichten van onderzoekshandelingen worden gedaan of de signalering van een vormverzuim. Vervolgens is er gelegenheid voor reactie op de ingenomen standpunten van de andere partijen (tien dagen of een maand). Daarna kan de onderzoeksrechter een eindbeslissing nemen.

Vooral in deze sluitingsprocedure komt het karakter van het gerechtelijk vooronderzoek naar voren: het vormt een tweede fase van het vooronderzoek waarin de verdachte is aangehouden en het onderzoek inhoudelijk wordt aangevuld en wordt gecontroleerd, met het oog op een volledige en evenwichtige voorbereiding van het eindonderzoek.[71]

Het aldus panklaar maken voor berechting van de zaak heeft wel zo zijn prijs. Vooral een lange tijdsduur: een gerechtelijk vooronderzoek duurde in 2016 gemiddeld 30,5 maanden.[72] Het tijdsverloop komt vervolgens ook tot uitdrukking in de tijd die het duurt voordat een zaak door de rechter (in eerste aanleg) wordt berecht – 78 procent van de zaken komt niet binnen twee jaar bij de zittingsrechter.[73] Onderzoek wees uit dat er in 2014 tussen inschrijving van een zaak bij het openbaar ministerie en berechting door de rechtbank in eerste aanleg gemiddeld vier jaar was verstreken ingeval er een gerechtelijk vooronderzoek had plaatsgevon-

71. Eerder heb ik betoogd dat hierin oorspronkelijk ook de bestaansgrond van de rol van de onderzoeksrechter in het Franse recht ligt: Verrest 2011, p. 48.
72. Bron: *Les chiffres-clés de la Justice 2017*, p. 16. Het betrof wederom een toename ten opzichte van 2015 (29,9 maanden).
73. Carrasco & Viard-Guillot 2015, p. 3.

den,[74] ondanks het toezicht op de voortgang dat de president van de Chambre d'instruction uitoefent en allerlei motiveringsplichten voor de onderzoeksrechter naarmate het gerechtelijk vooronderzoek langere tijd duurt.[75] Het verband met de lange duur van voorlopige hechtenis lijkt ook evident, maar er zijn wel positieve effecten waarneembaar van het stellen van termijnen voor de maximumduur van de voorlopige hechtenis.[76]

Het tijdsbestek van het onderzoek en de grote verantwoordelijkheid voor het onderzoek die ligt bij een enkele rechter, zijn aanleiding geweest om nadrukkelijk de mogelijkheid in de wet te voorzien om bij complexe zaken meerdere onderzoeksrechters aan te stellen (artikel 83-1 CPP). In 2007 is naar aanleiding van de rechterlijke dwaling in de zaak *Outreau*[77] zelfs in de wet opgenomen dat elk gerechtelijk vooronderzoek door een college van drie onderzoeksrechters zou moeten plaatsvinden.[78] Inmiddels is deze bepaling eind 2016 uit het wetboek geschrapt, nadat eerst de inwerkingtreding jaren was uitgesteld. Om uitvoering te geven aan de bepaling zouden 300 onderzoeksrechters extra nodig zijn geweest: dat blijkt niet haalbaar.[79]

5 De regeling van opsporingsbevoegdheden en dwangmiddelen

5.1 (Bijzondere) opsporingsbevoegdheden

In het opsporingsonderzoek kunnen verschillende opsporingsbevoegdheden worden toegepast. Ik bespreek de belangrijkste.

De doorzoeking van alle plaatsen, inclusief een woning, kan in de *enquête de flagrance* plaatsvinden door een opsporingsambtenaar (in de rang van OPJ) ter inbeslagneming van bewijsmateriaal (artikel 56 CPP). Er kan tijdens de doorzoeking een kopie worden gemaakt van gegevens. Vereist is de verdenking van betrokkenheid van een persoon bij een zwaar misdrijf. Verder kan doorzoeking plaatsvinden van elke plaats ter inbeslagneming van vermogensbestanddelen die vatbaar zijn voor confiscatie. Zonder nadere vereisten inzake de verdenking kan tijdens een

74. G. Vaney, La détention provisoire des personnes jugées en 2014, *Infostat Justice* 2016, nr. 146, p. 4.
75. Zie o.a. artikel 221 CPP.
76. Vaney 2016, p. 4.
77. Een jonge onderzoeksrechter leidde een gerechtelijk vooronderzoek naar zedenmisdrijven gepleegd tegen jonge kinderen. Al snel kreeg het onderzoek een enorme dimensie: er leek sprake van een omvangrijk netwerk rond het kindermisbruik. Na enige tijd werd vastgesteld dat tegen het grootste deel van de (inmiddels) tientallen verdachten die in voorlopige hechtenis waren genomen geen (enkel) bewijs van betrokkenheid bestond. Zie Verrest 2011, p. 190-195.
78. Een belangrijke reden vormde ook het voorkomen van fouten.
79. Pradel 2017, p. 138; D. Zerouki Cottin, La mise au rebut du juge d'instruction français, in: L. Kennes & D. Scalia (red.), *Du juge d'instruction vers le juge de l'enquête*, Brussel: Anthémis 2017, p. 186-187; Verrest 2011, p. 195.

doorzoeking onderzoek in computernetwerken geschieden (artikel 57-1 CPP). Ook is het vorderen van gegevens (artikel 60-1 CPP) mogelijk en een bevel tot het bewaren en het verstrekken van verkeersgegevens (artikel 60-2 CPP). Verlangd wordt enkel dat de desbetreffende informatie in het belang van het onderzoek is of kan bijdragen aan de waarheidsvinding.

Tijdens de *enquête préliminaire* bestaan dezelfde bevoegdheden. Alleen is dan voor het vorderen van gegevens en voor het vorderen van verkeersgegevens toestemming nodig van de officier van justitie (artikelen 77-1-1 en 77-1-2 CPP). Een doorzoeking van een woning kan enkel plaatsvinden met toestemming van de bewoner (artikel 76 CPP). Een uitzondering op laatstgenoemde regel bestaat als een doorzoeking van een woning geschiedt in het belang van een onderzoek naar een misdrijf dat wordt bedreigd met een maximumgevangenisstraf van ten minste 5 jaar en de *juge des libertés* daarvoor op vordering van de officier van justitie toestemming heeft verleend.

De *information judiciaire* vormde tot 2004 het exclusieve kader voor de toepassing van zware opsporingsbevoegdheden, in het bijzonder de telefoontap. Ook thans bepaalt artikel 100 CPP dat in een gerechtelijk vooronderzoek naar een misdrijf dat wordt bedreigd met een maximumgevangenisstraf van ten minste twee jaar, indien dit nodig is voor het onderzoek, telecommunicatie kan worden onderschept.

Het Franse recht kent sinds 2004 (en daarna meerdere malen uitgebreid) een omvangrijke bijzondere regeling voor de inzet van opsporingsbevoegdheden in het onderzoek naar georganiseerde criminaliteit en misdrijven gepleegd in georganiseerd verband (artikel 706-73 CPP). Deze misdrijven zijn artikelsgewijs, per soort misdrijf (20 *soorten* misdrijven in totaal) aangeduid op een lijst.[80] De bijzondere regeling van opsporingsbevoegdheden is vervolgens van overeenkomstige toepassing op onderzoek naar zes vormen van financieel-economische criminaliteit (artikel 706-73-1 CPP) opgesomd op een separate lijst. Inzet van bijzondere opsporingsbevoegdheden genoemd in de artikelen 706-80 tot en met 706-106 CPP mag geschieden in het kader van een opsporingsonderzoek of een gerechtelijk vooronderzoek naar een van de misdrijven genoemd op de lijsten. Als aanvullend vereiste wordt gesteld dat de inzet noodzakelijk moet zijn voor het onderzoek. Opvallend is dat bij toepassing van (zeer) ingrijpende opsporingsbevoegdheden geen aanvul-

80. Het gaat om twintig soorten misdrijven; het exacte aantal misdrijven betreft een veelvoud. Op de lijst staan ook misdrijven waaromtrent niet in artikel 706-73 CPP of in de delictsomschrijving van die misdrijven zelf wordt vereist dat deze in georganiseerd verband worden gepleegd. Dit geldt onder andere voor terroristische misdrijven en voor witwassen. Dit betekent dat de lijst van bijzondere opsporingsbevoegdheden die mogen worden ingezet voor georganiseerde criminaliteit ook in het onderzoek naar deze feiten kunnen worden toegepast.

lende eisen worden gesteld aan de ernst van het misdrijf of extra eisen aan de proportionaliteit (anders dus dan noodzakelijk voor het onderzoek).

Het gaat onder andere om de volgende bijzondere opsporingsbevoegdheden:
- stelselmatige observatie, gecontroleerde aflevering, infiltratie, pseudo(ver)koop, pseudodienstverlening (ook op het internet);
- het opnemen van vertrouwelijke communicatie (incl. filmen in niet-publieke plaats);[81]
- inzet van een IMSI-catcher;
- opsporingsbevoegdheden voor onderzoek in een digitale omgeving. Deze omvatten onder andere het hacken van computersystemen (artikelen 706-95-1 en 706-95-2 CPP) en het kopiëren van gegevens met speciale software (artikelen 706-102-1 en 706-102-2 CPP).

Drie aspecten vallen op aan de wijze waarop de genoemde bijzondere opsporingsbevoegdheden in de wet zijn geregeld. Allereerst is vaak toestemming van een rechter (onderzoeksrechter of *juge des libertés*) vereist voor inzet van bijzondere opsporingsbevoegdheden: dat geldt bijvoorbeeld ook voor infiltratie. Verder is toepassing van bijzondere opsporingsbevoegdheden telkens gebonden aan de nodige vormvoorschriften, die gelden op straffe van nietigheid: het gaat onder andere om motivering van de noodzaak tot toepassing. Ten slotte kunnen de genoemde bijzondere opsporingsbevoegdheden niet worden toegepast in een onderzoek naar ernstige misdrijven buiten de sfeer van georganiseerde en financieel-economische criminaliteit, zoals levensdelicten.[82] De algemene regeling van het vooronderzoek kent echter sinds enige tijd ook enkele eigen bijzondere opsporingsbevoegdheden. Een daarvan is het bevel tot ontsleuteling (artikel 230-1 CPP). Een andere bevoegdheid betreft het gebruik van technische hulpmiddel ter plaatsbepaling (artikel 230-32 CPP), bij verdenking van een aantal nader aangeduide misdrijven bedreigd met een maximum van vijf jaar gevangenisstraf.[83]

Beaume en Natali komen in hun rapport van 2018 tot de aanbeveling om ook in onderzoek naar (ernstige) misdrijven die niet in georganiseerd verband worden gepleegd, de inzet van bijzondere opsporingsbevoegdheden mogelijk te maken. Dat zou in ieder geval moeten gebeuren voor misdrijven die kwalificeren als 'zwaar misdrijf' (misdrijven die een wettelijk strafmaximum kennen van meer dan tien jaar gevangenisstraf). Maar eigenlijk zouden ze het liefste zien dat er één uniform verdenkingscriterium komt voor de toepassing van alle bijzondere opsporingsbevoegdheden: in hun ogen zou de inzet van bijzondere opsporingsbevoegdheden moeten worden opengesteld voor onderzoek naar alle misdrijven

81. Pradel 2017, p. 493-495.
82. CRIM. 9 juli 2008, *Bull.* 170 (over afluisteren tijdens bezoek in gevangenis).
83. Pradel 2017, p. 490-492.

die een maximale gevangenisstraf van ten minste vijf jaar kennen.[84] Datzelfde verdenkingscriterium zou moeten gelden voor de doorzoeking van woningen in het opsporingsonderzoek. In het wetsvoorstel tot verbetering en vereenvoudiging van het strafprocesrecht (april 2018) wordt alleen de toepassing van de genoemde bijzondere opsporingsbevoegdheden voor de categorie zware misdrijven geregeld.[85]

5.2 Het verschoningsrecht

Sinds de wet van 3 juni 2016 is de doorzoeking van het kantoor of de woning van een advocaat voor het eerst uitgebreid geregeld.[86] Aanleiding voor de wetswijziging was de uitspraak van de Conseil Constitutionnel van 4 december 2015, naar aanleiding van een QPC.[87] De Conseil verklaarde een doorzoeking van een advocatenkantoor op basis van artikel 56 CPP ongrondwettig, omdat daarin als enkele waarborg was opgenomen dat 'het beroepsgeheim en de verdedigingsrechten' moesten worden gerespecteerd. De regeling bevatte geen voorschriften voor de wijze waarop aan deze opdracht uitvoering moest worden gegeven. Artikel 56-1 CPP bepaalt inmiddels dat de doorzoeking van het kantoor of de woning van een advocaat in het kader van een heterdaadonderzoek of een opsporingsonderzoek moet plaatsvinden in het bijzijn van de deken van de orde van advocaten en een magistraat (officier van justitie of rechter). Tijdens het gerechtelijk vooronderzoek vindt de doorzoeking plaats door de onderzoeksrechter (artikel 96 CPP). Stukken met betrekking tot de verdediging van een cliënt mogen niet in beslag worden genomen. Andere documenten, ook als deze een vertrouwelijk karakter hebben, kunnen wel in beslag worden genomen. Tevens mogen in beslag worden genomen de documenten die het bewijs kunnen vormen van de deelneming van de advocaat aan een strafbaar feit.[88] De magistraat die de doorzoeking leidt en de deken kunnen kennisnemen van stukken ter beslissing over eventuele inbeslagneming. De deken kan verzet aantekenen tegen de voorgenomen inbeslagneming van een stuk. De aanwezige magistraat plaatst het stuk dan in een verzegelde envelop. Daarna is het voorbehouden aan de *juge des libertés* om te beslissen over voeging van een inbeslaggenomen stuk in het procesdossier.[89]

5.3 Inverzekeringstelling

Het Franse recht kent niet de figuur van het aanhouden en ophouden voor verhoor. Na fysieke aanhouding begint meteen de *garde à vue*, vergelijkbaar met de

84. Beaume & Natali 2018, p. 36.
85. Wetsvoorstel april 2018, artikel 706-95-11 nieuw CPP.
86. Opvallend is het ontbreken van een bepaling voor doorzoeking elders dan in het kantoor en in de woning van de advocaat.
87. Conseil Constitutionnel 4 december 2015, QPC 2015-506.
88. CRIM. 18 juni 2003, *Bull.* 129.
89. Pradel 2017, p. 446-447.

inverzekeringstelling. Vereist voor toepassing van de *garde à vue* zijn één of meer aanwijzingen die een redelijk vermoeden opleveren van het plegen van een misdrijf waarop gevangenisstraf is gesteld. Er moet een reden zijn voor inverzekeringstelling in de zin dat inverzekeringstelling het enige middel is om onderzoekshandelingen te verrichten waarvoor de aanwezigheid van de persoon nodig is, voorgeleiding van de persoon aan de officier van justitie of onderzoeksrechter, voorkomen dat bewijs wordt aangetast, voorkomen van collusie, en het waarborgen van de uitvoering van maatregelen gericht op het doen ophouden van een misdrijf (artikel 62-2 CPP).

De standaardduur van de *garde à vue* is 24 uur; bij gemotiveerde beslissing van de officier van justitie kan de inverzekeringstelling eenmaal 24 uur worden verlengd. Voorgeleiding is niet nodig. Bij onderzoek naar misdrijven die zijn genoemd op de lijsten inzake georganiseerde criminaliteit, of die terroristische misdrijven (artikelen 421-1 tot en met 421-6 CP) betreffen, mag de inverzekeringstelling langer duren: bij feiten van georganiseerde criminaliteit vier dagen, bij terroristische misdrijven zes dagen (dat laatste enkel bij een dreigende aanslag in Frankrijk of het buitenland, dan wel in het belang van de internationale samenwerking). De verlengingen moeten worden toegestaan door de *juge des libertés*. In het kader van de inverzekeringstelling bestaat er voor de verdachte het recht op consultatiebijstand van een advocaat (en aanwezigheid van de raadsman tijdens het verhoor). Die rechten kunnen echter gedurende maximaal 48 à 72 uur worden onthouden (artikel 706-88 CPP) op bevel van de officier van justitie (eerste 24 uur), daarna op bevel van de *juge des libertés* of de onderzoeksrechter.

Een verhoor van een verdachte van een zwaar misdrijf moet verplicht audiovisueel worden vastgelegd.[90]

5.4 Voorlopige hechtenis

Toepassing van voorlopige hechtenis is in het Franse recht immer onderhevig aan zware kritiek. Uitgangspunt – al sinds de jaren zeventig van de vorige eeuw – is een getrapt systeem, waarin een bevel tot vrijheidsbeperkende maatregelen (*contrôle judiciaire*) vooropstaat. De artikelen 137, derde lid, en 137-3 CPP bepalen dat voorlopige hechtenis alleen kan worden bevolen indien vrijheidsbeperkende maatregelen niet volstaan en dat zulks expliciet gemotiveerd moet worden in het bevel voorlopige hechtenis.

De vrijheidsbeperkende maatregelen zijn limitatief opgesomd in artikel 138 CPP. Het gaat onder andere om maatregelen waarmee vluchtgevaar kan worden tegen-

90. Pradel 2017, p. 585.

gegaan, het voorkomen van recidive, het bieden van zorg aan de betrokkene of bescherming van het slachtoffer. Oplegging van een vrijheidsbeperkende maatregel vereist een misdrijf waarop gevangenisstraf is gesteld. Bovendien dient de maatregel noodzakelijk te zijn. De *contrôle judiciaire* kan worden toepast door de onderzoeksrechter of de *juge des libertés*.

Tussen de *contrôle judiciaire* en de voorlopige hechtenis is sinds 2011 de mogelijkheid geplaatst van toepassing van elektronisch huisarrest (*assignation à résidence avec surveillance électronique*) (artikel 142-5 CPP). Toepassing geschiedt wederom door de onderzoeksrechter of door de *juge des libertés*, in geval van een misdrijf waarop ten minste twee jaar gevangenisstraf is gesteld. De verdachte moet zelf een verzoek doen tot toepassing van huisarrest of instemmen met toepassing van huisarrest. Het huisarrest kan worden opgelegd voor maximaal zes maanden; verlenging is mogelijk tot maximaal twee jaren. Eventueel kan elektronisch huisarrest worden gecombineerd met andere vrijheidsbeperkende maatregelen (in het kader van de *contrôle judiciaire*).

Voorlopige hechtenis kan worden opgelegd door de *juge des libertés* aan een persoon die *mis en examen* is (zie paragraaf 4.3) en verdacht wordt van een misdrijf dat ten minste wordt bedreigd met een maximum van drie jaren gevangenisstraf (daarbij mag in geval van recidive dat als strafverzwaringsgrond worden meegerekend). De *juge des libertés* wordt ingeschakeld door een gemotiveerde beschikking van de onderzoeksrechter. Dit betekent dat de beslissing tot voorlopige hechtenis in meerdere stappen wordt voorbereid. De officier van justitie vordert de voorlopige hechtenis, waarna voorgeleiding aan de onderzoeksrechter plaatsvindt als de verdachte nog tot voorwerp van onderzoek moet worden verklaard. Daarna moet de onderzoeksrechter indien ook hij de toepassing van voorlopige hechtenis aangewezen acht, doorverwijzen naar de *juge des libertés*.

De *juge des libertés* kan alleen een bevel tot toepassing van voorlopige hechtenis geven nadat de verdachte aan hem is voorgeleid en een *débat contradictoire* over de vordering voorlopige hechtenis heeft plaatsgevonden met de verdediging (artikel 145 CPP). De voorgeleiding kan elke dag plaatsvinden: artikel 137-1-1 CPP bepaalt bijvoorbeeld dat in het kader van weekenddienst of tijdens vakantieperiodes, een vicepresident van de rechtbank de functie van *juge des libertés* ook kan vervullen voor een of twee andere rechtbanken in het ressort van het Cour d'appel.[91]

Er is een zevental gronden voor voorlopige hechtenis: artikel 144 CPP noemt het veiligstellen van bewijs, voorkomen van pressie op getuigen of het slachtoffer, collusiegevaar, bescherming van de persoon van de verdachte, beschikbaarheid van

91. Onderzoeksrechters zijn op basis van een piketrooster altijd inzetbaar.

de verdachte garanderen voor het strafrechtelijk onderzoek (vluchtgevaar), een strafbaar feit beëindigen en herhaling voorkomen en ten slotte het beëindigen van een ernstig geschokte rechtsorde als gevolg van de ernst van het strafbare feit (een zwaar misdrijf), de omstandigheden waarin dit is gepleegd of de omvang van de schade die het strafbare feit heeft veroorzaakt.

De pogingen om het aantal zaken waarin voorlopige hechtenis wordt toegepast te verminderen, en in de plaats daarvan vrijheidsbeperkende maatregelen te gebruiken, lijken weinig succesvol. In 2016 was sprake van 39.300 gevallen van voorlopige hechtenis; een stijging ten opzichte van het voorgaande jaren waarin 36.700 (in 2015) en 35.200 (in 2014) gevallen van voorlopige hechtenis werden genoteerd. Tegelijk valt overigens ook een stijging van het aantal vrijheidsbeperkende maatregelen waar te nemen: 47.900 *contrôles judiciaires* in 2016, tegen 46.200 in 2015 en 45.500 in 2014. Het gebruik van elektronisch huisarrest komt als alternatief voor voorlopige hechtenis nauwelijks van de grond.[92] Dat is opvallend, omdat de toepassing van elektronisch huisarrest over de gehele linie (vooral in de sfeer van tenuitvoerlegging dus) de afgelopen jaren wel snel is toegenomen: op 1 juli 2018 betrof het in totaal 11.615 personen.[93] Het betreft bijna alleen gevallen waarin een korte gevangenisstraf wordt omgezet in huisarrest (11.322).

De voorlopige hechtenis kan in Frankrijk heel lang duren. Dat geeft aanleiding tot harde kritiek. Gepoogd is door opneming van maximumtermijnen (gericht op beperking van de duur van de voorlopige hechtenis vóór aanvang van de berechting in eerste aanleg) een dempend effect te bewerkstelligen op de duur van de voorlopige hechtenis. Maar de genoemde termijnen van maximaal twee jaar voor een zwaar misdrijf met een maximale gevangenisstraf van minder dan twintig jaar, en maximaal drie jaar bij een zwaar misdrijf dat een maximale gevangenisstraf van twintig jaar of meer kent, zijn nog steeds lang. In een aantal gevallen is bovendien verlenging met nog een jaar mogelijk. Dat geldt eveneens voor de misdrijven waarvoor in beginsel een maximum van één jaar voorlopige hechtenis geldt; dat kan worden verlengd tot twee jaar bij onder andere drugshandel, deelneming aan een criminele organisatie of ingeval de misdrijven voor een deel buiten het grondgebied van Frankrijk zijn gepleegd.[94]

92. Ministère de la Justice, Etude d'impact, Projet de loi de programmation pour la justice 2018-2022, nor: JUST1806695L, Parijs, april 2018, p. 275.
93. Zie Ministère de la Justice, *Statistique mensuelle des personnes écrouées et détenues en France, situation au 1er juillet 2018*, p. 4.
94. Pradel 2017, p. 781-787; B. Bouloc & H. Matsopoulou, *Droit pénal général et procédure pénale*, 20e druk, Parijs: Sirey 2016, p. 474-478.

6 De beslissing over de afdoening van strafbare feiten (vervolgingsbeslissing)

In het Franse recht staat het opportuniteitsbeginsel centraal bij de afdoening van strafbare feiten. Zoals aan het begin van deze bijdrage al opgemerkt, wordt de wijze waarop gebruik wordt gemaakt van het opportuniteitsbeginsel gestuurd door een sterke politieke wens om zo veel mogelijk een reactie te geven op strafbare feiten. Dit komt vooral tot uitdrukking in een gering aantal kale sepots: 14 procent.[95]

Onderscheid wordt gemaakt tussen afdoeningen waarbij de officier van justitie kiest voor een alternatieve afdoening (op basis van een voorwaardelijk sepot) of vervolging (het betrekken van een rechter bij de zaak).

Er bestaan meerdere vormen van alternatieve afdoening van strafbare feiten. De eerste vorm bestaat uit een aantal eenvoudige oplossingen die in het teken staan van herstel: het geven van een waarschuwing, de schade vergoeden, het beëindigen van een onrechtmatige situatie, en mediation met het slachtoffer (artikel 41-1 CPP). De inhoud van de *médiation* – een Franse vorm van herstelrecht – is geregeld in artikel 10-1 CPP. Hier is de relatie interessant met het eigen vervolgingsrecht van het slachtoffer.

De tweede vorm van alternatieve afdoening is de *composition pénale.* Met deze maatregel met een punitief karakter kan de dader één of meer verplichtingen worden opgelegd uit een hele reeks van dergelijke verplichtingen (artikel 41-2 CPP). Voorbeelden zijn een boete, een contactverbod, de verplichting om een stage te volgen, het rijbewijs in te leveren voor maximaal zes maanden enzovoort. Belangrijk is dat de verdachte moet instemmen met de maatregel en dat een rechter de maatregel moet bekrachtigen.

Aan de *composition pénale* is de *transaction pénale sur l'action publique* verwant. Verschil is dat hier een opsporingsambtenaar de maatregel kan opleggen en het vooral gaat om geldboetes. Wederom moet de maatregel worden gevalideerd door een rechter (artikel 41-1-1 CPP). In Frankrijk wordt sterk gehecht aan afdoening van strafbare feiten van de rechter of ten minste met toestemming van de rechter. Te wijzen valt op de uitspraak van het Conseil constitutionnel over een wetsvoorstel waarin de officier de mogelijkheid werd gegeven om zelf strafbare feiten af te doen – onder andere met een werkstraf – in 1995: vrijheidsbeperkende maat-

95. In de zin van geen vervolging of alternatieve afdoening van vervolgbare (dader bekend) strafbare feiten: zie *Les chiffres-clés de la Justice 2017*, p. 14.

regelen konden volgens de Conseil alleen worden opgelegd aan een verdachte, zelfs als deze met de maatregel instemt, na een beslissing van een rechter.[96]

Als modaliteiten van vervolging heeft de officier van justitie keuze uit het vorderen van een gerechtelijk vooronderzoek, gewone dagvaarding, dagvaarding bij proces-verbaal, snelrecht, de *composition pénale* (*plea bargaining*) of een *ordonnance pénale*. Voor zover deze aandacht behoeven, komen ze hierna aan de orde bij de beschrijving van het eindonderzoek.

Sinds 2017 bestaat er een bijzondere procedure voor de vervolging van rechtspersonen. Indien een rechtspersoon het strafbare feit waarvan hij wordt verdacht bekent, kan indien de wet dit ten aanzien van het betreffende strafbare feit mogelijk maakt, worden besloten onder een bijzondere voorwaarde geen vervolging in te stellen. Deze bestaat erin dat het openbaar ministerie en de rechtspersoon een overeenkomst sluiten, waarin de rechtspersoon zich ertoe verbindt zich gedurende vijf jaar aan een aantal maatregelen ter verbetering van de interne controle binnen de rechtspersoon te onderwerpen – het geheel onder toezicht van het Franse anti-corruptie-agentschap.[97]

Ten slotte moet worden benadrukt dat in geval van een gerechtelijk vooronderzoek niet de officier van justitie maar de onderzoeksrechter een beslissing neemt over de verdere vervolging van de verdachte. Dat betekent onder andere dat de officier van justitie geen mogelijkheid heeft om een alternatieve afdoening toe te passen nadat in een zaak een gerechtelijk vooronderzoek is geopend. Het is de onderzoeksrechter die beslist over het vervolg dat de zaak moet krijgen: daarbij heeft hij de keuze tussen de buitenvervolgingstelling van de verdachte of het verwijzen van de zaak naar de zittingsrechter voor berechting.

7 De berechting

7.1 Inleiding

Het eindonderzoek vormt het sluitstuk van het strafproces. Het onderzoek naar de feiten is in voorbereidende vorm afgesloten: het onderzoek ter terechtzitting is bijna volledig gericht op beantwoording van de hoofdvragen (bewijs, schuld, straf). Na afsluiting van het vooronderzoek kan niet of nauwelijks meer worden geklaagd over vormverzuimen begaan in het vooronderzoek (*purge*). Het betekent ook dat de zittingsrechter in beginsel niet kan treden in (de rechtmatigheid van)

96. Conseil Constitutionnel 2 februari 1995, DC 95-360.
97. Zie artikel 131-39-2 CP. Pradel 2017, p. 398-399.

beslissingen die genomen zijn door de onderzoeksrechter, bijvoorbeeld wat betreft de toepassing van bijzondere opsporingsbevoegdheden.

Een ander kenmerk van de scheiding tussen vooronderzoek en eindonderzoek in het Franse recht, is dat de verwijzing naar het onderzoek ter terechtzitting die ingeval een gerechtelijk vooronderzoek is ingesteld, plaatsvindt door de onderzoeksrechter of de raadkamer. Het is dus niet de officier van justitie die de zaak verwijst naar de zittingsrechter (hij kan wel concluderen over het vervolg van de zaak voordat de onderzoeksrechter de beslissing over verdere vervolging neemt – alsmede kan hij tegen de beslissing van de onderzoeksrechter in beroep gaan). Aandacht verdient eveneens het gegeven dat een rechter verwijst, maar dat dit gebeurt zonder afstemming met of invloed van de *zittings*rechter. Officier van justitie en zittingsrechter krijgen dus beiden ter zitting een zaak te behandelen, waarover zij wat betreft de wenselijkheid van het onderzoek ter terechtzitting (vooral wat betreft de vraag of de zaak berechting verdient en of het onderzoek volledig is) nog blanco zijn.

Als gevolg van de lange duur van het vooronderzoek naar zwaardere strafbare feiten, zou de vraag kunnen opkomen of bij aanvang van de berechting de redelijke termijn niet is geschonden. Een volgende vraag is welke sanctie verbonden zou moeten worden aan schending van de redelijke termijn. In een arrest van 24 april 2013 heeft het Cour de cassation bepaald dat de overschrijding van de redelijke termijn geen vervolgingsbeletsel vormt (geen 'nietigheid van de zaak' oplevert).[98] Pradel lijkt te betreuren dat het EHRM geen hardere regels en duidelijke termijnen stelt, die zouden kunnen worden gebruikt om in de Franse context strikter de hand te houden aan doorlooptijden.[99]

De berechting van misdrijven vindt in beginsel plaats door de meervoudige kamer van de rechtbank – het *tribunal correctionnel* – met een volwaardig onderzoek ter terechtzitting. Daarop bestaan echter de nodige uitzonderingen: die situeren zich in de sfeer van berechting door het juryhof (Cour d'assises) en verkorte en versnelde procedures.

In Frankrijk bestaat sinds de Revolutie een vorm van juryrechtspraak, die is overgenomen uit het Engelse recht.[100] Daaraan wordt vrij stevig vastgehouden. De procedure voor berechting van zware misdrijven (*crimes*) door het Cour d'assises is de afgelopen decennia een aantal malen aangepast, mede aan vereisten die voort-

98. CRIM. 24 april 2013, *Bull.* 100.
99. Pradel 2017, p. 103-104.
100. Verrest 2011, p. 22.

vloeien uit de rechtspraak van het EHRM[101] – onder andere wat betreft de motivering van de uitspraak.[102] Het Cour d'assises bestaat in eerste aanleg uit drie professionele rechters (meestal raadsheren van het Cour d'appel) en zes burger-juryleden (willekeurig opgeroepen op basis van het register van stemgerechtigde burgers in het departement). In hoger beroep stijgt het aantal burger-juryleden naar negen. De idee van hoger beroep in juryrechtspraak was lange tijd ondenkbaar: juryrechtspraak is immers een vorm van berechting die haar legitimatie put uit het feit dat 'het volk rechtstreeks recht spreekt'. Het lijkt in dat verband een beetje vreemd om een uitspraak terzijde te schuiven – vergelijk het tweemaal achter elkaar houden van een volksreferendum. Toch zag de Franse wetgever zich, na een aantal justitiële dwalingen door het Cour d'assises, genoodzaakt tot het mogelijk maken van hoger beroep.[103]

Twee soorten uitzonderingen bestaan op de berechting van zware misdrijven door het Cour d'assises. Ten eerste wordt, om ervoor te zorgen dat alleen de ernstigste zaken worden berecht in de complexe (vooral door de ad-hocsamenstelling) procedure van het Cour d'assises, als drukventiel de '*correctionalisation*' van zware misdrijven gebruikt: door strafverzwarende omstandigheden weg te laten of een andere kwalificatie te kiezen, wordt vervolgd wegens een gewoon misdrijf (bij de rechtbank) in plaats van een zwaar misdrijf. Een voorbeeld is het vervolgen wegens de productie van drugs als het enkele bezit van drugs, en het vervolgen van een poging tot verkrachting als aanranding. Verder is om het risico van pressie op burger-juryleden te vermijden besloten om aan de berechting door het Cour d'assises van zware misdrijven in de sfeer van terrorisme en drugshandel geen burger-juryleden, maar extra rechters te laten deelnemen (artikelen 706-25 en 706-26 CPP).

Van recente datum is de interesse in lekenparticipatie bij berechting van gewone misdrijven door de rechtbank. In 2012 werd om burgers een indruk te geven van de berechting van geweldsmisdrijven die ten minste een wettelijke maximale gevangenisstraf van vijf jaar kennen, de mogelijkheid gecreëerd om aan de berechting door de meervoudige kamer van de rechtbank twee burgers als bijzitters te laten deelnemen. In eerste instantie zou de regeling als experiment (geregeld in de wet)[104] uitgeprobeerd worden, gedurende twee jaar in de ressorten Toulouse en Dijon. Maar in maart 2013 werd het experiment vroegtijdig stopgezet.[105]

101. Zie bijvoorbeeld EHRM 15 november 2001, applicatienr. 54210/00 (*Papon t. Frankrijk*), waarin de toenmalige verplichting voor verdachten om zich voorafgaand aan de zitting van het Cour d'assises in hechtenis te laten nemen, werd afgekeurd.
102. In 2011 werd toch een motivering van arresten van het Cour d'assises ingevoerd (artikel 365-1 CPP).
103. Bij Wet van 15 juni 2000.
104. Het inmiddels geschrapte artikel 399-1 CPP.
105. Bouloc & Matsopoulou 2016, p. 262; Pradel 2017, p. 132.

In het Franse recht zijn geen aparte strafvorderlijke procedures voorzien voor de ontneming van wederrechtelijk verkregen voordeel. Over de hoofd- of bijkomende straf van *confiscation*, die het geheel of een gedeelte van de bezittingen van de veroordeelde kan betreffen, eventueel in waarde bepaald (zonder aparte voordeelsberekening) – bij veroordeling van misdrijven waarvoor de strafwet (NCP) dit voorziet, beslist de rechter in de hoofdzaak.[106]

7.2 De berechting

De zittingsrechter (of het juryhof) is gebonden aan de tenlastelegging zoals die op grond van de verwijzing van de rechter (onderzoeksrechter of raadkamer), dan wel zelfstandig door de officier van justitie of door de benadeelde partij (in geval van *citation directe*) is opgesteld. Het gaat daarbij om de strafbare feiten waarvoor de verdachte wordt vervolgd. Belangrijk is dat de zittingsrechter wel mag afwijken van de tenlastelegging wat betreft de kwalificatie die aan het strafbare feit moet worden gegeven, als hij het tenlastegelegde feit eenmaal bewezen heeft verklaard.[107]

In het Franse recht is sprake van een vrij bewijsrecht: alle vormen van bewijs zijn toegestaan. De rechter (of het juryhof) beslist op basis van zijn *intime conviction* dat de verdachte de feiten heeft begaan. Bewijsmiddelen kunnen slechts worden gebruikt in de bewezenverklaring als ze tijdens het onderzoek ter terechtzitting aan de orde zijn gesteld en voorwerp zijn geweest van een contradictoir debat.[108] Dat betekent dat feiten van algemene bekendheid alleen een rol kunnen spelen indien ze op deze wijze ter zitting zijn besproken. Artikel 428 CPP bepaalt dat de bekentenis van de verdachte, net als elk ander bewijsmiddel, ter vrije beoordeling staat van de rechter. Voor processen-verbaal geldt dat ze gebaseerd moeten zijn op persoonlijke waarneming, in het kader van de dienstuitoefening. In processen-verbaal van verhoor van de verdachte of van een getuige dienen de gestelde vragen te zijn opgenomen.[109]

In het Franse recht worden ten aanzien van de wijze van bewijsgaring (*l'administration de la preuve*) twee eisen gesteld: het bewijs moet rechtmatig zijn verkregen (*légalité*) en mag voorts niet op oneerlijke wijze zijn verkregen (*devoir de loyauté*). Onder onrechtmatig verkregen bewijs wordt iets anders verstaan dan in het

106. Artikel 131-21 NCP.
107. Pradel 2017, p. 929-930; indien de nieuwe kwalificatie een feit betreft met een hogere straf, moet de verdachte in de gelegenheid worden gesteld zich daarover uit te laten. Zie verder L. Stevens, B. de Wilde, M. Cupido, E. Fry & S. Meijer, *De tenlastelegging als grondslag voor de rechterlijke beslissing*, Den Haag: Boom juridisch 2016, p. 91-94.
108. Deze hoofdregels van het bewijsrecht zijn neergelegd in artikel 427 CPP.
109. Artikel 429 CPP. Het ontbreken van de gestelde vragen levert echter geen nietigheid van het proces-verbaal van verhoor op (CRIM. 27 mei 2008, *Bull.* 132).

Nederlandse recht: het gaat om gevallen waarin bewijs is verkregen door een zware schending van het recht – zoals door het plegen van een strafbaar feit. Het vereiste dat bewijs op eerlijke wijze is verkregen vergt ook nadere uitleg.[110] Centraal staat een reactie op oneerlijk handelen: bewijs mag niet zijn verkregen in strijd met de fundamentele rechten van een persoon of met de waardigheid van de strafrechtspleging. Meer concreet houdt dit een verbod op misleiding in (waarvan de ergste vorm uitlokking is), en een verbod op al het handelen dat de keuzevrijheid van een persoon aantast. Uiteraard geldt een dergelijk verbod niet voor de toepassing van wettelijk geregelde heimelijke bevoegdheden conform de daarvoor geldende voorwaarden en voorschriften.

Sinds enkele jaren heeft het Cour de cassation de eisen inzake de motivering van straffen aangescherpt. De motivering van de straf staat in het teken van de gewenste 'individualisering van straffen': in de motivering dient tot uitdrukking te komen dat de straf is afgestemd op de ernst van de feiten, op de persoon van de dader en zijn persoonlijke situatie. Waar dit vereiste aanvankelijk enkel de motivering van gevangenisstraf betrof, geldt het inmiddels voor elke (bijkomende) straf.[111]

7.3 Het onderzoek ter terechtzitting

7.3.1 Het onderzoek ter zitting door de rechtbank

De verdachte die zich in voorlopige hechtenis bevindt, is verplicht aanwezig te zijn bij de berechting (artikel 409 CPP).

Bij aanvang van het onderzoek ter terechtzitting kan een aantal preliminaire verweren worden gevoerd met betrekking tot opheffing van voorlopige hechtenis, de onbevoegdheid van het gerecht, of een vervolgingsbeletsel. Een ervan is het aan de orde stellen van eventuele vormverzuimen (artikel 385 CPP), indien in de zaak geen gerechtelijk vooronderzoek heeft plaatsgevonden.[112] Daarbij is ook van belang dat de rechtbank zich enkel kan buigen over een eventuele nietigheid die haar wordt voorgelegd door de verdediging – de rechtbank doet daar geen ambtshalve onderzoek naar[113] (zie hieronder in paragraaf 7.4 uitgebreider over vormverzuimen). Vormverzuimen moeten verplicht worden opgeworpen voordat tijdens de terechtzitting wordt begonnen met het onderzoek naar de feiten.[114] Verder kan

110. Pradel 2017, p. 413-415.
111. O.a. CRIM. 4 mei 2016, nr. 15-80770. En voorts C. Saas, Justifier et motiver les peines en matière correctionnelle: entre normativité et proportionnalité, *Dalloz* 2017, études p. 961-965; M. Giacopelli, Vers une généralisation de l'exigence de motivation en droit de la peine ?, *Dalloz* 2017, études p. 931-934.
112. A. Gallois, *Les nullités de procédure pénale*, 2e druk, Parijs: Ed. Gazette du Palais 2017, p. 95.
113. Gallois 2017, p. 121-122.
114. Gallois 2017, p. 91.

de verdediging om aanhouding van de zaak voor nader onderzoek verzoeken. Aan de preliminaire verweren die kunnen worden gevoerd moet worden toegevoegd het stellen van een QPC. Beaume en Natali merken op dat in de praktijk de gewoonte is ontstaan om in grote strafzaken een regiezitting te organiseren, waarin de preliminaire vragen apart worden behandeld. Daarna kan dan de behandeling van de feiten centraal staan tijdens de andere zittingsdagen.[115]

Onmiddellijkheidsbeginsel
Volgens Pradel is het niet zozeer het onmiddellijkheidsbeginsel maar het daaraan verwante beginsel van 'mondeling onderzoek ter terechtzitting' dat maakt dat de bewijsvergaring op het onderzoek ter terechtzitting als uitgangspunt mondeling moet plaatsvinden.[116] Dit betekent dat verklaringen die eerder zijn verzameld (en op schrift zijn gesteld) zo veel mogelijk worden bevestigd door getuigenverhoor op de zitting. Het beginsel is nog een echt uitgangspunt bij berechting door het Cour d'assises, maar kent allerlei uitzonderingen bij de behandeling van de zaak door de rechtbank. De rechtbank mag verklaringen en andere tijdens het vooronderzoek verzamelde processtukken slechts voor de bewezenverklaring van een strafbaar feit gebruiken als ze aan de orde zijn gesteld tijdens het onderzoek ter terechtzitting en voorwerp zijn geweest van een contradictoir debat.[117]

7.3.2 Het onderzoek ter zitting van het Cour d'Assises

Het onderzoek van het Cour d'assises wordt geleid door de voorzitter. Een belangrijk uitgangspunt is de *continuité des débats*: het onderzoek ter zitting moet aan één stuk doorgaan (artikel 307 CPP). Het onderzoek begint met het binnengeleiden van de verdachte en de samenstelling van de jury. De samenstelling van de jury geschiedt op basis van loting onder 35 kandidaat-juryleden. Zonder opgaaf van redenen mogen de verdediging en het openbaar ministerie daarbij juryleden wraken.

Het eigenlijke onderzoek vangt aan met het verhoor van de verdachte; zowel over diens persoonlijkheid als over de feiten (artikel 328 CPP). Het verhoor heeft de neiging zeer uitgebreid te zijn. Vervolgens vindt het horen van de getuigen en deskundigen plaats. Het is niet ongebruikelijk om de onderzoeksrechter die de zaak heeft onderzocht te horen als getuige.

Aan het einde van het onderzoek ter zitting vindt het pleidooi van de advocaat van de benadeelde partij plaats, het requisitoir van het openbaar ministerie en tot slot het pleidooi van de raadsman van de verdachte. De beraadslaging van het juryhof vindt plaats op basis van een lijst met vragen die is opgesteld door de voorzitter

115. Beaume & Natali 2018, p. 26.
116. Pradel 2017, p. 866.
117. Artikel 427, tweede lid, CPP.

van het hof. De partijen mogen de vragen inzien. De vragen hebben betrekking op de feiten waarvoor verwijzing naar het juryhof heeft plaatsgevonden (inclusief eventuele strafverzwarende of strafverzachtende omstandigheden) en kunnen worden aangevuld naar aanleiding van de inhoud van het onderzoek ter zitting. Het juryhof in zijn geheel (rechters en juryleden) beslist over de feiten en over de strafoplegging; alleen de rechters beslissen over de vordering tot schadevergoeding van de benadeelde partij.

7.4 De omgang met vormverzuimen

Het Franse strafprocesrecht kent een ingewikkeld stelsel van vormverzuimen. Dat is in de kern gebaseerd op nietigheden, die door de wet of door ongeschreven recht worden verbonden aan niet-naleving van allerhande voorschriften voor de toepassing van opsporingsbevoegdheden, dwangmiddelen en procedures. Nog steeds kent het wetboek veel vormvoorschriften die op straffe van nietigheid zijn voorgeschreven (*nullité textuelle*). Grondgedachte is dat alleen een overheid die zich aan de regels houdt, instaat voor de vrijheid van haar burgers, of mooi verwoord '*la forme étant la soeur jumelle de la liberté*'.[118]

Voor de verdediging en de officier van justitie bestaat een verplichting om tijdens het gerechtelijk vooronderzoek eventuele vormverzuimen waarvan zij kennis dragen aan de onderzoeksrechter te melden.[119] Gekeken wordt naar de ernst van het verzuim en naar de rol die de desbetreffende handeling heeft gespeeld in het strafrechtelijk onderzoek, teneinde de sanctie te bepalen die aan het verzuim moet worden verbonden.

In de rechtspraak is een systeem ontwikkeld om te bepalen wanneer de geconstateerde schending moet leiden tot de sanctie van bewijsuitsluiting. Daarvoor moet allereerst sprake zijn van een vormverzuim dat niet enkel een '*nullité textuelle*' is, maar kan worden aangemerkt als een *nullité substantielle*. Er kunnen twee verschillende soorten substantiële nietigheden worden onderscheiden:

– het geschonden voorschrift is van belang in het kader van de openbare orde (geen ondertekening van onderzoekshandeling door de onderzoeksrechter, een deskundige is niet beëdigd) (in algemene zin: alle voorschriften met betrekking op de justitiële autoriteiten en hun taakuitoefening); of

118. Beaume & Natali 2018, p. 34.
119. Als eenmaal een verzoek door de verdediging is gedaan, kan de onderzoeksrechter niet meer zelf de onderzoekshandeling proberen te herstellen: een beslissing is dan aan de Chambre d'instruction. Zie CRIM. 5 oktober 2017, *Dalloz actualité* 2017 (Enregistrement de l'interrogatoire de première comparution: intransigeance de la Cour de cassation).

– het vormverzuim tast naar zijn aard de verdedigingsrechten aan (levert nadeel op aan de verdediging). Er bestaat geen nadere aanduiding van vormvoorschriften die in deze categorie vallen.

Vervolgens dient te worden bezien of er daadwerkelijk sprake is van 'nadeel': heeft de schending van het vormvoorschrift in concreto nadeel opgeleverd voor de partij (meestal verdediging) die zich beroept op het vormverzuim? (artikelen 171 en 802 CPP). In dat verband is het een eerste vereiste dat die partij het vormverzuim zelf naar voren brengt. Voorts dat de partij stelt dat het verzuim haar nadeel heeft bezorgd en daartoe ook bewijs levert.[120] Dit betekent dat een verdachte niet de nietigheid kan inroepen van een onderzoekshandeling die betrekking had op een medeverdachte of op het aftappen van een telefoon die niet op zijn naam is gesteld (maar waarmee bijvoorbeeld wel naar hem is gebeld).[121]

Het Cour de cassation hanteert aldus een restrictieve uitleg van artikel 802 CPP. Zo hoeft een vormverzuim eveneens niet tot nietigheid van een onderzoekshandeling te leiden, als de veroordeling niet enkel berust op verklaringen die zijn afgelegd door de verdachte in het kader van de bestreden onderzoekshandeling (verhoor tijdens inverzekeringstelling zonder aanwezigheid advocaat).[122] Het laatste voorbeeld toont aan dat de beoordeling van vormverzuimen toch ook een rol kan spelen tijdens het onderzoek ter terechtzitting.[123] Maar het zij herhaald dat het Franse strafprocesrecht vooral voorzieningen kent die vermijden dat de zittingsrechter met dergelijke verzuimen wordt geconfronteerd tijdens de berechting. In beginsel zijn vormverzuimen gedekt als een gerechtelijk vooronderzoek heeft plaatsgevonden – waarin immers de mogelijkheid bestaat om vormverzuimen bij de Chambre d'instruction aan de orde te stellen.[124]

In zijn rapport uit 2018 gaat Beaume in op de vraag of het criterium van artikel 802 CPP niet zou moeten worden verbreed tot 'strijd met een behoorlijk strafproces'. Hij wijst dit alternatief na overweging van de hand omdat het qua voorzienbaarheid en rechtszekerheid geen winst op zou leveren ten opzichte van de beschreven rechtspraak.[125]

Wanneer een vormverzuim aan de orde wordt gesteld ter zitting, dient dit in beginsel schriftelijk te geschieden, ook al wordt aangenomen dat de verdediging ook mondeling verweer kan voeren. Het is hoe dan ook duidelijk – doordat artikel

120. Gallois 2017, p. 113-115.
121. CRIM. 6 februari 2018, *Dalloz actualité*, 22 februari 2018, nt. D. Goetz.
122. Pradel 2017, p. 813-818 ; CRIM. 13 juni 2012, nr. 11-81.573.
123. Gallois 2017, p. 91-96.
124. Pradel 2017, p. 104.
125. Beaume & Natali 2018, p. 34-35 (atteinte à l'équité du procès).

459, derde lid, CPP dit bepaalt – dat de zittingsrechter verplicht is in te gaan op een schriftelijk verweer.[126] Het eventuele gevolg van een vormverzuim is bewijsuitsluiting: indien een geconstateerd vormverzuim (dermate) nadeel op heeft geleverd voor de verdediging dat er een sanctie moet volgen, bestaat die sanctie uit het nietig verklaren van het processtuk dat betrekking heeft op de onrechtmatige handeling.[127]

7.5 Vereenvoudigde en versnelde berechting

Daar de normale procedures voor berechting van strafbare feiten voor de rechtbank of het Cour d'assises geruime tijd in beslag nemen (door de lange duur van het gerechtelijk vooronderzoek bij zwaardere strafbare feiten, of door de planning van zittingscapaciteit bij minder zware strafbare feiten), is er in het Franse recht de nodige belangstelling voor verkorte rechterlijke afdoening van misdrijven.

Interessant blijft de snelrechtprocedure (*comparution immédiate*) die in Frankrijk al ruim twee decennia in bedrijf is. Uitgangspunt is dat de zaak binnen een dag voor de meervoudige kamer wordt gebracht.[128] Dit betekent dat de verdachte na aanhouding in verzekering wordt gesteld en zo snel mogelijk wordt voorgeleid aan de officier van justitie. Beslist de officier van justitie tot dagvaarding voor de snelrechter, dan volgen voor de verdachte een gesprek met de reclassering en een onderhoud van 30 minuten met een (piket)advocaat. Vervolgens vindt berechting plaats door de meervoudige kamer van de rechtbank. Bij uitstel van de berechting of bij veroordeling, kan de rechtbank bepalen dat de verdachte in voorlopige hechtenis blijft – ongeacht de duur van de opgelegde straf. De resultaten van de snelrechtprocedure zijn in zeker opzicht indrukwekkend. In 2013 bijvoorbeeld werden ruim 45.000 zaken afgedaan via snelrecht[129] waarvan 29 procent binnen één dag en 19 procent binnen twee dagen: alles bij elkaar werd 70 procent van de snelrechtzaken in minder dan vier dagen afgehandeld.[130] Er is echter ook de nodige kritiek op de toepassing van snelrecht. Een onderzoek van de universiteit van Lille naar de praktijk van snelrecht in Noord-Frankrijk leidde tot de conclusie dat snelrecht vooral wordt ingezet voor de berechting van recidivisten en personen zonder vaste woon- of verblijfplaats (waarvan de aanwezigheid bij berechting op later moment moeilijk valt te waarborgen). Opvallend was verder dat veel vaker dan in vergelijkbare zaken die worden berecht door de politierechter of rechtbank in een reguliere procedure, een onvoorwaardelijke gevangenisstraf werd opgelegd. Aldus ontstond het beeld dat de toepassing van snelrecht vooral dient als een manier om

126. Gallois 2017, p. 93-94.
127. Zie verder Gallois 2017, p. 122-126.
128. Artikelen 395 tot en met 397-7 CPP. Zie Pradel 2017, p. 662-663.
129. In 2016 ging het om 49.220 zaken (bron: *Les chiffres-clés de la Justice 2017*, p. 15).
130. Carrasco & Viard-Guillot 2015, p. 2.

zonder al te veel inspanningen draaideurcriminelen binnen korte tijd weer achter slot en grendel te krijgen.[131]

Een ander interessant fenomeen is de verkorte, vereenvoudigde procedure voor een enkelvoudige kamer van de rechtbank die volgt na een *guilty plea* van de verdachte (*comparution sur reconnaissance préablable de culpabilité (CRPC)*).[132] De officier van justitie kan besluiten om de verdachte die schuld bekent, nadat de verdachte onderworpen is aan een kort persoonlijkheidsonderzoek (door de reclassering), tijdens een voorgeleiding een bepaalde straf voor te stellen. Het kan om van allerlei straffen gaan; bij gevangenisstraf geldt een maximum van een jaar (al dan niet deels voorwaardelijk). De verdachte heeft een bedenktijd van tien dagen. Een circulaire[133] verduidelijkt dat de procedure alleen mag worden toegepast indien de omstandigheden van het geval zich ervoor lenen. Verder moet het duidelijk zijn dat de feiten die de verdachte heef bekend zullen leiden tot oplegging van een straf door de rechter. En ten slotte moet er geen sprake zijn van een zaak waarvan de berechting in het kader van het algemeen belang in de openbaarheid zou dienen te geschieden. Wanneer de verdachte instemt met het voorstel, gaat de zaak naar de rechter. De zitting is openbaar. De rechter verifieert de feiten (door middel van verhoor van de verdachte), de schuldbekentenis en de kwalificatie die door de officier van justitie aan de feiten is gegeven (het strafbare feit mag geen hogere wettelijke maximumstraf kennen dan vijf jaar gevangenisstraf).[134] De rechter kan vervolgens de vordering van de officier van justitie bevestigen; daarbij heeft de rechter geen mogelijkheid om de straf te wijzigen.[135] De toetsing van de rechter omvat wel mede een oordeel over de rechtmatigheid en over de opportuniteit van de gekozen wijze van afdoening.[136]

Tot slot is de *ordonnance pénale* een schriftelijke procedure om de rechter te laten instemmen met het opleggen van een forfaitaire boete voor overtredingen en kleine misdrijven (artikel 524 e.v. CPP).

131. A-C. Douillet, Th. Léonard, Th. Soubiran & H. Yazdanpanah, *Logiques, contraintes et effets du recours aux comparutions immédiates. Etude de cinq juridictions de la Cour d'appel de Douai*, Lille: Ceraps 2015, p. 192-193.
132. Artikelen 495-7 tot en met 495-16 CPP.
133. Circulaire van 2 september 2004.
134. R. Houllé & G. Vaney, La comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité, une procédure pénale de plus en plus utilisée, *Infostat Justice* 2017, nr. 157, p. 1.
135. Pradel 2017, p. 891.
136. In 2016 werden door de rechtbank 75.055 CRPC-zaken behandeld (bron: *Les chiffres-clés de la Justice 2017*, p. 15).

8 Rechtsmiddelen

8.1 Hoger beroep

Er bestaat in het Franse recht een ruime mogelijkheid om in hoger beroep te gaan tegen uitspraken in eerste aanleg. Dat geldt voor de verdediging, voor het openbaar ministerie en voor de benadeelde partij. De laatste kan echter alleen beroep aantekenen tegen de uitspraak voor het deel dat de schadevergoeding aangaat. De appeltermijn is tien dagen. Er is geen mogelijkheid van hoger beroep voor het openbaar ministerie in de procedure gebaseerd op een *guilty plea* van de verdachte (*CRPC*).

De procedure in hoger beroep is verplicht gebaseerd op dezelfde inhoud als de behandeling van de zaak in eerste aanleg. Dat betekent dat dezelfde stellingen nogmaals aan de orde kunnen komen, maar geen nieuwe grieven. Ook mag het feitencomplex waarvoor wordt vervolgd niet worden uitgebreid. Ter onderbouwing mogen partijen wel nieuwe gegevens en bewijsmiddelen inbrengen. Het Cour d'appel kan de kwalificatie van de feiten veranderen.

Onderzoek ter terechtzitting begint in hoger beroep met een mondelinge inleiding op de zaak van een van de raadsheren. Het hof hoeft getuigen die al in eerste aanleg zijn gehoord, niet nogmaals te horen. Het hof kan de uitspraak gedaan in eerste aanleg bevestigen al dan niet met wijziging van de motivering. Het hof kan ook besluiten zijn arrest in de plaats te stellen van het vonnis van de rechtbank. Uit cijfers blijkt dat tegen tien procent van de rechtbankvonnissen waarin misdrijven zijn berecht, hoger beroep wordt ingesteld.[137]

8.2 Verzet

In het Franse recht bestaat nog steeds als apart rechtsmiddel, het verzet tegen een uitspraak die is gedaan bij verstek. Nadat de bij verstek veroordeelde persoon kennis krijgt van de uitspraak, kan hij binnen tien dagen verzet aantekenen, waarna de zaak opnieuw wordt berecht door de rechtbank die het verstekvonnis heeft gewezen.[138]

8.3 Cassatieberoep

Partijen kunnen binnen vijf dagen cassatieberoep aantekenen tegen een arrest van het Cour d'appel bij het Cour de cassation. Daarna moeten zij binnen een maand

137. *Le Monde* 15 juni 2018.
138. Bouloc & Matsopoulou 2016, p. 542-544.

een schriftuur met cassatiemiddelen indienen (artikel 585-1 CPP). De president van het Cour de cassation controleert de ontvankelijkheid van het ingestelde beroep. Het Cour de cassation buigt zich enkel over de uitleg van het recht door de lagere rechter. Wanneer het cassatieberoep ontvankelijk is, wordt de zaak verder voorbereid door een raadsheer-rapporteur. Het Cour de cassation beslist na een zitting waarop het rapport van de rapporteur is besproken, de standpunten van de advocaten van de partijen zijn aangehoord alsmede de conclusie van de procureur-generaal.[139]

Binnen het Cour de cassation wordt gedacht aan een vorm van selectie van zaken waarin cassatieberoep is ingesteld. Een criterium waaraan wel wordt gedacht is beperking van de behandeling van zaken tot die zaken die in het belang van de rechtsvorming aandacht behoeven. Zo zou meer tijd voor het Cour de cassation ontstaan om zich op die zaken te concentreren.[140] Deze ideeën hebben nog niet geleid tot de voorbereiding van wetgeving.

9 De tenuitvoerlegging van straffen

Drie belangrijke elementen kenmerken de executie van straffen in het Franse strafrecht. Ze vertonen een onderlinge samenhang. Het eerste element is het bestaan van verschillende modaliteiten die allemaal tot gevolg hebben dat de executie van een gevangenisstraf uiteindelijk aanzienlijk korter is dan de door de rechter opgelegde straf. Daarvoor verantwoordelijk is vooral de optelsom van voorwaardelijke invrijheidsstelling (na twee derde van de straf) en wettelijke strafkorting. Het tweede element is dat van de min of meer standaardomzetting van de gevangenisstraf van maximaal twee jaar in een andere vorm van detentie, bijvoorbeeld elektronisch huisarrest. Dit gebeurt typisch in geval van veroordeling van niet-voorlopig gehechte verdachten tot een onvoorwaardelijke gevangenisstraf. Het derde element is de rol van de *juge d'application des peines* – de executierechter. De executierechter kan als rechter de tenuitvoerlegging van straffen al dan niet ingrijpend aanpassen. Belangrijkste doel is aanpassing van de straf aan de ontwikkeling van de veroordeelde in detentie: plaatsing in een ander detentieregime, uitbreiding van verlofmogelijkheden, voorwaardelijke invrijheidsstelling en dus ook de keuze voor een andere wijze van executie.[141] De bevoegdheden van de executierechter worden echter ook stelselmatig gebruikt om overbevolking van gevangenissen tegen te gaan – zie de inleiding van deze bijdrage.

In de Franse politiek leeft inmiddels de indruk dat door dit alles een te groot verschil ontstaat tussen de strafoplegging en de daadwerkelijke executie van een

139. Bouloc & Matsopoulou 2016, p. 556.
140. Pradel 2017, p. 165.
141. Bouloc & Matsopoulou 2016, p. 667-677.

straf; een gevoelen dat ook wordt gedeeld door de praktijk.[142] De executierechter zou daarom enerzijds een deel van zijn grote discretionaire bevoegdheid moeten inleveren (geen omzetting meer van straffen van meer dan één jaar), terwijl anderzijds de oplegging van korte gevangenisstraffen (één maand) zou moeten worden verboden. De executie van gevangenisstraffen tot zes maanden zou voortaan verplicht buiten een gevangenis moet plaatsvinden. Wat overblijft voor de executierechter zijn de beslissingen over verlof enzovoort, waarvan zou kunnen worden betoogd dat deze wellicht niet de aandacht van een rechter behoeven.[143]

10 De modernisering van het Franse strafprocesrecht

10.1 De modernisering: stand van zaken en inhoud

De modernisering van het strafprocesrecht krijgt in Frankrijk feitelijk gestalte door een opeenvolging van wetswijzigingen. We zouden kunnen stellen dat de modernisering die sinds enige jaren plaatsvindt vooral is gebaseerd op het rapport dat Jacques Beaume in 2014 schreef in opdracht van de toenmalige minister van Justitie.[144] Een aantal van de aanbevelingen uit dat rapport zijn in wetgeving omgezet in de Wet van 3 juni 2016.

In het huidige project tot herziening van het Franse recht – voornamelijk het strafprocesrecht – *Les Chantiers de la justice* – ligt de nadruk op vereenvoudiging van procedures, versnelling van de afdoening van strafbare feiten, en aanpassing van de strafrechtspleging aan digitalisering van de samenleving. Dit gaat gepaard met een structurele verhoging van de justitiebegroting (jaarlijks 4 procent meer vanaf 2018), ingegeven door de gedachte dat Frankrijk per hoofd van de bevolking tot dusver heel weinig uitgeeft aan justitie.[145]

Beaume vervult een rol van trekker bij de voorbereiding van deze nieuwe wijziging. In dat verband heeft Beaume samen met Franck Natali op 15 januari 2018 een tweede rapport voor de 'verbetering en vereenvoudiging van het strafprocesrecht' aan de minister van Justitie overhandigd.[146] Het is onder andere gebaseerd op een reeks gesprekken met vertegenwoordigers van praktijkorganisaties. Het rapport ligt aan de basis van het gelijknamige onderdeel van het wetsvoorstel '*Projet de loi*

142. Zie B. Cotte, *Pour une refonte du droit des peines* (rapport à Madame la Garde des Sceaux, Ministre de la Justice), Parijs: Ministère de la Justice 2015, p. 93.
143. Ministère de la Justice, *Les Chantiers de la justice: les axes de la réforme, Sens et efficacité des peines*, 2018, p. 10-12.
144. J. Beaume, *Rapport sur la procédure pénale*, Parijs: Ministère de la Justice 2014.
145. Ministère de la Justice, *Projet de loi de programmation 2018-2022 et de réforme pour la Justice*, Dossier de presse, april 2018, p. 2.
146. J. Beaume & F. Natali, *Chantiers de la justice: Amélioration et simplification de la procédure pénale*, Parijs: Ministère de la Justice 2018.

de programmation 2018-2022 et de réforme pour la Justice' dat op 20 april 2018 door de minister van Justitie is gepresenteerd.

Het rapport van 2018 behelst een doorlichting van het Franse strafprocesrecht in het licht van het streven naar verbetering en vereenvoudiging. Dat leidt tot een groot aantal aanbevelingen tot aanpassing van het wetboek. Beaume en Natali rangschikken deze aanbevelingen in vier categorieën. De eerste categorie betreft een aantal concrete voorstellen tot wetswijziging, die onmiddellijk kunnen worden doorgevoerd. Een tweede categorie bestaat uit een aantal verbeteringen die nader zouden moeten worden bestudeerd op hun praktische en juridische haalbaarheid, of die afhangen van een wijziging van andere wetgeving (wijziging van de Franse grondwet – zie hieronder) of technologische ontwikkelingen. De derde categorie betreft wijzigingen die kunnen worden doorgevoerd bij een volledige herziening van de Code de procédure pénale: Beaume en Natali oordelen dat die volledige herziening 'op middellange termijn' nodig is 'om het wetboek zijn leesbaarheid en samenhang terug te geven'.[147] Een vierde categorie zijn de veranderingen die met het oog op eventuele opneming in het nieuwe wetboek bij wijze van *experiment* de komende jaren zouden kunnen worden onderzocht.

In het rapport 2018 worden de volgende onderwerpen behandeld en van aanbevelingen voorzien – ik beperk me tot de onderwerpen met enige relevantie voor het Nederlandse recht:

- harmonisatie van de verdenkingscriteria voor de toepassing van bijzondere opsporingsbevoegdheden;
- harmonisatie van de wijze van inzet van bijzondere opsporingsbevoegdheden (vormvoorschriften, beslissende autoriteit; één proces-verbaal waarin bevel en wijze van uitvoering zijn opgenomen);
- behoud van de termijnen voor de duur van inverzekeringstelling en in het bijzonder van de eerste termijn van maximaal 24 uur. De voorgeleiding aan de officier van justitie na 24 uur zou echter facultatief kunnen worden gemaakt (op verzoek van de verdachte). Daarbij zou de mogelijkheid kunnen worden onderzocht om de notificatie van rechten mondeling aan de in verzekering gestelde te laten plaatsvinden, met audioregistratie;
- samenvoeging van de transaction en de composition pénale; nader onderzoeken of er in bepaalde gevallen geen verplichte bekrachtiging meer door de rechter zou behoeven plaats te vinden;
- mogelijk maken van een CRPC na een gerechtelijk vooronderzoek;
- bestudering van het mogelijk maken van vrijheidsbeneming (maximaal twee of drie maanden) na de inverzekeringstelling, zonder opening van een gerechtelijk vooronderzoek; in deze periode tot aan de behandeling door de rechter ter

147. Beaume & Natali 2018, p. 8, 15, 37.

zitting zou de officier van justitie aanvullend onderzoek kunnen verrichten; mogelijkheid voor de verdediging om door middel van toegang tot het dossier en het formuleren van onderzoekswensen zich eveneens voor te bereiden;
- inkaderen (beperken) van de mogelijkheid voor het slachtoffer om bij de onderzoeksrechter een klacht met burgerlijke partijstelling in te dienen;
- bevorderen van afdoening door een alleen rechtsprekende rechter in eerste aanleg; studie naar de haalbaarheid van (meer) unus-rechtspraak in hoger beroep;
- verruiming van toepassing van de CRPC; bevorderen van een echte onderhandelingssituatie over de door de officier van justitie voorgestelde straf; daartoe het afdoeningsvoorstel van de officier van justitie ten minste 48 uur voor de bijeenkomst met de verdediging ter beschikking stellen;
- geen wijziging van criterium voor sanctionering van vormverzuimen; wel bestudering of nadere precisering kan plaatsvinden wanneer sprake is van nadeel voor de verdachte en of meer variatie in sanctionering van vormverzuimen kan worden bewerkstelligd;[148]
- bestudering van de meerwaarde van het wettelijk regelen van een aparte regiezitting in grote strafzaken, waarin in het bijzonder de preliminaire vragen zouden worden behandeld.[149]

Voor een volledige herziening van het wetboek dienen zich ook al de contouren aan. Veel is volgens de auteurs afhankelijk van het welslagen van het wetsvoorstel tot wijziging van de grondwet dat de officier van justitie een meer onafhankelijke positie moet geven (namelijk door het voorstel voor benoeming van leden van het openbaar ministerie door de Conseil supérieur de la magistrature voortaan bindend te laten zijn en door de Conseil supérieur de la magistrature bevoegd te maken voor disciplinaire sancties tegen leden van het openbaar ministerie). Op basis van die gewijzigde positie zou de officier van justitie meer ruimte kunnen krijgen om zaken zelf af te doen (alternatieve afdoening), zonder noodzaak van bekrachtiging door de rechter. Ook is voorzienbaar dat de officier van justitie voor meer bijzondere opsporingsbevoegdheden zelfstandig het bevel kan geven, zonder machtiging van de *juge des libertés*.[150] In algemene zin zou de officier van justitie de leiding kunnen krijgen over het gehele vooronderzoek, dat dan de volgende kenmerken zou hebben:
- één vorm van vooronderzoek (fusie van de twee bestaande opsporingsonderzoeken en opheffing van het gerechtelijk vooronderzoek);
- opheffing van de onderzoeksrechter; voortbestaan van de *juge des libertés* als machtigingsrechter;

148. Beaume & Natali 2018, p. 34-35.
149. Beaume & Natali 2018, p. 26, neigen ernaar dit voor een zaak van de praktijk te vinden, waarvoor geen wijziging van de wet nodig is.
150. Beaume & Natali 2018, p. 15-16.

- versterking van de positie van de verdediging: onder andere in elke fase van het onderzoek de mogelijkheid tot indiening van een verzoek om processtukken in te zien;
- versterking van de rol van de OPJ (politiefunctionaris vergelijkbaar met hulpofficier van justitie), die in belangrijke mate de leiding van het opsporingsonderzoek op zich zou kunnen nemen (in plaats van de officier van justitie). Dit vereist wel het voldoen aan een aantal op voorhand niet eenvoudige randvoorwaarden zoals specifieke opleiding, die vertrouwen in die rol mogelijk maken.

In het algemeen zou het nieuwe wetboek de overgang moeten markeren naar een wettelijke regeling die is gericht op een digitaal strafproces.

Ten slotte zou in het nieuwe wetboek kunnen worden gedacht aan een gespecialiseerde schadevergoedingsrechter, die zich kan buigen over de vordering tot schadevergoeding van het slachtoffer in het strafproces in een van de hoofdzaak afgescheiden procedure.[151] De mogelijkheid om de schadevergoedingsactie apart te behandelen zou ook toegevoegde waarde hebben voor het slachtoffer in afdoeningsmodaliteiten waarin het slachtoffer een mindere positie heeft (zoals bij de CRPC).[152] Voorts wordt gezinspeeld op ondersteuning van (tegemoetkoming?) de claim van het slachtoffer in het strafproces, vergelijkbaar met het schadefonds geweldsmisdrijven.[153]

Vooruitlopend op herziening van het wetboek zou met enkele mogelijke wijzigingen kunnen worden geëxperimenteerd. Een concreet experiment is de vervanging van het Cour d'assises in eerste aanleg door een 'rechtbank voor zware misdrijven'. De huidige procedure wordt als te complex en bureaucratische ervaren – vooral de instelling van het Cour d'assises. In de praktijk leidt dit tot allerlei manoeuvres waarmee berechting door een Cour d'assises wordt omzeild: de belangrijkste daarvan is (hierboven in paragraaf 7.1 uitgelegd) de wijziging van kwalificatie van het misdrijf in die van een gewoon misdrijf met een lagere maximumstraf. Dat wordt – ook al gebeurt dit al decennia – als onwenselijk ervaren.

10.2 De wijze van voorbereiding van modernisering van het strafprocesrecht

Als wordt gekeken naar de grotere hervormingen van het Franse strafprocesrecht in de aflopen twintig jaar, dan komt een duidelijk beeld naar voren van de wijze waarop deze worden voorbereid. Een hervorming begint meestal met een opdracht van de minister van Justitie aan een prominente magistraat (vaak een procureur-generaal) of aan een commissie van experts om het onderwerp van de gewenste

151. Beaume & Natali 2018, p. 36-37.
152. Beaume & Natali 2018, p. 19, 21.
153. Beaume & Natali 2018, p. 37.

wijziging te onderzoeken (bijvoorbeeld: vereenvoudiging van de afdoening van strafbare feiten). In de commissie van experts hebben meestal rechters, leden van het openbaar ministerie en advocaten zitting. De commissie wordt voorts aangevuld met een of enkele strafrechtwetenschappers (naar mijn indruk is dit steeds minder vaak het geval). Het secretariaat wordt geleverd door het ministerie van Justitie. De commissie verricht onderzoek door het interviewen van allerlei betrokkenen uit de praktijk van de strafrechtspleging, onder wie vertegenwoordigers van vakverenigingen van magistraten en van politiefunctionarissen. De verbinding met de praktijk wordt op deze manier gelegd. Na oplevering van het rapport wordt concrete wetgeving voorbereid door wetgevingsambtenaren van het ministerie van Justitie. Vervolgens vindt formele consultatie plaats, waarbij ook spontane reacties van andere bij de strafrechtspleging betrokken organisaties mogelijk zijn.

10.3 Hercodificatie?

Het zou niet meer dan logisch zijn om het Franse wetboek van strafprocesrecht integraal te herzien. De redenen die in Nederland ten grondslag liggen aan het project modernisering Wetboek van Strafvordering doen ook in Frankrijk opgeld: er is een streven naar verbetering en vereenvoudiging van procedures, de noodzaak van aanpassing aan technologische ontwikkelingen wordt erkend en als gevolg van alle tussentijdse wijzigingen is de Code de procédure pénale een deel van de (sterke) structuur kwijtgeraakt – waardoor de overzichtelijkheid van het recht verloren raakt. Grote druk is ontstaan in het steeds uitdijende boek 4 (artikel 627 e.v. CPP) waarin bijzondere procedures zijn opgenomen. Naast invoering van nieuwe procedures (in verband met de implementatie van EU-richtlijnen voor strafrechtelijke samenwerking), zijn in de bestaande bijzondere procedures grote aantallen nieuwe bepalingen opgenomen. Dit zorgt niet enkel voor problemen met de nummering.[154] Omdat sommige procedures die in boek 4 zijn geregeld toch een brede toepassing kennen, dient bijvoorbeeld in onderzoek naar georganiseerde criminaliteit telkens in het wetboek gebladerd te worden tussen de bepalingen van het 'normale' opsporingsonderzoek (artikel 52 e.v. CPP) en de bepalingen die allerhande uitzonderingen mogelijk maken in geval van onderzoek naar georganiseerde criminaliteit (artikel 706-73 e.v. CPP). Die laatste bepalingen bevinden zich letterlijk aan de andere kant van het wetboek. Een ander element dat het wetboek minder overzichtelijk maakt, is de opneming van rechten voor de verdediging (uitvloeisel van EU-richtlijnen procedurele rechten) aan het einde van het wetboek (artikel 806 e.v. CPP).

154. Zo is, door doornummering (706-1 CPP enz.) een honderdtal bepalingen ingevoegd tussen de artikelen 706 en 707 CPP.

Geschrokken van de grote weerstand tegen het voorstel voor herziening van de Code de procédure pénale in 2009-2010 (zie de inleiding hierboven), concentreert de wetgever zich sindsdien weer op gedeeltelijke herzieningen van het strafprocesrecht.[155] Dat is jammer, want die kritiek die het voorstel tot integrale herziening van het wetboek in 2009-2010 te beurt viel, had alles te maken met de politiek gevoelige voorstellen die in het kader van de herziening werden gedaan; in het bijzonder de afschaffing van de onderzoeksrechter. Het is duidelijk dat de Wet van 2016 en de huidige wetsvoorstellen in het kader van de Chantiers de la justice slechts een voorbode zijn van algehele herziening van het strafprocesrecht. In hun rapport van 2018 zijn Beaume en Natali duidelijk: een hercodificatie van het wetboek is op middellange termijn absoluut noodzakelijk.[156]

10.4 De afstemming van het strafprocesrecht op technische ontwikkelingen

Het Franse strafprocesrecht is tot dusver in beperkte mate aan technologische ontwikkelingen aangepast. Met enige trots wordt erop gewezen dat in het Franse recht inmiddels al bijna dertig jaar ervaring is opgedaan met het gebruik van videoconferentie voor het verhoor van getuigen en verdachten. Videoconferentie kan ook worden gebruikt voor de berechting van een verdachte door de rechtbank (als de partijen daarmee instemmen): artikel 706-71 e.v. CPP.[157] Een andere vernieuwing is het introduceren van de elektronische handtekening (artikel 801-1 CPP). Invoering heeft echter nog niet plaatsgevonden; er moeten nog voorzieningen in de praktijk worden getroffen voor de implementatie – daarna kan invoering volgen bij ministeriële regeling. Weer een andere aanpassing is te zien in artikel 19 CPP: daarin is sinds enige tijd bepaald dat de politie processen-verbaal via elektronische weg naar de officier van justitie kan sturen.

In zijn rapport uit 2014 lanceerde Beaume een aantal interessante denkpistes over vereenvoudiging van het strafproces door gebruikmaking van technologische ontwikkelingen. Zo stelde hij voor om een (op audio geregistreerd) mondeling procesverbaal te laten volstaan in zaken van eenvoudige strafbare feiten die door het openbaar ministerie zelfstandig worden afgedaan (*composition pénale*), en bij strafbare feiten die niet worden vervolgd. Wanneer de zaak later alsnog voor de rechter wordt gebracht kan de audioregistratie worden uitgewerkt.[158]
In zijn rapport van 2018 toont Beaume zich hier nog steeds – evenals de politie – een groot voorstander van. De politie vindt dat er een experiment mee zou moeten

155. Zie Verrest 2011, p. 195-196.
156. Beaume & Natali 2018, p. 15, 37.
157. Pradel 2017, p. 106.
158. Beaume 2014, p. 11-13. Beaume merkt op dat het overstappen op deze werkwijze vertrouwen veronderstelt in de politie. Dat vertrouwen zou echter in de praktijk snel kunnen worden opgebouwd doordat bij het uitluisteren van AV-registraties (in het kader van een experiment) deze prima in orde blijken.

worden gedaan. Het openbaar ministerie en rechtspraak blijven echter zeer terughoudend: zij vinden het geen aantrekkelijk vooruitzicht om allerlei audio-opnamen te moeten uitluisteren. De advocatuur vreest een verlies aan mogelijkheden om de rechtmatigheid van het onderzoek te controleren. Beaume neigt voorzichtig in de richting van een experiment.[159]

Beaume en Natali komen in dat rapport ook tot een aantal andere voorstellen voor vernieuwing van de praktijk op basis van technologische mogelijkheden.[160] Een ervan betreft het gebruik van software met spraaktechnologie voor het 'real time' uitschrijven van politieverhoren.[161] Zij zien daarin een belangrijke mogelijkheid tot het verminderen van de werklast van de politie. Andere concrete aanbevelingen richten zich vooral op de informatiehuishouding en -uitwisseling in de strafrechtketen. Allereerst moet zo snel mogelijk worden gezorgd voor digitalisering van strafdossiers. Het gaat dan heel eenvoudig om een pdf-bestand van het papieren dossier, zodat het dossier voor betrokkenen in de strafrechtketen van afstand raadpleegbaar is.[162] Ook zou grote winst kunnen worden geboekt door koppeling van de softwaresystemen van de rechtspraak (RPVJ[163]) met dat van de advocatuur (RPVA): een digitale uitwisseling van stukken kan zo worden bewerkstelligd.[164]

In het kader van de *Chantiers de la justice* vormt de aanpassing van het recht en de rechtspraktijk op de digitale samenleving tevens een apart project. Het rapport dat Beynel en Casas in dit verband hebben opgesteld onder de titel *Transformation numérique*, richt zich in den brede op digitalisering van de rechtspleging.[165] De invalshoek is een verkenning van hetgeen ontwikkelingen in digitale technologie kunnen betekenen voor het vereenvoudigen en verbeteren van verschillende domeinen van de rechtspraktijk.
Beynel en Casas voorzien onder andere de volgende ontwikkelingen:

- een volledig digitaal ('gedematerialiseerd') dossier: toewerken naar een digitaal dossier dat niet louter een kopie is van een tevens bestaand papieren dossier, maar echt digitaal is. Waaraan alle betrokken partijen processtukken (van allerlei aard) online kunnen toevoegen en dat voor iedereen met verschillende autorisaties gemakkelijk toegankelijk is;[166]
- een geautomatiseerde voorbereiding en planning van het onderzoek ter terechtzitting: voor de behandeling wordt een tijdvak gereserveerd, dat naar-

159. Beaume & Natali, 2018, p. 32.
160. Een aantal daarvan zijn voor ons minder van belang, omdat we ze al kennen, zoals de online-aangifte en de invoering van een uniform strafrechtketennummer.
161. Beaume & Natali, 2018, p. 32.
162. Beaume & Natali 2018, p. 32.
163. Réseau privé virtuel justice (RPVJ).
164. Beaume & Natali 2018, p. 33.
165. Beynel & Casas 2018.
166. Beynel & Casas 2018, p. 17.

mate een onderzoek verder vordert steeds concreter naar een bepaald tijdstip wordt bijgesteld;[167]
– betekening van gerechtelijke stukken (bijvoorbeeld uitspraken) via een burgerportaal of anderszins.[168]

Het zijn stuk voor stuk interessante ideeën voor vernieuwing. Feit blijft wel dat de huidige regeling van het strafprocesrecht bepaald niet techniek-onafhankelijk is. Er is geen sprake van het gebruik van 'neutrale' terminologie, die invulling van communicatie of verslaglegging anders dan schriftelijk voorziet. Daarom zal de introductie van nieuwe technologie in de strafrechtspleging gepaard moeten gaan met een flinke inspanning om regelgeving aan te passen. Het ligt voor de hand dat die aanpassing plaats zal vinden in het kader van een algehele hercodificatie van de Code de procédure pénale.

10.5 De implementatie van grote wijzigingen van het strafprocesrecht

Voor het eerst is onlangs in het kader van een wijziging van het Franse strafprocesrecht – bij het '*Projet de loi de programmation 2018-2022 et de réforme pour la Justice*' – een omvangrijk '*impact assessment*' gepresenteerd. Het betreft in de kern vooral een zeer uitvoerige analyse van de bestaande praktijk en van hetgeen het wetsvoorstel daarin zou veranderen.[169] Daarbij wordt vooral ingegaan op de effectiviteit van de wijzigingen.

Verder valt op dat onderdelen van nieuwe wetgeving die uitvoeringsconsequenties hebben in de praktijk, in de Franse context vaak voorwerp zijn van een gefaseerde inwerkingtreding. Een voorbeeld is de hierboven eerder genoemde invoering van een 'college van onderzoeksrechters' dat het gerechtelijk vooronderzoek zou moeten leiden. Een ander voorbeeld is de invoering van de elektronische handtekening. Er worden meerdere modaliteiten gebruikt om de uitgestelde inwerkingtreding vorm te geven: opneming van een datum waarop de wetswijziging in werking zal treden (teneinde druk te zetten op de aanpassing van de praktijk) of de inwerkingtreding afhankelijk maken van een inwerkingtredingsbesluit. Hoewel naar haar aard dwingender, is bij de eerstgenoemde modaliteit toch ook altijd opschorting of afschaffing (bij wet) mogelijk; en daarvan wordt gebruikgemaakt, zo laat de ervaring zien.[170]

167. Beynel & Casas 2018, p. 19.
168. Beynel & Casas 2018, p. 20.
169. Zie Ministère de la Justice, *Etude d'impact, Projet de loi de programmation pour la justice 2018-2022*, nor: JUST1806695L, Parijs, april 2018.
170. Dit lot trof o.a. de belangrijkste onderdelen van de wet van 2007.

Ten slotte moeten we een moment stilstaan bij de mogelijkheid van toetsing aan de grondwet na het aannemen van een wetsvoorstel door het parlement. Op verzoek van zestig leden van de Assemblée nationale of zestig leden van de Sénat, buigt de Conseil Constitutionnel zich over de grondwettelijkheid van de inhoud van de wet.[171] Pas daarna kan de wet worden afgekondigd. Een blik op recente wetswijzigingen laat zien dat er vaak één of meer bepalingen uit strafprocesrechtelijke voorstellen voorwerp zijn van een dergelijke toetsing en soms ook sneuvelen. Inmiddels is als nieuwe mogelijkheid van grondwettelijke toetsing de QPC gekomen. Via een QPC is bijvoorbeeld een strafbaarstelling die was ingevoerd door de Wet van 3 juni 2016 in strijd met de grondwet verklaard.[172]

10.6 Administratieve lasten en de notie van 'werkbare opsporing'

In het publieke debat over de effectiviteit van het strafproces zijn in Frankrijk in verhouding tot de situatie in Nederland bepaalde actoren veel sterker aanwezig. Dat geldt met name voor de positie van politievakbonden, vakbonden van magistraten en de orde(s) van advocaten. Zij oefenen invloed uit op de publieke opinie en de politiek door actief op te treden in de media in reactie op gebeurtenissen in concrete strafzaken of de aankondiging van nieuwe wetgeving. De wetenschap speelt in het publieke debat over het strafrecht en de strafrechtspleging in Frankrijk een ondergeschikte rol.

De belangrijkste boodschap die in het publieke debat over het strafrecht wordt overgebracht – door de politie – is die van een continue overbelasting als gevolg van te weinig personeel en veel prioriteiten. In de nasleep van de terroristische aanslagen in 2015 in Parijs – onder andere door de invoering van de noodtoestand – heeft lange tijd een extreme inzet van surveillance- en recherchecapaciteit plaatsgevonden. Er heerst breder onvrede over de slechte werkomstandigheden: in 2016 leidde dit tot forse stakingen. Politieagenten voelen zich de '*éboueurs de la société*': de putjesscheppers van de samenleving.[173]

Specifiek met betrekking tot *administratieve lasten* van strafvorderlijke wetgeving wordt vooral geklaagd over de vele vormvoorschriften die in het Franse strafprocesrecht bestaan, zoals we zagen vooral in de fase van het gerechtelijk vooronder-

171. Artikel 61, tweede lid, Constitution.
172. Bijvoorbeeld het artikel van de wet van 2016 dat betrekking had op strafbaarstelling van het 'een gewoonte maken van het bezoeken van jihadistische websites' op het internet; Conseil constitutionnel 10 februari 2017, DC 2016-611 QPC. Ook een naar aanleiding van deze uitspraak bijgestelde versie van de strafbaarstelling trof dit lot: Conseil constitutionnel 15 december 2017, DC 2017-682 QPC.
173. Zie *Le Monde*, 25 oktober 2016, 'Les policiers se voient en éboueurs de la société' (interview met René Lévy, rechtssocioloog werkzaam bij het Centre de recherches sociologiques sur le droit et les institutions pénales (CESDIP).

zoek. Die veroorzaken een grote vertraging in het onderzoek. Punt is dat men ook van ver moet komen; met verwijzing naar de hierboven aangehaalde doorlooptijden van in het bijzonder het gerechtelijk vooronderzoek lijkt het te gaan om beduidend extremere omstandigheden waaronder de politie in Frankrijk haar werk moet doen dan die welke als vertragend of belastend worden ervaren in Nederland. Beaume beschrijft in zijn rapporten van 2014 en 2018 vanuit het eerdergenoemde perspectief – tekortschietende capaciteit bij de politie en gebrekkige toerusting – de noodzaak om de werklast van de politie te verminderen.

Een ieder die kennisneemt van de in het Franse strafprocesrecht opgenomen vormvoorschriften, en van de statistieken met betrekking tot doorlooptijden van onderzoeken, zal al snel het idee krijgen dat administratieve lasten in Frankrijk grotere vormen aannemen dan in de Nederlandse opsporing. Toch is er niet zoiets als een brede beweging vanuit de politie om dit aan de kaak te stellen. Mogelijk heeft dit te maken met de rechtscultuur en het feit dat het dagelijkse leven in de Franse samenleving in zijn geheel nu eenmaal meer bureaucratie kent (zie hierna).

De Franse politie heeft enige tijd fel protest gevoerd tegen de toelating van de raadsman bij het politieverhoor.[174] De aanwezigheid van de raadsman raakte een teer punt – dat door de politievakbonden als het ware bipolair werd voorgesteld aan de publieke opinie: waarom zou de effectiviteit van het recherchewerk in de waagschaal worden gezet ten behoeve van rechten van de verdachte? Uiteindelijk is de kritiek toch relatief snel verstomd. Beaume beschrijft in zijn rapport uit 2014 hoe hij de Franse context in dit verband ziet. Volgens hem is een uitruil mogelijk. De politie is bereid om meer contradictoire elementen in het opsporingsonderzoek te accepteren, als dit maar gepaard gaat met een vereenvoudiging van te hanteren procedures. Die vereenvoudiging kan worden gevonden door aparte procedures voorzien voor naar hun ernst duidelijk verschillende soorten feiten (in terrorismeonderzoek zijn andere procedurele waarborgen nodig dan bij afhandeling van een winkeldiefstal).[175] Een andere vereenvoudiging zou kunnen worden gevonden in het beperken van de intensieve verbaliseringsplicht die geldt tijdens de *enquête de flagrance*, waarin van elke onderzoekshandeling apart verbaal moeten worden opgemaakt (artikel D.10 CPP). Bij de *enquête préliminaire* bestaat deze verplichting niet en kan worden volstaan met een algemeen proces-verbaal (artikel D.11 CPP).

De positie van de rechterlijke macht is in het publieke debat in Frankrijk duidelijk anders dan in Nederland. In het publieke debat is bij tijd en wijle een sterke polarisatie tussen politie en magistratuur (openbaar ministerie en rechtspraak meestal acterend als eenheid) waarneembaar, waarbij de politie gemakkelijk de magistra-

174. Zie *L'Express*, 12 april 2011, 'Réforme de la garde à vue: "Les policiers vont perdre en autorité"'.
175. Beaume 2014, p. 9.

tuur overstemt. De verhouding van de rechterlijke macht tot de politiek is gespannen, mede als gevolg van de politiek-financiële schandalen. Magistraten hebben over het algemeen een duidelijk lagere maatschappelijke positie dan politici en topambtenaren (deze laatsten hebben bijvoorbeeld veelal dezelfde topopleidingen gevolgd). De verzuchting van toenmalig president Hollande die zijn biografen optekenden in 2016, was een zeldzame explicitering van hetgeen politici neigen te denken over magistraten: hij vond magistraten vooral 'laf'.[176]

10.7 Het verbeteren van rechtsbescherming

Bij de recente Wet van 2016 en huidige wetswijzigingen wordt in de doelstelling naast vereenvoudiging van het strafproces, telkens ook verbetering van het evenwicht en/of de positie van de verdediging genoemd. Hoe moeten we dit zien? Is het echt een doel, of betreft het enkel een schoolse uiting van het bewustzijn dat evenwicht in het strafproces ook belangrijk is? Dat laatste is het verwijt dat de Wet van 3 juni 2016 wel treft.[177] Degenen die concrete versterking van de positie van de verdediging verwachtten, omdat in de titel van de wet werd gesproken van 'een verbetering van de waarborgen in het strafproces', komen met slechts enkele kleine verbeteringen inderdaad bedrogen uit. Het is vanuit Nederlands perspectief vreemd dat bijvoorbeeld niet is overwogen om een genuanceerde regeling voor kennisneming van processtukken te introduceren: er bestaat een middenweg tussen geen toegang (tijdens het opsporingsonderzoek) en volledige toegang (tijdens het gerechtelijk vooronderzoek).

Dit laat zien dat de indruk terecht is dat het Franse recht wat betreft de positie van de verdediging nog altijd worstelt met de van origine sterk inquisitoire inborst van het Franse strafproces. Toch is er geleidelijk, onder andere door de rechtspraak van het EHRM en recent door de implementatie van EU-richtlijnen over procedurele rechten, het nodige veranderd. Interessant is dat de gedachte van de Franse

176. In het boek van G. Davet & F. Lhomme, *Un Président ne devrait pas dire ça…* (Parijs: Stock 2016) wordt Hollande als volgt geciteerd over de rechterlijke macht: 'Cette institution qui est une institution de lâcheté… Parce que c'est quand même ça, tous ces procureurs, tous ces hauts magistrats, on se planque, on joue les vertueux… On n'aime pas la politique'. ('Dat instituut dat een instituut van lafheid is… Dat is toch zo, al die officieren van justitie, al die hoge magistraten, ze verbergen zich, ze voelen zich verheven. Ze houden niet van de politiek.' [Mijn vertaling, PV]. De reacties van de belangrijkste Franse magistraten logen er niet om: 'Ces outrances renouvelées à l'encontre du corps judiciaire posent un problème institutionnel' ('Deze herhaalde beledigingen van de rechterlijke macht vormen een insitutioneel probleem'), zei Bertrand Louvel, de president van het Cour de cassation. 'Une nouvelle humiliation' ('een nieuwe vernedering'), stelde Jean-Claude Marin, de procureur-generaal bij het Cour de cassation (zie *Le Monde*, 14 oktober 2016). Kort erna kondigde François Hollande aan zich niet herkiesbaar te stellen bij de presidentsverkiezingen in 2017.

177. J-B. Perrier, Les garanties de la procédure pénale dans la loi du 3 juin 2016: entre illusion(s) et désillusion(s), *Dalloz* 2016, chron. 2016.2134.

wetgever waar het gaat om het meer structureel versterken van de positie van de verdediging, uitgaat naar het bevorderen van discussie tussen procespartijen ter gelegenheid van voorgeleidingen bij de officier van justitie (in het kader van de vervolgingsbeslissing of *plea bargaining*), de onderzoeksrechter (bij de *mise en examen*, of later in het gerechtelijk vooronderzoek bij bespreking van de resultaten van onderzoekshandelingen) of de *juge des libertés* (bij de beslissing over voorlopige hechtenis). Zo ontstaat een '*débat contradictoire*' over de te nemen beslissing en meer algemeen over de stand van zaken van het onderzoek. Verder is wel geopperd dat tussentijdse raadkamerzittingen de transparantie van de voortgang van het onderzoek zouden kunnen bewerkstelligen (als '*fenêtres de publicité*' zouden kunnen fungeren) na het verstrijken van een termijn van zes maanden of een jaar in het opsporingsonderzoek of gerechtelijk vooronderzoek.

Ook hier schetst Beaume in zijn rapporten van 2014 en van 2018 een perspectief voor de nabije toekomst: in een gestroomlijnd opsporingsonderzoek zoals dat er zou moeten uitzien in een nieuw, herzien wetboek van strafvordering, zou de verdediging over volwaardige mogelijkheden moeten beschikken om bij te dragen aan het onderzoek.[178]

11 Afsluitende beschouwing

In de voorgaande hoofdstukken is de lezer veel onderwerpen tegengekomen die ook in de modernisering van het Wetboek van Strafvordering in Nederland een rol spelen. Dat is misschien ook logisch, omdat bij de modernisering van het strafprocesrecht in Frankrijk nadrukkelijk dezelfde doelstellingen worden gehanteerd als in Nederland. Om die te verwezenlijken is het begrijpelijk dat wordt gekeken naar dezelfde onderdelen van het strafproces als het gaat om mogelijke wijziging. Ik zal zo meteen ingaan op de overeenkomsten die daadwerkelijk bestaan tussen modernisering van het strafprocesrecht in Nederland en in Frankrijk en een aantal voor de Nederlandse modernisering mogelijk bruikbare elementen. Maar eerst is het van belang te wijzen op de niet onaanzienlijke verschillen tussen de context van het Franse en Nederlandse recht, die deels ook al in de beschrijving van het Franse recht naar voren zijn gekomen.

Het belangrijkste verschil in die context is ongetwijfeld het grote *formalisme* dat het Franse recht kenmerkt. Het Franse strafprocesrecht laat procedures zien die gepaard gaan met veel en ingewikkelde vormvoorschriften. Het gerechtelijk voor-

178. Beaume & Natali, 2018, p. 16.

onderzoek is daarvan het voorbeeld bij uitstek. In Nederland zou in een gelijke situatie al lang zijn ingegrepen, zo niet in Frankrijk.[179]
Dit komt omdat formalisme als element van de rechtscultuur aansluit bij de samenleving in het algemeen. Het dagelijkse leven in Frankrijk kent gewoon veel regels. Fransen zijn eraan gewend dat ze veel papieren moeten invullen. Een goed voorbeeld is de wijze waarop werknemers zich ziek dienen te melden bij hun werkgever als ze grieperig zijn of een zware verkoudheid onder de leden hebben. Daarvoor moeten ze naar de huisarts, die op basis van het consult een '*arrêt de travail*' kan uitschrijven, voor een nauwkeurig te bepalen aantal dagen; zo wordt bepaald of een werknemer zich ziek mag melden.[180] Een ander kenmerk is dat traditie en historie in de samenleving een voorname rol spelen; ook dat zien we terug in de rechtscultuur. Een voorbeeld daarvan is de discussie over herziening van de gerechtelijke kaart. Die is eigenlijk hard nodig, want met 164 rechtbanken, die vaak uit niet meer dan een paar rechters bestaan, kan nauwelijks efficiënt worden gewerkt. Toch zullen de komende tijd niet meer rechtbanken worden gesloten, omdat hiermee de historische geworteldheid van de rechtspraak in oude Franse stadjes zou worden 'ontkend', en vooral ook uit angst voor de verdere leegloop van het Franse platteland, de *désertification*.

In dat opzicht is het logisch dat in het kader van de modernisering van het Franse strafprocesrecht de focus ligt op stroomlijning. Daarbij lijkt echter bescheiden te worden gesnoeid in de hoeveelheid vormvoorschriften. Een aantrekkelijkere oplossing voor de bureaucratie in het Franse strafrecht, vindt de Franse wetgever – met een on-Frans woord – in *bypasses*. De kern van het probleem wordt niet aangepakt, maar er worden alternatieven ontwikkeld om er omheen te bewegen. Een voorbeeld is het verstevigen van de *enquête de flagrance* (die langer mag duren[181]) en het uitbreiden van de *enquête préliminaire* (die qua bevoegdheden nauwelijks meer onderdoet voor het gerechtelijk vooronderzoek). Een tweede voorbeeld is het bevorderen van alternatieve afdoening, supersnelrecht en *plea bargaining*. Een derde voorbeeld is het specialiseren op grond van een gecreëerde concurrente bevoegdheid.

179. Als een van de stellingen bij mijn proefschrift (Verrest 2011) had ik opgenomen: 'In Frankrijk wordt wetgeving gekoesterd als onderdeel van het cultureel erfgoed. In Nederland geldt dat als je niet binnen tien seconden een overtuigend argument kunt aanvoeren om een bepaling in het Wetboek van Strafvordering te behouden, deze rijp is voor de sloop'.
180. In dit verband is ook de link met het strafrecht veelzeggend: de ernst van een mishandeling wordt afgezet tegen het aantal dagen dat het slachtoffer niet heeft kunnen werken; zie de artikel 222-11 (meer dan acht dagen niet kunnen werken als gevolg van de mishandeling), 222-13 (acht dagen of minder niet kunnen werken) en R.624-1 (geen ziekteverlof) NCP. Zie ook A. Lepage & H. Matsopolou, *Droit pénal spécial*, Parijs: PUF 2015, p. 79-86.
181. Beaume & Natali 2018, p. 36 (vijftien dagen, plus mogelijkheid van acht dagen verlenging).

Ten slotte wordt veel verwacht van technologische ontwikkelingen, in het bijzonder de digitalisering van het strafproces, om de bureaucratie in één klap op te lossen. Met die digitalisering van het strafproces is echter nog maar een bescheiden begin gemaakt.

Een tweede verschil in de context van het Franse recht dat van invloed is op de inhoud van de modernisering van het strafprocesrecht, is *het aantal strafbare feiten* dat moet worden afgedaan: dat is juist toegenomen (onder andere als gevolg van het principe van de '*réponse pénale systematique*'). Dit zet de nodige druk op het ontwikkelen van mogelijkheden voor alternatieve afdoening. We zagen verder dat wordt gewerkt aan een herijking van de tenuitvoerlegging van gevangenisstraffen, waarbij de inzet is om korte gevangenisstraffen te voorkomen. Tegelijk wordt echter geprobeerd de tenuitvoerlegging van gevangenisstraffen in haar geheel meer inzichtelijk te maken: de opgelegde gevangenisstraf en de daadwerkelijk geëxecuteerde straf moeten meer met elkaar overeenkomen. Een argument dat in Nederland ook wordt gebruikt om de regeling van de voorlopige invrijheidsstelling aan te passen.

Een derde verschil is het ingewikkelde debat over de *rol van de onderzoeksrechter*. Dat debat wordt sterk bepaald door de ervaring die in Frankrijk bestaat met politiek-financiële schandalen (sinds het begin van de jaren negentig van de vorige eeuw) en de vermoedens van politieke beïnvloeding van het openbaar ministerie om onderzoek naar dergelijke feiten te voorkomen. Ook al bestaan er veel argumenten om de rol van de onderzoeksrechter te vervangen door een van afstand toezichthoudende rechter in het vooronderzoek of door een toetsingsrechter, de Franse samenleving en politiek zijn toch huiverig om de figuur van onderzoek naar ernstige strafbare feiten door een volledig onafhankelijke en onpartijdige magistraat – de onderzoeksrechter – te verliezen. Dat laatste is eigenlijk alleen voorstelbaar indien het openbaar ministerie een onafhankelijke positie in het rechtsbestel zou krijgen. Voor een versterking van de onafhankelijkheid en van onpartijdigheid van het openbaar ministerie geven overigens ook andere ontwikkelingen aanleiding: de sterke uitbreiding van het opsporingsonderzoek (dat onder leiding staat van de officier van justitie) en de vergroting van de mogelijkheden voor de officier van justitie om zelfstandig (*composition pénale*) of met marginale toetsing van de rechter (*ordonnance pénale* en CRPC) strafbare feiten af te doen.

We komen hiermee bij een aantal voor de Nederlandse modernisering relevante aspecten van het Franse recht.

Allereerst kenmerkt het denken over het Franse strafprocesrecht – over de opbouw van het strafproces, over de bevoegdheidsverdeling tussen organen – zich sterk

door een *organieke benadering*.[182] Het is goed eraan te herinneren dat deze organieke benadering ook ten grondslag ligt aan ons strafprocesrecht, dat immers in belangrijke mate uit het Napoleontische strafprocesrecht is voortgekomen. Het is dan ook zeer opvallend dat in ons recht – het ontbreken van de ervaring van het belang van waarborgen voor onafhankelijk onderzoek naar politiek-financiële schandalen daargelaten – die benadering van het strafprocesrecht uit het zicht is geraakt. Want de rol van de officier van justitie als leider van het opsporingsonderzoek en de mogelijkheden van de officier van justitie om zonder bekrachtiging door de rechter sancties op te leggen, zijn in het Nederlandse recht de afgelopen decennia inmiddels al veel verder doorgevoerd dan in het Franse recht. Dit heeft echter niet of nauwelijks geleid tot de vraag of dit niet gepaard zou moeten gaan met een onafhankelijkere positie van het openbaar ministerie in het rechtsbestel.[183] In het Franse recht wordt zoals we hebben gezien gewerkt aan een grondwetswijziging om de onafhankelijkheid van de leden van het openbaar ministerie te versterken. Een andere, in het geheel niet in Nederland overwogen wijziging van de positie van de officier van justitie, heeft in het Franse recht al plaatsgevonden: namelijk de bepaling in artikel 39-3 CPP, dat de officier van justitie vanuit het gezag dat hij uitoefent over het opsporingsonderzoek à *charge* en *à decharge* onderzoek verricht.

Ook andere aspecten van de organieke benadering zouden wellicht enige aandacht verdienen.
Zo helpt het vasthouden aan de oorspronkelijke inhoud van de begrippen *opsporing* en *vervolging*, aan het onderscheidende vermogen dat die begrippen kunnen hebben: bijvoorbeeld waar het gaat om het markeren van de momenten in het verloop van het vooronderzoek waarop voor het vervolg van het proces belangrijke (vervolgings)beslissingen worden genomen: een stap die wellicht aanleiding zou moeten geven tot een contradictoir debat bij een rechter, tussen de officier van justitie en de verdediging. Ook het verband tussen de positie van organen in de rechterlijke organisatie en hun taakuitoefening in het strafproces is in Frankrijk sterk aanwezig. Kijken we bijvoorbeeld naar de positie van de procureur-generaal hij het Cour d'appel, dan komen veel hiërarchische lijnen bij hem of haar uit: het requireren in hoger beroep tegen beslissingen van de *juge des libertés* of de onderzoeksrechter, het concluderen bij de procedure over vormverzuimen in het vooronderzoek bij de Chambre d'instruction, en het hoger beroep in strafzaken enzovoort.[184] Daarnaast is er op basis van de Franse Wet RO (de Ordonnance 1958) én de Code de procédure pénale een aanwijzingsbevoegdheid (in algemene zin, en in individuele zaken) van de procureur-generaal aan de officieren van justitie in zijn res-

182. Zie Verrest 2011, p. 134-136.
183. Dat gebeurde wel, zij het beperkt, in het kader van de herziening van de wet in de jaren negentig van de vorige eeuw. Zie Verrest 2011, p. 142-145.
184. Een gelijksoortige relatie bestaat tussen de (voorzitter van de) Chambre d'instruction en de onderzoeksrechter: zie Verrest 2011, p. 131-132.

sort. Deze gaat gepaard met een beoordelingsstructuur wat betreft het functioneren van officieren van justitie. Dit alles betekent dat de procureur-generaal via allerlei lijnen toezicht kan houden op de wijze waarop de opsporing en vervolging plaatsvindt: zowel doordat via al die lijnen informatie tot hem komt, maar ook omdat hij beschikt over sturingsmogelijkheden. Hier komt nog bij dat de procureur-generaal een structuur heeft voor het houden van toezicht op het functioneren van opsporingsambtenaren in de graad van OPJ, inclusief jaarlijkse beoordeling en de mogelijkheid van het vorderen van disciplinaire sancties tegen deze opsporingsambtenaren bij de Chambre d'instruction. Dit alles geeft een stevig handvat om *toezicht* te houden *op de opsporing*. In de zoektocht naar meer mechanismen voor toezicht op de opsporing in het Nederlandse recht wordt een dergelijke structuur, die voor de herziening van de Wet RO in 1999 voor een groot deel nog bestond, gemist.

Een tweede interessant element betreft de omgang in het Franse recht met wat ik zou willen aanduiden als bijzondere *werkprocessen*. Wederom in het verlengde van de hierboven beschreven 'eigen(aardig)heden' van het Franse recht, en de wijze waarop *bypasses* worden gevonden voor bureaucratische procedures, moet worden opgemerkt dat soms radicale alternatieven (supersnelrecht, *plea bargaining*) met kracht worden doorgevoerd. Dit leidt tot een grote paradox: in de Franse praktijk verloopt het strafproces dientengevolge of traag of juist heel snel. De versnelling wordt niet tegengehouden of beperkt door het argument dat dit voor de praktijkorganisatie ingrijpende veranderingen van werkprocessen zou meebrengen. In Nederland kennen we sinds ruim vijf jaar een ZSM-werkwijze, terwijl al veel eerder (in de jaren negentig van de vorige eeuw) in Frankrijk de '*traitement en temps réel*' van veelvoorkomende criminaliteit door het openbaar ministerie werd ingevoerd. Een verschil blijft de in de wet geregelde permanente beschikbaarheid van de rechter,[185] die we in Nederland niet kennen. Die is niet alleen voor de toepassing van snelrecht van belang, maar voorkomt bijvoorbeeld ook – inhoudelijk onnodige – verlenging(smogelijkheid) van de inverzekeringstelling (louter omdat geen voorgeleiding aan de rechter-commissaris kan plaatsvinden in het weekend).

Een ander tot de verbeelding sprekend element is het sterke *onderscheid tussen vooronderzoek en eindonderzoek.* We kunnen dat in verband brengen met de in het kader van de modernisering van het Wetboek van Strafvordering nagestreefde 'beweging naar voren'. In vergelijking met het Franse recht is de actuele situatie in het Nederlandse strafprocesrecht van gedwongen overgang naar het eindonderzoek (pro-formazittingen) na 90 dagen gevangenhouding een verwrongen construct. Los van een discussies over de merites van de 90 dagen-regel als beperkende factor op de duur van de voorlopige hechtenis, heeft dit geleid tot een vreemde vermen-

185. Artikel 137-1-1 CPP.

ging van vooronderzoek en eindonderzoek.[186] Het tegenovergestelde is in het Franse recht het geval: daar is van een overgang van het vooronderzoek naar het eindonderzoek pas sprake als het onderzoek inhoudelijk is afgerond. Dat heeft een aantal voordelen, zo hebben we gezien, en als belangrijkste nadeel een lange tijdsduur voordat het onderzoek ter terechtzitting kan aanvangen. Interessant is te zien hoe wordt gezocht naar manieren om in het opsporingsonderzoek of tijdens het gerechtelijk vooronderzoek vaste momenten voor *contradictoir debat* tussen rechter, openbaar ministerie en verdediging in te bouwen *over de stand van zaken van het onderzoek*.[187] Over de vraag hoe dit moet als het gerechtelijk vooronderzoek wordt afgeschaft, is men in het Franse recht nog niet helemaal uit. In dat licht zijn de regiebijeenkomst bij de rechter-commissaris, en de modaliteit die in de Nederlandse modernisering wordt beproefd in het kader van de 'beweging naar voren' (loslaten van de 90 dagen-regel voor gevangenhouding, onder gelijktijdige invoering van de verplichting om na drie maanden een kennisgeving te doen inzake de stand van het onderzoek en de feiten die aan de verdachte worden verweten), interessant en genuanceerd.

Een vierde element dat aandacht behoeft, is de *positie van het slachtoffer*. Een blik op de plannen voor de modernisering van het Franse strafprocesrecht leidt tot een aantal opvallende waarnemingen. In het Franse recht is de positie van het slachtoffer als procespartij een gegeven; als benadeelde partij beschikt het slachtoffer zelfs over een eigen vervolgingsrecht. Op die positie valt in de wetenschap en in de strafrechtspraktijk altijd al wel kritiek te beluisteren. De brede mogelijkheden tot indiening van een klacht met burgerlijke partijstelling bij de onderzoeksrechter belasten het strafproces, terwijl zij in verreweg de meeste gevallen tot niets leiden. Tegen dergelijk oneigenlijk gebruik worden maatregelen genomen door invoering van een borgstelling; verder is in het verleden meermaals overwogen om de burgerlijke partijstelling te schrappen en een beklagprocedure in te stellen meer in lijn met zoals die in Nederland bestaat.[188] Relatief nieuw is het gevoelen dat de rechten die het slachtoffer als benadeelde partij in het vooronderzoek en in het eindonderzoek heeft, steeds minder in verband staan met de oorspronkelijke doelstelling: het verkrijgen van een vergoeding van de door een strafbaar feit veroorzaakte schade.

Versterking van de positie van het slachtoffer is echter wel aan de orde. Deze wordt vooral gezocht in een betere ondersteuning van het slachtoffer bij het daadwerkelijk verkrijgen van schadevergoeding – in het Franse recht bestaan geen schadevergoedingsmaatregel en voorschotregeling. Zoals we zagen, is het volgens Beaume en Natali wenselijk om te komen tot een aparte schadevergoedingskamer

186. Verrest 2011, p. 260-262 en p. 332-333; P.A.M. Verrest, Een vooruitblik op noodzakelijke vernieuwing, *DD* 2013/17, p. 176-177.
187. Beaume 2014, p. 40.
188. Verrest 2011, p. 328.

bij de rechtbank waar de benadeelde partij terecht zou kunnen als de strafzaak voorwerp is van een CRPC (*plea bargaining*), of er om andere reden bij de afdoening van een strafbaar feit geen plaats is om de schadevergoedingsactie van het slachtoffer mee te nemen. De schadevergoedingsactie zou dan moeten worden afgesplitst van de hoofdzaak.

Ten slotte is er eigenlijk volgens alle betrokkenen zo snel mogelijk *een volledig nieuw wetboek* van strafvordering nodig in Frankrijk. De Code de procédure pénale is, ook al is die jonger dan het Nederlandse wetboek, toe aan een grondige vernieuwing. De structuur van het wetboek is duurzaam aangetast door tientallen tussentijdse wijzigingen; de onderlinge samenhang tussen delen van het wetboek ontbreekt. De regeling van het strafproces zoals het wetboek die biedt is weinig inzichtelijk, en is op veel punten achterhaald door allerlei jurisprudentiële ontwikkelingen. De praktijk van de strafrechtspleging kan er te weinig houvast in vinden. Het is verder overduidelijk dat het wetboek in zijn huidige opzet ongeschikt is om de voorgestelde 'digitalisering van de strafrechtspleging' te volgen; de procedures en voorschriften in het wetboek zijn niet techniekonafhankelijkheid. Eigenlijk is er maar één reden waarom de algehele modernisering telkens wordt uitgesteld: opeenvolgende regeringen durven hun handen niet te branden aan het hete hangijzer van het (toch wel voor de hand liggende) afschaffen van het gerechtelijk vooronderzoek en de rol van de onderzoeksrechter. Met het thans bij het parlement aanhangige voorstel tot grondwetswijziging om de onafhankelijkheid van het openbaar ministerie te vergroten, wordt een van de voorwaarden voor een verschuiving van de taken van de onderzoeksrechter naar de officier van justitie gecreëerd.

Voor een laatste opmerking in vergelijkend verband moeten we teruggaan naar het begin van deze bijdrage. Daar schetste ik hoe de Franse justitie te maken heeft met chronische overbelasting. Het is daarom een belangrijke steun in de rug van de modernisering van het strafprocesrecht (*Les Chantiers de la justice*) dat deze gepaard gaat met een aanzienlijke *investering in de rechtspleging*. De Franse justitiebegroting stijgt de komende jaren met meer dan 300 miljoen euro per jaar: van 6,7 miljard euro in 2017 naar 8,3 miljard in 2022. Zeker, het betreft daarbij voor een groot deel het inhalen van achterstallig onderhoud aan gebouwen en het opheffen van personeelstekorten. Maar de stijgende justitiebegroting geeft bij de voorbereiding van nieuwe wetgeving ook de mogelijkheid vooruit te kijken en de modernisering van de wetgeving vergezeld te doen gaan van vernieuwing van werkprocessen en de introductie van technologische ontwikkelingen. Zo kan de modernisering van het Franse strafprocesrecht de drijvende kracht worden achter een brede kwaliteitsslag in de strafrechtspleging.

Noorwegen

Prof. mr. F. de Jong

1 Inleiding

Noorwegen is een relatief jonge parlementaire constitutionele monarchie.[1] Het land was van de negende tot het einde van de veertiende eeuw een zelfstandig koninkrijk. In 1397 werd het land deel van de Unie van Kalmar waarin Zweden, Denemarken en Noorwegen onder één monarch waren verenigd. Niet lang nadat Zweden in 1523 uit de unie trad, werd Noorwegen – inclusief de overzeese rijksdelen IJsland, Groenland en de Færöer-eilanden – in 1536 een provincie van Denemarken. Deze status hield Noorwegen tot 1814; in dat jaar verklaarde het land zich onafhankelijk en kreeg het een eigen grondwet (*Grunnloven*). De onafhankelijkheidsverklaring leidde tot een korte oorlog met Zweden waarna Noorwegen in een personele unie met Zweden terecht kwam. In 1905 werd Noorwegen geheel onafhankelijk, met Haakon VII als koning (overigens een Deen).

In 2015 werden in Noorwegen in totaal 351.459 strafbare feiten geregistreerd, ofwel 68 per duizend inwoners. Hierbij verdient vermelding dat de meeste strafzaken weinig ernstige overtredingen betreffen van vooral de Wegenverkeerswet (*Vegtrafikkloven*) die in Noorwegen, anders dan in Nederland, strafrechtelijk en niet administratiefrechtelijk worden afgedaan. Deze relatief geringe vergrijpen worden in de meeste gevallen afgedaan met een 'vereenvoudigde' politietransactie of -boete (*forenklet forelegg*) die door een opsporingsambtenaar kan worden opgelegd. In 329.164 gevallen is een opsporingsonderzoek ingesteld, waarvan ruim de helft (169.088) werd opgehelderd. In 2015 werden in totaal 79.512 sancties opgelegd (politieboetes en -transacties niet meegerekend).[2]

1. Zie K.A. Søvig, 'Statsretten', in: K. Lilleholt (red.), *Knophs oversikt over Norges rett*, Oslo: Universitetsforlaget 2014, p. 39-60.
2. www.ssb.no/sosiale-forhold-og-kriminalitet?de=Kriminalitet+og+rettsvesen&innholdstype=statistikk (geraadpleegd op 29 april 2018). Voor verder cijfermateriaal, zie G.J. Kjelby & L. Fullu Skyberg, 'En vurdering av enkelte premisser for en ny straffeprosesslov', bijlage 2 in NOU 2016/24, *Ny Straffeprosesslov*, p. 716-763; zie ook paragraaf 6.3.

Noorwegen heeft ongeveer 5,3 miljoen inwoners en is een van de dunst bevolkte landen van Europa.[3] Het land heeft twee officiële schrijftalen: het *bokmål* (gebaseerd op de Deense schrijftaal ten tijde van de drie eeuwen van Deense overheersing) en het *nynorsk* (dat in de negentiende eeuw als alternatieve schrijftaal is ontwikkeld op basis van Noorse dialecten).[4] Noorwegen is geen lid van de Europese Unie, wel van de Europese Economische Ruimte en van de Raad van Europa. De Noorse rechtstraditie, net als die van de andere Scandinavische landen, wordt gezien als behorend tot de continentale rechtstraditie, zij het met een aantal eigen kenmerken: het Romeinse recht is in de Scandinavische landen niet noemenswaardig gerecipieerd en het recht van de Scandinavische landen wordt gekenmerkt door een sterk pragmatisme.[5]

Deze bijdrage bevat een beschrijving op hoofdlijnen van het Noorse strafprocesrecht naar huidig en toekomstig recht. In de beschrijving is steeds met name aandacht besteed aan de onderdelen waarop het Noorse strafproces afwijkt van het Nederlandse. De paragrafen 2 tot en met 9 behandelen het geldende Noorse strafprocesrecht. Achtereenvolgens wordt ingegaan op procesdeelnemers, rechtsbijstand en het recht op inzage in de processtukken, op het vooronderzoek en de regeling van dwangmiddelen, op de vervolgingsfase en de beslissing over de afdoening van strafbare feiten, op het eindonderzoek, op de omgang met vormverzuimen, op rechtsmiddelen en op de tenuitvoerlegging van sancties. Paragraaf 10 behandelt het recente wetsvoorstel voor een nieuw Noors Wetboek van Strafvordering. De beschrijving daarvan concentreert zich op de belangrijkste voorgestelde wijzigingen. De slotparagraaf bevat enkele concluderende opmerkingen.

2 Hoofdlijnen van het strafprocesrecht

Het huidige Noorse Wetboek van Strafvordering (*Straffeprosessloven*, hierna: *Strpl*) stamt uit 1981 (in werking getreden in 1986). Deze wet loste het eerste algemene Noorse Wetboek van Strafvordering van 1887 af. Ondanks de relatief jonge leeftijd van het geldende wetboek heeft men onlangs gemeend dat het aan een structurele herziening toe is. In 2016 is daartoe een wetsvoorstel voor een nieuw algemeen Wetboek van Strafvordering ingediend. Dit wetsvoorstel vormt meteen de voornaamste aanleiding voor het opnemen van een hoofdstuk over het Noorse straf-

3. Zie www.ssb.no/befolkning/faktaside/befolkningen (geraadpleegd 28 april 2018).
4. Zie www.sprakradet.no/Spraka-vare/Norsk (geraadpleegd 28 april 2018). In de voorliggende bijdrage is steeds de *bokmål*-spelling gebruikt.
5. R. Nielsen, *Retskilderne*, København: Jurist- og Økonomiforbundets Forlag 1999, p. 27-28; E.J. Husabø, 'History and tendencies in the development of criminal procedure law in the Scandinavian countries, and in Norway in particular', *Law and Justice Review* 2010/1, p. 19-34 en J. Andenæs & E.J. Husabø, 'Strafferett of straffeprosess', in: K. Lilleholt (red.), *Knophs oversikt over Norges rett*, Oslo: Universitetsforlaget 2014, p. 607-629.

procesrecht in dit boek.[6] Voor het Noorse strafprocesrecht is voorts het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens van groot belang.[7]

Het Noorse strafrecht is gegrond op een krachtig legaliteitsbeginsel. De primaire bron van het Noorse straf- en strafprocesrecht is dus wetgeving. In 2015 is een geheel nieuw algemeen Wetboek van Strafrecht (*Straffeloven*) in werking getreden, tien jaren nadat het wetboek was aangenomen.[8] Het wetboek bestaat uit twee hoofddelen; het eerste bevat de algemene bepalingen, het tweede de strafbepalingen. Het in de vorige wet (van 1902) nog gemaakte onderscheid tussen misdrijven (*forbrytelser*) en overtredingen (*foreseelser*) is in de nieuwe wet verdwenen. Het algemeen deel van het wetboek bevat een relatief uitgebreide regeling van onder meer de algemene voorwaarden voor strafbaarheid, strafuitsluitingsgronden, de poging en de deelneming, de strafbaarheid van rechtspersonen (*foretaksstraff*), en de straffen.

3 De belangrijkste actoren in het strafproces

De voornaamste actoren in het Noorse strafproces zijn het openbaar ministerie en de politie, de verdachte en de raadsman, het slachtoffer en de rechter. Van de positie van ieder van deze actoren wordt hieronder een korte schets geboden. De positie van de getuige (*vitne*) en de deskundige (*sakkyndig*) zal in deze paragraaf niet aan de orde komen (meer zijdelings komen zij wel ter sprake in paragraaf 7.3).

3.1 Openbaar ministerie en politie

Het openbaar ministerie (*påtalemyndigheten*) is een onafhankelijk overheidsorgaan. Het voert het gezag over het opsporingsonderzoek en beslist over de vervolging en de tenuitvoerlegging van sancties. Aan het hoofd staat de zogeheten *riksadvokat* (vergelijkbaar met de positie van de voorzitter van het college van procureurs-generaal in Nederland) die op grond van § 56, tweede lid, *Strpl* in bepaalde geval-

6. Voor het Noorse strafprocesrecht zijn verder nog vooral de volgende wetten en regelingen van belang: de Wet op de Mensenrechten (*Menneskerettsloven*), de koninklijke Vervolgingsinstructie (*Påtaleinstruksen*), de Politiewet (*Politiloven*), de Wegenverkeerswet (*Vegtrafikkloven*) en de Wet op de Rechterlijke Organisatie (*Domstolloven*). Noorse wet- en regelgeving is raadpleegbaar op www.lovdata.no. Van een aantal wetten is daar ook een Engelse vertaling beschikbaar. Jurisprudentie van het Noorse Hooggerechtshof (*Høyesterett*) wordt gepubliceerd in het tijdschrift *Norsk Retstidende* (*Rt.*; vanaf 2016 op www.lovdata.no).
7. Zie over de invloed van het EVRM op het Noorse strafprocesrecht M. Matningsdal, 'The influence of the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms on Norwegian criminal procedure', *Scandiavian Studies in Law* 2007/51, p. 399-418 en Husabø 2010, p. 30-32. Het EVRM werd in 1999 formeel geïncorporeerd in het Noorse recht met de Wet op de Mensenrechten (*Menneskerettsloven*).
8. Zie hierover J. Jacobsen & V.H. Sandvik, 'An outline of the new Norwegian Criminal Code', *Bergen Journal of Criminal Law and Criminal Justice* 2015/3, p. 162-183.

len enkel kan worden geïnstrueerd door de centrale regering (*Kongen i statsråd*).[9] Het openbaar ministerie omvat, naast een landelijk parket, tien regionale parketten (*statsadvokatembete*) die ieder onder leiding staan van een hoofdofficier van justitie (*førstestatsadvokat*), onder wiens gezag verscheidene officieren van justitie (*statsadvokat*) opereren.[10] Deze eenheden behandelen de gemiddeld zwaardere zaken.

Daarnaast is het openbaar ministerie structureel ingebed in de politieorganisatie (§ 55, eerste lid, onder 3 en 4, *Strpl*). De politie is organisatorisch verdeeld in twaalf districten.[11] Elk district staat onder leiding van een *politimester* en binnen elk district zijn vertegenwoordigers van het openbaar ministerie werkzaam; deze functionarissen (*politiadvokat*, *politifullmektig*) dienen te beschikken over een (academische) juridische graad en staan voor wat betreft hun rang tussen de Nederlandse functionarissen van hulpofficier van justitie en ZSM-officier in. Zij leiden zelfstandig, maar onder verantwoordelijkheid van een *statsadvokat*, opsporingsonderzoeken in de lichtere en dus de meeste zaken. Opsporingshandelingen worden uitgevoerd door opsporingsambtenaren die niet zelf onderdeel zijn van het openbaar ministerie (*tjenestemenn i politiet*).[12]

3.2 Verdachte en raadsman

Naar huidig recht[13] bestaan in het Noorse strafproces drie typen verdachten, respectievelijk aangeduid met de termen *mistenkte*, *siktede* en *tiltalte*. Het onderscheid tussen de drie begrippen is relevant in verband met de rechtspositie van de verdachte. Een *siktede* heeft alle rechten en (duld)plichten van een *mistenkte* en daarnaast een aantal aanvullende rechten;[14] en een *tiltalte* heeft alle rechten en (duld)plichten die ook een *siktede* heeft, en daarnaast nog een aantal aanvullende.[15]

9. Zie www.riksadvokaten.no. De regering kan op grond van § 62 *Strpl* bovendien nadere regels inzake de organisatie van het openbaar ministerie uitvaardigen. Deze regels zijn onder meer te vinden in de *Påtaleinstruksen*. In het in paragraaf 10 te bespreken wetsvoorstel voor een nieuw Noors Wetboek van Strafvordering wordt voorgesteld de onafhankelijkheid van het openbaar ministerie ten opzichte van de regering verder te versterken.
10. Zie Ø. Øyen, *Straffeprosess*, Bergen: Fagbokforlaget 2016, p. 65-68; Husabø 2010, p. 24-25.
11. Zie www.politiet.no; vgl. H. de Vries & A. Julsing 'Het Noorse rechtssysteem: een andere benadering', *Tijdschrift voor de Politie* 2004/7-8, p. 8-11.
12. Øyen 2016, p. 129-133.
13. In het in paragraaf 10 te bespreken wetsvoorstel voor een nieuw Noors Wetboek van Strafvordering wordt één verdachtebegrip gebruikt: *mistenkte* (zie 10.2.1).
14. Naast bijvoorbeeld het zwijgrecht en het recht op de cautie (§ 90 en 232 *Strpl* voor respectievelijk de *mistenkte* en de *siktede*) heeft een *siktede* bijvoorbeeld onder voorwaarden ook het recht op toevoeging van een raadsman (§ 100 lid 2 *Strpl*). Daar staat tegenover dat een *siktede* aan meer en zwaardere dwangmiddelen kan worden blootgesteld dan een *mistenkte*, Zie Øyen 2016, p. 80-82.
15. Zo zijn de mogelijkheden om aan een *tiltalte* inzage in bepaalde processtukken te weigeren beperkter dan ten aanzien van een *siktede*; zie § 264 jo. § 242 en 242a *Strpl* en Øyen 2016, p. 160-167 en 277. En waar een *siktede* het recht maar doorgaans niet de plicht heeft om aanwezig te zijn bij rechtszittingen, heeft een *tiltalte* in de regel een aanwezigheids*plicht* bij het onderzoek op de terechtzitting en bij de uitspraak; zie § 85 lid 1 en 280 *Strpl* en Øyen 2016, p. 285-288.

Welk van de drie verdachtebegrippen in een concrete situatie van toepassing is, hangt in hoge mate af van het stadium waarin de procedure zich bevindt en (dus) van de strafvorderlijke handelingen die door politie of justitie met betrekking tot de verdachte zijn verricht.

Anders dan in het Nederlandse systeem kent het Noorse strafprocesrecht geen materieel criterium om vast te stellen of iemand verdachte is. Het criterium van een uit feiten en omstandigheden voortvloeiend 'redelijk vermoeden van schuld aan een strafbaar feit' wordt – naast zwaardere eisen vergelijkbaar met onze 'ernstige bezwaren' – tot uitdrukking gebracht in de bepalingen die de voorwaarden voor toepassing van opsporingsbevoegdheden en dwangmiddelen omschrijven (zie paragraaf 5). Voor de toepasselijkheid van een van de drie verdachtebegrippen gelden steeds formele criteria.

Het meest algemene begrip is *mistenkte*. De wet bevat geen definitie van dit verdachtebegrip; een verdachte heet *mistenkte* zodra een opsporingsambtenaar hem als verdachte aanmerkt en zolang hij nog niet de status van *siktede* of *tiltalte* heeft. Een verdachte krijgt de status van *siktede* zodra hij door het openbaar ministerie als zodanig is aangeduid, zodra een rechter in de procedure is betrokken (bijvoorbeeld in verband met een gerechtelijk verhoor of indien door het openbaar ministerie aan de rechter goedkeuring is verzocht om een bepaald dwangmiddel toe te passen), of zodra is besloten tot een aanhouding, doorzoeking of inbeslagneming of tot een 'vergelijkbare maatregel' (*eller lignende forholdsregler*; § 82, eerste lid, *Strpl*).[16] Bij de toepassing van heimelijke bevoegdheden blijft een aanduiding als *siktede* evenwel, in ieder geval voor de duur van de toepassing ervan, uit.[17] Ten slotte: een verdachte heet *tiltalte* ('aangeklaagde') zodra hij voor de strafrechter is gedagvaard.

Iedere verdachte kan zich door een raadsman (*forsvarer*) van eigen keuze laten bijstaan gedurende alle stadia van de procedure (§ 94, eerste lid, *Strpl*). De raadsman treedt primair op in het belang van de verdachte en de communicatie tussen beiden is vertrouwelijk.[18] In beginsel kunnen enkel advocaten als raadsman optreden, tenzij een 'geschikt' bevonden persoon die geen advocaat is door de rechtbank 'bijzonder verlof' krijgt om als raadsman op te treden (§ 95, tweede lid, *Strpl*). Een verdachte kan zelf een raadsman in de arm nemen (*privat engasjert forsvarer*). De wet maakt daarnaast in verschillende gevallen ambtshalve toevoeging van een raads-

16. Het is niet geheel duidelijk welke dwang- en machtsmiddelen precies wel en niet vallen onder de aanduiding 'vergelijkbare maatregel'. Het moet daarbij in ieder geval gaan om bevoegdheden die een strafvorderlijk doel dienen en die tegen de wil van de betrokkene kunnen worden uitgeoefend. Zie Øyen 2016, p. 85-86.
17. Dit heeft te maken met het feit dat een *siktede* doorgaans op de hoogte is of moet worden gebracht van het feit dat bepaalde dwangmiddelen jegens hem worden of zijn uitgeoefend; zie Øyen 2016, p. 83.
18. Øyen 2016, p. 102-104.

man mogelijk of noodzakelijk (*offentlig oppnevnt forsvarer*). Een toegevoegd raadsman wordt benoemd door de rechtbank (en in uitzonderingsgevallen door het openbaar ministerie; zie § 102, eerste lid, *Strpl*); daarbij wordt zo veel mogelijk rekening gehouden met een eventuele voorkeur van de verdachte voor een bepaalde raadsman.[19]

Toevoeging van een raadsman geschiedt in ieder geval in gevallen waarin wordt aangenomen dat de verdachte vanwege een geestelijke stoornis niet in staat is om zijn eigen belangen te behartigen (§ 96 *Strpl*) en wanneer 'daarvoor bijzondere redenen bestaan' (*når særlige grunner taler for det*; § 100, tweede lid, *Strpl*). Daarnaast vindt toevoeging plaats indien duidelijk is dat een aangehouden verdachte niet binnen vierentwintig uur (of binnen twaalf uur bij minderjarigen) na aanhouding op vrije voeten komt (§ 98, eerste lid, *Strpl*), indien voorlopige hechtenis wordt bevolen (§ 98, tweede lid, *Strpl*) en indien heimelijke opsporingsbevoegdheden worden ingezet (§ 100a *Strpl*).[20]

De wet voorziet niet in een algemeen recht op rechtsbijstand van een toegevoegd raadsman voorafgaand aan of gedurende het politieverhoor. In de jurisprudentie van het Noorse Hooggerechtshof is uitgemaakt dat artikel 6, derde 3, onder c, EVRM en de daarop gebaseerde *Salduz*-jurisprudentie van het EHRM in ieder geval meebrengen dat in bepaald ernstige of gecompliceerde zaken en in geval van minderjarige of anderszins kwetsbare verdachten de 'bijzondere redenen' voor toevoeging van § 100, tweede lid, *Strpl* in beginsel moeten worden geacht aanwezig te zijn (zie ook § 8-1a *Påtaleinstruksen*).[21] Indien de verdachte is aangehouden of zich in voorlopige hechtenis bevindt, heeft hij recht op een toegevoegd raadsman (§ 98 *Strpl*); die raadsman mag dan in beginsel ook bij het verhoor aanwezig zijn. Verder geldt dat de verdachte hoe dan ook het recht heeft zich door een zelf in de arm genomen raadsman te laten bijstaan. Op dit recht moet de verdachte ook vóór het verhoor worden gewezen (§ 8-1 *Påtaleinstruksen*).[22]

Een verdachte kan besluiten zijn eigen verdediging te voeren, behalve wanneer hij voor (mogelijk) ontoerekeningsvatbaar (*utilregnelig*) wordt gehouden (§ 96, zevende lid, *Strpl*); tijdens het onderzoek ter terechtzitting is het eveneens in de

19. Zie hierover – en over de mogelijkheden om de voorkeur van de verdachte niet te volgen – Øyen 2016, p. 100-102; en § 102 *Strpl*.
20. In het laatstgenoemde geval heeft de raadsman een geheimhoudingsplicht ten opzichte van zijn cliënt.
21. Zie Øyen 2016, p. 99-100 en *Rt.* 2015, p. 844. In het in paragraaf 10 te bespreken wetsvoorstel voor een nieuw Noors Wetboek van Strafvordering wordt in § 3-12 bepaald dat een verdachte recht heeft op rechtsbijstand bij het politieverhoor indien de zaak mogelijk uitmondt in een gevangenisstraf, een taakstraf of een straf voor jeugdigen (zie paragraaf 10.2.1).
22. Øyen 2016, p. 144-145.

meeste gevallen verplicht om zich te laten bijstaan door een raadsman (§ 96 *Strpl*).[23]

3.3 Slachtoffer en nabestaande

Een slachtoffer (*fornærmede*) of nabestaande (*etterlatte*) is in Noorwegen geen procespartij. Dit is alleen anders indien en voor zover het slachtoffer of de nabestaande zich op grond van § 428 *Strpl* als benadeelde partij heeft gevoegd in de procedure met een vordering tot schadevergoeding (*borgerlig krav*).[24] Daarnaast hebben slachtoffers en nabestaanden bepaalde rechten in het Noorse strafproces; door verschillende wetsherzieningen is hun rechtspositie in verhouding tot de regeling ten tijde van de inwerkingtreding van de *Straffeprosessloven* in 1986 wezenlijk versterkt.[25]

Zij kunnen zich op kosten van de staat laten bijstaan door een raadsman (*bistandsadvokat*), onder meer in gevallen waarin de verdachte van specifiek aangeduide strafbare feiten wordt verdacht of waarin reden bestaat te vermoeden dat het slachtoffer als gevolg van de handeling van de verdachte aanmerkelijke schade aan lichaam of gezondheid lijdt (§ 107a *Strpl*).[26] Slachtoffers en nabestaanden hebben een recht tot inzage in de processtukken voor zover zulks zich verdraagt met opsporingsbelangen en belangen van eventuele derden (§ 242 *Strpl*).[27] Verder moeten slachtoffers die voorzien zijn van rechtsbijstand en nabestaanden door het openbaar ministerie op de hoogte worden gehouden van ontwikkelingen in het opsporingsonderzoek, tenzij opsporingsbelangen of andere redenen zich daartegen verzetten (§ 7-6 *Påtaleinstruksen*). Nabestaanden hebben een spreekrecht op de zitting: een nabestaande die niet als getuige op de zitting een verklaring heeft afgelegd, krijgt de gelegenheid om zich uit te laten over de consequenties die het tenlastegelegde feit voor hem of haar heeft gehad (§ 303a jo. 93a, tweede lid, *Strpl*).

23. Øyen 2016, p. 96; Husabø 2010, p. 25-26.
24. Een andere uitzondering is te vinden in § 402 en verder *Strpl*, op grond waarvan een slachtoffer onder bepaalde voorwaarden zelf een strafvervolging kan initiëren indien vervolging door het openbaar ministerie uitblijft (*privat straffesak*). Van deze voorziening wordt evenwel nauwelijks gebruik gemaakt, en de betekenis ervan in de praktijk is gering; zie Husabø 2010, p. 26. In het in paragraaf 10 te bespreken wetsvoorstel voor een nieuw Noors Wetboek van Strafvordering wordt de figuur van de private vervolging afgeschaft (zie paragraaf 10.2.3).
25. Husabø 2010, p. 26; Øyen 2016, p. 106. In § 93a *Strpl* is aangeduid welke personen als slachtoffer of nabestaande worden aangemerkt.
26. Øyen 2016, p. 96; Husabø 2010, p. 25-26 en A. Robberstad, *Bistandsadvokaten*, Oslo: Universitetsforlaget 2014.
27. Zie Øyen 2016, p. 160-161.

3.4 De rechter

De strafrechter heeft drie hoofdtaken: hij oordeelt over de schuld van de verdachte en de op te leggen sanctie, hij toetst de rechtmatigheid van de toepassing van bepaalde (vooral vrijheidsbenemende) dwangmiddelen, en hij dient vooraf te beslissen op verzoeken tot toepassing van bepaalde dwangmiddelen gedurende het vooronderzoek.[28] Aangezien het vervolgingsrecht (afgezien van de nog bestaande uitzondering van § 402 en verder *Strpl*) uitsluitend toekomt aan het openbaar ministerie, heeft de rechter geen initiatiefrecht tot het starten van een vervolging (§ 63 *Strpl*).

De zittende magistratuur is onpartijdig en onafhankelijk (§ 95 *Grunnloven*; § 106 tot en met 109 *Domstolloven*). Zij is hiërarchisch verdeeld in drie niveaus. De rechtbank (*tingretten*) behandelt strafzaken in eerste aanleg.[29] Het gerechtshof (*lagmannsretten*) behandelt beroepen ingesteld tegen vonnissen en beschikkingen van de rechtbank. En het Hooggerechtshof (*Høyesterett*) beslist in zaken waarin tegen arresten en beschikkingen van het gerechtshof beroep is aangetekend. Het Hooggerechtshof is geen feitenrechter.[30] Er zijn zes gerechtshoven met ieder een eigen ressort (*lagdømme*) waaronder steeds een hoeveelheid rechtbanken ressorteert (§ 16 *Domstolloven*).[31] De relatieve competentie wordt volgens § 10 tot en met 16 *Strpl* in hoofdzaak bepaald door de plaats waar het feit luidens de tenlastelegging is begaan (als het gaat om het onderzoek op de terechtzitting) dan wel door de woon- of verblijfplaats van de verdachte (alle andere rechtszittingen).

De samenstelling van de gerechten varieert afhankelijk van zaakstype en soort zitting. Dit geldt ook voor de regels voor de zaaksbehandeling op zittingen (zie paragraaf 7). Aan het hoofd van iedere rechtbank staat een zogenoemde *sorenskriver* (die naast bestuurder zelf ook rechter is). De overige rechters bij de rechtbank heten *tingrettsdommer* of *dommerfullmektig*.[32] Elk gerechtshof wordt geleid door een *førstelagmann*; de overige raadsheren heten *lagmann* of *lagdommer*. Bij het Hooggerechtshof zijn twintig rechters aangesloten; het wordt geleid door de *høyesterettsjus-*

28. In het Noorse strafproces bestaat geen functionaris die vergelijkbaar is met onze rechter- of raadsheer-commissaris.
29. Hierop bestaan twee kleine uitzonderingen die hier niet ter zake doen (§ 6 onder 2 en 184 lid 4 *Strpl*).
30. Zie www.domstol.no/no/Om-domstolene/De-alminnelige-domstolene/Hoyesterett.
31. Interessant is dat het Noorse recht in een klein aantal gevallen voorziet in de mogelijkheid van prejudiciële vragen van een rechtbank aan een gerechtshof en van een gerechtshof aan het Hooggerechtshof; zie § 38 en 119 *Domstolloven*; Øyen 2016, p. 113.
32. Anders dan een *tingrettsdommer* is een *dommerfullmektig* niet vast maar in de regel voor twee jaren bij het gerecht aangesteld; hij kan geen rechter zijn tijdens een onderzoek op de terechtzitting (*hovedforhandling*) in zaken betreffende een feit dat met meer dan zes jaar gevangenisstraf is bedreigd (Øyen 2016, p. 260).

titiarius.[33] In cassatie wordt een zaak normaal gesproken behandeld door een kamer van vijf raadsheren; in belangrijke zaken vindt behandeling plaats door de 'grote kamer' (*storkammer*) bestaande uit elf rechters, en in zéér gewichtige en uitzonderlijke zaken vindt behandeling plaats door alle twintig raadsheren (*plenum*).

De hierboven genoemde rechters zijn beroepsrechters (*fagdommer*). Zij werken in afzonderlijke zaken samen met lekenrechters (*lekdommer*). Lekeninbreng in strafzaken vormt een belangrijk onderdeel van de Noorse rechtstraditie.[34] In eerste aanleg wordt een zaak als hoofdregel behandeld door een kamer bestaande uit één beroepsrechter en twee lekenrechters. In zaken betreffende feiten die met hooguit één jaar gevangenisstraf worden bedreigd, kan worden besloten te volstaan met een enkelvoudige kamer zonder lekenrechters; maar in ernstiger zaken kan worden gekozen voor een kamer bestaande uit twee beroepsrechters en drie lekenrechters (§ 276 *Strpl*). In hoger beroep bestaat de behandelende strafkamer in de regel uit twee beroepsrechters en vijf lekenrechters (§ 332 *Strpl*).[35] In cassatie wordt een zaak behandeld door enkel beroepsrechters.

4 Het vooronderzoek

Een Noors strafproces bestaat uit drie hoofdstadia: het vooronderzoek of opsporingsonderzoek (*etterforskingsstadiet*), het stadium waarin wordt beslist over de wijze van afdoening (*påtalestadiet*; zie paragraaf 6) en, als het daartoe komt, het stadium van de berechting (*iretteføringsstadiet*; zie paragraaf 7).

Het vooronderzoek staat onder leiding van een officier van justitie; in de meeste gevallen betreft het een vertegenwoordiger van het openbaar ministerie binnen de politie (*politiadvokat*). Deze geeft leiding aan de opsporingsactiviteiten die worden uitgevoerd door opsporingsambtenaren binnen de politie die niet zelf bij het openbaar ministerie zijn aangesloten.

De wet bevat geen definitie van 'opsporing' (*etterforsking*), maar duidt in § 226, eerste lid en 224 leden 2 tot en met 4 *Strpl* wel een aantal (hoofd)doelen van opsporing aan. In enge zin strekt opsporing tot het verkrijgen van inlichtingen die noodzake-

33. Zie www.domstol.no/no/Om-domstolene/De-alminnelige-domstolene/Hoyesterett.
34. Zie Husabø 2010, p. 23; E.J. Husabø, *The jury system in Norway. Court proceedings with participation of juries*, European Commission for Democracy through Law (Venice Commission): Bishkek, Kirgizstan 8-9 September 2009; A. Strandbakken, 'Lay participation in Norway', *International Review of Penal Law* 2001/72, p. 225-252; J. Andenæs, *Norsk straffeprosess*, bewerkt door T.G. Myhrer, Oslo: Universitetsforlaget 2009, p. 111-117 en T.G. Myhrer, M. Holmboe & K. Spurkland, *Andenæs' Norsk straffeprosess. Ajourføringshefte*, Oslo: Universitetsforlaget 2016, p. 38.
35. Tot voor kort bestond er ook een vorm van juryrechtspraak in Noorwegen. In zaken in hoger beroep betreffende feiten die met meer dan zes jaren gevangenisstraf worden bedreigd, kon de schuldvraag in handen van een jury worden gelegd (§ 352 *Strpl* oud); in 2017 is deze figuur geschrapt. Zie paragraaf 8; en zie Strandbakken 2001; Husabø 2010, p. 23; Øyen 2016, p. 44.

lijk zijn voor een verantwoorde vervolgingsbeslissing en voor de voorbereiding van de gerechtelijke beantwoording van de schuldvraag en van de vraag naar de eventueel op te leggen sanctie. In wijdere zin kan opsporing ook tot doel hebben strafbare feiten te voorkomen of een halt toe te roepen aan strafbare gedragingen en zelfs om opgelegde sancties ten uitvoer te kunnen leggen.[36]

Aangenomen wordt verder dat van opsporing in de zin van de wet enkel sprake kan zijn in relatie tot verrichtingen van het openbaar ministerie en de politie; dit betekent dat onderzoekshandelingen van andere overheidsdiensten, zoals de belastingdienst, of van private partijen niet als opsporing in strafvorderlijke zin kunnen kwalificeren. Verrichtingen van politieambtenaren zijn bovendien alleen dan als opsporing aan te merken indien zij één of meer van de hiervoor genoemde doelstellingen hebben; dit betekent dat politieoptreden in het kader van de handhaving van de openbare orde of van de hulpverlenende taak van de politie niet als opsporing kwalificeren (§ 2 *Politiloven*).

Een opsporingsonderzoek kan worden aangevangen indien de voorwaarden van § 224, eerste lid, *Strpl* zijn vervuld. Deze bepaling houdt in dat een opsporingsonderzoek kan worden gestart indien er als gevolg van 'aangifte of andere omstandigheden' een 'redelijke grond' bestaat om te onderzoeken of er een strafbaar feit is begaan. Deze formulering houdt geen beperking in van het type informatie dat aan de start van een opsporingsonderzoek ten grondslag wordt gelegd: aanleidingen kunnen onder meer zijn de aangifte van een slachtoffer of derde, een anonieme tip, een krantenbericht, of een bevinding van een opsporingsambtenaar.[37]

De inlichtingen die aanleiding voor een opsporingsonderzoek vormen, zijn wel aan een tweeledig inhoudelijk vereiste gebonden: er moet een zekere waarschijnlijkheid bestaan dat inderdaad een *strafbaar* feit zich heeft voorgedaan, en het criterium van een '*redelijke* grond' uit § 224, eerste lid, *Strpl* moet zijn vervuld. Aan de vervulling van deze inhoudelijke maatstaf worden intussen geen erg hoge eisen gesteld.[38] Vervulling van de voorwaarden van § 224, eerste lid, *Strpl* betekent niet dat een opsporingsonderzoek ook *moet* worden ingesteld. In dit verband werpen de voorschriften die de beslissing omtrent de vervolging beheersen (zie para-

36. Øyen 2016, p. 128-129.
37. Øyen 2016, p. 129.
38. Zie Øyen 2016, p. 130. Bovendien geldt een klein aantal uitzonderingen: in geval van 'brand en andere ongelukken' en in geval van de plotselinge dood van een persoon onder de achttien jaar kan een opsporingsonderzoek worden gestart ook indien er geen verdenking van een strafbaar feit bestaat (§ 224 lid 4 *Strpl*). En een opsporingsonderzoek kan ook worden gestart in gevallen waarin de dader jonger dan vijftien jaar is of om andere redenen voor ontoerekeningsvatbaar moet worden gehouden (§ 224 leden 2 en 3 *Strpl* en § 7-4 lid 3 *Påtaleinstruksen*). In het Noorse strafrecht kunnen daders jonger dan vijftien jaar niet worden gestraft; zie L. Gröning, E.J. Husabø & J. Jacobsen, *Frihet, forbrytelse og straff. En systematisk fremstilling av norsk strafferett*, Bergen: Fagbokforlaget 2016, p. 491-493.

graaf 6) hun schaduwen vooruit: in gevallen waarin bijvoorbeeld het algemeen belang een positieve vervolgingsbeslissing niet indiceert, zal doorgaans ook een opsporingsonderzoek uitblijven.[39]

Een opsporingsonderzoek wordt ingesteld door het openbaar ministerie binnen de politie (§ 225, eerste lid, onder 1, *Strpl*). In spoedeisende gevallen, waarin het optreden van een *politiadvokat* niet kan worden afgewacht, kan ook een gewone opsporingsambtenaar (eerste) opsporingshandelingen verrichten (§ 225, eerste lid, onder 2, *Strpl*). En volgens § 225, tweede lid, *Strpl* kunnen 'hogere' echelons binnen het openbaar ministerie (*riksadvokat* en *statsadvokat*) ook opleggen dat een opsporingsonderzoek wordt geëntameerd. Uitvoering van opsporingshandelingen geschiedt gewoonlijk door opsporingsambtenaren die geen onderdeel vormen van het openbaar ministerie. Voor ernstiger en meer gecompliceerde zaken bestaan er binnen politiedistricten verschillende gespecialiseerde eenheden, bijvoorbeeld met betrekking tot drugscriminaliteit en zedendelicten. Voor bepaalde typen criminaliteit bestaan afzonderlijke landelijke eenheden. *ØKOKRIM* is bevoegd tot opsporing en vervolging in ernstige zaken van economische en milieucriminaliteit; *KRIPOS* heeft een overeenkomstige rol met betrekking tot ernstige georganiseerde criminaliteit.[40]

De rechter heeft binnen het vooronderzoek in strafzaken geen vaste, verplichte rol of inbreng; onze functionaris van de rechter-commissaris is binnen het Noorse strafprocesrecht een onbekende figuur. Op verzoek (*begjæring*) van het openbaar ministerie, de verdediging of in sommige gevallen het slachtoffer of een nabestaande kan de rechter wel gedurende het vooronderzoek worden betrokken bij de strafzaak. De betrokkenheid van de rechter tijdens het vooronderzoek is bovendien in een aantal gevallen wettelijk voorgeschreven.

Zo is voor de toepassing van bepaalde dwangmiddelen de voorafgaande toestemming van de rechter onontbeerlijk (bijvoorbeeld: opneming van vertrouwelijke informatie en toepassing van voorlopige hechtenis). En de toepassing van sommige dwangmiddelen moet achteraf door de rechter worden getoetst op rechtmatigheid.[41] Daarnaast kan de rechter worden geadieerd ten behoeve van een gerechtelijk getuigenverhoor (*rettslig vitneavhør*), voor de benoeming van een deskundige, of bijvoorbeeld ten behoeve van een persoons- of psychiatrisch onderzoek van de verdachte (§ 237 *Strpl*).[42] Ook kan een verdachte zich tot de rechter wenden teneinde een jegens hem bestaande verdenking ongegrond te laten verklaren (§ 241

39. Øyen 2016, p. 131.
40. *Påtaleinstruksen*, hoofdstukken 35, 37 en 38; Øyen 2016, p. 68 en 133; zie verder www.politiet.nl/okokrim en www.politiet.nl/kripos. *ØKOKRIM* staat voor *Den sentrale enhet for etterforsking og påtale av økonomisk kriminalitet og miljøkriminalitet*; *KRIPOS* voor *Den nasjonale enheten for bekjempelse av organisert og annen alvorlig kriminalitet*.
41. Zie Øyen 2016, p. 137.
42. Øyen 2016, p. 137.

Strpl) en kunnen een verdachte en een slachtoffer of nabestaande bij de rechter beroep instellen tegen de afwijzing door het openbaar ministerie van een verzoek tot inzage in bepaalde processtukken (§ 242, vierde lid, *Strpl*).[43]

De wet bepaalt niet dat het vooronderzoek in algemene zin is onderworpen aan het beginsel van tegensprekelijkheid. Dit wil zeggen dat de verdachte (of het slachtoffer of de nabestaande) er geen algemene of rechtstreekse aanspraak op heeft om de gegevens die gedurende het opsporingsonderzoek worden vergaard, te krijgen voorgelegd teneinde zich daarover te kunnen uitlaten. Maar indirect gelden wel degelijk bepaalde eisen van tegensprekelijkheid tijdens het vooronderzoek. Als algemeen uitgangspunt geldt dat een opsporingsonderzoek grondig en objectief is.[44] Aan de eisen van grondigheid en objectiviteit kan in voorkomende gevallen enkel worden voldaan indien bepaalde gegevens nog tijdens het vooronderzoek aan bijvoorbeeld de verdachte worden voorgehouden met het oog op het inwinnen van aanvullende of amenderende informatie.

In het bijzonder kan (uiteraard) artikel 6, derde lid, onder d, EVRM aanleiding vormen om de verdachte of de verdediging tijdens het vooronderzoek gelegenheid te bieden een getuige *à charge* te (doen) ondervragen.[45] Daarnaast schrijft de wet voor dat bij toepassing van heimelijke opsporingsbevoegdheden ten behoeve van de daarvan onkundig blijvende verdachte een raadsman wordt benoemd (die zich ten aanzien van de verdachte verbindt aan een zwijgplicht), ook in gevallen waarin de verdachte reeds een raadsman heeft; met deze regeling wordt eveneens een zekere tegensprekelijkheid gewaarborgd (zie § 100a *Strpl*).[46]

5 De regeling van opsporingsbevoegdheden en dwangmiddelen

5.1 Inleiding

Volgens het in § 113 van de Noorse Grondwet (*Grunnloven*) neergelegde legaliteitsbeginsel vereisen 'ingrepen' in de 'rechtssfeer' van burgers een wettelijke grondslag. Dit beginsel brengt mee dat strafvorderlijk overheidsoptreden dat geen noemenswaardige inbreuk maakt op rechten en vrijheden van burgers, niet hoeft te berusten op een wettelijke grondslag. Inbreuken op rechten en vrijheden die niet worden gedekt door een wettelijke grondslag, zijn alleen dan gelegitimeerd indien

43. Zie over het inzagerecht van de verdachte J.I. Rui, *Mistenktes innsyn i straffesaken. I spenningsfeltet mellom tillit og kontroll*, Oslo: Universitetsforlaget 2017.
44. Zie Øyen 2016, p. 28-30 en 136-137.
45. Øyen 2016, p. 401-407. Zie ook paragraaf 7.3.
46. Øyen 2016, p. 181. Zie over heimelijke opsporingsbevoegdheden I. Bruce & G.S. Haugland, *Skjulte tvangsmidler*, Oslo: Universitetsforlaget 2014.

zij met toestemming van de betrokkene plaatsvinden.[47] Dit impliceert dat een dwangmiddel steeds een wettelijke grondslag behoeft. Een strafvorderlijk dwangmiddel wordt in het Noorse strafprocesrecht namelijk gedefinieerd als een maatregel tegen een persoon of een object die een strafvorderlijk doel dient, kan worden toegepast zonder toestemming van de betrokkene, en die een inbreuk maakt op rechten of vrijheden van burgers. Het strafvorderlijk doel van een dwangmiddel is in de meeste gevallen gelegen in de bijdrage ervan aan de opsporing. In meer uitzonderlijke gevallen kan het strafvorderlijk doel gelegen zijn in de bevordering van een efficiënte strafrechtspleging of de bewaking van het publieke vertrouwen in de strafrechtspleging.[48]

De dwangmiddelen in het Noorse strafproces kunnen worden ingedeeld aan de hand van het rechtsgoed waarop zij inbreuk maken. De belangrijkste en/of meest toegepaste worden hier kort genoemd; daarna volgt een meer algemeen overzicht van de systematiek van voorwaarden die voor toepassing van dwangmiddelen vervuld moeten zijn. Een eerste groep dwangmiddelen maakt inbreuk op de bewegingsvrijheid. In dit verband zijn vooral de aanhouding en de voorlopige hechtenis relevant (zie nader paragraaf 5.3). Onder deze groep valt ook de mogelijkheid om een verdachte die niet vrijwillig meewerkt aan een onderzoek naar zijn geestvermogens te onderwerpen aan een dwangopname (*tvangsinnleggelse*; § 167 *Strpl*). Een andere groep houdt verband met het recht op privacy: stelselmatige observatie met behulp van een camera (*skjult kameraovervåking*; § 202a *Strpl*), het volgen van een verdachte of object met behulp van een peilzender (*teknisk sporing*; § 202b *Strpl*), het afluisteren en opnemen van vertrouwelijke communicatie (*kommunikasjonskontroll* en *romavlytting*; § 216a en verder *Strpl*). Een derde groep dwangmiddelen maakt inbreuk op zowel de lichamelijke integriteit als de privacy: onderzoek aan lichaam en kleding (*kroppsransaking*; § 195 *Strpl*), inwendig lichamelijk onderzoek (*kroppsundersøkelse*; § 157 *Strpl*), DNA-afname (*DNA-prøve*; § 158 *Strpl*). Ten slotte is er een groep dwangmiddelen die inbreuk maken op zowel de privacy als een eventueel eigendomsrecht: betreding en doorzoeking van een woning of een plaats (*ransaking*; § 192 en verder *Strpl*), inbeslagneming (*beslag*; § 203 en verder *Strpl*; over beslag op gegevens zie 5.4).

47. Øyen 2016, p. 147. Dat een dwangmiddel ook tegen de wil van de betrokkene kan worden aangewend, brengt mee dat in de toepassing ervan desnoods proportioneel geweld mag worden gebruikt. Hiertoe machtigt in algemene zin § 6 lid 4 *Politiloven* indien de toepasser van het geweld een politieambtenaar is.
48. Zie Øyen 2016, p. 173.

5.2 Voorwaarden voor toepassing dwangmiddelen

Voor de toepassing van een dwangmiddel is steeds vereist dat een aantal algemene, inhoudelijke criteria is vervuld.[49] De zwaarte van deze criteria verschilt van dwangmiddel tot dwangmiddel. In het algemeen geldt dat naarmate een dwangmiddel ingrijpender is, de voorwaarden voor toepassing ervan strenger zijn. Iets soortgelijks geldt voor de verdeling over de strafvorderlijke autoriteiten van de bevoegdheid om tot toepassing van een dwangmiddel te besluiten: hoe dieper dwangmiddelen ingrijpen in rechten en vrijheden van burgers, des te hoger in rang is de bevoegde functionaris.

Een eerste algemene grondvoorwaarde voor toepassing van een dwangmiddel is het *verdenkingscriterium*. Vereist is dat er een zekere verdenking bestaat dat een strafbaar feit heeft plaatsgevonden. Voor de meeste dwangmiddelen geldt bovendien de eis dat de verdenking zich richt op een bepaalde persoon (dat er dus een verdachte is) en dat er een redelijke grond (*skjellig grunn*) bestaat te vermoeden dat de betrokkene schuldig is. Deze voorwaarden zijn bijvoorbeeld gesteld aan de toepassing van lichamelijk onderzoek (§ 157 *Strpl*), aan DNA-afname (§ 158 *Strpl*) en aan de toepassing van bepaalde heimelijke opsporingsbevoegdheden zoals het opnemen van vertrouwelijke communicatie met een technisch hulpmiddel (§ 216m *Strpl*). Het vereiste van een 'redelijke grond' voor het schuldvermoeden wordt in de Noorse rechtspraktijk aldus uitgelegd dat het waarschijnlijker moet zijn dat de betrokkene schuldig is dan dat hij onschuldig is (*sannsynlighetsovervekt*).[50]

Een tweede algemene ingangsvoorwaarde voor toepassing van dwangmiddelen is het *gevalscriterium*. Sommige dwangmiddelen, zoals aanhouding op heterdaad (§ 173, eerste lid, *Strpl*) en inbeslagneming (§ 201 *Strpl*), kunnen ten aanzien van ieder strafbaar feit worden ingezet. Maar veel dwangmiddelen kunnen alleen worden toegepast indien de verdenking is gekoppeld aan een strafbaar feit met een bepaalde minimumstrafbedreiging óf aan een bepaald, afzonderlijk genoemd strafbaar feit. Zo kan het opnemen van vertrouwelijke communicatie via een communicatiedienst enkel worden bevolen ter zake van strafbare feiten die met minimaal tien jaren gevangenisstraf worden bedreigd (§ 216a, eerste lid, *Strpl*).

Als derde respectievelijk vierde voorwaarde geldt dat toepassing van dwangmiddelen moet voldoen aan de eisen van subsidiariteit (*nødvendighet*) en proportionaliteit (*forholdsmessighet*). De eis van subsidiariteit wordt in de wettelijke regeling van

49. Deze algemene criteria worden in het in paragraaf 10 te bespreken wetsvoorstel voor een nieuw Noors Wetboek van Strafvordering meer systematisch gestroomlijnd. Zie R. Torgersen e.a., 'Proposal for a new Norwegian code of Criminal Procedure. A summary of NOU 2016: 24', *Bergen Journal of Criminal Law and Criminal Justice* 2016/2, p. 296-297; en zie paragraaf 10.2.2.
50. Øyen 2016, p. 178; *Rt.* 2006, p. 582.

verschillende dwangmiddelen op verschillende wijzen, en in verschillende graden van strengheid, tot uitdrukking gebracht. Relatief strenge subsidiariteitseisen gelden ten aanzien van verschillende heimelijke opsporingsbevoegdheden; in dergelijke gevallen eist de wet dat de toepassing van de bevoegdheid 'van wezenlijk belang moet zijn voor de opheldering van de zaak' en dat zonder toepassing van de bevoegdheid 'de opheldering van de zaak in aanzienlijke mate zou worden bemoeilijkt' (bijvoorbeeld in § 216c, eerste lid en 216m, derde lid, *Strpl*). De eis van proportionaliteit is voor alle dwangmiddelen opgetekend in § 170a onder 2 *Strpl*. Of toepassing van een bepaald dwangmiddel in een concreet geval proportioneel is, hangt onder meer af van de ingrijpendheid van het dwangmiddel, de ernst van het strafbare feit en de sterkte van de verdenking.[51]

Wie bevoegd is tot het besluiten tot toepassing van een dwangmiddel hangt in hoge mate af van de zwaarte van het dwangmiddel en van eventuele spoed die bij toepassing van een dwangmiddel geboden is.[52] De wet onderscheidt tussen primaire bevoegdheid (*primærkompetanse*) en spoedbevoegdheid (*hastekompetanse*). Indien het optreden van de functionaris met primaire bevoegdheid niet kan worden afgewacht, komt ten aanzien van sommige dwangmiddelen een spoedbevoegdheid toe aan een 'lagere' functionaris en soms zelfs aan eenieder. De wet eist in dergelijke gevallen meestal wel dat achteraf een rechtmatigheidstoetsing plaatsvindt door de primair bevoegde instantie of functionaris.[53] Doorgaans ligt de primaire bevoegdheid bij de leden van het openbaar ministerie binnen de politie (*politiadvokat*). Ten aanzien van de zeer ingrijpende dwangmiddelen, zoals stelselmatige observatie met een technisch hulpmiddel (§ 202a en verder *Strpl*) en de opname van vertrouwelijke communicatie (§ 216a en verder *Strpl*), berust de primaire bevoegdheid bij de rechtbank (*tingrett*); maar in spoedeisende gevallen heeft het openbaar ministerie een spoedbevoegdheid. Voorlopige hechtenis kan enkel door de rechtbank worden bevolen. Onder bepaalde voorwaarden is eenieder bevoegd tot aanhouding op heterdaad.

5.3 Aanhouding en voorlopige hechtenis

De aanhouding en de voorlopige hechtenis verdienen enige nadere aandacht, aangezien de regeling van deze dwangmiddelen in verschillende opzichten afwijkt van de Nederlandse regels ter zake. De aanhouding (*pågripelse*) houdt in dat een

51. Øyen 2016, p. 179. § 170a onder 1 *Strpl* noemt nog een vijfde algemene voorwaarde, te weten dat een dwangmiddel slechts kan worden aangewend indien daartoe 'voldoende grond' (*tilstrekkelig grunn*) bestaat, maar deze voorwaarde speelt in de praktijk nauwelijks een rol van betekenis.
52. De daadwerkelijke toepassing van een dwangmiddel vindt in verreweg de meeste gevallen plaats door opsporingsambtenaren van de politie. Zie Øyen 2016, p. 181; zie ook S. Fredriksen, 'Polititjenestepersoners og privatpersoners adgang til å benytte straffprosessuelle tvangsmidler', *Tidsskrift for Strafferett* 2016/1, p. 8-34.
53. Øyen 2016, p. 180.

verdachte voor een verhoudingsgewijs korte periode van zijn vrijheid wordt beroofd.[54] De aanhouding kan in een Noorse strafprocedure een aanzienlijk langere tijd in beslag nemen dan in Nederland, namelijk hooguit vier dagen;[55] het Noorse strafprocesrecht kent niet onze figuren van het ophouden voor onderzoek en de inverzekeringstelling. Na de aanhouding wordt men óf op vrije voeten gesteld óf in voorlopige hechtenis genomen. De inhoudelijke voorwaarden voor de aanhouding en de voorlopige hechtenis (*varetekstfengsling*) zijn gelijk; het verschil tussen beide dwangmiddelen is vooral gelegen in de duur van beide dwangmiddelen en in de bevoegde functionaris en het rechterlijk toezicht op de toepassing van de dwangmiddelen.[56]

De *bevoegdheid* tot het bevelen van een aanhouding berust volgens § 175 *Strpl* primair bij het openbaar ministerie (binnen de politie). Indien het optreden van een *politiadvokat* niet kan worden afgewacht (*fare ved opphold*), is ook een algemeen opsporingsambtenaar daartoe bevoegd; en eenieder is bevoegd indien het optreden van de primair bevoegde functionaris niet kan worden afgewacht én bovendien sprake is van heterdaad (*fersk gjerning eller ferske spor*; § 176, eerste lid, *Strpl*).[57] In het laatste geval moet de aangehoudene zo spoedig mogelijk aan de politie worden overgedragen (§ 176, tweede lid). De bevoegdheid tot het bevelen (en verlengen) van voorlopige hechtenis berust uitsluitend bij de rechtbank.

De *termijnen* zijn als volgt. Indien het openbaar ministerie de verdachte na diens aanhouding langer wenst vast te houden, dient het de verdachte ten laatste op de derde dag na aanhouding voor de rechtbank te geleiden met een vordering tot voorlopige hechtenis. De rechtbank kan dan de voorlopige hechtenis in eerste omgang (*førstegangsfengsling*, vergelijkbaar met onze inbewaringstelling) bevelen voor een periode die 'zo kort mogelijk' moet zijn, doch die in beginsel[58] niet langer dan vier weken mag belopen (§ 185 *Strpl*). Voor minderjarige verdachten geldt een maximumduur van twee weken (§ 185, tweede lid, *Strpl*). Na ommekomst van de door de rechtbank bepaalde duur kan de voorlopige hechtenis worden verlengd (*fengslingsforlengelse*). Een verlenging vereist opnieuw een zitting bij de rechtbank, tenzij intussen het eindonderzoek is begonnen (dan wordt de voorlopige hechtenis automatisch verlengd tot het moment waarop uitspraak wordt gedaan).[59] De wet

54. Voor andere vormen van tijdelijke vrijheidsberoving, zie Øyen 2016, p. 184-185.
55. Øyen 2016, p. 189, 190, 209, 309-301.
56. Zie Andenæs/Myhrer 2009, p. 283-294; Myhrer, Holmboe & Spurkland 2016, p. 60-63.
57. Op grond van § 173 *Strpl* kan een persoon die op heterdaad wordt betrapt én niet ophoudt met de volvoering van zijn strafbare handeling eveneens door eenieder worden aangehouden; en hetzelfde geldt voor een verdachte zonder bekende vaste woon- of verblijfplaats in Noorwegen ten aanzien van wie reden bestaat te vrezen dat hij zich door vlucht zal proberen te onttrekken aan vervolging of straftenuitvoerlegging. Zie Øyen 2016, p. 205-206.
58. Er bestaat hierop één uitzondering, waaraan evenwel zeer strenge voorwaarden zijn verbonden (§ 185 lid 1 onder 4 *Strpl*; zie Øyen 2016, p. 212).
59. Øyen 2016, p. 212-213.

stelt geen absoluut maximum aan de totale duur van de voorlopige hechtenis; de maximale duur wordt begrensd door het proportionaliteitsbeginsel en de redelijke termijn-eis van artikel 6 EVRM.[60]

De eerste twee inhoudelijke voorwaarden voor zowel de aanhouding als de voorlopige hechtenis betreffen de *verdenking* en het *geval*. Vereist is dat sprake is van een 'redelijke grond' (*skjellig grunn*) voor de verdenking dat de betrokkene één of meer strafbare feiten heeft begaan waarop meer dan zes maanden gevangenisstraf gesteld zijn (§ 171 jo. 184, tweede lid, *Strpl*). Op het gevalscriterium bestaat één uitzondering: aanhouding is ook mogelijk bij een verdenking van 'lichte' diefstal (*mindre tyveri*; § 323 *Straffeloven*) die alleen met een geldboete kan worden bestraft.[61] Het genoemde verdenkingscriterium houdt, als eerder gesteld, in dat het waarschijnlijker moet zijn dat de verdachte schuldig is dan dat hij onschuldig is aan het desbetreffende feit. In dit verband moet rekening worden gehouden met alle relevante voorwaarden voor strafbaarheid, dus bijvoorbeeld ook met eventuele strafuitsluitingsgronden.[62]

De derde algemene voorwaarde voor aanhouding en voorlopige hechtenis betreft de *grond*. In § 171, eerste lid, *Strpl* worden vier mogelijke gronden voor aanhouding benoemd die ex § 184, tweede lid, *Strpl* ook voor de voorlopige hechtenis gelden. De eerste grond houdt in dat er op grond van concrete en objectieve factoren reden bestaat om te vrezen dat de verdachte zich zal onttrekken aan de vervolging of aan de tenuitvoerlegging van een straf indien hij op vrije voeten zou blijven (*unndragelsesfare*).[63] De tweede mogelijke grond betreft collusiegevaar (*fare for bevisforspillelse*); op grond van een concrete afweging van alle in aanmerking te nemen omstandigheden moet er een redelijk vermoeden bestaan dat de verdachte bijvoorbeeld sporen zal wissen of getuigen of medeverdachten zal beïnvloeden indien hij op vrije voeten zou blijven. De derde grond is het gevaar voor recidive (*gjentakelsesfare*): deze grond veronderstelt dat het waarschijnlijk moet zijn dat de verdachte nieuwe strafbare feiten met een strafbedreiging van meer dan zes maanden gevangenisstraf zal begaan indien hij op vrije voeten zou blijven.[64] Ten slotte: aanhouding en voorlopige hechtenis kunnen eveneens worden gegrond op de

60. Øyen 2016, p. 209, 212-213.
61. Zie § 171 lid 2 *Strpl*. Het wordt betwijfeld of ter zake van dit delict ook voorlopige hechtenis kan worden bevolen; in de meeste gevallen zal dat echter de proportionaliteitstoets niet kunnen doorstaan; zie Øyen 2016, p. 193-194.
62. Een uitzondering hierop geldt ten aanzien van verdachten die mogelijk of vermoedelijk ontoerekeningsvatbaar worden verklaard en ten aanzien van wie een gedwongen opname in een psychiatrisch ziekenhuis in het verschiet ligt (§ 171 lid 3 en 184 lid 2 *Strpl*).
63. Het begrip vervolging omvat in dit verband ook de opsporing; Øyen 2016, p. 195. Dat een concrete en objectieve toetsing vereist is, is bepaald door het Noorse Hooggerechtshof; *Rt.* 2011, p. 329.
64. In het in paragraaf 10 te bespreken wetsvoorstel voor een nieuw Noors Wetboek van Strafvordering wordt deze grond aangescherpt; zie paragraaf 10.2.2.

omstandigheid dat de verdachte op goede gronden daarom zelf verzoekt (*begjæring fra mistenkte*; § 171, eerste lid jo. 184, tweede lid, *Strpl*).[65]

Een aanvullende grond voor aanhouding en voorlopige hechtenis staat in § 172 jo. 184, tweede lid, *Strpl*. Deze grond is vergelijkbaar met onze 'twaalf jaars- en ernstig geschokte rechtsorde-grond' van artikel 67a, tweede lid, onder 1, Sv. Aanhouding en voorlopige hechtenis kunnen namelijk ook worden bevolen indien het algemene veiligheidsgevoel, rechtsgevoel of vertrouwen in de strafrechtspleging zulks indiceren. In dat geval dient wel sprake te zijn van een verdenking van (een poging tot) een strafbaar feit waarop tien of meer jaren gevangenisstraf staan of van zware mishandeling (§ 272 of 274 *Straffeloven*). Verder is in dit verband vereist dat sprake is van ernstige bezwaren: het moet (zeer) waarschijnlijk zijn dat de verdachte schuldig is. Het Noorse Hooggerechtshof heeft onder verwijzing naar de rechtspraak van het EHRM op artikel 5 EVRM bepaald dat deze grond met grote behoedzaamheid moet worden toegepast en dat op grond van concrete omstandigheden moet worden getoetst of in een voorkomend geval sprake is van deze grond.[66]

Daarnaast moeten de aanhouding en de voorlopige hechtenis uiteraard voldoen aan de eisen van *subsidiariteit en proportionaliteit*. Het subsidiariteitsvereiste houdt in dit verband in dat het dwangmiddel geschikt moet zijn om het eraan ten grondslag gelegde doel (de grond) te verwezenlijken en dat voor dat doel niet met de inzet van een minder ingrijpend middel kan worden volstaan. Voor minderjarigen geldt een nog strenger vereiste: verdachten onder de achttien jaar mogen slechts worden aangehouden indien dit 'bepaaldelijk noodzakelijk' is (*særlig påkrevd*; § 174 *Strpl*) en mogen niet in voorlopige hechtenis worden genomen 'als dat niet dringend noodzakelijk is' (*hvis det ikke er tvingende nødvendig*; § 174 *Strpl*). Voor wat betreft de aanhouding geldt dat toepassing van dit dwangmiddel achterwege 'kan' blijven indien de verdachte schriftelijk verklaart zich op bepaalde tijden bij de politie te melden of in te stemmen met andere voorwaarden, zoals het inleveren van het paspoort (§ 181, eerste lid, *Strpl*). Voor wat betreft de voorlopige hechtenis geldt dat de rechtbank 'kan' besluiten dat een vorm van zekerheidsstelling in de plaats treedt van de voorlopige hechtenis of dat een van de in § 181, eerste lid, *Strpl* genoemde alternatieven volstaat (§ 184, tweede lid jo. 188 *Strpl*).[67]

Bij de toetsing aan het proportionaliteitsvereiste, ten slotte, wordt vooral acht geslagen op de duur van de vrijheidsberoving, de ernst van de verdenking en de verwachte vrijheidsstraf. Het spreekt vanzelf dat vooral bij de voorlopige hechtenis

65. Øyen 2016, p. 202.
66. *Rt.* 2003, p. 974.
67. Bijvoorbeeld een borgstelling; zie Øyen 2016, p. 207-208.

de proportionaliteit een belangrijk criterium vormt.[68] Zoals hierboven al is gemeld, stelt de wet geen absoluut maximum aan de periode die een verdachte in totaal in voorlopige hechtenis doorbrengt. In navolging van de rechtspraak van het EHRM op artikel 5 EVRM wordt aangenomen dat naarmate de voorlopige hechtenis langer duurt, de gronden voor continuering ervan zwaarwegender moeten zijn om aan het proportionaliteitsvereiste te blijven voldoen.[69] Daarbij wordt mede betekenis gehecht aan de voortvarendheid waarmee de autoriteiten het opsporingsonderzoek verrichten en aan de mate waarin de voorlopig gehechte heeft bijgedragen aan de opheldering van de zaak.[70]

5.4 Beslag op voorwerpen en gegevens

Mogelijkheden tot toegang tot en inbeslagneming van bewijsmateriaal dat bestaat in (digitaal opgeslagen) gegevens verdienen eveneens enige nadere aandacht. In gevallen van verdenking van een strafbaar feit dat met gevangenisstraf wordt bedreigd, kan bijvoorbeeld de woning van de verdachte worden doorzocht, onder andere met het oog op de inbeslagneming van daarvoor vatbare voorwerpen (§ 192 *Strpl*). Hiertoe moet door de rechtbank worden besloten, of in geval van spoed door het openbaar ministerie; in geval van heterdaad of gevaar voor collusie kan ook de politie zelf tot een doorzoeking besluiten en overgaan (§ 197 en 198 *Strpl*). Onderzoek aan de kleding is eveneens mogelijk bij verdachten die worden verdacht van een feit waarop gevangenisstraf staat (*kroppsransaking*; § 195 *Strpl*). Een opsporingsambtenaar die bij de uitvoering van een doorzoeking of een aanhouding stuit op voorwerpen die voor de waarheidsvinding relevant zijn of die voor een eventuele verbeurdverklaring of onttrekking aan het verkeer in aanmerking komen (§ 203 *Strpl*), kan overgaan tot de inbeslagneming daarvan (§ 106 *Strpl*); in andere gevallen is voor inbeslagneming van voorwerpen een besluit van het openbaar ministerie nodig (§ 205 *Strpl*).

Voorwerpen die in beslag worden genomen, mogen vervolgens worden onderzocht.[71] Dit betekent dat ook de gegevens die staan opgeslagen op een inbeslaggenomen mobiele telefoon of computer mogen worden uitgelezen en bewaard. Bij het onderzoek aan een geautomatiseerd systeem kan een opsporingsambtenaar 'eenieder die met het geautomatiseerde werk bemoeienis heeft' verplichten om

68. Een anticipatiegebod zoals neergelegd in artikel 67a lid 3 Sv is niet in de Noorse wetgeving gepositiveerd, maar wel door het Noorse Hooggerechtshof aangenomen; zie *Rt.* 2013, p. 385.
69. Øyen 2016, p. 176 en 209.
70. Øyen 2016, p. 209. In dit verband gelden ook restricties ten aanzien van beperkingen in de uitoefening van rechten en vrijheden tijdens de voorlopige hechtenis; zie Øyen 2016, p. 213-217.
71. Zie Øyen 2016, p. 148-150; V. Aamo, 'Når kan politiet gjennomsøke PC-en og mobilen din? Og hva hvis du har kryptert innholdet?', bijdrage op *Tek.no* van 11 november 2014, zie www.tek.no/artikler/guide-nar-kan-politiet-gjennomsoke-pc-en-og-mobilen-din/165106 (geraadpleegd 20 april 2018).

wachtwoorden prijs te geven of om het systeem met biometrische authenticatie te ontsluiten (§ 199a *Strpl*). Desnoods kan deze verplichting met dwang worden gehandhaafd (waartoe een voorafgaand fiat van het openbaar ministerie nodig is, tenzij spoed geboden is). Een verdachte mag evenwel niet worden gedwongen om op deze wijze de politie toegang tot een geautomatiseerd werk te verschaffen.[72]

Voorts kan het openbaar ministerie bevelen dat aanbieders van telecommunicatiediensten of digitale netwerkbeheerders bepaalde digitale gegevens die relevant zijn voor de waarheidsvinding veiligstellen en overdragen aan de politie (§ 215a *Strpl*). En § 216a *Strpl* voorziet in de mogelijkheid om op afstand vormen van communicatie te onderscheppen, bijvoorbeeld de verzending van tekst, beeld of geluid tussen telefoons of (andere) geautomatiseerde werken (*kommunikasjonskontroll*; § 216a *Strpl*); dit behoeft een voorafgaande rechterlijke machtiging en is enkel mogelijk in gevallen betreffende strafbare feiten die met minstens tien jaar gevangenisstraf worden bedreigd of die afzonderlijk in de bepaling vermeld staan.

6 De beslissing over de afdoening van strafbare feiten (vervolgingsbeslissing)

6.1 Inleiding

De tweede hoofdfase binnen de Noorse strafvordering is het stadium waarin een beslissing omtrent de vervolging moet worden genomen (*påtalestadiet*). Dit stadium neemt een aanvang zodra naar het inzicht van het openbaar ministerie de zaak rijp is voor een vervolgingsbeslissing omdat deze tot afdoende klaarheid is gebracht of doordat er van een materieel of procedureel beletsel voor strafvervolging is gebleken. Welke functionaris bevoegd is tot het nemen van een vervolgingsbeslissing, is in hoge mate afhankelijk van de ernst en de aard van het strafbare feit. In deze paragraaf komt eerst het palet aan afdoeningsmodaliteiten aan de orde. Vervolgens wordt ingegaan op de verhouding tussen het vooronderzoek en het eindonderzoek.

6.2 De beslissing over de afdoening van strafbare feiten

De hoogste functionaris binnen het openbaar ministerie (*riksadvokat*) beslist over de vervolging in de zeer ernstige zaken, in de meeste gevallen betreffende feiten die met een maximale gevangenisstraf van (30 of) 21 jaren worden bedreigd (§ 65

72. Zie Aamo 2014. Dat verdachten niet kunnen worden gedwongen tot het prijsgeven van wachtwoorden of het anderszins ontsluiten van (versleutelde) informatie op computers, staat niet in het Noorse Wetboek van Strafvordering, maar geldt op grond van jurisprudentie van het EHRM. In het in paragraaf 10 te bespreken wetsvoorstel voor een nieuw Noors Wetboek van Strafvordering wordt deze regel gecodificeerd; zie Torgersen e.a. 2016, p. 299; en zie paragraaf 10.2.2.

Strpl).[73] Het openbaar ministerie binnen de politie beslist over de afdoening in zaken betreffende feiten die met hooguit één jaar gevangenisstraf worden bedreigd en betreffende een aantal apart genoemde (lichtere) feiten (§ 67, tweede lid, *Strpl*), tenzij een zaak 'van groot algemeen belang' is (§ 22-2 *Påtaleinstruksen*). In het laatste geval dient de politie de zaak over te dragen aan de officier van justitie buiten de politieorganisatie (*statsadvokat*). De *statsadvokat* beslist over de afdoening van zaken die niet tot de exclusieve bevoegdheid van de *riksadvokat* behoren en van zaken waarbij de vervolgingsbeslissing niet door het openbaar ministerie binnen de politie wordt genomen (§ 66 *Strpl*).[74]

Onderscheid wordt gemaakt tussen negatieve en positieve vervolgingsbeslissingen. Negatieve vervolgingsbeslissingen houden in dat een zaak zonder meer wordt geseponeerd (*henleggelse*) op één of meer van vier categorieën van gronden: het ontbreken van voldoende bewijs van de feitelijke toedracht, het ontbreken van een voorwaarde voor strafbaarheid, het bestaan van een procedureel vervolgingsbeletsel, of de onwenselijkheid van een strafvervolging. De drie eerstgenoemde categorieën betreffen de haalbaarheid van de vervolging en omvatten dus de ten onzent zo genoemde technische sepots. De laatstgenoemde categorie sepotgronden omvat het beleidssepot en dus het opportuniteitsbeginsel: bij strafbare feiten die met hooguit twee jaar gevangenisstraf worden bedreigd, kan men afzien van vervolging indien het algemeen belang niet de wenselijkheid van vervolging indiceert (§ 62a, tweede lid, *Strpl*).[75]

Een positieve vervolgingsbeslissing kan enkel aan de orde zijn indien een zaak feitelijk (bewijstechnisch) en juridisch haalbaar wordt geacht. Van positieve vervolgingsbeslissingen bestaan vijf vormen. De eerste is het Noorse equivalent van onze dagvaardingsbeslissing (*tiltalebeslutning*) waarmee de zaak bij de strafkamer van de rechtbank aanhangig wordt gemaakt. Analoog aan de eisen die artikel 262 Sv aan een dagvaarding stelt, moet een *tiltale* onder meer een verwijzing naar de toepasselijk geachte delictsomschrijving (*straffebud*) bevatten, alsmede een voldoende feitelijke en naar tijd en plaats geconcretiseerde beschrijving van de tenlastegelegde toedracht (§ 252 *Strpl*).[76]

73. Slechts heel weinig delicten kennen in Noorwegen een strafbedreiging van dertig jaren: zie paragraaf 9; en zie Gröning, Husabø & Jacobsen 2016, p. 658-677.
74. Ten slotte: de regering (*Kongen i statsråd*) is exclusief bevoegd tot het instellen van vervolging inzake ambtsmisdrijven (§ 64 *Strpl*). Het in paragraaf 10 te bespreken wetsvoorstel voor een nieuw Noors Wetboek van Strafvordering voorziet in de afschaffing van deze bevoegdheid voor de regering en de overheveling ervan naar de *riksadvokat*; zie paragraaf 10.2.1.
75. De laatste categorie omvat daarnaast in beperkte mate sepots op capaciteitsgronden. Zie Øyen 2016, p. 223.
76. Øyen 2016, p. 246-251.

Dat laatste is anders bij de tweede vorm van een positieve vervolgingsbeslissing: een vordering tot een vereenvoudigde gerechtelijke afdoening in gevallen waarin de verdachte onomwonden heeft bekend én de bekentenis wordt ondersteund door het voorliggende bewijsmateriaal (*begjæring om tilståelsesdom*). In dergelijke zaken (waarover meer in paragraaf 7.4) wordt volstaan met het doen uitgaan van een kale omschrijving van de verdenking (*siktelse*).

Een derde in de praktijk belangrijke positieve vervolgingsbeslissing heet *forelegg* en is een afdoeningsmodaliteit die het midden houdt tussen onze transactie en onze strafbeschikking.[77] Met de strafbeschikking heeft de figuur *forelegg* gemeen dat sprake is van een vervolgingsmodaliteit die uitmondt in de oplegging van een sanctie door het openbaar ministerie. Met de transactie heeft de figuur gemeen dat sprake is van een consensuele afdoeningsmodaliteit: de verdachte moet vooraf instemmen met de door het openbaar ministerie voorgestelde sanctie (§ 256, 257, 259, 260 *Strpl*) en bij niet-instemming volgt normaal gesproken alsnog dagvaarding voor de strafrechter. Deze wijze van buitengerechtelijke afdoening is vooral bedoeld voor de minder ernstige zaken en is enkel mogelijk indien het openbaar ministerie als sanctie een geldboete (*bot*), een niet te langdurige ontzetting van bepaalde rechten (*rettighetstap*) of een al dan niet tijdelijke ontzegging van de rijbevoegdheid (*inndragning eller tap av førerett*) oplegt (§ 255 *Strpl*).

Een vierde vorm van een positieve vervolgingsbeslissing heeft op het eerste oog veel weg van een (voorwaardelijk) sepot (*påtaleunnlatelse*) aangezien een dagvaarding en een sanctieoplegging achterwege blijven. Toch gaat het om een vervolgingsmodaliteit (zie ook § 30 onder f *Straffeloven*) nu de schuld van de verdachte door het openbaar ministerie voor genoegzaam bewezen moet wordt gehouden.[78] Op grond van § 69 *Strpl* kan 'op zeer bepaalde gronden' (*når helt særlige grunner tilsier det*) worden besloten een dagvaarding achterwege te laten; dan gaat het om redenen die te maken hebben met onder meer de aard en ernst van de zaak, de persoonlijke omstandigheden en motieven van de verdachte. Een dergelijke *påtaleunnlatelse* kan aan voorwaarden en aan een proeftijd worden verbonden (§ 69 leden 2 en 3 *Strpl*). Een vergelijkbare beslissing kan worden genomen op grond van proceseconomische redenen; dit is vooral aan de orde bij minder ernstige zaken met een verdachte die daarnaast van een aantal beduidend meer ernstige feiten wordt beschuldigd, zodat de minder ernstige feiten, indien tenlastegelegd, geen of een verwaarloosbare invloed op de vermoedelijke uiteindelijke straftoemeting zou-

77. Er bestaat ook zoiets als een 'vereenvoudigde' transactie of strafbeschikking (*forenklet forelegg*); zie paragraaf 6.3.

78. Een verklaring hiervoor is het uitgangspunt in het Noorse strafproces dat ter kennis gekomen en opgeklaarde strafbare feiten in beginsel worden vervolgd (zij het dat dit legaliteitsbeginsel in aanzienlijke mate wordt genuanceerd door mogelijkheden om op grond van opportuniteitsoverwegingen niet te vervolgen); zie G.J. Kjelby, *Mellom rett og plikt til straffeforfølgning*, Oslo: Cappelen Damm 2013; Øyen 2016, p. 228; en § 62a en 224 *Strpl*.

den hebben (§ 70 *Strpl*). In dit verband bestaat geen voorwaardelijke modaliteit (maar vgl. § 74, vierde lid, *Strpl*).

Een vijfde en laatste vorm van een positieve vervolgingsbeslissing is de overdracht van de strafzaak aan een van de tweeëntwintig officiële herstelrechtinstanties van de Noorse overheid (*konfliktråd*). Een zaak wordt alleen voor bemiddeling aan een *konfliktråd* overgedragen indien de zaak zich daarvoor leent en indien de verdachte daarmee instemt (§ 71a *Strpl*).[79]

Op grond van § 59a *Strpl* kan tegen positieve en negatieve vervolgingsbeslissingen beklag worden gedaan (*klage*).[80] Zo kunnen belanghebbenden, zoals slachtoffers of nabestaanden, een beklag indienen tegen een sepotbeslissing, maar ook tegen een positieve vervolgingsbeslissing. Een verdachte kan echter geen bezwaar aantekenen tegen een dagvaarding. Het beklag moet worden gedaan binnen drie weken nadat de betrokkene van de gewraakte beslissing op de hoogte is gesteld. Het beklag wordt behandeld door een functionaris van het openbaar ministerie op het naasthogere niveau ten opzichte van de functionaris die de vervolgingsbeslissing heeft genomen (het beklag tegen een vervolgingsbeslissing genomen door een justitiefunctionaris binnen de politie wordt dus behandeld door een *statsadvokat*). Tegen de beslissing op het beklag staat geen nader rechtsmiddel open.

6.3 De verhouding tussen het vooronderzoek en het eindonderzoek

In kwantitatief opzicht kan over de verhouding tussen het vooronderzoek en het eindonderzoek het volgende worden gesteld. De meeste strafzaken betreffen weinig ernstige overtredingen van de Wegenverkeerswet (*Vegtrafikkloven*) of de douanewet (*Tolloven*).[81] Deze relatief geringe vergrijpen worden in de meeste gevallen afgedaan met een 'vereenvoudigde' politietransactie of -boete (*forenklet forelegg*) die door een opsporingsambtenaar kan worden opgelegd.[82]

Cijfers van het Noorse Centraal Bureau voor de Statistiek (*Statistisk sentralbyrå*) tonen dat het ophelderingspercentage van ter kennis gekomen strafbare feiten in 2016 lag op 52. Van alle binnengekomen zaken in 2016 die niet zijn afgedaan met

79. Zie ook *Påtaleinstruksen*, hoofdstuk 18a; Øyen 2016, p. 226; www.konfliktraadet.no. In 2016 zijn in totaal 2.194 strafzaken verwezen naar een *konfliktråd*; zie www.ssb.no/sosiale-forhold-og-kriminalitet/statistikker/lovbrudde, tabel 1 (geraadpleegd op 9 april 2018).
80. Øyen 2016, p. 231-234.
81. Dit zijn strafbare feiten en dus geen vergrijpen die (zoals in onze Wet bestuursrechtelijke handhaving verkeersvoorschriften of Wet Mulder) met een administratieve boete worden afgedaan.
82. In 2015 werden in 29.3501 strafzaken opsporingshandelingen verricht; daarvan werden 21.3989 afgedaan met een 'politietransactie/-beschikking'. Zie www.ssb.no/sosiale-forhold-og-kriminalitet/statistikker/straff (geraadpleegd op 9 april 2018). Zie ook Andenæs/Myhrer 2009, p. 363-364; Myhrer, Holmboe & Spurkland 2016, p. 77.

een vereenvoudigde transactie/boete is (dus) iets minder dan de helft vervolgens geseponeerd.[83] Van de overgebleven zaken is voorts iets minder dan de helft met een transactie/strafbeschikking van het openbaar ministerie (*forelegg*) afgedaan. De rest eindigde in een dagvaarding voor een volledig eindonderzoek (*hovedforhandling*) of in een vereenvoudigde gerechtelijke afdoening van een bekenteniszaak.[84]

Een eindonderzoek in de vorm van een zogeheten 'hoofdonderzoek' (*hovedforhandling*), dat wil zeggen een traditioneel, volledig eindonderzoek, verschilt kwalitatief sterk van het vooronderzoek. Een dergelijk eindonderzoek wordt in sterke mate beheerst door de beginselen van tegensprekelijkheid en onmiddellijkheid en kan niet als een 'geding op stukken' worden beschouwd; de rechters nemen voorafgaande aan de terechtzitting in de regel geen kennis van de processtukken, doch enkel van de dagvaarding en van de 'bewijsopgave' van het openbaar ministerie (een opsomming van de verschillende bewijsmiddelen die zijdens het openbaar ministerie zullen worden gepresenteerd).

7 De berechting

7.1 Inleiding

Twee van de vijf positieve vervolgingsbeslissingen die door het openbaar ministerie kunnen worden genomen (zie paragraaf 6.2) brengen de strafzaak in het derde hoofdstadium van de strafprocedure, die van de berechting (*iretteføringsstadiet*). Dit gebeurt indien het openbaar ministerie besluit om de verdachte te dagvaarden voor de strafrechter en indien het openbaar ministerie besluit om een vereenvoudigde gerechtelijke afdoening te vorderen. In het eerste geval vindt het eindonderzoek plaats in de vorm van een 'hoofdonderzoek' op de terechtzitting (*hovedforhandling*); in het tweede geval is sprake van een in verschillende opzichten sterk vereenvoudigde terechtzitting (*tilståelsesdom*).[85] Beide typen eindonderzoek zijn in beginsel openbaar.[86] In deze paragraaf wordt eerst ingegaan op het hoofdonderzoek. Daarna komt de rol van het onmiddellijkheidsbeginsel aan bod, mede in relatie tot getuigenbewijs. Tot slot komt de vereenvoudigde gerechtelijke afdoening in bekenteniszaken aan de orde.

83. Zie www.ssb.no/sosiale-forhold-og-kriminalitet/statistikker/lovbrudde, tabel 1 (geraadpleegd op 9 april 2018).
84. In 2016 werden 65.032 zaken afgedaan met een *forelegg*; 68.632 zaken leidden tot een dagvaarding (*tiltale*) voor een volledige eindonderzoek (*hovedforhandling*) of tot een vereenvoudigde gerechtelijke afdoening (*tilståelsesdom*). Zie www.ssb.no/sosiale-forhold-og-kriminalitet/statistikker/lovbrudde, tabel 1 (geraadpleegd op 9 april 2018). Zie ook (voor vergelijkbare cijfers over het jaar 2014) Øyen 2016, p. 26-27.
85. Ook vorderingen tot of verlengingen van voorlopige hechtenis worden op zittingen bij de rechtbank behandeld (*fengslingsmøte*). Zie daarover paragraaf 5.3 en Øyen 2016, p. 308-316.
86. Zie Øyen 2016, p. 123-124.

7.2 Het hoofdonderzoek op de terechtzitting

Een dagvaarding (*tiltalebeslutning*) vormt de opmaat tot een volledig gerechtelijk eindonderzoek in eerste aanleg, dus bij de rechtbank. Tijdens het onderzoek op de terechtzitting moet de rechtbank onderzoeken of de gedagvaarde persoon schuldig is aan hetgeen hem is tenlastegelegd in de dagvaarding, welke sanctie in dat geval passend en geboden is, en of een eventueel aanhangig gemaakte vordering van de benadeelde partij dient te worden toegewezen.

Voordat het tot een hoofdonderzoek komt, dienen verschillende voorbereidende stappen te worden gezet. Het openbaar ministerie is om te beginnen verantwoordelijk voor een juiste en tijdige betekening (*stevning*) van de dagvaarding aan de verdachte van de oproeping van getuigen en deskundigen. Een dagvaarding moet daarbij aan verschillende eisen voldoen, die in hoge mate overeenstemmen met de eisen van artikel 261 Sv (§ 252 *Strpl*).[87] Het openbaar ministerie stuurt aan de rechtbank niet alleen een afschrift van de dagvaarding maar ook een zogenaamde 'bewijsopgave' (*bevisoppgave*), dat wil zeggen een overzicht van de verschillende bewijsmiddelen die zullen worden aangedragen in relatie tot de verschillende onderdelen van de tenlastelegging en van een eventuele vordering van de benadeelde partij (§ 262 *Strpl*).

De rechtbank benoemt een raadsman (*offentlig oppnevnt forsvarer*) indien dit niet reeds eerder was gebeurd en de verdachte daarop recht heeft.[88] Het openbaar ministerie stuurt vervolgens een afschrift van de dagvaarding, de bewijsopgave en de processtukken aan de raadsman (§ 264 *Strpl*) die op zijn beurt eventuele nadere onderzoekswensen aan het openbaar ministerie kenbaar kan maken.[89] In de – uitzonderlijke – gevallen waarin toevoeging van een raadsman uitblijft, krijgt de verdachte een afschrift van de bewijsopgave van het openbaar ministerie en wordt hem medegedeeld dat hij inzage in de processtukken kan krijgen (§ 267, eerste lid, *Strpl*).

De rol van de rechter bij de voorbereiding van een hoofdonderzoek is betrekkelijk gering. De rechter neemt in de meeste gevallen voorafgaand aan de zitting enkel kennis van de dagvaarding en van de bewijsopgave van het openbaar ministerie. In gevallen waarin de verdachte tijdens het eindonderzoek niet wordt bijgestaan

87. Øyen 2016, p. 245-247.
88. Dit recht bestaat vrijwel altijd; zie Øyen 2016, p. 279-280. Toevoeging van een raadsman geschiedt in de regel niet in zaken die handelen om strafbare feiten uit de Wegenverkeerswet (*Vegtrafikkloven*) met betrekking tot rijden onder invloed en rijden zonder geldig rijbewijs, en ook niet in gevallen betreffende een *forelegg* (zie 2.3.1) of in gevallen betreffende uitsluitend inbeslagneming (§ 96 *Strpl*).
89. Ook de advocaat van het slachtoffer of de nabestaande (*bistandsadvokat*) kan dit in voorkomende gevallen doen; zie § 264a lid 2 *Strpl* en Øyen 2016, p. 275-276.

door een raadsman, is evenwel sprake van een actievere rol voor de rechter in de voorbereiding van de terechtzitting: in die gevallen neemt de rechter tevens kennis van de inhoud van de processtukken en kan hij, desgewenst, het openbaar ministerie opdragen aanvullende onderzoekshandelingen te verrichten (§ 267, tweede lid, *Strpl*).[90]

De rechtbank dient voorafgaand aan de inhoudelijke behandeling zo veel mogelijk te onderzoeken of is voldaan aan een aantal procedurele voorwaarden (*prosessforutsetninger*).[91] Ze moet haar eigen (relatieve en absolute) bevoegdheid controleren, alsook voorwaarden die de geldigheid van de dagvaarding en de ontvankelijkheid van het openbaar ministerie betreffen. De rechtbank kan besluiten om voorafgaand aan de inhoudelijke behandeling van de zaak een regiezitting te houden waarin bijvoorbeeld programmatische vragen betreffende de bewijsvoering kunnen worden behandeld (§ 272, eerste lid, *Strpl*); de daar genomen besluiten zijn in de meeste gevallen niet bindend voor de nadere inhoudelijke behandeling (§ 262, zesde lid, *Strpl*).

Het hoofdonderzoek of de inhoudelijke behandeling van de strafzaak wordt gewoonlijk uitgevoerd door een strafkamer bestaande uit één beroepsrechter en twee lekenrechters; in uitzonderlijke gevallen kan het hoofdonderzoek ook door een enkelvoudige kamer zonder lekenrechters of door een kamer bestaande uit twee beroepsrechters en drie lekenrechters worden uitgevoerd (§ 276, eerste lid, *Strpl*). Lekenrechters nemen op gelijke voet met de beroepsrechter(s) deel aan het hoofdonderzoek; zij zijn evenwel niet betrokken bij de verschillende voorbereidende stappen in aanloop naar een hoofdonderzoek, noch treden zij op als rechters bij een vereenvoudigde gerechtelijke afdoening (*tilståelsesdom*; zie paragraaf 7.4).[92] Aan het hoofdonderzoek nemen voorts deel de officier van justitie (die in de fase van berechting wordt aangeduid als *aktor*) en de verdachte, en daarnaast in verreweg de meeste gevallen diens raadsman.

De verdachte heeft een aanwezigheidsrecht, maar ook een aanwezigheids*plicht* tijdens het hoofdonderzoek (§ 85, eerste lid jo. 280 onder 1 *Strpl*).[93] In gevallen waarin een verdachte niet verschijnt, kan het eindonderzoek enkel doorgang vinden indien aan drie voorwaarden is voldaan (§ 281 *Strpl*). Indien verstek niet kan

90. Øyen 2016, p. 274. Het belangrijkste argument van de wetgever voor een betrekkelijk passieve rol van de rechter tijdens de voorbereiding is dat aldus wordt voorkomen dat de rechter zich vooroordelen vormt.
91. Øyen 2016, p. 261-263.
92. Øyen 2016, p. 260.
93. Er zijn twee uitzonderingen op het aanwezigheidsrecht: de verdachte kan worden verplicht de rechtszaal te verlaten gedurende de tijd dat een medeverdachte of een getuige wordt gehoord (§ 284 *Strpl*) en wanneer de verdachte het onderzoek op de terechtzitting verstoort (§ 133 *Domstolloven*). Zie Øyen 2016, p. 286.

worden verleend, moet de zitting worden aangehouden. Verstekverlening vereist ten eerste dat de dagvaarding aan de verdachte correct is betekend; ten tweede moet het openbaar ministerie aangeven geen straf te vorderen zwaarder dan één jaar gevangenisstraf; en ten derde moet de rechtbank ervan overtuigd zijn dat de aanwezigheid van de verdachte niet noodzakelijk is voor de opheldering van de zaak (*nødvendig for sakens opplysning*).[94]

De regeling van de gang van zaken tijdens het hoofdonderzoek vertoont sterke overeenkomsten met de regeling in titel VI van Boek II Sv.[95] Na opening vat de voorzitter kort samen waar de zaak in hoofdzaak om draait. De bevoegdheid van de mederechters wordt gecontroleerd; daarna wordt de verdachte naar zijn personalia gevraagd. Vervolgens wordt de tenlastelegging voorgedragen en wordt de verdachte gevraagd of hij schuld bekent aan de hele of aan delen van de tenlastelegging (§ 289 *Strpl*). Eerst dan wordt de verdachte gemaand oplettend te zijn en gewezen op zijn rechten, onder meer het recht om niet op vragen te antwoorden. Dan zet de officier van justitie in een korte inleidende beschouwing (*innledningsforedrag*) uiteen wat de kern van de beschuldiging is en welke bewijsmiddelen zullen worden gepresenteerd. De raadsman krijgt gelegenheid hierop kort te reageren.

Hierna volgt de eigenlijke bewijsvoering. Na een eventuele getuigenverklaring van de benadeelde partij en een eventuele verklaring van de verdachte worden de nadere bewijsmiddelen besproken. Als uitgangspunt worden eerst de door de officier van justitie aangedragen bewijsmiddelen besproken en daarna die van de verdediging (§ 291 *Strpl*). Een eventuele nabestaande die niet als getuige op de zitting een verklaring heeft afgelegd, krijgt de gelegenheid om zich uit te laten over de consequenties die het tenlastegelegde feit voor hem of haar heeft gehad (§ 303a jo. 93a, tweede lid, *Strpl*).

Na de bewijsvoering volgt het requisitoir van de officier van justitie dat uitmondt in een vordering tot oplegging van een bepaalde sanctie. In zaken waarin een slachtoffer zich met een vordering tot schadevergoeding heeft gevoegd als benadeelde partij krijgt vervolgens de advocaat van de benadeelde partij de gelegenheid die vordering toe te lichten. Daarna is het woord aan de raadsman van de verdachte voor het pleidooi. Na een eventuele ronde van repliek en dupliek krijgt eerst een eventueel slachtoffer en krijgt vervolgens de verdachte de gelegenheid om een afsluitende opmerking te maken (§ 304 *Strpl*). De voorzitter sluit het onderzoek nadat hij heeft meegedeeld hoe en op welke datum de uitspraak wordt bekendgemaakt.

94. Øyen 2016, p. 288.
95. Zie over de zaaksbehandeling in het hoofdonderzoek Øyen 2016, p. 288-296.

7.3 Onmiddellijkheid en getuigenbewijs

Een belangrijk uitgangspunt is dat het hoofdonderzoek een openbaar mondeling proces is (§ 278 *Strpl*) dat wordt gevoerd op tegenspraak. Dit betekent dat alle bewijsmiddelen en andere bijdragen mondeling worden gepresenteerd en dat de partijen over en weer de gelegenheid moeten hebben om zich over de bewijsvoering uit te laten (*kravet til kontradiksjon*). De rechter mag zijn beslissing niet (mede) gronden op gegevens waarover partijen zich niet hebben kunnen uitlaten.[96] Een en ander hangt sterk samen met de betrekkelijk strenge invulling van het onmiddellijkheidsbeginsel in het Noorse strafprocesrecht. Uitgangspunt bij het hoofdonderzoek is een onmiddellijke bewijsvoering: al het bewijs dient ten overstaan van de rechter en in aanwezigheid van de officier van justitie en de verdediging te worden gepresenteerd.[97]

De beraadslaging door de rechter geschiedt dan ook op basis van het verhandelde op de terechtzitting. In dit verband verdient tevens kort vermelding dat ook in het Noorse strafprocesrecht een grondslagleer geldt die voortvloeit uit het vervolgingsmonopolie van het openbaar ministerie (*anklageprinsippet*).[98] De beraadslaging door de rechter is gebaseerd op en beperkt tot hetgeen in de tenlastelegging door het openbaar ministerie tot uitdrukking is gebracht; enkel met betrekking tot tijd, plaats en andere omstandigheden mag de rechter van het gestelde in de tenlastelegging afwijken in zijn oordeel (§ 38 *Strpl*). Ten aanzien van de kwalificatie van het feit heeft de rechter een zekere vrijheid om af te wijken van de in de tenlastelegging als toepasselijk aangeduide delictsomschrijving.[99]

Zoals in paragraaf 7.2 is uiteengezet, is de verdachte in beginsel verplicht aanwezig tijdens het hoofdonderzoek. Dit geldt ook voor de voor de zitting opgeroepen getuigen en deskundigen. Verdachte en getuigen leggen ten overstaan van de rechter hun verklaringen af. Anders dan in Nederland, waar het eerder uitzondering is dan regel dat getuigen op de terechtzitting verschijnen en een verklaring afleggen, is het uitgangspunt in het Noorse strafprocesrecht dat getuigen op de zitting van het hoofdonderzoek hun verklaring afleggen, ook indien zij dit reeds in het vooronderzoek hebben gedaan. Getuigen hebben dan ook een algemene plicht om op de terechtzitting te verschijnen en aldaar een verklaring af te leggen (§ 108 *Strpl*). Slechts indien verschijning op de zitting gepaard gaat met onevenredig grote nadelen of kosten in verhouding tot het belang van de getuige voor de opheldering van

96. Øyen 2016, p. 267, 285, 326-327.
97. Øyen 2016, p. 324-325. Bij andere vormen van het eindonderzoek dan een hoofdonderzoek (zoals de vereenvoudigde gerechtelijke afdoening in bekenteniszaken; zie paragraaf 7.4) is dit anders.
98. Øyen 2016, p. 430-440.
99. Zie Øyen 2016, p. 293-294, 430-444. Het in paragraaf 10 te bespreken wetsvoorstel voor een nieuw Noors Wetboek van Strafvordering brengt op dit punt een nadere restrictie aan; zie Torgersen e.a. 2016, p. 303-304; en zie paragraaf 10.2.4.

de zaak, kan de rechter besluiten om de getuige te ontheffen van zijn verschijningsplicht (§ 109 *Strpl*); in die gevallen volgt doorgaans een televerhoor (*fjernavhør*; § 109a *Strpl*).

In veel gevallen heeft een getuige in het vooronderzoek bij de politie (of eventueel bij de rechter in geval van een gerechtelijk getuigenverhoor) één of meer verklaringen afgelegd. Een in het vooronderzoek afgelegde getuigenverklaring heeft als voornaamste functie dat zij de grondslag vormt voor de voorbereiding door de officier van justitie en de verdediging van het verhoor van de betreffende getuige tijdens het hoofdonderzoek op de terechtzitting. Het komt met het oog op deze functie soms voor dat indien een getuige niet in het vooronderzoek heeft verklaard, of indien de bij de politie afgelegde verklaring te summier wordt gevonden, een verzoek wordt gedaan om de betreffende getuige alsnog door de politie te laten horen, voordat het hoofdonderzoek een aanvang neemt.[100]

Een verklaring afgelegd tijdens het vooronderzoek kan als hoofdregel niet tijdens het hoofdonderzoek worden opgelezen (of worden afgespeeld indien de verklaring is opgenomen), laat staan samengevat, als substituut voor een mondelinge verklaring op de zitting.[101] Uitgangspunt is bovendien dat de rechter voor het bewijs gebruikmaakt van een door de getuige op de terechtzitting afgelegde verklaring en niet kan teruggrijpen op een in het vooronderzoek afgelegde getuigenverklaring. *De auditu*-bewijs is in het Noorse strafprocesrecht dus in beginsel niet toegelaten.[102]

Hierop bestaat een aantal uitzonderingen. Indien en voor zover een op de terechtzitting verschenen getuige aldaar weigert om op bepaalde vragen antwoord te geven, indien de getuige op de zitting zich bepaalde voorvallen niet meer herinnert, of indien de getuige op de zitting een verklaring aflegt die afwijkt van de in het vooronderzoek afgelegde verklaring is het toegestaan om de eerder afgelegde verklaring op te lezen (§ 290 en 296 *Strpl*). Ook indien een opgeroepen getuige niet verschijnt op de zitting en de rechter van mening is dat een getuigenverhoor tijdens het hoofdonderzoek niet mogelijk is of met onevenredig grote nadelen

100. Øyen 2016, p. 330-331.
101. Øyen 2016, p. 399 en H.P. Jahre, 'Bruk av tidligere avgitte forklaringer', in: R. Aarli, M.A. Hedlund & S.E. Jebens (red.), *Bevis i straffesaker. Utvalgte emner*, Oslo: Gyldendal 2015, p. 257-307.
102. Dit wil overigens niet zeggen dat mondelinge getuigenissen van horen zeggen niet kunnen worden gebruikt: een getuige mag ook in het Noorse recht bijvoorbeeld verklaren over wat een derde tegen hem heeft gezegd; een dergelijke verklaring van horen zeggen mag echter niet worden gebruikt om daarmee een bepaald bewijsverbod of een bewijsminimumregel te omzeilen; zie Øyen 2016, p. 333.

gepaard zou gaan, kan een in het vooronderzoek afgelegde verklaring worden opgelezen (§ 290 en 297 *Strpl*).[103]

Op deze wijze raakt de rechter – die, zoals in paragraaf 7.2 is gesteld, voorafgaande aan het hoofdonderzoek doorgaans enkel kennis neemt van de dagvaarding en van de bewijsopgave van het openbaar ministerie – alsnog op de hoogte van de in het vooronderzoek afgelegde verklaring die hij vervolgens ook voor het bewijs kan gebruiken. Dat is (uiteraard) niet mogelijk indien hierdoor het in artikel 6, derde lid, onder d, EVRM neergelegde ondervragingsrecht (*retten til krysseksaminasjon*) van de verdediging zou worden doorkruist op een wijze die ertoe zou leiden dat niet langer sprake is van een eerlijk proces.[104]

Indien het eindonderzoek *niet* de vorm aanneemt van een hoofdonderzoek, neemt de wet niet een onmiddellijke maar een middellijke bewijsvoering als uitgangspunt.[105] Dit geldt bijvoorbeeld voor de hierna in paragraaf 7.4 te bespreken vereenvoudigde gerechtelijke afdoening in bekenteniszaken (*tilståelsesdom*). Het onderzoek vindt voornamelijk plaats op basis van de processtukken, en getuigen verschijnen in dergelijke zaken slechts bij hoge uitzondering op de zitting. Artikel 6, derde lid, onder d, EVRM is ook van toepassing op deze procedure, die immers eveneens is gericht op het 'bepalen van de gegrondheid van een (…) vervolging'. Deze vereenvoudigde procedure kan echter niet worden toegepast dan met de uitdrukkelijke instemming van de verdachte; aangenomen wordt dat de verdachte met deze instemming tevens afstand doet van zijn recht op het (doen) ondervragen van getuigen op de zitting.[106]

7.4 Vereenvoudigde gerechtelijke afdoening: bekenteniszaken

In een flink aantal gevallen (in 2015 was dat 45 procent)[107] neemt het eindonderzoek niet de vorm aan van het hierboven in paragraaf 7.2 beschreven 'hoofdonderzoek' waarin alle onderdelen van de tenlastelegging worden behandeld, maar wordt een sterk vereenvoudigde en snelle gerechtelijke afdoeningswijze gevolgd (*tilståelsesdom*). In dergelijke 'bekenteniszaken' treedt één beroepsrechter op (§ 248 *Strpl*). Lekenrechters spelen hier dus geen rol.

103. Getuigen die jonger zijn dan zestien jaar en die in het vooronderzoek door de politie zijn gehoord op de wijze omschreven in § 239 lid 1 *Strpl* (audiovisuele vastlegging van het getuigenverhoor) hoeven niet op het hoofonderzoek nogmaals te getuigen; het afspelen van de opname treedt hier in de plaats van het getuigenverhoor op de zitting (§ 298 *Strpl*); zie Øyen 2016, p. 329.
104. Zie voor een samenvatting van de Straatsburgse eisen op dit punt Øyen 2016, p. 391-409.
105. Øyen 2016, p. 325, 394.
106. Zie Øyen 2016, p. 394.
107. Er bestaan wel grote geografische verschillen. In het politiedistrict Sør-Trøndelag was het aandeel bekenteniszaken in de aangegeven periode 64 procent, terwijl het in het politiedistrict Oslo lag op 36 procent. Zie T. Langbach e.a., *En påtalemyndighet for fremtiden. Påtaleanalysen*, NOU 2017-5. Zie verder M. Matningsdal, 'Tilståelsesdom', *Jussens Venner* 2007/5, p. 251-272

In bekenteniszaken is de schuld van de verdachte onomstreden en boven redelijke twijfel verheven. Het onderzoek op de zitting concentreert zich dan ook vooral op de straftoemeting of op de beslissing tot oplegging van andere sancties dan straffen. Een belangrijke voorwaarde voor toepassing van de vereenvoudigde gerechtelijke afdoeningswijze is dat de verdachte hiermee instemt.[108] Die instemming is nodig omdat de verdachte daarmee afstand doet van verschillende rechtspositionele waarborgen waarmee een volledig hoofdonderzoek wel omkleed is. De zaak wordt, als gezegd, behandeld door een enkelvoudige kamer; de officier verschijnt in de regel niet op de zitting; in veel gevallen heeft de verdachte geen recht op een raadsman; en afgezien van een (herhaalde) bekennende verklaring van de verdachte op de zitting vindt de bewijsvoering op middellijke wijze, namelijk op basis van de processtukken, plaats.[109] Hier staat tegenover dat instemming van de verdachte met de vereenvoudigde procedure aantrekkelijk kan zijn, niet alleen vanwege de grotere snelheid van de procedure, maar ook in het licht van het bepaalde in § 78 onder f *Straffeloven*: een onvoorwaardelijke bekentenis moet in een voor de verdachte gunstige zin in aanmerking worden genomen.

De rechtbank kan niet zelf initiëren dat een zaak op vereenvoudigde wijze door haar in behandeling wordt genomen. Een procedure zonder dagvaarding en zonder hoofdonderzoek vindt enkel plaats op vordering van het openbaar ministerie en na instemming van de verdachte (§ 248, eerste lid, *Strpl*). Vervolgens moet de rechtbank in het voorstel bewilligen. De instemming van de verdachte mag niet voorwaardelijk zijn en mag ook niet beperkt zijn tot een aantal onderdelen van de verdenking. Bij minderjarige verdachten moet ook de ouder of verzorger instemmen. Instemming kan door de verdachte worden ingetrokken tot aan het ogenblik waarop de rechter uitspraak doet. De rechtbank bewilligt niet in de vordering tot het volgen van een vereenvoudigde procedure indien zij er niet zeker van is dat op die wijze de zaak op een verantwoorde wijze kan worden berecht, indien er aanwijzingen bestaan dat de verdachte niet (volledig)[110] toerekeningsvatbaar is, of

108. In het in paragraaf 10 te bespreken wetsvoorstel voor een nieuw Noors Wetboek van Strafvordering vormt instemming van de verdachte niet langer een voorwaarde voor het volgen van deze vereenvoudigde procedure (§ 36-1); zie paragraaf 10.2.4.
109. Øyen 2016, p. 298. Daarnaast wordt in bekenteniszaken geen dagvaarding opgesteld, doch wordt volstaan met een omschrijving van de verdenking (*siktelse*); dit maakt echter geen groot verschil omdat wordt aangenomen dat ook een *siktelse* op een voldoende geconcretiseerde wijze moet zijn geformuleerd (Øyen 2016, p. 304).
110. In het Noorse strafrecht bestaat geen verdeling in gradaties van toerekeningsvatbaarheid. In § 20 *Straffeloven* wordt bepaald dat een verdachte ontoerekeningsvatbaar is indien hij ten tijde van het tenlastegelegde jonger was dan vijftien jaar, psychotisch was, in hoge mate beperkt was in zijn psychische ontwikkeling, of een sterke bewustzijnsstoornis had; zie Gröning, Husabø & Jacobsen 2016, p. 484-505; vgl. G. Meynen, *Legal insanity: explorations in psychiatry, law, and ethics*, Bern: Springer 2016, p. 35-37.

indien getwijfeld wordt aan de juistheid van de door de verdachte afgelegde bekennende verklaring.[111]

Een vereenvoudigde procedure vereist voorts dat de verdachte ten overstaan van de rechter een onvoorwaardelijke bekentenis aflegt die alle onderdelen van de beschuldiging of verdenking dekt.[112] De bekentenis moet dusdanig omvangrijk en gedetailleerd zijn dat zij in verhouding tot ieder onderdeel van de beschuldiging positief bewijs oplevert van de bestanddelen van de toepasselijk geachte delictsomschrijving(en) en daarnaast van de overige algemene voorwaarden voor strafbaarheid.[113] Bovendien moet de bekentenis worden geschraagd door andere bewijsmiddelen (*styrkes av de øvrige opplysninger*). Tot slot kan een vereenvoudigde procedure niet worden gevolgd bij zeer ernstige feiten, namelijk bij een verdenking van een feit dat is bedreigd met meer dan tien jaren gevangenisstraf.

In bekenteniszaken is de behandeling op de zitting sterk vereenvoudigd en betrekkelijk informeel. Als gezegd: de zaak wordt behandeld door één rechter en in veel gevallen is de officier van justitie niet op de zitting aanwezig. In veel gevallen heeft de verdachte geen raadsman.[114] Toevoeging van een raadsman vindt in de regel slechts plaats indien de (niet voorlopig gehechte) verdachte op grond van de strafeis van de officier van justitie een onvoorwaardelijke gevangenisstraf van meer dan zes maanden boven het hoofd hangt (§ 99, eerste lid, *Strpl*) of indien op grond van § 107a *Strpl* ten behoeve van het slachtoffer een advocaat (*bistandsadvokat*; zie paragraaf 3.3) is benoemd (§ 99, tweede lid, *Strpl*).[115] In gevallen waarin noch de officier van justitie noch een raadsman van de verdachte op de zitting aanwezig is, eist § 31 onder 1 *Domstolloven* dat een zogenoemde 'rechtsgetuige' (*rettsvitne*) de zitting bijwoont. Deze persoon heeft als taak om erop toe te zien dat de procedure op een behoorlijke wijze verloopt.[116] De rechter doet na afloop van de zitting in de regel terstond (of na een korte schorsing van de zitting) uitspraak.

111. Øyen 2016, p. 298-299.
112. Deze voorwaarde geldt alleen niet ter zake van die onderdelen van een beschuldiging die rijden onder invloed of rijden zonder (geldig) rijbewijs betreffen (§ 248 lid 1 onder b en c *Strpl*).
113. Øyen 2016, p. 301.
114. Indien de verdachte zich in voorlopige hechtenis bevindt, heeft hij steeds recht op toevoeging van een raadsman (§ 98 lid 1 *Strpl*); in de meeste gevallen is een verdachte ten aanzien van wie een vereenvoudigde gerechtelijke afdoening wordt toegepast echter niet voorlopig gehecht.
115. Hier is dus niet de strafbedreiging in de strafbepaling doorslaggevend, maar de in de concrete zaak door het openbaar ministerie gevorderde straf. De strafeis wordt door het openbaar ministerie van tevoren, samen met de vordering tot het volgen van de vereenvoudigde gerechtelijke afdoening, aan de rechtbank gezonden. Zie Øyen 2016, p. 305.
116. Øyen 2016, p. 260-261, 306.

7.5 De omgang met vormverzuimen

Het Noorse Wetboek van Strafvordering bevat geen bepaling die vergelijkbaar is met ons huidige artikel 359a Sv. Beslissingen van de rechter ten aanzien van eventuele reacties op geconstateerde vormverzuimen uit het voorbereidend onderzoek zijn dus niet wettelijk geregeld. Het uitgangspunt van de wetgever is geweest dat bewijsmaterialen door de rechter moeten kunnen worden gebruikt, ook indien zij op onrechtmatige wijze zijn verkregen. De rechter moet in het belang van de waarheidsvinding, dus in het belang van de volledigheid van het onderzoek, in beginsel acht kunnen slaan op alle bewijsmiddelen voordat hij zijn oordeel velt. Ook het Noorse Hooggerechtshof heeft dit vooropgesteld.[117]

Wel is in de jurisprudentie van het Hooggerechtshof (soms via die van het EHRM) een aantal uitzonderingen op dit uitgangspunt aanvaard. Onder bepaalde voorwaarden dient bewijsmateriaal dat is verkregen op een onwettige of onbehoorlijke wijze (*på en ulovlig eller utilbørlig måte*) te worden uitgesloten van de bewijsvoering.[118] Bewijsuitsluiting is daarmee de enige sanctie die onder omstandigheden kan worden verbonden aan onrechtmatigheden bij de verkrijging van bewijsmateriaal; het Noorse strafprocesrecht voorziet niet in de mogelijkheid om onrechtmatigheden in het vooronderzoek te compenseren door middel van een verlaging van de op te leggen straf, noch in de mogelijkheid om in geval van zeer ernstige schendingen van het recht op een eerlijk proces het openbaar ministerie niet-ontvankelijk te verklaren.

Bewijsuitsluiting kan verschillende belangen dienen. In gevallen waarin wordt geoordeeld dat één of meer van deze belangen zwaarder moet(en) wegen dan het belang van de waarheidsvinding of de volledigheid van het onderzoek, wordt bewijsuitsluiting gerechtvaardigd geacht.[119] Onderscheid wordt gemaakt tussen drie categorieën. Bewijsuitsluiting kan ten eerste aangewezen zijn uit een oogpunt van rechtsstatelijkheid. Hieraan wordt de gedachte ontleend dat sommige onrechtmatigheden zodanig ernstig zijn dat de uitsluiting van het door die onrechtmatigheden verworven bewijs noodzakelijk is om de rechtsstatelijkheid van de strafrechtspleging te kunnen waarborgen. In dit verband gaat het eigenlijk steeds om ernstige schendingen van mensenrechten met een absoluut karakter. Het gebruik voor het bewijs van materiaal dat is verkregen door een schending van het verbod

117. *Rt.* 2006, p. 582, r.o. 22: '*Det klare utgangspunktet i norsk rett er at eventuelle feil ved innhenting av et bevis ikke er til hinder for at beviset føres*' ('Het duidelijke uitgangspunt in het Noorse recht is dat eventuele fouten bij de verkrijging van een bewijsmiddel niet in de weg staan aan het gebruik van dat bewijsmiddel in de bewijsvoering').
118. In het in paragraaf 10 te bespreken wetsvoorstel voor een nieuw Noors Wetboek van Strafvordering wordt in § 8-5 de jurisprudentie op dit punt gecodificeerd (zie paragraaf 10.2.5).
119. Zie Øyen 2016, p. 412-419; Andenæs/Myhrer 2009, p. 241-245; Myhrer, Holmboe & Spurkland 2016, p. 54.

op foltering en op onmenselijke of vernederende behandeling (artikel 3 EVRM en § 93 *Grunnloven*) is bijvoorbeeld steeds in strijd met het recht op een eerlijk proces als bedoeld in artikel 6 EVRM.[120]

Een tweede belang dat bewijsuitsluiting kan rechtvaardigen, is gelegen in het door de geschonden regel beschermde rechtsbelang; dit betreft de relativiteit of de *Schutznorm*. Het Hooggerechtshof heeft bepaald dat bewijsuitsluiting in beginsel aan de orde is als de onrechtmatigheid in de bewijsgaring bestond in een schending van het belang dat door de overtreden regel wordt beschermd én het gebruik van het aldus verkregen materiaal voor het bewijs zou neerkomen op een herhaalde of voortgezette schending van dit belang.[121] In dergelijke gevallen volgt 'in beginsel' bewijsuitsluiting; in de praktijk betekent dit dat bewijsuitsluiting achterwege blijft in gevallen waarin op het betrokken rechtsbelang in slechts geringe mate inbreuk is gemaakt. Gevallen waarin bewijs is verkregen door de schending van regels die de geheimhoudingsplicht en/of het verschoningsrecht van bepaalde getuigen waarborgen, leiden wel typisch tot uitsluiting van de betrokken verklaringen van het bewijs.[122] Hetzelfde geldt voor verklaringen van een verdachte bij een politieverhoor die zijn afgelegd zonder dat de verdachte zijn recht op consultatie van een raadsman heeft kunnen uitoefenen, of die zijn afgelegd zonder dat de verdachte voorafgaande aan het verhoor is gewezen op zijn recht op rechtsbijstand of op zijn zwijgrecht.[123]

In de derde en laatste plaats kan een beslissing tot uitsluiting van bepaalde bewijsmiddelen worden gegrond op een brede afweging van verschillende in aanmerking komende belangen. Indien geen sprake is van een onrechtmatigheid in de bewijsgaring die de rechtsstatelijkheid van de strafrechtspleging ernstig corrumpeert of die niet voldoet aan het criterium van de *Schutznorm*, moet ter beantwoording van de vraag of de onrechtmatigheid tot bewijsuitsluiting dient te leiden onder andere rekening worden gehouden met de ernst van het desbetreffende vormverzuim (waarbij onder meer de aard van de geschonden rechtsregel en de duidelijkheid van de schending een rol spelen), de eventuele omstandigheid dat het bewijsmateriaal berustte bij iemand die verplicht was tot uitlevering ervan of tot het afleggen van een verklaring, de ernst of het belang van het tenlastegelegde, en de bewijswaarde van het verkregen bewijsmateriaal.[124] Daarnaast speelt mee of de onrechtmatigheid aanleiding geeft te twijfelen aan de betrouwbaarheid van het

120. In gevallen waarin verklaringen van de verdachte wegens een schending van artikel 3 EVRM terzijde worden geschoven, is de bewijsuitsluiting niet alleen gegrond op de rechtsstaatgedachte, maar tevens op grond van overwegingen van betrouwbaarheid. Zie Øyen 2016, p. 412-413.
121. *Rt.* 1999, p. 1269. Zie Øyen 2016, p. 414; en R. Torgersen, *Ulovlig beviserverv og bevisforbud i straffesaker*, Oslo: Calax 2009, p. 140-141.
122. Øyen 2016, p. 414-415.
123. Øyen 2016, p. 416-417.
124. *Rt.* 1991, p. 616; *Rt.* 2004, p. 878. Zie Øyen 2016, p. 417-419.

daardoor verkregen bewijs. Zo leiden schendingen van onderdelen van artikel 6 EVRM of van artikel 8 EVRM (respectievelijk § 95, eerste lid en 102, eerste lid *Grunnloven*) niet automatisch, zelfs niet in veel gevallen, tot bewijsuitsluiting.[125]

De drempel voor bewijsuitsluiting ligt dus betrekkelijk hoog, zeker in de gevallen van de derde categorie. Bovendien betreft een beslissing tot bewijsuitsluiting in alle gevallen alleen het rechtstreeks uit de onrechtmatigheid voortgevloeide materiaal; daarvan afgeleid bewijsmateriaal of bewijsmateriaal dat in een verder verwijderd verband staat tot het vormverzuim wordt dus in de regel niet terzijde geschoven.[126]

8 Rechtsmiddelen

8.1 Inleiding

Net als ten onzent kent een strafprocedure in Noorwegen een rechtsgang in potentieel drie instanties, waarvan twee feitelijke instanties. De hoofdregel is dat zowel tegen een vonnis of een arrest (*dom*) als tegen beschikkingen of andere besluiten (zogeheten *kjennelser* en *beslutninger*)[127] van de rechtbank of het gerechtshof beroep (*anke*) kan worden ingesteld. Na instelling van hoger beroep of beroep in cassatie volgt evenwel niet in alle gevallen een volledig nieuwe behandeling van de zaak; evenmin volgt in alle gevallen een onderzoek op de terechtzitting. In het onderstaande wordt eerst aandacht besteed aan enige formele kwesties, daarna komen de belangrijkste regels met betrekking tot respectievelijk hoger beroep bij het gerechtshof en beroep in cassatie bij het Hooggerechtshof aan de orde. De bespreking is beperkt tot beroepen ingesteld tegen vonnissen en arresten.[128]

8.2 Formele kwesties

Zowel de verdachte als het openbaar ministerie komt de bevoegdheid tot het instellen van hoger beroep of beroep in cassatie toe (§ 306, eerste lid en 377, eerste lid, *Strpl*). Een slachtoffer of nabestaande kan niet in beroep gaan van een vonnis of arrest.[129] Het openbaar ministerie kan ook ten gunste van de verdachte beroep instellen (§ 309 onder 1 *Strpl*). Als hoofdregel geldt dat de functionaris binnen het openbaar ministerie bij wie in een concrete zaak de bevoegdheid berust tot het

125. Øyen 2016, p. 415.
126. Øyen 2016, p. 419-420.
127. In het in paragraaf 10 te bespreken wetsvoorstel voor een nieuw Noors Wetboek van Strafvordering wordt voorgesteld om de categorie *kjennelser* te schrappen; zie paragraaf 10.2.4.
128. Voor regels over beroepen tegen beschikkingen en andere besluiten, zie Øyen 2016, p. 486-491.
129. Specifiek tegen een beslissing van de strafrechter over een vordering van de benadeelde partij kan door verdachte en benadeelde beroep worden aangetekend, maar dan op de voet van (hoofdstuk 29 van) het Noorse Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (*Tvisteloven*); zie § 435 *Strpl*.

nemen van de vervolgingsbeslissing ook de bevoegdheid heeft tot het beslissing tot het instellen van hoger beroep of beroep in cassatie (§ 68 *Strpl*).[130]

De termijn voor het instellen van hoger beroep of beroep in cassatie is in de regel twee weken. Dit geldt zowel voor de verdachte als voor het openbaar ministerie (§ 310, eerste lid, *Strpl*). Ingeval het openbaar ministerie ten gunste van de verdachte beroep instelt, geldt evenwel geen termijn (§ 309 onder 2 *Strpl*). Indien een van de partijen beroep instelt, heeft vervolgens de andere partij een week de tijd om eveneens in beroep te komen (*motanke*; § 311 *Strpl*).

Instelling van hoger beroep of beroep in cassatie vergt een verklaring (*ankeerklæring*) die aan verschillende eisen moet voldoen. Van belang is vooral dat de verklaring aanduidt op welke grond(en) beroep wordt ingesteld (*ankegrunner*) en op welke onderdelen van de bestreden uitspraak het beroep betrekking heeft (*ankegjenstand*). De wet maakt onderscheid tussen vier soorten gronden voor beroep: de bewijsbeslissing ten aanzien van de schuldvraag (*bevisbedømmelsen under skyldspørsmålet*); de straftoemeting (*straffutmålingen*); de gang van zaken tijdens het onderzoek op de terechtzitting (*saksbehandlingen*); en de toepassing van regels van materieel of formeel strafrecht op de zaak (*lovanvendelsen*). De onderdelen van de bestreden uitspraak waartegen het beroep zich richt, betreffen in hoofdzaak één of meer van de tenlastegelegde feiten.[131]

Indien de appelschriftuur niet aan bovenstaande eisen voldoet, kan het beroep op vereenvoudigde wijze worden verworpen. Gerechtshoven kunnen appellanten toestaan om onbedoelde fouten in de appelschriftuur te herstellen. In dergelijke gevallen wordt aan de appellant daartoe een korte termijn gegund (§ 319 *Strpl*).

8.3 Hoger beroep

Tegen een vonnis (*dom*) van de rechtbank (*tingretten*) kan hoger beroep worden ingesteld bij het gerechtshof (*lagmannsretten*). Zodra de verdachte of het openbaar ministerie op correcte wijze hoger beroep heeft ingesteld, moet het gerechtshof beslissen of en, zo ja, in welke omvang het beroep op een onderzoek op de terechtzitting inhoudelijk zal worden behandeld (*ankeforhandling*). Verdachte en openbaar ministerie hebben een algemeen recht op hoger beroep, maar niet in alle gevallen op een behandeling daarvan in de vorm van een onderzoek op de terechtzitting

130. In sommige gevallen berust de bevoegdheid tot het instellen van hoger beroep of beroep in cassatie evenwel enkel bij de *statsadvokat*, dus de officier van justitie die geen onderdeel uitmaakt van de politieorganisatie (zie ook paragraaf 3.1).
131. Zie Øyen 2016, p. 475-477; Andenæs/Myhrer 2009, p. 474-478; Myhrer, Holmboe & Spurkland 2016, p. 94-95.

van het gerechtshof.[132] Het gerechtshof kan in dit verband drie verschillende beslissingen nemen (§ 321 *Strpl*).

De eerste is de vaststelling dat behandeling van het beroep op de terechtzitting een 'onvoorwaardelijk recht' vormt van de in beroep gekomen partij. In ernstige zaken, namelijk wanneer het ingestelde hoger beroep betrekking heeft op een feit dat met meer dan zes jaar gevangenisstraf wordt bedreigd, heeft de verdachte hoe dan ook recht op behandeling van zijn beroep op de zitting; dit is slechts anders indien het gerechtshof besluit om ambtshalve, zonder behandeling op zitting, het vonnis van de rechtbank te vernietigen en de verdachte vrij te spreken dan wel op andere wijze de gronden van het hoger beroep over te nemen (§ 322 *Strpl*). Het openbaar ministerie heeft een onvoorwaardelijk recht op behandeling van het hoger beroep indien het beroep een feit betreft waarop meer dan zes jaar gevangenisstraf staat én het beroep ten gunste van de verdachte is ingesteld.

De tweede mogelijke beslissing houdt in dat enkel na bewilliging (*samtykke*) van het gerechtshof het hoger beroep op een onderzoek op de terechtzitting wordt behandeld. Die voorafgaande instemming is nodig in zaken waarin de strafeis van de officier van justitie én de door de rechtbank opgelegde straf enkel bestaan uit een geldboete, een verbeurdverklaring of een ontzegging van de rijbevoegdheid.

De derde mogelijkheid is dat het ingestelde hoger beroep door het gerechtshof niet wordt doorgeleid naar een behandeling op de terechtzitting omdat het meent dat het duidelijk is dat het beroep moet worden verworpen (*når retten finner det klart at anken ikke vil føre frem*). Hetzelfde is mogelijk bij een niet ten gunste van de verdachte door het openbaar ministerie ingesteld hoger beroep indien het gerechtshof meent dat het beroep 'vragen van minder belang' betreft (*spørsmål av mindre betydning*; § 321, tweede lid, *Strpl*). Een beslissing om een beroep niet op zitting te behandelen moet unaniem worden genomen door een raadkamer bestaande uit drie raadsheren en moet worden gemotiveerd. Indien het gerechtshof het beroep wél doorgeleidt naar een behandeling op zitting, kan het – behalve in de gevallen waarin sprake is van een onvoorwaardelijk recht op behandeling van het beroep op zitting – bepalen dat de behandeling wordt beperkt tot een deel van het ingestelde beroep.[133]

Indien wordt besloten tot behandeling van het hoger beroep op de terechtzitting, vindt de behandeling in beginsel plaats op dezelfde wijze als een 'volledig eindonderzoek' (*hovedforhandling*) bij de rechtbank in eerste aanleg (zie 7.2). De omvang

132. In het in paragraaf 10 te bespreken wetsvoorstel voor een nieuw Noors Wetboek van Strafvordering wordt voorgesteld om de behandeling van zaken in hoger beroep nader te stroomlijnen. Zie Torgersen e.a. 2016, p. 307-308; en zie paragraaf 10.2.6.
133. Zie Øyen 2016, p. 478-479.

van de behandeling en de samenstelling van het gerechtshof verschillen echter al naar gelang de gronden van het hoger beroep en de ernst van de zaak. In gevallen waarin het hoger beroep zich richt tegen de bewijsbeslissing ten aanzien van de schuldvraag (*bevisbedømmelsen under skyldspørsmålet*) dient een volledig nieuwe behandeling plaats te vinden waarin alle aspecten van de zaak aan bod komen (§ 331, eerste lid, *Strpl*). In deze gevallen spreekt men van een 'volledig hoger beroep' (*fullstendig anke*). Het beroep wordt behandeld door een kamer met lekeninbreng (*meddomsrett*) bestaande uit twee beroepsrechters en vijf lekenrechters (§ 332 *Strpl*).[134]

In gevallen waarin het beroep zich niet richt tegen de bewijsbeslissing ten aanzien van de schuldvraag, beperkt het onderzoek op de terechtzitting zich in de regel tot de gronden die in de appelschriftuur zijn aangevoerd; in dit verband spreekt men van een 'beperkt hoger beroep' (*begrenset anke*; zie § 342 *Strpl*). In deze gevallen is behandeling meestal in handen van een kamer samengesteld uit drie beroepsrechters zonder lekenrechters.[135] Indien de partijen ermee instemmen, kan in deze gevallen ook worden volstaan met een schriftelijke behandeling (§ 333 *Strpl*).

8.4 Beroep in cassatie

Tegen een arrest van het gerechtshof kan zowel verdachte als openbaar ministerie beroep in cassatie aantekenen bij het Hooggerechtshof.[136] Het Noorse Hooggerechtshof is, als onze Hoge Raad, geen feitenrechter. Het treedt niet in de beoordeling van de bewijsbeslissing van de feitenrechter ten aanzien van de schuldvraag (§ 306, tweede lid, *Strpl*).

Voordat het tot een eventuele behandeling van het cassatieberoep op een onderzoek op de terechtzitting bij het Hooggerechtshof kan komen, dient ieder cassatieberoep eerst te worden beoordeeld door een speciale ontvankelijkheidscommissie (*ankeutvalg*). Deze commissie bewilligt enkel in een behandeling van het cassatieberoep op de terechtzitting indien het beroep rechtsvragen betreft die niet alleen voor

134. Van de vijf lekenrechters moeten er minimaal twee vrouw en minimaal twee man zijn. De stemmen van beroepsrechters en lekenrechters hebben gelijk gewicht. De regels voor de samenstelling van gerechten zijn in 2017 gewijzigd, in verband met de afschaffing van juryrechtspraak in hoger beroep (*jury-lagrettesak*) in zaken betreffende feiten die met meer dan zes jaar gevangenisstraf worden bedreigd.

135. Tenzij het beroep zich richt tegen de strafoplegging ten aanzien van een feit dat bedreigd wordt met meer dan zes jaar gevangenisstraf; in dat geval bestaat de kamer uit twee beroepsrechters en vijf lekenrechters. Zie www.domstol.no/no/Straffesak/Sakstyper/Anke-i-straffesak. Vgl. Øyen 2016, p. 480-481.

136. Er bestaat ook een mogelijkheid tot sprongcassatie (§ 8 *Strpl*). Een bewilliging in een verzoek daartoe wordt echter slechts in uiterst weinig gevallen gegeven, en enkel indien een zaak een belangrijke en principiële rechtsvraag betreft die met spoed dient te worden behandeld; zie Øyen 2016, p. 481.

de voorliggende casus van betekenis zijn of indien het op andere gronden van bijzonder belang is dat het Hooggerechtshof de zaak beoordeelt (§ 323 *Strpl*). Hierop geldt één uitzondering: een cassatieberoep van de verdachte (of ten gunste van de verdachte ingesteld door het openbaar ministerie) tegen een veroordelend arrest van het gerechtshof dat is gevolgd op een vrijspraak in eerste aanleg, moet door het Hooggerechtshof worden behandeld, tenzij de ontvankelijkheidscommissie meent dat het beroep niet zal kunnen slagen.

De commissie kan ook besluiten om het cassatieberoep zelf af te doen ingeval zij met eenheid van stemmen van mening is dat de uitspraak waarvan beroep duidelijk geheel of gedeeltelijk dient te worden vernietigd of dat de verdachte dient te worden vrijgesproken omdat het feit intussen niet langer strafbaar is (§ 323, derde lid, *Strpl*).

Indien wordt besloten tot behandeling van het beroep in cassatie op de terechtzitting, vindt de behandeling in beginsel plaats op dezelfde wijze als een 'volledig eindonderzoek' (*hovedforhandling*) bij de rechtbank in eerste aanleg. De behandeling vindt mondeling plaats, maar de bewijsvoering is middellijk en geschiedt op basis van de processtukken.[137] In cassatie wordt een zaak normaal gesproken behandeld door een kamer van vijf beroepsrechters (§ 5 *Domstolloven*); in belangrijke zaken vindt behandeling plaats door de 'grote kamer' (*storkammer*) bestaande uit elf rechters, en in zéér gewichtige en uitzonderlijke zaken vindt behandeling plaats door alle twintig raadsheren (*plenum*). Lekenrechters hebben geen rol bij het Hooggerechtshof.

9 De tenuitvoerlegging van straffen

Het Noorse strafrecht maakt onderscheid tussen straffen en 'andere strafrechtelijke reacties'.[138] De straffen zijn opgesomd in § 29 *Straffeloven*: gevangenisstraf (*fengsel*), bewaring (*forvaring*), taakstraf (*samfunnsstraff*), geldboete (*bot*) en ontzetting uit bepaalde rechten (*rettighetstap*). Hiernaast bestaat er de zogenoemde jeugdstraf (*ungdomsstraff*) die in plaats van een gevangenisstraf kan worden opgelegd aan daders jonger dan achttien jaar die zich herhaaldelijk aan ernstige delicten hebben bezondigd; de straf bestaat in een maatwerkreactie waarbij ook de omgeving van de dader, het slachtoffer en hulpinstanties worden betrokken (§ 52a tot en met 52c *Straffeloven*).[139]

137. Øyen 2016, p. 483.
138. Zie Gröning, Husabø & Jacobsen 2016, p. 600-735; Andenæs/Myhrer 2009, p. 628-636; Myhrer, Holmboe & Spurkland 2016, p. 120-121.
139. Deze straf werd nieuw ingevoerd in het in 2015 in werking getreden Wetboek van Strafrecht. Zie Jacobsen & Sandvik 2015, p. 177; Kjelby & Skyberg 2016, p. 177 en S. Skoglund, *Ungdomsstraff. Anvendes straffen i henhold til lovgivers intensjoner?*, masteroppgave, Oslo: Universitetet i Oslo 2017.

Gevangenisstraffen zijn in Noorwegen altijd tijdelijk: de levenslange gevangenisstraf bestaat in Noorwegen niet. In de afzonderlijke (commune)[140] strafbepalingen heeft de wetgever steeds per delict aangeduid wat de maximale duur van een op te leggen gevangenisstraf is. In beginsel kan voor geen delict een gevangenisstraf worden opgelegd voor een duur van meer dan eenentwintig jaren. De delicten verkrachting (*grov voldtekt*; § 293 *Straffeloven*) en moord (*drap*; § 275 *Straffeloven*) zijn bijvoorbeeld aan dit strafmaximum gebonden. Alleen een kleine categorie zeer ernstige misdrijven wordt bedreigd met een gevangenisstraf van maximaal dertig jaren; in dit verband gaat het om genocide, misdaden tegen de menselijkheid en oorlogsmisdrijven (*Straffeloven*, hoofdstuk 16) en om terroristische misdrijven (hoofdstuk 18).[141] In Noorwegen zitten gemiddeld 71 mensen per 100.000 inwoners in de gevangenis.[142]

De bewaring is een alternatief voor de gevangenisstraf (en kan dus niet in combinatie met een gevangenisstraf worden opgelegd).[143] Deze straf kan enkel bij zeer ernstige misdrijven worden opgelegd, ter bescherming van de samenleving tegen daders met een als hoog ingeschat recidiverisico.[144] De bewaring is de enige strafsoort zonder vooraf vastgestelde maximumduur; de rechter die de straf oplegt, stelt wel een tijdsduur vast, maar na ommekomst daarvan kan de straf steeds met vijf jaren worden verlengd zolang het recidivegevaar nog aanwezig is (§ 43 *Straffeloven*).[145] De rechter besluit over de verlenging en over het proefontslag uit de bewaring (dat aan een lange proeftijd en bijzondere voorwaarden pleegt te worden gebonden; zie § 44 en 45 *Straffeloven*).

140. In bijzondere strafwetgeving wordt vaak, net als ten onzent, een andere techniek gevolgd. Zie Gröning, Husabø & Jacobsen 2016, p. 658-660.
141. Zie Gröning, Husabø & Jacobsen 2016, p. 658-677.
142. In 2014 waren dat er gemiddeld 3.717; zie Gröning, Husabø & Jacobsen 2016, p. 612.
143. Een taakstraf kan wel worden opgelegd in combinatie met een onvoorwaardelijke gevangenisstraf van maximaal zestig dagen, met een geldboete of met de ontzetting uit rechten; zie § 51 *Straffeloven*. Een geldboete kan in combinatie met een (al dan niet voorwaardelijke) gevangenisstraf of in combinatie met bewaring of ontzetting uit rechten worden opgelegd (§ 54 *Straffeloven*). De ontzetting uit bepaalde rechten kan met iedere andere straf worden gecombineerd (§ 59 *Straffeloven*). Bij de laatstgenoemde straf gaat het om contactverboden of om het verbod om een bepaalde functie uit te oefenen of een bepaalde activiteit te verrichten (§ 56-59 *Straffeloven*).
144. Deze straf vertoont enige gelijkenissen met de (nooit in werking getreden) maatregel bewaring waaraan Bert Röling zijn in 1933 verdedigde dissertatie wijdde. Zie F. de Jong & C. Kelk, 'Overarching thought: criminal law scholarship in Utrecht', in: F. de Jong (red.), *Overarching Views of Crime and Deviancy. Rethinking the Legacy of the Utrecht School*, Den Haag: Eleven International Publishing 2015, p. 27. Voor de inwerkingtreding van het nieuwe Noorse Wetboek van Strafrecht in 2015 bestond er een gelijkaardige voorziening; deze vormde toen echter (tot 2001) geen eigenstandige straf, maar een beveiligingsmaatregel in aanvulling op de gevangenisstraf (*sikring på toppen av fengselsstraff*). Zie Kjelby & Skyberg 2016, p. 176-177; Jacobsen & Sandvik 2015, p. 176.
145. In augustus 2017 zaten in Noorwegen 102 personen in bewaring; zie www.kriminalomsorgen.no/forvaring.237879.no.html.

De andere strafrechtelijke reacties (dan straffen) staan genoemd in § 30 *Straffeloven*. De belangrijkste daarvan zijn, naast de positieve vervolgingsbeslissing om in een zaak een dagvaarding achterwege te laten (*påtaleunnlatelse*; zie paragraaf 6.2) en de beslissing om een zaak over te dragen aan een herstelrechtelijke instantie (*overføring til mekling i konfliktråd*; zie paragraaf 6.2): een reactie vergelijkbaar met onze terbeschikkingstelling (*overføring til tvungent psykisk helsevern* of *overføring til tvungen omsorg*),[146] verbeurdverklaring of onttrekking aan het verkeer (*inndragning*) en ontzegging van de rijbevoegdheid (*tap av retten til å føre motorvogn mv.*).

De tenuitvoerlegging van straffen en andere strafrechtelijke reacties vormt een taak en verantwoordelijkheid voor het bestuur.[147] De Noorse Algemene Wet Bestuursrecht (*Forvaltningsloven*) is dus in beginsel op de tenuitvoerlegging van strafrechtelijke sancties van toepassing. De beslissing tot de start van de tenuitvoerlegging van straffen wordt genomen door of onder verantwoordelijkheid van het openbaar ministerie (*påtalemyndigheten*); deze beslissing wordt in de regel uitgevoerd door de politie. De tenuitvoerlegging van de gevangenisstraf, de bewaring en de taakstraf geschiedt onder de verantwoordelijkheid van een speciale overheidsdienst (*Kriminalomsorgen*; *Straffegjennomføringsloven*, hoofdstukken 3 en 5).[148] De tenuitvoerlegging van geldboetes en de inning van door de rechter toegewezen vorderingen van benadeelde partijen geschieden door het Noorse Centraal Justitieel Incassobureau (*Statens Innkrevingssentral*).[149]

De rechter is in beginsel niet betrokken bij aangelegenheden met betrekking tot de tenuitvoerlegging van straffen. Wel is hij, als gezegd, verantwoordelijk voor beslissingen ten aanzien van de verlenging van en het proefontslag uit de bewaring. Daarnaast beslist de rechter over verlenging van en de opheffing van de terbeschikkingstelling (§ 65 *Strpl*).

10 Toekomstig recht: wetsvoorstel voor een nieuw Noors Wetboek van Strafvordering

10.1 Achtergronden van het wetsvoorstel

Hierboven is al bij een aantal onderdelen kort gewezen op voorgenomen wijzigingen. Die wijzigingen zijn voorzien in een in 2016 verschenen wetsvoorstel tot invoering van een nieuw Wetboek van Strafvordering in Noorwegen (*forslag til en*

146. *Tvungent psykisk helsevern* is bedoeld voor daders die ontoerekeningsvatbaar waren op het moment van het strafbare feit op grond van een psychose of een (andere) sterke psychische stoornis; *tvungen omsorg* is bedoeld voor daders met een gebrekkige ontwikkeling van de geestvermogens; zie Gröning, Husabø & Jacobsen 2016, p. 652-657.
147. Gröning, Husabø & Jacobsen 2016, p. 604-605.
148. Zie www.kriminalsorgen.no.
149. Zie www.sismo.no/no/pub.

ny alminnelig straffeprosesslov, NOU 2016: 24; hierna: 'wetsvoorstel'). Het wetsvoorstel is het product van een commissie (*lovgivningsutvalg*) onder voorzitterschap van Runar Torgersen. De commissie-Torgersen (hierna: 'commissie') werd bij Koninklijk Besluit van 20 juni 2014 ingesteld met als voornaamste taak: het uitvoeren van een alomvattende evaluatie van het bestaande Wetboek van Strafvordering (*straffeprosessloven*) en het formuleren van een voorstel voor een nieuw algemeen wetboek.[150]

Het huidige wetboek stamt uit 1981 en is dus beduidend jonger dan ons in 1926 in werking getreden Wetboek van Strafvordering. Ondanks de relatief jonge leeftijd, heeft men gemeend dat het wetboek aan een structurele herziening toe is. Een belangrijke reden daarvoor is dat door vele wetswijzigingen sinds de inwerkingtreding aan de overzichtelijkheid van het wetboek afbreuk is gedaan. Ook was men van mening dat het bestaande wetboek op verschillende punten achterliep bij nieuwere ontwikkelingen ten aanzien van onder andere de groei van georganiseerde en grensoverschrijdende misdaad en ten aanzien van technologische en mensenrechtelijke aangelegenheden.[151] Naast een alomvattende evaluatie van het bestaande wetboek maakte daarom ook een aantal meer specifieke aandachtspunten deel uit van het mandaat van de commissie.[152]

De commissie had mede als taak te onderzoeken of een actievere sturing door de rechter aangewezen is met het oog op een meer efficiënte procesgang. Daarnaast diende te worden onderzocht in hoeverre de inzet van technologische middelen in de verschillende stadia van een procedure kan bijdragen aan de versterking van rechtspositionele waarborgen, doelmatigheid en vertrouwen in de strafrechtspraak. Ook werd specifiek aandacht gevraagd voor onder meer: mogelijkheden om het aantal vereenvoudigde gerechtelijke afdoeningen in bekenteniszaken (*tilståelsesdom*) te vergroten, voor mogelijkheden om de rechtsbijstand voor verdachten en slachtoffers op een betere wijze te regelen, voor de regeling van voorlopige hechtenis, voor de verschillende internationaal- en mensenrechtelijke verplichtingen van Noorwegen, en voor mogelijkheden om de behandeling van zaken in hoger beroep aan striktere voorwaarden te binden.

De commissie presenteerde haar wetsvoorstel op 2 november 2016 (NOU 2016: 24) aan de regering. Het Noorse Ministerie van Justitie en Veiligheid (*Justis- og beredskapsdepartementet*) heeft het wetsvoorstel, inclusief de commentaren die erop in consultatierondes zijn geleverd, thans nog in beraad. Van de hoofdlijnen van het wetsvoorstel voor een nieuw wetboek is een toegankelijke Engelstalige samenvat-

150. Torgersen e.a. 2016, p. 287.
151. Kjelby & Skyberg 2016.
152. Zie Torgersen e.a. 2016, p. 287.

ting beschikbaar.[153] Om die reden zal de uiteenzetting alhier zich beperken tot de voornaamste voorgestelde wijzigingen in verhouding tot het bestaande wetboek die voor de gedachtevorming omtrent de modernisering van het Nederlandse Wetboek van Strafvordering vermoedelijk van de meeste betekenis zijn. Na een beknopt overzicht van de belangrijkste voorgestelde wijzigingen (in paragraaf 10.2) volgt een beknopte beschrijving van enige wetssystematische bijzonderheden met betrekking tot technologische ontwikkelingen, wetgevingstechniek, rechtsbescherming en de codificatie van beginselen (paragraaf 10.3).

10.2 Overzicht van de voornaamste wijzigingen ten opzichte van het huidige wetboek

Aangezien de voorgestelde wijzigingen dienen te worden begrepen tegen de achtergrond van de nu geldende regels van het Noorse strafprocesrecht (ten aanzien van veel onderwerpen worden geen of slechts beperkte wijzigingen voorgesteld), is de volgorde van behandeling thematisch zoveel mogelijk gelijk aan die in de voorgaande paragrafen. Achtereenvolgens wordt ingegaan op voorgestelde herzieningen met betrekking tot de rol, bevoegdheden en rechten van procesdeelnemers (10.2.1), met betrekking tot de inrichting van het vooronderzoek en de regeling van dwangmiddelen en andere opsporingsbevoegdheden (10.2.2), met betrekking tot de beslissing omtrent de wijze van afdoening van strafbare feiten (10.2.3), met betrekking tot het eindonderzoek op de terechtzitting (10.2.4), de omgang met vormverzuimen (10.2.5) en met betrekking tot hoger beroep en cassatie (10.2.6).[154]

10.2.1 Procesdeelnemers rechtsbijstand en het recht op inzage in de processtukken

De commissie stelt voor om de onafhankelijkheid van het openbaar ministerie (*påtalemyndigheten*) ten opzichte van de regering nader te versterken en te formaliseren, teneinde politieke beïnvloeding uit te sluiten.[155] Daartoe wordt voorgesteld om de regering niet langer deel te laten uitmaken van het openbaar ministerie en om de bestaande bevoegdheid van de centrale regering (*Kongen i statsråd*) tot het geven van vervolgingsinstructies in individuele zaken af te schaffen (§ 2-1 Wetsvoorstel). De allocatie van bevoegdheden tot het nemen van beslissingen over de vervolging wordt enigszins aangepast, in die zin dat in ruimere mate dan thans de vertegenwoordiger van het openbaar ministerie bij de politie (*politiadvokat*) de

153. Torgersen e.a. 2016. Deze publicatie is openbaar toegankelijk via de website van het *Bergen Journal of Criminal Law and Criminal Justice*: https://boap.uib.no/index.php/BJCLCJ.

154. De tenuitvoerlegging van sancties en het sanctiestelsel (zie paragraaf 9) blijven buiten beschouwing, aangezien op dat vlak het wetsvoorstel voor een nieuw Noors Wetboek van Strafvordering geen wijzigingen brengt.

155. Torgersen e.a. 2016, p. 289-290; hoofdstuk 8 in NOU 2016: 24. (Dit document bevat, naast de tekst van het wetsvoorstel, ook een uitgebreide (memorie van) toelichting waarin de afwegingen van en discussies binnen de commissie worden uiteengezet; het document is te raadplegen via www.regjeringen.no/no/dokument/nou-ar/id1767).

bevoegdheid krijgt tot het instellen van een vervolging (§ 2-11).[156] De hogere echelons binnen het openbaar ministerie moeten meer taken krijgen op het gebied van instructie, begeleiding en supervisie van de 'lagere' officieren (§ 2-9 en 2-10).

De verdachte wordt niet langer met drie verschillende termen (*mistenkte, siktede, tiltalte*) aangeduid (zie paragraaf 3.2), maar steevast met de meest algemene term: *mistenkte*. De commissie stelt voor om de centrale rechten van verdachten bijeen te brengen in de eerste bepaling in het hoofdstuk over de verdachte en de raadsman (§ 3-1). Nieuw is dat de onschuldpresumptie en het recht om niet te hoeven meewerken aan de eigen vervolging in een afzonderlijke bepaling worden neergelegd (§ 3-2; het *nemo tenetur*-beginsel geldt niet voor rechtspersonen). De verplichting voor de verdachte om aanwezig te zijn op het eindonderzoek wordt gehandhaafd (§ 3-5).

Het recht op rechtsbijstand wordt verruimd en de wettelijke regeling ervan aangepast aan de stand van de jurisprudentie van het Noorse Hooggerechtshof (en het EHRM). In § 3-12 wordt het recht neergelegd op aanwezigheid van een raadsman (*forsvarer*) tijdens het politieverhoor in zaken die kunnen eindigen in oplegging van een onvoorwaardelijke gevangenisstraf (*ubetinget fengsel*), een taakstraf (*samfunnsstraff*) of een jeugdstraf (*ungdomsstraff*). Verder wordt in § 3-11 bepaald dat een verdachte in bepaalde gevallen hoe dan ook een raadsman toegewezen krijgt, namelijk indien de verdachte jonger is dan achttien jaar en hem een onvoorwaardelijke gevangenisstraf, een taakstraf of een jeugdstraf boven het hoofd hangt, indien de verdachte op grond van lichamelijke of psychische gebreken zijn belangen niet goed kan behartigen, en indien een eventueel slachtoffer recht heeft op bijstand van een advocaat.

Het wetsvoorstel bevat een (nieuwe) definitie van de begrippen slachtoffer en nabestaande (*fornærmede* en *etterlatte*; § 4-1). Ook de rechten van deze procesdeelnemers, die in de huidige wet verspreid staan opgetekend, worden in een afzonderlijke bepaling bijeengebracht en opgesomd (§ 4-2). Deze rechten gelden in beginsel voor alle slachtoffers en nabestaanden; anders dan thans, kunnen deze rechten (vrijwel steeds)[157] in gelijke mate worden ingeroepen door slachtoffers of nabestaanden zonder en met rechtsbijstand. Het aantal gevallen waarin zij aanspraak kunnen maken op bijstand van een advocaat (*bistandsadvokat*) wordt uitgebreid: die

156. Het openbaar ministerie binnen de politie wordt bevoegd tot het instellen van vervolging (dan wel het seponeren) bij alle feiten die met maximaal twee jaar gevangenisstraf worden bedreigd alsmede bij een aantal afzonderlijk genoemde feiten. De vervolgingsbevoegdheid die voorheen aan de centrale regering toekwam, komt te berusten bij de hoogste baas van het openbaar ministerie (*riksadvokaten*).
157. Zie Torgersen e.a. 2016, p. 291.

gevallen omvatten ook belaging, diefstal met geweld en zware mishandeling (§ 4-9).[158]

De positie van de rechter wordt beschreven in hoofdstuk vijf van het wetsvoorstel. De vigerende regels over de absolute en relatieve competentie van de rechter en over de samenstelling van de rechtbank (*tingretten*), het gerechtshof (*lagmannsretten*) en het Hooggerechtshof (*Høyesterett*) blijven goeddeels ongewijzigd. Twee kleine veranderingen worden voorgesteld. De thans bestaande mogelijkheid om in eerste aanleg een zaak door één beroepsrechter en zonder lekenrechters af te doen in gevallen betreffende feiten die met hooguit één jaar gevangenisstraf worden bedreigd, wordt beperkt tot gevallen waarin de verdachte niet heeft ingestemd met een transactie/strafbeschikking (*forelegg*; zie paragraaf 6.2) en waarin enkel een geldboete kan worden opgelegd (§ 5-5, eerste lid, onder c). Ten aanzien van de behandeling van zaken in hoger beroep is het voorstel van de commissie dat de figuur van *unus* in appel wordt afgeschaft; het gerechtshof is steeds samengesteld uit drie beroepsrechters en vier lekenrechters (*meddomsrett*).[159] De rol van de rechter bij de voorbereiding van een eindonderzoek wordt voorts in bepaalde gevallen vergroot (zie hierover paragraaf 10.2.4).

De commissie stelt voor om de regels betreffende het recht op inzage in de processtukken (*sakens opplysninger*), die nu verspreid over het wetboek zijn neergelegd, in een afzonderlijk hoofdstuk te regelen (hoofdstuk 6 Wetsvoorstel). De bestaande regels hierover worden goeddeels gehandhaafd. Jurisprudentie van het Noorse Hooggerechtshof ten aanzien van, onder andere, de mogelijkheid om inzage van onderzoeksresultaten of verklaringen van anonieme getuigen te weigeren, wordt gecodificeerd (§ 6-4, eerste lid onder d, 6-5 onder b, 6-6, eerste lid onder b en 6-7). Daarnaast wordt voorgesteld om het algemene publiek (inclusief de media) een iets ruimer recht te bieden tot toegang tot gegevens betreffende een strafzaak (§ 6-3).

10.2.2 Het vooronderzoek en de regeling van dwangmiddelen

De commissie stelt geen ingrijpende herzieningen voor in de voorwaarden waaronder een opsporingsonderzoek kan worden gestart of in de voorwaarden voor toepassing van dwangmiddelen en andere opsporingsbevoegdheden. Wel bevat het wetsvoorstel een aanzienlijke hervorming en vereenvoudiging van het wettelijk stelsel.[160] Algemene regels zijn neergelegd in hoofdstuk 13 van het wet-

158. Maar het automatische recht op rechtsbijstand wordt beperkt indien bijstand gelet op de aard van het geval en de toestand van het slachtoffer of de nabestaande onnodig is; zie § 4-9 lid 5 Wetsvoorstel; en Torgersen e.a. 2016, p. 291.
159. Een samenstelling in hoger-beroepzaken van drie beroepsrechters en vier lekenrechters was ook de hoofdregel tot 2017; in dat jaar is de norm gewijzigd in twee beroepsrechters en vijf lekenrechters (zie § 332 *Strpl*).
160. Zie Torgersen e.a. 2016, p. 296.

voorstel; hierin zijn onder andere de doelen van opsporing (§ 13-1 Wetsvoorstel), de voorwaarden voor het beginnen van een opsporingsonderzoek (§ 13-2), de gezagsuitoefening door het openbaar ministerie (§ 13-4) en kwaliteitseisen die aan de opsporing worden gesteld (§ 13-5) in afzonderlijke bepalingen opgetekend.

Hoofdstuk 14 van het wetsvoorstel bevat algemene regels over de toepassing van dwangmiddelen. De algemene voorwaarden voor toepassing van dwangmiddelen die in het huidige wetboek afzonderlijk per dwangmiddel zijn opgetekend (zie 2.2.2), worden in één bepaling ondergebracht: § 14-1 bepaalt dat voor toepassing van een dwangmiddel vereist is dat er een goede grond (*skjellig grunn*) bestaat voor het vermoeden dat een strafbaar feit heeft plaatsgevonden en dat toepassing van het dwangmiddel noodzakelijk en proportioneel is. In de regeling van de afzonderlijke dwangmiddelen kunnen nadere toepassingsvoorwaarden worden gesteld.[161]

Ook de regeling van de vrijheidsbeperkende en vrijheidsbenemende dwangmiddelen wordt op een nieuwe wijze gestructureerd. In graad van ingrijpendheid lopen deze dwangmiddelen op van de verplichting om het paspoort of rijbewijs in bewaring te geven, via de oplegging van een meldplicht en de oplegging van een gebiedsgebod tot de aanhouding en de voorlopige hechtenis. In hoofdstuk 15 van het wetsvoorstel worden in verschillende bepalingen steeds voor al deze dwangmiddelen gezamenlijk verschillende toepassingsvoorwaarden gesteld, afhankelijk van de grond waarop de toepassing berust (zie paragraaf 5.2). Inhoudelijk gezien, blijft per saldo evenwel veel bij het oude.

Wel worden de voorwaarden voor toepassing van voorlopige hechtenis strenger dan ze thans zijn.[162] Voorlopige hechtenis op grond van vluchtgevaar (*unndragelsesfare*; § 15-1) of op grond van collusiegevaar (*bevisforspillelsesfare*; § 15-2) is enkel mogelijk in geval van een verdenking van een strafbaar feit dat met minstens twee jaar (in plaats van zes maanden) gevangenisstraf wordt bedreigd. Voorlopige hechtenis gegrond op collusiegevaar kan maximaal drie maanden duren. De mogelijkheid van voorlopige hechtenis op grond van recidivegevaar (*fare for ny straffbar handling*; § 15-5) wordt beperkt: dit mag alleen ter voorkoming van nieuwe strafbare feiten die het leven, de gezondheid of de vrijheid van anderen bedreigen of ter voorkoming van herhaling van feiten die maatschappelijk schadelijk of 'bijzonder hinderlijk' (*særlig plagsom*) zijn. Nieuw is verder de introductie van elektro-

161. Torgersen e.a. 2016, p. 297.

162. Dit geschiedt tegen de achtergrond van reeds sinds lang uitgeoefende kritiek op de bestaande praktijk van preventieve hechtenis. De commissie wil tot uitdrukking brengen dat voorlopige hechtenis als *ultimum remedium* dient te worden beschouwd. Dit komt eveneens tot uitdrukking in de voorgestelde bepaling over minimale beperkingen in het detentieregime (§ 15-12 Wetsvoorstel). Zie Torgersen e.a. 2016, p. 297-298; en NOU 2016: 24, paragraaf 14.4.

nisch toezicht als een alternatief voor voorlopige hechtenis (§ 15-20). De mogelijkheid van een zekerheidsstelling blijft gehandhaafd (§ 15-19).[163]

De voorgestelde regeling van de inbeslagneming van daarvoor vatbare voorwerpen blijft voor een groot deel gelijk aan de thans geldende regeling (§ 19-1 en verder). Voor de inbeslagneming van dragers van elektronische gegevens geldt een zelfde wetsregime als voor alle andere voorwerpen. Ook het onderzoek aan (al dan niet inbeslaggenomen) gegevensdragers is gebonden aan de zelfde voorwaarden als dewelke gelden voor alle zaken (*undersøkelse av ting*; § 18-7). De commissie stelt voor om ter zake van inbeslagneming van grote hoeveelheden voorwerpen en digitale gegevens nadere regels te stellen bij Algemene Maatregel van Bestuur (*forskrift*; § 19-9). Op grond van § 14-6 kan aan eigenaren (niet zijnde verdachten) van geautomatiseerde werken en netwerkaanbieders de plicht worden opgelegd om toegang te verschaffen tot elektronische gegevens. Die plicht kan, net als onder het huidige recht, desnoods met dwang worden gehandhaafd. Voorts voorziet § 20-4 in de mogelijkheid om op afstand in te breken in een geautomatiseerd werk teneinde daarop vastgelegde, niet openbaar toegankelijke gegevens binnen te halen (*dataavlesing*); dit kan enkel in gevallen betreffende strafbare feiten die met minstens tien jaar gevangenisstraf worden bedreigd of die afzonderlijk in de bepaling vermeld staan.

Ten slotte voorziet het wetsvoorstel in een wettelijke regeling van enige heimelijke opsporingsmethoden die in de huidige wet niet of niet volledig zijn geregeld en die (in zoverre) zijn gebaseerd op jurisprudentie van het Hooggerechtshof. Het gaat om infiltratie (§ 21-4) en de inzet van lokmiddelen of lokhandelingen (*bevisprovokasjon*; § 21-5). De voorwaarden waaraan deze ingrijpende bevoegdheden worden gebonden, zijn vergelijkbaar met de voorwaarden die gelden voor de inzet van andere bijzondere of heimelijke opsporingsbevoegdheden.[164]

10.2.3 De vervolging en de beslissing over de afdoening van strafbare feiten

In paragraaf 6 is reeds ingegaan op enige (lichte) voorgestelde wijzigingen in de allocatie van bevoegdheden tot het nemen van beslissingen over de vervolging. De commissie wil vasthouden aan het bestaande legaliteitsbeginsel ten aanzien van de beslissing tot vervolging, met de daaraan reeds gekoppelde ruime bevoegdheid om op opportuniteitsgronden af te zien van vervolging.[165] Het vervolgingsmonopolie van het openbaar ministerie wordt versterkt doordat de thans nog bestaande, maar zelden aangewende, mogelijkheid voor een slachtoffer om, indien aan bepaalde voorwaarden is voldaan, een private vervolging in te stellen in gevallen

163. Torgersen e.a. 2016, p. 298.
164. Torgersen e.a. 2016, p. 299.
165. Zie Torgersen e.a. 2016, p. 301.

waarin vervolging door het openbaar ministerie uitblijft (*privat straffesak*) zal worden afgeschaft.[166]

Ten aanzien van de verschillende (positieve en negatieve; paragraaf 6) vervolgingsbeslissingen laat het wetsvoorstel de bestaande regeling goeddeels in stand. De bestaande positieve vervolgingsbeslissing bestaande in het 'achterwege laten van een dagvaarding' (*påtaleunnlatelse*; § 28-3 Wetsvoorstel) blijft gehandhaafd. Het zelfde geldt voor de positieve vervolgingsbeslissingen bestaande in een transactie/strafbeschikking (*forelegg*; § 28-5) en in de verwijzing van de zaak naar een herstelrechtinstantie (*konfliktråd*; § 28-4). De voorwaarden voor een sepotbeslissing (*henleggelse*) worden, voor zover het gaat om beleidssepots, iets nader gereguleerd (§ 28-2, tweede lid): afzien van vervolging op gronden van opportuniteit blijft mogelijk op voorwaarde dat duidelijk kan worden aangeduid dat het algemeen belang daartoe aanleiding geeft. De bepaling noemt bij wijze van richtsnoer een viertal voorbeelden van mogelijke gevallen waarin het algemeen belang zich tegen vervolging verzet.

Nieuw is een bepaling die een thans nog niet wettelijk geregelde praktijk inzake *plea bargaining* formaliseert: indien de verdachte bekent of anderszins met betekenisvolle informatie bijdraagt aan de opheldering van de zaak, kan het openbaar ministerie toezeggen een mildere straf te eisen (*tilsagn om straffepåstand*; § 28-7). De rechter kan, in geval van een veroordeling, enkel een hogere straf opleggen indien hij van mening is dat de straf anders 'evident onjuist' zou zijn. Met deze voorziening wordt beoogd ook het aantal vereenvoudigde gerechtelijke afdoeningen in bekenteniszaken (*tilståelsesdom*) te doen toenemen. Ten slotte: ook wordt voorgesteld te codificeren dat de vervolgingsbeslissing binnen een redelijke termijn moet worden genomen en dat de verdachte na anderhalf jaar aan de rechtbank de vraag kan voorleggen of de zaak met voldoende voortvarendheid wordt behandeld (§ 28-1).[167]

10.2.4 Het eindonderzoek: hoofdonderzoek en vereenvoudigde gerechtelijke afdoening in bekenteniszaken

Het bestaande hoofdonderscheid tussen een eindonderzoek in de vorm een volledig 'hoofdonderzoek' op de terechtzitting (*hovedforhandling*; zie paragraaf 7.2) en een eindonderzoek in de vorm van een vereenvoudigde gerechtelijke afdoening in bekenteniszaken (*tilståelsesdom*; zie paragraaf 7.4) blijft gehandhaafd. Ten aanzien van het hoofdonderzoek wordt voorgesteld om de rol van de rechtbank in de voorbereiding ervan, waar nodig, te versterken. Als uitgangspunt komt te gelden dat de rechtbank een algemene verantwoordelijkheid draagt voor procesbewaking ten

166. Zie Torgersen e.a. 2016, p. 310-311.
167. Torgersen e.a. 2016, p. 300.

aanzien van alle aangebrachte zaken (*saksstyring*; § 30-1 Wetsvoorstel). In aanvulling hierop stipuleert § 34-7 specifiek met betrekking tot de voorbereiding van een hoofdonderzoek dat de rechtbank, vooral in de meer bewerkelijke zaken, een plan voor de verdere behandeling opstelt en bijvoorbeeld de partijen deadlines oplegt voor de inzending van bepaalde bescheiden. De rechtbank kan eveneens besluiten om voorafgaand aan de hoofdbehandeling een regiezitting te beleggen (§ 34-9).[168]

Gehandhaafd blijft de regel dat het openbaar ministerie, voorafgaand aan de hoofdbehandeling op de terechtzitting, aan de rechtbank de dagvaarding stuurt, vergezeld van een 'bewijsopgave', dus een overzicht van de verschillende bewijsmiddelen die zullen worden aangedragen (*bevisoppgave*; zie paragraaf 7.2). In § 34-1 van het wetsvoorstel is bepaald dat het openbaar ministerie daarnaast aan de rechtbank een voorstel overlegt voor de wijze van behandeling van de zaak. Op grond van § 34-3 dient het openbaar ministerie ook aan de verdediging en aan een eventuele slachtofferadvocaat (*bistandsadvokat*) zo spoedig mogelijk een afschrift van de bewijsopgave en van de processtukken te zenden.

Nieuw in het wetsvoorstel is dat de raadsman, binnen drie weken na ontvangst van de bescheiden van het openbaar ministerie, een schriftelijke reactie (*tilsvar*; § 34-4) instuurt aan rechtbank, openbaar ministerie en een eventuele slachtofferadvocaat, waarin onder meer wordt aangeduid welke feitelijke en juridische aspecten van de zaak vooral ter discussie staan, welke bewijsmiddelen de verdediging zal aandragen, en of nog aanvullende onderzoekshandelingen wenselijk worden geacht.[169] Ook een eventuele slachtofferadvocaat heeft het recht om een dergelijke reactie in te sturen (§ 34-5).

Een aparte bepaling is gewijd aan de toegang van de rechtbank tot de processtukken (*sakens opplysninger*; § 34-8): hierin wordt vastgelegd dat de rechtbank in beginsel onbeperkte toegang tot de processtukken heeft en deze stukken dus kan inzien voorafgaande aan en tijdens de behandeling van de zaak 'indien zij daaraan behoefte heeft'.[170] De bestaande grondslagleer blijft goeddeels gehandhaafd. De beraadslaging door de rechter geschiedt op basis van het verhandelde op de terechtzitting. De beraadslaging is voorts gebaseerd op en beperkt tot hetgeen in de tenlastelegging door het openbaar ministerie tot uitdrukking is gebracht; enkel met betrekking tot tijd, plaats en andere omstandigheden mag de rechter van het gestelde in de tenlastelegging afwijken in zijn oordeel. Teneinde het tegenspreke-

168. Torgersen e.a. 2016, p. 306.
169. Torgersen e.a. 2016, p. 306.
170. Deze bepaling vormt een compromis tussen voor- en tegenstanders binnen de commissie van een onbeperkte mogelijkheid voor de zittingsrechter om voorafgaand aan het onderzoek op de terechtzitting de processtukken te bestuderen; zie Torgersen e.a. 2016 p. 306-307; en voor de discussie binnen de commissie NOU 2016: 24, paragraaf 17.4.

lijke karakter van het hoofdonderzoek op de terechtzitting verder te versterken wordt wel voorgesteld om ten aanzien van de kwalificatie van het tenlastegelegde de rechter sterker te binden aan de door het openbaar ministerie in de tenlastelegging gekozen juridische karakterisering van het feit (§ 32-3 tot en met 32-6).[171]

De gang van zaken tijdens een hoofdonderzoek op de terechtzitting wordt in het wetsvoorstel niet noemenswaardig gewijzigd. De mogelijkheid om getuigen en deskundigen via een televerhoor te ondervragen (*fjernavhør*) zal enigszins worden uitgebreid en zal worden geregeld in de Wet op de Rechterlijke Organisatie (*Domstolloven*).[172] Een belangrijke voorgestelde vernieuwing is wel dat het onderzoek op de terechtzitting in eerste aanleg, inclusief de verklaringen van de procespartijen, getuigen en deskundigen, audiovisueel worden vastgelegd. De opname van de terechtzitting in eerste aanleg, of een deel daarvan, kan tijdens de terechtzitting in hoger beroep worden afgespeeld als alternatief voor of als aanvulling op rechtstreekse getuigenverhoren (zie ook).[173]

In paragraaf 10.2.3 is reeds opgemerkt dat beoogd wordt om het aantal vereenvoudigde gerechtelijke afdoeningen in bekenteniszaken (*tilståelsesdom*) te doen toenemen. De in het wetsvoorstel neergelegde regeling van deze wijze van afdoening blijft vrijwel gelijk aan de thans bestaande (zie 7.4), met één markant verschil: instemming van de verdachte vormt niet langer een voorwaarde voor het volgen van deze vereenvoudigde procedure (§ 36-1).[174]

10.2.5 De omgang met vormverzuimen

Hoofdstuk 8 in het wetsvoorstel brengt een aantal bepalingen samen die handelen over bewijsverboden (*bevisforbud*).[175] Een van de bepalingen bevat een regeling die in grove trekken de jurisprudentie van het Noorse Hooggerechtshof (zie 2.5) met betrekking tot de uitsluiting van onrechtmatig verkregen bewijsmiddelen samenvat (*rettsstridig innhenting og tilgang til bevis*; § 8-5). Op onrechtmatige wijze verkregen of toegankelijk gemaakte bewijsmiddelen kunnen, luidens de voorgestelde bepaling, terzijde worden geschoven 'indien daartoe reden bestaat'.

Bij de beoordeling dient met name acht te worden geslagen op de ernst of grofheid van het verzuim, op de vraag of het gebruik van het bewijsmiddel in de bewijsvoering zou leiden tot een inbreuk op beschermenswaardige belangen, en op de vraag

171. Torgersen e.a. 2016, p. 303-304. Voorgesteld wordt om de gerechtelijke uitspraken niet langer in drie typen (*dom, kjennelse, beslutning*), maar in twee typen (*dom, beslutning*) te onderscheiden; Torgersen e.a. 2016, p. 303; en vgl. de inleiding van paragraaf 8 van deze bijdrage.
172. Torgersen e.a. 2016, p. 302-303.
173. Torgersen e.a. 2016, p. 294, 303 en 308. Ook deze voorziening zal in de Wet op de Rechterlijke Organisatie (*Domstolloven*) worden geregeld.
174. Voor de discussie binnen de commissie, zie NOU 2016: 24, paragraaf 18.3.
175. Zie Torgersen e.a. 2016, p. 293-294.

of op de onrechtmatigheid reeds anderszins een reactie is gevolgd waarvan kan worden aangenomen dat zij toekomstige normschendingen voorkomt. Voor het overige zij verwezen naar het besprokene in paragraaf 7.5.

10.2.6 Rechtsmiddelen

Het stelsel van hoger beroep en beroep in cassatie wordt op enige onderdelen aangescherpt.[176] Teneinde een meer toegespitste behandeling van zaken in hoger beroep en in cassatie mogelijk te maken, wordt de inhoud van het beroepschrift (*ankeerklæring*) aan strengere eisen gebonden (§ 37-6 Wetsvoorstel) en worden de regels omtrent de instelling van hoger beroep en beroep in cassatie aangescherpt. De bestaande mogelijkheid voor gerechtshoven om appellanten toe te staan om onbedoelde fouten in de appelschriftuur te herstellen blijft bestaan (§ 38-4, tweede lid).

Ten aanzien van de instelling van hoger beroep tegen een vonnis van de rechtbank (*tingretten*) bij het gerechtshof (*lagmansretten*) gaat het wetsvoorstel, zoals ook het huidige recht, uit van een zeker verlofstelsel (zie 2.6). De behandeling van het hoger beroep op de terechtzitting kan worden geweigerd indien het gerechtshof meent dat het duidelijk is dat het beroep moet worden verworpen (§ 38-3, eerste lid, onder a) of indien het beroep door het openbaar ministerie ten nadele van de verdachte is ingesteld en vragen van geringer belang betreft (§ 38-3, eerste lid, onder b).

Het thans nog bestaande onvoorwaardelijke recht op behandeling van het beroep op de terechtzitting in zaken betreffende feiten waarop een gevangenisstraf van meer dan zes jaren staat gesteld, verdwijnt, hetgeen betekent dat de mogelijkheden om een aanhangig gemaakt hoger beroep – op een van de hierboven genoemde gronden – niet inhoudelijk op de terechtzitting te behandelen ruimer worden.[177] De thans bestaande mogelijkheden om het beroep zonder behandeling op de terechtzitting af te doen of (met instemming van de partijen) schriftelijk af te doen, blijven bestaan (§ 39-2 leden 2 en 3).

Voor wat betreft ingestelde beroepen in cassatie bij het Hooggerechtshof (*Høyesterett*) blijven de bestaande regels ten aanzien van de beslissing tot behandeling van het cassatieberoep in tact. Dit betekent dat de ontvankelijkheidscommissie (*ankeutvalg*) een cassatieberoep in beginsel enkel doorgeleidt naar een behandeling op de terechtzitting indien het beroep rechtsvragen betreft die niet alleen voor de voorliggende casus van betekenis zijn of indien het op andere gronden van bijzonder belang is dat het Hooggerechtshof de zaak beoordeelt (§ 38-3, tweede lid).

176. Zie Torgersen e.a. 2016, p. 307-308.
177. Torgersen e.a. 2016, p. 308; zie voor de discussie in de commissie NOU 2016: 24, paragraaf 20.4.4.3.

De behandeling van het beroep op de terechtzitting concentreert zich in beginsel op de grieven (*ankegrunner*) die tegen het bestreden vonnis zijn aangevoerd in het beroepschrift (§ 39-4). Op de zitting krijgt de partij die beroep heeft aangetekend als eerst het woord teneinde de inzet van het geding toe te lichten (§ 39-6, tweede lid). Een belangrijke innovatie met betrekking tot het onderzoek op de terechtzitting in hoger beroep is dat de audiovisuele opname van de terechtzitting in eerste aanleg, of een deel daarvan, tijdens de terechtzitting in hoger beroep kan worden afgespeeld als alternatief voor of als aanvulling op rechtstreekse getuigenverhoren (zie ook paragraaf 10.3).[178] Voor het overige zij verwezen naar het besprokene in paragraaf 8.

10.3 Enige (wetssystematische) bijzonderheden

Als we het geheel aan wijzigingen overzien die worden voorzien in het wetsvoorstel tot invoering van een geheel nieuw Noors wetboek van strafvordering, vallen enige bijzonderheden op. In de eerste plaats valt te wijzen op het feit dat verschillende voorgestelde wijzigingen getuigen van het streven om de Noorse strafvordering zo *efficiënt* mogelijk in te richten. Een onderdeel van het wetsvoorstel dat in het teken van dit streven staat, is bijvoorbeeld het voorstel om de zittingsrechter, in zaken waarin dit nuttig is, een sterkere regie te laten voeren over de inrichting van het eindonderzoek, zowel tijdens de voorbereiding van een onderzoek op de terechtzitting als op de terechtzitting zelf. Een ander voorbeeld bieden de voorgestelde aanpassingen die gericht zijn op het vergroten van het aantal vereenvoudigde gerechtelijke afdoeningen in bekenteniszaken (*tilståelsesdom*), namelijk de invoering van een vorm van *plea bargaining* en het schrappen van het vereiste dat de verdachte met een vereenvoudigde afdoening instemt.

Voorts kan in dit verband worden gewezen op de aanpassingen waarmee het bestaande verlofstelsel in hoger beroep ietwat wordt aangescherpt en de aanpassingen waarmee de inhoudelijke behandeling van het hoger beroep sterker op de ingebrachte grieven wordt geconcentreerd. En ook het voorstel om de terechtzitting in eerste aanleg audiovisueel te registreren dient vooral de efficiëntie: de opname kan tijdens het hoger beroep worden afgespeeld als alternatief voor of aanvulling op herhaalde rechtstreekse getuigenverhoren. De opnamen kunnen bovendien een rol spelen bij de beslissing om een ingesteld hoger beroep wel of niet op een onderzoek op de terechtzitting te behandelen.

In de tweede plaats valt op dat verscheidene *technologische* mogelijkheden en ontwikkelingen in het voorgestelde nieuwe wetboek worden geïncorporeerd. Naast

178. Torgersen e.a. 2016, p. 294, 303 en 308. Deze voorziening zal in de Wet op de Rechterlijke Organisatie (*Domstolloven*) worden geregeld.

de audiovisuele vastlegging van de terechtzitting in eerste aanleg valt te wijzen op het voorstel om ook alle door de politie afgenomen verhoren op te nemen. Daarnaast worden de mogelijkheden tot het afnemen van een televerhoor tijdens de behandeling op de terechtzitting verruimd. Bepalingen die handelen over bevoegdheden tot de inbeslagneming van en het onderzoek aan dragers van digitale gegevens en over het onderscheppen van digitale gegevens zijn in het wetsvoorstel zoveel mogelijk op een technologieonafhankelijke wijze geformuleerd.

Ten aanzien van de *regeling van dwangmiddelen* en andere opsporingsbevoegdheden valt in de derde plaats op dat steeds gestreefd is naar een sterk vereenvoudigde regeling waarin de algemene voorwaarden die gelden voor toepassing van álle dwangmiddelen in één bepaling worden opgetekend. Algemene voorwaarden voor toepassing van groepen van verwante bevoegdheden zijn samengebracht in inleidende bepalingen binnen verschillende hoofdstukken in het wetsvoorstel en de (eventuele) nadere toepassingsvoorwaarden voor specifieke bevoegdheden zijn ondergebracht in de bepalingen waarin die specifieke bevoegdheden worden geregeld. Verschillende heimelijke opsporingsbevoegdheden die in de jurisprudentie van het Noorse Hooggerechtshof zijn aanvaard (infiltratie en de inzet van lokmiddelen), zijn in het wetsvoorstel gecodificeerd. En de regeling van de voorlopige hechtenis wordt op onderdelen strikter.

Dit voert naar een laatste opvallende wetssystematische bijzonderheid: in het wetsvoorstel worden op een aantal punten de *rechtsbescherming* van de verdachte en die van het slachtoffer of de nabestaande vergroot. In dit verband kan worden gewezen op het voorstel om verschillende beginselen van strafprocesrecht in de nieuwe wet te codificeren. Dit geldt voor de onschuldpresumptie en voor het recht om niet gedwongen te worden mee te werken aan de eigen vervolging. Daarnaast worden, met betrekking tot de dwangmiddelen, de vereisten van subsidiariteit en proportionaliteit in een algemene bepaling vastgelegd. Voor de opsporing en alle andere stadia van de strafvordering en ten aanzien van alle procesdeelnemers worden algemene vereisten van objectiviteit, neutraliteit en zorgvuldigheid opgetekend. Het recht op rechtsbijstand voor de verdachte wordt vergroot en aangepast aan de rechtspraak van het Hooggerechtshof en het EHRM. Ook voor het slachtoffer en de nabestaande wordt het recht op rechtsbijstand verruimd.

11 Afsluitende beschouwing

Het Noorse strafproces lijkt in menig opzicht op het Nederlandse. Evenals het Nederlandse strafproces kent het Noorse een sterk strafvorderlijk legaliteitsbeginsel. De regeling van dwangmiddelen en andere opsporingsbevoegdheden in beide landen vertoont (dan ook) sterke overeenkomsten. Ten aanzien van de centrale verdedigingsrechten, zoals het recht op rechtsbijstand, het ondervragingsrecht en

het recht op inzage in de processtukken, lopen de systemen in beide landen goeddeels parallel, hetgeen in zoverre niet verbaast dat beide landen bij het EVRM zijn aangesloten.

In beide systemen kan de procesgang bovendien worden gekenschetst als gematigd accusatoir. Ook in Noorwegen is het vooronderzoek in hoofdzaak inquisitoir van aard en het eindonderzoek veeleer accusatoir, maar wel met – in verhouding tot het Nederlandse eindonderzoek – een sterkere adversaire inslag. De rechter is in Noorwegen, net als ten onzent, verantwoordelijk voor de volledigheid van het onderzoek. Beide landen kennen een zeker verlofstelsel met betrekking tot de behandeling van zaken in hoger beroep; en in beide landen bestaan ruime mogelijkheden om ingediende cassatieberoepen niet in behandeling te nemen.

Markante verschillen tussen het Noorse en het Nederlandse strafproces zijn er ook. Hierbij moet allereerst worden gewezen op het grote belang dat in Noorwegen wordt gehecht aan lekenparticipatie in de berechting van strafbare feiten. Onlangs is weliswaar het jurysysteem in hogerberoepzaken betreffende ernstige feiten afgeschaft, maar de betrokkenheid van lekenrechters in de berechting van strafbare feiten in eerste en tweede aanleg is onverminderd groot, sterker: is vergroot.

Een ander belangrijk verschil is dat het openbaar ministerie in Noorwegen in sterke mate is ingebed in de politieorganisatie en dat het leeuwendeel van de opsporingsonderzoeken wordt uitgevoerd onder directe leiding van een in de politieorganisatie ingebedde officier van justitie (*politiadvokat*). Dit betekent dat een vertegenwoordiger van het openbaar ministerie veelal vanaf het begin van de opsporingsactiviteiten in een zaak betrokken is. Een en dezelfde officier blijft veelal ook betrokken bij de zaak vanaf het begin tot aan de gerechtelijk afdoening.[179]

Het Noorse strafprocesrecht kent een betrekkelijk streng onmiddellijkheidsbeginsel. De rechter pleegt in Noorwegen niet voorafgaand aan het onderzoek op de terechtzitting alle stukken in het dossier te bestuderen (hoewel hij daartoe wel bevoegd is, hetgeen in het wetsvoorstel voor een nieuw Noors Wetboek van Strafvordering ook staat opgetekend). De verdachte is in Noorwegen in beginsel verplicht aanwezig bij het onderzoek op de terechtzitting en getuigen en deskundigen worden, anders dan in Nederland, in de regel op de terechtzitting gehoord, ook indien zij reeds in het vooronderzoek verklaringen hebben afgelegd.[180] Dit is alleen

179. De Vries & Julsing 2004. Maar een *politiadvokat* heeft gewoonlijk geen bevoegdheid tot instellen hoger beroep; zie Øyen 2016, p. 472-473.
180. Onder het regime van het wetvoorstel voor een nieuw Noors Wetboek van Strafvordering wordt dit mogelijk anders in hoger beroep: op de terechtzitting in hoger beroep kan de audiovisuele opname van de terechtzitting in eerste aanleg worden afgespeeld als alternatief voor het opnieuw horen van getuigen (zie paragraaf 10.3).

anders in de vereenvoudigde gerechtelijke procedure in gevallen waarin de verdachte heeft bekend.

Drie laatste losse punten. De enige sanctie die de rechter in Noorwegen aan geconstateerde vormverzuimen uit het vooronderzoek kan verbinden, is bewijsuitsluiting; hiervoor gelden echter strenge voorwaarden. In cassatiezaken worden, anders dan ten onzent, voorafgaand aan de behandeling ervan door het Hooggerechtshof, geen 'conclusies genomen' door een vertegenwoordiger van het openbaar ministerie. Ten slotte is opmerkelijk dat de Commissie-Torgersen die in 2014 de opdracht heeft gekregen om te komen met een voorstel voor een nieuw algemeen Wetboek van Strafvordering het heeft klaargespeeld om een voorstel voor een compleet nieuw wetboek te presenteren dat gesteld is in – althans voor steller dezes – duidelijke taal en dat in totaal niet meer dan ongeveer zeventig pagina's beslaat. Evenals het huidige wetboek concentreert het voorgestelde wetboek zich voornamelijk op de hoofdlijnen van het Noorse strafprocesrecht en moet de nadere uitwerking van verschillende regelingen plaats vinden op het niveau van een algemene maatregel van bestuur (*forskrift*).

Zwitserland

Prof. dr. G. Godenzi & mr. T. Caprara MLA

1 Inleiding

Het Zwitserse Wetboek van Strafvordering (*Strafprozessordnung* – hierna ook: StPO) is een 'modern wetboek' in de ware zins des woords. Het heeft de prille leeftijd van amper tien jaar.[1] Het wetboek is in 2007 plechtig aangenomen door het parlement en op 1 januari 2011 in werking getreden.[2] Voor Zwitserland begon daarmee een nieuw tijdperk, want tot dan toe was de situatie nogal merkwaardig. Een relatief uniform strafrecht werd tot stand gebracht na 29 wetboeken van strafvordering (26 wetboeken van strafvordering van de kantons en drie van de Federale overheid).[3] De totale bandbreedte van het Europese strafprocesrecht was in Zwitserland in een soort microkosmos vertegenwoordigd. Uiteenlopende modellen van strafvervolging bestonden naast elkaar, die deels aanleunden bij het Franse en deels bij het Duitse stelsel. Grote afwijkingen bestonden ook op het gebied van de regelingsdichtheid. Zo waren er wetboeken van strafvordering met circa 150 artikelen, maar ook met 600.

1. Strafprozessordnung van 5 oktober 2007 (SR 312.0).
2. Dat het zo lang duurde voordat het wetboek van kracht kon worden, is te verklaren door het feit dat de organisatie van de instanties in de kantons opnieuw moest worden ingericht. Dit had zijn tijd nodig. Voor het strafproces tegen *jeugdigen* is een zelfstandige wet ontworpen, het Zwitserse Wetboek van Jeugdstrafvordering (Jugendstrafprozessordnung) van 20 maart 2009 (SR 312.1). Dit wetboek is gebaseerd op het Zwitserse Wetboek van Strafvordering en stelt alleen daar waar dit nodig leek afwijkende bepalingen op voor procedures tegen jeugdigen.
3. Deze versplintering binnen het gebied van het procesrecht was ontstaan door een opbloei van het uitgesproken federalisme van Zwitserland. De bevoegdheid voor de procedure en de organisatie van de rechtbanken lag principieel bij de kantons. In het jaar 2000 hebben het volk en de kantons de federale overheid met grote meerderheden algeheel gemachtigd voor de wetgeving op het gebied van het strafprocesrecht (artikel 123 lid 1 van de Federale Grondwet (Bundesverfassung (BV) van 18 April 1999, SR 101).

Pas vanaf de jaren negentig van de vorige eeuw keerde het tij: de tijd was rijp voor harmonisatie.[4] De federale overheid kreeg de verantwoordelijkheid voor het strafprocesrecht en de voorbereidingen voor een Zwitsers Wetboek van Strafvordering kwamen vlot op gang. Aan de basis stonden vooraf vastgestelde kaders zoals die ook gelden voor de modernisering die vandaag de dag in Nederland ophanden is: er moest een concept worden ontwikkeld dat zorgt voor een 'gepast evenwicht' tussen efficiënte strafvervolging en de bescherming van rechten van de partijen. Ruim tien jaar is er geschaafd aan een oplossing. Uiteindelijk heeft het streven naar efficiency een zeer belangrijke rol gespeeld. In alle fases van het proces stuit men op voorschriften waarop de principes van de proceseconomie duidelijk hun stempel hebben gedrukt (doelmatigheid, snelheid, eenvoud, kostenbesparing). Taken en bevoegdheden die vroeger vaak verspreid waren over meerdere organen, zijn bij het openbaar ministerie samengebracht. Bovendien spoort het Wetboek van Strafvordering aan tot het opleggen van sancties in vereenvoudigde procedures: direct door het openbaar ministerie per strafbeschikking (artikel 352 e.v. StPO). Voortekenen van deze ontwikkeling waren in enkele kantons reeds zichtbaar. Het Wetboek van Strafvordering heeft de poorten echter nog verder opengezet. Het gros van de procedures is aan de ogen van de buitenwereld onttrokken en speelt zich in de beslotenheid af tussen het openbaar ministerie en de verdachte.[5] De rechtbanken treden vooral op als controle-instantie. Zij waken over de naleving van het procesrecht (klachtenrechtbanken) en zijn bij bepaalde dwangmaatregelen betrokken (dwangmiddelrechtbanken). In dit model gaat het slechts marginaal om grondige opheldering van het strafbare feit en een 'daadwerkelijke poging tot waarheidsvinding' die uitmondt in een *rechterlijk* vonnis – een veroordeling of vrijspraak (ca. 2 procent van de gevallen).[6]

In dit rapport behandelen wij het verloop van het strafproces, de belangrijkste actoren die daarbij betrokken zijn, en de pijlers waarop het Zwitserse stelsel rust. Doch eerst moet worden vermeld dat uitspraken over de *juridische praktijk* – met betrekking tot *heel* Zwitserland – slechts sporadisch kunnen worden gedaan en

4. Vergelijk met betrekking tot dit onderwerp P. Guidon, 'Die Schweizerische Strafprozessordnung', *Jusletter 15. September 2008*, par. 3 e.v. De redenen waren meervoudig. Vereisten van rechtsgelijkheid en van rechtszekerheid speelden een rol; de toenemende mobiliteit en professionaliteit van criminelen, de baten van uniformering voor de wetenschap en de advocatuur, de samenwerking op internationaal niveau; het feit dat de rechtspraak zich moest richten naar de gegeven kaders van de Federale Grondwet en het EVRM, voor Zwitserland op 28 november 1974 in werking getreden, wat tot een zekere aanpassing van de verschillende Wetboeken van Strafvordering had geleid.
5. Geïnteresseerden kunnen inzage krijgen in strafbeschikkingen (artikel 69, lid 2 StPO) en, onder bepaalde voorwaarden, andere beschikkingen ter afsluiting van de procedure (bij sepot of niet-ontvankelijkverklaring van het openbaar ministerie (Nichtanhandnahme). Die optie is echter puur theoretisch, omdat de buitenwereld meestal helemaal niet te weten komt dat er een procedure heeft plaatsgevonden.
6. Vergelijk M. Pieth, *Schweizerisches Strafprozessrecht*, Basel: Helbing & Lichtenhahn 2016, p. 251.

gepaard gaan met grote onzekerheden. Er is geen centrale databank die door alle betrokken instanties met gegevens over het verloop van het strafproces wordt gevoed. Belangrijke kengetallen ontbreken. Hoeveel 'verkorte procedures' vinden er bijvoorbeeld in Zwitserland plaats? Niemand die het weet. Daar komt bij dat gegevens die door de ene instantie worden verzameld vaak volstrekt onvergelijkbaar zijn met elders beschikbare data.[7]

Kortom: het ontbreekt aan statistische gegevens, die uitsluitsel kunnen geven over hoe de circa 450 voorschriften van het Zwitserse Wetboek van Strafvordering in de verschillende regio's van Zwitserland worden uitgevoerd. Ondanks deze uitgangssituatie wordt het parlement sinds 2011 overspoeld met wetsvoorstellen van politici die bij ettelijke regelingen een behoefte aan wijziging van de wet als een gegeven beschouwen. Sinds 2016 is het aantal verzoeken tot wetswijziging opgelopen tot vijftig.[8]

Om deze ontwikkeling te beteugelen is aan het Federale ministerie van Justitie (Bundesamt für Justiz – BfJ) de opdracht verstrekt het nieuwe Wetboek van Strafvordering te evalueren. Het BfJ moet onderzoeken in hoeverre het wetboek in de praktijk voldoet. De laatste paragraaf van dit rapport is gewijd aan het resultaat van deze analyse en biedt een beeld van de herziening van het Wetboek van Strafvordering die thans in Zwitserland wordt voorbereid.

2 Hoofdkenmerken van het strafprocesrecht en het strafrecht in Zwitserland

2.1 Bronnen van het strafprocesrecht

Het Zwitserse Wetboek van Strafvordering regelt niet alle procedures voor handhaving en uitvoering van het strafrecht. Diverse wetten van de federale overheid spelen een rol naast het Wetboek van Strafvordering. Wij noemen hier slechts enkele voorbeelden. Voor het strafproces tegen jeugdige personen (10-18 jaar) is er een aparte wet (JstPO[9]). Deze wet regelt de bijzonderheden maar verklaart het StPO voor het overige toepasselijk. Voor het militaire straf(proces)recht geldt een bijzondere procedure die sterk afwijkt van het StPO (het zogenoemde MstP[10]). Regelingen van procesrechtelijke strekking staan ook in het Zwitserse Wetboek

7. Bijvoorbeeld: het aantal procedures in tweede instantie (beroep) wordt door enkele rechtbanken op basis van het aantal beklaagden berekend – ook als er zich personen onder hen bevinden die samen voor de rechter staan. Op andere plaatsen gaat een dergelijke constellatie als één procedure de boeken en dus de statistieken in. Vergelijk daarvoor G. Godenzi, 'Second opinion?, Die Aufgabe des Berufungsgerichts im Strafprozess', *ZStrR* 2018/136, p. 24.
8. Verklarend rapport bij StPO, p. 6 e.v.
9. Zwitserse Wetboek van Jeugdstrafvordering van 20 maart 2009 (SR 312.1).
10. Militair strafprocesrecht van 23 maart 1979 (SR 322.1).

van Strafrecht (hierna ook: StGB[11]), bijvoorbeeld over de strafrechtelijke klacht (artikel 30 e.v. StGB) en het afzien van strafvervolging. Het EVRM wordt als nationaal recht geclassificeerd en is rechtstreeks toepasbaar. In Zwitserland moeten de normen van een federale wet ook dan worden toegepast als zij in strijd zijn met de Federale Grondwet (BV).[12] Brandende vraagstukken zijn botsingen van het nationale recht met het volkerenrecht, in het bijzonder met het EVRM. Het Hoogste Federale Gerechtshof geeft voorrang aan het EVRM.[13] Er zijn politieke initiatieven in behandeling en in voorbereiding, die tot doel hebben deze voorrangsrelatie op te heffen.

2.2 De organisatie van de strafrechtelijke organen

Volgens de grondwet zijn de kantons bevoegd voor de organisatie van de strafrechtelijke organen (artikel 123, tweede lid, BV). Harmonisatie van het strafproces is echter niet mogelijk zonder ingrepen van de federale overheid in de organisatie. Het StPO schrijft daarom een basiskader voor dat de noodzakelijke strafrechtelijke organen en hun bevoegdheden regelt (artikelen 12 tot en met 21 StPO). Aangezien de details in wetten van de kantons worden geregeld, is dit gebied verder erg onoverzichtelijk. Het StPO schrijft bovendien een uniform systeem van rechtsmiddelen voor, wat de organisatie van de strafrechtelijke organen mede bepaalt.

Enkele strafzaken vallen binnen de bevoegdheid van de federale rechter: het gaat om zaken van georganiseerde criminaliteit, delicten tegen de Staat, witwaspraktijken en economische delicten. Voorwaarde is echter dat de delicten voor een belangrijk deel in het buitenland zijn gepleegd, of dat er meer dan één kanton bij betrokken is, en er geen duidelijk zwaartepunt van de strafbare feiten te bepalen valt. Wanneer er sprake is van zulke omstandigheden, kunnen de kantons complexe procedures overdragen aan de federale rechter. Het onderzoek wordt door het federale openbaar ministerie ingesteld (artikel 16 StPO en artikel 7 van de wet op de rechterlijke organisatie (StBOG)[14]). Het federale openbaar ministerie leidt het politieonderzoek, dient de aanklacht in en treedt op als eisende partij op het onderzoek ter terechtzitting. De procedures worden in eerste instantie behandeld door een Federale strafrechtbank (Bundesstrafgericht), in hoger beroep door het Federale Gerechtshof. In Zwitserland is er dan ook in zekere mate sprake van 'Amerikaanse toestanden' met een 'federal court' en 'state courts'. In het onderhavige landenrapport wordt alleen het strafproces van de kantons behandeld.

11. Strafgesetzbuch van 21 December 1937 (SR 311.0).
12. Artikel 190 van de Federale Grondwet van 18 April 1999 (SR 101).
13. BGE 142 II 35, 39.
14. Federale Wet inzake de organisatie van de strafrechtelijke organen van de federale overheid van 19 maart 2010 (SR 173.71).

2.3 De structuur van het strafproces in het kort

Politie en openbaar ministerie doen onder leiding van het openbaar ministerie samen het vooronderzoek (Vorverfahren), eventueel gevolgd door een openbare rechtszitting (Hauptverfahren). Deze zitting vangt aan met ontvangst van de tenlastelegging door de rechtbank (artikel 328 e.v. StPO). De nadruk in het strafproces ligt in Zwitserland op het vooronderzoek. Dit heeft twee redenen: ten eerste handelt het openbaar ministerie ruim over de 90 procent van de gevallen zelf af, zonder tussenkomst van de strafrechter; ten tweede baseert de rechtbank zich in hoofdzaak op de uitkomsten van het vooronderzoek. Tegen deze achtergrond probeert het StPO de rechten van de partijen al in het vooronderzoek te waarborgen.

2.4 Uitgangspunten inzake de veroordeling in de kosten van het strafproces

De regelingen betreffende de kosten van de procedure (artikel 416 e.v. StPO) zijn complex en worden hier niet uitgebreid behandeld. Vermelding verdient echter het concept dat de wetgever gekozen heeft en dat voor de beschuldigde persoon in hoge mate belastend is. Het vormt echter tegelijkertijd een belangrijke factor in de efficiency van het strafproces. Wie schuldig bevonden wordt, draagt namelijk ook de kosten van de procedure (artikelen 422 en 426, eerste lid, StPO). In Zwitserland wordt dat als vanzelfsprekend beschouwd. Daarbij komt nog een kostenrisico bij sepotbesluit en bij vrijspraak dat vermoedelijk alleen Zwitserse juristen voor ogen staat:

> 'Wird das Verfahren eingestellt oder die beschuldigte Person freigesprochen, so können ihr die Verfahrenskosten ganz oder teilweise auferlegt werden, wenn sie rechtswidrig und schuldhaft die Einleitung des Verfahrens bewirkt oder dessen Durchführung erschwert hat.'[15]

Er wordt ingehaakt op misstappen *buiten* het strafrecht (bijv. bouwverordeningen, beroepsvoorschriften), die 'bestraft' kunnen worden door oplegging van de kosten van het strafproces. Een vergoeding van de kosten van zijn of haar advocaat kan de beschuldigde persoon eveneens worden ontzegd.[16] Het concept is problematisch, maar in Zwitserland vast verankerd.[17] Daar komt bij dat instanties veel ruimte hebben om bij toepassing van de regels naar eigen goeddunken te oordelen. Hoe de regels over kostenveroordeling gehanteerd gaan worden is daarom voor de beklaagde nauwelijks te voorspellen. Voor het hoger beroep of de cassatie richt het StPO zich naar de basisprincipes uit het civiele proces (artikel 428 StPO). Een partij

15. Artikel 426, tweede lid, StPO.
16. Artikel 430, lid 1, letter a, StPO: 'The criminal justice authority may reduce or refuse the compensation or reparation for non-pecuniary loss if the accused person unlawfully and culpably brought about the instigation, or complicated the carrying out, of the proceedings.'
17. Vergelijk BSK StPO-DOMEISEN, artikel 426 N24 e.v.; Pieth 2016, p. 282.

moet in het geval zij de zaak verliest de kosten (naar evenredigheid) dragen. Aan wie onterecht hoger beroep aantekent, wordt eveneens de rekening gepresenteerd:

> 'Als unterliegend gilt auch die Partei, auf deren Rechtsmittel nicht eingetreten wird oder die das Rechtsmittel zurückzieht.'[18]

Conclusie is dat het aantal beroepszaken en cassaties mede wordt beperkt door het kostenrisico voor de partijen.

2.5 Kenmerkende eigenschappen van het Zwitserse strafrecht

Zwitserland werkt – net als Nederland – met een sanctiestelsel waarin straffen en maatregelen voorkomen. In 2007 werd het sanctiestelsel fundamenteel hervormd.[19] Aan de vernieuwing van de straffen lag een liberale denkwijze ten grondslag. De ontwikkeling bij de maatregelen verliep echter in tegengestelde richting. Deze werden 'voor een betere bescherming van de maatschappij' uitgebreid voor plegers van zeden- en geweldsdelicten, waarbij het accent ligt op de 'flexibiliteit' van het stelsel. Bij deze daders gaat het niet om de rechtskracht van het strafrechtelijk vonnis. In bijzondere procedures (artikelen 363 tot en met 365 StPO) kunnen maatregelen namelijk gewijzigd of naderhand alsnog opgelegd worden. Zij behelzen bijna allemaal preventieve hechtenis voor onbepaalde tijd – voor een deel zonder maximumduur. In het StPO ontbreekt een wettelijke basis voor de vrijheidsbeneming tijdens zulke procedures. Sinds jaren worden daarom de basisvoorschriften voor voorlopige hechtenis (artikel 229 StPO) analoog toegepast,[20] hetgeen lijnrecht ingaat tegen de rechtspraak van het EHRM.[21]

Tegenover de tendens van vereenvoudiging van strafvorderlijke procedures staat een permanente uitbreiding van het strafrecht. Het parlement heeft in de laatste dertig jaar in hoog tempo nieuwe strafbaarstellingen gecreëerd of bestaande delicten uitgebreid. Die ontwikkeling is onder andere veroorzaakt door de internationale verdragen waar Zwitserland zich bij aangesloten heeft.[22] Dit heeft bijvoorbeeld geleid tot (uitbreiding van de) strafbaarstelling van witwassen (artikel

18. Artikel 428, eerste lid, tweede zin, StPO.
19. Vergelijk AS 2006 3459; Mededeling over de wijziging van het Wetboek van Strafrecht van 21 september1998, BBI 1999 1979; rapport over de herziening van het Algemene Deel en van het Derde Deel van het Wetboek van Strafrecht en over een Federaal Wetboek over de Jeugdstrafrechtspleging, Federaal departement van Justitie, Bern 1993.
20. Vergelijk bijv. BGE 139 IV 175; BGer, vonnis 1B_6/2012 van 27-01-2012.
21. EHRM 10 juni 2010, applicatienr. 22493/06 (*Borer t. Zwitserland*), r.o. 47: 'Eu égard à la gravité de l'ingérence dans la liberté personnelle du requérant et à la nécessité d'une interprétation stricte des exigences à une détentions, l'application faite en l'espèce d'une disposition légale par analogie ou par renvoi ne saurait être tolérée.'
22. P. Albrecht, 'Strafrecht ohne Recht?', *ZStrR* 2013/131, p. 385 e.v.; G. Stratenwerth, 'Neuere Strafgesetzgebung – eine Philippika', *ZStrR* 2009/127, p. 114 e.v.

305bis StGB),[23] van seksueel misbruik van minderjarigen[24] en herijking van het strafbaarstelling van fraude.[25] Het bijzondere strafrecht laat een zelfde tendens zien. Overtredingen van de vreemdelingenwet[26] en de Opiumwet[27] beslaan een groot deel van alle veroordelingen. In 2005 zijn strafbepalingen voor het illegaal binnenkomen en verlaten van het land (!) uitgebreid, 'ook met het oog op een goede samenwerking met de buurlanden'.[28] In de Opiumwet[29] is – conform de internationale verdragen – bijna ieder contact met een verdovend middel strafbaar.

Handhaving van de wegenverkeerswet levert ook veel strafbare feiten op. Voor lichte vergrijpen als 'fout parkeren' bestaat een vereenvoudigde procedure die in handen is van de politie, waarbij boetes tot maximaal 300 CHF kunnen worden uitgeschreven. Een dergelijke procedure is er ook voor het gebruik van cannabis, waarvoor echter boetes tot 1.000 CHF mogelijk zijn.[30] Bagateldelicten waarop een boete staat (overtredingen) kunnen aan het justitieel incassobureau worden overgelaten (artikel 357 StPO). Deze worden in principe ook niet in het strafregister opgenomen.

Geldelijke sancties zijn in Zwitserland van enorme betekenis. De statistieken laten in het jaar 2016 bijna 110.000 veroordelingen van volwassenen zien; overtredingen zijn daarin buiten beschouwing gelaten. Geregistreerd zijn 12.000 vrijheidsstraffen, waarvan 10.000 geheel of gedeeltelijk onvoorwaardelijk. Daar staan circa 94.000 geldboetes tegenover; daarvan is het grootste deel (77.000) voorwaardelijk als de veroordeelde zich tijdens zijn proeftijd goed gedraagt (artikel 42 StGB). In de regel worden dergelijke straffen echter gecombineerd met een forfaitaire 'boete' die altijd betaald moet worden (artikelen 42, vierde lid, en 106 StGB; max. 10.000 CHF). Het toepassingsgebied van de geldboete is op 1 januari 2018 met de helft gereduceerd ten faveure van de vrijheidsstraf.[31] De geldboete, die vroeger het alternatief was voor vrijheidsstraffen van maximaal twaalf maanden, is sindsdien een alternatief voor vrijheidsstraffen van maximaal zes maanden.

23. Laatst heeft de Zwitserse wetgever in het kader van de omzetting van de herziene FATF-aanbevelingen bepaalde belastingdelicten als voorbereidende daad voor het witwassen van geld aangemerkt. Dit betekent dat banken die vermogenswaarden van hun klanten sinds 1 januari 2016 vanuit dit oogpunt moeten controleren.
24. Verdrag van de Raad van Europa met betrekking tot de bescherming van kinderen tegen seksuele uitbuiting en seksueel misbruik van 25 oktober 2007 (het zogenoemde Verdrag van Lanzarote), voor Zwitserland op 1 juli 2014 in werking getreden (SR 0.311.40).
25. Zie daarvoor bijv. artikel 322quinquies, artikel 322sexies, artikel 322octies, artikel 322novies, artikel 322decies StGB, die in het kader van de laatste herziening van het corruptiestrafrecht (van kracht sinds 1 juli 2016) werden ingevoerd resp. gewijzigd.
26. Federale Vreemdelingenwet van 16 december 2005 (SR 142.20).
27. Betäubungsmittelgesetz van 3 oktober 1951 (SR 812.121).
28. Begeleidend rapport AuG, p. 28.
29. Vergelijk mededeling BetmG. (Betäubungsmittelgesetz), de Zwitserse opiumwet, p. 829 e.v.
30. Artikel 28b-28l BetmG.
31. AS 2016 1249.

3 De belangrijkste actoren in het strafproces

3.1 Het openbaar ministerie

In het kader van de harmonisatie van het strafprocesrecht moest de volgende vraag beantwoord worden: 'Welk model van strafvervolging moet in de toekomst voor het hele land gaan gelden?'. Veel kantons kenden een dualistisch stelsel: een rechter die het onderzoek leidt (onderzoeksrechter) en een openbaar ministerie dat zich min of meer concentreert op het indienen van de aanklacht en het optreden als eisende partij op de terechtzitting. Er waren echter ook vele onderling afwijkende varianten van dit stelsel. Na enig wikken en wegen heeft het huidige model zijn intrede gedaan, waarin het openbaar ministerie centraal staat. Artikel 16, tweede lid, StPO bepaalt: het openbaar ministerie 'leidt het vooronderzoek, vervolgt strafbare feiten in het kader van het onderzoek, maakt zaken aanhangig en treedt op als eisende partij'.[32] Hieraan dient te worden toegevoegd dat nog vele andere functies bij het openbaar ministerie als centrale instantie zijn ondergebracht. Het bepaalt niet alleen de richting voor een behandeling ter terechtzitting, maar handelt de meeste gevallen zelf af. De stopzetting van de strafrechtelijke procedure – in de vorm van een 'niet ter hand nemen' (artikel 310 StPO) (al dan niet om redenen van opportuniteit – artikel 8 StPO) of van een 'sepot' (artikel 319 e.v. StPO) behoort tot de verantwoordelijkheden van datzelfde openbaar ministerie. Het is bemiddelaar bij een schikking (artikel 316 StPO), en het kan sancties per strafbeschikking opleggen (*Strafbefehlsverfahren*, artikel 352 e.v. StPO). Verder is het openbaar ministerie poortwachter bij verkorte procedures, omdat het alleen beslist of de procedure toepassing vindt (artikel 359, eerste lid, StPO). Ten slotte is het openbaar ministerie tot zekere hoogte bevoegd tot toepassing van dwangmiddelen. De Zwitserse wetgever heeft dit model vooral om efficiencyredenen gekozen. Dubbel werk en vertragingen die bij overdracht van de leiding van het onderzoek en de vervolging in het vooronderzoek ontstaan indien wordt gewerkt met meerdere organen (bijvoorbeeld met een officier van justitie en een onderzoeksrechter), dienen te worden vermeden.[33] Daarbij is een belangrijk gegeven dat het openbaar ministerie, net als de rechter, onafhankelijk is (artikel 4 StPO).[34]

32. Artikel 16 StPO luidt: '1. Die Staatsanwaltschaft ist für die gleichmässige Durchsetzung des staatlichen Strafanspruchs verantwortlich. 2. Sie leitet das Vorverfahren, verfolgt Straftaten im Rahmen der Untersuchung, erhebt gegebenenfalls Anklage und vertritt die Anklage.'
33. Bericht StPO, p. 1378; begeleidend rapport StPO, p. 18; vergelijk Aus 29 mach 1, p. 23 e.v.; Eicker, p. 14 e.v.; Ruckstuhl, p. 323 e.v.
34. Artikel 4, lid 1 StPO luidt: 'Die Strafbehörden sind in der Rechtsanwendung unabhängig und allein dem Recht verpflichtet.'

3.2 De rechter

De onafhankelijkheid van de strafrechtelijke organen wordt in artikel 4 StPO benadrukt. Wat de rechtbanken betreft, is hun onafhankelijkheid ook door de Federale grondwet gewaarborgd.[35] Het is uitgesloten dat andere staatsorganen de rechter aanwijzingen geven, hoe hij een procedure moet voeren of hoe hij in een zaak moet beslissen. Uitspraken van hogere rechtbanken hebben in de praktijk weliswaar een zekere invloed op de rechtspraak van de lagere instanties, maar deze zijn niet bindend. Dat geldt ook voor de praktijk van de rechtspraak van het Federale Gerechtshof. Een uitzondering geldt alleen in die gevallen waarin een beschikking in hoger beroep wordt vernietigd en de zaak wordt terugverwezen naar de lagere instantie: dan is de opvatting van de hogere instantie bindend voor de lagere rechtbank (artikel 409, derde lid, StPO).

In Zwitserland worden rechters niet benoemd, maar door het parlement of door het volk *gekozen*. Dat verschaft hun een hoge democratische legitimering. De politieke partijen en het lidmaatschapsbewijs van een partij van de kandidaat spelen in dit stelsel echter een beslissende rol.[36] Bij volksverkiezingen worden kandidaten meestal door een politieke partij voorgedragen en ondersteund.[37] De parlementen richten zich in de praktijk naar het stelsel van evenredige vertegenwoordiging: het parlement kiest de rechters en let er daarbij op dat de partijen conform hun sterkte in het college van rechters vertegenwoordigd zijn. Wie in Zwitserland rechter wil worden, is feitelijk gedwongen om lid te worden van een partij die in het parlement vertegenwoordigd is. Op federaal niveau zijn bijna alle rechtbanken – ook het Federale Gerechtshof – volgens dit stelsel samengesteld. Daar komt bij dat in Zwitserland de meeste rechters van hun inkomen een jaarlijkse afdracht aan hun politieke partij voor het gunnen van het ambt betalen.[38] Voor de partijen zijn deze contributies een belangrijke inkomstenbron. In bijna alle kantons en ook in de federale regering moeten de rechters zich bovendien periodiek voor een herverkiezing door het parlement beschikbaar stellen (meestal na drie of vier jaar, soms ook na zes jaar). Het komt uiterst zelden voor dat een rechter zijn ambt verliest. Hij blijft daardoor echter ook langdurig onderworpen aan de controle van zijn partij. De formele bescherming van de positie van de rechters loopt achter op hetgeen internationaal gebruikelijk is.[39] GRECO, de Groep tegen bestrijding van corruptie van de Raad

35. Vgl. vooral artikelen 29a, 30, lid 1, en 191c BV.
36. Vgl. dienaangaande Raselli, *margenummer 1* e.v. en R. Kiener, *Richterliche Unabhängigkeit, Verfassungsrechtliche Anforderungen an Richter und Gerichte*, Bern: Stämpfli Verlag 2001.
37. Vergelijk aangaande 'stille verkiezingen' zonder gang naar de stembus BGE 112 Ia 233.
38. T. Stadelmann, 'Die steuerliche Behandlung der Mandatsbeiträge in der Schweiz', *Justice – Justiz – Giustizia* 2006/3, nr. 1 e.v.
39. L. Gschwend, 'Die Entwicklung der richterlichen Unabhängigkeit in der Schweiz vom Ancien Régime bis in die Gegenwart', *Justice – Justiz – Giustizia* 2013/3, nr. 38.

van Europa, heeft in 2017 het Zwitserse stelsel bij verkiezing van de rechters in het Federale Gerechtshof ernstig bekritiseerd.[40]

3.3 De verdediging

De verdediging weet zich uitsluitend gebonden aan de belangen van de beklaagde (artikel 128 StPO). Eenzijdig handelen ten gunste van de cliënt is niet alleen toegestaan, maar ook geboden. Door de wet en de beroepscode voor advocaten worden aan de verdediging grenzen gesteld. De verdediging mag in Zwitserland alleen door advocaten ter hand genomen worden (artikel 127, vijfde lid, StPO), behalve in procedures wegens zeer lichte vergrijpen. De verdediging heeft als uitgangspunten dezelfde rechten als de beklaagde. Er moet onderscheid worden gemaakt tussen verschillende soorten verdediging.

3.3.1 Verplichte verdediging

Het StPO definieert gevallen waarin een raadsman *dwingend* in de procedure moet participeren, ook tegen de wil van de beklaagde in (artikel 130 StPO). De procedure mag zonder raadsman niet beginnen of niet worden voortgezet. Het recht beknot zo de autonomie van de beklaagde, aan wie bovendien ook nog de kosten van deze verdediging kunnen worden opgelegd. Gerechtvaardigd wordt dit stelsel onder andere met verwijzing naar de zorgplicht van de staat ten opzichte van personen die in een strafprocedure verwikkeld raken. Het recht van de beklaagde om zichzelf te verdedigen (artikel 6, derde lid, sub c, EVRM), wordt niet aangetast. De beklaagde heeft namelijk de mogelijkheid zijn eigen visie op de zaak *additioneel* in te brengen.[41]

Artikel 130 StPO somt de gevallen van verplichte verdediging op:

> 'Die beschuldigte Person muss verteidigt werden, wenn:
> a. die Untersuchungshaft einschliesslich einer vorläufigen Festnahme mehr als 10 Tage gedauert hat;
> b. ihr eine Freiheitsstrafe von mehr als einem Jahr, eine freiheitsentziehende Massnahme oder eine Landesverweisung droht;
> c. sie wegen ihres körperlichen oder geistigen Zustandes oder aus anderen Gründen ihre Verfahrensinteressen nicht ausreichend wahren kann und die gesetzliche Vertretung dazu nicht in der Lage ist;

40. GRECO rapport 2017, overweging 7 e.v. De aanbevelingen van de GRECO voor meer transparantie bij de financiering van de partijen werden door Zwitserland geen van alle in de praktijk gebracht.
41. V. Lieber, in: A. Donatsch, T. Hansjakob & V. Lieber, *Kommentar zur Schweizerischen Strafrozessordnung (StPO)*, Zürich/Basel/Genf: Schulthess Verlag 2014, Z artikel 130 N 6 e.v.

d. die Staatsanwaltschaft vor dem erstinstanzlichen Gericht oder dem Berufungsgericht persönlich auftritt;
e. ein abgekürztes Verfahren (Artikel 358-362) durchgeführt wird.'

Is er sprake van een geval van verplichte verdediging, dan moet de officier van justitie of de rechter erop toezien, dat 'onverwijld' een raadsman wordt ingeschakeld (artikel 131, eerste lid, StPO). In bepaalde omstandigheden is aan de voorwaarden voor een verplichte verdediging meteen vanaf het begin van de zaak voldaan, zeker in zaken van zware misdrijven (zie artikel 130, sub b, StPO). Op deze scenario's heeft artikel 131, tweede lid, StPO betrekking, dat bepaalt dat de verdediging 'na het eerste verhoor door het openbaar ministerie, in ieder geval voor de opening van het onderzoek', gewaarborgd moet zijn. Deze regeling heeft in Zwitserland voor hoofdbrekens gezorgd. Tot op de dag van vandaag is het niet duidelijk of het openbaar ministerie nog een eerste verhoor zonder verdediging mag afnemen, als reeds duidelijk is dat er sprake is van een zaak als bedoeld in artikel 130 StPO.[42] In elk geval biedt uiteindelijk artikel 131, derde lid, StPO enig houvast. Het betreft de vraag hoe men met bewijzen moet omgaan die zonder verdediging verzameld zijn. Was reeds op het tijdstip van de verkrijging van het bewijs duidelijk dat er sprake is van een geval van artikel 130 StPO, dan kan de beklaagde tegen het gebruik van het bewijs opkomen.[43]

3.3.2 Van overheidswege toegevoegde verdediging

Er zijn twee mogelijkheden om een verplichte verdediging aan te stellen: de beklaagde kan op eigen kosten zelf een verdediging van zijn keuze machtigen (gekozen raadsman/-vrouw, artikel 129 StPO). Deze persoon voert dan de verplichte verdediging. Als de beklaagde zelf geen raadsman/-vrouw machtigt, dan voegt de procesleiding een '*amtliche Verteidigung*' (van overheidswege toegevoegde advocaat) toe (artikel 132, eerste lid, letter a, StPO). De beklaagde heeft dan geen recht op een verdediging van zijn keuze, maar hij kan een bepaalde persoon voorstellen. Aan deze wens dient naar mogelijkheid gehoor te worden gegeven (artikel 133, tweede lid, StPO). De verdediging vervult een opdracht van de staat. Zij wordt vergoed, onafhankelijk van de afloop van het proces. De hoogte van de vergoeding wordt aan het slot van de procedure door het openbaar ministerie of door de rechtbank vastgesteld. Vergoed worden alleen de 'verplichte' onkosten. De beklaagde staat de dreiging te wachten dat deze op hem verhaald worden. Als hem de betaling van de kosten van de procedure wordt opgelegd, dan geldt dat ook voor de kosten van de toegevoegde advocaat. Hij moet deze kosten aan de

42. Vgl. Pieth 2016, p. 101; N. Schmid & D. Jositsch, *Schweizerische Strafprozessordnung (StPO)*, Zürich/St. Gallen: Dike Verlag 2018, N 737.
43. Vergelijk BGer, uitspraak 6B_178/2017 van 25 oktober 2017; Hof van Beroep Basel Stadt, BJM 2012, p. 48 e.v.; OGer ZH, *forumpoenale* 2016/1, p. 7 e.v.

staat terugbetalen zodra zijn financiële situatie dit toelaat (artikel 135, vierde lid, StPO).

Een ander toepassingsveld van de 'toegevoegde verdediging' betreft het recht op gratis rechtsbijstand. Aan de beklaagde dient, op zijn verzoek, een toegevoegde advocaat te worden toegewezen, wanneer hem de financiële middelen ontbreken om zelf een advocaat aan te stellen en wanneer dit voor de behartiging van zijn belangen geboden is (artikel 132, eerste lid, sub b, StPO). Dat is het geval indien er geen sprake is van een bagateldelict, waaraan bijvoorbeeld voldaan wordt als er een gevangenisstraf van meer dan vier maanden dreigt. Bovendien moet de zaak problemen opleveren waartegen de beklaagde alleen niet opgewassen is (artikel 132, derde lid, StPO). Ook de onbemiddelde beklaagde staat de dreiging te wachten dat de Staat de kosten voor de verdediging op hem zal verhalen (artikel 135, vierde lid, StPO). Dit kan hem ervan weerhouden om gebruik te maken van het recht op een toegevoegde advocaat.

3.4 Het slachtoffer

De procesrechtelijke positie van het slachtoffer is in het Zwitserse recht internationaal gezien goed, mogelijk te sterk. De wet geeft het slachtoffer dezelfde rechten als de beklaagde, *als* hij zich stelt als 'civiele eiser' (benadeelde partij) (artikel 104, eerste lid, letter b, StPO). Dit komt overeen met de situatie die ook reeds voor de uniformering van het strafprocesrecht op de meeste plaatsen gebruikelijk was. In veel kantons is de beïnvloeding door het Franse strafproces merkbaar geweest, waarin de civiele partij traditiegetrouw een sterke positie bezit.[44]

Het StPO onderscheidt drie categorieën personen die door het strafbare feit worden benadeeld: de gedupeerde, het slachtoffer en de civiele eisende partij. Deze categorieën zijn aan verschillende rechten in het strafproces gekoppeld. Het overkoepelende begrip is dat van de 'gedupeerde'. Dat is de springplank naar een actieve en offensieve deelname in het strafproces en heeft daarom grote praktische relevantie. Als *gedupeerde* geldt die persoon die door het strafbare feit direct in zijn rechten aangetast is (artikel 115, eerste lid, StPO). Daartoe bestaat een zeer uitgebreide jurisprudentie van het Federale Gerechtshof. De gedupeerde heeft in de regel een bijzonder belang bij de vervolging van de beklaagde. Onder bepaalde omstandigheden heeft hij ook civielrechtelijke vorderingen wegens het delict. Hij kan daarom diverse rechten verkrijgen waarmee hij zijn belangen kan behartigen. Deze rechten bestaan echter niet automatisch; daarvoor is een bijzondere verklaring nodig. De gedupeerde heeft een recht op inzage in het dossier (artikel 107, eerste lid, sub a, StPO), zodat hij kan beslissen of hij als civiele eisende partij aan de

44. Vergelijk Mededeling StPO, p. 1171.

procedure wil deelnemen. Hij kan bovendien ook in de procedure als getuige ondervraagd worden (artikel 166 StPO).

Als *slachtoffer* gelden gedupeerden die door het strafbare feit in hun lichamelijke, seksuele of psychische integriteit direct nadelig beïnvloed zijn (artikel 116, eerste lid, StPO). Ieder slachtoffer is daarom een gedupeerde, maar niet iedere gedupeerde is een slachtoffer. Het slachtoffer heeft bijzondere rechten op bescherming en informatie, ook als hij of zij niet als civiele eisende partij deelneemt aan het proces (artikel 117, eerste lid, StPO). Deze rechten worden bij slachtoffers onder de 18 jaar nog verder uitgebreid (artikel 117, tweede lid, StPO). Een uitgebreide wetgeving op het gebied van de slachtofferhulp vult deze rechten aan.[45] Deze garandeert het slachtoffer bijstand, eventueel ook financiële ondersteuning.

De gedupeerde wordt een *civiele eisende partij* als hij of zij uitdrukkelijk verklaart als strafvorderende partij en/of als civiele eisende partij aan het proces te willen deelnemen (artikel 118, eerste lid, StPO).[46] De verklaring kan tot aan de afsluiting van het vooronderzoek worden afgegeven. Met deze verklaring verschaft de gedupeerde de positie van partij in het proces. Het begrip partij is een soort 'containerbegrip' voor alle rechten die volgens het StPO aan 'partijen' worden geboden. Centraal staat het recht om gehoord te worden (artikel 107 StPO), waaruit weer diverse andere rechten afgeleid worden. De civiele eisende partij heeft in het bijzonder het recht op inzage in het dossier. Zij kan een raadsman erbij betrekken (artikel 127 StPO) en verzoeken tot onderzoekshandelingen indienen. Verder heeft zij het recht om aan het vooronderzoek door het openbaar ministerie of door de rechtbank deel te nemen (artikel 147, eerste lid, StPO). Zij kan ook in hoger beroep gaan, bijvoorbeeld een sepot of een vrijspraak aanvechten, maar niet de straf die tegen een beklaagde uitgesproken is (artikel 382 StPO). De gedupeerde kan te allen tijde afzien van zijn rol als civiele eisende partij of zijn verklaring intrekken (artikel 120 StPO).

De *strafvorderende partij* eist de vervolging en de bestraffing van de beklaagde (artikel 119, tweede lid, sub a, StPO). Zij neemt naast het openbaar ministerie deel aan het strafproces, maar vervangt het openbaar ministerie niet. Op een terechtzitting mag zij een pleidooi houden ten aanzien van de verwijten in de aanklacht, maar niet met betrekking tot de sancties. De *civiele eisende partij* dient in het kader van het strafproces mede haar civiele vorderingen in (artikel 119, tweede lid, sub b,

45. Federale Wet op de slachtofferhulp (OHG) van 23 maart 2007 (SR 312.5).
46. Enkele delicten kunnen in Zwitserland alleen vervolgd worden als de gedupeerde een straf vordert. De strafvordering wordt dan gelijkgesteld aan de verklaring conform artikel 118, lid 1 StPO (artikel 118, lid 2 StPO). Als de strafvorderende partij geen deelname aan het proces als civiele eiser wenst, dan kan zij van deze positie afzien. De strafvordering blijft desondanks behouden, dat wil zeggen het strafproces kan desondanks worden voortgezet.

StPO). Daartoe wordt aan het strafproces een civiele procedure gekoppeld (artikel 122 e.v. StPO). Dat heeft voor de eisende civiele partij verscheidene voordelen; zij bespaart zichzelf bijvoorbeeld een aparte procedure, bewijzen worden op kosten van de Staat en ambtshalve verzameld, wat ook voor de civiele eis van nut kan zijn. Een nadeel is, dat bij de vaststelling van de toedracht van het strafbare feit in de strafzaak het beginsel 'in dubio pro reo' geldt (artikel 10, derde lid, StPO), in tegenstelling tot in een civiele procedure. Bij de uitspraak in de civiele zaak is het toegestaan, om dit vonnis uitsluitend conform het grondbeginsel (als vooroordeel) uit te spreken, als de volledige beoordeling buitenproportioneel gecompliceerd zou worden (artikel 126, derde lid, StPO). Hiermee wordt gedoeld op te veel kosten en moeite bij het vooronderzoek; juridische problemen mogen geen rol van betekenis spelen.

4 Het vooronderzoek

4.1 Inleiding

Het vooronderzoek (artikelen 199 tot en met 328 StPO) omvat het 'opsporingsonderzoek van de politie' (artikel 306 e.v. StPO) en het 'onderzoek van het openbaar ministerie' (artikel 308 e.v. StPO). Het vooronderzoek, dat in zijn geheel onder leiding staat van het openbaar ministerie, vangt in de regel aan met het opsporingsonderzoek van de politie. Het openbaar ministerie kan echter ook direct zelf een onderzoek openen (vergelijk artikel 300 StPO). De overgang van de ene naar de andere fase is zo nu en dan moeilijk te bepalen. Het onderscheid tussen fasen is echter wel relevant, omdat de positie van de partijen in beide fases verschilt.

4.2 Het opsporingsonderzoek door de politie

Het 'opsporingsonderzoek van de politie' (artikel 306 e.v. StPO) is geen zelfstandige procedure. Bedoeld worden activiteiten van de politie op het gebied van de strafvervolging die voor de opening van een onderzoek door het openbaar ministerie plaatsvinden. Het openbaar ministerie kan de politie aanwijzingen geven of het onderzoek te allen tijde naar zich toe trekken, met het gevolg dat er meteen een gerechtelijk vooronderzoek geopend is (artikel 307, tweede lid, StPO). Dat kan het openbaar ministerie echter alleen als het iets te weten komt over het opsporingsonderzoek van de politie. In de wet zijn daarom plichten tot informatieverstrekking door de politie aan het openbaar ministerie vastgesteld, waaruit twee verschillende modellen van samenwerking voortvloeien.

Bij zware delicten (bijvoorbeeld levensdelicten, gewapende roofovervallen) en buitengewone gebeurtenissen en rampen (bijvoorbeeld brand, treinongeluk) moet het openbaar ministerie onverwijld geïnformeerd worden (artikel 307, eerste lid,

StPO). Door deze informatieplicht krijgt de officier van justitie de gelegenheid om onmiddellijk ter plaatse te gaan. Bij de parketten van het openbaar ministerie zijn piketdiensten ingericht, zodat dag en nacht een officier van justitie bereikbaar is. In deze gevallen opent het openbaar ministerie het onderzoek reeds op een bijzonder vroeg tijdstip (artikel 309, eerste lid, sub c, StPO). De politie mag vervolgens alleen nog op basis en naar aanleiding van een concrete opdracht onderzoek doen in de procedure.

Bij veelvoorkomende criminaliteit (ca. 80-90 procent van de strafbare feiten) mag de politie daarentegen zelfstandig onderzoek verrichten. Zij opent het opsporingsonderzoek autonoom en informeert het openbaar ministerie pas tegen het einde van het onderzoek of wanneer zij om de toepassing van dwangmiddelen verzoekt. De procedure is weliswaar formeel in handen van het openbaar ministerie, maar de politie heeft het feitelijke gezag. Zij moet het openbaar ministerie de basis verschaffen om over het openen van een OM-onderzoek te kunnen beslissen (vgl. artikel 309, eerste lid, sub a, StPO). De taken en bevoegdheden van de politie gaan veel verder dan een 'eerste aanval'. Zij moet bijvoorbeeld sporen en bewijsmiddelen veiligstellen en evalueren, vaststellen wie de gedupeerden en verdachten zijn en deze ondervragen, verdachten indien nodig in voorlopige hechtenis nemen of hen opsporen (artikel 306, tweede lid, StPO). Wat ook genoemd moet worden is de opsporing en ondervraging van getuigen (artikel 179 StPO) en de observatie van verdachten (artikel 282 StPO). Na het afsluiten van haar onderzoek geeft de politie de processen-verbaal samen met andere processtukken aan het openbaar ministerie (artikel 307, derde lid, StPO).

4.3 Het onderzoek van het openbaar ministerie

Het openbaar ministerie voert het onderzoek aan de hand van verhoren, toepassing van dwangmiddelen enzovoort verder, totdat voldoende duidelijkheid omtrent de toedracht van het strafbare feit is ontstaan en het vooronderzoek kan worden afgesloten.
Maar eerst moet op basis van de aangifte, de dossiers of andere informatie worden besloten of er een OM-onderzoek moet worden ingesteld. In dit beginstadium zijn er samengevat drie mogelijkheden:

– Het openbaar ministerie neemt de procedure niet ter hand, indien 'aufgrund der Strafanzeige oder des Polizeirapports feststeht, dass: a. die fraglichen Straftatbestände oder die Prozessvoraussetzungen eindeutig nicht erfüllt sind; b. Verfahrenshindernisse bestehen; c.aus den in Artikel 8 genannten Gründen auf eine Strafverfolgung zu verzichten ist' (*Nichtanhandnahmeverfügung*, artikel 310 StPO). De strafrechtelijke procedure wordt daarmee op een bijzonder vroeg moment beëindigd. De lat voor een besluit om de procedure niet ter hand te nemen wordt daarom hoog gelegd. In twijfelgevallen moet er een onderzoek

worden geopend. Verder wordt besloten om de procedure niet ter hand te nemen, als er om redenen van opportuniteit van de strafvervolging kan worden afgezien (artikel 8 StPO).[47] De toelaatbaarheid van het afzien van vervolging moet onmiddellijk vaststaan. Dat komt zelden voor. In de regel is een onderzoek aangewezen.

– Het openbaar ministerie vaardigt op basis van het dossier direct een strafbeschikking uit (artikelen 309, vierde lid en 352 StPO).[48] Wordt de strafbeschikking niet geaccepteerd, dan moet het OM-onderzoek worden geopend.
– Het openbaar ministerie *opent* het onderzoek als er voldoende aanwijzingen zijn voor een redelijk vermoeden van een strafbaar feit: er moet sprake zijn van 'zwaarwegende gronden' die reden geven om aan te nemen dat er een strafbaar feit heeft plaatsgevonden.[49] Bij onvoldoende aanwijzingen kan het openbaar ministerie de politie belasten met aanvullend onderzoek (artikel 309, tweede lid, StPO). Het openen van het onderzoek wordt daardoor uitgesteld. Het OM-onderzoek moet ook worden geopend als het openbaar ministerie de toepassing van dwangmiddelen beveelt of wanneer het door de politie in kennis is gesteld van ernstige delicten of zwaarwegende gebeurtenissen. Een 'redelijk vermoeden van een strafbaar feit' is ook in deze gevallen vereist. Het onderzoek moet officieel worden geopend bij een beschikking die bij de dossiers wordt gevoegd (artikel 309, derde lid, StPO). Aan de beklaagde wordt bij het volgende verhoor medegedeeld dat het onderzoek wordt geopend.

In het OM-onderzoek moet het openbaar ministerie[50] de bewijzen in de regel zelf verzamelen. Het kan de politie echter met aanvullend onderzoek belasten (artikel 312, eerste lid, StPO) en ook verhoren aan haar delegeren (artikelen 142 StPO en 312, tweede lid, StPO). Het openbaar ministerie voert eventueel *schikkingsonderhandelingen* met de beklaagde en de gedupeerde (artikel 316 StPO).[51] Als er een akkoord wordt bereikt, wordt de procedure gestaakt (artikel 319 e.v. StPO). Eventueel vinden er afspraken tussen de beklaagde en het openbaar ministerie plaats (en meestal ook met de gedupeerde), om de *verkorte procedure* te entameren (artikel 358 e.v. StPO).[52] Acht het openbaar ministerie het onderzoek compleet, dan zijn er drie mogelijkheden om het gerechtelijk vooronderzoek af te sluiten: het openbaar ministerie kan een strafbeschikking uitvaardigen (artikel 352 e.v. StPO),[53] de strafprocedure afbreken – in de vorm van een sepot – of een aanklacht indienen:

47. Vgl. onderaan 5.b.
48. Vgl. onderaan 5.b.
49. Vgl. Landshut & Bosshard, in: A. Donatsch, T. Hansjakob & V. Lieber, 2014, artikel 309 N 24 e.v.
50. Het StPO noemt het 'openbaar ministerie', bedoeld is echter steeds de officier van justitie die de zaak behandelt.
51. Vergelijk onderaan 5.a.
52. Vergelijk onderaan 5.b.
53. Zie daarvoor onderaan 5.b.

- Als de uitvaardiging van een strafbeschikking mogelijk is, dan gaat dit altijd voor op de mogelijke indiening van een aanklacht. Het openbaar ministerie heeft hier geen stem in.
- De zaak wordt geseponeerd wanneer het openbaar ministerie er zeker van is dat er op de rechtszitting vrijspraak zou volgen (artikel 319 e.v. StPO). In geval van twijfel moet – aldus het Federale Gerechtshof – de hardere aanpak worden gekozen en een aanklacht worden ingediend (in dubio pro duriore).[54] Een sepot volgt ook wanneer om opportuniteitsredenen kan en moet worden afgezien van verdere vervolging van het delict (artikel 319, eerste lid, sub e, en tweede lid, StPO, artikel 8, vierde lid, StPO).[55]
- Als er geen reden is voor een sepot en er ook geen strafbeschikking uitgevaardigd is, moet er een *aanklacht* worden ingediend (artikel 324 e.v. StPO). In dit geval beslist de rechtbank. Het openbaar ministerie doet de aanklacht samen met de dossiers toekomen aan de partijen en eventueel ook aan andere betrokkenen, en aan de bevoegde rechtbank (artikel 327 StPO). De indiening van de aanklacht kan niet worden aangevochten (artikel 324, tweede lid, StPO).

4.4 De onderlinge verhouding van de twee fasen van het vooronderzoek

De wettelijke kaders voor het informeren van het openbaar ministerie (artikel 307 StPO) en voor het openen van het onderzoek (artikel 309 StPO) zijn niet alleen van betekenis voor de samenwerking tussen politie en openbaar ministerie. Zij regelen ook de rechten van de partijen. Pas in het onderzoek van het openbaar ministerie hebben de beklaagde en een civiele partij de volle rechten van een (proces)partij. De beklaagde heeft in het opsporingsonderzoek door de politie slechts een recht om een klacht in te dienen (artikel 393 e.v. StPO) en een recht om een advocaat in te schakelen (artikel 159 StPO). Bovendien heeft alleen het openbaar ministerie het recht om te beslissen over de inzage van de processtukken (artikel 101 StPO). De politie verleent geen inzage in de processtukken, behalve wanneer zij van het openbaar ministerie een concrete aanwijzing daarvoor krijgt. Tegen deze achtergrond is het van groot belang dat het OM-onderzoek niet door 'te lang' speurwerk van de politie steeds maar uitgesteld of in feite compleet vervangen wordt. Zodra een 'redelijk vermoeden van een strafbaar feit' bestaat, moet het OM-onderzoek worden geopend (artikel 309, eerste lid, sub a, StPO). Vanaf dat moment is er juridisch gezien geen ruimte meer voor zelfstandig speurwerk van de politie. De

54. De gevestigde rechtspraak, vergelijk bijvoorbeeld BGer, uitspraak 1B_ 46/2011 van 1-6-2011, E. 4; BGE 137 IV 219; kritisch daarover W. Wohlers, 'In dubio pro duriore – zugleich Besprechung von BGer, Urteil v. 11.7.2011, 1B+123/2011 = BGE 137 IV 2019,' *forumpoenale* 2011/6, p. 372. Vergelijk m.b.t. het opportuniteitsprincipe onderaan 5.a.
55. C. Riedo, G. Fiolka & M.A. Niggli, *Strafprozessrecht sowie Rechtshilfe in Strafsachen*, Basel: Helbing Lichtenhahn Verlag 2011, N 2368; N. Schmid & D. Jositsch, *Handbuch des schweizerischen Strafprozessrechts*, 2017, Zürich/St. Gallen: Dike Verlag, N 1249; N. Schmid & D. Jositsch, 2018, artikel 319 N1.

drempel is echter diffuus, want de zwaarte van de verdenking die tot opening van het OM-onderzoek noopt, laat zich niet duidelijk omschrijven. Soms moeten de rechtbanken achteraf vaststellen op welk moment het openen van een onderzoek zich opdrong.[56] Als de politie een tijdige opening van een onderzoek belemmert, kunnen door haar verzamelde bewijzen onbruikbaar worden.[57]

5 De regeling van opsporingsbevoegdheden en dwangmiddelen

5.1 Inleiding

In het vooronderzoek kunnen onderzoeksbevoegdheden zowel door de politie als door het openbaar ministerie worden uitgeoefend. In het StPO zijn hieraan zo'n honderd bepalingen gewijd. Wij beperken ons tot een toelichting van algemene voorwaarden voor toepassing van dwangmiddelen, de bevoegdheden waarom het gaat alsmede de basiskenmerken van bijzondere opsporingsbevoegdheden en de voorwaarden voor toepassing van voorlopige hechtenis. De bespreking van alle onderzoeksbevoegdheden zou het bestek van dit landenrapport te buiten gaan.

Als 'dwangmiddelen' gelden alle procedurele handelingen van de strafvervolgingsorganen die met het oog op strafvervolging inbreuk maken op grondrechten van de betrokkenen. In het bestek van het Zwitserse recht is 'dwangmiddelen' dus een overkoepelende term, waaronder allerlei handelingen vallen. Of daarbij 'dwang' in de eigenlijke zin van het woord wordt uitgeoefend, is niet van belang. Bij bijzondere opsporingsbevoegdheden is bijvoorbeeld geen sprake van dwang, maar die worden wel tot de 'dwangmiddelen' gerekend. De wet stelt algemene beperkingen aan de instelling van dwangmiddelen waarbij minimumeisen gelden. Deze worden bij de individuele dwangmiddelen gepreciseerd en vaak verhoogd. In het algemeen geldt dat een dwangmiddel uitsluitend mag worden ingesteld als de wet hierin voorziet, als sprake is van ten minste een redelijk vermoeden en als de dwangmaatregel proportioneel is (artikel 197, eerste lid, StPO).

De wettelijke basis voor dwangmiddelen moet vervat zijn in een wet (in formele zin). Uit de vereiste van een wettelijke basis volgt een gesloten systeem voor de dwangmiddelen. Wanneer er geen wettelijke basis kan worden gevonden, is het dwangmiddel niet toegestaan. De wettelijke basis voor dwangmiddelen in het StPO is van zeer uiteenlopende aard en gewicht, waarbij het kan gaan van dagvaarding via huiszoeking tot aan preventieve hechtenis. Bepalingen die in andere wetten staan, kunnen echter ook toereikend zijn. Specifiek zijn in het StPO onder andere de volgende dwangmiddelen geregeld: het opsporingsbevel (artikel 201

56. Vergelijk reeds BGer, uitspraak 6B_825/2008 van 9-4-2009.
57. Landshut & Bosshard, in: A. Donatsch, T. Hansjakob & V. Lieber, 2014, artikel 309 N 2a.

e.v.), de vrijheidsbenemende maatregelen (artikel 212 e.v.), doorzoeking (artikel 241 e.v.), onderzoek aan het lichaam, de DNA-analyse (artikel 255 e.v.), de inbeslagneming (artikel 263 e.v.) en bijzondere opsporingsbevoegdheden (artikel 269 e.v. StPO). Toepassing van een dwangmiddel is alleen toegestaan als er *geen minder vergaande middelen* mogelijk zijn. Dit is vooral van praktische betekenis bij vrijheidsbeperkende maatregelen als alternatief voor voorlopige hechtenis (artikel 237 e.v. StPO). Bovendien moet het belang van het delict de toepassing van het dwangmiddel rechtvaardigen (artikel 197, eerste lid, StPO). Dit vereiste wordt in de wet op verschillende plaatsen geconcretiseerd. Zo kan bijvoorbeeld voor een klein strafbaar feit geen voorlopige hechtenis worden opgelegd (artikel 221, eerste lid, StPO).

Het StPO werkt bij een strafbaar feit met verschillende verdenkingsniveaus om de bevoegdheden van de strafrechtelijke organen te bepalen. In het algemeen moet er sprake zijn van 'voldoende' redelijk vermoeden (een gerede verdenking) voordat een dwangmiddel kan worden toegepast. Er ontbreekt echter een wettelijke definitie van het begrip. In de rechtspraak en voorschriften met betrekking tot dwangmiddelen worden verschillende omschrijvingen gebruikt. Er worden bijvoorbeeld 'belangrijke redenen', of 'concrete indicaties' verlangd, die erop duiden dat er sprake is van een strafbaar feit.[58] Voor zware dwangmiddelen wordt een '*dringender Tatverdacht*' verlangd, een 'dringende verdenking'. Vereist worden kwalitatief 'goede aanwijzingen' die erop duiden dat de verdachte het feit heeft gepleegd, of aanwijzingen die blijk geven van een 'aanmerkelijke of hoge waarschijnlijkheid van een veroordeling'.[59] Zulke formuleringen bieden de strafrechtelijke organen veel beoordelingsspeelruimte. Bovendien wordt ook erkend dat de vereisten 'dynamisch' zijn. Wat aan bewijzen en aanwijzingen nodig is, richt zich naar de zwaarte van de inbreuk, naar het stadium waarin het onderzoek zich bevindt en naar de zwaarte van de misdrijven die vervolgd worden.[60]

5.2 Bevoegdheden tot toepassing van dwangmiddelen

In het vooronderzoek ligt de bevoegdheid tot toepassing van dwangmiddelen in beginsel bij het openbaar ministerie. Bij geheime dwangmiddelen (bijzondere opsporingsbevoegdheden) moet het openbaar ministerie echter meestal de toestemming van een rechter (*Zwangsmaßnahmengericht* – dwangmiddelrechtbank)[61] verkrijgen. De controle van de rechter is ex post, dus *nadat* het openbaar ministerie de maatregel heeft ingesteld. Bij zeer ernstige inbreuken op grondrechten is de toe-

58. Hug & Scheidegger, in: A. Donatsch, T. Hansjakob & V. Lieber, 2014, artikel 197 N 5.
59. Hug & Scheidegger, in: A. Donatsch, T. Hansjakob & V. Lieber, 2014, artikel 197 N 12.
60. BGer, uitspraak 1B_501/2012 van 10-10-2012; Hug & Scheidegger, in: A. Donatsch, T. Hansjakob & V. Lieber, 2014, artikel 197 N 10 e.v.
61. Artikel 18 StPO.

passing van een dwangmiddel deels voorbehouden aan de rechter, met name wat betreft vrijheidsbeneming (artikelen 226, eerste lid, en 299 StPO). Slechts in die gevallen waarin het StPO haar uitdrukkelijk hiertoe de bevoegdheid verschaft, mag de *politie* dwangmiddelen toepassen. Dat geldt ingeval er dringende noodzaak is tot directe toepassing van dwangmiddelen, bijvoorbeeld een doorzoeking (artikel 213 StPO).[62] De *rechtbank in eerste aanleg* kan, vanaf het moment dat de aanklacht is ontvangen, alle dwangmiddelen toepassen met uitzondering van vrijheidsbeneming die onder de bevoegdheid van de 'dwangmiddelenrechter' blijft vallen.

Voor het opleggen van voorlopige hechtenis moest men zich toch al wenden tot een rechtbank, omdat het openbaar ministerie in het Zwitserse stelsel geen onafhankelijke rechterlijke autoriteit is als bedoeld in artikel 5, derde lid, EVRM.[63] Het 'Zwangsmaßnahmengericht' is verder bedoeld als tegenwicht voor de bundeling van bevoegdheden op het gebied van opsporing, OM-onderzoek en aanklacht bij de officier van justitie. Dat het gerecht deze taak vervult, wordt in de literatuur betwijfeld, maar onderzoek is er niet naar gedaan. Verzoeken om voorlopige hechtenis door het openbaar ministerie worden in enkele kantons vrijwel altijd door het gerecht gehonoreerd: in 2017 heeft het openbaar ministerie Luzern 224 verzoeken om voorlopige hechtenis of vervangende maatregelen bij het 'Zwangsmaßnahmengericht' ingediend. Slechts in twee gevallen werd een verzoek afgewezen. Onduidelijk is of dit resultaat terug te voeren is op de hoge kwaliteit van de verzoeken of op een praktijk bij de rechtbank van 'stempel erop en voilà'.

5.3 Bijzondere opsporingsbevoegdheden (artikelen 269-298d StPO)

Het StPO regelt zes soorten bijzondere opsporingsbevoegdheden: de observatie van het post- en telefoonverkeer (artikel 269 e.v. StPO), de observatie met technische observatieapparaten (artikel 280 e.v. StPO), de observatie door de politie (artikel 282 e.v. StPO), de observatie van banktransacties (artikel 284 e.v. StPO), het undercoveronderzoek (artikel 285a e.v. StPO) en de undercoveropsporing door de politie (artikel 298a e.v. StPO).

De voorschriften over de bijzondere opsporingsbevoegdheden zijn sinds 2011 veelvuldig gewijzigd. Er moesten lacunes worden opgevuld en onduidelijkheden worden weggenomen, die in de loop der jaren aan het licht gekomen zijn. In het begin heeft in Zwitserland de afbakening van het 'undercoveronderzoek' van andere activiteiten van de politie voor enorme problemen gezorgd. Het begrip was

62. Vergelijk BGE, 139 IV 128 e.v. (onrechtmatige doorzoeking van een mobiele telefoon door de politie, ofschoon er geen sprake was van 'dreigend gevaar'; toelaatbaarheid van de gegevens als bewijs desondanks bevestigd).
63. Vergelijk EHRM 23 oktober 1990, applicatienr. 12794/87 (*Huber t. Schweiz*).

in het StPO eerst niet beschreven; de wetgever had enkel regeling van bevoegdheden die een zware inbreuk maken op de persoonlijke levenssfeer voor ogen. Het Federale Gerechtshof zag de zaken echter anders. Van een heimelijk onderzoek zou al sprake zijn als medewerkers van de politie die niet als zodanig herkenbaar zijn, met het oogmerk van waarheidsvinding contacten met verdachten aanknopen – ongeacht de intensiteit van een misleiding of de duur van de gebruikmaking hiervan.[64] Daardoor werd de wettelijke ruimte voor kortstondige undercoveroperaties van de politie sterk beperkt. Om differentiatie mogelijk te maken, is het undercoveronderzoek voortaan gedefinieerd en relatief nauw omschreven:

> 'Verdeckte Ermittlung liegt vor, wenn Angehörige der Polizei oder Personen, die vorübergehend für polizeiliche Aufgaben angestellt sind, unter Verwendung einer durch Urkunden abgesicherten falschen Identität (Legende) durch täuschendes Verhalten zu Personen Kontakte knüpfen mit dem Ziel, ein Vertrauensverhältnis aufzubauen und in ein kriminelles Umfeld einzudringen, um besonders schwere Straftaten aufzuklären. '[65]

Tegelijkertijd werd er een wettelijke basis voor de 'undercoveropsporing' geschapen:

> 'Verdeckte Fahndung liegt vor, wenn Angehörige der Polizei im Rahmen kurzer Einsätze in einer Art und Weise, dass ihre wahre Identität und Funktion nicht erkennbar ist, Verbrechen und Vergehen aufzuklären versuchen und dabei insbesondere Scheingeschäfte abschliessen oder den Willen zum Abschluss vortäuschen.'[66]

Buiten het toepassingsgebied van het StPO staan veel kantons in hun politierecht bovendien nog undercoveronderzoeken van de politie toe met het oog op het voorkomen van strafbare feiten.

Een behoefte aan wetswijziging ontstond ook bij onderzoek op het internet. De regeling in het StPO had moeite om de technische ontwikkelingen bij te houden. Problemen bestonden onder andere bij de observatie van versleutelde telecommunicatie via het internet, bijvoorbeeld met Skype of WhatsApp. De wetgever heeft daarop gereageerd met een uitbreiding van de opsporingsbevoegdheden. De meest recente vernieuwing (artikelen 269bis – 269quater StPO, van kracht sinds 1 maart 2018) staat gebruikmaking toe van 'bijzondere technische observatieapparaten' (bijvoorbeeld IMSI-catchers) en van 'bijzondere informaticaprogramma's'

64. BGE 134 IV 266 e.v.
65. Artikel 285a StPO.
66. Artikel 298a StPO.

('government software', kortweg 'Govware'[67]), waarmee de versleuteling kan worden omzeild. De observatie van de telecommunicatie (telefoon, mobiele telefoon, e-mail, internet enz.) conform artikel 269 e.v. StPO betreft gegevens die onderweg zijn, inclusief informatie in de mailbox.

Bij de observatie van het post- en telecommunicatieverkeer en de observatie met technische apparaten (GPS-apparaten, videocamera's enz.) is een gekwalificeerde, dat wil zeggende een *dringende verdenking* van een strafbaar feit nodig. Anders volstaat een gerede verdenking. Het Zwitserse recht werkt deels met lijsten van delicten om de gebruikmaking van de dwangmaatregelen te begrenzen: de observatie van het post- en telecommunicatieverkeer en het undercoveronderzoek mag alleen worden ingezet, als het misdrijf dat moet worden opgehelderd op de lijst wordt genoemd. De wetgever heeft aanvankelijk verklaard dat zulke maatregelen tot zware misdrijven beperkt zou moeten blijven.[68] In de wet wordt dit echter niet meer weerspiegeld: de lijsten zijn zeer omvangrijk uitgevallen.

Bij de meeste observatiemaatregelen is de dwangmiddelrechtbank betrokken om de bevoegdheden van het openbaar ministerie te controleren. De politie kan echter de observatie (artikel 282 e.v. StPO) en de undercoveropsporing (artikel 298a e.v. StPO) voor een maand autonoom uitvoeren. Pas daarna heeft zij de toestemming van het openbaar ministerie nodig. De positie van de politie als onderzoeksorgaan wordt daardoor sterk bevorderd.

Het StPO voorziet in plichten tot *het informeren* van personen, die geobserveerd zijn. Het openbaar ministerie deelt hun uiterlijk bij de afloop van het vooronderzoek de reden, de wijze en de duur van de observatie mee respectievelijk stelt hen ervan op de hoogte dat tegen hen undercover-onderzoek of undercover-opsporingswerk is gedaan. Ook wordt hun meegedeeld dat zij hiertegen in beroep kunnen gaan. De mededeling kan echter – behalve bij het undercover-opsporingswerk – uitgesteld of achterwege gelaten worden, als de resultaten niet als bewijs worden gebruikt of wanneer uitstel of achterwege laten wegens zwaarderwegende openbare of private belangen noodzakelijk is (vergelijk bijvoorbeeld artikel 279, tweede lid, StPO). Te denken valt daarbij bijvoorbeeld aan zaken van georganiseerde criminaliteit of aan bedreigde informanten. Het is niet bekend hoe vaak van deze uitzondering gebruikgemaakt wordt.

67. Vergelijk daarmee Hansjakob, in: A. Donatsch, T. Hansjakob & V. Lieber, 2014, artikel 269 N 15. Op zichzelf zou de software ook in staat zijn om online-doorzoekingen of de overdracht van geluid en beeld via de PC te helpen realiseren; men besloot echter dat beide mogelijkheden niet onder artikel 269ter StPO vallen en daarom voortaan verboden zijn (vergelijk Hansjakob, in: A. Donatsch, T. Hansjakob & V. Lieber, 2014, artikel 269ter N 4).
68. Mededeling StPO, p. 1255.

5.4 Voorlopige hechtenis – verzekerde bewaring

Zwitserland onderscheidt de voorlopige hechtenis en de preventieve hechtenis. Onder *voorlopige hechtenis* wordt de hechtenis tijdens het vooronderzoek verstaan (artikel 220, eerste lid, StPO). Vanaf het moment van ontvangst van de aanklacht bij de rechtbank in eerste aanleg spreekt men van *preventieve hechtenis* bij voorzetting van de vrijheidsbeneming (artikel 220, tweede lid, StPO). Bij de uitvoering van de vrijheidsbeneming zijn tussen beide vormen geen verschillen. De verschillende begrippen maken vooral duidelijk, dat het openbaar ministerie na indiening van de aanklacht met betrekking tot de hechtenis niet meer bevoegd is. Artikel 221 StPO schrijft met betrekking tot het opleggen van hechtenis voor:

1. 'Untersuchungs- und Sicherheitshaft sind nur zulässig, wenn die beschuldigte Person eines Verbrechens oder Vergehens dringend verdächtig ist und ernsthaft zu befürchten ist,[69] dass sie:
   a. sich durch Flucht dem Strafverfahren oder der zu erwartenden Sanktion entzieht;
   b. Personen beeinflusst oder auf Beweismittel einwirkt, um so die Wahrheitsfindung zu beeinträchtigen; oder
   c. durch schwere Verbrechen oder Vergehen die Sicherheit anderer erheblich gefährdet, nachdem sie bereits früher gleichartige Straftaten verübt hat.
2. Haft ist auch zulässig, wenn ernsthaft zu befürchten ist, eine Person werde ihre Drohung, ein schweres Verbrechen auszuführen, wahrmachen.'

5.4.1 Redenen voor hechtenis

Voor toepassing van hechtenis moet sprake zijn van zowel de *dringende verdenking* als van een *reden voor hechtenis*. De twee klassieke redenen voor hechtenis – vluchtgevaar (artikel 221, eerste 1, sub a, StPO) en collusiegevaar (artikel 221, eerste lid, sub b, StPO) – zullen de Nederlandse lezer ook vertrouwd in de oren klinken en behoeven nauwelijks nadere uitleg. Daarnaast kent Zwitserland echter nog twee andere redenen voor hechtenis die weinig met het waarborgen van het ongestoorde verloop van het strafproces te maken hebben. Zij dienen in de eerste plaats of zelfs uitsluitend ter *speciale preventie*: zij bieden de mogelijkheid van vrijheidsbeneming ter voorkoming van toekomstige delicten van de betrokkene – zonder dat aan de voorwaarden die als rechtswaarborg in het materiële strafrecht gelden voldaan hoeft te zijn. De drempel voor de vrijheidsbeneming ligt daarom relatief laag.

Wat betreft de reden tot inhechtenisneming conform artikel 221, eerste lid, sub c, StPO (recidiverisico), wordt vereist dat er zowel naar het verleden als naar de toekomst wordt gekeken. Volgens de wet is het noodzakelijk dat de beschuldigde persoon reeds eerder delicten begaan heeft (minstens twee). Bovendien moeten er con-

69. Zie m.b.t. recidiverisico BGE 143 IV 9 e.v.

crete aanknopingspunten bestaan om aan te nemen dat hij in de toekomst andere soortgelijke delicten zal begaan. Het vereiste *van eerdere delicten* is in de rechtspraak van het Federale Gerechtshof in lucht opgegaan. In bepaalde omstandigheden vindt het Hof het voldoende dat er acuut zware misdrijven dreigen.[70] Het Federale Gerechtshof argumenteert dat het zeker niet de bedoeling van de wetgever is geweest om potentiële slachtoffers aan het risico van geweldsdelicten bloot te stellen. Daarmee wordt eraan voorbijgegaan dat voor de hechtenis een duidelijke wettelijke basis vereist is, hetgeen het StPO (dus het wetboek zelf!) zelfs benadrukt (artikel 197, eerste lid, sub a, StPO). In het lopende project om het StPO te wijzigen wordt een compromis voorgesteld. Daarin wordt naast de ongunstige misdaadprognose minstens één eerder gepleegd delict vereist.[71]

Met inhechtenisneming conform artikel 221, tweede lid, StPO (uitvoeringsrisico) wordt beoogd het risico van zware geweldsdelicten weg te nemen door betrokkene in hechtenis te nemen. De hechtenis kan zonder dringende verdenking worden opgelegd en zonder dat er een verband is met een lopend strafproces. Het voorschrift is een niet-passend element in het StPO.[72] Het zorgt er in feite voor dat zulke inbreuken in heel Zwitserland in handen van het openbaar ministerie liggen en niet door de kantons aan andere organen worden toegewezen. Dat de federale overheid het recht heeft om zulks te bepalen, wordt binnen de rechtswetenschap betwijfeld.[73] Men is er nog niet uit hoe lang de preventieve hechtenis maximaal mag duren als de betrokkene gevaarlijk blijft.[74]

5.4.2 De procedure van inhechtenisneming in het kort

Volgens het EVRM moet een gearresteerde persoon onmiddellijk, dat wil zeggen binnen enkele dagen,[75] aan een rechter worden voorgeleid. Zwitserland heeft aan een oude traditie vastgehouden en een relatief lange procedure hiervoor uitgetrokken, die in de regel van de politie naar het openbaar ministerie en vervolgens van het openbaar ministerie naar de rechtbank voert – waarbij twee verhoren en de opstelling van schriftelijke verzoeken zijn ingebouwd. Aan het begin staat meestal een voorlopige inhechtenisneming door de politie (artikel 217 e.v. StPO). De beklaagde wordt een eerste maal ondervraagd en – indien hechtenis vervolgens nodig lijkt – vlot aan het openbaar ministerie voorgeleid (artikel 219, vierde lid,

70. BGE 137 IV 18 e.v. = Pra 100 (2011) Nr. 90; later veelvuldig bevestigd, bijvoorbeeld BGer, uitspraak van 27 november 2012, 1B676/2012, E.3.1; BGer, uitspraak van 20 augustus 2013, 1B250/2013, E.2.2.
71. Rapport van toelichting StPO, p. 13.
72. Aldus Pieth 2016, p. 145.
73. Vergelijk Pieth 2016, p. 145; Hug & Scheidegger, in: A. Donatsch, T. Hansjakob & V. Lieber, 2014, artikel 221 N 41.
74. Hug & Scheidegger, in: A. Donatsch, T. Hansjakob & V. Lieber, 2014, artikel 221 N 45.
75. Vergelijk bijvoorbeeld EHRM 29 november 1988, applicatienrs. 11209, 11234/84, 1266/84, 11386/85, (*Brogan and Others t. The United Kingdom*), par. 58 e.v. EHRM 12 maart 2003, applicatienr. 46221/99, (*Öcalan t. Turkije*), par. 107 e.v.

StPO). De officier van justitie geeft de beschuldigde persoon de gelegenheid stelling te nemen met betrekking tot de verdenking van het delict en de redenen van zijn arrestatie (artikel 224 StPO). Wanneer hij de beschuldigde vervolgens in hechtenis wil nemen, dan moet hij onmiddellijk, uiterlijk binnen 48 uur na arrestatie, een verzoek tot inhechtenisneming bij de dwangmiddelenrechtbank indienen (artikel 224, tweede lid, StPO). Het verzoek moet schriftelijk plaatsvinden en gemotiveerd worden. De belangrijkste processtukken moeten als bijlagen worden toegevoegd. Daarop begint de dwangmiddelenrechtbank een rechtszitting waaraan de beklaagde en zijn verdediging moeten deelnemen (artikel 225 StPO). Ook kan een deelname van het openbaar ministerie gerechtelijk worden bevolen. In het tijdsbestek van nog eens 48 uur moet daarop het Zwangsmaßnahmengericht beslissen of de beschuldigde persoon in voorlopige hechtenis moet worden genomen of 'onmiddellijk in vrijheid gesteld moet worden' (artikel 226 StPO). Gerekend vanaf het tijdstip van de arrestatie moet de beslissing van deze rechtbank dus uiterlijk binnen 96 uur op tafel liggen. Voor de eerste termijn kan de hechtenis voor maximaal drie maanden worden opgelegd (artikel 227 StPO). In plaats van de hechtenis moeten alternatieve (vrijheidsbeperkende) maatregelen worden gebruikt, als dit in de zaak volstaat (artikel 237, eerste lid, StPO). Bij een verlenging verloopt de procedure op ongeveer dezelfde wijze. De voorlopige hechtenis mag telkens met nog eens drie maanden, in uitzonderingsgevallen met ten hoogste zes maanden, worden verlengd (artikel 227 StPO). Absolute maximumgrenzen voor de hechtenis in het lopende proces kent Zwitserland niet. Bepaald is alleen dat die in geen geval langer mag duren dan de duur van een straf of maatregel die de beklaagde bij veroordeling te wachten staat (artikel 212, derde lid, StPO). Centraal staat daarom de toetsing of een grond voor de hechtenis nog steeds bestaat en of de proportionaliteit van de inbreuk nog wel aanwezig is.

Het Federale Gerechtshof heeft het openbaar ministerie de bevoegdheid gegeven om een vrijlating van de beschuldigde persoon met een bezwaar aan te vechten. Een wettelijke basis hiervoor is in het StPO niet te vinden.[76] In enkele kantons hebben rechtbanken ook geweigerd de werkwijze te veranderen.

76. Gevestigde rechtspraak, vergelijk in plaats van vele BGE 138 IV 94; 137 IV 23 e.v.; 137 IV 89 e.v.; 137 IV 232.

6 De beslissing over de afdoening van strafbare feiten (vervolgingsbeslissing)

6.1 Inleiding

Uitgangspunt van de strafvervolging is in Zwitserland[77] het legaliteitsprincipe: 'Die Strafbehörden sind verpflichtet, im Rahmen ihrer Zuständigkeit ein Verfahren einzuleiten und durchzuführen, wenn ihnen Straftaten oder auf Straftaten hinweisende Verdachtsgründe bekannt werden' (artikel 7, eerste lid, StPO). Zijn tegenhanger, het opportuniteitsbeginsel, was in zijn zuivere vorm in Zwitserland nooit geworteld. Men is het er echter al lange tijd over eens dat een strikte uitvoering van het strafrecht de capaciteiten van de strafrechtelijke organen overbelast en kan indruisen tegen het beginsel van proportionaliteit. Het huidige StPO weerspiegelt deze houding: het afzien van strafvervolging is mogelijk, maar slechts in zeer specifieke omstandigheden die in de wet zijn vastgelegd (artikelen 8, 310, eerste lid, sub c, en 319, eerste lid, sub e, StPO).

Voor de strafrechtelijke organen blijft regelmatig slechts een kleine speelruimte over voor een eigen beoordeling. Men spreekt daarom van een 'gematigd opportuniteitsbeginsel'. De beslissing over het afzien van vervolging ligt in de eerste plaats bij het openbaar ministerie. Het openbaar ministerie is bevoegd een lopend onderzoek stop te zetten of niet te openen. Deze beslissing kan in Zwitserland *niet* met het opleggen van straffen of voorwaarden worden gecombineerd, anders dan bij de 'transactie' in Nederland. Wanneer er een aanklacht ingediend wordt, kan de rechtbank in enkele gevallen ook nog zorgen voor stopzetting (artikel 8, tweede en derde lid, StPO).[78] Voor de politie geldt juridisch gezien een strikt legaliteitsprincipe. In de praktijk blijft voor haar alleen de mogelijkheid over van de 'de facto' opportuniteit (bewust de andere kant op kijken enz.).

6.2 Redenen om van strafvervolging af te zien

De redenen om van strafvervolging af te zien zijn in het StPO deels door een verwijzing naar bepalingen van het materiële strafrecht geregeld (vergelijk artikelen 8, eerste lid, 310, eerste lid, letter c en 319, eerste lid, letter e, StPO).

---

77. Een rechtsvergelijking met Nederland is te vinden in F. Went, *Das Opportunitätsprinzip im niederländischen und schweizerische Strafverfahren, Eine rechtsvergleichende Studie unter besonderer Berücksichtigung der Rechtsgeschichte und des internationalen Rechts* (diss. Rotterdam/Zürich), Zürich: Schulthess Verlag 2012.
78. Bij artikel 8, lid 1 StPO is de handelwijze *omstreden.* Het Federale Hoogste Gerechtshof eist in constellaties waarin het strafrecht voorziet in de bevrijding van straf, dat de rechtbanken een schuldigverklaring zonder straf uitspreken (BGE 139 IV 220). In de doctrine wordt deels ook in deze gevallen een stopzetting verlangd, vergelijk Wohlers, in: A. Donatsch, T. Hansjakob & V. Lieber, 2014, artikel 8 N11.

In het StGB en enkele andere wetboeken van de federale overheid zijn omstandigheden omschreven die het *afzien van strafvervolging* kunnen toestaan of afdwingen. Enkele daarvan worden in het StPO afzonderlijk aangeduid (artikel 8, eerste lid, StPO): gevallen waarin de schuld van de dader en de gevolgen van de daad onbeduidend zijn (artikel 52 StGB); de schadeloosstelling (artikel 53 StGB); en de zware gevolgen die de dader zelf heeft ondervonden van zijn daad (artikel 54 StGB). Wij pikken de *schadeloosstelling* eruit, omdat deze in Zwitserland tot felle discussies met bijzonder tegengestelde standpunten heeft geleid. Een stopzetting wegens schadeloosstelling komt bij delicten tot de gradatie middelzwaar in aanmerking (vrijheidsstraf tot maximaal twee jaar). De beklaagde moet de schade vergoed hebben die hij aangericht heeft of bijzondere inspanningen tot een compensatie aan de dag gelegd hebben. Bovendien moet het belang van de buitenwereld en de gedupeerden bij een bestraffing van de beschuldigde persoon als gering worden beschouwd. De openbare ministeries hebben in de laatste jaren gebaseerd op deze regeling procedures tegen de voormalige opperbevelhebber van het leger van Zwitserland, tegen de miljardair Viktor Vekselberg, en tegen het concern Alstom afgehandeld. Deze handelwijze heeft veel opzien gebaard. Er zou sprake zijn van een *Kuhhandel mit der Gerechtigkeit*.[79] Momenteel wordt er in het parlement over gedebatteerd om het toepassingsgebied van de schadeloosstelling te beperken.[80]

In het materiële strafrecht zijn er daarnaast diverse bepalingen die voorzien in het *afzien van bestraffing*. Dat betekent, dat een rechtbank de beklaagde onder bepaalde omstandigheden schuldig bevindt, maar geen straf oplegt. Als aan de voorwaarden van de regelingen reeds in het vooronderzoek is voldaan, dan kan het openbaar ministerie besluiten tot een stopzetting (artikel 319, sub e, StPO). Op deze manier is ervoor gezorgd, dat de rechtbanken niet met zulke zaken worden belast.

Het tweede en derde lid van artikel 8 van het StPO voegen nog meer redenen voor het afzien van strafvervolging toe. In de eerste plaats gaat het om gevallen waarin de dader zich reeds in een strafproces bevindt of bevond, en toch al bestraft wordt. Daden die daarnaast relatief onbeduidend lijken, dienen niet verder te worden vervolgd. Daardoor kunnen strafprocessen op de wezenlijke beschuldigingen worden toegespitst. Op de tweede plaats wordt de stopzetting in zaken met een buitenlandse vertakking mogelijk gemaakt. Artikel 8, derde lid, StPO laat het afzien van de procedure in Zwitserland toe, ten gunste van een strafvervolging in het buitenland. Overeenkomstig artikel 8, tweede en derde lid, StPO moet stopzetting echter verenigbaar zijn met de belangen van de civiele eisende partij.

79. Vergelijk dienaangaande L. Schaub, 'Die Wiedergutmachung nach Artikel 53 StGB: Formelle und materielle Aspekte', *Ius.full* 2014, p. 74 e.v.
80. Parlementariër Daniel Vischer, parlementair initiatief van 14 december 2010, modificatie van artikel 53 StGB, Cura Vista – 'Geschäftsdatenbank', dossiernummer 10.519, beschikbaar op www.parlament.ch (laatstelijk geraadpleegd op 4 juni 2018).

Daarbij komt nog eens de stopzetting bij een *schikking* (artikel 316 StPO). De afdoening van de zaak vindt hier plaats gebaseerd op een consensus van de partijen. In het vooronderzoek worden de schikkingsonderhandelingen door het openbaar ministerie geïnitieerd en geleid. Komt er een schadeloosstelling aan de orde, dan *moet* het openbaar ministerie trachten een schikking te bereiken. In het Zwitserse strafrecht bestaat er daarom een groot aantal klachtdelicten. Ligt er een verzoek op tafel, dan *kan* het openbaar ministerie streven naar een schikking. In de regel gaat het erom dat de beschuldigde persoon de schade vergoedt, zich verontschuldigt enzovoort, waarop de gedupeerde het verzoek intrekt. Om de schikking voor de partijen extra aantrekkelijk te maken, worden de kosten van de procedure voor rekening van de staatskas genomen als het verzoek naar aanleiding van de schikking wordt ingetrokken (artikel 427, derde lid, StPO). In gevallen van schadeloosstelling ontbreekt deze stimulans.

6.3 Vereenvoudigde procedures

Via het gematigde opportuniteitsprincipe kan in Zwitserland slechts een gering aantal gevallen worden afgehandeld. Bovendien worden de redenen om van een strafproces af te zien vaak pas duidelijk wanneer alle inspanningen worden geleverd die gepaard gaan met een normaal vooronderzoek. De mogelijkheid om de strafrechtelijke organen te ontlasten, is zeer gering. Om iets te doen aan de scheve verhouding tussen het aantal strafbare feiten dat vervolgd moet worden en de geringe capaciteit die daarvoor beschikbaar is, wordt een toevlucht gezocht in vereenvoudigde procedures.[81] Er staan twee varianten ter beschikking: de oplegging van straffen direct door het openbaar ministerie (strafbeschikking) of in samenwerking met de strafrechtbank in een 'verkorte procedure'.[82]

De strafbeschikking wordt in Zwitserland al sinds lange tijd breed uitgevaardigd. Deze was oorspronkelijk voor lichte vergrijpen bedoeld, en diende als oplossing bij veelvoorkomende criminaliteit. Het toepassingsgebied ervan is in de loop der decennia echter geleidelijk uitgebreid. Vandaag de dag kunnen lichte tot middelzware delicten[83] met een strafbeschikking worden gesanctioneerd. Het openbaar ministerie stelt een soort voorstel voor een vonnis op, dat de beschuldigde wordt toegezonden. Voorwaarde is dat de beschuldigde persoon de toedracht bekend heeft of dat hij 'anderszins toereikend ingelicht' is. Een verhoor van de beschuldigde persoon is daarvoor niet per se nodig. Het openbaar ministerie kan vrij-

81. Vergelijk A. Donatsch & I. Arnold, 'Auswirkungen der EMRK auf das schweizerische Strafprozessrecht', in: T. Jaag & C. Kaufmann, *40 Jahre Beitritt der Schweiz zur EMRK Referate zur Jubiläumstagung vom 27. November 2014*, Zürich/Basel/Genf: Schultess 2015, p. 102 e.v.
82. Vergelijk Donatsch & Arnold 2015, p. 102 e.v.
83. In de rechtswetenschap is omstreden of ten minste bij de oplegging van een vrijheidsstraf een motivatie nodig is; vergelijk dienaangaande Schwarzenegger, in: A. Donatsch, T. Hansjakob & V. Lieber, 2014, artikel 353 N 6.

heidsstraffen tot maximaal zes maanden of daarmee gelijk te stellen financiële sancties opleggen (artikel 352, eerste lid, StPO). De straf kan met andere maatregelen worden gecombineerd, zoals bijvoorbeeld de verbeurdverklaring (artikel 70 e.v. StGB). Als er binnen tien dagen geen schriftelijk bezwaar is ingediend, krijgt de strafbeschikking de status van een *rechtsgeldig* vonnis (artikel 354, derde lid, StPO). Beroep hiertegen is uitgesloten. In het geval van bezwaar is er geen directe toegang tot de rechter. Het openbaar ministerie zet de procedure zelf voort (artikel 355, eerste lid, StPO). Het neemt verder bewijzen in ontvangst en beslist dan nogmaals over de afsluiting van het vooronderzoek (artikel 356, derde lid, StPO). Het gaat daarbij dan om de vraag of het openbaar ministerie aan de strafbeschikking vasthoudt, de procedure stopzet, een nieuw strafbeschikking uitvaardigt of een aanklacht indient (artikel 355, derde lid. StPO). Houdt het openbaar ministerie vast aan de strafbeschikking, dan wordt de zaak – net als bij de aanklacht – verwezen naar de rechtbank (artikel 356, eerste lid, StPO). Alleen in dit geval kan de oorspronkelijke strafbeschikking door een rechtbank worden gecontroleerd. De procedure omtrent de strafbeschikking wordt in Zwitserland deels heftig bekritiseerd. Daarbij gaat het er niet om de procedure compleet af te schaffen. Ernstige tekortkomingen worden echter vastgesteld in de wijze waarop de procedure nu vormgegeven is. De consequenties van het aanvaarden van de strafbeschikking worden door de beschuldigde persoon vaak niet overzien. Het is maar de vraag of zijn taalvaardigheid toereikend is om het stuk te begrijpen en of voldoende verdediging is gewaarborgd.[84] In het kanton Sankt Gallen is de positie van deze procedure in het huidige recht onderzocht. In 2013 bedroeg het aandeel van de strafrechtelijke procedures die uiteindelijk voor de rechtbank werden afgesloten slechts 1 procent van alle aangiftes; 99 procent van de strafbeschikkingen werd al door het openbaar ministerie afgehandeld. In het kanton Sankt Gallen is de verhouding strafbeschikkingen/aanklachten momenteel 98,3 om 1,7 procent.[85] De media berichten dat de openbare ministeries in 2017 in Zwitserland in totaal 427.500 strafbeschikkingen hebben uitgevaardigd.[86] Daar komen nog eens strafbeschikkingen wegens kleine overtredingen bij die in de individuele kantons niet in de statistiek zijn opgenomen. Grof geschat zijn dat rond de 450.000 'veroordelingen' per jaar zonder tussenkomst van de rechter – in een land met rond de 8,3 miljoen inwoners.

Een nieuwigheid was in 2011 de introductie van de zogenoemde *verkorte procedure* (artikel 358 e.v. StPO), die dicht in de buurt komt van het Amerikaanse *plea bargaining*. De verkorte procedure moet radicale bewijsvereenvoudiging opleveren bij de berechting van de ernstige en zeer zware criminaliteit. De beschuldigde persoon[87]

84. Vergelijk onderaan 12.c.
85. Vergelijk met dit alles T. Hansjakob, 'Zahlen und Fakten zum Strafbefehlsverfahren', *FP* 2014/3, p. 160 e.v.
86. Aargauer Zeitung, Presseschau van 27 mei 2018.
87. Een behandeling door de verdediging is dwingend (artikel 130, letter e StPO).

en het openbaar ministerie bereiken overeenstemming over de inhoud van de aanklacht en de sancties. Een volledig onderzoek van het openbaar ministerie wordt daardoor vermeden. De invoering van de verkorte procedure was omstreden. De wetgever wilde afspraken codificeren die in de rechtspraktijk al voorkwamen. Volgens de rechtswetenschap ging echter het opzijschuiven van traditionele principes binnen het strafproces veel te ver. De bedoeling van de verkorte procedure is dat de beschuldigde persoon de wezenlijke toedracht bekent, dat ten hoogste een vrijheidsstraf van vijf jaar ter discussie staat en dat hij de vorderingen van de civiele eisende partij in principe erkent (artikel 358 StPO). Het resultaat van de gesprekken tussen openbaar ministerie en verdachte wordt in een akte van beschuldiging vervat die reeds met een voorgesteld vonnis overeenkomt. Dit voorgesteld vonnis moet ter goedkeuring aan de rechtbank worden gezonden. Op de openbare terechtzitting moet de beschuldigde persoon opnieuw bekennen. Een bewijsprocedure is uitgesloten; er zijn geen requisitoiren en pleidooien. De rechtbank toetst het voorgestelde vonnis kort en bondig, ook de gepastheid van de sanctie. Accepteert de rechtbank het totaalpakket, dan wordt het tot vonnis verheven (artikel 361 StPO). Aangezien verlenging van de procedure het doel van een vlotte procesafhandeling in de weg staat, is de mogelijkheid van beroep sterk beperkt (artikel 362, vijfde lid, StPO).[88] De verkorte procedure loopt spaak wanneer er in het vooronderzoek ook maar één civiele eisende partij haar veto tegen uitspreekt, wanneer de beschuldigde persoon voor de rechter zijn bekentenis intrekt of wanneer de rechtbank het voorstel afwijst. In al die gevallen wordt de gewone procedure toegepast: dagvaarding voor de rechtbank. Het is echter altijd mogelijk om een tweede poging tot een verkorte procedure te wagen.

In de praktijk heeft de verkorte procedure tegen de verwachtingen in snel vaste voet aan de grond gekregen.[89] In Genève nam deze in 2014 reeds 12,8 procent van alle aanklachten voor haar rekening, evenals in het kanton Zürich.[90] In Bern lag het aandeel in de buurt van de 25 procent.[91] Drugsdelicten spelen een grote rol, omdat er geen civiele eisende partijen zijn die zouden moeten instemmen. De procedure wordt echter ook bij zedendelicten gebruikt, omdat het slachtoffer dan verhoren op de openbare rechtszitting bespaard blijven en een snelle afsluiting mogelijk wordt gemaakt. Op het gebied van de economische delicten komt de verkorte procedure zelden aan bod. Erkenning van de civiele vorderingen is in deze gevallen een aanzienlijke hindernis.

88. Bij de herziening (hervatting van de procedure) zijn differentiaties nodig, vergelijk BGer, uitspraak 6B 17/2017 van 15 mei 2018, bedoeld voor officiële publicatie.
89. Bewijzen bij Pieth 2016, p. 260; Schwarzenegger, in: A. Donatsch, T. Hansjakob & V. Lieber, artikel 358 N 2.
90. 12 procent van alle aanklachten volgens het Jaarverslag 2013 van het Openbaar Ministerie Zürich. p. 2.
91. Pieth 2016, p. 260.

7 De berechting

7.1 Inleiding

De rechtbank in eerste aanleg kan een alleensprekende rechter of een college van rechters zijn (minstens drie leden). Berechting door een alleensprekende rechter is echter uitgesloten wanneer het openbaar ministerie een vrijheidsstraf van meer dan twee jaar of bepaalde vrijheidsbeperkende maatregelen eist (artikel 19 StPO). Zwitserland heeft een lange traditie met lekenrechters. Bij hen wordt een beroep gedaan op het gezonde verstand en hun levenservaring, vooral bij rechtscolleges. Het StPO heeft nu echter de bevoegdheden van de alleensprekende rechters relatief ruim geformuleerd. In de meeste strafrechtelijke procedures wordt vandaag de dag door een alleensprekende rechter vonnis gewezen, in ieder geval in het kanton Zürich. Lekenrechters kunnen in een dergelijke functie niet teruggrijpen op een college. In de desbetreffende procedure zijn zij dan meestal aangewezen op het advies van griffiers die een rechtenstudie hebben voltooid. Om deze redenen heeft de stemgerechtigde bevolking zich in het kanton Zürich in 2016 met overduidelijke meerderheid (66 procent) uitgesproken voor afschaffing van de lekenrechters in de rechtbanken in eerste aanleg.

Het proces begint bij ontvangst van de aanklacht bij de rechtbank in eerste aanleg en eindigt met de openbaarmaking van het vonnis. De kern van het proces is het onderzoek ter terechtzitting (artikel 335 e.v. StPO), die gewoonlijk openbaar is (artikel 69 StPO).

7.2 Het verband tussen het vooronderzoek en de behandeling ter terechtzitting

De overgang van het vooronderzoek naar de behandeling ter terechtzitting is ook in Zwitserland een belangrijke scheidslijn. Alle bevoegdheden tot het voeren van het proces gaan over op de rechtbank, ook de bevoegdheden tot toepassing van dwangmiddelen (artikel 197, eerste lid, sub b, StPO). Het openbaar ministerie wordt slechts partij in het proces. Ondanks het belang van de verwijzing naar de rechtbank is er in Zwitserland geen instantie die de aanklacht toetst.[92] De aanklacht en de processtukken worden door de rechtbank zelf gecontroleerd (artikel 329 StPO). In procedures bij collegiale rechtbanken wordt deze taak door de president van de desbetreffende rechtbank afgehandeld. Op de rechtbanken met een alleensprekende rechter neemt de rechter die met de zaak belast is de toetsing op zich. Deze oplossing is vooral gekozen om redenen van efficiency en ter bespoediging van de procedure. Het is een zeer radicale oplossing, omdat de indiening van de

92. Zie daarvoor Pieth 2016, p. 236 e.v.; E. Roos & J. Konrad, 'Die Prüfung der Anklagen ach Artikel 329 StPO', *forumpoenale* 2012/5, p. 301 e.v.

aanklacht van het openbaar ministerie niet met rechtsmiddelen kan worden bestreden (artikel 324, tweede lid, StPO).[93]

De toetsing van de aanklacht bij de rechtbank is een intern proces. Het onderwerp van toetsing is in de wet rudimentair geregeld (artikel 329, eerste lid, StPO) en zeer omstreden.[94]
De rechtbanken gaan er stelselmatig van uit dat hun controle niet tot formaliteiten beperkt is. Getoetst wordt daarom ook – hoewel veeleer summier – of er eigenlijk wel een redelijk vermoeden van een strafbaar feit is, of er een cruciaal bewijsmiddel ontbreekt of dat er vormverzuimen zijn begaan bij het verzamelen van bewijs.[95] Bij vastgestelde gebreken wordt het proces echter lang niet altijd gesloten. Wel kan de aanklacht met de dossiers ter verbetering en ter aanvulling van bewijzen naar het openbaar ministerie worden teruggewezen.[96] Voor deze beslissing is er bij collegiale rechtbanken echter een besluit van de gehele rechtbank nodig (artikel 329, tweede lid, StPO). Wanneer een vonnis definitief niet kan worden geveld, wordt de procedure stopgezet (artikel 329, vierde lid, StPO). De rechter die de aanklacht toetst, werkt ook in de verdere procedure mee. Het Federale Gerechtshof acht hem niet vooringenomen.[97] In de literatuur is dat onderwerp van kritiek. Het is evident dat de onafhankelijkheid van de rechtbank in gevaar is. De scheiding der machten wordt door de procedure voor terugverwijzing van de aanklacht sterk gerelativeerd.[98]

7.3 Voorbereiding en uitvoering van de behandeling ter terechtzitting

Wordt de aanklacht geaccepteerd, dan treft de procesleiding (de president van de rechtbank) de nodige voorbereidingen voor het proces. De partijen kunnen bewijsaanvragen indienen, waarover direct beslist wordt (artikel 330 e.v. StPO). Afgewezen aanvragen kunnen op de openbare zitting worden herhaald (artikel 331, derde lid, StPO). Wordt de procedure voor een collegiale rechtbank gevoerd, dan brengt de procesleiding de dossiers in omloop. Er wordt verwacht dat iedere rechter deze tot aan de openbare zitting grondig bestudeert.

Indien niet voor de verkorte procedure is gekozen, vindt er een reguliere *behandeling ter terechtzitting* plaats. De aanwezigheid van het openbaar ministerie is alleen dwingend noodzakelijk als het verzoekt om een vrijheidsstraf van meer dan een jaar of een vrijheidsbeperkende maatregel (artikel 337, derde lid, StPO). Aan het

93. Pieth 2016, p. 229.
94. Pieth 2016, p. 239; Roos & Jeker 2012, p. 301 e.v.
95. Vergelijk TPF 2012, 42; kritisch daarover Pieth 2016, p. 239; Roos & Jeker 2012, p. 304 e.v.
96. Vergelijk TPF 2012, 42; Pieth 2016, p. 237.
97. Bger, uitspraak 1B_703/2011 van 03-2-2012.
98. Pieth 2016, p. 239; Roos & Jeker 2012, p. 301 e.v.

begin worden vragen vooraf van de partijen opgehelderd (artikel 339, tweede en derde lid, StPO). Dit kan bijvoorbeeld behandeling achter gesloten deuren betreffen, de rechtsgeldigheid van de aanklacht of conflicten over de dossiers. Er kan ook worden verzocht om de behandeling ter terechtzitting in twee opeenvolgende sessies op te delen. Ook andere verdelingen zijn mogelijk, maar de beschikking uit het eerste deel is echter steeds bindend (artikel 342 StPO). Bewijzen worden in principe op de zitting ingebracht. Ondervragingen worden door de rechtbank zelf uitgevoerd. Dan volgt de inbreng van de partijen, waarbij het openbaar ministerie begint – als het aanwezig is (artikel 346 StPO). Na het requisitoir van het openbaar ministerie en het pleidooi van de verdediging heeft de beklaagde het recht op het laatste woord (artikel 347, eerste lid, StPO). De aanklacht kan onder bepaalde omstandigheden aan het openbaar ministerie worden teruggegeven ter wijziging of ter uitbreiding, om 'ongerechtvaardigde vrijspraken' te voorkomen (artikel 333 StPO). Aansluitend op een geheime beraadslaging over het vonnis wordt het vonnis door de rechtbank mondeling uitgesproken en kort gemotiveerd (artikelen 348, 351 StPO jo. 84 StPO). Van een schriftelijke motivering kan onder bepaalde omstandigheden worden afgezien, zelfs als relatief zware sancties zijn opgelegd (artikel 82 StPO).

7.4 De rol van het onmiddellijkheidsbeginsel

In Zwitserland was een onmiddellijke bewijsvoering[99] al voor de harmonisatie van het procesrecht nauwelijks in strikte vorm gerealiseerd. Ook het huidige model is een compromis dat elementen van onmiddellijke en middellijke bewijsvoering combineert. De rechtbanken hebben alle vrijheid om alle bewijzen te verzamelen die zij *willen* verzamelen. Een plicht hiertoe hebben ze echter slechts in nauw afgebakende gevallen.

7.4.1 Beperkte onmiddellijke bewijsvoering tijdens de behandeling ter terechtzitting

Artikel 350, tweede lid, StPO is bepalend voor de overgang van bewijzen uit het vooronderzoek naar de behandeling ter terechtzitting. De rechtbank baseert zich bij zijn oordeel op de bewijzen die in het vooronderzoek en in de behandeling ter terechtzitting verzameld zijn. Hoewel ook de verzameling van bewijzen tijdens het onderzoek ter terechtzitting een rol speelt, ligt het zwaartepunt duidelijk in het vooronderzoek.

Mocht er een aanklacht ingediend worden, dan moet het openbaar ministerie bij de rechtbank alle substantiële bewijzen aanvoeren waarop een vonnis gebaseerd kan

99. Vergelijk ook M.S. Groenhuijsen & H. Selçuk, 'The Principle of Immediacy in Dutch Criminal Procedure in the Perspective of the European Human Rights Law', *ZStW* 2014, p. 248 e.v.; A. Kaufmann, *Das Unmittelbarkeitsprinzip und die Folgen seiner Einschränkung in der Schweizerischen Strafprozessordnung* (diss. Luzern), Zürich: Schulthess Verlag 2013.

worden (artikel 308, eerste en derde lid, StPO). De rechtbank moet haar oordeel zo veel mogelijk zonder eigen bewijsverkrijging kunnen vellen. Van het openbaar ministerie wordt daarom een hoge mate van zorgvuldigheid verlangd. Het moet ervoor zorgen dat de bewijzen uitvoerig en zo correct mogelijk worden verzameld, zodat er op de zitting geen complicaties optreden. Bij verhoren is een consciëntieuze verslaglegging bijzonder belangrijk. Van verklaringen moet simultaan verslag worden gelegd. Doorslaggevende vragen en antwoorden moeten woordelijk worden opgetekend. In enkele kantons is het echter niet ongebruikelijk dat er slechts met samenvattingen van verklaringen wordt gewerkt.[100] Het openbaar ministerie heeft ook de bevoegdheid om zelf getuigen te ondervragen (artikel 162 e.v. StPO). Het recht om iemand als getuige te ondervragen kan ook aan medewerkers van de politie worden verleend (artikel 142, tweede lid, StPO). Zij kunnen dan in opdracht van het openbaar ministerie het verhoor van de getuige afnemen.

In de behandeling ter terechtzitting moet de beklaagde direct worden gehoord, die zich in de regel niet hieraan kan onttrekken (artikel 336, eerste lid, StPO). Verder is bewijsverkrijging op de zitting weliswaar mogelijk, maar eerder uitzonderlijk (vergelijk artikel 343 StPO). Getuigen worden gedagvaard en verhoord, wanneer zij *nieuw* zijn en over de zaak vermoedelijk iets relevants te melden hebben. *Onvolledige bewijzen* moeten in de behandeling ter terechtzitting worden aangevuld. Verder moeten bewijzen die in het vooronderzoek *niet volgens de voorschriften* werden verkregen opnieuw worden verzameld (artikel 343, tweede lid, StPO). Relevant wordt dit primair in situaties waarin de rechtbank pas bij de behandeling ter terechtzitting merkt dat een bewijs onbruikbaar is. Wordt het probleem reeds bij de toetsing van de aanklacht vastgesteld, dan neigen de rechtbanken ertoe de aanklacht samen met het dossier naar het openbaar ministerie terug te sturen.[101] Veelbetekenend is ten slotte de algemene regel dat bewijzen nogmaals verkregen moeten worden, wanneer 'onmiddellijke kennisneming' hiervan voor het vellen van het oordeel 'nodig lijkt' (artikel 343, derde lid, StPO). Het gaat om gevallen waarin de rechtbank een bewijs – vooral verklaringen – niet op gepaste wijze kan beoordelen zonder zich een persoonlijke indruk te verschaffen. Een voorbeeld zijn situaties waarin het 'het ene woord tegen het andere' is.[102] De regeling versterkt de onmid-

100. Vgl. TPF 2011, 84, 87; N. Capus, M. Stoll & M. Suri, 'Protokollstile im institutionellen Kontext. Mittelbarkeit der Beweiserhebung und Verlaufsprotokolle von Einvernahmen', *Revue de Droit Pénal Suisse* 2017/1, p. 17 e.v.

101. TPF 2012, 42 e.v.; BGer, uitspraak 6B_302/2011 van 26-7-2011, E. 2.2; BGer, uitspraak 6B_304/2011 van 26-7-2011, E. 3.2.2 = Pra 101 (2012) Nr. 54, p. 281 e.v.; Oger Aagau, *forumpoenale* 2012/1, p. 22; Oger Zürich, beschikking van 2 februari 2012, SB110320, E. 5.2; in tegenstelling tot Roos & Jeker 2012, p. 304.

102. Vergelijk W. Wohlers, 'Die formelle Unmittelbarkheit der Hauptverhandlung', *ZStrR* 2013/131, p. 318 e.v.; W. Wohlers, 'Die Unmittelbarkeit der Beweiserhebung im Strafprozess', *ZStrR* 2013/132, p. 424 e.v.

dellijkheid in de behandeling ter terechtzitting; de hantering ervan geschiedt echter in hoge mate naar goeddunken van de rechtbank.

Bij de berechting in Zwitserland schommelt de bewijsvoering daarom tussen beperkte onmiddellijkheid en middellijkheid, afhankelijk van diverse factoren, naargelang van hoe belangrijk voor de rechter een persoonlijke indruk van een getuige is, hoeveel fouten uit het gerechtelijk vooronderzoek moeten worden hersteld en hoe de rechtbank met bewijsverzoeken van de partijen omgaat. In het kanton Zürich beperken de strafrechtbanken zich in de regel tot het verhoren van de beschuldigde persoon (artikel 341, derde lid, StPO). Een ondervraging valt meestal kort uit. Tot verhoren van getuigen komt het gewoonlijk alleen wanneer er fouten in het vooronderzoek geweest zijn en een verhoor daarom moet worden herhaald.[103]

In tweede instantie – bij het hoger beroep (artikel 398 e.v. StPO) – gelden soortgelijke basisprincipes. De rechtbank kan zich op alles dossiers baseren die tot dan toe samengekomen zijn. Bewijzen moeten echter in een openbare terechtzitting worden aangevuld of nogmaals worden verkregen wanneer dit voor de waarheidsvinding nodig is (artikel 398 StPO).[104] Op de voorgrond staat de correctie van fouten die in eerste instantie erin geslopen zijn of die nog voortvloeien uit het vooronderzoek. Als er geen reden is om bewijs aan te voeren, kan in tweede instantie onder bepaalde omstandigheden een zuiver schriftelijke procedure worden gevolgd (artikel 406 StPO).

7.4.2 Deelname van de partijen aan de bewijsverkrijging in het vooronderzoek

Het principe van de onmiddellijkheid heeft in Zwitserland relatief sterk aan betekenis ingeboet. De rechtbank kan alle bewijzen uit het vooronderzoek gebruiken die correct zijn verkregen. Betrekt men de structuur van de gehele strafrechtelijke procedure erbij, dan daalt de betekenis van dit principe naar een minimum. De uitkomst van het geding (strafbeschikking, verkorte procedure) wordt meestal al bereikt in een vooronderzoek en niet in een behandeling ter terechtzitting. Behandelingen ter terechtzitting vormen statistisch gezien een hoge uitzondering. Om deze reden heeft de wetgever gepoogd om een deelname van de partijen aan de verkrijging van bewijzen reeds in het vooronderzoek te waarborgen. Bovendien zijn verdedigingsrechten van de beschuldigde persoon in het vooronderzoek van de politie verhoogd naar de minimale norm van het EVRM. Daarmee wordt reke-

103. S. Summers & D. Studer, 'Fairness im Strafverfahren?, Eine empirische Untersuchung', *ZStrR* 2016/134, p. 66 e.v.

104. Vgl. BGer 6B_98/2014 van 30-9-2014, E. 3.8 (artikel 389 in samenhang met artikel 343 StPO); BGE 140 IV 198 (artikel 343, lid 3 in samenhang met artikel 405, lid 1 StPO); BGE 143 IV 288 (artikel 341, lid 3 in samenhang met artikel 405, lid 1 StPO; ondervraging van beklaagde ambtshalve dwingend); Godenzi 2018, p. 12 e.v.

ning gehouden met de opvatting dat de richting voor de verdere procedure in de praktijk meestal door de politie wordt bepaald – al in een eerste verhoor.

Verhoren van de beschuldigde persoon in het opsporingsonderzoek van de politie

De beschuldigde persoon moet bij het begin van een eerste verhoor door de politie worden geïnformeerd over zijn rechten. In het bijzonder over zijn recht om te zwijgen en over zijn recht om een raadsman in te schakelen en een vertaler te eisen. Voorts moet hij ervan in kennis worden gesteld, dat tegen hem een strafrechtelijke procedure is ingeleid en wat hem ten laste wordt gelegd. Als dat niet is gebeurd, is een verklaring onbruikbaar (artikel 158 StPO). Erkend wordt ook dat de verdediging al aan een eerste verhoor kan deelnemen. Verder wordt de beklaagde het recht op ongestoorde communicatie met de verdediging gegarandeerd – voor, tijdens en na een eerste verhoor en in het bijzonder in het geval van een inhechtenisneming (artikel 159 StPO). Dat is voor Zwitserland een vooruitgang ten opzichte van de situatie voor 2011. In enkele kantons was het de praktijk om de verdediging pas na een eerste ondervraging van de beklaagde toe te laten – EVRM of geen EVRM. De politie stond daarom sceptisch ten opzichte van de huidige regeling. De opname ervan in de wet ging met horten en stoten, hoewel de rechten door het EHRM allang waren vastgesteld.[105] De ordes van advocaten hebben piketdiensten ingericht, zodat er 24/7 verdediging bereikbaar is. De raadsman kan op afroep binnen korte tijd ter plaatse verschijnen. Het verhoor wordt onderbroken tot de beklaagde met zijn verdediging overleg heeft kunnen voeren.[106]

Het recht van de partijen op deelname aan het onderzoek van het openbaar ministerie

Het aansluitende onderzoek van het openbaar ministerie is voor de partijen in principe openbaar (artikel 147 StPO). Er is een recht op aanwezigheid bij de verkrijging van bewijzen en er bestaat het recht om verhoorde personen vragen te stellen (artikel 147, eerste lid, StPO). Het recht op deelname geldt voor de beklaagde en zijn verdediging, maar ook voor de civiele eisende partij en haar rechtsbijstand. Het geldt ook wanneer de officier van justitie verhoren aan andere personen delegeert, in het bijzonder aan de politie (vergelijk artikelen 142, 311, en 312, tweede lid, StPO). Het delegeren mag de rechten van de partijen niet schaden. Aanwezigheid betekent fysieke aanwezigheid in de ruimte waar de bewijsverkrijging plaatsvindt. Op het kantoor van het openbaar ministerie kan het daarom af en toe krap

105. Vergelijk artikel 6, cijfer 1 en 3, letter b en c EVRM; EHRM 24 september 2009, applicatienr. 7025/04 (*Pishchalnikov t. Rusland*), par. 70; EHRM 18 februari 2010, applicatienr. 39660/02 (*Zaichenko t. Rusland*), par. 55; G. Godenzi, in: A. Donatsch, T. Hansjakob & V. Lieber, 2014, artikel 159 N 8 e.v.

106. Vergelijk ; EHRM 24 september 2009, applicatienr. 7025/04 (*Pishchalnikov t. Rusland*), par. 68 e.v.; Pieth 2016, p. 97.

worden. De gelegenheid om vragen te stellen wordt uiterlijk aan het einde van het verhoor geboden. Echter, heeft de partij op dit tijdstip onder bepaalde omstandigheden nog geen of nog geen volledige inzage in het dossier (artikel 101 StPO), dan verzwakt dat haar positie. Het recht op deelname is niet hetzelfde als het ondervragingsrecht conform artikel 6, derde lid, sub d, EVRM.

Het aanwezigheidsrecht van de verdediging (artikel 147 StPO) geldt bij (getuigen)verhoren (artikel 142 e.v. StPO), bij de uitvoering van een schouw (artikel 193 StPO) en bij een reconstructie van de toedracht van het delict. De rechten dienen bij herhaalde ondervraging van een persoon in het verloop van het onderzoek steeds opnieuw te worden gewaarborgd. Het gaat om een simultane controle bij de verkrijging van het bewijs. Weliswaar bestaat er geen recht op uitstel van een verhoor, maar onder bepaalde omstandigheden bestaat echter recht op herhaling (artikel 147, derde lid, StPO). Afspraken over het tijdstip zijn daarom in de praktijk de regel. Anders riskeert het openbaar ministerie conflicten die het verdere verloop van het proces bemoeilijken. Wordt het deelnamerecht geschonden, dan mogen bewijzen niet ten koste van de niet-aanwezige partij worden gebruikt (artikel 147, vierde lid, StPO). Daarvan kan ook de civiele eisende partij profiteren.

Beperkingen van de rechten ontleend aan artikel 147, eerste lid, StPO zijn mogelijk, maar deze zijn restrictief vastgelegd. De aanwezigheid van een partij bij een bewijsverkrijging kan alleen worden uitgesloten wanneer er concrete aanwijzingen bestaan dat zij haar rechten misbruikt (artikel 108, eerste lid, sub a, StPO). De raadsman kan alleen worden uitgesloten wanneer er ten aanzien van de persoon in kwestie een uitsluitingsgrond bestaat (artikel 108, tweede lid, StPO). Met name kan de raadsman niet simpelweg worden uitgesloten met de motivering dat de beschuldigde uitgesloten is. Bij verhoren van medeverdachten hebben de rechten voortvloeiend uit artikel 147, eerste lid, StPO tot discussie geleid.[107] Ook het deelnamerecht van de civiele eisende partij kan voor problemen zorgen. Onopgelost is bijvoorbeeld hoe te werk moet worden gegaan in zaken met honderden particuliere klagers die in het vooronderzoek in de gelegenheid moeten worden gesteld aan alle verhoren deel te nemen. De openbaar ministeries lopen organisatorisch tegen hun grenzen aan. Hier blijkt duidelijk dat de gelijkstelling van de civiele eisende partij met de beklaagde problematisch is. Er kunnen beperkingen op deelname worden gesteld in het kader van rogatoire commissies aan het buitenland (artikel 148 StPO), ter bescherming van bijzonder bedreigde personen, van slachtoffers of van undercover-opsporingsambtenaren (artikel 149 e.v. StPO). Als een partij van een verhoor wordt uitgesloten, moet haar verdedigingsrecht (artikel 107 StPO) op een andere manier of naderhand worden gecompenseerd.

107. Vergelijk onderaan 12.a.

Het recht op confrontatie conform artikel 6, derde lid, sub d, EVRM behoudt naast artikel 147, eerste lid, StPO, zelfstandige betekenis. In de eerste plaats kan het zijn dat het deelnamerecht terecht geweigerd of beperkt werd. In de tweede plaats geldt artikel 147 StPO pas vanaf het onderzoek door het openbaar ministerie. Wat de politie in het kader van haar zelfstandige onderzoekswerkzaamheden (artikel 306 StPO) aan bewijzen verzamelt, valt niet onder de rechten van artikel 147 StPO. In al deze gevallen zijn daarom mede in artikel 6, derde lid, sub d, EVRM de voorwaarden vastgesteld voor beoordeling van de bewijselementen. Een beschuldigde persoon moet in de loop van de procedure een passende en geschikte gelegenheid krijgen, om van zijn confrontatierecht gebruik te maken.[108] Het Federale Gerechtshof richt zich naar de rechtspraak van het EHRM, ook met betrekking tot de beperkingen van dit recht waarnaar hier slechts verwezen kan worden.[109] Als er met een aanklacht rekening moet worden gehouden, dan wordt in het kanton Zürich de confrontatie zo veel mogelijk in het vooronderzoek uitgevoerd en op de zitting niet herhaald. Het openbaar ministerie voldoet in het vooronderzoek echter niet aan de voorwaarden van onpartijdigheid als bedoeld in artikel 6, eerste lid, EVRM. Het is daarom nog maar de vraag of het volstaat wanneer de verdediging het recht op confrontatie onder deze randvoorwaarden kan uitoefenen.[110]

Het recht om bewijsstukken in te dienen

De partijen kunnen het verloop van een onderzoek (proberen te) beïnvloeden door bewijsstukken in te dienen. Het recht bewijsstukken in te dienen bestaat vanaf het begin van het onderzoek en permanent tijdens de gehele procedure (artikel 107, sub 3, StPO). Het is echter nauwelijks mogelijk om dit recht zo nodig tegen de wil van de strafrechtelijke organen uit te oefenen. Hierdoor boet dit instituut sterk aan kracht in. Weliswaar mag de indiening van bewijsstukken alleen worden afgewezen om redenen die in het StPO staan opgesomd (artikel 139 StPO), maar in de praktijk wordt deze bijdrage gebruikt als welkome aanleiding voor een 'geanticipeerde waardering van het bewijs' – in het nadeel van de indiener.[111] Volgens het Federale Gerechtshof is het toegestaan dat zowel de officier van justitie als de rechter indiening afwijzen met het argument dat zij hun oordeel reeds gevormd hebben en de verkrijging van meer bewijs daaraan toch niets meer zou kunnen veranderen.[112] Deze rechtspraak brengt met name de beklaagde in een moeilijke positie.

108. BGE 125 I 127, 136 f; BGE 124 I 274, 285.
109. Zie bijv. EHRM 15 december 2015, applicatienr. 9154/10 (*Schatschaschwili t. Duitsland*); EHRM 15 december 2011, applicatienr. 26766/05, 22228/06 (*Al-Khawaja en Tahery t. het Verenigd Koninkrijk*); BGE 129I 151; 131 I 476; BGE 133 I 133; Groenhuijsen & Selçuk 2014, p. 263 e.v.
110. Vergelijk Summers & Studer 2016, p. 70 e.v.; Groenhuijsen & Selçuk 2014, p. 263 e.v.
111. Vergelijk daarover Wohlers, in: A. Donatsch, T. Hansjakob & V. Lieber, 2014, artikel 139 N 8 e.v. Het bewijsresultaat dat uit de beschikbare bewijstukken blijkt, wordt puur theoretisch aangevuld met de feiten van de bewijsaanbieding en vervolgens beoordeeld.
112. Vergelijk bijvoorbeeld BGE 134 I 148; BGer, uitspraak 6S.559/2006 van 2 maart 2007, E. 3.2; BGer, uitspraak 6B-564/2011 van 27 november 2012.

Hem wordt onder bepaalde omstandigheden de kans op een effectieve verdediging ontnomen.[113] Daar komt bij dat tegen de afwijzing door het openbaar ministerie van een bewijsaanbieding geen bezwaar- of beroepsmogelijkheid bestaat. Om redenen van proceseconomische aard en ter versnelling van de procedure sluit artikel 394, sub b, StPO een bezwaar tegen afwijzing van een bewijsaanbieding uit – tenzij er een verlies van het bewijsmiddel dreigt. Wanneer het openbaar ministerie een bewijsverkrijging afwijst, staan de partijen op dat moment machteloos. In het geval dat er een aanklacht volgt, kunnen bewijsaanbiedingen opnieuw worden gedaan voor de rechtbank. Bij de rechtbanken is er echter een sterke neiging om enkel af te gaan op bewijs dat door het openbaar ministerie wordt aangevoerd.

7.5 De omgang met vormverzuimen

7.5.1 Inleiding

Het is in alle opzichten moeilijk om voor de toelaatbaarheid van bewijs wettelijke regels op te stellen. De situaties die zich kunnen voordoen en (tegenstrijdige) belangen die op dit gebied een rol spelen, zijn te gecompliceerd. De wetgever heeft desondanks een poging gewaagd om ten minste een stukje van de hele problematiek te regelen. Er is een bepaling over verboden wijzen van bewijsverkrijging (artikel 140 StPO) en een bepaling over de toelaatbaarheid van bewijs dat door de strafrechtelijke organen onrechtmatig is verkregen (artikel 141 StPO). Daarnaast zijn er gevallen waarin een bewijselement niet in strijd met het StPO is verkregen, maar niet wordt toegelaten. Op de voorgrond staan situaties waarin de toelating botst met fundamentele principes van het procesrecht of waarin zij zou leiden tot zware inbreuken op grondrechten (zelfstandige toelatingsverboden). Dit gebied is in het StPO slechts fragmentarisch geregeld (bijvoorbeeld artikel 150, derde lid, StPO). Bovendien kan een toelatingsverbod ook rechtstreeks voortvloeien uit schending van een elementaire EVRM-waarborg. Waar het ontbreekt aan duidelijke vooraf gegeven kaders, behelpt men zich met een afweging van belangen. Wij beperken ons tot de behandeling van het toetsingsprogramma als bedoeld in artikelen 140 en 141 StPO.

Zwitserland volgt het principe dat niet iedere schending van het procesrecht door strafrechtelijke organen tot uitsluiting van bewijs leidt, maar wel als daarbij de schending van fundamentele rechten aan de orde is. Er is ook een voorschrift over hoe men om dient te gaan met een ontoelaatbaar bewijselement: de gegevens moeten uit het dossier worden verwijderd, tot aan de rechtsgeldige afsluiting van de procedure gescheiden achter slot en grendel worden bewaard en daarna worden vernietigd (artikel 141, vijfde lid, StPO). De logica hierachter is dat het bewijs van het openbaar ministerie niet meer ter beschikking mag staan en een rechtbank het

113. Pieth 2016, p. 109.

al helemaal niet onder ogen mag krijgen. Problemen ontstaan wanneer het bewijs voor de ene partij gunstig is, maar de andere erop staat dat het verzegeld blijft.[114]

7.5.2 Absolute ontoelaatbaarheid

Artikel 141, eerste lid, StPO noemt gevallen waarin een bewijs in geen geval toelaatbaar is – zonder enige uitzondering ('absolute toelatingsverboden'). Dit geldt in de eerste plaats wanneer bewijzen met veronachtzaming van artikel 140 StPO zijn verkregen. Dit artikel regelt *verboden wijzen van bewijsverkrijging*. Verboden zijn dwang, bedreiging, toezeggingen, misleiding, steeds met uitzondering van de wettelijk toegestane dwangmiddelen. Verboden is bovendien het gebruik of de benutting van middelen die het denkvermogen en de vrije wil van de betrokken persoon beïnvloeden. Dit wordt bijvoorbeeld aangenomen bij een alcoholroes of bij het gebruik van leugendetectors. Ontoelaatbaar zijn zulke bewijzen ook wanneer de betrokkene hiermee instemt (vergelijk artikel 140, tweede lid, StPO). Van grote betekenis zijn bovendien bepalingen van het StPO waarin de ontoelaatbaarheid van het bewijs zelf vastgelegd is. Ook in deze gevallen is het bewijs 'absoluut ontoelaatbaar'. Dit geldt bijvoorbeeld voor verklaringen van de beklaagde die zonder de minimale norm aan voorgeschreven aanwijzingen en voorlichting tot stand is gekomen (vergelijk artikel 158, tweede lid, StPO), voor bewijzen uit een observatie van het post- en telecommunicatieverkeer waarvoor geen toestemming bestond, en voor bewijzen uit een undercoveronderzoek waarvoor geen toestemming bestond (artikel 289, zesde lid, StPO).

7.5.3 Relatieve ontoelaatbaarheid

Daarnaast zijn er gevallen waarin de ontoelaatbaarheid van bewijs weliswaar de basisregel is, maar door een uitzondering gerelativeerd wordt (artikel 141, tweede lid, StPO; 'relatieve toelatingsverboden'): bewijzen die door de straforganen *door middel van strafbare feiten* verkregen zijn of met behulp van *schending van 'toelaatbaarheidsvoorschriften'*, mogen niet worden toegelaten – tenzij 'hun toelating voor de opheldering van zware misdrijven absoluut noodzakelijk is'. Is er daarentegen slechts een vormvoorschrift overtreden, dan is het desbetreffende bewijs toelaatbaar (artikel 141, derde lid, StPO).

In hoofdzaak worden regels die de bescherming van de beklaagde beogen, als *toelaatbaarheidsvoorschriften* aangemerkt. *Ordevoorschriften* zijn daarentegen huisregels die primair voor een ordelijk verloop van de procedure dienen.[115] Dit zijn echter slechts grove richtlijnen. Bij nadere beschouwing bestaan er grote problemen om die twee categorieën af te bakenen. Het onderscheid wordt in het Zwitserse recht al sinds oudsher gemaakt, maar heeft tot op de dag van vandaag geen heldere con-

114. Vergelijk W. Wohlers & L. Bläsi, 'Dogmatik und praktische Relevanz der Beweisverwertungsverbote im Strafprozessrecht der Schweiz', *Recht. Stämpfli* 2015/158 p. 171 e.v.
115. BSK StPO-GLESS, artikel 141 N 67; BGE 130 1 131 e.v.

touren. De rechtbanken neigen ertoe om het gewenste resultaat (toelaatbaarheid) als uitgangspunt voor de indeling te nemen.[116] Bij de vraag of er sprake is van een 'zwaar misdrijf' worden verschillende uitgangspunten gehanteerd. Zo kan bij de abstracte indeling van een norm bijvoorbeeld het misdrijf als vertrekpunt worden gezien dan wel de vraag of bij een norm uitsluitend een vrijheidsstraf dreigt.[117] Of het bewijs 'voor de opheldering absoluut noodzakelijk' is, is in het gerechtelijk vooronderzoek nauwelijks in te schatten. Dit hangt er immers mede van af, wat er nog aan bewijzen bij komt. Daardoor wordt het onzeker of op basis van dit bewijs verdere bewijzen kunnen worden verkregen. Over het geheel genomen heeft de rechtszekerheid weinig baat gehad bij artikel 141, tweede lid, StPO, omdat praktisch elk onderdeel ervan omstreden is. Bovendien wordt de regeling in de literatuur ook om principiële redenen afgekeurd. Wanneer er sprake is van ernstige schendingen van het procesrecht, zou het voor de toelaatbaarheid van het bewijs geen rol mogen spelen hoe zwaar de desbetreffende tenlastelegging is.[118]

7.5.4 Gevolg van onrechtmatig verkregen bewijs: verboden vruchten

Artikel 141, vierde lid, StPO regelt de kwestie van de *overdraagbare werking* van bewijsverboden. Deze vraag komt aan de orde wanneer een ontoelaatbaar bewijsmiddel geleid heeft tot de ontdekking van een ander bewijsmiddel dat correct verkregen werd. In Zwitserland geldt voor zulke bewijzen niet in het algemeen een toelatingsverbod. Artikel 141, vierde lid, StPO bepaalt in dit kader als volgt:

> 'Ermöglichte ein Beweis, der nach Absatz 2 nicht verwertet werden darf, die Erhebung eines weiteren Beweises, so ist dieser nicht verwertbar, wenn er ohne die vorhergehende Beweiserhebung nicht möglich gewesen wäre.'

Het Federale Gerechtshof heeft gepreciseerd dat zuiver theoretische kansen van een rechtmatige verkrijging niet volstaan. Het bewijs moet daarom toegelaten worden, wanneer het 'met grote waarschijnlijkheid' ook zonder het onrechtmatig verkregen bewijs tot stand zou zijn gekomen.[119] Tegelijkertijd speculeert het Federale Gerechtshof er echter lustig op los over of en hoe het indirecte bewijs ook rechtmatig verkregen had kunnen worden.[120] Een blokkering van het bewijs wordt zo veel mogelijk vermeden. In ieder geval zijn zulke hypotheses onmogelijk overeind te houden bij bewijzen die absoluut niet toelaatbaar zijn (artikel 141, eerste lid,

116. Vergelijk BGE 139 IV 128 e.v. (Vereiste van een doorzoekingsbevel van het openbaar ministerie zou bij een optreden van de politie bij 'dreigend gevaar' in het concrete geval slechts een ordevoorschrift zijn).
117. Vergelijk in dit verband Riedo, Fiolka & Niggli 2017, N 1051.
118. Pieth 2016, p. 191 e.v.
119. Vergelijk BGE 138 IV 169
120. Vergelijk Wohlers & Bläsi 2015, p. 168; BGE 138 IV 169; BGer, uitspraak 6B_684/2012 van 15 mei 2013.

StPO): voor deze gevallen wordt zonder meer aangenomen dat ze ook een absolute overdraagbare werking behelzen – maar ook dit is omstreden.[121]

8 Rechtsmiddelen

8.1 Inleiding

Voor alle strafrechtelijke procedures staan in principe drie instanties ter beschikking, waarvan twee binnen de kantons. De derde instantie is het Federale Gerechtshof. Wat de eerste twee instanties betreft, kunnen gerechten (rechtbank en hof van beroep) in principe over juridische en feitelijke kwesties beslissen. Het Federale Gerechtshof kan in principe alleen nog de correcte toepassing van het recht controleren.

Het StPO regelt alleen de beroepsmogelijkheden bij de strafrechtelijke procedure van de kantons. Het stelsel is overzichtelijk: er is het hoger beroep, de klacht en het cassatieberoep (ook wel 'cassatie'). Met het *hoger beroep* (artikel 398 e.v. StPO) kan het vonnis van de rechtbank in eerste aanleg (schuldigverklaring of vrijspraak) worden aangevochten (artikel 21 StPO). De *klacht* (artikel 393 e.v.) dient vooral met het oog op een corrigerende werking op het verloop en de afloop van het vooronderzoek. De *herziening of cassatie* (artikel 410 e.v. StPO) maakt een correctie van rechtsgeldige vonnissen mogelijk door het hof van beroep. Bij het Federale Gerechtshof komt men met de aparte *klacht in strafzaken* die in een eigen wet, te weten de Wet aangaande het Federale Gerechtshof (Bundesgerichtgesetz, of afgekort BGG),[122] geregeld is. Er zij vermeld dat deze 'klacht' ook ontvankelijk kan zijn wanneer het StPO een beschikking als 'definitief' of 'niet-aanvechtbaar' omschrijft. Met een dergelijke kwalificatie wordt slechts de StPO-klacht (artikel 393 e.v. StPO) uitgesloten.

8.2 Hoger beroep

Met het hoger beroep kunnen oordelen van de rechtbank in eerste aanleg (schuldigverklaring/vrijspraak) worden bestreden (artikel 398, eerste lid, StPO).[123] Op deze manier kan een nieuw strafrechtelijk vonnis bewerkstelligd worden. Er zijn verschillende soorten beroep, al naargelang de zwaarte van de strafbare feiten. Bij kleine overtredingen is het beroep beperkt en neemt het hof van beroep het feitencomplex uit het aangevochten vonnis over. In het normale geval kan ten aanzien van de aanklacht in ieder opzicht opnieuw een behandeling ter terechtzitting plaatsvinden en dus een nieuwe beschikking worden vastgesteld. Fouten van de

121. Vergelijk Wohlers & Bläsi 2015, p. 167.
122. Federale wet over het Federale Hoogste Gerechtshof van 17 juni 2005 (SR 173.110).
123. Uitvoerig daarover Godenzi 2018, p. 1 e.v.

rechtbank in eerste aanleg kunnen in de behandeling ter terechtzitting hersteld worden. Een grens is bereikt wanneer in eerste aanleg grove procedurele fouten zijn gemaakt. Voorbeelden zijn een ontoereikende verdediging of een onjuiste samenstelling van de rechtbank. In dat geval wordt het vonnis vernietigd en wordt de procedure terugverwezen naar de rechtbank van eerste aanleg. Deze moet de behandeling ter terechtzitting overdoen (artikel 409 StPO). In de regel wordt over de zaak echter door het hof van beroep zelfstandig een nieuw vonnis uitgesproken. Over de frequentie van de beroepszaken wordt uit het kanton Sankt Gallen gerapporteerd dat er per jaar op ongeveer 500 vonnissen van rechtbanken in eerste aanleg ongeveer 120 beroepszaken voorkomen. Het contingent aan beroepszaken ligt daar dus op circa 25 procent.[124]

De indiening van het hoger beroep verloopt in twee stappen. Eerst dient aan de rechtbank in eerste aanleg binnen tien dagen na openbaarmaking van het vonnis te worden medegedeeld dat men in beroep wenst te gaan. Na ontvangst van het volledige vonnis moeten voor het hof van beroep binnen twintig dagen enkele formele punten 'uiteengezet' worden (artikel 399 StPO). In het bijzonder dient te worden medegedeeld of het vonnis geheel of gedeeltelijk aangevochten wordt. Het is bijvoorbeeld mogelijk om alleen de strafmaat aan het hof van beroep ter herbeoordeling voor te leggen. Een motivering van het beroep is niet vereist. Het hof van beroep doet de andere partijen onverwijld een kopie van deze verklaring toekomen (artikel 400 StPO). Wanneer partijen niet zelf in beroep zijn gegaan, kunnen zij zich bij het primaire hoger beroep aansluiten (incidenteel hoger beroep), waarbij zij de omvang van het beroep zelf kunnen bepalen. Wordt het primaire hoger beroep ingetrokken, dan vervalt ook het incidentele hoger beroep (artikel 401 StPO). Dit 'meeliften' op het primaire hoger beroep is bij het openbaar ministerie een geliefd middel. Het geeft het openbaar ministerie de mogelijkheid het verbod van de *reformatio in peius* buiten werking te stellen, ofschoon het tevoren heeft afgezien van de eigen mogelijkheid van hoger beroep. De beschuldigde persoon kan op deze manier tot het intrekken van zijn hoger beroep worden gedwongen.

Wanneer het hof van beroep op het ingestelde hoger beroep ingaat, vindt in de regel een openbare behandeling ter terechtzitting plaats (artikel 405 StPO). Deze geldt als voortzetting van de behandeling ter terechtzitting in eerste aanleg; het hele proces wordt niet van begin af aan overgedaan. Het Federale Gerechtshof heeft de grondbeginselen die in eerste aanleg gelden in verregaande mate op het hoger beroep van toepassing verklaard. Het dossier moet met eigen bewijsvergaring door het hof van beroep worden aangevuld indien dit voor de waarheidsvin-

124. Hansjakob 2014, p. 162.

ding nodig is.[125] De inhoud van het vonnis komt in beginsel overeen met het vonnis in eerste aanleg. In het bijzonder moeten de bewijzen door de rechtbank zelfstandig worden beoordeeld en de sancties opnieuw worden bepaald. Grenzen daaraan stelt het verbod van de *reformatio in peius*, voor zover dit van toepassing is (artikel 391, tweede lid, StPO). Het hof kan zich deels van schrijfwerk bevrijden door te verwijzen naar de motivering in het aangevochten vonnis (artikel 82, vierde lid, StPO).

Bij gedeeltelijke aanvechting van het vonnis is de procedure gericht op de aangevochten punten (artikel 404, eerste lid, StPO). Het hof van beroep kan echter *ten gunste* van de beschuldigde persoon over de beperking van het hoger beroep heen stappen, indien de aangevochten beslissing eenduidig verkeerd is geweest (vergelijk artikel 404, tweede lid, StPO). Zo kan het bijvoorbeeld voorkomen dat alleen de strafmaat werd aangevochten, maar dat de schuldigverklaring ook duidelijk foutief is. In dit geval kan het hof van beroep een correctie aanbrengen en het punt afwijkend beoordelen. De handelwijze dient de bescherming van de beklaagde en het belang van een goede rechtspleging.

Het hoger beroep kan ook in de vorm van een schriftelijke behandeling worden uitgevoerd (artikel 406 StPO), onafhankelijk van de ernst van de delicten. Het hof van beroep kan de schriftelijke behandeling in bepaalde gevallen autonoom gelasten, bijvoorbeeld wanneer er alleen over juridische kwesties beslist moet worden (artikel 406, eerste lid, StPO). Met de instemming van de partijen kan de schriftelijke behandeling worden uitgebreid naar zaken die op zich een mondelinge behandeling zouden vergen (artikel 406, tweede lid, StPO). Het is nog onvoldoende duidelijk in welke gevallen een dergelijke handelwijze te rechtvaardigen is. Het vonnis krijgt de beklaagde toegezonden per post. Het wordt hem uitgelegd door zijn verdediging, als die er is.[126]

8.3 Klacht

Met de klacht (artikel 393 e.v. StPO) kan bijna elke handeling in het strafproces worden aangevochten – behalve vonnissen. Het gaat om zuiver procedurele kwesties. Op enkele plaatsen is hij ook uitgesloten, meestal om efficiencyredenen of omdat men dacht dat er voor de partij door de uitsluiting niets verloren gaat. Zijn primaire betekenis heeft de klacht in het vooronderzoek. Hiermee kan het optreden van *alle* strafvervolgingsorganen aan een gerechtelijke controle worden onder-

125. Vergelijk BGer 6B_98/2014 van 30 september 2014, E. 3.8 (artikel 389 in samenhang met artikel 343 StPO); BGE 140 IV 198 (artikel 343, lid 3 in samenhang met artikel 405, lid 1 StPO); BGE 143 IV 288 (artikel 341, lid 3 in samenhang met artikel 405, lid 1 StPO, officiële ondervraging van de beklaagde is altijd noodzakelijk).
126. Vgl. aangaande de schriftelijke behandeling van het beroep Godenzi 2018, p. 24 e.v.

worpen, ook het optreden van de politie (artikel 393, eerste lid, sub a, StPO). Een rol speelt de mogelijkheid van indiening van een klacht vooral bij de toepassing van dwangmiddelen en bij beperkingen op het recht van hoor en wederhoor en de rechten van de verdediging. Het rechtsmiddel kan ook worden gebruikt tegen beschikkingen die het vooronderzoek afsluiten (*Nichtanhandnahmeverfügung*, artikel 310, StPO; stopzetting, artikel 319 e.v. StPO). Over de klacht beslist niet het openbaar ministerie, maar een gerecht (artikel 20 StPO).

De klacht kan slechts beperkt worden ingezet tegen proceshandelingen van de *rechtbank in eerste aanleg*. In dit stadium gaat het hoger beroep namelijk in principe voor (artikel 394 StPO). Er treden echter enkele afbakeningsproblemen op. In het algemeen kan men zeggen: 'Wanneer de partijen ook nog door aanvechting van het vonnis hun recht kunnen halen, blijft er voor de klacht geen plaats over.' Een zelfstandig beroep is echter bijvoorbeeld mogelijk bij een stopzetting van de procedure door de rechtbank (artikel 329, vierde lid, StPO). Bovendien kan de klacht tegen bepaalde beschikkingen van het '*Zwangsmaßnahmengericht*' worden ingezet (artikel 393, eerste lid, sub c, StPO). De beschuldigde persoon kan zich bijvoorbeeld met de klacht tegen het opleggen van inhechtenisneming verweren (artikel 222 StPO).

De klacht dient men binnen tien dagen schriftelijk en gemotiveerd bij de klachteninstantie in te dienen. De procedure is in principe schriftelijk. De klachtenrechtbank baseert zich op de dossiers uit de procedure en verzamelt in principe geen eigen bewijzen. Zij moet de beschikking vanuit alle perspectieven controleren (artikel 393, tweede lid, StPO). Tegen de beschikking van de klachtenrechtbank kan volgens het StPO geen beroep worden aangetekend. In aanmerking komt alleen nog een klacht bij het Federale Gerechtshof.[127]

8.4 Herziening of cassatie

Bij de herziening of cassatie gaat het om de vernietiging van rechtsgeldige rechterlijke beslissingen. Binnen het bereik van dit rechtsmiddel vallen ook strafbeschikkingen (bekeuringen), die 'vonnissen' geworden zijn en bepaalde andere beschikkingen (artikel 410 StPO). Bevoegd hiertoe is het hof van beroep (artikel 21, eerste lid, letter b, StPO). Een beroep in cassatie kan ten gunste van de veroordeelde worden ingesteld. Zwitserland heeft dit middel echter ook ten *nadele* van de veroordeelde toegelaten (artikel 410 StPO).

De herziening kan worden verlangd wanneer nieuwe feiten of nieuwe bewijsmiddelen ter tafel liggen waarmee door de oorspronkelijke rechtbank geen rekening is

127. Zie onder 10.d.

gehouden en die geschikt zijn om de vraag van een schuldigverklaring/vrijspraak of de hoogte van de straf wezenlijk te beïnvloeden. Het gaat er primair om de toenmalige toedracht ter discussie te stellen. Een foutieve beoordeling van de bewijzen mag geen aanleiding voor een gerechtelijke herziening zijn en ook simpele gerechtelijke dwalingen kunnen niet worden gecorrigeerd. Andere redenen voor een gerechtelijke herziening zijn onverdraaglijke tegenspraak met een later strafrechtelijk vonnis, de beïnvloeding van het oorspronkelijke vonnis door een onrechtmatige daad en een schending van het EVRM die het EHRM heeft vastgesteld (artikel 410, tweede lid, StPO).

De procedure is in de regel schriftelijk en kent twee stadia. Eerst is er een toetsing vooraf waarin over het al dan niet ingaan op de zaak wordt beslist. Deze toetsing vooraf is in de praktijk een horde die men serieus moet nemen. Er wordt niet ingegaan op verzoekschriften die duidelijk niet-ontvankelijk of niet gemotiveerd zijn (artikel 412 StPO). In een tweede stadium wordt over de gemotiveerdheid van het beroep in cassatie beslist. Heeft het beroep in cassatie succes, dan kan het hof van beroep zelf een nieuw oordeel vellen of de zaak terugverwijzen naar het bevoegde orgaan (artikel 413 StPO). Het beroep in cassatie is in Zwitserland slechts zelden succesvol. Uit een onderzoek uit 2007 is gebleken dat tussen 1995 en 2004 slechts 237 uitspraken moesten worden vernietigd; het grootste deel (196 zaken) werd met nieuwe feiten of bewijzen onderbouwd.[128]

8.5 Klacht in strafzaken aan het Federale Gerechtshof (artikel 78 e.v. BGG)

De klacht in strafzaken aan het Federale Gerechtshof kan pas worden ingediend nadat alle rechtsmiddelen binnen het kanton uitgeput zijn. Het Federale Gerechtshof controleert in de eerste plaats of de vorige instantie het recht correct heeft toegepast. De toetsing moet door terechtwijzingen van degene die de klacht indient, in gang worden gezet. Aan het opstellen van het klachtberoepschrift worden daarom hoge eisen gesteld. Uit statistieken blijkt dat slechts 10 tot 15 procent van alle rechtsmiddelen die bij het Federale Gerechtshof worden ingediend succes hebben. Vaak acht het Federale Gerechtshof de klacht niet-ontvankelijk, rond de 35 procent van alle rechtsmiddelen strandt al in dit stadium.[129]

De klacht in strafzaken kan alleen tegen de beslissing van een *rechtbank* worden ingediend. Beslissingen van een officier van justitie, bijvoorbeeld de indiening van de aanklacht, kunnen niet worden aangevochten. Het rechtsmiddel staat in de eerste plaats bij beslissingen ter beschikking die de strafrechtelijke procedure *afsluiten*.

128. M. Killia, G. Gilliéron & N. Dongois, *Erreurs judiciaires en Suisse de 1995 à 2004, Rapport au Fonds National Suisse de la Recherche Scientifique*, Zurich 2007, p. 18 en 35.
129. T. Geiser & F. Uhlmann, '§ 1 Grundlagen', in: T. Geiser, P. Münch, F. Uhlmann & P.S. Gelzer, *Prozessieren vor Bundesgericht*, Basel: Helbing Lichtenhahn Verlag 2014, N. 1.113.

Dat geldt voor vrijspraken of schuldigverklaringen van het hof van beroep, maar ook voor de beslissingen van de klachtenrechter betreffende het stopzetten of niet ter hand nemen van een strafrechtelijke procedure door het openbaar ministerie. Aanvechtbaar zijn echter ook bepaalde beschikkingen die tijdens de lopende strafrechtelijke procedure worden genomen (voorbeschikkingen en tussenvonnissen; artikel 92 e.v. BGG). Dan gelden echter bijzondere vereisten. De klacht is onder andere mogelijk wanneer de beschikking een niet te herstellen nadeel kan teweegbrengen. Bedoeld zijn belastingen die ook door een later gunstig oordeel niet meer teniet kunnen worden gedaan. Voorbeelden zijn de ontzegging van het recht op toegevoegde rechtsbijstand, de beslissing tot inhechtenisneming of de toepassing van andere dwangmaatregelen (vgl. artikel 93, eerste lid, sub a, BGG).

Het klachtrecht is beperkt tot personen die in de procedure voor de vorige instantie betrokken waren. Verlangd wordt bovendien een juridisch beschermd belang bij de vernietiging of wijziging van de aangevochten beschikking (artikel 81 BGG). Het openbaar ministerie is altijd gerechtigd tot het indienen van een klacht.

De taak van het Federale Gerechtshof bestaat er in de eerste plaats uit een correcte toepassing van het recht te waarborgen. In de klacht staan terechtwijzingen centraal, waarbij het gaat om de schending van het Zwitserse recht en van volkenrecht inclusief het EVRM (artikel 95 BGG). De vaststelling van de feiten door de eerdere rechterlijke instanties kan niet worden aangevochten. Daarop gelden twee uitzonderingen (artikel 97, eerste lid, BGG): in de eerste plaats kan naar voren worden gebracht dat de vorige instantie de toedracht 'duidelijk onjuist' heeft vastgesteld. Op de voorgrond staat de bestrijding van de bewijsbeoordeling van de vorige instantie. Deze moet simpelweg willekeurig en onhoudbaar zijn.[130] Pas dan grijpt het Federale Gerechtshof in. In de tweede plaats kan afkeurend worden gesteld dat de vaststelling van de toedracht 'op een rechtsschending berust'. Op de voorgrond staan schendingen van de hoofdbeginselen van het strafprocesrecht (artikelen 3-11 StPO) en van het bewijsrecht (artikel 139 e.v. StPO). Bovendien moet de indiener van de klacht ook nog duidelijk maken dat een andere afloop van het proces mogelijk is wanneer de toedracht correct wordt achterhaald. De eisen aan het klachtberoepschrift zijn op dit gebied uiterst streng.

De klacht moet binnen dertig dagen schriftelijk en gemotiveerd bij het Federale Gerechtshof worden ingediend. Er moet met behulp van de dossiers en door analyse van de aangevochten beslissing worden gemotiveerd in hoeverre deze gebreken vertoont. Bovendien moeten er concrete verzoeken over de gewenste wijzigingen worden ingediend. In normale gevallen wordt geoordeeld in een driehoofdige bezetting, in bijzonder belangrijke zaken in een vijfhoofdige bezetting (artikel 20

130. BGE 143 IV 243 e.v.

BGG). Wanneer de rechters het oneens zijn, moet er een behandeling ter openbare terechtzitting plaatsvinden. Dat komt zelden voor. In de behandeling ter terechtzitting zijn ook de mondelinge beraadslaging voor het oordeel en de hoofdelijke stemmingen van de rechters openbaar (artikel 59 BGG). Heeft de klacht succes, dan kan het Federale Gerechtshof zelf een oordeel in de zaak vellen (schuldigverklaring/vrijspraak), hetgeen zelden voorkomt, of de vorige instantie wordt aangewezen om opnieuw te oordelen (artikel 107 BGG).

9 De tenuitvoerlegging van straffen

De tenuitvoerlegging van sancties is primair een aangelegenheid van de kantons. Zij executeren de strafvonnissen. In het StGB (artikel 74 e.v. StGB) en in het StPO (artikel 437 StPO) zijn bepaalde uitgangspunten opgenomen die voor heel Zwitserland gelden. Voor de rest drukt het kantonale recht zijn stempel op dit terrein. Bevoegd voor de tenuitvoerlegging is typisch genoeg een administratief orgaan. Dat bepaalt vaak het ware gezicht van de sanctie. Een opgelegde vrijheidsstraf betekent bijvoorbeeld niet altijd dat ook gevangenisstraf wordt ondergaan. In de onderste regionen (tot en met zes maanden/tot een jaar) kan de veroordeelde onder bepaalde omstandigheden thuis blijven wonen en zijn leven van alledag blijven leiden, met toepassing van elektronisch toezicht (artikel 79b StGB), of een werkstraf verrichten (artikel 79a StGB). Daarover beslist het administratieve orgaan. De rechtsbescherming in het administratieve proces is slechter geregeld dan onder het StPO.

10 De modernisering van het strafprocesrecht

10.1 Inleiding

Het Federale ministerie van Justitie heeft het StPO doorgelicht en op kinderziektes onderzocht. Een werkgroep van circa dertig personen heeft hieraan meegewerkt. Deze was vooral samengesteld uit vertegenwoordigers van de rechtspraktijk (politie, openbaar ministerie, advocaten, rechtbanken, strafvoltrekkingsorganen enz.) en enkele vertegenwoordigers van de wetenschap. Intussen ligt het voorontwerp (*Vorentwurf – StPO*) voor een herziening van de huidige wet ter tafel, dat thans in heel Zwitserland ter consultatie is verspreid.[131] De lijst met voorstellen voor aanpassing betreft in totaal circa zeventig artikelen. Het gaat daarbij onder andere om het naar voren verplaatsen van het onderzoeken van de civiele eis, het instellen van een onafhankelijke instantie belast met de toekenning van een van overheidswege toegevoegde advocaat, het nader preciseren van hechtenisgronden, in het bijzonder het gevaar van recidive, het wettelijk regelen van hechtenis in pro-

131. Vgl. hiertoe uitvoerig Rapport van Toelichting StPO, p. 8 e.v.

cedures tot wijziging van maatregelen (artikel 363 e.v. StPO),[132] en het ontlasten van het Federale Gerechtshof. Daarbij komen nog andere punten die van fundamenteel belang zijn en ook delen van het onderhavige rapport betreffen. Deze worden hieronder nader beschreven.

10.2 Inbreuken op het deelnamerecht

Het deelnamerecht van de beklaagde (artikel 147, eerste lid, StPO) moet worden beperkt. Daarmee wordt voldaan aan eisen van het openbaar ministerie, voor wie dit recht altijd al veel te ver is gegaan. De discussie draaide tot nu toe vooral om het verhoren van medeverdachten. Door deelname verkrijgt de verdachte kennis van verklaringen van de andere medeverdachten, onder bepaalde omstandigheden voordat hij zelf ten aanzien van de tenlasteleggingen is ondervraagd. Het Federale Gerechtshof laat daarom toe dat de beklaagde wordt uitgesloten totdat hij eenmaal met de tenlastelegging geconfronteerd is. Dit gebeurt in een eerste ondervraging waarin de verdachte het recht heeft om te zwijgen. Daarna geldt het deelnamerecht. Dat de verdachte zijn opstelling dan kan aanpassen aan dingen die hij in een verhoor te weten komt, is geen reden tot uitsluiting.[133] Want deze mogelijkheid is immanent aan het deelnamerecht.

Een uitsluiting van de verdachte dient alleen te worden toegestaan wanneer te vrezen valt dat hij zijn verklaringen aan de verklaringen van een te verhoren persoon zal aanpassen. De uitsluiting dient ook voor zijn verdediging te gelden. Het verhoor moet in beeld en geluid worden geregistreerd, voor zover daar niet van wordt afgezien (artikel 147a VE-StPO).[134] De registratie moet een controle van de ondervraging achteraf mogelijk maken. De regel betreft alle verhoren, ook die van getuigen. Als dit voorstel wet wordt, valt te vrezen dat een confrontatierecht op grond van het EVRM het enige is wat overblijft.

10.3 Technische hulpmiddelen bij verhoren

Momenteel moeten verklaringen in verhoren in het vooronderzoek ononderbroken worden vastgelegd (artikel 78, eerste lid, StPO). In de praktijk doet de officier van justitie dit meestal zelf, waardoor het gesprek steeds moet worden onderbroken voor invoer in de computer. Na afsluiting van het verhoor wordt het proces-verbaal aan de verhoorde persoon ter lezing en ondertekening voorgelegd (artikel 78, vijfde lid, StPO). Voor zover het nodig is dat er passages uit het proces-verbaal geschrapt of gecorrigeerd worden, vindt dit meteen plaats.

132. Zie boven 1. d.
133. Fundamenteel BGE 139 IV 25 e.v.
134. Rapport van toelichting StPO, p. 27.

Bij een *behandeling ter terechtzitting* worden technische hulpmiddelen gebruikt. De rechtbank kan van het verhoor opnames maken en de opnames bij de dossiers voegen. De verklaring moet nog steeds continu vastgelegd worden, maar de lezing van het proces-verbaal door de ondervraagde persoon vervalt (artikel 78, vijfde lid bis, StPO). Zaken die niet kloppen, kunnen aan de hand van de opname worden gecontroleerd. Daardoor kan tijdverlies door het lezen en de ondertekening van het proces-verbaal worden vermeden. Bovendien wordt een vrijer en directer verhoor mogelijk gemaakt. De regel veronderstelt/vereist echter een toereikende technische uitrusting van de vertrekken van de rechtbank.

Er moeten nu vereenvoudigingen worden ingevoerd die niet alleen voor de behandeling ter terechtzitting gelden, maar ook voor het vooronderzoek. Deze verkrijgen daarom grote praktische relevantie. Er zou voorzien moeten worden in de *mogelijkheid* (niet de plicht) om verhoren op te nemen en van doorlopende verbalisering af te zien. In zulke gevallen moet een proces-verbaal naderhand – gebaseerd op de opnames – opgesteld kunnen worden. Het zou dan volstaan dat de verklaringen inhoudelijk worden samengevat. Van het ter lezing en ondertekening voorleggen van het proces-verbaal wordt afgezien en afstemming kan indien nodig aan de hand van de opname plaatsvinden (artikel 78a VE-StPO).[135]

10.4 Correcties in de procedure omtrent strafbeschikkingen

Bij de totstandkoming van strafbeschikkingen moet de bescherming van de beklaagde worden verbeterd, zoals al lange tijd wordt geëist. Vanaf een bepaalde strafhoogte (bijv. vrijheidsstraf van meer dan vier maanden) moet het openbaar ministerie verplicht worden de beschuldigde persoon voorafgaand aan de uitvaardiging van de strafbeschikking te horen. Er wordt echter gevreesd dat het openbaar ministerie de plicht om te horen door het opleggen van lagere straffen omzeilt.[136] Nu wordt de bezorging van de strafbeschikkingen die bij de post niet worden afgehaald gefingeerd (artikel 88, vierde lid, StPO). In de toekomst moet een en ander verlopen als bij strafrechtelijke vonnissen. Is de bestelling niet mogelijk, dan moet deze gepubliceerd worden (vergelijk artikel 88, eerste lid, StPO).[137]

De termijn voor bezwaar tegen de strafbeschikking moet worden verlengd. Tegenwoordig bedraagt deze slechts tien dagen. In de toekomst moet er gedifferentieerd worden: wordt de strafbeschikking door het openbaar ministerie persoonlijk overhandigd, dan moet de termijn blijven bestaan (artikel 354, eerste lid ter, sub a, VE-StPO). Want dan kan het openbaar ministerie aan de betrokkene de strafbe-

135. Rapport van toelichting StPO, p. 17 e.v.
136. Aldus I. Dunjic, 'Strafprozessordnung soll praxistauglicher werden', *Jusletter 12. März 2018*, Rz 15.
137. Artikel 88, lid 4 VE-StPO: 'Stopzettingsbeschikkingen dienen ook zonder publicatie als besteld te worden beschouwd.'

schikking uitleggen. In de overige gevallen moet de termijn twintig dagen bedragen (artikel 354, eerste lid ter, sub b, VE-StPO).[138] Slachtoffers van delicten hechten er soms waarde aan dat de zaak voor de rechter komt en niet per strafbeschikking wordt afgehandeld. Wanneer er een slachtoffer bij de strafrechtelijke procedure betrokken is, dient om die reden het toepassingsgebied van de administratieve procedure door middel van een strafbeschikking te worden beperkt (artikel 352, eerste lid bis, VE-StPO).[139] Ook hier wordt gevreesd dat er simpelweg lagere straffen worden opgelegd, opdat er geen aanklacht hoeft plaats te vinden.[140]

11 Afsluitende beschouwing

Tot slot kunnen we een aantal typische kenmerken van het Zwitserse strafproces samenvatten. Minder zware zaken of procedures waarin een bekentenis ter tafel ligt, worden met geringe moeite en kosten en zo veel mogelijk zonder (reguliere) behandeling ter terechtzitting afgehandeld. De mogelijkheden om procedures stop te zetten vanwege opportuniteitsredenen zijn in Zwitserland echter zeer beperkt. Vereenvoudigde procedures die gericht zijn op een bestraffing van de beklaagde fungeren als 'ventiel'. In 2014 was Zwitserland in Europa een van de koplopers als het gaat om het aantal 'afdoeningen van strafbare feiten'.[141] Een zeer grote betekenis heeft het opleggen van straffen direct door het openbaar ministerie, per strafbeschikking. Bij de verkorte procedure zijn de strafrechtbanken wel betrokken. Hun taak is echter beperkt tot een controle van het voorstel dat het openbaar ministerie uitgewerkt heeft. Zelfs de reguliere behandeling ter terechtzitting is in Zwitserland nog zeer 'zuinig' ingericht, omdat slechts binnen nauwe grenzen in een onmiddellijke bewijsprocedure is voorzien.

Het vooronderzoek vormt de kern van het strafproces. De rechten van de partijen worden in het onderzoek van het openbaar ministerie gewaarborgd. De randvoorwaarden zijn echter ongunstiger dan in een behandeling ter terechtzitting. Het openbaar ministerie is geen onpartijdige rechter. Het kan de inzage in de dossiers lang uitstellen. Het kan verzoeken tot bewijsopdracht probleemloos afwijzen. Men zou na moeten denken over de rechten van een civiele eisende partij. Een gelijkstelling met de beschuldigde persoon gaat zeer ver. Bovendien is de behandeling van civiele vorderingen in strafrechtelijke procedures puur 'wishful thinking' wanneer de capaciteiten van de strafrechtelijke organen daar niet op afgestemd zijn. Complexe strafrechtelijke procedures worden overbelast door een civiel proces in het

138. Rapport van toelichting StPO, p. 45.
139. Rapport van toelichting StPO, p. 14 en 40 e.v.
140. Aldus Dunjic 2018, Rz 11.
141. Vergelijk European Sourcebook 2014, tabel 3.2.1. (p. 156 e.v.). In totaal zijn er nu 1.130.800 'vonnissen' in het strafregister opgenomen, die 778.000 personen betreffen (Stand 15-2-2018). Overtredingen worden alleen opgenomen wanneer de boete boven 5.000 CHF ligt.

kielzog. De flexibiliteit van het hoger beroep als rechtsmiddel is naar onze mening innovatief. De speelruimte voor schriftelijke procedures zou echter enger gedefinieerd moeten worden. Er wordt in Zwitserland in het algemeen veel kritiek geleverd op het huidige strafprocesrecht. Het openbaar ministerie klaagt dat er te veel formaliteiten zijn waaraan voldaan moet worden en dat de partijen te veel rechten hebben. De verdediging klaagt over de macht van het openbaar ministerie. De wetenschap heeft er moeite mee dat er wordt afgestapt van traditionele principes van het strafproces. Maar de kritiek moet ook niet overschat worden. De Franse politicus Aristide Briand verwoordde het al treffend: 'Er is pas sprake van een waarlijk compromis als iedereen ontevreden is.' Over het geheel genomen heeft de wetgever voor veel potentiële knelpunten een verstandige middenweg gevonden.

Deel II

Onderdelen van het strafprocesrecht rechtsvergelijkend onderzocht

Voorlopige hechtenis

Mr. dr. S. Lestrade

1 Inleiding

De afgelopen jaren is veel gediscussieerd over de voorlopige hechtenis in Nederland. Kritiek is geuit op een al dan niet te ruime toepassing van de gronden voor voorlopige hechtenis, de (geringe) aandacht voor alternatieven en de wijze van het motiveren van beslissingen.[1]

In de memorie van toelichting bij de consultatieversie van Boek 2 van het nieuwe Wetboek van Strafvordering wordt gesteld dat uit onderzoek blijkt dat noch de nationale rechter, noch de Europese rechter heeft geconstateerd dat de Nederlandse wettelijke regeling onverenigbaar is met het EVRM of andere internationale verdragen.[2] Ook het beeld dat Nederland koploper zou zijn in Europa wat betreft het opleggen van voorarrest kan blijkens een rapport van de Algemene Rekenkamer niet worden bewezen (noch ontkracht).[3] Volgens de moderniseringswetgever behoeft de huidige kritiek, die vooral betrekking heeft op de wijze waarop uitvoering wordt gegeven aan de wettelijke regeling van de voorlopige hechtenis, dan ook niet te leiden tot een ingrijpende wijziging van de regeling. Wel is de moderniseringswetgever van oordeel dat de huidige regeling de alternatieven voor

1. Zie onder meer Y.N. van den Brink, 'Voorlopige hechtenis en voorlopige vrijheidsbeperking', *Strafblad* 2017/61-5; College voor de Rechten van de Mens, *Onderzoek naar de motivering van de voorlopige hechtenis*, Den Haag 2017; J.H. Crijns, B.J.G. Leeuw & H.T. Wermink, *Pre Trial detention in the Netherlands: legal principles versus practical reality*, Den Haag: Eleven International Publishing 2016; J.H. Crijns, B.J.G. Leeuw & H.T. Wermink, 'De voorlopige hechtenis in Nederland', *Strafblad* 2016/32; A.A. Franken, 'Frustraties over de voorlopige hechtenis', *Strafblad* 2017/11; M.A. Docter & J.L. Baar, 'De motivering van voorlopige hechtenis schiet tekort. De gronden die tot eerdere artikelen en commentaren hebben geleid, zijn nog inverkort aanwezig', *TPWS* 2017/50.
2. Consultatieversie Concept-Boek 2 conceptmemorie van toelichting (2017), p. 34, met verwijzing naar J.H. Crijns e.a. 2016, p. 6. Maar zie tegelijkertijd het onderzoek van het College voor de Rechten van de Mens in 2017, *Tekst en uitleg. Onderzoek naar de motivering van voorlopige hechtenis*, Den Haag 2017, waarin het College kritiek uit op de minimale rechterlijke motivering van de voorlopige hechtenis.
3. Algemene Rekenkamer, *Voorarrest: verdachten in de cel. Een kwantitatieve analyse van inverzekeringstelling en voorlopige hechtenis*, Den Haag 2017, p. 5.

voorlopige hechtenis onvoldoende bevordert.[4] Met het conceptartikel 2.5.4.1.1 van Boek 2 van het nieuwe Wetboek van Strafvordering wordt beoogd het toepassen van alternatieven voor voorlopige hechtenis beter in te bedden. De regeling stelt voor de schorsing van de voorlopige hechtenis onder voorwaarden te schrappen en te vervangen door de 'voorlopige vrijheidsbeperking'. Hoewel de moderniseringswetgever met deze wijziging tegemoet lijkt te komen aan de veel geuitte kritiek dat de voorlopige hechtenis te gemakkelijk wordt opgelegd, wordt de voorgestelde regeling niet onverkort toegejuicht.[5] Het lauwe onthaal en de mogelijke bezwaren op de conceptregeling maken het des te interessanter te bezien hoe de voorlopige hechtenis is geregeld in het buitenland.

In deze bijdrage wordt het Nederlandse stelsel vergeleken met de rechtstelsels in België, Duitsland, Frankrijk, Noorwegen en Zwitserland om zo mogelijke verbeterpunten omtrent de omgang met voorlopige hechtenis in kaart te brengen.

Voordat rechtsvergelijking plaatsvindt, wordt allereerst aandacht besteed aan de inhoud en de motivering van de conceptregeling in het kader van de modernisering van het Wetboek van Strafvordering (paragraaf 2). Daarna vindt een korte bespreking plaats van het toepasselijke mensenrechtelijke kader. Daarbij staat de vraag centraal aan welke eisen de voorlopige hechtenis in elk geval moet voldoen gelet op artikel 5 EVRM en de jurisprudentie van het EHRM ter zake (paragraaf 3). Vervolgens worden kort de reacties op de conceptregeling besproken (paragraaf 4). Daarna volgt de rechtsvergelijking waarbij overeenkomsten en verschillen tussen het Nederlandse rechtstelsel en de onderzochte buitenlandse rechtsstelsels worden genalyseerd (paragraaf 5).

Afgesloten wordt met enige overwegingen over de vraag wat wij kunnen leren van de Belgische, Duitse, Franse, Zwitserse en Noorse praktijk inzake de voorlopige hechtenis, gelet op het mensenrechtelijk kader en tegen de achtergrond van de kritiek die is geuit op de conceptregeling inzake de voorlopige hechtenis voorgesteld in het kader van de modernisering van het Wetboek van Strafvordering.

2 Conceptregeling voorlopige hechtenis in het kader van de modernisering van het Wetboek van Strafvordering

Binnen het huidige systeem van voorlopige hechtenis in Nederland kunnen de alternatieven voor voorlopige hechtenis pas worden opgelegd nadat is vastgesteld dat aan de voorwaarden voor voorlopige hechtenis is voldaan. De voorlopige

4. Consultatieversie Boek 2 conceptmemorie van toelichting, p. 34-35.
5. Zie verder in dit artikel paragraaf 4 en zie ook Y.N. van den Brink 2017.

hechtenis wordt dan eerst bevolen en direct daarna geschorst onder daaraan verbonden voorwaarden.

De moderniseringswetgever acht het problematisch dat een alternatief (de schorsing onder voorwaarden) enkel mogelijk is als aan de voorwaarden voor de toepassing van voorlopige hechtenis is voldaan.[6] Gelet op de beginselen van proportionaliteit en subsidiariteit, welke expliciet worden gecodificeerd in hoofdstuk 1 van concept-Boek 2 van het nieuwe Wetboek van Strafvordering, is het volgens de moderniseringswetgever aangewezen eerst naar op de verdachte toegesneden vrijheidsbeperkende verplichtingen en verboden te kijken die de belangen van het strafrechtelijk onderzoek en de bescherming van slachtoffers en de maatschappelijke veiligheid adequaat kunnen beschermen. Pas als het beperken van de (bewegings)vrijheid van de verdachte onvoldoende effect heeft, is het opleggen van een verdergaande maatregel, namelijk vrijheidsbeneming in de vorm van voorlopige hechtenis, aan de orde. Wanneer de voorlopige hechtenis dan wordt opgelegd, moet na verloop van tijd wederom worden beoordeeld of het voortzetten van de voorlopige hechtenis nog altijd noodzakelijk is of dat met minder vergaande vrijheidsbeperkende verplichtingen of verboden kan worden volstaan. De moderniseringswetgever stelt in het licht van het voorgaande voor te voorzien in de mogelijkheid van het opleggen van een voorlopige vrijheidsbeperking en de schorsing van de voorlopige hechtenis af te schaffen. Op die manier wordt voorkomen dat eerst de voorlopige hechtenis moet worden bevolen alvorens de alternatieven (in het kader van de schorsing) in aanmerking komen.[7]

De conceptregeling luidt als volgt:

> 'Artikel 2.5.4.1.1 [nieuw]
> – De rechter kan een bevel tot voorlopige vrijheidsbeperking of tot voorlopige hechtenis van de verdachte geven.
> – Een bevel tot voorlopige hechtenis blijft achterwege indien het daarmee nagestreefde doel ook door middel van een bevel tot voorlopige vrijheidsbeperking kan worden verwezenlijkt.
> – Een bevel tot voorlopige vrijheidsbeperking kan alleen worden gegeven indien anders een bevel tot voorlopige hechtenis noodzakelijk is.

6. Consultatieversie Boek 2 conceptmemorie van toelichting, p. 35.
7. Consultatieversie Boek 2 conceptmemorie van toelichting, p. 35, waarbij de wetgever eveneens verwijst naar de aanbevelingen van J.H. Crijns e.a., 2016, p. 9: 'In order to make alternatives to pretrial detention more common, these should be made available independent of the decision whether pre-trial detention is allowed.'

– Indien ten aanzien van een verdachte de tenuitvoerlegging van een bevel tot voorlopige hechtenis plaatsvindt, kan de rechter dat bevel opheffen en gelijktijdig een bevel tot voorlopige vrijheidsbeperking geven.'[8]

De gedachte is, omdat de zelfstandige positionering van de voorlopige vrijheidsbeperking dwingender dan in de huidige regeling tot uitdrukking wordt gebracht, dat de rechter nagaat of aan een verdachte vrijheidsbeperkende verplichtingen en verboden kunnen worden opgelegd. De voorlopige hechtenis wordt alleen bevolen als dat noodzakelijk en onvermijdelijk is. Benadrukt wordt dat de vrijheidsbeperking net zoals de hechtenis een voorlopig karakter heeft. De maatregelen staan ten dienste van de strafvordering en hebben geen bestraffend karakter (de verdachte is immers nog niet berecht).[9] Het beperken van de toepassing van de voorlopige hechtenis is daarbij geen doel op zich; de moderniseringswetgever streeft na dat in het individuele geval een bewuste afweging wordt gemaakt waarbij alternatieven voor vrijheidsbeneming nadrukkelijk worden overwogen en beslissingen tot het opleggen van de voorlopige hechtenis goed worden gemotiveerd.[10] De vrijheidsbeperkende maatregelen zijn dezelfde als de maatregelen die nu kunnen worden opgelegd in het kader van de schorsing, waaronder een contactverbod, locatieverbod of -gebod, een meldplicht of een financiële zekerheidstelling. Om de naleving in de gaten te houden, kan elektronisch toezicht worden gekoppeld aan de vrijheidsbeperkende maatregelen.[11]

Ondanks de systeemwijziging zou geen volledig nieuw werkproces nodig zijn. Blijkens de conceptmemorie van toelichting zal net als nu de officier van justitie een in verzekering gestelde verdachte voorgeleiden aan de rechter-commissaris indien hij vrijheidsbeperking dan wel vrijheidsbeneming noodzakelijk acht. De rechter-commissaris beslist op de vordering van de officier van justitie, maar kan ook zelfstandig een bevel tot voorlopige vrijheidsbeperking geven en/of (vervolgens) de invrijheidsstelling gelasten. De rechtbank beslist daarna op vordering van de officier van justitie over de noodzaak van het voortzetten van de voorlopige hechtenis. Als er geen noodzaak is tot vrijheidsbeneming, kan de rechtbank afzien van de gevangenhouding en in plaats daarvan een bevel tot voorlopige vrijheidsbeperking geven (dan wel volledige invrijheidsstelling gelasten). Als de verdachte de voorwaarden onder de voorlopige vrijheidsbeperking niet naleeft, kan hij worden aangehouden en kan de officier van justitie direct de bewaring van de verdachte vorderen bij de rechter-commissaris, dan wel de gevangenneming bij de

8. Opgenomen in het conceptwetsvoorstel tot vaststelling van Boek 2 van het nieuwe Wetboek van Strafvordering (2017) (Consultatieversie).
9. Consultatieversie Boek 2 conceptmemorie van toelichting, p. 35-36.
10. Minister van Veiligheid en Justitie, *Bestuurlijke reactie concept-rapport Voorarrest: verdachten in de cel*, 2 oktober 2017, p. 4, te vinden via www.rekenkamer.nl/publicaties/brieven/2017/11/14/reactie-minister-venj-op-rapport-voorarrest (geraadpleegd 4 april 2018).
11. Consultatieversie Boek 2 conceptmemorie van toelichting, p. 35-36.

rechtbank (als de rechtbank het bevel tot voorlopige vrijheidsbeperking heeft gegeven of na aanvang van het onderzoek ter terechtzitting). De verdachte kan bij de voorgeleiding aan de rechter-commissaris om voorlopige vrijheidsbeperking verzoeken in plaats van de bewaring. Eenzelfde verzoek kan de verdachte doen aan de rechtbank bij de behandeling van zijn vordering tot gevangenhouding.[12]

De moderniseringswetgever erkent evenwel dat een vrijheidsbeperkende maatregel niet altijd een reële mogelijkheid zal zijn. Zeker niet als het opsporingsonderzoek net is begonnen en nog onvoldoende duidelijkheid bestaat over de feiten en de betrokkenheid van de verdachte of als er onvoldoende tijd is geweest een verantwoorde beslissing te kunnen nemen over de aan de verdachte op te leggen verboden of verplichtingen. De alternatieven voor voorlopige hechtenis moeten beter worden ingebed, maar er dienen geen onnodige risico's te worden gelopen. Als te weinig duidelijkheid bestaat en er niet genoeg tijd is voor een verantwoorde beslissing, acht de wetgever het onvermijdelijk dat de bewaring, of in een later stadium de gevangenhouding, wordt bevolen. Eventueel kan dan op een later moment door de rechtbank alsnog worden besloten een bevel tot voorlopige vrijheidsbeperking te geven onder gelijktijdige opheffing van de voorlopige hechtenis.[13] Deze overweging geeft rechters de ruimte de huidige praktijk onder het nieuwe regime ongewijzigd te laten. Indien weinig informatie voorhanden is over het feit en de betrokkenheid van verdachte, zou eveneens kunnen worden betoogd dat de voorlopige hechtenis minder voor de hand ligt en eerder een vrijheidsbeperkende maatregel is aangewezen. De wetgever verkiest dan evenwel het indammen van risico's boven het recht van verdachte zijn proces in vrijheid (of in elk geval zo vrij mogelijk) af te wachten. De conceptmemorie van toelichting geeft voorts aan dat voor een verantwoorde beslissing de rechter in de regel zal moeten beschikken over een rapport van de reclassering waarin wordt ingegaan op de mogelijkheden voor het opleggen van vrijheidsbeperkende verboden en verplichtingen. De reclassering wordt dan ook in kennis gesteld van de inverzekeringstelling van de verdachte en kan naar aanleiding daarvan een rapport opstellen dat de officier van justitie betrekt bij zijn vordering bij de rechter omtrent het opleggen van vrijheidsbeperkende maatregelen dan wel de voorlopige hechtenis. Als de rechter niet beschikt over een reclasseringsrapport, dan kan hij opdracht geven dit alsnog te laten opstellen of desondanks vrijheidsbeperkende verboden en verplichtingen opleggen.[14]

De moderniseringswetgever stelt voor dat met de invoering van het bevel tot voorlopige vrijheidsbeperking, de schorsing van de voorlopige hechtenis kan komen te vervallen. Als de rechter de voorlopige hechtenis niet langer noodzakelijk acht,

12. Consultatieversie Boek 2 conceptmemorie van toelichting, p. 36.
13. Consultatieversie Boek 2 conceptmemorie van toelichting, p. 36.
14. Consultatieversie Boek 2 conceptmemorie van toelichting, p. 36.

maar het wel nodig vindt maatregelen te treffen waarmee de risico's die kunnen zijn verbonden aan het in vrijheid stellen van de verdachte worden beheerst en beperkt, dan kan hij de voorlopige hechtenis opheffen en gelijktijdig een bevel tot voorlopige vrijheidsbeperking geven. Indien daar aanleiding voor is, kan het bevel tot vrijheidsbeperking opnieuw worden opgeheven en kan de rechter wederom de voorlopige hechtenis van de verdachte bevelen. Daarmee is voorzien in dezelfde functie als die de schorsing van de voorlopige hechtenis nu heeft.[15] In een reactie op het rapport van de Algemene Rekenkamer over het voorarrest in Nederland liet de toenmalige minister van Veiligheid en Justitie weten dat hij zich realiseert dat aan het bevorderen van alternatieven voor vrijheidsbeneming inherente risico's kleven bij de verdachte wiens voorlopige hechtenis is geschorst en die zijn voorwaarden schendt. De Tweede Kamer heeft in dit kader kritische kanttekeningen geplaatst bij het schorsen van de voorlopige hechtenis onder de voorwaarde van zekerheidstelling door middel van een borgsom en/of het dragen van een enkelband. De minister wilde dan ook bezien of betere waarborgen kunnen worden gecreëerd om te voorkomen dat verdachten buiten het bereik van het opsporingsonderzoek raken.[16] Deze zorg speelt dan waarschijnlijk nog sterker bij de vrijheidsbenemende maatregel waar de voorlopige hechtenis niet automatisch als vangnet fungeert.

Uitgangspunt van de conceptregeling is enerzijds dat ten aanzien van de verdachte een bewuste en afgewogen beslissing moet worden gemaakt waarbij alternatieven voor vrijheidsbeneming nadrukkelijk worden overwogen en het opleggen van voorlopige hechtenis goed moet worden gemotiveerd. Anderzijds lijkt er begrip voor te bestaan als vrijheidsbeperkende maatregelen níet worden opgelegd indien onvoldoende duidelijkheid bestaat over de feiten en de betrokkenheid van de verdachte of als er onvoldoende tijd is voor een verantwoorde beslissing. Het beperken van risico's en de algemene veiligheid vormen duidelijk ook een zwaarwegend belang voor de moderniseringswetgever.

3 Het EVRM en de regeling van voorlopige hechtenis

Alvorens in te gaan op kritiekpunten inzake de voorgestelde regeling is het interessant te bezien aan welke eisen de voorlopige hechtenis in elk geval moet voldoen in het licht van het EVRM.[17] Het vertrekpunt voor beslissingen inzake de voorlo-

15. Consultatieversie Boek 2 conceptmemorie van toelichting, p. 37.
16. Minister van Veiligheid en Justitie, *Bestuurlijke reactie conceptrapport Voorarrest: verdachten in de cel*, 2 oktober 2017, p. 5.
17. Zie in dit kader eveneens (en meer uitgebreid) Y.N. van den Brink, *Voorlopige hechtenis in het Nederlandse jeugdstrafrecht. Wet en praktijk in het licht van internationale en Europese kinder- en mensenrechten*, e-book 2018, § 2.4; College voor de Rechten van de Mens 2017, *Tekst en uitleg. Onderzoek naar de motivering van voorlopige hechtenis*, § 2 en R. Robroek, 'De motivering van de voorlopige hechtenis in Nederland en het EVRM', *DD* 2017/7.

pige hechtenis is de onschuldpresumptie in artikel 6, tweede lid, EVRM.[18] Op basis van artikel 5 EVRM heeft iedere verdachte in beginsel dan ook het recht zijn proces in vrijheid af te wachten, tenzij dat niet kan. Op grond van artikel 5, eerste lid, sub c, EVRM mag de voorlopige hechtenis alleen worden opgelegd als sprake is van een redelijke verdenking dat iemand een strafbaar feit heeft begaan, indien het redelijkerwijs noodzakelijk is hem te beletten een strafbaar feit te begaan of te vluchten. Hoewel het gevaar van collusie en de mogelijke dreiging van het verstoren van de openbare orde niet zijn genoemd in artikel 5, eerste 1, sub c, EVRM, heeft het EHRM deze wel als mogelijke gronden geaccepteerd voor het opleggen van voorlopige hechtenis.[19] Artikel 5, derde lid, EVRM bepaalt voorts dat de gehechte verdachte onverwijld voor een rechter dient te worden geleid en dat hij het recht heeft binnen een redelijke termijn te worden berecht of gedurende het proces in vrijheid te worden gesteld. Bovendien mag de verdachte op basis van het vierde lid de rechter vragen spoedig te beslissen over de rechtmatigheid van de voorlopige hechtenis.

De rechter dient het bevel tot voorlopige hechtenis te motiveren waarbij moet worden verwezen naar relevante en voldoende redenen en niet mag worden volstaan met abstracte risico's. De specifieke relevante factoren van de betreffende zaak moeten in acht worden genomen.[20] Het voortbestaan van een redelijke verdenking is een noodzakelijke voorwaarde voor het voortduren van de voorlopige hechtenis, maar enkel een redelijke verdenking is vanaf het moment van de eerste rechterlijke toetsing niet genoeg.[21] Indien het voorarrest langer duurt, moeten de redenen van de (blijvende) aanwezigheid van de gronden van voorlopige hechtenis blijken uit de feitelijke omstandigheden.[22] De voorlopige hechtenis kan niet in

18. Zie ook J.H.B. Bemelmans, *Totdat het tegendeel is bewezen. De onschuldpresumptie in rechtshistorisch, theoretisch, internationaalrechtelijk en Nederlands strafprocesrechtelijk perspectief* (diss. Nijmegen), Deventer: Wolters Kluwer 2018, o.a. p. 362; College voor de Rechten van de Mens 2017, *Tekst en uitleg. Onderzoek naar de motivering van voorlopige hechtenis*, p. 19; L. Stevens, 'The meaning of the presumption of innocence for pre-trial detention', *Netherlands Journal of Legal Philosophy* 2013/3, p. 240; J. uit Beijerse, 'Naar een bij onschuldpresumptie passend systeem van voorlopige hechtenis', *Strafblad* 2008/7.
19. Zie o.a. EHRM 24 juli 2003, ECLI:NL:XX:2003:AP0733, *NJ* 2005/550, m.nt. Schalken (*Smirnova t. Rusland*), par. 59.
20. Zie o.a. EHRM 24 juli 2003, ECLI:NL:XX:2003:AP0733, *NJ* 2005/550, m.nt. Schalken (*Smirnova t. Rusland*), par. 58-63 en EHRM 26 juni 1991, ECLI:NL:XX:1991:AD1545, *NJ* 1995/575, m.nt. Alkema (*Letellier t. Frankrijk*), par. 35-43. Zie ook de aanbeveling van het Comité van Ministers van de Raad van Europa 2006, Recommendation Rec(2006)13 of the Committee of Ministers to member states on the use of remand in custody, the conditions in which it takes place and the provision of safeguards against abuse, regel 21-1, te vinden op https://pjp-eu.coe.int/ (geraadpleegd 4 april 2018).
21. EHRM 26 juni 1991, ECLI:NL:XX:1991:AD1545, *NJ* 1995/575, m.nt. Alkema (*Letellier t. Frankrijk*), par. 35. Zie ook College voor de Rechten van de Mens 2017, *Tekst en uitleg*, p. 20.
22. Zie o.a. EHRM 26 juni 1991, ECLI:NL:XX:1991:AD1545, *NJ* 1995/575, m.nt. Alkema (*Letellier t. Frankrijk*), par. 51 en EHRM 27 november 1991, ECLI:NL:XX:1991:AD1545, *NJ* 1995/576, m.nt. Alkema (*Kemmache t. Frankrijk*), r.o. 52.

abstracto worden gebaseerd op de zwaarte van de straf.[23] Voorlopige hechtenis mag voorts niet worden ingezet als anticipatie op de uiteindelijke straf.[24]

In de conceptmemorie van toelichting van de Consultatieversie van Boek 2 van het nieuwe Wetboek van Strafvordering wordt verwezen naar het onderzoek van Crijns en anderen voor de NGO Fair Trials waaruit blijkt dat zowel de nationale rechter als de Europese rechter de Nederlandse wettelijke regeling niet onverenigbaar met het EVRM of andere internationale verdragen heeft verklaard.[25] In zijn analyse van EHRM-rechtspraak inzake de voorlopige hechtenis concludeert Robroek dat ook ten aanzien van de praktijk geen generale diskwalificatie aan de orde is. Als de voorlopige hechtenis evident is, geen onderbouwd verweer is gevoerd, geen sprake is van afwijkende rechterlijke oordelen en de voorlopige hechtenis niet om andere redenen verbazing wekt, mag met een standaardmotivering worden volstaan mits de algemene ervaringsregels dan wel gemotiveerd op de betreffende casus van toepassing worden verklaard. Eventuele kritiek op de (motiverings)praktijk van de voorlopige hechtenis in Nederland wijt Robroek aan de strafvorderlijke mode, niet aan de Europese verplichtingen.[26] Tegelijkertijd blijkt uit recent onderzoek van het College voor de Rechten van de Mens dat de Nederlandse beslissingen om een verdachte in voorlopige hechtenis te plaatsen niet altijd kritisch worden overwogen en de redenen voor hechtenis vaak onduidelijk zijn. Soms wordt gebruikgemaakt van standaardmotiveringen die niet goed zijn toegepitst op de verdachte. Of de aanwezigheid van de grond voor toepassing van voorlopige hechtenis wordt helemaal niet gemotiveerd. Het College pleit daarom voor een betere rechterlijke motivering waaruit blijkt waarom de rechter die vergaande maatregel neemt.[27] Die kritiek is ook terug te vinden in het (hiervoor aangehaalde) onderzoek van Crijns en anderen voor Fair Trials waarin zij wel degelijk problemen in de Nederlandse praktijk signaleren: een hoog percentage van de vorderingen tot voorlopige hechtenis wordt toegewezen, de toetsing is soms weinig indringend en summier gemotiveerd.[28] Al eerder, in 2013, heeft het VN Comité tegen foltering Nederland aanbevolen passende maatregelen te nemen om de toepassing van voorlopige hechtenis terug te dringen en te verzekeren dat beslissingen over de voorlopige hechtenis behoorlijk zijn gemotiveerd. Volgens het Comité zou Nederland voorlopige hechtenis alleen als ultimum remedium moeten

23. Zie o.a. EHRM 9 december 2014, ECLI:NL:XX:2014:697, *NJ* 2015/281, m.nt. Myjer (*Geisterfer t. Nederland*), r.o. 39.
24. EHRM 26 juni 1991, ECLI:NL:XX:1991:AD1545, *NJ* 1995/575, m.nt. Alkema (*Letellier t. Frankrijk*), r.o. 51.
25. Boek 2 conceptmemorie van toelichting, p. 34, met verwijzing naar Crijns, Leeuw & Wermink, Eleven International Publishing 2016, p. 6.
26. Robroek 2017, paragraaf 4.
27. College voor de Rechten van de Mens 2017, *Onderzoek naar de motivering van de voorlopige hechtenis*, p. 36-38. Zie ook Spronken, 'Geen voorlopige hechtenis tenzij…', *NJB* 2017/1073.
28. Crijns, Leeuw & Wermink, Eleven International Publishing 2016, p. 27-34 en Crijns, Leeuw & Wermink, *Strafblad* 2016, paragraaf 3.2.2.

gebruiken, de alternatieven moeten overwegen en de presumptie van onschuld beter in acht nemen.[29] Ook Stevens heeft in haar onderzoek laten zien dat de Nederlandse rechter niet bezig is met een terughoudende toepassing van de voorlopige hechtenis: er is sprake van een ruime interpretatie van de wettelijke gronden, en een afdoeningsgerichte toepassing die draait om de vragen of een straf zal worden opgelegd en welke straf voor dit feit (mits bewezen) kan worden opgelegd.[30]

Gelet op het EVRM-kader en op basis van voorgaande onderzoeken kan geconcludeerd worden dat de huidige Nederlandse regeling in overeenstemming is met artikel 5 EVRM en geen herziening behoeft. De feitelijke uitvoering van de voorlopige hechtenis schiet echter soms op bepaalde punten te kort. De motivering van het opleggen van de voorlopige hechtenis behoeft verbetering en alternatieven dienen uitdrukkelijker te worden overwogen. De onschuldpresumptie dient nadrukkelijker als startpunt te worden gehanteerd.

4 Reacties op het concept-wetsvoorstel

Ondanks de veel geuite kritiek dat de voorlopige hechtenis te gemakkelijk zou worden opgelegd, is de voorgestelde regeling niet met open armen ontvangen.[31] De Raad voor de rechtspraak stelde in zijn advies op het conceptwetsvoorstel dat de aanleiding voor de wetswijziging onduidelijk is, dat de nieuwe vrijheidsbeperkende maatregel tekortschiet als alternatief voor de schorsing en dat de verhouding tussen de voorlopige vrijheidsbeperking en de voorlopige hechtenis niet helder is. De Raad pleitte ervoor het huidige systeem te handhaven, maar het uitgangspunt 'schorsen van de voorlopige hechtenis, tenzij' meer te benadrukken, tevens bij volwassenen.[32] Ook de Nederlandse Vereniging voor de Rechtspraak adviseerde de minister de bestaande schorsing van de voorlopige hechtenis te handhaven, en geen bevel tot voorlopige vrijheidsbeperking in te voeren. Zonder introductie van de voorlopige vrijheidsbeperking kan volgens de Vereniging even-

29. 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, te vinden via www.mensenrechten.nl. Zie ook Consultatieversie Concept-Boek 2 conceptmemorie van toelichting, p. 34.
30. L. Stevens, 'Wijzigingen in de regeling van het voorarrest: wordt het beter, slechter of gewoon anders?', *RM Themis* 2017, nr. 6, p. 349 en L. Stevens, 'Voorlopige hechtenis in tijden van risicomanagement. Lijdende of leidende beginselen', *DD* 2012/36, p. 392.
31. Zie ook Van den Brink 2017, paragraaf 3.
32. Raad voor de rechtspraak 2017, *Advies Consultatie boeken 1 en 2 nieuwe Wetboek van Strafvordering*, p. 25-28, te vinden op: www.rechtspraak.nl (geraadpleegd 4 april 2018).

eens uitdrukking worden gegeven aan het belang van terughoudende toepassing van de voorlopige hechtenis.[33]

De Nederlandse Orde van Advocaten was wel positief over de poging van de minister de toepassing van de voorlopige hechtenis terug te dringen, maar vreesde ervoor dat de vrijheidsbeperkende maatregel een aanzuigend effect zou hebben: dat in gevallen waarin een beperking niet noodzakelijk is, deze toch zal worden opgelegd, enkel omdat de mogelijkheid daartoe bestaat. Dat kan leiden tot meer juridische discussies (procedures) en strijd met de onschuldpresumptie. Ook het feit dat de verdachte geen beroepsmogelijkheid tegen oplegging van de vrijheidsbeperkende maatregel zou krijgen (en het openbaar ministerie wel), stuitte op kritiek.[34]

De Raad voor Strafrechtstoepassing en Jeugdbescherming is positiever over de voorgestelde wijziging en vindt dat het wetsvoorstel beter aansluit op de rechtspraak van het EHRM en de aanbeveling van het VN Comité tegen foltering om voorlopige hechtenis alleen als ultimum remedium te gebruiken en waar mogelijk alternatieven in te zetten.[35] Tegelijkertijd wijst de Afdeling erop dat de gronden voor voorlopige hechtenis en voorlopige vrijheidsbeperking nog erg ruim zijn (met name in geval van recidivegevaar en vluchtgevaar). Ook ziet de Afdeling een risico dat vrijheidsbeperkingen relatief gemakkelijk worden opgelegd omdat ze worden gezien als lichter dan voorlopige hechtenis, terwijl de impact van sommige vrijheidsbeperkingen dermate groot is dat de proportionaliteit in het geding kan komen.[36]

Het College voor de Rechten van de Mens vroeg zich af of met de voorgestelde wijzigingen daadwerkelijk de toepassing van voorlopige hechtenis wordt teruggedrongen.[37] Voorlopige hechtenis lijkt eerder mogelijk in het voorstel (in plaats van misdrijven waarop een gevangenisstraf van vier of meer jaar is gesteld, zou toepassing mogelijk zijn bij misdrijven waar twee jaar op is gesteld). Het College wees er voorts op dat beslissingen over de voorgestelde vrijheidsbeperkende maatregelen eveneens gemotiveerd dienen te worden hetgeen zou moeten worden geëxplici-

33. Nederlandse Vereniging voor Rechtspraak 2017, *NVvR-advies over het concept-wetsvoorstel Vaststellingswet Boek 1 van het nieuwe Wetboek van Strafvordering (Strafvordering in het algemeen) en het conceptwetsvoorstel Vaststellingswet Boek 2 van het nieuwe Wetboek van Strafvordering (Het opsporingsonderzoek)*, p. 20-22, te vinden op: https://nvvr.org (geraadpleegd 4 april 2018).
34. Nederlandse Orde voor Advocaten 2017, *Wetsvoorstellen tot herziening van Boek 1 en 2 Wetboek van Strafvordering*, p. 3 en 11, te vinden via: www.advocatenorde.nl (geraadpleegd 4 april 2018).
35. Raad voor Strafrechtstoepassing en Jeugdbescherming 2017, *Advies concept wetsvoorstel Boeken 1 en 2 Wetboek van Strafvordering*, p. 3, te vinden op www.rsj.nl (geraadpleegd 4 april 2018).
36. Idem.
37. College voor de Rechten van de Mens 2017, *Advies conceptwetsvoorstellen Vaststellingswet Boek 1 en 2 van het nieuwe Wetboek van Strafvordering*, p. 4, te vinden via: www.mensenrechten.nl (geraadpleegd 4 april 2018).

teerd in de memorie van toelichting. Een ander punt van zorg is dat de wetgever geen beperking stelt aan het aantal, de mate en de duur van vrijheidsbeperkende maatregelen die (cumulatief) kunnen worden opgelegd. Daarbij rijst het bezwaar dat deze als lichter gepositioneerde middelen, zeker indien cumulatief bevolen, wel degelijk een zware inbreuk maken op de grondrechten van een verdachte en feitelijk als vrijheidsontneming kunnen gelden. In die gevallen zullen deze maatregelen alleen gerechtvaardigd zijn indien is voldaan aan de vereisten van noodzakelijkheid, proportionaliteit en subsidiariteit. Tot slot maakte het College – net zoals de Nederlandse Orde van Advocaten – bezwaar tegen het feit dat voor de verdachte geen hoger beroep openstaat tegen oplegging van eenvrijheidsbeperkende maatregel.[38]

Stevens sprak in haar analyse van het voorstel de verwachting uit dat de praktijk niet zozeer beter of slechter zou worden, maar vooral anders. Misschien dat rechters inderdaad meer terughoudend voorlopige hechtenis zouden gaan opleggen en meer gebruik zouden gaan maken van de vrijheidsbeperkende maatregel. Dat zou volgens haar evenwel onvermijdelijk gepaard gaan met het gebruiken van de vrijheidsbeperkende maatregel voor zaken die nu nog buiten het regime van de voorlopige hechtenis vallen. Zo zou uiteindelijk een nieuw regime ontstaan waarin moet worden geaccepteerd dat een ruime toepassing van de vrijheidsbeperkende maatregel de prijs is voor het (enigszins) minder toepassen van de voorlopige hechtenis.[39] In haar commentaar bij het wetsvoorstel bepleitte ze de afschaffing van het anticipatiegebod bij de voorlopige hechtenis en vervanging door een proportionaliteitstoets zowel bij de voorlopige vrijheidsbeneming als de voorlopige vrijheidsbeperking. Die dienen beide evenredig te zijn in het licht van het doel, de ernst van het feit en de te verwachten straf.[40] De voorgestelde afschaffing van de mogelijkheid tot schorsing van voorlopige hechtenis stuit bij haar op kritiek. De rechter verdwijnt dan uit beeld en de druk op het afhandelen van de zaak verdwijnt. Ervan uitgaande dat ook na een wetswijziging in de praktijk behoefte blijft bestaan in bepaalde gevallen voorlopig te hechten én te schorsen, lijkt het haar onverstandig dat deze mogelijkheid uit het systeem wordt gehaald.[41] Het lijkt bovendien administratief gezien een hele uitdaging en vanuit efficiëntie-oogpunt minder wenselijk. De verdachte zou bovendien zomaar veel slechter af kunnen zijn dan wanneer hij zou zijn geschorst zonder voorwaarden.

Van den Brink is optimistischer. Volgens hem zijn er valide argumenten de voorgestelde herziening en de daarmee gepaard gaande afschaffing van de schorsing van de voorlopige hechtenis serieus in overweging te nemen. De herziening sluit beter

38. Idem, p. 5.
39. Stevens 2017, p. 352.
40. Stevens 2017, p. 350 en Stevens 2012, p. 403.
41. Stevens 2017, p. 351.

aan bij de systematiek van artikel 5 EVRM en biedt een basis om de rechtbescherming die uitgaat van de gronden van vrijheidsbeperking dan wel voorlopige hechtenis te versterken, doordat de gronden en het middel (voorlopige vrijheidsbeperking of voorlopige hechtenis) directer aan elkaar worden gekoppeld.[42] Wel zou het voorstel verdere overdenking behoeven om te komen tot een voor de praktijk werkbare regeling die daadwerkelijk tegemoetkomt aan de fundamentele rechten van verdachten en de strafvorderlijke belangen.[43]

Tot slot concludeerde Spronken in haar bespreking van het voorstel[44] dat de alternatieven voor voorlopige hechtenis te weinig voorhanden en ingeburgerd zijn.[45] Zij ziet de aanzet van de wetgever om de alternatieven in de vorm van vrijheidsbeperkende maatregelen te stimuleren daarom als bemoedigend.

Concluderend is er enerzijds kritiek dat een wetswijziging in zijn algemeenheid niet nodig is; een cultuuromslag in de praktijk volstaat.[46] Anderzijds is het commentaar gericht op specifieke onderdelen van de voorgestelde regeling. De gronden voor voorlopige hechtenis en voorlopige vrijheidsbeperking zouden nog erg ruim zijn. Er wordt gevreesd voor een aanzuigende werking van zowel de vrijheidsperkende maatregelen, als de voorlopige hechtenis aangezien de toepassing al mogelijk is bij strafbare feiten waar een gevangenisstraf van twee jaar of meer is gesteld (in plaats een gevangenisstraf van vier jaar of meer). De verdachte heeft geen beroepsmogelijkheid tegen de oplegging van voorlopige vrijheidsbeperkingen. Er is geen beperking van het aantal, de mate en de duur van de vrijheidsbeperkende maatregelen. En tot slot stuit de afschaffing van de schorsing onder voorwaarden op kritiek. De verdachte zou dan uit beeld verdwijnen en de druk op het afhandelen van de zaak zou daarmee verdwijnen.

5 Rechtsvergelijking

De reacties op het wetsvoorstel zijn aldus niet in overwegende mate positief. Dat maakt het des te interessanter te bezien hoe de voorlopige hechtenis is geregeld in het buitenland.
In deze paragraaf wordt gekeken naarde rechtsstelsels in België, Duitsland, Frankrijk, Noorwegen en Zwitserland. Daarbij is allereerst de vraag of in de onderzochte landen alternatieven voor voorlopige hechtenis zijn gereguleerd. En vervolgens hoe het gebruik van die alternatieven boven voorlopige hechtenis wordt gestimu-

42. Van den Brink 2017, paragraaf 4 en 5.
43. Van den Brink 2017, paragraaf 5.
44. Spronken 2017.
45. Mede onder verwijzing naar J.H. Janssen, F.W.H. van den Emster & T.B. Trotman, 'Strafrechters over de praktijk van de voorlopige hechtenis', *Strafblad* 2013/6.
46. Zie in dit kader ook Franken 2017.

leerd. Als laatste wordt ingegaan op de vraag wat de gevolgen zijn in het geval een alternatief voor voorlopige hechtenis niet wordt nageleefd.

Zijn in de onderzochte landen alternatieven voor voorlopige hechtenis gereguleerd?

In alle vijf de onderzochte landen zijn alternatieven voor voorlopige hechtenis in de wet geregeld. Alleen in Frankrijk is de inhoud van deze alternatieve maatregelen in een uitputtende lijst in de wet gecodificeerd. In de overige landen worden subsidiaire maatregelen in de wet geregeld, maar dit betreft geen limititatief kader. De alternatieven zijn in België, Duitsland, Zwitserland en Noorwegen aan dezelfde voorwaarden verbonden als de inzet van voorlopige hechtenis. De alternatieve maatregelen kunnen in deze landen – net zoals in het huidige Nederlandse recht – dus niet als een op zichzelf staand instrument worden beschouwd: als het niet mogelijk is voorlopige hechtenis op te leggen, is het ook niet mogelijk om alternatieve maatregelen te gelasten. En als voorlopige hechtenis is toegestaan, kan de rechter besluiten in plaats daarvan een alternatieve maatregel te gelasten. Duitsland kent – vergelijkbaar met Nederland – een systeem waarbij eerst de voorlopige hechtenis moet worden bevolen alvorens een alternatief kan worden toegepast. Hoewel de voorwaarden in de wet niet verschillen, zijn in Zwitserland in de praktijk evenwel minder strenge eisen van toepassing bij de oplegging van alternatieve maatregelen dan bij de voorlopige hechtenis het geval is. Volgens de jurisprudentie van het Zwitserse Federale gerechtshof volstaat het om bij een alternatieve maatregel vast te stellen dat bij verdachte sprake is van een 'neiging om onder te duiken', terwijl de wet een 'risico van onderduiken' eist bij het opleggen van detentie. Deze praktijk wordt volgens het Federale hof gerechtvaardigd omdat de alternatieve maatregel een minder grote inbreuk maakt op de rechtspositie van de verdachte dan de voorlopige hechtenis. Er is ook kritiek op deze invulling omdat de aparte betekenis die het Federale gerechtshof geeft aan alternatieve maatregelen niet consistent is met de manier waarop deze maatregelen door de wetgever zijn gereguleerd. De critici beweren dat indien het weinig waarschijnlijk is dat de verdachte onderduikt, voorlopige hechtenis overbodig is, en het dan ook niet nodig is om een alternatieve maatregel te overwegen.[47]

In Frankrijk staan de alternatieve maatregelen los van de voorlopige hechtenis en gelden voor de toepassing ervan minder strenge voorwaarden dan voor de toepassing van voorlopige hechtenis. De voorlopige hechtenis is alleen mogelijk bij verdenking van een misdrijf waar een gevangenisstraf van drie jaar of meer op is

47. Op basis van de aangeleverde informatie door prof. dr. G. Godenzi, Universiteit van Zürich, in de workshop over voorlopige hechtenis tijdens het rechtsvergelijkende congres op 26 oktober 2017.

gesteld.[48] Voorts dient de detentie noodzakelijk te zijn vanwege het behoud van bewijsmateriaal, om druk op getuigen of slachtoffers en diens familie te voorkomen, om collusie tussen de verdachte en de medeverdachten of medeplichtigen te voorkomen, om de verdachte te beschermen, om de aanwezigheid van de verdachte tijdens het strafproces te garanderen dan wel om het strafbare feit te beëindigen of herhaling ervan te voorkomen (artikel 144 van het Franse wetboek van strafvordering – *Code de procédure pénale*, CPP). Daarnaast bestaat nog de mogelijkheid tot het opleggen van voorlopige hechtenis in het uitzonderlijke geval dat de ernst van het strafbare feit, de omstandigheden van het geval en de omvang van de schade leiden tot een aanhoudende verstoring van de openbare orde. Dit dient concreet te worden onderbouwd en mag niet alleen worden gebaseerd op een sterke emotie van de publieke opinie.

De alternatieven zijn geregeld in de artikelen 137 tot en met 142 CPP. Het betreft rechterlijk toezicht onder voorwaarden of elektronisch huisarrest. Rechterlijk toezicht kan (anders dan de voorlopige hechtenis) al worden bevolen indien het een strafbaar feit betreft waar ten minste een jaar gevangenisstraf op staat en is alleen mogelijk om de aanwezigheid van de verdachte tijdens het strafproces te garanderen, de voortduring van het strafbare feit te voorkomen, of om vermeende slachtoffers te beschermen (artikel 138 CPP). Maatregelen die de rechter kan nemen, zijn een rijverbod, een contactverbod, een gebiedsverbod, een verbod om bepaalde professionele of sociale activiteiten te verrichten, een verplichte zorgbehandeling, een periodieke meldingsplicht, een borgtocht of de afgifte van het paspoort. Elektronisch toezicht kan worden opgelegd bij een strafbaar feit waar ten minste twee jaar gevangenisstraf op staat (artikel 142-5 CPP). Het toezicht kan worden aangevuld met de verplichtingen en verbodsbepalingen die mogelijk zijn binnen het rechterlijk toezicht (zie artikel 142-5, vierde lid, CPP). De maatregel behelst een periode van zes maanden, maar kan voor dezelfde duur worden verlengd, zolang de totale duur niet meer dan twee jaar bedraagt.

De voorlopige hechtenis en alternatieve maatregelen zijn in België geregeld in de Wet Voorlopige hechtenis. Om voorlopige hechtenis of een alternatief op te kunnen leggen, moet sprake zijn van een serieuze verdenking van een misdrijf waar één jaar of meer dan één jaar gevangenisstraf op staat en de maatregel moet absoluut noodzakelijk zijn voor de maatschappelijke veiligheid. Als de maximumgevangenisstraf voor het misdrijf niet hoger is dan vijftien jaren gevangenisstraf, dan moet de voorlopige hechtenis of de alternatieven daarvoor, gebaseerd zijn op aanvullende gronden, te weten recidiverisico, vluchtgevaar, collusiegevaar of de drei-

48. Behalve in de gevallen waarin sprake is van een spoedprocedure (*la procédure de comparution immédiate*), dan is voorlopige hechtenis mogelijk bij misdrijven waar ten minste zes maanden gevangenisstraf op staat indien het 'flagrante' delicten (*flagrant délit*) betreft en twee jaar in het geval van 'niet-flagrante' delicten.

ging van het wegmaken van bewijs. Deze additionele gronden zijn weer niet vereist bij terroristische misdrijven met een strafmaximum boven de vijf jaar gevangenisstraf (artikel 16, eerste lid, Wet Voorlopige Hechtenis). België kent twee alternatieven: vrijlating onder borgtocht en vrijlating onder bepaalde voorwaarden. In het geval van een borgtocht moet een bedrag worden betaald als onderpand om de aanwezigheid van de verdachte gedurende het strafproces en de eventuele voltrekking van een straf te garanderen (artikel 35, vierde lid, Wet Voorlopige Hechtenis). De vrijlating onder bepaalde voorwaarden kan één of meerdere voorwaarden betreffen. Deze zijn vrij te kiezen door de rechter en kunnen worden opgelegd voor een periode van maximaal drie maanden (artikel 35, eerste lid, Wet Voorlopige Hechtenis).

In Duitsland zijn de voorlopige hechtenis en de alternatieven hiervoor geregeld in artikel 112 en 116 van het Duitse wetboek van strafvordering – *Strafprozessordnung* (Du. StPO). Overigens heet de voorlopige hechtenis hier 'onderzoekshechtenis' (*Untersuchungshaft*), wat duidt op een andere insteek dan de Nederlandse benaming voorlopige hechtenis. Er dient sprake te zijn van een serieuze verdenking van een strafbaar feit en een hechtenisgrond. Voorlopige hechtenis of een andere maatregel kan worden opgelegd in geval van vluchtgevaar, recidiverisico, het gevaar van wegmaken van bewijsmateriaal of indien iemand is verdacht van een levensdelict (hetgeen enigszins vergelijkbaar is met de Nederlandse geschokte rechtsordegrond). In de wet worden als mogelijke alternatieven genoemd een meldplicht, een gebiedsverbod, toezicht door een persoon en een borgtocht. De wet geeft slechts voorbeelden, maar de rechter kan nog andere maatregelen treffen zoals de opdracht het rijbewijs of het paspoort af te geven, het bevriezen van een bankrekening of de verplichting om mee te werken aan een zorgbehandeling.

In Noorwegen is voorlopige hechtenis mogelijk indien iemand wordt verdacht van een strafbaar feit waar meer dan zes maanden gevangenisstraf op staat en sprake is van vluchtgevaar, het risico van manipulatie van bewijs, gevreesd moet worden voor herhaling van crimineel gedrag of – anders dan in Nederland en de onderzochte landen – de verdachte daar zelf om verzoekt vanwege adequate redenen (artikel 171 van het Noorse wetboek van strafvordering – *Straffeprosessloven*, Strpl). Een aantal alternatieven voor de voorlopige hechtenis is opgesomd in artikel 181 Strpl. De rechtbank kan beslissen om de in hechtenis genomen persoon vrij te laten of van voorlopige hechtenis afzien onder de voorwaarde dat de verdachte zich op gezette tijden meldt bij de politie of onder de voorwaarde dat hij een bepaalde plaats niet verlaat. Vrijlating kan ook geschieden indien de verdachte instemt met andere voorwaarden, zoals het overhandigen van het paspoort, rijbewijs, monsterboekje of dienstregistratie. De rechtbank kan eveneens een zekerheidsstelling eisen in de vorm van een borg. De opsomming is niet volledig en er kunnen andere alternatieven worden gekozen.

In Zwitserland is voorlopige hechtenis mogelijk indien iemand er ernstig van wordt verdacht een misdrijf te hebben gepleegd en – net zoals in Duitsland en Noorwegen – sprake is van vluchtgevaar, gevaar voor collusie of wegmaken van bewijs of een aanzienlijk risico bestaat voor de veiligheid van anderen vanwege het gevaar van het plegen van soortgelijke misdrijven. Vrijheidsbeneming is voorts toegestaan ingeval er serieuze dreiging bestaat dat een persoon een ernstig misdrijf zal plegen (artikel 221, tweede lid, van het Zwitserse wetboek van strafvordering – *Strafprozessordnung*, Zw. StPO). Dit is een reden voor zelfstandige opsluiting, ook als de betrokkene niet wordt verdacht van een ander misdrijf. Het betreft een preventieve verplichte maatregel en is een anomalie in het Zwitserse wetboek van strafvordering. Mogelijke alternatieve voorzieningen behelzen de vrijlating onder borgtocht, het afstand doen van een paspoort of ander identiteitsbewijs, het vereiste om te verblijven of niet te verblijven op een specifieke plaats of in een huis, een regelmatige meldplicht, de verplichting om specifiek werk te doen, de verplichting een medische behandeling te ondergaan of een medisch onderzoek te laten verrichten of een contactverbod (artikel 237, tweede lid, Zw. StPO). Deze maatregelen zijn niet uitputtend. Het is bijvoorbeeld ook mogelijk bankrekeningen te bevriezen, toezicht door een bepaald persoon op te leggen of een eerder opgelegde vrijheidsstraf uit te zitten. Alternatieve maatregelen kunnen voorts worden gecombineerd. Elektronische bewaking (huisarrest of locatiegebod waarop wordt toegezien met een enkelband) behoort op grond van artikel 237, derde lid, Zw. StPO ook tot de mogelijkheden, maar de bepaling is in veel kantons een 'dode letter', omdat de vereiste technische apparatuur ontbreekt.

Hoe wordt het gebruik van alternatieven voor voorlopige hechtenis gestimuleerd?

Zowel in Frankrijk, Zwitserland, Noorwegen als Duitsland zijn het beginsel van minimale vrijheidsbeperking en het evenredigheidsbeginsel gecodificeerd in het wetboek van strafvordering. Op basis van deze uitgangspunten dient voorlopige hechtenis te worden ingezet als laatste redmiddel en moet eerst worden beoordeeld of alternatieven het beoogde doel kunnen bereiken.

In Frankrijk is in artikel 137 CPP de presumptie van onschuld verwoord en het recht van verdachten om in vrijheid te blijven. Vrijheid is aldus de hoofdregel en voorarrest de uitzondering. Bovendien kan het alternatieve rechterlijk toezicht al worden bevolen bij verdenking van een strafbaar feit waar ten minste een jaar gevangenisstraf op staat (artikel 138 CPP). De voorlopige hechtenis daarentegen kan pas worden opgelegd bij een misdrijf dat met drie jaar gevangenisstraf wordt bedreigd (artikel 143-1 CPP). Het rechterlijk toezicht heeft aldus een breder toepassingsbereik dan de voorlopige hechtenis en ook dat werkt stimulerend ten aanzien van het gebruik van alternatieven.

In Zwitserland geldt dat een verdachte zo veel mogelijk in vrijheid blijft: dit is neergelegd in artikel 212, eerste lid, Zw. StPO. Het evenredigheidsbeginsel is in

artikel 197, eerste lid, sub c en d, Zw. StPO opgenomen. Meer specifiek stelt artikel 237, eerste lid, Zw. StPO dat de rechtbank een alternatieve maatregel op dient te leggen in plaats van de voorlopige hechtenis als daarmee hetzelfde resultaat kan worden bereikt. Ook in Zwitserland is het opleggen van voorlopige hechtenis dus altijd het ultimum remedium en detentie de uitzondering. Opvallend is evenwel dat ondanks de wettelijke bepalingen, de alternatieve maatregelen in de praktijk zelden worden gebruikt.[49]

In Noorwegen zijn het beginsel van minimale vrijheidsbeperking en het evenredigheidsbeginsel verankerd in artikel 170bis Strpl: een dwangmiddel mag alleen worden toegepast als daarvoor voldoende reden is en dwangmiddelen mogen niet worden ingezet indien dat gelet op de aard en de omstandigheden van de zaak een onevenredige inbreuk zou opleveren. Bovendien wordt in artikel 184, tweede alinea, Strpl uitdrukkelijk vermeld dat voorlopige hechtenis alleen kan worden opgelegd als het doel waarvoor voorlopige hechtenis wordt toegepast, niet kan worden bereikt met alternatieve maatregelen.

Ondanks het uitgangspunt dat voorlopige hechtenis pas als laatste middel dient te worden ingezet, leeft de indruk dat het instrument te gemakkelijk zou worden ingezet. Interessant is te vermelden dat de Noorse regering een commissie heeft aangesteld die het wetboek van strafvordering onder meer op dit punt beoogt te verbeteren. Een van de hoofddoelstellingen van het concept-nieuwe wetboek van strafvordering is om het beginsel van minimuminterventie bij de keuze tussen verschillende vrijheidsbeperkingen en het belang van het evenredigheidsbeginsel te benadrukken, in het algemeen en met betrekking tot de voorlopige hechtenis in het bijzonder. Voorgesteld wordt om de voorwaarden voor het toepassen van voorlopige hechtenis in meerdere opzichten strenger te maken. In het ontwerp van de commissie kan voorlopige hechtenis vanwege vluchtgevaar of gevaar voor manipulatie van bewijsmateriaal alleen worden opgelegd wanneer de verdenking betrekking heeft op een misdrijf waarop een strafbedreiging van twee jaar of meer staat (in plaats van de huidige verdenking van een misdrijf met een strafbedreiging van zes maanden gevangenisstraf of meer). Bij het gevaar van manipulatie met bewijs moet bovendien een aanzienlijk risico bestaan (in plaats van slechts een risico) en kan de hechtenis niet langer dan drie maanden worden bevolen. Het risico dat de verdachte zijn of haar eigen getuigenis aanpast, mag niet in aanmerking worden genomen bij deze beoordeling. Voorts wordt voorgesteld dat beperkingen van interactie met andere gedetineerden alleen wordt geweigerd indien dit van materieel belang is voor het onderzoek. Deze beslissing kan in het voorstel niet langer dan twee weken duren en kan alleen worden verlengd in uitzonderingsgevallen. Isolatie is uitgesloten voor verdachten jonger dan achttien jaar. Voorlopige hechtenis vanwege het risico van nieuwe criminele gedragingen kan volgens het

49. Op basis van de aangeleverde informatie door prof. dr. G. Godenzi, hoogleraar straf- en strafprocesrecht aan de Universiteit van Zurich in de workshop over voorlopige hechtenis tijdens het rechtsvergelijkende congres op 26 oktober 2017.

wetsvoorstel alleen plaatsvinden om te voorkomen dat de verdachte nieuwe strafbare feiten begaat die een risico vormen voor iemands leven, gezondheid of vrijheid, of die in geval van herhaalde overtredingen sociaal gezien problematisch van aard zijn.[50]

In de Duitse regeling is in artikel 112, eerste lid, Du. StPO zowel een proportionaliteitstoets ten aanzien van de aard van het delict als het anticipatiegebod opgenomen. De voorlopige hechtenis wordt aldus gereguleerd op basis van evenredigheid en anticipatie ten aanzien van de te verwachten vrijheidsstraf. Anticipatie is eenvoudiger dan in Nederland, omdat het Duitse strafrecht minimumstraffen kent. Verder kan op grond van artikel 116 Du. StPO de voorlopige hechtenis worden bevolen indien sprake is van vluchtgevaar, maar dit bevel dient te worden opgeschort als het doel van de voorlopige hechtenis kan worden bereikt door een alternatieve, minder ingrijpende maatregel. Indien sprake is van het risico tot wegmaken van bewijsmateriaal kán een bevel tot voorlopige hechtenis worden opgeschort als het risico van het wegmaken van bewijsmateriaal aanzienlijk kan worden beperkt door alternatieve, minder ingrijpende maatregelen. Maar, ook al staat hier in de wet dat het bevel tot voorlopige hechtenis kán worden opgeschort, de rechter heeft daartoe geen discretionaire bevoegdheid. Het evenredigheidsbeginsel brengt mee dat het bevel tot voorlopige hechtenis móet worden opgeschort als het doel ervan kan worden bereikt door minder strenge maatregelen.[51]

In Duitsland wordt de nodige waarde toegekend aan het uitgangspunt dat de berechting in beginsel in vrijheid mag worden afgewacht. In de laatste jaren is een afname te zien in het aantal keer dat per 100.000 inwoners voorlopige hechtenis wordt opgelegd.[52]

In België dient de voorlopige hechtenis noodzakelijk te zijn, maar is geen specifieke bepaling die stelt dat alternatieven dienen te prevaleren boven voorlopige hechtenis. Op grond van artikel 35, eerste lid, Wet voorlopige hechtenis kan de onderzoeksrechter, wanneer is voldaan aan de voorwaarden, ervoor kiezen in plaats van voorlopige hechtenis een alternatief op te leggen. De onderzoeksrechter kan ook een alternatief opleggen nadat de verdachte enkele dagen in hechtenis heeft gezeten dan wel elektronische bewaking heeft ondergaan. De rechter dient er wel met regelmaat op toe te zien of de voorlopige hechtenis nog steeds nodig is (artikel 35,

50. 'Proposal for a New Norwegian Code of Criminal Procedure – A Summary of NOU 2016: 24', *Bergen Journal of Criminal Law and Criminal Justice* 2016/4, afl. 2, (p. 286-315), p. 297-298.
51. Op basis van de aangeleverde informatie door prof. dr. M. Lindemann, Universiteit van Bielefeld, in de workshop over voorlopige hechtenis tijdens het rechtsvergelijkende congres op 26 oktober 2017.
52. Op basis van aangeleverde informatie door dr. D. Van Toor, universitair docent strafrecht aan de Universiteit van Bielefeld. Alhoewel daarbij de kanttekening wordt geplaatst of het niet beter is de aantallen voorlopige hechtenis te relateren aan de totale detentiepopulatie.

vijfde lid, Wet voorlopige hechtenis). Hoewel België, anders dan de overige onderzochte landen, de voorlopige hechtenis niet expliciet als laatste redmiddel plaatst in de wet, zijn de alternatieven voor voorlopige hechtenis erg populair (in 2015 is een recordaantal van 5296 zaken door de reclassering in behandeling genomen). Tegelijkertijd neemt echter het aantal zaken waarin voorlopige hechtenis wordt toegepast niet af.[53]

Wat zijn de gevolgen in het geval een alternatief voor voorlopige hechtenis niet wordt nageleefd?

In alle onderzochte landen kan bij het niet naleven van de alternatieve voorwaarden voor voorlopige hechtenis, alsnog voorlopige hechtenis worden toegepast. Voorlopige hechtenis is echter niet de enige optie tot het afdwingen van de alternatieve verplichtingen. Zo kan in België het niet naleven van de voorwaarden tot verschillende gevolgen leiden, afhankelijk van de ernst van de zaak: de onderzoeksrechter kan in dat geval een arrestatiebevel doen uitgaan (artikel 38, tweede lid, Wet Voorlopige Hechtenis) of hij kan nieuwe individuele voorwaarden vaststellen (artikel 36, eerste lid, Wet Voorlopige Hechtenis).

In Frankrijk kan een verdachte die de verplichtingen onder het rechterlijk toezicht negeert worden aangehouden en gedurende 24 uur in verzekering worden geplaatst (artikel 141, tweede lid, CPP). De officier van justitie kan de zaak voorts brengen voor de aparte rechter die beslist over voorlopige hechtenis – de *juge des libertés et de la détention* – en oplegging van voorlopige hechtenis verzoeken vanwege schending van het rechterlijk toezicht of schending van het huisarrest met elektronisch toezicht (artikel 141-2 en 142-8 CPP). De rechter kan de verdachte vervolgens in voorlopige hechtenis plaatsen, ongeacht de hoogte van de gevangenisstraf (artikel 143-1 CPP). Voorarrest lijkt echter alleen te worden bevolen als geen sprake is van overmacht of nalatigheid, maar van onwil of de intentie om aan de opgelegde verplichtingen te ontkomen.[54] De rechter kan ook besluiten de rechterlijke toetsing te handhaven en om individuele verplichtingen te verscherpen, teneinde een strengere controle toe te passen.

In Duitsland wordt de tenuitvoerlegging van de voorlopige hechtenis alsnog bevolen als de verdachte op grove wijze de plichten en beperkingen die hem zijn opgelegd overtreedt, als hij stappen onderneemt om zijn vlucht voor te bereiden, niet verschijnt wanneer hij dient voor te komen of op een andere manier laat blijken dat het in hem gestelde vertrouwen niet gerechtvaardigd is of indien er andere nieuwe

53. Op basis van de aangeleverde informatie door prof. dr. R. Verstraeten, KU Leuven, in de workshop over voorlopige hechtenis tijdens het rechtsvergelijkende congres op 26 oktober 2017.
54. Op basis van de aangeleverde informatie door prof. dr. H. Matsopoulou, Universiteit Paris XIII, in de workshop over voorlopige hechtenis tijdens het rechtsvergelijkende congres op 26 oktober 2017.

omstandigheden zijn die detentie vereisen (artikel 116, vierde lid, Du. StPO). Tegelijkertijd is niet iedere vorm van niet-naleving van de alternatieven een reden voor het opleggen van voorlopige hechtenis. Een eenvoudige nalatigheid is daarvoor onvoldoende.

Op grond van artikel 237, vijfde lid, Zw. StPO kan de rechter bij de verdachte die niet voldoet aan de voorwaarden van de opgelegde maatregel, of indien een andere wijziging in de omstandigheden het noodzakelijk maakt, de reeds opgelegde maatregel op elk moment intrekken en andere alternatieve maatregelen of voorlopige hechtenis opleggen.

Ook in Noorwegen kan voorlopige hechtenis worden opgelegd indien de verdachte zich niet aan de alternatieve maatregel houdt. Niet-naleving is echter niet op voorhand een grond voor voorlopige hechtenis. De voorwaarden voor voorlopige hechtenis moeten aanwezig zijn, waaronder de eis dat voorlopige hechtenis alleen kan worden opgelegd als het doel niet door alternatieve maatregelen kan worden bereikt. Wanneer de verdachte niet heeft voldaan aan de alternatieve maatregel zal deze vraag evenwel vaak bevestigend worden beantwoord.

6 Slotbeschouwing

Opgemerkt moet worden dat rechtsvergelijking kan dienen ter inspiratie bij het overwegen van aanpassingen van de Nederlandse regeling van voorlopige hechtenis, maar dat geen harde conclusies kunnen worden getrokken over de gevolgen van de stelsels in de onderzochte landen. Allereerst is het niet met zekerheid te bepalen of Nederland vaker dan de andere Europese landen voorlopige hechtenis oplegt.[55] Als Nederland al (een van de) koploper(s) zou zijn, is het bovendien niet met zekerheid te stellen dat dit het gevolg is van de huidige wettelijke regeling of dat het enkel een uitvloeisel betreft van de strafvorderingspraktijk. Dat geldt vice versa voor de ons omringende landen.

De moderniseringswetgever heeft met het voorstel tot invoering van een bevel vrijheidsbeperking, de alternatieven voor voorlopige hechtenis beter proberen in te bedden. Zijn in de onderzochte landen regelingen getroffen die een dergelijke inbedding eveneens of wellicht zelfs beter nastreven? In het Franse recht gelden minder eisen voor het opleggen van een alternatief dan voor toepassing van voorlopige hechtenis. Dit zou het gebruik van alternatieven voor voorlopige hechtenis kunnen stimuleren. In Zwitserland wordt in de praktijk bij eventueel vluchtgevaar sneller een alternatief opgelegd, maar dat stuit tegelijkertijd op kritiek. De Zwitserse wettelijke regeling maakt immers geen verschil, en als voorlopige hechtenis

55. Zie het reeds aangehaalde onderzoek van de Algemene Rekenkamer 2017.

overbodig zou zijn, zou dat ook gelden voor de alternatieve maatregelen. Zorgt een (limitatieve) codificatie van de alternatieven in de wet voor een snellere toepassing? In Frankrijk is de inhoud van de alternatieven voor voorlopige hechtenis uitputtend opgenomen in het wetboek. In België, Duitsland, Noorwegen en Zwitserland is dat niet het geval. Tegelijkertijd worden in België veelvuldig alternatieve maatregelen opgelegd. Expliciete vastlegging in de wet is daarvoor kennelijk niet vereist. Anders dan in België zijn in Frankrijk, Zwitserland, Noorwegen en Duitsland het beginsel van minimale vrijheidsbeperking en het evenredigheidsbeginsel gecodificeerd in de wet. Toch wordt in België veel gebruik gemaakt van alternatieven. De codificatie van deze uitgangspunten is blijkbaar geen noodzakelijke voorwaarde voor het verkiezen van alternatieven boven voorlopige hechtenis. Helpt het opleggen van alternatieven het aantal voorlopig gehechten te reduceren? Tijdens de workshop op het rechtsvergelijkende congres van 26 oktober 2017 betoogde de Franse delegatie van wel.[56] Maar in België, waar de alternatieven populair zijn, heeft de toepassing niet tot een daling van het aantal voorlopig gehechten geleid. Ook hier kunnen dus geen harde uitspraken over worden gedaan. Zijn de borgtocht en het elektronisch toezicht eigenlijk wel goede alternatieven voor de voorlopige hechtenis? In Duitsland wordt maar zeer zelden gebruikgemaakt van de borgsom. Er is geen landelijke infrastructuur en het vermoeden is eveneens dat verdachten of familie de borgsom niet kunnen betalen. Als de borgsom in Nederland vaker als reeël alternatief zou moeten worden toegepast, dan dient gekeken te worden naar het functioneren van dit systeem in het hele land. Als het inderdaad zo is dat verdachten of hun relaties geen borg kunnen betalen, is dit bovendien geen werkend alternatief. In Noorwegen wordt elektronische detentie zeer zelden benut omdat het wordt ervaren als een ingewikkelde maatregel in de uitvoering. Ook hiervan kan geleerd worden dat de infrastructuur op orde moet zijn, alvorens de maatregel als werkbaar alternatief wordt gezien.

Hetgeen ter inspiratie kan dienen voor Nederland hangt tevens af van wat wordt ervaren als de oorzaak van het probleem. Als ervan wordt uitgegaan dat een te gemakkelijk gebruik van de voorlopige hechtenis enkel het gevolg is van een verkeerde praktijk (maar niet van de wettelijke regeling), dan kan het huidige systeem worden gehandhaafd en dienen alleen de uitgangspunten 'schorsen, tenzij' en 'motiveren, motiveren, motiveren' meer te worden benadrukt. Overigens is de laatste jaren al sprake van een terughoudender toepassing van de voorlopige hechtenis en zijn in de rechtspraktijk maatregelen genomen om het opleggen van voorlopige hechtenis meer inhoudelijk te beargumenteren.[57] Als de veronderstelling is dat alternatieven te weinig worden toegepast vanwege de huidige *building down* constructie (eerst dient de voorlopige hechtenis te worden bevolen, alvorens lichtere

56. Zie echter paragraaf 5.4. van het landenrapport over Frankrijk in deze bundel.
57. Zie ook Minister van Veiligheid en Justitie 2017, p. 4 en 5.

substituten kunnen worden opgelegd), dan ligt wetswijziging in de rede. Dan kan wel degelijk een voorbeeld worden genomen aan Frankrijk, Zwitserland, Noorwegen en Duitsland waar het proportionaliteitsbeginsel en het beginsel van minimale vrijheidsbeperking zijn gecodificeerd in de wet. Frankrijk kan voorts als voorbeeld dienen omdat het de alternatieven uitdrukkelijk benoemt, zelfstandig positioneert en bij lichtere feiten al van toepassing acht. Maar daarmee zijn de zorgen over de eventuele aanzuigende werking van het opleggen van alternatieven, het gebrek aan begrenzingen van die alternatieven en het gemis van een beroepsmogelijkheid voor de verdachte nog niet weggenomen. Ten aanzien van die zorgen kan eveneens te rade worden gegaan bij het recent verschenen proefschrift van Van den Brink over de voorlopige hechtenis in het Nederlandse jeugdstrafrecht.[58] Van den Brink pleit ervoor de wettelijke gronden voor voorlopige hechtenis en diens alternatieven verder aan te scherpen en de formulering meer in lijn te brengen met de door het EHRM erkende gronden, te weten het bestaan van een acuut en ernstig gevaar voor vlucht, maatschappelijke onrust, recidive of belemmering van de waarheidsvinding.[59] Voorts dient te worden voorzien in expliciete termijnen voor (bepaalde vormen van) vrijheidsbeperking.[60] De rechter dient bij de straf rekening te houden met de vrijheidsbeperkingen gedurende het strafproces.[61] Wat betreft de aanzuigende werking stelt hij een 'instaptoets' en een 'ernstige bezwarentoets' voor als drempels tegen een lichtzinnige toepassing van voorlopige preventieve maatregelen. Verder dient de rechter zich te houden aan het expliciet in de wet op te nemen uitgangspunt dat in beginsel géén voorlopige preventieve maatregelen worden bevolen, tenzij dit strikt noodzakelijk is op basis van een in de wet neergelegde strafvorderlijke grond.[62]

Een risico bij de afschaffing van de schorsing is dat verdachten langduriger in verzekering worden gesteld omdat de officier van justitie meer tijd nodig heeft een beslissing te nemen over de vervolgstap (vrijlaten, vrijheid beperken of ontnemen).[63] Dat zou dan een versterking van de huidige trend inhouden. De Algemene Rekenkamer merkte in zijn analyse immers op dat het aantal voorlopig gehechten de afgelopen vijf jaar vrij stabiel is gebleven, maar het percentage verdachten dat in verzekering is gesteld de afgelopen vijf jaren is gestegen van zeventien procent naar 25 procent.[64] Het is dan zaak deze groep kort gehechten uitdrukkelijk in de gaten te houden.

58. Hoewel dit proefschrift betrekking heeft op het jeugdstrafrecht, zijn de overwegingen ook interessant voor het volwassenstrafrecht.
59. Van den Brink 2018, paragraaf 10.4.4.
60. Idem, paragraaf 10.4.5.
61. Idem, paragraaf 10.4.8.
62. Idem, paragraaf 10.4.10.4.
63. Van den Brink 2017, paragraaf 4.3.
64. Algemene Rekenkamer 2017, p. 25.

Dat de moderniseringswetgever alternatieven voor voorlopige hechtenis nadrukkelijker wil stimuleren, verdient waardering. De in de consultatieversie van Boek 2 van het nieuwe Wetboek van Strafvordering voorgestelde regeling biedt daatoe zeker een goed perspectief. Tegelijkertijd kent het wetsvoorstel ook knelpunten en verdient het nadere uitwerking. Voor oplossingen kan ter inspiratie zeker naar het buitenland worden gekeken, maar zijn er ook binnenlands nuttige aanbevelingen gedaan. Zowel de aanpak van de onderzochte Europese landen als de kritieken in eigen land kunnen bijdragen aan het vervolgdebat in het moderniseringstraject.

'Beslag' op gegevens

Mr. drs. L. Noyon[*]

1 Inleiding

Onderzoek naar gegevens die opgeslagen op of beschikbaar zijn via computers en andere digitale gegevensdragers is een ingewikkeld thema gebleken, waar zowel door de moderniseringswetgever als de wetenschap nog volop mee geworsteld wordt.[1]

De complexiteit is voor een belangrijk deel een gevolg van technologische ontwikkelingen. Deze maken dat gegevens onder andere anders kunnen worden opgeslagen en overgedragen en, hiermee samenhangend, ook op andere wijze ter kennis van opsporingsambtenaren en de rechter kunnen komen. Hierdoor dringen zich nieuwe vragen op voor de strafrechtspleging. Deze vragen komen, van een afstand bekeken, neer op het zoeken van een nieuw evenwicht tussen instrumentaliteit en rechtsbescherming. De instrumentaliteit is in het geding omdat niet zelden met het kennis nemen of verkrijgen van gegevens een zwaarwegend opsporingsbelang samenhangt, terwijl klassieke vormen van gegevensvergaring niet meer goed aansluiten op het huidige internetlandschap. Dit geldt in het bijzonder ten aanzien van nieuwe vormen van (computer)criminaliteit. Tegelijk is evident dat onderzoek naar gegevens een inbreuk kan maken op het privédomein van een betrokkene en dit daarom vraagt om een hiermee corresponderende mate van rechtsbescherming. De nieuwe inbreuken zijn echter op allerlei manieren anders dan traditionele strafvorderlijke inbreuken op de privésfeer. Zo geldt voor de gemiddelde mens bijvoorbeeld dat, door de voortdurende stroom aan gegevens die hij of zij lekt of genereert, het met de juiste technologie mogelijk is geworden om een min of meer compleet beeld van (bepaalde aspecten van) zijn of haar leven te krijgen zonder dat daarvoor per se hoeft te worden doorgedrongen tot wat vroeger typisch als het privédomein van een individu gold. Sterker nog: het wordt in toenemende mate

* Graag dank ik prof. dr. E.J. Koops voor zijn waardevolle commentaar op een eerdere versie van deze bijdrage.

1. Zie bijv. E.J. Koops, C. Conings & F. Verbruggen, *Zoeken in computers naar Nederlands en Belgisch recht. Welke plaats hebben 'digitale plaatsen' in de systematiek van opsporingsbevoegdheden* (preadvies NVVS), Oisterwijk: WLP 2016.

mogelijk zo'n min of meer compleet beeld te schetsen op basis van gegevens die openbaar toegankelijk zijn.[2] Bovendien zijn allerlei inbreuken op de privésfeer ontstaan die vroeger nog niet denkbaar waren, bijvoorbeeld bestaand uit (heimelijk) onderzoek aan computers met het doel gegevens vast te leggen, te volgen of weg te nemen.

Bovenstaande abstracte schets laat zich – deels – vertalen in concrete vragen over hoe, op het niveau van wetgeving, een hanteerbare en evenwichtige opsporing moet worden ingericht. Bestaande opsporingsbevoegdheden volstaan niet meer altijd voor effectief opsporingsonderzoek. Bijvoorbeeld omdat gegevens zich bevinden en bewegen op plekken waar tot voor kort geen rekening mee gehouden werd. Bovendien is gebleken dat voor zover oude bevoegdheden wel kunnen of konden worden toegepast voor onderzoek aan nieuwe technieken – gedacht kan bijvoorbeeld worden aan het onderzoeken van een inbeslaggenomen smartphone – de mate van rechtsbescherming in die nieuwe context niet altijd een coherent beeld vertoont. Waar de klassieke privésfeer – in het bijzonder de woning – een relatief hoge mate van rechtsbescherming geniet,[3] is of was dit voor nieuwe vormen van de privésfeer minder stevig en vaak ook minder consistent geregeld. Antwoorden op de opkomende vragen in deze nieuwe context worden zowel gezocht en geformuleerd op het niveau van de wetgever,[4] als in de jurisprudentie van de Hoge Raad – in het bijzonder het smartphone-arrest.[5] Veel rechtsontwikkeling heeft in dit domein vooralsnog echter ad hoc en fragmentarisch plaatsgevonden. De modernisering van het Wetboek van Strafvordering biedt, alhoewel het uitgangspunt lijkt te blijven dat geen fundamentele herziening wordt beoogd, een gelegenheid om de ter zake relevante wetgeving niet alleen 'bij de tijd te brengen',[6] maar ook te (her)structureren.

2. Bijvoorbeeld op basis van data die mensen over zichzef of over anderen op sociale media delen. Zie bijvoorbeeld W. Youyoua, M. Kosinskib & D. Stillwella, 'Computer-based personality judgments are more accurate than those made by humans', *PNAS,* (115)2012, afl. 4, p. 1036-1040. Zie voor een bespreking van juridische implicaties, uit vele andere publicaties, de preadviezen van E.M.L. Moerel & J.E.J. Prins, 'Privacy voor de homodigitalis', en M. Hildebrandt, 'Data-gestuurde intelligentie in het strafrecht', in: *Homo Digitalis* (Handelingen Nederlandse Juristen-Vereniging 2016-I), Deventer: Wolters Kluwer 2016, p. 1-136 en 137-240.
3. Inbreuken in het 'privé-huiselijk leven' zijn typisch aan meer voorwaarden gebonden en bij een hogere autoriteit (de rechter-commissaris) belegd. De woning wordt bijvoorbeeld expliciet genoemd in artikel 8 EVRM – zij het dat dit begrip hier over het algemeen breder wordt geïnterpreteerd dan het strafvorderlijke begrip 'woning'. Zie over dit verschil bijvoorbeeld aantekening 14 van P.A.M. Mevis bij de 'Inleidende opmerkingen' bij de Awbi in Melai/Groenhuijsen.
4. Zie bijvoorbeeld het wetsvoorstel *Computercriminaliteit III* dat op het moment van schrijven onder behandeling is bij de Eerste Kamer, *Kamerstukken I* 2016/17, 34372, A.
5. HR 4 april 2017, ECLI:NL:HR:2017:584.
6. Vgl. Contourennota Modernisering Wetboek van Strafvordering, *Kamerstukken II* 2015/16, 29279, 278, i.h.b. p. 6.

De vragen die de nieuwe technieken oproepen voor de inrichting van de strafvordering zijn uiteraard niet uniek voor Nederland. Het spreekt voor zich dat veel van deze vragen in de landen om ons heen ook zijn opgekomen of in de nabije toekomst nog zullen opkomen. De ervaringen van deze landen kunnen dan ook bruikbaar zijn in het kader van de modernisering van het Wetboek van Strafvordering. Teneinde een bijdrage te leveren aan gedachtevorming voor die modernisering wordt in dit hoofdstuk voorzichtig verkend op welke manier in enkele andere landen – te weten België, Duitsland, Frankrijk, Noorwegen en Zwitserland – met deze problematiek wordt omgesprongen. Zoals gaandeweg zal blijken is het beeld dat uit deze verkennende rechtsvergelijking naar voren komt niet eenduidig. Voor een deel komt dat omdat niet in alle landen op hetzelfde moment dezelfde vragen zijn gerezen. Ter illustratie kan hier vast gewezen worden op het Nederlandse smartphone-arrest. Dit is nog maar van betrekkelijk recente datum. Waar sommige landen hierin op ons voor liepen, door voor die tijd het onderzoek aan een smartphone al nader te normeren, geldt voor andere landen dat deze problematiek (nog) niet op het spits is gedreven. Tegelijkertijd geldt dat er in andere landen vragen zijn opgekomen die hier nog niet aan de orde zijn geweest. Een voorbeeld hiervan is de Noorse verplichting tot medewerking aan ontsleuteling van een computer door het verstrekken van biometrische gegevens.[7] Kortom, rechtsontwikkeling is geen lineair proces dat door alle landen in dezelfde volgorde wordt doorlopen. Daarnaast is uiteraard ook de juridische context van het land in kwestie relevant; indien bijvoorbeeld het in beslag nemen van voorwerpen toch al bij een hogere autoriteit is belegd dan de lagere opsporingsambtenaar, zal het minder snel in de rede liggen om het vervolgens onderzoeken van de gegevens die opgeslagen zijn op of beschikbaar zijn via dat voorwerp (bijv. een smartphone) te problematiseren.

2 Terminologie en opbouw van deze bijdrage

2.1 Terminologie

De term 'beslag op gegevens' kan aanleiding geven tot misverstanden. Dit komt in de eerste plaats omdat de term voor verschillende opsporingshandelingen wordt gebruikt en in de tweede plaats omdat in het kader van de modernisering van het Wetboek van Strafvordering een verandering van terminologie is voorgesteld, waarvan het overigens op dit moment nog bepaald onduidelijk is of dit voorstel het uiteindelijke wetboek zal halen. Om in het vervolg van deze bijdrage verwarring te voorkomen is het daarom goed om eerst te beschrijven ten aanzien van welke feitelijke opsporingshandelingen behoefte lijkt te bestaan aan een wettelijke regeling. Het is – althans in het vervolg van dit hoofdstuk – te doen om grofweg

7. Zie I. Bruce, 'Forced biometric authentication – on a recent amendment in the Norwegian Code of Criminal Procedure', *Digital evidence and electronic signature law review* (14)2017, p. 26-30; en zie nader in dit hoofdstuk paragraaf 6.

een drietal categorieën. In het eerste geval (1) gaat het om beslag op een voorwerp waarop gegevens zijn opgeslagen of via welk voorwerp gegevens beschikbaar zijn die elders zijn opgeslagen. Een voorbeeld hiervan is het in beslag nemen en daaropvolgend onderzoeken van een smartphone. Het zal opsporingsambtenaren in de regel niet te doen zijn om de in beslag genomen smartphone zelf, maar om de informatie die de gegevens uit het voorwerp kunnen verschaffen. Op een smartphone staan immers gegevens opgeslagen en het is ook in toenemende mate gangbaar dat via de smartphone gegevens beschikbaar zijn die elders zijn opgeslagen, bijvoorbeeld via een e-mailapp of foto's in cloud-opslag. Een tweede figuur (2) is het kopiëren van gegevens zonder dat het object waar deze gegevens op zijn opgeslagen of via welke ze beschikbaar zijn in beslag wordt genomen. Een voorbeeld hiervan zijn de bevoegdheden die nu in het kader van een doorzoeking ter vastlegging van gegevens zijn geregeld in artikel 125i e.v. Sv. Deze handeling is in de eerste plaats denkbaar wanneer het in beslag nemen van het hele object niet evenredig zou zijn, bijvoorbeeld omdat het kopiëren van de gegevens volstaat of wanneer de computers deel uitmaken van een vitale infrastructuur waardoor zij niet zonder grote gevolgschade kunnen worden weggenomen. De derde figuur (3) is tot slot het overnemen van gegevens op een wijze waarop zij tevens aan de beschikkingsmacht van de rechthebbende worden onttrokken. Anders dan bij de eerste hierboven genoemde opsporingshandeling wordt dus niet het voorwerp, bijvoorbeeld een smartphone of computer in beslag genomen, maar worden alleen de via dit voorwerp beschikbare en/of hierop opgeslagen gegevens gekopieerd. Maar anders dan bij de tweede hierboven genoemde figuur worden deze gegevens ook direct vernietigd op de oorspronkelijke locatie, of tenminste anderszins aan de beschikkingsmacht van de rechthebbende(n) onttrokken. Dit kan wenselijk zijn, bijvoorbeeld indien de gegevens een waarde vertegenwoordigen (bijv. bitcoins of een andere cryptovaluta) of naar hun aard een strafbaar feit in het leven roepen (bijv. kinderporno), waardoor zij in aanmerking komen voor de bijkomende straf verbeurdverklaring (artikel 33 e.v. Sr) of de maatregel onttrekking aan het verkeer (artikel 36b e.v. Sr).

Bovenstaande driedeling sluit niet goed aan op de terminologie in het huidige Wetboek van Strafvordering, maar evenmin op de terminologie waar in het concept-Boek 2 vooralsnog voor is gekozen. 'Beslag' is naar geldend recht slechts mogelijk op voorwerpen en beperkt zich dus tot de eerste figuur, met dien verstande dat het beslag dan technisch gezien niet op de gegevens als zodanig rust maar op het voorwerp (via artikel 94 Sv). Het spreekt voor zich dat het betreffende voorwerp hiermee aan de beschikkingsmacht van de betrokkene wordt onttrokken.[8] In het concept-Boek 2 voor het gemoderniseerde Wetboek van Strafvordering

8. Voor de gegevens hoeft dit niet noodzakelijkerwijs het geval te zijn, gegevens die elders zijn opgeslagen in een *cloud* kunnen doorgaans vanaf andere toegangspoorten ook worden benaderd.

is ervoor gekozen ook beslag op gegevens te introduceren. De rechtsfiguur 'beslag op gegevens' wordt in dit voorstel breed ingezet. Zo is ervoor gekozen deze term niet te reserveren voor situaties waarin de beschikkingsmacht wordt ontnomen (figuur 3), maar ook te gebruiken voor situaties waarin dit niet gebeurt (figuur 2). Elke vorm van het kopiëren van gegevens kan dus 'beslag' heten. Al met al wordt zo niet alleen gebroken met het gevestigde uitgangspunt dat beslag slechts mogelijk is op voorwerpen, maar ook met het uitgangspunt dat inherent is aan beslag dat de houder de beschikkingsmacht verliest. Daarentegen wordt in het voorstel in situaties waarin al beslag is gelegd op een voorwerp dat toegang tot de gegevens mogelijk maakt (figuur 1), de term 'beslag' weer vermeden.[9] Dit is wellicht ingegeven door de overweging dat anders sprake zou zijn van overlappend beslag: een keer op het voorwerp, en vervolgens nog eens op de gegevens waar het voorwerp toegang toe verschaft.[10] Op deze keuzes en de daaraan gekoppelde nieuwe betekenis van het woord 'beslag' is in de literatuur kritiek geuit.[11] Het is ook de vraag in hoeverre hier uiteindelijk aan zal worden vastgehouden. De terminologische verwarring zou nog verder vergroot kunnen worden doordat in een andere relevante rechtsbron, het cybercrime-verdrag,[12] weer een andere woordkeus wordt gehanteerd. Hierin is in zoverre wel de mogelijkheid geopend voor beslag ('*seizure*') op gegevens, dat ook over beslag op gegevens wordt gesproken wanneer deze gegevens aan de beschikkingsmacht van de betrokkene worden onttrokken (figuur 3). Voor de tweede figuur wordt in dit verdrag echter de term '*securing*' gebruikt. Deze terminologie lijkt op het eerste gezicht beter aan te sluiten bij de hierboven geschetste driedeling, maar correspondeert dus noch met de huidige regeling in het Wetboek van Strafvordering,[13] noch met de voorgestelde regeling voor het gemoderniseerde wetboek. Om verdere verwarring te voorkomen, wordt in het vervolg van deze bijdrage in beginsel niet over 'beslag op gegevens' gesproken, tenzij geciteerd wordt uit bronnen waarin deze terminologie wordt gebruikt. In plaats daarvan wordt in het vervolg zo veel mogelijk omschreven op welke feitelijke opsporingshandelingen rechtsregels betrekking hebben. Hiertoe zal worden verwezen naar wat hiervoor als de figuren 1, 2 en 3 is aangeduid.

9. MvT bij Boek 2, p. 44-45.
10. De memorie van toelichting verschaft op dit punt weinig duidelijkheid.
11. Zie bijvoorbeeld E.F. Stamhuis, 'Een ongeschikt concept', *Strafblad* 2017/50. Weer wel positief is F. Vellinga-Schootstra, 'Inbeslagneming van voorwerpen en gegevens', *RMThemis* 2017, afl. 6, p. 334-343.
12. Verdrag inzake de bestrijding van strafbare feiten verbonden met elektronische netwerken, Boedapest 23 november 2001, *Trb.* 2002, 18.
13. In zoverre dan dat in het huidig wetboek geen beslag op gegevens zelf mogelijk is. De regeling voor het doorzoeken ter vastleggen van gegevens spreekt over 'vastleggen' van gegevens hetgeen een Nederlands equivalent van '*securing*' is.

2.2 *Leeswijzer en verantwoording*

De driedelige typologie die hierboven is beschreven is niet de enige manier om ordening aan te brengen in de wijze waarop onderzoek aan gegevens kan plaatsvinden. Een ander soms gemaakt onderscheid, dat hiervoor al terloops aan de orde kwam, is dat tussen onderzoek naar gegevens die opgeslagen zijn op een computer of smartphone, versus gegevens die beschikbaar zijn via een computer of smartphone. Bij die laatste categorie gaat het om elders, bijvoorbeeld in de cloud, opgeslagen gegevens die door middel van een netwerkzoeking binnen het bereik van de Nederlandse opsporing kunnen komen. Aan dit onderscheid komt naar huidig Nederlands recht beperkte betekenis toe (vgl. artikel 125i en 125j Sv).[14] In het kader van het onderzoeken van smartphones is het door de Hoge Raad echter niet geproblematiseerd;[15] in de moderniseringsstukken speelt het vooralsnog ook geen rol. Daarom wordt aan dit onderscheid in deze bijdrage goeddeels voorbijgegaan, met uitzondering van de problematiek omtrent het onderzoek van gegevens die weliswaar beschikbaar zijn via een computer hier te lande, maar die zich op een server in een ander land bevinden. Hier ontstaat immers een bijkomend probleem dat samenhangt met de strafvorderlijke rechtsmacht van de Nederlandse autoriteiten en de soevereiniteit van het land waar de server zich bevindt. Op dit deelonderwerp wordt nog apart ingegaan in paragraaf 3.6. Goeddeels buiten beschouwing blijft verder wat in het huidige wetboek is geregeld als het vorderen van gegevens (artikel 126nc Sv e.v.) en in het concept-Boek 2 is hernoemd tot bevelen tot uitlevering van gegevens ter inbeslagname (artikel 2.7.3.3.1. Sv-nieuw e.v.). Het bij deze bepalingen spelende onderscheid tussen identificerende, gevoelige en overige gegevens komt evenmin aan de orde. Dit onderscheid, dat overigens ook aanleiding heeft gegeven tot niet-eenduidige jurisprudentie,[16] wordt in het concept-Boek 2 niet overgenomen. Een ander hier nog te noemen relevant onderscheid is dat tussen heimelijk en niet-heimelijk onderzoek naar gegevens. Bij heimelijke bevoegdheden tot onderzoek aan gegevens gaat het, naast de reeds bestaande BOB-bevoegdheden, in het bijzonder om bevoegdheden die in het normaal spraakgebruik worden aangeduid als het 'hacken' van computers.[17]

14. Artikel 125j Sv, waarmee onderzoek naar gegevens opgeslagen in een 'elders aanwezig geautomatiseerd werk' mogelijk wordt gemaakt, schrijft als aanvullende eis voor dat het moet gaan om 'gegevens die redelijkerwijs nodig zijn om de waarheid aan de dag te brengen' en stelt dus een aanvullende wettelijke proportionaliteitseis.
15. De Hoge Raad spreekt in het smartphone-arrest in een adem over 'opgeslagen of beschikbare gegevens', r.o. 2.6 in HR 4 april 2017, ECLI:NL:HR:2017:584, *NJ* 2017/230.
16. Zo heeft de Hoge Raad bepaald dat OV-chipkaart-gegevens (inclusief pasfoto's), waaruit het ras van iemand kan worden afgeleid, vallen binnen de categorie gevoelige gegevens, HR 23 maart 2010, *NJ* 2010/355 m.nt. Mevis. Beelden van een beveiligingscamera doen dit echter niet, HR 21 december 2010, *NJ* 2012/24 m.nt. Borgers.
17. Zie hierover nader par. 5.

De opzet van dit hoofdstuk is gestructureerd aan de hand van drie vragen die met betrekking tot de afzonderlijke jurisdicties zijn gesteld in het kader van het rechtsvergelijkend congres in Rotterdam.[18] Allereerst komt aan de orde in hoeverre in deze jurisdicties afzonderlijke regels bestaan voor het vastleggen van dan wel beslag leggen op gegevens naast het beslag op voorwerpen (paragraaf 3). Daarna wordt besproken hoe het onderzoek aan smartphones is geregeld (paragraaf 4). De laatste vraag die in deze bijdrage wordt besproken, heeft betrekking op of en hoe het heimelijk doorzoeken van computers op afstand – kortweg hier nog even: het hacken – is geregeld (paragraaf 5). Daarna wordt stilgestaan bij een tweetal onderwerpen dat niet goed bij een van de drie vragen valt onder te brengen, te weten het al dan niet bestaan van ontsleutelverplichtingen (paragraaf 6) en het toezicht op het naleven van de in deze bijdrage besproken vormvoorschriften (paragraaf 7). Dat het hoofdstuk op deze wijze is ingedeeld, impliceert dat wordt geabstraheerd van de structuur van het huidige Nederlandse wettelijke kader. Gaandeweg komen echter zowel het onderzoek naar voorwerpen voor zover hier gegevens mee vergaard kunnen worden (artikel 94 e.v. Sv), de doorzoeking ter vastlegging van gegevens (artikel 125i e.v. Sv) en de voorstellen strekkende tot het voorzien in een bevoegdheid voor heimelijk onderzoek (artikel 126nba Sv nieuw) aan de orde.

Het navolgende behelst nadrukkelijk een verkennend rechtsvergelijkend perspectief. De weergave van besproken jurisdicties is gebaseerd op hetgeen is besproken tijdens het voornoemd rechtsvergelijkend congres, aangevuld met enkele documenten die ten behoeve van dit congres door deskundigen uit de afzonderlijke jurisdicties ter beschikking zijn gesteld. Er is slechts zeer bescheiden aanvullend onderzoek verricht dat zich bovendien slechts heeft beperkt tot openbaar toegankelijke bronnen. Iets afwijkends geldt voor de vergelijking met het Franse recht.[19] Die is voornamelijk gebaseerd op een na het congres verstrekt document en een beperkte vervolgstudie op basis van dit document. Het gevolg hiervan is dat de weergave van het Franse recht summier is. Op de tweede van de hierna aan de orde komende vragen is geen inzicht in de Franse situatie verkregen. Dit alles maakt dat benadrukt moet worden dat deze bijdrage slechts kan worden gelezen als een voorzichtige verkenning, waarin mogelijk enkele aanknopingspunten te lezen zijn voor nader en grondiger rechtsvergelijkend onderzoek. In die zin moet zij niet gelezen worden als kenbron van antwoorden, maar eerder als poging bij te dragen aan het formuleren van nieuwe vragen voor werkelijk rechtsvergelijkende studies. Voor wat betreft de juistheid van het navolgende kan slechts

18. Het rechtsvergelijkend congres *Comparative insights for the modernization of the Dutch Code of Criminal Procedure* (Rotterdam, 26 en 27 oktober 2017).
19. De Franse delegatie heeft tijdens het congres niet kunnen deelnemen aan de discussie over de in deze bijdrage aan de orde zijnde thematiek. Wel kan worden verwezen naar het landenrapport over Frankrijk elders in deze bundel, waarin eveneens een bescheiden aantal observaties is opgenomen.

worden ingestaan voor het feit dat dit een juiste weergave van het besprokene op voornoemd congres behelst.

3 Bestaan afzonderlijke regels voor beslag op voorwerpen en 'beslag' op gegevens?

De eerste hier te bespreken vraag luidt of in de te bespreken jurisdicties regels gelden voor het vastleggen van gegevens, al dan niet op een wijze waarop zij aan de beschikkingsmacht van de houder worden onttrokken, die afwijken van de wettelijke regeling voor het beslag op voorwerpen. En indien er andere regels zijn, hoe die er dan uitzien. Naar huidig Nederlands recht gaat dat dus om het onderscheid tot het in beslag nemen van voorwerpen als geregeld in onder meer artikel 94 Sv e.v. en diverse bijzondere wetten, en de rechtsingangen die bestaan voor het vastleggen van gegevens, waaronder het bepaalde in de artikelen 125i Sv en verder. Deze vraag moet onderscheiden worden van de vraag welke regels bestaan voor het onderzoeken van in beslag genomen voorwerpen op de aanwezigheid of beschikbaarheid van relevante gegevens (zoals het uitlezen van een smartphone). Deze vraag komt in de hiernavolgende paragraaf aan de orde. In het onderstaande wordt achtereenvolgens besproken in hoeverre in de verschillende jurisdicties afwijkende regels gelden voor het vastleggen van gegevens. Een variant op het vastleggen van gegevens is de zogenoemde 'netwerkzoeking', oftewel het zoeken naar data die elders dan op het al dan niet in beslag genomen onderzochte voorwerp zijn opgeslagen maar wel toegankelijk zijn via dat voorwerp. Aan het slot van deze paragraaf wordt nog enige aandacht aan dit aan het hoofdonderwerp aanpalende onderwerp besteed.

3.1 België

In België bestaan twee wettelijke regimes. Aanvankelijk kende men alleen het klassieke beslag, een regeling die ziet op voorwerpen (artikel 35 Bel. Sv, zie figuur 1 in paragraaf 2.1). Met een wetswijziging is echter voorzien in het 'databeslag', een figuur waarmee data 'inbeslaggenomen' worden zonder dat de materiële drager wordt meegenomen. Uit de wetsgeschiedenis zou blijken dat de wetgever de voorkeur geeft aan het klassieke beslag en het databeslag slechts mogelijk is indien klassiek beslag niet wenselijk is.[20] Waarom de meer-invasieve variant als uitgangspunt geldt, lijkt niet geheel duidelijk. Dit uitgangspunt wordt in de Belgische literatuur ook betwist.[21] Beide regimes lijken in zoverre op elkaar dat de regels van het klassieke beslag van overeenkomstige toepassing zijn op het databeslag, tenzij anders bepaald (vgl. artikel 125i Sv). Net als klassiek beslag is databeslag wettelijk

20. Zie C. Conings & S. Royer, 'Verzameling en vastleggen van digitaal bewijs in strafzaken', *Nullum Crimen* 2017, p. 311-338, i.h.b. op p. 329.
21. Idem.

mogelijk als de gegevens nuttig kunnen zijn voor *(i)* de waarheidsvinding of *(ii)* de bijzondere verbeurdverklaring. Voor databeslag is hieraan toegevoegd dat ook data die nodig zijn om de onder *(i)* of *(ii)* genoemde data te kunnen begrijpen, vatbaar zijn voor inbeslagname. Hierbij kan gedacht worden aan software die nodig is om bepaalde bestanden te openen. In de Belgische literatuur bestaat enige controverse over de bruikbaarheid van de tweede grond in de context van databeslag. Een bezwaar is dat digitale gegevens doorgaans gemakkelijk te kopiëren zijn, hetgeen zich moeilijk zou verdragen met verbeurd verklaren. Opgemerkt kan echter worden dat dit niet voor alle digitale gegevens geldt en het onder omstandigheden een legitiem strafvorderlijk doel lijkt te dienen om gegevens ter verbeurdverklaring in beslag te nemen – bijvoorbeeld wanneer het gaat om cryptovaluta.[22] Door het Hof van Cassatie zijn nog twee gronden voor (data)beslag toegevoegd: *(iii)* de stopzetting of preventie van handelingen die een misdrijf lijken uit te maken, een grond die is gebruikt om het platform *Pirate Bay* lam te leggen, en *(iv)* de beveiliging van civielrechtelijke belangen.[23]

Niettegenstaande de term 'databeslag' geldt voor deze Belgische figuur dat niet uitgesloten is dat de gegevens die in 'beslag' zijn genomen ook beschikbaar blijven voor de beslagene. Het uitgangspunt is weliswaar dat de gegevens op de oorspronkelijke locatie ontoegankelijk worden gemaakt (aangeduid als figuur 3 in paragraaf 2.1), maar hiervan kan worden afgezien (figuur 2 in paragraaf 2.1) indien het voortbestaan van de data geen gevaar oplevert voor de strafvordering. Het is slechts verplicht gegevens aan de beschikkingsmacht te onttrekken indien zij het voorwerp of product van een misdrijf zijn en ofwel strijdig met de openbare orde of de goede zeden zijn of een gevaar vormen voor de integriteit van de gegevens of het informaticasysteem.[24] Uiteraard is vernietiging van data zonder het maken van een kopie niet toegestaan. Voor wat betreft de bevoegde autoriteit geldt dat tot inbeslagneming van voorwerpen naast de onderzoeksrechter en de procureur des Konings ook de officieren van de gerechtelijke politie bevoegd zijn. In de literatuur wordt aangenomen dat dit ook voor het databeslag geldt.[25] Naast het hiervoor genoemde databeslag is onder omstandigheden, bijvoorbeeld bij grote aantallen servers, ook verzegeling mogelijk (vgl. artikel 125i jo. 96, tweede lid, Sv). Hiermee worden de data ontoegankelijk gemaakt in afwachting van de technische middelen die nodig zijn om de data in beslag te nemen, dus te kopiëren en eventueel definitief ontoegankelijk te maken.

22. Idem, p. 330.
23. Idem, p. 300.
24. Idem, p. 332.
25. Idem, p. 333.

3.2 Duitsland

In Duitsland bestaat geen afzonderlijke regeling voor het vastleggen van gegevens.[26] De regeling voor beslag op voorwerpen (§ 94 *Strafprozessordnung*, Du. StPO) is ook van toepassing op gegevens. Kenmerkend is dat behoudens dringende noodzakelijkheid altijd een rechterlijk bevel nodig is voor beslag op voorwerpen of gegevens. Indien sprake is van dringende noodzakelijkheid kan al door lagere opsporingsambtenaren (de politie) worden overgegaan tot inbeslagname; zij dienen dat dan wel achteraf door de rechter te laten toetsen. Zo'n rechterlijke toetsing is overigens ook mogelijk op verzoek van de verdachte indien het niet tot een vervolging komt.[27] Veel belang wordt toegekend aan het proportionaliteitsbeginsel. Dit beginsel staat bijvoorbeeld in de weg aan het in het geheel 'leegtrekken' van een mobiele telefoon of andere gegevensdrager. Bovendien is de relevantie van het proportionaliteitsbeginsel afhankelijk van de aard van de data die in beslag worden genomen. Wanneer het bijvoorbeeld gaat om telecommunicatie en derhalve een grondwettelijk beschermd recht in het geding is (artikel 10 GG), wordt een striktere proportionaliteitstoets uitgevoerd. Alleen die correspondentie die verband houdt met het opsporingsonderzoek mag in zo'n geval worden gekopieerd. Daarbij moet overigens worden aangetekend dat correspondentie die zich op een gegevensdrager bevindt niet meer geldt als correspondentie in de zin van artikel 10 GG. Niettemin geldt hiervoor een verzwaarde proportionaliteitstoets, die zich dus ergens bevindt tussen de meest strikte proportionaliteitstoets die wordt aangelegd bij nog 'stromende' communicatie en de meest ruimhartige die wordt aangelegd bij andersoortige gegevens (niet zijnde correspondentie).[28] Hiermee lijkt in Duitsland een iets andere kant op te worden geleund dan in Nederland. Hier lijkt de moderniseringswetgever er immers voor te willen kiezen om het briefgeheim buiten de 'transportfase' geheel te schrappen.[29] Dit voornemen heeft weliswaar betrekking op niet-elektronische communicatie en bovendien is de proportionaliteitstoets natuurlijk strikt genomen een normering die (ook) losstaat van de vraag met welke waarborgen een opsporingsbevoegdheid is omgeven, maar toch klinkt in dit voornemen nou niet direct de wens door de drempels voor eenmaal op de plaats van bestemming aangekomen correspondentie te ver op te hogen.

26. Zie hierover ook de conclusie van F.W. Bleichrodt, Parket bij de Hoge Raad 25 oktober 2016, ECLI:NL:PHR:2016:1049, *NJ* 2017/230, onder 54-62.
27. Zie § 7.
28. Zie hierover uitgebreider de conclusie van F.W. Bleichrodt, i.h.b. 60-62, Parket bij de Hoge Raad 25 oktober 2016, ECLI:NL:PHR:2016:1049, *NJ* 2017/230.
29. Zie de memorie van toelichting bij het concept-Boek 2, p. 52-53.

3.3 Frankrijk

In Frankrijk bestaat een regeling ter doorzoeking die het zowel mogelijk maakt om gegevensdragers in beslag te nemen als (ter plaatse) relevante gegevens te kopieren (artikel 56, vijfde lid, *Code de procédure pénale*, CPP). Hiervoor is ten minste een bevel van de *officier de police judiciaire* vereist.[30] In het zesde lid van dit artikel wordt de mogelijkheid geopend om gegevens na een bevel van de *officier de police judiciaire* of de onderzoeksrechter op de originele locatie te vernietigen. Voor zowel 'figuur 1' als 'figuur 2' kent de Franse strafvordering dus een expliciete grondslag.

3.4 Noorwegen

In Noorwegen bestaat evenmin een afzonderlijke regeling voor het vastleggen van gegevens. Voor het betreden dan wel doorzoeken van plaatsen is echter,[31] ongeacht of het al dan niet een woning betreft, altijd een rechterlijke machtiging nodig. Bij een doorzoeking kunnen computers worden meegenomen, eventueel gekopieerd of gehouden voor nader onderzoek (figuur 1 in paragraaf 2.1). Het niet meenemen van een computer, maar ter plaatse onderzoeken van de hierop opgeslagen dan wel via de computer beschikbare gegevens, wordt gezien als een minder invasieve variant (figuur 2 in paragraaf 2.1), waardoor dit naar Noors recht een opsporingshandeling is die op dezelfde bepaling kan rusten als het meenemen en elders uitlezen of onderzoeken van die computer. Tot slot kan op grond van de reguliere bepalingen voor beslag worden bepaald dat gegevens worden vernietigd (figuur 3 in paragraaf 2.1).

3.5 Zwitserland

Zwitserland kent net als Duitsland en Noorwegen geen afzonderlijke regeling. De relevante rechtsbescherming ter zake van beslag is op enkele punten wel afwijkend indien een voorwerp in beslag wordt genomen waaraan onderzoek naar gegevens mogelijk is. De eigenaar van het betreffende voorwerp kan dan bezwaar aantekenen tegen het voornemen van de opsporingsdiensten om onderzoek te verrichten naar de op het voorwerp opgeslagen gegevens. Indien hij dit doet, wordt het voorwerp verzegeld in afwachting van een rechterlijke beschikking over de toelaatbaarheid van het onderzoek. De termijn hiervoor is twintig dagen. Deze procedure lijkt (vooral) geschikt indien het gaat om het bevriezen van gegevens die daadwerkelijk op het voorwerp zijn opgeslagen. Indien het voorwerp een toegangspoort is voor gegevens die elders opgeslagen zijn en ook vanuit andere locaties raadpleegbaar

30. Zie voor wie voor dit ambt in aanmerking komen artikel 16 CPP.
31. Niet duidelijk is in hoeverre in Noorwegen een soortgelijk onderscheid bestaat tussen betreden en doorzoeken als in Nederland het geval is.

en verplaatsbaar zijn, lijkt het verzegelen van één toegangspoort immers slechts een digitale verschijningsvorm van onvoldoende zoden aan de dijk.

3.6 De netwerkzoeking en nationale soevereiniteit

Verbonden aan de mogelijkheden tot – al dan niet afzonderlijk geregeld – onderzoek aan voorwerpen is de mogelijkheid om dit onderzoek aan te wenden tot onderzoek aan computers of gegevensdragers waar het voorwerp mee in verbinding staat. Naar Nederlands recht is dit onder voorwaarden mogelijk gemaakt in artikel 125i e.v. Sv.[32] In België bestaat de netwerkzoeking eveneens als een afzonderlijk geregelde bevoegdheid die toekomt aan de procureur des Konings.[33] Het Franse recht voorziet in een expliciete grondslag voor de netwerkzoeking in artikel 57 CPP. In elk van deze jurisdicties geldt de beperking dat het moet gaan om informatie die rechtmatig toegankelijk is voor gebruikers, eventueel met hulp van iemand die de toegangscodes kent.[34] Omdat Noorwegen, Duitsland en Zwitserland geen afzonderlijk regime kennen, bestaat evenmin een afzonderlijke regeling voor de netwerkzoeking. Een probleem waar alle landen echter mee te maken krijgen, is de soms onduidelijke locatie waar de gegevens zich bevinden die via onderzoek aan een computer kunnen worden geraadpleegd. Veel gegevens staan immers niet opgeslagen op de onderzochte computer zelf maar bevinden zich of bewegen op servers elders. Dit is in het bijzonder problematisch indien dat een ander land betreft.[35] Wanneer gegevens zich in het buitenland bevinden, is het op grond van het Cybercrime-verdrag immers slechts mogelijk deze gegevens te onderzoeken indien zij openbaar toegankelijk zijn (‘*open source*’) of indien zij met toestemming van een rechthebbende worden geraadpleegd.[36] Indien dit niet het geval is, moet volgens dit verdrag een rechtshulpverzoek worden gedaan. Vaak is echter niet op voorhand duidelijk in welk land gegevens zich bevinden, waardoor evenmin duidelijk is of, en zo ja, aan welk land zo’n rechtshulpverzoek zou moeten worden gericht. Ten aanzien van deze problematiek kunnen diverse vragen worden gesteld. Bijvoorbeeld welke mate van zekerheid bij de opsporende autoriteiten moet bestaan over het feit dat gegevens zich in het eigen land bevinden, voordat het (strafvorderlijk) onderzoek in gang mag worden gezet. En of er naar nationaal recht notificatieplichten bestaan voor het geval abusievelijk toch onderzoek is gedaan naar gegevens die zich, achteraf, in een ander land bleken te bevinden (en daarmee een inbreuk is gemaakt op de soevereiniteit van dat land).

32. Zie voor enkele kanttekeningen bij de Nederlandse regeling Koops, Conings & Verbruggen 2016, p. 35-42.
33. Conings & Royer 2017, p. 314 e.v.
34. Zie hierover nader in § 6.
35. Zie hierover Koops, Conings & Verbruggen 2016, p. 69-74.
36. Artikel 32, *Trb.* 2000, 18.

Het blijkt dat deze heikele onderwerpen in de verschillende jurisdicties vooralsnog maar af en toe worden geproblematiseerd. Duitsland werkt met de presumptie dat gegevens in Duitsland zijn en in geval van onzekerheid wordt hier in de praktijk geen probleem van gemaakt. Er schijnt wel eens aan verdachten of anderszins betrokkenen te worden gevraagd of zij weten waar gegevens zich bevinden. Indien dan wordt geantwoord dat de gegevens in Duitsland zijn, wordt aangenomen dat dit klopt. Wat er precies gebeurt indien een ander antwoord wordt gegeven is onduidelijk. In Noorwegen zou er door de wetgever expliciet voor zijn gekozen de kwestie van jurisdictie niet te problematiseren zolang gegevens toegankelijk zijn vanuit Noorwegen. In België bestaat wel een wettelijke regeling. Het vernietigen of ontoegankelijk maken van gegevens is niet toelaatbaar indien is gebleken dat deze gegevens zich buiten Belgische jurisdictie bevinden. Bovendien is voorzien in een wettelijke notificatieplicht indien inbreuk is gemaakt op de soevereiniteit van een ander land, al leven er vragen over wat hier in de praktijk van terecht komt.[37] In Frankrijk staat de tekst van artikel 57 CPP weliswaar niet in de weg aan een netwerkzoeking buiten de Franse landsgrenzen, maar wordt wel onderkend dat de internationale verplichtingen volgend uit het Cybercrime-verdrag hier beperkingen opleggen. In hoeverre dat in de praktijk leidt tot abstinentie of restrictieve inzet van extraterritoriale netwerkzoekingen blijft echter onduidelijk. Al met al komt uit deze verkenning het beeld naar voren dat opsporingsonderzoek in *cloud*-opslag, waarbij de onderzochte gegevens zich in andere landen bevinden dan vanuit waar het onderzoek plaatsvindt, een in juridische zin ontoereikend genormeerde activiteit is die bovendien in de praktijk onvoldoende gereguleerd lijkt. Dit geldt ook voor de notificatieverplichting; hierin is behoudens in België evenmin voorzien in het nationale recht van de afzonderlijke landen. De internationaalrechtelijke verplichting tot notificatie wordt wel onderkend, maar algemeen wordt aangenomen dat dit in de praktijk zelden tot nooit gebeurt. De vraag is overigens ook of het internationaal recht hier nog geheel aansluit bij de praktische werkelijkheid. De relativering van het begrip 'plaats' door toedoen van de relevante technologische ontwikkelingen, is een kwestie die op een internationaalrechtelijk antwoord lijkt te wachten Dit is echter een vraag die aan andere tafels moet worden beantwoord dan die waaraan de modernisering van het Wetboek van Strafvordering wordt vormgegeven.

4 Op welke wijze is het onderzoek aan een smartphone geregeld?

Het onderzoek aan inbeslaggenomen voorwerpen is in Nederland lange tijd niet nader genormeerd geweest. Dit onderzoek kon zich dus zonder problemen uitstrekken tot opgeslagen of beschikbare gegevens en worden uitgevoerd op initia-

37. Zie hierover bijvoorbeeld uitgebreider: C. Conings & J.J. Oerlemans, 'Van een netwerkzoeking naar online doorzoeking: grenzeloos of grensverleggend?', *Computerrecht* 2013/5.

tief van iedere opsporingsambtenaar. Met het smartphone-arrest is hieraan een eind gemaakt. In dit arrest is aansluiting gezocht bij de wijze waarop opsporingshandelingen zonder expliciete wettelijke grondslag zijn genormeerd.[38] Naar gelang een grotere inbreuk wordt gemaakt op de persoonlijke levenssfeer van een verdachte is ten minste betrokkenheid van een hogere autoriteit vereist. Daarmee wijkt het door de Hoge Raad gepresenteerde kader af van de regeling die even daarvoor was voorgesteld in het concept-Boek 2. Hierin wordt immers steeds een bevel van de officier van justitie vereist (vgl. artikel 2.7.4.2.1 Sv nieuw en de toelichting in de memorie van toelichting in § 9.2.3). Normering langs andere lijnen was ook denkbaar geweest, zoals reeds blijkt uit de verkenning van enkele andere jurisdicties door advocaat-generaal Bleichrodt in zijn conclusie bij voornoemd arrest.[39] Daarbij hoeft niet op voorhand te worden aangenomen dat het zwaartepunt van de inbreuk op de persoonlijke levenssfeer ligt op het moment van het onderzoek aan de smartphone. Betoogd kan ook worden dat deze inbreuk al plaatsvindt op het moment van het beslag op het voorwerp (de smartphone), of juist pas op het moment dat naar de onderzochte gegevens daadwerkelijk (door een mens) wordt gekeken. Dit houdt verband met de manier waarop iemand tegen privacy en inbreuken daarop aankijkt. Sommige mensen zullen zich al ongemakkelijk voelen bij het idee dat gegevens binnen het bereik van de opsporing zijn gekomen, anderen zullen menen dat pas van een inbreuk op de privésfeer sprake is indien die gegevens daadwerkelijk worden onderzocht of door een mens worden bekeken. In het arrest van de Hoge Raad lijkt impliciet de keuze te zijn gemaakt om de inbreuk op de persoonlijke levenssfeer niet te plaatsen bij het moment van inbeslagname. De Hoge Raad overweegt immers dat onderzoek ook door een officier van justitie of rechter-commissaris kan plaatsvinden indien het in beslag nemen van het voorwerp is geschied door een (andere) opsporingsambtenaar.[40] Het louter in beslag nemen van een privacygevoelige smartphone is daarmee dus nooit om redenen die met de privésfeer van doen hebben onrechtmatig.

4.1 België

In België geldt net als in Nederland dat het uitgangspunt is dat de bevoegdheid tot inbeslagname van een smartphone de bevoegdheid impliceert hier onderzoek naar te doen. Net als in Nederland is de indringendheid van het onderzoek dat nog door lagere opsporingsambtenaren mag worden uitgevoerd niet onbegrensd. Maar anders dan als voor de Nederlandse situatie is bepaald door de Hoge Raad, wordt in België niet de ernst van de inbreuk op de persoonlijke levenssfeer die door het onderzoek wordt teweeggebracht tot uitgangspunt genomen, maar de vraag of sprake is van een netwerkzoeking. Onderzoek dat zich beperkt tot gegevens die op

38. Zie bijvoorbeeld HR 1 juli 2014, ECLI:NL:HR:2014:1562.
39. Parket bij de Hoge Raad 25 oktober 2016, ECLI:NL:PHR:2016:1049.
40. HR 4 april 2017, ECLI:NL:HR:2017:584, r.o. 2.8.

de smartphone zelf zijn opgeslagen mag worden uitgevoerd door iedere opsporingsambtenaar. Indien ook buiten de smartphone wordt gezocht is slechts de procureur des Konings en de onderzoeksrechter bevoegd het onderzoek uit te voeren. Omdat het bij de huidige generatie smartphones lang niet altijd duidelijk is welke gegevens zich op de opslag zelf bevinden en welke in de *cloud*, dienen lagere 'speurders' het toestel af te sluiten van elke externe verbinding (de zgn. vliegtuigmodus).

4.2 Duitsland en Zwitserland

De problematiek zoals die in België en Nederland bekend is, is minder doorgedrongen tot Duitsland en Zwitserland. Voor het onderzoek aan een in beslag genomen smartphone bestaan in deze landen geen nadere wettelijke regels. Dit is wellicht niet zo verwonderlijk, nu voor elke inbeslagname daar toch al een rechterlijk bevel vereist is. Daar komt bij dat het onderzoek aan een smartphone daar nadrukkelijker dan hier gebruikelijk is in de sleutel van het proportionaliteitsbeginsel wordt geplaatst (zie ook in paragraaf 3.2). Dit beginsel verzet zich bijvoorbeeld tegen onderzoek dat verder strekt dan de concrete verdenking. Als een verdachte bijvoorbeeld verdacht wordt van bellen tijdens het besturen van een auto mag wel op de smartphone worden gekeken of inderdaad op dat tijdstip activiteit heeft plaatsgevonden, maar hier moet het onderzoek dan ook toe beperkt blijven. Het belang van het proportionaliteitsbeginsel wordt onder meer geïllustreerd door het gegeven dat volgens de Duitse opvatting niet goed een situatie denkbaar is waarin het geheel 'leegtrekken' van een smartphone gerechtvaardigd is, aangezien dit per definitie geen trefzekere manier van onderzoek naar gegevens is. Door deze benadering lijkt in het Duitse recht het zwaartepunt van de inbreuk op de persoonlijke levenssfeer in hoofdzaak bij het moment van onderzoek – dus niet bijvoorbeeld pas bij het kijken naar die gegevens – te worden gelegd.

Specifiek voor Duitsland en Zwitserland is verder het constitutionele principe van het *Kernbereich privater Lebensgestaltung.* In dit meest intieme privédomein van de mens is in het geheel geen interferentie van de staat mogelijk, ook niet indien hier een sterk opsporingsbelang mee gemoeid is. In theorie betreft het dus een absoluut beginsel. Dit absolute karakter lijkt echter hoofdzakelijk theoretisch. De reikwijdte van het *Kernbereich privater Lebensgestaltung* zou door het *Bundesverfassungsgericht* in de loop der jaren zijn gerelativeerd door het afhankelijk te maken van de omstandigheden van het geval. Daardoor kan nu niet meer worden volgehouden dat aspecten van de privésfeer die vroeger geacht werden tot dit absoluut van staatsinterferentie gevrijwaarde domein te behoren, zoals het dagboek, dit nu nog onder alle omstandigheden zullen doen. Indien sprake is van een verdenking van een zeer ernstig strafbaar feit zou tegenwoordig ook het dagboek object van opsporingsonderzoek kunnen worden. Daardoor lijkt dit concept in plaats van een abso-

luut beginsel eerder een strikte, maar wel relatieve, verschijningsvorm van het proportionaliteitsbeginsel. Niettemin doet het in de praktijk dienst als notie die de opsporing inprent dat niet elk onderzoek is toegestaan.

4.3 Noorwegen

De Noorse situatie voor het onderzoek aan een smartphone is, juist vanwege het ontbreken van een afzonderlijke regeling, al goeddeels beschreven in paragraaf 3.3. Een bijzonderheid is voorts nog de ontsleuteling aan de hand van biometrische gegevens. Dit wordt nog afzonderlijk besproken in paragraaf 6; daarnaar wordt hier dan ook verwezen.

5 Op welke wijze is heimelijk onderzoek naar gegevens mogelijk?

De netwerkzoeking biedt onder omstandigheden de grondslag voor het doen van onderzoek aan computers elders dan waar het onderzoek wordt uitgevoerd, maar dit type onderzoek strekt zich slechts uit tot die computers waar de normale gebruikers ook rechtmatige toegang toe hebben (artikel 125j Sv). Buiten het bereik van deze regeling vallen dus handelingen die indien zij niet in het kader van de opsporing zouden worden uitgevoerd als 'hacken' aangemerkt zouden worden, oftewel heimelijke doorzoeking van computers op afstand.[41] Hiervoor bestaat in de Nederlandse strafvordering nu nog geen expliciete wettelijke grondslag. Hier komt verandering in indien een wetsvoorstel dat nu bij de Eerste Kamer ligt kracht van wet krijgt.[42] Ondanks dat op de (redactie) van dit voorstel al de nodige kritiek is geuit,[43] is de bevoegdheid waar dit wetsvoorstel in voorziet inmiddels wel inhoudelijk overgenomen in het concept-Boek 2 dat voorligt in het kader van de modernisering van het Wetboek van Strafvordering (artikel 2.8.2.9.1 Sv nieuw). Het is alleen al om die reden nuttig te kijken of en op welke manier bevoegdheden tot heimelijk onderzoek elders zijn vormgegeven.

In enkele van de hieronder te bespreken jurisdicties wordt in de regeling van heimelijk onderzoek in computers (deels) aangesloten bij de in die landen voorheen al bestaande regeling van telefoontaps. De oorsprong hiervan lijkt te zijn dat de noodzaak voor het heimelijk doorzoeken van computers zich nadrukkelijk laat voelen indien versleutelde communicatiediensten (*Whatsapp*, *Skype*, enz.) worden gebruikt als alternatief voor de oude telefoonverbinding. Veel nieuwe communicatiediensten die gebruikmaken van het internet gebruiken een versleuteling, zonder dat deze diensten een ander karakter hebben dan de aloude telefoonlijn. Maar anders dan dergelijke communicatie – ten aanzien waarvan vaak al langer

41. Vgl. Koops, Conings & Verbruggen 2016, p. 44.
42. Artikel 126nba, *Kamerstukken I* 2016/17, 34372, A.
43. Zie bijv. Koops, Conings & Verbrugge 2016, i.h.b. op p. 49-64.

opsporingsbevoegdheden bestonden – voorzag de wet in veel jurisdicties niet in een bevoegdheid voor de internetequivalent van deze overigens identieke communicatie. De ratio achter veel bevoegdheden strekkende tot heimelijk onderzoek aan computers is dan ook dat de bevoegdheden die reeds bestonden voor het aftappen van telefooncommunicatie ook – en doorgaans op gelijke voet – moeten gelden voor moderne alternatieven. Niettemin is het heimelijk doorzoeken van computers doorgaans niet beperkt tot 'stromende' gegevens, maar strekken de bevoegdheden zich vaak ook uit tot reeds opgeslagen gegevens. Dit geldt ook voor het Nederlandse voorstel dat nu bij de Eerste Kamer ligt. In het voorgestelde artikel 126nba Sv is zowel een grond opgenomen die strekt tot het opnemen van communicatie (bijv. artikel 126nba eerste lid, sub b, nieuw) als gronden die strekken tot het vastleggen van gegevens voor bewijsdoeleinden (artikel 126nba, eerste lid, sub d, nieuw).[44]

5.1 België

In België bestaat sinds 2017 een bevoegdheid tot heimelijke doorzoeking. Deze bevoegdheid kan slechts worden uitgeoefend door de onderzoeksrechter en hiervoor moet sprake zijn van een verdenking van een op een limitatieve lijst opgesomd misdrijf,[45] of een misdrijf dat gepleegd wordt of zou worden in het kader van een criminele organisatie. De bevoegdheid heeft net als het Nederlandse voorstel zowel betrekking op het onderscheppen van stromende (communicatie)gegevens als op opgeslagen gegevens. Anders dan in het voorgestelde Nederlandse voorstel hoeft het niet te gaan om computers die bij de verdachte in gebruik zijn, het kan ook gaan om computers van mensen die regelmatig contact hebben met de verdachte.[46]

5.2 Duitsland

In Duitsland zijn per augustus 2017 twee nieuwe bevoegdheden ingevoerd. De eerste heeft betrekking op het onderscheppen van communicatie en is een functioneel equivalent van de reguliere telefoontap. Het gaat hierbij dus om gegevens die door middel van de reguliere telefoontap onderschept hadden kunnen worden indien zij niet via een versleuteld medium zouden zijn verzonden. Inzet van deze bevoegdheid moet in beginsel worden bevolen door een rechter (§100^{e} Du. StPO), al kan hier in geval van dringende noodzakelijkheid een uitzondering op worden

44. Daarnaast is nog een heel aantal andere gronden in het artikel opgenomen, zie *Kamerstukken I* 2016/17, 34372, A.
45. Het gaat hier om de zogenoemde 'taplijst' van het Belgische artikel 90ter Sv. Deze lijst is in de loop der tijd regelmatig uitgebreid, waardoor het niet meer alleen zou gaan om ernstige criminaliteit. Zie Conings & Royer 2017, p. 319.
46. Zie verder Conings & Royer 2017, p. 316-320.

gemaakt in die zin dat een rechterlijke machtiging ook achteraf kan worden gegeven. Het is slechts mogelijk in geval van een verdenking van een misdrijf uit een lijst met limitatief opgesomde misdrijven (§100a Du. StPO). Voorts moet ook hier strikt getoetst worden aan het proportionaliteits- en subsidiariteitsbeginsel. Tevens geldt net als in Nederland een notificatieverplichting (§101 Du. StPO, vgl. artikel 126bb Sv).

De tweede onlangs ingevoerde bevoegdheid heeft betrekking op het heimelijk onderzoeken van niet-stromende gegevens (§101b e.v. Du. StPO). Ook hier geldt de begrenzing van de bevoegdheid tot een lijst misdrijven, opgesomd in §100b Du. StPO. Een rechterlijk bevel is vereist. Hierop zijn geen uitzonderingen mogelijk gemaakt, ook niet in het geval van spoed. Het is aan de rechter opgedragen zo veel mogelijk te verzekeren dat geen gegevens worden verzameld die betrekking hebben op het *Kernbereich privater Lebensgestaltung* (zie eerder in paragraaf 4.2). Indien dit onverhoopt toch gebeurt, worden deze gegevens gewist en in elk geval uitgesloten van het bewijs (zie §100b Du. StPO). Ook hier geldt een notificatieverplichting, zij het dat deze korter afligt van het moment van het inzetten van de bevoegdheid dan bij de interceptie van communicatie (zes in plaats van twaalf maanden is het uitgangspunt). Gezien het feit dat beide hier genoemde bepalingen nog maar van zeer recente datum zijn, is er nog weinig praktische ervaring mee opgedaan en zijn zij in de jurisprudentie ook nog niet geproblematiseerd.

5.3 Frankrijk

In Frankrijk is een met de reguliere telefoontap overeenstemmende regeling in het leven geroepen in artikel 100 CPP. De bevoegdheid tot het aftappen van elektronische communicatie – het gaat hier dus om stromende gegevens – is belegd bij de rechter en kan slechts plaatsvinden in geval van verdenking van een feit bedreigd met ten minste twee jaar gevangenisstraf. Bij de toepassing van dit artikel lijkt echter gehoopt te worden op medewerking van de aanbieders van elektronische communicatie. Van werkelijk 'hacken' lijkt vooralsnog geen sprake. Omdat deze medewerking in de praktijk niet lijkt plaats te vinden (met uitzondering van *Blackberries* zijn de bekende platforms niet welwillend om mee te werken met de Franse opsporing), is de praktische betekenis vermoedelijk gering. Iets soortgelijks geldt voor niet-stromende gegevens, oftewel informatie opgeslagen op telefoons. Hiervoor voorziet artikel 706-95-2 CPP in een bevoegdheid tot kennisname, maar opnieuw is hier medewerking van een communicatiedienst vereist. Het artikel vereist voorts een rechterlijk bevel en een verdenking voor een van de misdrijven uit de lange lijsten van de artikelen 706-73 en 706-73-1 CPP. Deze bepaling is net als de eerstgenoemde beperkt tot 'correspondentie' en daarmee beperkter dan de voorgestelde Nederlandse 'hackbevoegdheden'. Een derde relevante bevoegdheid betreft artikel 706-102-1 CPP. Dit artikel, ingevoerd in 2016, voorziet wel in een hack-bevoegd-

heid en kan ook worden ingezet voor andere gegevens dan correspondentie. Het voorziet in een heimelijke bevoegdheid tot het vastleggen en verzenden van gegevens en het daartoe binnendringen van computers. Opnieuw is de bevoegde autoriteit de rechter en dient het te gaan om een van de misdrijven van de lijsten van de artikelen 706-73 en 706-73-1 CPP.

5.4 Noorwegen

In Noorwegen bestaat eveneens een bevoegdheid tot heimelijke doorzoeking van computers op afstand. De bevoegdheid maakt het mogelijk heimelijk software te installeren waarmee gegevens kunnen worden bekeken, gekopieerd en eventueel gevolgd. Dit is beperkt tot misdrijven bedreigd met een gevangenisstraf van tien jaar of meer en enkele limitatief opgesomde misdrijven (artikel 200a *Straffeprosesslo-ven*, Strpl). Deze opsomming betreft in de eerste plaats misdrijven die zich bij uitstek in de digitale wereld voordoen. De grondslag is het bewijzen van het strafbare feit en voorts geldt een strikte subsidiariteitstoets. De bevoegdheid heeft zowel betrekking op opgeslagen als op stromende gegevens. Het bevel tot zo'n heimelijke doorzoeking moet worden gegeven door een rechter. Ook hier geldt een notificatieverplichting (zie artikel 208a Strpl).

5.5 Zwitserland

In tegenstelling tot de hiervoor besproken jurisdicties is in Zwitserland – nog – niet voorzien in een bevoegdheid voor heimelijke doorzoeking van computers op afstand. Er ligt wel een wetsvoorstel, maar dit geldt als zeer controversieel. Geprobeerd is om het tegen te houden door middel van een referendum, maar hiervoor zijn niet genoeg handtekeningen opgehaald. De kern van het voorstel is een rechterlijk bevel, een misdrijf van een lijst waarop een limitatief aantal misdrijven staat opgesomd en een strike proportionaliteitstoets.

5.6 Afsluitende opmerkingen over het heimelijk doorzoeken van computers op afstand

De eerste ervaringen in andere landen nuanceren de praktische meerwaarde van een bevoegdheid tot heimelijk computeronderzoek. In Duitsland lijkt er weinig animo om de bestaande bevoegdheden daadwerkelijk te gebruiken, al moet daar direct bij worden opgemerkt dat de bevoegdheden nog zo nieuw zijn dat het te vroeg is voor een geïnformeerd oordeel. Praktische bedenkingen zijn bijvoorbeeld gelegen in de hoge kosten die met het organiseren gemoeid zijn. Ook uit de Noorse praktijk zou zijn gebleken dat het opleiden van bekwame opsporingsambtenaren en het organiseren van de benodigde infrastructuur zeer kostbaar is. De Franse bevoegdheid tot hacken is eveneens pas een jaar oud, over de praktische betekenis

is nog weinig bekend. De al langer bestaande bevoegdheden met betrekking tot correspondentie hebben een weerbarstige praktijk van onwillige communicatiediensten ontmoet. In hoeverre deze praktische, financiële en organisatorische complicaties daadwerkelijk in de weg zullen staan aan effectief gebruik kan op dit moment nog niet worden gezegd, nu nog niet veel meer voor handen is dan inschattingen van betrokkenen met een anekdotisch karakter, en nog geen systematische evaluatiestudies bekend zijn. De toekomst zal dit moeten uitwijzen.

Een tweede probleem is de meldplicht van beveiligingslekken. Bij het inbreken van computers wordt gebruikgemaakt van dergelijke gaten in de beveiliging van software. In beginsel wordt binnen alle jurisdicties onderkend dat er een meldplicht bestaat om deze beveiligingslekken na afloop te melden bij de rechthebbende van de relevante software. Te verwachten valt dan echter dat deze lekken worden gedicht en voor een volgend opsporingsonderzoek dus weer gezocht moet worden naar nieuwe lekken, uiteraard tenzij dat onderzoek zich richt op verouderde software. Het spreekt voor zich dat dit wel eens een tijd- en geldrovende wijze van opsporing kan zijn, al zal dat altijd afhangen van hoe in een concreet geval een verdachte zichzelf in de digitale wereld heeft beveiligd. Dergelijke praktische bedenkingen relativeren enerzijds de verwachtingen die men moet hebben van nieuwe wettelijke bevoegdheden, anderzijds relativeren zij ook de angst voor grootschalige privacy-inbreuken indien deze bevoegdheden er eenmaal zijn.

6 Ontsleutelverplichtingen

Een aan het voorgaande aanpalend onderwerp betreft de vraag of en op welke wijze in de besproken jurisdicties ontsleutelverplichtingen bestaan. In Nederland bestaat zo'n medewerkingsverplichting in het kader van de doorzoeking ter vastlegging van gegevens (artikel 125k Sv). Dit bevel kan niet worden gegeven aan de verdachte (artikel 125k, derde lid, Sv). In het verleden is meermaals de mogelijkheid verkend tot het invoeren van een decryptiebevel dat wel aan de verdachte gericht zou kunnen worden.[47] Het wetsvoorstel *Computercriminaliteit III* dat momenteel bij de Eerste Kamer ligt, voorziet uiteindelijk niet in een dergelijke bevoegdheid en ook in het concept-Boek 2 is dit niet opgenomen. De situatie in België is soortgelijk (artikel 80quater Bel. Sv).[48] In Zwitserland en Duitsland zou de wet in het geheel niet voorzien in decryptiebevelen, ook niet jegens nietverdachten. In Noorwegen heeft men echter juist een stap verder gezet dan hier. Er bestaat de mogelijkheid tot het afgeven van een decryptiebevel jegens de verdachte, zij het dat hieraan geen sanctie is verbonden indien de verdachte zich op

47. Zie hierover ook E.J. Koops, *Het decryptiebevel en het nemo-teneturbeginsel. Nopen ontwikkelingen sinds 2000 tot invoering van een ontsleutelingsplicht voor verdachten?*, Den Haag: Boom Lemma uitgevers 2012.
48. Zie ook Conings & Royer 2017, p. 326.

zijn zwijgrecht beroept. Interessanter is dat het sinds kort door de wetgever wel mogelijk is gemaakt dat de verdachte wordt gedwongen mee te werken aan ontsleuteling door middel van biometrische gegevens. Deze dwang kan er bijvoorbeeld uit bestaan dat een verdachte fysiek wordt gedwongen zijn vinger op een sensor te houden. Hoewel hierbij in de eerste plaats wordt gedacht aan het ontsleutelen via een vingerafdruk (zoals tegenwoordig gebruikelijk is bij smartphones), laat de wettekst ook andere methoden toe (bijvoorbeeld door middel van een irisscan).[49] Anders dan een decryptiebevel waarbij een wachtwoord moet worden gegeven doet zich hier niet het praktische probleem voor dat een verdachte kan stellen het te zijn vergeten en evenmin het principiële probleem dat het zich slecht verdraagt met het *nemo tenetur*-beginsel, nu biometrische gegevens bestaan onafhankelijk van de wil van een verdachte.[50] De mogelijkheden voor verplichting tot medewerking aan vingerafdruk-identificatie zijn in de Nederlandse literatuur overigens ook al besproken.[51] Uiteraard geldt ook hier dat de praktische meerwaarde hiervan afhankelijk is van hoe een verdachte in een concreet geval de beveiliging van zijn gegevens heeft ingericht.

7 Toezicht op vormvoorschriften en consequenties van vormverzuimen

Een ander aanpalend onderwerp is de wijze waarop toezicht op de naleving van de (wettelijke) vormvoorschriften met betrekking tot onderzoek naar gegevens in de afzonderlijke landen is geregeld. In het Nederlandse stelsel kan voor de consequenties van eventuele vormverzuimen gekeken worden naar het kader van artikel 359a Sv. Dit artikel kan onder omstandigheden de grondslag bieden voor bewijsuitsluiting van onrechtmatig verkregen gegevens. Door de wijze waarop dit artikel in de jurisprudentie is uitgelegd, lijkt bewijsuitsluiting voor een verdachte hier echter niet snel binnen handbereik te zijn in de context van onderzoek naar gegevens, aangezien schending van vormvoorschriften bij dergelijk onderzoek niet snel zal leiden tot een inbreuk op artikel 6 EVRM en ook niet snel sprake zal zijn van een dermate ernstige inbreuk op een grondrecht dat andere belangen die gemoeid zijn met het uitsluiten van bewijs hiervoor zouden moeten wijken.[52] Dit geldt in het bijzonder nu er nog geen sprake lijkt van een algemeen erkend en gedefinieerd grondrecht dat de digitale persoonlijke levenssfeer beschermt.[53] Voor veel vormverzuimen in de sfeer van onderzoek naar gegevens geldt bovendien dat zij op voorhand niet voor sanctionering door de zittingsrechter in aanmerking

49. Zie Bruce 2017.
50. Vgl. EHRM 17 december 1996, applicatienr. 19187/91 (*Saunders t. Verenigd Koninkrijk*).
51. D.A.G. van Toor, 'De vergrendelde smartphone als object van strafvorderlijk onderzoek', *Computerrecht* 2017/2.
52. Vgl. HR 13 februari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY5321, *NJ* 2013/308, m.nt. Keulen.
53. Zie in dat verband het voorstel van Koops voor een 'digitaal huisrecht', o.a. in Koops, Conings & Verbruggen 2016, p. 129-135 en B.J. Koops, 'Digitaal huisrecht', *NJB* 2017/147.

komen. Een voorbeeld hiervan is onderzoek aan gegevens in het buitenland. Indien sprake is van onrechtmatige extraterritoriale opsporing is dit hooguit een inbreuk op de soevereiniteit van een ander land en staat de *Schutznorm* eraan in de weg dat hier in een strafzaak jegens de verdachte een gevolg aan wordt verbonden. Belangrijker is nog dat het overgrote merendeel van de digitale opsporing niet uitmondt in een strafzaak en daardoor nooit door een zittingsrechter onder ogen gekomen zal worden. Al dit onderzoek onttrekt zich derhalve logischerwijs aan elke vorm van rechterlijke normering *ex post*. Andere vormen van normering van de digitale opsporing lijken dus onontbeerlijk. Om die reden is het interessant te kijken naar enkele voorbeelden van hoe het toezicht op rechtmatige inzet van opsporingsbevoegdheden in het buitenland is geregeld.

Om te beginnen bestaat in Duitsland de mogelijkheid om ook als geen strafzaak volgt een rechter te adiëren om een verklaring voor recht te krijgen dat onrechtmatig bepaalde opsporingsmethoden zijn ingezet. In samenhang met de notificatieplichten kan dit effectief zijn. Meer dan een verklaring voor recht zit er evenwel niet in, schadevergoedingen zijn uitgesloten. Indien er wel een strafzaak komt, leiden inbreuken op het *Kernbereich privater Lebensgestaltung* altijd tot bewijsuitsluiting van deze informatie (zie §100d Du. StPO). Hiermee gaat Duitsland verder dan Nederland. Inbreuken op de persoonlijke levenssfeer kunnen hier immers slechts bij uitzondering leiden tot bewijsuitsluiting en dit is altijd het resultaat van een belangenafweging.[54] In Noorwegen bestaat een controlecommissie die toeziet op de rechtmatigheid van onderzoek naar gegevens. Deze commissie is ondergeschikt aan maar onafhankelijk van het ministerie en doet er onderzoek naar of dergelijk onderzoek is gebleven binnen de grenzen van het recht en het rechterlijk bevel waar het uitvoering aan gaf. Deze commissie oordeelt over het algemeen niet over individuele zaken, al kunnen verdachten wel een verzoek indienen om te onderzoeken of in hun zaak vormverzuimen zijn begaan. Een andere interessante figuur is dat in Noorwegen standaard een advocaat wordt aangesteld die de belangen van een verdachte behartigt in de fase van heimelijk onderzoek. Deze advocaat kan in de heimelijke fase uiteraard geen contact hebben met de verdachte. Het lijkt om die reden ook moeilijk om van een advocaat-cliënt-relatie te spreken, maar het zorgt wellicht wel voor meer tegenspraak in de fase van heimelijke opsporing.

8 Tot besluit: de relevantie voor de modernisering van het Wetboek van Strafvordering

Het voorgaande laat zien dat verschillende jurisdicties worstelen met grofweg dezelfde problemen, teweeggebracht door de advent van nieuwe digitale en elektronische technieken en daarmee gepaard gaande nieuwe uitdagingen voor een

54. HR 13 februari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY5321, *NJ* 2013/308 m.nt. Keulen, r.o. 2.4.5.

evenwichtige opsporing. Het beeld is grotendeels herkenbaar, in die zin dat in alle landen tamelijk fragmentarische rechtsontwikkeling lijkt plaats te vinden. Uitbreiding van bevoegdheden komt doorgaans tot stand door kennelijke noden in de opsporingspraktijk, begrenzingen zijn het gevolg van behoeften de balans tussen instrumentaliteit en rechtsbescherming te herstellen. Intussen bevestigt deze verkennende rechtsvergelijking ook dat veel problemen die samenhangen met nieuwe technieken complex zijn. In geen van de landen lijkt men het ei van Columbus te hebben gevonden voor wat betreft de vormgeving van een 'hackbevoegdheid', oftewel heimelijke netwerkzoekingbevoegdheid, voor de strafvorderlijke overheid. Waar men overal mee zit, is ofwel geen bevoegdheid, ofwel een bevoegdheid met een onbevredigend slecht gedemarqueerd toepassingsbereik – waarvan de praktische toepassing bovendien nog in nevelen gehuld is. In alle landen kent men de *nemo tenetur*-problematiek omtrent het decryptiebevel en verschillen tussen jurisdicties komen neer op de kaders die in Nederland al wel bekend zijn. Ontsleutelbevelen zijn in Zwitserland en Duitsland überhaupt niet mogelijk, ook niet aan anderen dan de verdachte. In Noorwegen is wel gekozen voor instelling van een decryptiebevel maar dit wordt niet met enige straf bedreigd. De verplichting tot medewerking aan biometrische identificatie is dan weer wel een figuur die hier nog niet door de wetgever is overwogen.

Een andere lijn die in het voorgaande te ontdekken is, is dat minder ver doorgevoerde uitsplitsing van regelgeving, bijvoorbeeld door de afwezigheid van bepalingen die betrekking hebben op onderzoek aan in beslag genomen gegevensdragers, doorgaans gepaard lijkt te gaan met rechterlijke bemoeienis en een naar het zich laat aanzien sterkere relevantie van het proportionaliteitsbeginsel. De rechterlijke toets *ex ante* die in Noorwegen, Zwitserland en Duitsland vaker dan hier gevergd wordt, biedt een waarborg die de behoefte vermindert aan nadere normering van de soorten van onderzoek die aan gegevensdragers mogelijk zijn, waarbij een ogenschijnlijk striktere invulling van het proportionaliteitsbeginsel een nadere normerende rol speelt.

Interessante leerpunten voor de modernisering van het Wetboek van Strafvordering kunnen misschien wel vooral gevonden worden in het toezicht op de vormvoorschriften voor gegevensonderzoek. Omdat onderzoek naar gegevens de notie van privacy in een nieuw daglicht plaatst en bovendien door nieuwe technieken allerlei voorheen ondenkbare inbreuken op de privésfeer technisch mogelijk worden, ontstaat niet alleen behoefte aan wettelijke normering maar ook aan toereikend toezicht hierop. Dit geldt misschien nog wel sterker nu het ook in andere landen niet mogelijk blijkt om bevoegdheden – bijvoorbeeld met betrekking tot heimelijk onderzoek – zo te formuleren dat op basis hiervan slechts precies omlijnde opsporing denkbaar is. Dergelijke bepalingen lijken welhaast noodzakelijk een zeer ruim bereik te hebben. Dit maakt adequaat toezicht onontbeerlijk. De

vraag lijkt gerechtvaardigd of het huidige Nederlandse kader daar voldoende voor toegerust is. Voorbeelden uit het buitenland, zoals de toetsingscommissies in Noorwegen, de eveneens Noorse figuur van een van overheidswege aangestelde advocaat tijdens heimelijke opsporing en het in Duitsland en Zwitserland bekende principe van het *Kernbereich privater Lebensgestaltung* zijn in dit verband aardige voorbeelden aan de hand waarvan verder gedacht kan worden.

Vereenvoudigde afdoening van strafbare feiten

Mr. dr. L.J.J. Peters

1 Inleiding

Het wetgevingsprogramma Modernisering van het Wetboek van Strafvordering heeft tot doel het ontwerpen van een (meer) effectieve, moderne strafprocedure. De vernieuwde procedure moet bijdragen aan het tegengaan van de vele nodeloze vertragingen die onder meer ontstaan doordat zaken bij de zittingsrechter worden aangebracht terwijl het voorbereidend onderzoek nog niet is afgerond. Daardoor zijn er veel pro-formazittingen of moeten zittingen worden aangehouden en naar de rechter-commissaris worden teruggewezen voor nader onderzoek. Dergelijke vertragingen dragen bij aan een verminderde kwaliteit van de strafrechtspleging.[1]

De druk op de overbelaste strafrechtspleging kan worden weggenomen door de reguliere strafprocedure meer te stroomlijnen. Daarnaast fungeren ook vereenvoudigde afdoeningsvormen als ventielen om die druk weg te nemen. De ruimte voor het op vereenvoudigde wijze afwikkelen van strafzaken ligt in Nederland van oudsher in het strafvorderlijk opportuniteitsbeginsel. Op basis van dit principe heeft het openbaar ministerie de bevoegdheid om strafzaken niet te vervolgen daar waar die strafvervolging niet in het algemeen belang is, dan wel te kiezen voor een vereenvoudigde afdoening van strafzaken. De transactie, de ontnemingsschikking en de strafbeschikking zijn bekende voorbeelden van vereenvoudigde strafprocedures.

In de afgelopen jaren is de aandacht voor de vereenvoudigde afdoening van strafzaken in de landen om ons heen aanzienlijk toegenomen. Het is niet alleen interessant, maar ook noodzakelijk dat de wetgever kennisneemt van die ontwikkelingen. De moderne Nederlandse strafvordering maakt immers deel uit van een meer internationale c.q. Europese context. Daarbinnen heeft de internationale samenwerking in strafzaken ook betrekking op de vereenvoudigde afdoening van

1. Aanbiedingsbrief en Contourennota Modernisering Wetboek van Strafvordering van 30 september 2015 (*Kamerstukken II* 2015/16, 29279, 278), p. 38.

criminaliteit. Voorts kan in het buitenland inspiratie worden gevonden in vereenvoudigde afdoeningsmodellen die bij kunnen dragen aan het ontwerp van een meer gestroomlijnde Nederlandse strafprocedure, of kunnen belangrijke inzichten voor wat betreft de (uit)werking van bepaalde procedures worden verkregen. Dit laatste kan van belang zijn in de context van de bestaande discussie over de inrichting van de Nederlandse hoge en bijzondere transactie en de strafbeschikking. Een prangende vraag in die discussie is of een onafhankelijke rechter in die procedures betrokken zou moeten worden.

Van belang bij een studie naar de 'vereenvoudigde afdoening van strafzaken' is dat die term een veelheid van deelonderwerpen betreft, variërend van procesversnellende mechanismen ingebouwd in de reguliere strafprocedure tot procesverkortende alternatieven voor de meer klassieke afdoening van strafzaken. In deze bijdrage wordt onder vereenvoudigde afdoening verstaan het geheel van zowel buitengerechtelijke afdoeningsmodaliteiten en gerechtelijke procedures waarbij een strafzaak niet op een volledig en contradictoir onderzoek ter openbare terechtzitting wordt behandeld maar met instemming, toestemming of als resultaat van een onderhandeling of overleg middels een verkorte procedure wordt afgedaan. Bij iedere procedure die geldt als zelfstandig alternatief voor een volledige, reguliere strafprocedure op tegenspraak is een vorm van consensus van de verdachte vereist. In die zin komt het begrip vereenvoudigde afdoening overeen met de term 'consensuele afdoening' in het strafrecht.[2]

Buiten deze definitie vallen de (super)snelrechtprocedures, die vooral een versnelde en vereenvoudigde oproeping van de verdachte ter (overigens volledige en contradictoire) terechtzitting als doel hebben. Eveneens wordt in deze bijdrage niet de afdoening van (doorgaans) lichte overtredingen middels administratieve boetes besproken. Ook een bespreking van bijzondere strafprocedures voor jeugdigen en versnelde afdoeningsmogelijkheden voor appèlzaken wordt achterwege gelaten.

Tijdens het rechtsvergelijkende congres *Comparative insights for the modernization of the Dutch Code of Criminal Procedure* vond als verdiepingssessie de workshop '*Extrajudicial and simplified trial proceedings*' plaats. Daarin wisselden de deelnemers vooral (verdiept) van gedachten over vereenvoudigde, gerechtelijke afdoeningsvormen. De buitengerechtelijke procedures waren uitsluitend onderwerp van de voorafgaande schriftelijke vragenlijst. Die verdeling wordt in deze bijdrage aange-

2. Zie over consensuele afdoening ook (o.a.) G.J.M. Corstens, 'Consensualiteit', *DD* 1994/24, afl. 1, p. 4-8, J.H. Crijns, *De strafrechtelijke overeenkomst. De rechtsbetrekking met het openbaar ministerie op het grensvlak van publiek- en privaatrecht* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2010, en in extern rechtsvergelijkend perspectief: L.J.J. Peters, *Vonnisafspraken in strafzaken. Een rechtsvergelijkende studie naar een vorm van onderhandelingsjustitie in Italië, Duitsland en Frankrijk* (diss. Nijmegen), Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2012, p. 15 e.v.

houden. Ten behoeve van het overzicht volgt hierna in paragraaf 2 eerst een opsomming van alle vereenvoudigde buitengerechtelijke en gerechtelijke afdoeningsvormen per land. Paragraaf 3 bespreekt vervolgens aan de hand van de schriftelijke voorbereidende vragen de verschillende buitengerechtelijke afdoeningsvormen. Paragraaf 4 is volledig toegespitst op een bespreking van de diverse vereenvoudigde gerechtelijke afdoeningsmodaliteiten, gerelateerd aan de vragen die tijdens de workshop voorlagen. Het betreft hier versnelde afdoeningsvormen waarin de (zittings)rechter enige (actieve) rol vervult. Die kan bestaan uit het verlenen van goedkeuring aan een door de officier van justitie (en de verdediging) opgesteld strafvoorstel of het wijzen van een vonnis na een vereenvoudigde of verkorte zitting.

Met het oog op de omvang van deze bijdrage worden de procedures op hoofdlijnen beschreven. Die beschrijving is voorts voornamelijk gebaseerd op datgene wat de buitenlandse experts in het kader van het congres, zowel schriftelijk als mondeling, naar voren hebben gebracht. Waar mogelijk en noodzakelijk is een en ander aangevuld met relevante wetgeving, jurisprudentie en literatuur.

2 Buitenlandse vormen van vereenvoudigde afdoening; een overzicht per land

De wetgevers van België, Duitsland, Frankrijk, Noorwegen en Zwitserland hebben zeer veel aandacht voor een vlotte en effectieve afhandeling van strafzaken. De vijf landen kennen meerdere procedures ter vereenvoudiging van de traditionele (of reguliere) strafprocedure in eerste aanleg.[3]

Het Belgische Wetboek van Strafvordering (Bel. Sv) kent vormen van buitengerechtelijke afdoening en één vorm van vereenvoudigde gerechtelijke afdoening. De buitengerechtelijke afdoeningsvormen zijn de *minnelijke schikking* en de *bemiddeling in strafzaken*. De *minnelijke schikking*, ofwel het 'verval van strafvordering tegen betaling van een geldsom' (V.S.B.G.) komt in de kern overeen met de Nederlandse transactie. De *bemiddeling in strafzaken* betreft een rechtsfiguur die deels gelijkenissen vertoont met wat in Nederland wel onder het voorwaardelijk sepot wordt verstaan. Tevens kent de Belgische strafvordering het niet wettelijk genormeerde voorwaardelijk sepot (*praetoriaanse probatie*). De *voorafgaande erkenning van schuld* is een vrij recent ingevoerde wettelijke vorm van vereenvoudigde gerechtelijke afdoening op basis van vonnisafspraken.[4]

3. Met de traditionele (of reguliere of klassieke) strafprocedure wordt bedoeld de strafprocedure bestaande uit een opsporingsonderzoek, eventueel een gerechtelijk vooronderzoek dan wel rechtsingangprocedure, en een openbaar en contradictoir onderzoek ter terechtzitting.
4. Het begrip vonnisafspraak wordt hierna in par. 4.1 toegelicht.

De Duitse *Strafprozessordnung* (Du. StPO) bevat een uitgebreide regeling van het buitengerechtelijke voorwaardelijk sepot (*Einstellung unter Auflagen*), en een vereenvoudigde gerechtelijke procedure in de vorm van een (gerechtelijke) strafbeschikking (*Strafbefehlsverfahren*). Voorts bevat het Duitse wetboek een regeling over een manier van procederen die dient ter versnelling (en verkorting) van de reguliere strafprocedure, maar die niet geldt als een zelfstandige alternatieve procedure. Dit is de procesvoering gebaseerd op afspraken: de *Verständigung im Strafverfahren*.

Het Franse wetboek van strafvordering (*Code de procédure pénale*, CPP) voorziet in de mogelijkheid van een buitengerechtelijke afdoening van delicten via het voorwaardelijk sepot (*classement sous conditions*) en een transactie (*amende forfaitaire*). Daarnaast voorziet het wetboek in drie vereenvoudigde gerechtelijke procedures: de gerechtelijke strafbeschikking (*la procédure simplifiée de l'ordonnance pénale*), de gerechtelijke transactie (de *composition pénale*) en de voorgeleiding na voorafgaande schuldbekentenis (*comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité*, CRPC).

De Noorse *Lov om rettergangsmåten i straffesaker (Straffeprosessloven*, Strpl) kent drie buitengerechtelijke afdoeningsvormen en één vereenvoudigde gerechtelijke procedure. De drie buitengerechtelijke modaliteiten betreffen het voorwaardelijk sepot, de bemiddeling in strafzaken (*megling i straffesaker*) en de strafbeschikking (*forelegg*). De vereenvoudigde gerechtelijke procedure betreft een verkorte procedure voor bekennende verdachten (*tilståelsesdom*).

Het Zwitserse wetboek van strafvordering (*Strafprozessordnung*, Zw. StPO) voorziet in één buitengerechtelijke afdoeningsvorm en één vereenvoudigde gerechtelijke afdoeningsmodaliteit. Dit zijn de strafbeschikking (*Strafbefehlsverfahren*), respectievelijk de verkorte procedure (*abgekürztes Verfahren*).

3 De buitengerechtelijke afdoening van strafzaken

3.1 Buitenlandse vormen van buitengerechtelijke afdoening

3.1.1 Het voorwaardelijk sepot

Met uitzondering van de Zwitserse strafrechtspleging voorzien alle hier bestudeerde strafsystemen in de mogelijkheid van een voorwaardelijk sepot. Die procedure houdt in dat de officier van justitie een op zichzelf bewijsbare strafzaak om opportuniteitsredenen niet vervolgt wanneer de verdachte voldoet aan de aan hem gestelde voorwaarden. In België, Frankrijk en Noorwegen vloeit de mogelijkheid van een voorwaardelijk sepot rechtstreeks voort uit het strafvorderlijk opportuniteitsbeginsel.

In België vindt het beleidssepot (*praetoriaanse probatie*) zijn grondslag in artikel 28quaeter Bel. Sv. De op te leggen voorwaarden zijn niet in het wetboek gecodificeerd, maar volgen uit richtlijnen van strafrechtelijk beleid die zijn opgesteld door het openbaar ministerie. Wanneer de verdachte voldoet aan de door het parket gestelde voorwaarden (zoals een contact- of gebiedsverbod), seponeert het parket de zaak. Het recht tot strafvervolging vervalt – anders dan in Nederland – evenwel niet. Naast dit meer 'informele' voorwaardelijk sepot voorziet het Belgische wetboek in een procedure die *bemiddeling in strafzaken* wordt genoemd. Deze procedure kan naar Belgisch recht niet, maar naar Nederlandse terminologie wel worden gekwalificeerd als een voorwaardelijk sepot.[5] In het kader van de *bemiddeling in strafzaken* kan het openbaar ministerie aan de verdachte voorstellen één of meer voorwaarden te vervullen (artikel 216ter Bel. Sv). Wanneer de verdachte daarmee instemt en aan die voorwaarden voldoet, vervalt het recht tot strafvervolging. Die voorwaarden kunnen bijvoorbeeld bestaan uit het vergoeden van de schade die is ontstaan als gevolg van het misdrijf, of het volgen van een medische behandeling of therapie, of het uitvoeren van maatschappelijke dienstverlening.[6] Een *bemiddeling in strafzaken* kan ook de vorm hebben van slachtoffer-daderbemiddeling. In dat geval treedt de officier van justitie op als een bemiddelaar tussen de verdachte en het slachtoffer om een schaderegeling tot stand te brengen. De *bemiddeling in strafzaken* kan steeds alleen plaatsvinden indien de officier van justitie van oordeel is dat voor het feit in concreto niet meer dan twee jaar correctionele gevangenisstraf moet worden opgelegd.[7]

Artikel 41-1 van het Franse wetboek bevat, anders dan het Belgische voorwaardelijk sepot, uitdrukkelijk een limitatieve opsomming van een zestal voorwaarden die de officier van justitie in geval van een opportuniteitssepot aan de verdachte

5. De *bemiddeling in strafzaken* wordt naar Belgisch recht uitdrukkelijk niét onder het voorwaardelijk sepot geschaard, omdat hier bij een 'beslissing tot sepot' de strafvordering niet vervalt en bij een *bemiddeling in strafzaken* wel. Voorts is de *bemiddeling in strafzaken* wettelijk geregeld en het sepot niet. Zie C. Van den Wyngaert & B. De Smet, *Strafrecht en strafprocesrecht in hoofdlijnen. Boek II – Strafprocesrecht*, Antwerpen/Apeldoorn: Maklu 2014, p. 785.
6. Als aanvullende voorwaarden gelden dat de verdachte bereid moet zijn de eventuele kosten van een analyse of een deskundigenonderzoek te zullen betalen binnen de door de procureur gestelde termijn en dat hij afstand doet van de in beslaggenomen voorwerpen of voorwerpen afgeeft wanneer de bijzondere verbeurdverklaring kan worden toegepast.
7. Een correctionele gevangenisstraf is een vrijheidsstraf die kan worden opgelegd voor wanbedrijven (dit is een middencategorie delicten die niet vallen binnen de categorie overtredingen en niet binnen de categorie van de – ernstige - misdaden). De correctionele gevangenisstraf heeft een duur van minimaal acht dagen en maximaal vijf jaar (artikel 25 Strafwetboek). Deze wordt opgelegd door de correctionele rechtbank, die bevoegd is te oordelen over wanbedrijven, zgn. 'gecorrectionaliseerde misdaden (dit zijn misdaden die op grond van de Wet Verzachtende Omstandigheden tot wanbedrijven worden gediskwalificeerd), en het hoger beroep tegen de vonnissen van de enkelvoudige politierechtbank. De *bemiddeling in strafzaken* heeft daarmee een relatief groot toepassingsgebied: niet alleen wanbedrijven maar ook de meeste misdaden kunnen voor een bemiddeling in aanmerking komen.

kan stellen. Deze betreffen achtereenvolgens een verwijzing naar strafrechtelijke slachtoffer-daderbemiddeling (*médiation pénale*), de waarschuwing (*rappel à la loi*), de verplichting om op eigen kosten een stage of opleiding te volgen (*l'orientation vers une structure sanitaire, sociale ou professionnelle*), het aanpassen van een bepaalde situatie conform de wetgeving (*la régularisation de la situation au regard de la loi ou des règlements*), het betalen van een schadevergoeding aan het slachtoffer (*la réparation du dommage*) en het contact- of verbiedsverbod (*l'éloignement de l'auteur*).

Ook in Noorwegen kan het openbaar ministerie een strafzaak voorwaardelijk seponeren, bijvoorbeeld omdat het betreffende delict er een van vele is en vervolging van dit specifieke feit geen substantieel effect heeft op de straftoemeting.[8] Het openbaar ministerie kan als voorwaarde stellen dat de verdachte geen nieuwe strafbare feiten pleegt binnen een bepaalde proefperiode, maar het kan ook andere voorwaarden opleggen. Naast het voorwaardelijk sepot kent Noorwegen een op zichzelf staande bemiddelingsprocedure. Het openbaar ministerie kan de zaak verwijzen naar een bemiddelingstraject indien er voldoende bewijs is dat de verdachte schuldig is, de zaak zich voor bemiddeling leent en zowel verdachte als slachtoffer daarmee instemt. Indien het mediationtraject succesvol verloopt, kan het openbaar ministerie de zaak seponeren.

In Duitsland en Zwitserland heeft het openbaar ministerie – anders dan in Frankrijk, België en Noorwegen – in beginsel een plicht tot strafvervolging ten aanzien van alle zaken waarin geen technisch sepot moet plaatsvinden. In Duitsland is deze vervolgingsplicht daar waar het eenvoudige misdrijven (*Vergehen*) betreft echter allang niet meer absoluut. Voor die feiten geldt in de praktijk een opportuniteitsbeginsel, omdat het openbaar ministerie op grond van de artikelen 153 tot en met 154e en 376 Du. StPO kan afzien van vervolging wanneer de schuld van de dader aan het feit gering is en het openbaar belang niet aan een sepot in de weg staat. Het openbaar ministerie kan daartoe voorwaarden stellen aan de verdachte. Voldoet de verdachte daaraan, dan vervalt voor het openbaar ministerie het recht om die feiten te vervolgen. In enkele gevallen heeft het openbaar ministerie toestemming nodig van het gerecht om de zaak te kunnen seponeren.[9] De Zwitserse *Strafprozessordnung*, ten slotte, voorziet daarentegen slechts in een onvoorwaardelijk sepot wegens enkele expliciet in de wet genoemde gronden (artikelen 8 Zw. StPO jo. 52 tot en met 54 Zw. StGB).

3.1.2 De (buitengerechtelijke) transactie

In landen die zich kenmerken door een strafvorderlijk opportuniteitsbeginsel beschikt het openbaar ministerie doorgaans (ook) over de bevoegdheid de ver-

8. Zie artikel 69 Strpl.
9. In dat geval is er geen sprake meer van een buitengerechtelijke afdoening.

dachte eenzijdig het voorstel te doen een geldsom aan de Staat te betalen in ruil voor het verval van het recht tot vervolging (transactie). In België is een dergelijke procedure neergelegd in artikel 216bis (*minnelijke schikking*). Deze houdt in dat de verdachte op voorstel van het openbaar ministerie niet alleen een bepaalde geldsom betaalt, maar ook afstand doet van de goederen die aanmerking komen voor een verbeurdverklaring. Wanneer de verdachte de geldsom voldoet, vervalt voor het openbaar ministerie het recht tot strafvervolging. Hoewel het hier een unilaterale instemmingsprocedure betreft,[10] komt het in de praktijk wel voor dat de verdachte het openbaar ministerie voorstelt om tot een *minnelijke schikking* te komen. Het openbaar ministerie beslist echter zelfstandig of het daartoe wel of niet overgaat. De *minnelijke schikking* staat open voor strafbare feiten waarop in concreto (dat wil zeggen: rekening houdend met alle omstandigheden van het geval) niet meer dan twee jaar correctionele gevangenisstraf staat.[11] Voorts mag het delict geen ernstige aantasting van de lichamelijke integriteit van het slachtoffer vormen. Anders dan de Nederlandse transactie kan de *minnelijke schikking* in iedere fase van de strafprocedure in eerste aanleg worden voorgesteld, dus zowel tijdens het vooronderzoek (ongeacht of er een gerechtelijk vooronderzoek plaatsheeft) als tijdens het onderzoek ter terechtzitting in eerste aanleg.[12] Verder verschilt deze procedure van de Nederlandse transactie in die zin dat ook het slachtoffer en diens raadsman kunnen deelnemen aan het gesprek over de *minnelijke schikking*. In dat geval krijgen de verdachte en het slachtoffer de mogelijkheid om binnen een vastgestelde termijn tot een akkoord te komen over een schaderegeling. Tot slot moet aan de gestelde voorwaarden – dat wil zeggen het betalen van de geldsom en eventueel de schadevergoeding – zijn voldaan voordat het '*proces-verbaal van minnelijke schikking*' wordt opgesteld en de zaak is afgedaan. Komt er geen *minnelijke schikking* tot stand, dan kan de officier van justitie (de *procureur des Konings*) ervoor kiezen een dagvaarding uit te brengen voor de betreffende feiten. Er vindt dan een reguliere strafprocedure plaats. Alle verklaringen en andere documenten die zijn opgemaakt ten behoeve van of ten tijde van het proces van de *minnelijke schikking* mogen dan niet meer worden gebruikt, ook niet in een eventuele civielrechtelijke procedure.

Naast het Belgische voorziet ook het Franse wetboek van strafvordering in een transactiebevoegdheid voor het openbaar ministerie. Deze is neergelegd in de arti-

10. Hiermee wordt bedoeld dat de verdachte er slechts wel of niet kan instemmen met het voorstel van het openbaar ministerie. Daarover kan niet worden onderhandeld. Zie over de verschillende grondvormen van consensualiteit in het strafrecht: M. Hildebrandt, 'Consensualiteit in het strafprocesrecht', in: M. Hildebrandt, P.T.C. van Kampen & J.F. Nijboer, *Plea Bargaining in Holland?*, Arnhem: Gouda Quint 1994, p. 111-113; C.H. Brants & B. Stapert, *Voor wat hoort wat: plea bargaining in het strafrecht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2004, p. 18; Peters 2012, p. 22-27.
11. Omdat het hier een straf in concreto betreft, kunnen veel zwaardere feiten in aanmerking komen voor een *minnelijke schikking*. Zelfs misdrijven waarop in abstracto een gevangenisstraf staat van vijftien tot twintig jaar kunnen in aanmerking komen voor een *minnelijke schikking*.
12. In dit laatste geval betreft het dus een gerechtelijke afdoeningsvorm in plaats van een buitengerechtelijke modaliteit. Zie verder in par. 4.1.1.

kelen 529 en 530-5 CPP (*amende forfaitaire*). Het toepassingsgebied is hier echter beperkter. Deze procedure staat enkel open voor overtredingen van de eerste vier klassen (deze betreffen voornamelijk verkeersovertredingen) en bepaalde in de wet aangewezen eenvoudige verkeersmisdrijven.[13] De betaling van de geldsom door de verdachte doet ook hier het recht tot strafvervolging vervallen.

3.1.3 De (buitengerechtelijke) strafbeschikking

Anders dan bij een transactie doet een (buitengerechtelijke) strafbeschikking het vervolgingsrecht niet vervallen, maar impliceert deze een schuldvaststelling door het openbaar ministerie, dat eenzijdig een sanctie oplegt aan de verdachte. Een strafbeschikking heeft daarmee dezelfde rechtsgevolgen als een veroordeling.

Net als Nederland kent ook Zwitserland aan het openbaar ministerie de bevoegdheid toe om in het kader van een *Strafbefehlsverfahren* zelfstandig de schuld van een verdachte vast te stellen en een sanctie op te leggen (artikelen 352 tot en met 357 Zw. StPO). Deze procedure wordt toegepast bij de afdoening van eenvoudige misdrijven. Relevante voorwaarden zijn dat de verdachte een bekentenis heeft afgelegd dan wel dat zijn of haar schuld op andere wijze voldoende is komen vast te staan, en dat de op te leggen straf niet boven een bepaald strafmaximum uitstijgt. Zo kan de officier van justitie de dader zelfstandig een geldboete opleggen van niet meer dan 180 daggeldeenheden en een taakstraf van maximaal 720 uren. Anders dan in Nederland kan een Zwitserse officier van justitie de dader ook een vrijheidsstraf van maximaal zes maanden opleggen. Het sanctiearsenaal van een Zwitserse officier van justitie is daarmee aanzienlijk groter dan dat van zijn Nederlandse collega. In beginsel betreft het *Strafbefehlsverfahren* een geheel schriftelijke procedure. Civiele claims vormen geen onderdeel van deze procedure (artikel 353, tweede lid, Zw. StPO). De verdachte heeft het recht om binnen tien dagen verzet in te stellen tegen de strafbeschikking, waarna de zaak in beginsel middels een reguliere strafprocedure wordt afgedaan (artikelen 354 tot en met 357 Zw. StPO).

De Noorse strafrechtspleging kent een procedure die het midden houdt tussen de Nederlandse strafbeschikking en de transactie. Dit is de *forelegg*, die is neergelegd in de artikelen 255 tot en met 261 Strpl. Op basis daarvan kan de officier van justitie bepalen dat een (eenvoudige) strafzaak wordt afgedaan met oplegging van een geldboete en/of een verbeurdverklaring. Anders dan voor de Nederlandse strafbeschikking geldt hier dat de verdachte expliciet met de beschikking moet instemmen. Bij instemming heeft de opgelegde beschikking dezelfde rechtsgevolgen als

13. Deze uitbreiding maakt deel uit van de wet van 18 november 2016 betreffende de modernisering van de strafjustitie in de 21e eeuw (*Loi du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du 21ème siècle*). Het betreft misdrijven als het rijden zonder rijbewijs en onverzekerd rijden.

een veroordeling.[14] Stemt de verdachte er niet mee in, dan geldt de beschikking als een formele tenlastelegging en wordt de zaak op een reguliere terechtzitting afgedaan.

3.2 De buitengerechtelijke afdoening in cijfers uitgedrukt

Het is niet eenvoudig om nauwkeurig, recent en onderling goed vergelijkbaar cijfermateriaal te vinden over de buitengerechtelijke afdoening in de vijf landen, en daar vervolgens conclusies aan te verbinden. De hierna volgende cijfers laten slechts zien of de genoemde buitengerechtelijke modaliteiten relatief veel of weinig werden toegepast in een bepaald kalenderjaar.

In België heeft het openbaar ministerie statistisch materiaal beschikbaar betreffende de uitstroom van strafzaken die met een *praetoriaanse probatie*, een voltooide *bemiddeling in strafzaken* en een *minnelijke schikking* zijn afgedaan. Het betreft cijfers over het kalenderjaar 2015. In dat jaar werden 3.956 strafzaken (op een totale uitstroom van 613.955 zaken) afgedaan met een *praetoriaanse probatie*. Dat staat gelijk aan 0,64%. In hetzelfde jaar vond in 2.808 strafzaken een geslaagde *bemiddeling* plaats (0,46%), en in 6.760 zaken werd een *minnelijke schikking* betaald (1,10%). Ter vergelijking: 403.815 strafzaken werden onvoorwaardelijk geseponeerd (65,77%) en in 3,41% van de zaken werd een administratieve sanctie opgelegd. In 88,98% van de zaken werd een (rechtstreekse) dagvaarding uitgebracht.[15] In verhouding tot de totale uitstroom nemen de voorwaardelijke buitengerechtelijke modaliteiten in kwantitatief opzicht dus een (zeer) beperkte plaats in.

Statistisch gezien is het sepot de meest toegepaste afdoeningsmodaliteit in Duitsland. Daarbinnen domineren ook hier de onvoorwaardelijke sepots. In 2013 volgde in 183.333 een voorwaardelijk sepot. Dat is 4% van het totaal. In datzelfde jaar werd in 10% van de strafzaken (455.510 zaken) een dagvaarding uitgebracht.[16]

In Frankrijk dateren de meest recente cijfers van 2016. In dat jaar werden van het totaal aantal vervolgbare strafzaken (1.367.166), 512.146 zaken buitengerechtelijk via de *procédures alternatives aux poursuites* afgedaan. Dat komt neer op 37% van het totaal.[17] Sinds 2006 nemen de alternatieve buitengerechtelijke afdoeningsvormen een forse plaats in op het totaal. Sinds 2006 schommelt het percentage zo tussen de

14. In dat opzicht houdt deze procedure naar de Nederlandse terminologie wellicht het midden tussen een transactie en een (buitengerechtelijke) strafbeschikking.
15. Deze cijfers zijn te vinden op www.om-mp.be.
16. www.destatis.de/DE/Publikationen/WirtschaftStatistik/2015/03/StaatsanwaltschaftlicheErmittlungstaetigkeit_032015.pdf?__blob=publicationFile.
17. Ministère de la Justice, *Les chiffres-clés de la Justice 2017*, Parijs 2017.

40% en 50% op het totaal.[18] Het ministerie van Justitie beschikt niet over statistische gegevens betreffende de afdoening met een *amende forfaitaire.*

In Noorwegen legt het openbaar ministerie meer sancties op dan de rechtbanken. Opvallend is dat een zeer groot deel van de vervolgbare strafbare feiten hier met een boete (transactie) op de plaats delict wordt afgedaan. In 2015 waren dat er 213.989 (op een totaal van 291.850 opgelegde sancties, dus 73%). In datzelfde jaar werden 3.477 strafzaken met een voorwaardelijk sepot, en 53.922 zaken met een transactie (*forelegg*) door het openbaar ministerie afgedaan.[19] Dat komt neer op 1,19%, respectievelijk 18,5%.

In Zwitserland is voor wat betreft de strafrechtelijke afdoeningsmodaliteiten geen precieze statistische informatie beschikbaar op federaal niveau. De Zwitserse respondenten gaven evenwel aan dat de buitengerechtelijke strafbeschikking van grote betekenis is voor de Zwitserse rechtspraktijk. Volgens hen wordt meer dan 90% van alle vervolgbare strafzaken met een strafbeschikking beëindigd.

3.3 Voorstellen voor andere vormen van buitengerechtelijke afdoening

In geen van de landen zijn momenteel voorstellen aanhangig ten behoeve van een uitbreiding of wijziging van de bestaande vormen van buitengerechtelijke afdoening.

4 De vereenvoudigde gerechtelijke afdoening van strafzaken

4.1 Buitenlandse vormen van vereenvoudigde gerechtelijke afdoening

Vormen van vereenvoudigde gerechtelijke afdoening van strafzaken komen in de bestudeerde landen in vier verschillende grondvormen voor. De eerste categorie betreft de gerechtelijke strafbeschikking en de gerechtelijke transactie. Dit zijn procedures waarbij de officier van justitie weliswaar een conceptbeschikking opstelt met daarin een concrete op te leggen straf, maar waarbij die beschikking – anders dan in Nederland – eerst door een rechter moet worden goedgekeurd alvorens deze aan de verdachte wordt betekend. De tweede categorie wordt gevormd door bijzondere (of alternatieve) procedures voor bekennende verdachten. Dit zijn zelfstandige afdoeningsmodaliteiten voor strafzaken, waarin de verdachte in het voorbereidend onderzoek een bekentenis heeft afgelegd en ermee instemt om – in beginsel zonder enige tegenprestatie van het openbaar ministerie of het gerecht – afstand te doen van een contradictoir onderzoek ter terechtzitting. Tot slot heeft de

18. Cadres du parquet (2007-2010) et du SID-Cassiopée (2011-2016).
19. www.ssb.no/en/statbank/list/straff www.ssb.no/en/statbank/list/straff.

verdachte in enkele landen de wettelijke mogelijkheid om met het openbaar ministerie dan wel de zittingsrechter afspraken te maken over de omvang, het verloop of de inhoud van de strafprocedure (procesafspraken), dan wel over de inhoud van het uit te vaardigen vonnis (vonnisafspraken). Het kan hier gaan om een zelfstandige procedure die los staat van het reguliere onderzoek ter terechtzitting, of om een proceswijze die als het ware is geïntegreerd in de reguliere strafprocedure.

4.1.1 De gerechtelijke strafbeschikking en de gerechtelijke transactie

In België heeft de (oorspronkelijk buitengerechtelijke) *minnelijke schikking* in 2011 en 2016 een groter bereik gekregen.[20] Deze transactiemogelijkheid is sindsdien ook mogelijk tijdens het gerechtelijk vooronderzoek en het onderzoek ter terechtzitting tot aan het moment dat een eindvonnis of eindarrest wordt gewezen (de zogenoemde *verruimde minnelijke schikking*).[21] Ook kan de *minnelijke schikking* nu worden toegepast bij alle gecorrectionaliseerde misdaden.[22] Wel geldt daarbij de beperkende voorwaarde dat het delict geen ernstige aantasting van de lichamelijke integriteit mag behelzen. De *minnelijke schikking* staat daarmee vooral open voor financiële criminaliteit. Voorts geldt dat het feit niet bijzonder ernstig mag zijn: indien de officier van justitie van oordeel is dat het feit bestraft moet worden met meer dan twee jaar gevangenisstraf, kan er geen *minnelijke schikking* plaatsvinden. De rol van de rechter is bij een *minnelijke schikking* vanaf de fase van het gerechtelijk vooronderzoek beperkt tot het uitvoeren van een controle op de proportionaliteit en de wettigheid van de *minnelijke schikking*, en tot het vaststellen van het verval van strafvervolging. Het Grondwettelijk Hof heeft in een arrest van 2 juni 2016 evenwel benadrukt dat er sprake moet zijn van een daadwerkelijke rechterlijke controle.[23]

Anders dan het eerder besproken Zwitserse *Strafbefehlsverfahren* betreft het Duitse *Strafbefehlsverfahren* geen buitengerechtelijke strafbeschikking, maar een gerechtelijke strafbeschikking. De procedure is neergelegd in de artikelen 407-412 Du. StPO en komt in wezen hierop neer dat het openbaar ministerie bij de rechter een schrif-

20. Wet van 14 april 2011 houdende diverse bepalingen (1), *BS* 6 mei 2011, de Wet van 11 juni 2011 (Wet tot wijziging van de artikelen 216bis en 216ter van het Wetboek van Strafvordering), *BS* 1 augustus 2011 en de Wet van 5 februari 2016.
21. Zie artikel 216bis, par. 2, eerste lid, Bel. Sv.
22. Over de term 'gecorrectionaliseerde misdaden' zie hiervoor voetnoot 7. Over de *verruimde minnelijke schikking*, zie: P. Traest & S. Vandromme, *Strafrecht en strafprocesrecht in hoofdlijnen. Potpourri*, Antwerpen/Apeldoorn: Maklu 2016, p. 48 e.v.
23. Grondwettelijk Hof 2 juni 2016 (arrest nr. 83/2016). Het Hof oordeelde dat artikel 216bis, tweede lid, Bel. Sv in strijd is met de Belgische constitutie voor zover deze bepaling het mogelijk maakt dat het openbaar ministerie een strafzaak met een *minnelijke schikking* afdoet nadat de zaak bij de rechter aanhangig is gemaakt en zonder dat de rechter deze *minnelijke schikking* daadwerkelijk controleert. De rechter moet een volwaardig toezicht kunnen uitoefenen, zowel ten aanzien van de proportionaliteit van de voorgenomen *minnelijke schikking* als ten aanzien van de wettigheid ervan. De wet dient nog met deze rechtspraak in overeenstemming te worden gebracht. Zie ook Traest & Vandromme 2016, p. 49.

telijk verzoek indient tot het opleggen van een concreet aangeduide straf, zonder dat er een onderzoek ter terechtzitting plaatsvindt. Deze procedure kan alleen worden toegepast bij strafbare feiten die tot de absolute competentie van het *Amtsgericht* behoren. Dit zijn de eenvoudige misdrijven die gekwalificeerd worden als *Vergehen*.[24] De door de officier van justitie voor te stellen sancties zijn beperkt tot het opleggen van een geldboete, een waarschuwing, een ontzegging van de rijbevoegdheid, een verbeurdverklaring, de vernietiging van voorwerpen, de bekendmaking van de strafbeschikking, de oplegging van een geldboete aan een rechtspersoon of vereniging, intrekking van het rijbewijs tot maximaal twee jaar, een verbod op het houden of handelen in dieren tot maximaal drie jaar, of een schuldigverklaring zonder oplegging van straf.[25] Indien de verdachte wordt bijgestaan door een raadsman, kan evenwel ook een voorwaardelijke gevangenisstraf van maximaal een jaar worden opgelegd.[26] De verdachte kan binnen veertien dagen verzet instellen tegen het *Strafbefehl*. In dat geval vindt een reguliere strafprocedure plaats.

Het Franse wetboek kent eveneens een vereenvoudigde procedure die de rechter de bevoegdheid geeft om zonder een reguliere, contradictoire terechtzitting en op basis van het procesdossier een strafbeschikking uit te vaardigen (de *procédure simplifiée de l'ordonnance pénale*, artikelen 495 tot en met 495-6 CPP). Deze afdoeningswijze staat open voor de meeste overtredingen en een aantal lichte (vooral: verkeers- en drugsgerelateerde) misdrijven. Deze procedure kan alleen worden toegepast op verzoek van de officier van justitie, en indien uit het vooronderzoek blijkt dat de feiten eenduidig vastgesteld kunnen worden en dat de persoonlijkheid van de dader en de ernst van de feiten geen uitgebreide terechtzitting vereisen. Ook mogen de rechten van eventuele slachtoffers daaraan niet in de weg staan. De rechter kan in de beschikking geen vrijheidsstraf, maar enkel een geldstraf opleggen. De maximaal op te leggen geldboete bedraagt de helft van het wettelijke maximum, en mag de 5.000 euro niet overstijgen. Heeft het slachtoffer op grond van artikel 420-1 CPP tijdens het opsporingsonderzoek een civiele vordering ingediend, dan spreekt de rechter hierover in beginsel zijn oordeel uit in de beschikking. De strafbeschikking heeft dezelfde rechtsgevolgen als een regulier vonnis en de verdachte kan tegen de beschikking verzet instellen. Indien de rechter een debat op tegenspraak aangewezen acht of vindt dat er bij veroordeling een gevangenis moet worden opgelegd, wijst hij het voorstel van de officier van justitie af. Tegen die beslissing kan de officier van justitie in verzet komen. Het slachtoffer kan de

24. In Duitsland worden strafbare feiten onderscheiden in *Verbrechen* en *Vergehen*. *Verbrechen* zijn de zware misdrijven waarop de wet een minimumstraf van één jaar stelt. *Vergehen* zijn alle overige (lichtere) misdrijven (artikel 12 van het Duitse wetboek van strafrecht, het *Strafgesetzbuch*). Het Duitse strafrecht kent geen overtredingen; deze zijn gedecriminaliseerd.
25. Artikel 407, tweede lid, Du. StPO.
26. Artikel 407, derde lid, Du. StPO.

afdoening via een gerechtelijke strafbeschikking verhinderen door de verdachte binnen een bepaalde termijn zelfstandig te dagvaarden.

Daarnaast kent het Franse recht een rechtsfiguur die zowel karaktertrekken heeft van een gerechtelijke strafbeschikking als van een gerechtelijke transactie. Dit is de *composition pénale* (artikelen 41-2 en 41-3 CPP). De *composition pénale* staat alleen open voor bekennende verdachten en voor strafbare feiten waarop een maximale gevangenisstraf staat van vijf jaar. Het betreft doorgaans veelvoorkomende delicten als bedreigingen, diefstallen, illegaal wapenbezit, vernielingen en lichte drugsfeiten. Bepaalde delicten zijn expliciet uitgezonderd. Dat zijn delicten betreffende de persvrijheid *(délits de presse*), politieke delicten (*délits politiques*) en dood door schuld (*homicides involontaires*).[27] De procedure bestaat hieruit dat de officier van justitie de verdachte de oplegging van een bepaalde (niet-vrijheidsbenemende) maatregel voorstelt.[28] Stemt de verdachte daarmee in, dan dient het akkoord ter goedkeuring te worden voorgelegd aan een rechter. Bij misdrijven is dat de voorzitter van de rechtbank (*président du tribunal de grande instance*). Deze dient de verdachte (en ook het eventuele slachtoffer) te horen. Geeft de rechter zijn goedkeuring en houdt de verdachte zich vervolgens aan de maatregel, dan vervalt daarmee het recht tot strafvervolging. Stemt de verdachte niet in met een strafvoorstel in het kader van de *composition pénale*, dan kan de officier van justitie de zaak via de reguliere strafprocedure vervolgen. In die zin lijkt de *composition pénale* veel op een transactie met rechterlijke goedkeuring. Anderzijds heeft een strafoplegging in het kader van deze procedure dezelfde rechtsgevolgen als een reguliere veroordeling en wordt hiervan een aantekening gemaakt in het strafregister (*bulletin n° 1 du casier judiciaire*). In die zin heeft deze rechtsfiguur ook veel weg van een strafbeschikking.

4.1.2 Bijzondere procedures voor bekennende verdachten

Alle vijf de landen kennen bijzondere, vereenvoudigde procedures voor bekennende verdachten. In België, Duitsland en Zwitserland beschikt de verdediging daarbij over wettelijke mogelijkheden om afspraken te maken met het openbaar ministerie of de rechtbank over het proces of het uit te vaardigen vonnis.[29] In Frankrijk en Noorwegen is dit (formeel) niet toegestaan. Het betreft hier derhalve eenzijdige instemmings- of toestemmingsprocedures.[30]

27. Artikel 41-2 CPP.
28. Deze procedure is geregeld in de artikelen 41-2 en 41-3 CPP. Deze artikelen sommen limitatief de maatregelen op die de officier van justitie kan voorstellen. Deze houden onder meer in het betalen van een geldsom aan de staat en het volgen van een opleiding of cursus.
29. Vanwege dit bijzondere kenmerk worden deze procedures hierna afzonderlijk besproken.
30. Zie over grondvormen van consensus in het strafrecht Hildebrandt 1994, p. 111-113; M. Hildebrandt, 'Het consensuele moment in het strafprocesrecht', *DD* 1996, p. 8-9; Brants & Stapert 2004, p. 18; Peters 2012, p. 22-26.

4.1.2.1 Frankrijk: de comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité

In Frankrijk introduceerde de wet van 9 maart 2004 de bijzondere procedure van de voorgeleiding na voorafgaande schuldbekentenis (*comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité*, CRPC).[31] Deze procedure bestaat uit twee opeenvolgende stadia: de totstandbrenging van een akkoord tussen openbaar ministerie en verdediging, en de toetsing van dit akkoord door de rechter. Van belang is dat een bekennende verklaring van de verdachte reeds voorhanden moet zijn, voordat de officier van justitie een strafvoorstel kan opstellen (artikel 495-7 CPP). De achterliggende gedachte hiervan is dat de bekentenis zo geen inzet kan vormen voor eventuele onderhandelingen, die de wetgever juist wilde uitsluiten. Aan de bekennende verklaring van de verdachte worden inhoudelijk geen eisen gesteld. In de praktijk eisen officieren van justitie en rechters doorgaans wel een volledige en onvoorwaardelijke bekentenis: zodra de verdachte twijfelt of een deel van de feiten ontkent, wordt de procedure stopgezet. Legt de verdachte een (volledige) bekentenis af, dan doet de officier van justitie hem een concreet strafvoorstel. Daarmee begint formeel de CRPC-procedure en de fase van vervolging. Het initiatiefrecht ligt uitsluitend bij het openbaar ministerie, zij het dat de verdediging de officier van justitie daartoe wel kan aansporen.

De CRPC-procedure kan worden toegepast voor alle eenvoudige misdrijven (*délits*), met uitzondering van een aantal in de wet genoemde uitzonderingen (artikel 495-7 CPP). De uitgezonderde delicten betreffen delicten die betrekking hebben op de persvrijheid (*délits de presse*), het delict dood door schuld (*homicide involontaire*), politieke delicten (*délits politiques*), delicten ten aanzien waarvan de vervolging is geregeld in een bijzondere wet (*délits dont la procédure de poursuite est prévue par une loi spéciale*) en een aantal zedendelicten.[32] Inhoudelijk kan de officier van justitie de verdachte de tenuitvoerlegging van één of meer hoofdstraffen en bijkomende straffen voorstellen. Daarbij mag de voorgestelde gevangenisstraf niet hoger zijn dan een jaar, of de helft van de wettelijk voorgeschreven maximumgevangenisstraf die minder is dan een jaar.[33] Voorts mag de officier van justitie bepalen dat de gevangenisstraf geheel of gedeeltelijk voorwaardelijk is (artikel 495-8 CPP) en voorzien van algemene dan wel bijzondere voorwaarden. Het openbaar ministerie heeft op die manier zeer veel mogelijkheden om tot een passende straf te

31. Wet van 9 maart 2004, nr. 2004-204 (*Loi portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité*). Zie uitgebreid over deze procedure in het Nederlands: Peters 2012. De wettelijke regeling van de CRPC vindt men in de artikelen 492-7 tot en met 495-16 CPP.
32. Artikel 495-7 jo. 495-16 CPP. De CRPC kan niet worden toegepast in geval van een minderjarige verdachte.
33. Circulaire van 20 maart 2012 (*présentant les dispositions de la loi du 13 décembre 2011 relative à la répartition des contentieux et à l'allègement de certaines procédures juridictionnelles étendant les procédures d'ordonnance pénale et de comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité)*, NOR: JUSD1208381C, BOMJL no 2012-03 van 30 maart 2012, par. 2.1.1.

komen. Een circulaire uit 2004 schrijft daarbij voor dat de voorgestelde straf lager moet zijn dan de gemiddelde straf die de rechtbanken in eerste aanleg plegen op te leggen voor soortgelijke delicten in reguliere strafprocedures. Dit dient ertoe verdachten aan te sporen om in te stemmen met het strafvoorstel.[34] Het precieze verschil tussen de gemiddelde straf en de voorgestelde straf is niet wettelijk geregeld, maar in verschillende arrondissementen hebben rechtbanken en openbaar ministerie in onderling overleg wel tarieflijsten opgesteld.

Vanaf de presentatie van het strafvoorstel is de verdachte verplicht tot rechtsbijstand (artikel 495-8 CPP). Zijn raadsman heeft de bevoegdheid om onmiddellijk kennis te nemen van het dossier en vertrouwelijk met hem te overleggen. De verdachte heeft formeel geen mogelijkheden om invloed uit te oefenen op de hoogte van de straffen die daarin zijn genoemd. Op basis van de wet is hier dus geen sprake van het maken van afspraken of het voeren van enig overleg. Uit de praktijk blijkt echter dat er soms toch wel informele overleggen plaatsvinden, maar dit hangt sterk af van de bereidheid van de individuele officier van justitie om de raadsman enige invloed te geven op de inhoud van het strafvoorstel.[35]

De verdediging heeft tien dagen de tijd om te reageren op het voorstel van de officier van justitie. Wijst de verdachte het voorstel van de officier van justitie af, weigert hij de verplichte rechtsbijstand of verschijnt hij niet voor de officier van justitie zonder daartoe een geldige reden te hebben, dan gaat het openbaar ministerie over tot vervolging van het delict via de reguliere strafprocedure (artikel 495-12 CPP). Stemt de verdachte in, dan maakt de officier van justitie de zaak aanhangig bij het bevoegde gerecht[36] door middel van een verzoek tot goedkeuring van het strafvoorstel (*requête en homologation*). De voorzitter van dit gerecht roept de verdachte en zijn raadsman vervolgens op ter openbare zitting te verschijnen. De officier van justitie is niet verplicht te verschijnen.[37] De voorzitter dient de verdachte te horen en het akkoord te toetsen, waarna hij in een gemotiveerde beschikking al dan niet tot goedkeuring van het akkoord beslist. Er is geen sprake van enig bewijsonderzoek of enig debat op tegenspraak; de voorzitter toetst enkel op basis van het procesdossier en de verklaringen van de verdachte ter zitting of de verdachte schuldig is aan de ten laste gelegde feiten, en of de overeengekomen straf wettig en passend is. Hij controleert daarbij ook de juistheid van de juridische kwalificatie van de feiten.[38] Voorts controleert hij of de verdachte de ten laste gelegde feiten vrijwillig heeft bekend en of hij bewust heeft ingestemd met de voorgestelde straf en op de

34. Circulaire van 2 september 2004 (Crim-04-12-E8-02.09.04), par. 2.2.2.1.
35. Peters 2012, p. 343-344.
36. Dat is de *Tribunal de Grande Instance*.
37. De *Conseil Constitutionnel* – dat is het Franse Constitutionele Hof – achtte dit niet in strijd met de Franse grondwet. Zie het arrest van 22 juli 2005, DC nr. 2005-520.
38. Artikel 495-9, tweede lid, CPP. Hiermee is *charge bargaining* uitdrukkelijk uitgesloten.

hoogte is van de gevolgen daarvan. De rechter moet zijn goedkeuring weigeren indien uit de aard van de feiten, de persoonlijkheid van de dader, de situatie van het slachtoffer dan wel de belangen van de samenleving een regulier onderzoek ter terechtzitting op tegenspraak vereisen.[39] Een afwijzing van het akkoord op basis van dit criterium komt vrijwel nooit voor. Bij goedkeuring heeft de rechterlijke beschikking dezelfde rechtsgevolgen als een veroordeling (artikel 495-11, derde lid, CPP). De opgelegde straf is onmiddellijk uitvoerbaar. De verdachte kan daartegen binnen tien dagen hoger beroep instellen (artikel 495-11, derde lid, CPP). De wetgever heeft dit mogelijk gemaakt, omdat de verdachte ook dan nog het recht heeft de zaak op een contradictoire zitting te laten beoordelen door een rechter die binnen het ruimere wettelijk kader geheel vrij is in het opleggen van een passende straf. Dit komt in praktijk evenwel nauwelijks voor.

Het slachtoffer heeft een beperkte rol in de CRPC-procedure: hij moet door de officier van justitie worden geïnformeerd over de toepassing van de procedure en kan zich als benadeelde partij voegen in de zaak. Ook kan hij ter zitting door de rechter worden gehoord. Hij kan de toepassing van de procedure evenwel niet blokkeren.

4.1.2.2 Noorwegen: de tilståelsesdom

Ook het Noorse wetboek van strafvordering bevat een bijzondere procedure voor bekennende verdachten (de *tilståelsesdom*). Deze procedure is neergelegd in artikel 248 Strpl.[40] Net als in Frankrijk dient er sprake te zijn van een bekennende verklaring voordat deze procedure kan worden toegepast. Legt de verdachte tijdens het politieverhoor een bekennende verklaring af, dan moet hem formeel gevraagd worden of hij zich schuldig acht en of hij toestemming geeft voor toepassing van de artikel 248-procedure. Indien de verdachte formeel in staat van beschuldiging is gesteld en de officier van justitie een voorlopige tenlastelegging heeft opgesteld (de *siktelse*, artikel 82 Strpl), kan de procedure worden opgestart. De voorlopige tenlastelegging bevat een beschrijving van het strafbare feit en de juridische kwalificatie daarvan. Deze dient in deze procedure als formele tenlastelegging. Nadat de politieaanklager[41] vervolgens een strafvoorstel heeft opgesteld en aan het dossier heeft toegevoegd, stuurt hij het geheel naar de *statsadvokat*.[42] Deze controleert de tenlastelegging en het voorstel[43] en stuurt een en ander vervolgens door naar de

39. *Conseil constitutionnel*, uitspraak van 2 maart 2004, nr. 2004-492 DC, r.o. 107.
40. Zie hierover ook (het nog steeds actuele) hoofdstuk over Noorwegen in: C.F. Mulder & P.J.P. Tak, *De bekennende verdachte*, Arnhem: Gouda Quint 1993, p. 83.
41. In Noorwegen maken hogere politieambtenaren deel uit van het openbaar ministerie. Het overgrote deel van de strafzaken wordt door zgn. politieaanklagers afgedaan. Mulder & Tak 1993, p. 73-74.
42. Vgl. de Nederlandse hoofdofficier van justitie. Mulder & Tak 1993, p. 74.
43. Bij een doorsnee strafzaak beperkt die toetsing zich tot het zetten van een stempel en een handtekening. Mulder & Tak 1993, p. 75.

bevoegde rechter.[44] Indien deze (alleensprekende) rechter van oordeel is dat de zaak op grond van artikel 248 Strpl kan worden afgedaan, roept hij de verdachte op voor de zitting. De verdachte dient vervolgens tijdens die (openbare) zitting in persoon een bekentenis zonder voorbehoud (*uforbeholden tilståelse*) af te leggen. Hiervan is sprake als de verklaring van de verdachte overeenkomt met de feiten zoals beschreven in de voorlopige tenlastelegging en de verdachte zich niet beroept op een strafuitsluitingsgrond.[45] Op basis van die verklaring moet de schuld van de verdachte kunnen worden vastgesteld.

Doorgaans zijn tijdens de zitting alleen de verdachte en eventueel zijn raadsman, de rechter en een griffier aanwezig. De aanklager is doorgaans alleen aanwezig indien er een raadsman aanwezig is. Na een (marginale) toetsing van de bekennende verklaring door de rechter, stelt de laatstgenoemde de verdachte in de gelegenheid om zich uit te laten over de strafeis van het openbaar ministerie en geeft hem het laatste woord. Daarna trekt de rechter zich kort terug in de raadkamer en wijst daarna in het openbaar vonnis. Bij zijn vonnis is de rechter niet gebonden aan de bekennende verklaring van de verdachte, omdat dat in strijd zou zijn met het beginsel van materiële waarheidsvinding.[46] Komt de rechter niet tot een veroordeling op basis van het dossier, dan verwijst hij de zaak naar een reguliere terechtzitting of verklaart hij het openbaar ministerie niet-ontvankelijk.[47] Tegen een veroordelend vonnis van de rechter staat hoger beroep open conform de regels van de normale strafprocedure.

De procedure voor bekennende verdachten staat open voor strafbare feiten waarop de wet een maximale vrijheidsstraf van tien jaren stelt. In de praktijk gaat het doorgaans om overtredingen die niet via een strafbeschikking (*forelegg*) worden afgedaan, en misdrijven die in Nederland door de politierechter worden berecht zoals winkeldiefstallen, kleine inbraken, rijden onder invloed, mishandelingen en vernielingen.[48]

Het slachtoffer speelt nauwelijks een rol in de procedure voor bekennende verdachten. Hij kan als benadeelde partij een civiele vordering indienen, die door de rechter kan worden meegenomen in zijn vonnis.

44. Dit is de *herreds- of byrett* (stad- of streekgerecht). Deze is bevoegd kennis te nemen van strafbare feiten waarop de wet een maximale gevangenisstraf van tien jaren stelt.
45. Mulder & Tak 1993, p. 93.
46. Idem, p. 69.
47. Idem, p. 101.
48. Mulder & Tak 1993, p. 109.

4.1.3 Procedures op basis van proces- en vonnisafspraken

Bijzondere aandacht verdienen de vereenvoudigde afdoeningsmodaliteiten op basis van proces- en vonnisafspraken. Dit is een relatief nieuwe, doch zich snel uitbreidende vorm van afdoening op het Europese vasteland. Er bestaan zeer veel verschillende varianten en verschijningsvormen, maar gemeenschappelijk aan deze procedures is dat deze zich kenmerken door een verdergaande vorm van consensualiteit. Daarmee lijken deze procedures veel op wat wel bekend staat als de Anglo-Amerikaanse *plea bargaining*.[49] Toch kunnen proces- en vonnisafspraken in continentaal Europese landen hiermee niet vereenzelvigd worden, vooral omdat de rechter hier doorgaans een (veel) sterkere rol heeft dan in een typisch adversair systeem als dat van het Verenigd Koninkrijk of de Verenigde Staten. Het verdient derhalve aanbeveling hiervoor niet de term *plea bargaining*, maar de neutralere en overkoepelende term proces- en vonnisafspraken te gebruiken.[50]

In Zwitserland en België hebben proces- en vonnisafspraken in 2011 respectievelijk 2016 een wettelijke basis gekregen.

4.1.3.1 Zwitserland: het abgekürztes Verfahren

In Zwitserland is de zogenoemde 'verkorte procedure' (*abgekürztes Verfahren)* tegelijk met het nieuwe wetboek van strafvordering in werking getreden en neergelegd in de artikelen 358 tot en met 362 Zw. StPO. De kern van de procedure bestaat hieruit dat de officier van justitie en de verdachte een afspraak maken over de schuld en de op te leggen straf, en deze ter goedkeuring voorleggen aan het bevoegde gerecht. Bij goedkeuring legt de rechter de afgesproken straf op.

Het initiatief voor het toepassen van deze procedure kan alleen uitgaan van de verdachte. Dat wil zeggen dat de verdachte bij het openbaar ministerie een verzoek moet doen tot toepassing van deze procedure. Daarmee wil de wetgever voorkomen dat het openbaar ministerie de verdachte onder druk zou kunnen zetten. Informeel kan een voorstel tot toepassing van de procedure echter ook wel van de officier van justitie uitgaan. De verdachte moet dit verzoek (mondeling of schriftelijk) doen voordat de tenlastelegging formeel aanhangig wordt gemaakt bij de rechter. In de praktijk werken de parketten doorgaans met een formulier dat de verdachte hiertoe kan invullen. Het is aan de officier van justitie om op basis van dit verzoek (en eventuele overleggen met de verdediging) te bepalen of de verkorte procedure al dan niet plaatsvindt (artikel 359, eerste lid, Zw. StPO). De officier van justitie kan het verzoek zonder motivering afwijzen en tegen een afwijzende beslissing staat geen bezwaar of beroep open.

49. Die procedures zijn daar ook veelal op geïnspireerd.
50. Vgl. Peters 2012, p. 9-10.

In beginsel staat de verkorte procedure open voor alle strafbare feiten waarvoor het openbaar ministerie niet meer dan vijf jaar gevangenisstraf eist (artikel 358, tweede lid, Zw. StPO). De procedure kan voorts niet plaatsvinden dan wanneer het relevante bewijsonderzoek is afgerond en de tenlastelegging is opgesteld. Verder geldt dat deze procedure alleen kan worden toegepast indien de verdachte (die verplicht is tot rechtsbijstand) uitdrukkelijk de feiten bekent die relevant zijn voor de juridische kwalificatie van de feiten, of een dergelijke bekentenis in het vooruitzicht stelt. Ook moet de verdachte de eventuele civielrechtelijke vorderingen (in de kern) erkennen, dan wel die erkenning in het vooruitzicht stellen. De civiele partij dient bovendien in te stemmen met de afspraak. Deze heeft daarmee een bijzonder sterke positie in deze procedure. Anderzijds komt het in de praktijk nauwelijks voor dat slachtoffers een verkorte procedure tegenhouden, omdat deze procedure ervoor zorgt dat zij hun schade relatief snel vergoed krijgen en er snel een veroordeling volgt voor de gepleegde delicten.

Indien de officier van justitie het verzoek van de verdachte inwilligt, vindt er een overleg plaats over de te maken afspraak. Inhoudelijk zijn er drie categorieën afspraken mogelijk. Ten eerste zijn er afspraken die de zaaksinhoud betreffen. De meningen over de rechtmatigheid van deze '*fact bargaining*' lopen uiteen. Volgens de heersende leer zijn dergelijke afspraken in strijd met het beginsel van materiële waarheidsvinding, de onschuldpresumptie en het nemo teneturbeginsel.[51] Ten tweede zijn er afspraken die zien op de juridische kwalificatie van de feiten. De betrokkenen spreken dan af dat de feiten onder een minder ernstige delictsomschrijving worden gebracht, dan wel dat bepaalde delen van de tenlastelegging worden weggestreept. Dit is toelaatbaar, zij het dat de afgesproken juridische kwalificatie van de feiten in voldoende mate moet steunen op het bewijsmateriaal dat is opgenomen in het procesdossier. Ten derde zijn er vonnisafspraken, dat wil zeggen afspraken over de op te leggen straf en meer in het bijzonder de strafmaat. Dit zijn de meest voorkomende afspraken. In beginsel komen alle strafsoorten (tot het wettelijk toegestane strafmaximum) hiervoor in aanmerking, zij het dat de concrete op te leggen gevangenisstraf niet hoger mag zijn dan vijf jaar.

Komt er een afspraak tot stand, dan stelt de officier van justitie een conceptvonnis op. Deze bevat de tenlastelegging, een gemotiveerd strafvoorstel en een beslissing op de eventuele civiele vordering van de benadeelde partij. Na het opstellen van het conceptvonnis dient de verdachte binnen tien dagen te verklaren of hij met dit vonnis instemt of niet. Indien de verdediging instemt en de benadeelde partij het niet heeft afgekeurd, wordt het conceptvonnis in de vorm van een verzoekschrift voorgelegd aan het bevoegde gerecht. Betreft het een verzoek tot oplegging van

51. C. Schmid, 'Abgekürztes Verfahren – Handel mit der Gerechtigkeit?, in: *Strafprozessrecht* II (FS 2016), te raadplegen via www.rwi.uzh.ch, p. 3.

een gevangenisstraf tot één jaar dan is de alleensprekende rechter bevoegd. Indien een hogere straf wordt voorgesteld, is de meervoudige strafkamer bevoegd.[52]

De rechter controleert eerst of aan de wettelijke voorwaarden voor toepassing van de verkorte procedure is voldaan en of er geen procesrechtelijke belemmeringen zijn. Verder controleert het gerecht of de toestemming van de verdachte een geïnformeerde, bewuste en vrijwillige keuze is.[53] Er vindt geen bewijsonderzoek meer plaats (artikel 361, vierde lid, Zw. StPO) en de zaak wordt niet voorgedragen. Tijdens de zitting bevraagt de rechter de verdachte, voor wie een aanwezigheidsplicht geldt. Hij toetst daarbij of de afspraak overeenstemt met datgene wat blijkt uit het dossier en of de afgesproken straf passend is. De rechter is niet verplicht de juridische kwalificatie van de feiten te controleren. Indien hij de afspraak juist acht, wijst de rechter vonnis conform de afspraak. Dit vonnis heeft dezelfde rechtsgevolgen als een veroordeling. Het recht op het instellen van rechtsmiddelen tegen dit vonnis is beperkt; de verdachte kan alleen beroep instellen tegen het vonnis als hij niet had ingestemd met de tenlastelegging dan wel wanneer het vonnis niet overeenkomt met de tenlastelegging (artikel 362, vijfde lid, Zw. StPO).[54]

De rechter kan de afspraak ook afwijzen, omdat de afspraak ontoelaatbaar of de voorgestelde straf niet passend is. In dat geval geeft hij een beschikking (*Dispositiv*) met die inhoud en gaat het dossier terug naar het openbaar ministerie. Dat moet de zaak vervolgens afdoen conform de regels van de reguliere strafprocedure (artikel 362, derde lid, Zw. StPO). De eerdere bekennende verklaringen van de verdachte mogen dan niet meer worden gebruikt (artikel 362, vierde lid, Zw. StPO) en de zaak dient door andere rechters te worden afgedaan.

4.1.3.2 België: de voorafgaande erkenning van schuld

In België is bij wet van 5 februari 2016 de procedure van de '*voorafgaande erkenning van schuld*' in werking getreden. Deze procedure is neergelegd in artikel 216 van het Belgische Wetboek van Strafvordering (Bel. Sv) en houdt kort gezegd in dat het openbaar ministerie en de verdediging ter afdoening van een bepaald misdrijf – dat de verdachte erkent gepleegd te hebben – een akkoord kunnen sluiten over de op te leggen straf. In ruil voor de medewerking van de verdachte kan daarmee voor het betreffende delict een lagere straf dan gemiddeld worden opgelegd. De afspraak dient ter goedkeuring te worden voorgelegd aan een rechter, die deze toetst aan de wettelijke vereisten.

52. In het algemeen is het OM verplicht ter zitting te verschijnen als er om een vonnis van meer dan één jaar gevangenisstraf wordt verzocht (artikel 337, derde lid, Zw. StPO). Voor de afgekorte procedure geldt dat het aan de rechter is om de officier van justitie op te roepen; dat gebeurt alleen in geval van onvoorziene omstandigheden.
53. Schmid 2016, p. 5.
54. De verdachte kan alleen aanvoeren dat hij niet heeft toegestemd met de tenlastelegging of dat het vonnis niet in overeenstemming is met de tenlastelegging (artikel 362, vijfde lid, Zw. StPO).

Het initiatief tot het maken van een afspraak ligt, anders dan in het Zwitserse *abgekürztes Verfahren*, bij de officier van justitie. Deze kan de verdachte ambtshalve op of diens verzoek een strafvoorstel doen. Hij is daartoe evenwel niet verplicht, waardoor de verdachte de toepassing van deze procedure niet kan afdwingen.

De wet bepaalt dat het openbaar ministerie de procedure van de *voorafgaande erkenning van schuld* alleen kan initiëren 'voor feiten die niet van dien aard schijnen te zijn dat ze gestraft moeten worden met een hoofdstraf van meer dan vijf jaar correctionele gevangenisstraf'.[55] Het betreft hier de straf in concreto, dat wil zeggen, rekening houdend met eventuele strafverminderende omstandigheden ('verschoningsgronden') of strafuitsluitingsgronden. Dit betekent dat deze procedure in beginsel openstaat voor vrijwel alle misdrijven. De wet sluit evenwel een aantal delicten uitdrukkelijk uit van deze procedure. Het betreft misdrijven waarop een vrijheidsstraf van meer dan twintig jaar staat (voor zover deze niet kunnen worden omgezet in wanbedrijven[56]) en enkele specifieke in artikel 216 genoemde misdrijven zoals verkrachting, kinderporno, kinderprostitutie en doodslag.[57] Daarnaast geldt dat deze procedure niet kan worden toegepast wanneer de zaak onder de onderzoeksrechter is, dan wel nadat de vonnisrechter een eindvonnis of arrest heeft gewezen.[58]

Stemt de verdachte in met het voorstel van het parket, dan komt er een gesprek (de *interne zitting*[59]) tot stand. Hierin licht de officier van justitie zijn voorstel nader toe aan de verdachte. Dit voorstel dient een nauwkeurige beschrijving van de ten laste gelegde feiten en een strafvoorstel te bevatten. De wet bepaalt dat de voorgestelde straf lager kan zijn dan de officier van justitie 'meende te moeten vorderen', of een geheel of gedeeltelijk voorwaardelijke straf.[60] Naast het voorstel tot oplegging van een lagere straf, kan de officier van justitie eveneens een mildere juridische kwalificatie van de relevante strafbare feiten voorstellen.[61]

Indien de verdachte het voorstel van het openbaar ministerie aanvaardt, wordt er een overeenkomst opgesteld. Deze bevat een precieze omschrijving van de relevante feiten en de juridische kwalificatie daarvan, de verklaringen waarmee de verdachte de hem ten laste gelegde feiten bekent en de voorgestelde straffen aanvaardt, en het strafvoorstel. Het voorstel wordt na ondertekening door de verdachte, zijn raadsman en de officier van justitie ter bekrachtiging voorgelegd aan

55. Artikel 216, eerste lid, Bel. Sv.
56. Zie hiervoor voetnoot 7.
57. Zie artikel 216, eerste lid, derde zin, sub 1 t/m 4, Bel. Sv.
58. Traest & Vandromme 2016, p. 46.
59. Zie Omzendbrief nr. 06/2016 van het college van procureurs-generaal bij de hoven van beroep d.d. 10 maart 2016, 9, en Traest & Vandromme 2016, p. 43.
60. Artikel 216, eerste lid, tweede volzin, Bel. Sv.
61. Traest & Vandromme 2016, p. 41.

de bevoegde rechtbank.[62] De laatstgenoemde dient het voorstel vervolgens op een openbare zitting te toetsen aan de wettelijke voorwaarden en te onderzoeken of de overeenkomst uit vrije wil en weloverwogen tot stand is gekomen. Voorts dient hij na te gaan of de vaststellingen betreffende de feiten overeenstemmen met het bewijsmateriaal dat is opgenomen in het procesdossier, en of de juridische kwalificatie van de feiten correct is.[63] Tot slot toetst hij of de voorgestelde straf proportioneel is in het licht van de ernst van het feit en de persoonlijkheid van de verdachte. Indien dit het geval is, bekrachtigt hij de overeenkomst en legt hij de afgesproken straf op. De strafrechter doet daarbij tevens uitspraak over de eventuele civiele vordering.

De rechterlijke toetsing gaat dus verder dan louter een formele controle van het akkoord; de rechter is niet gebonden aan het akkoord en hij heeft enige beoordelingsruimte. Dat maakt dat het voor de verdachte die een bekentenis aflegt met het oog op toepassing van deze procedure en de daarbij horende strafvermindering doorgaans nog maar afwachten is of die strafvermindering daadwerkelijk wordt toegekend.[64] De rechter mag het akkoord evenwel niet afwijzen om de enkele reden dat naar zijn oordeel een regulier onderzoek ter terechtzitting aangewezen is.[65] Tegen het vonnis op basis van een akkoord staat geen hoger beroep open.[66]

Wijst de rechter het akkoord af, dan verliezen alle verklaringen en documenten die in het kader van deze procedure zijn opgesteld, hun geldigheid. De zaak wordt dan verwezen naar een andere kamer, en middels een reguliere procedure, of eventueel een *minnelijke schikking* of *bemiddeling in strafzaken* afgedaan. De officier van justitie is ook bevoegd de verdachte een nieuw voorstel te doen.[67]

De *voorafgaande erkenning van schuld* is omgeven met verschillende uitdrukkelijk in de wet genoemde waarborgen. Zo heeft de verdachte recht op rechtsbijstand gedurende de gehele procedure, evenals het recht om te allen tijde vertrouwelijk met zijn raadsman te overleggen. Indien de verdachte in het kader van deze procedure een bekentenis aflegt, is bijstand van een raadsman verplicht. Zowel de verdachte als zijn raadsman heeft te allen tijde het recht op inzage in het dossier. Voorts kan de verdachte nadat de officier van justitie zijn strafvoorstel heeft gepresenteerd, verzoeken om maximaal tien dagen bedenktijd.[68] Meer in het algemeen geldt dat de officier van justitie de verdachte niet onder druk mag zetten door te

62. Het betreft hier een vonnisrechter, geen onderzoeksrechter.
63. Hiermee zijn onderhandelingen over de feiten en de juridische kwalificatie van die feiten dus feitelijk uitgesloten.
64. Traest & Vandromme 2016, p. 46.
65. Idem, p. 45.
66. Idem, p. 46.
67. Idem, p. 46.
68. Deze rechtswaarborgen zijn opgenomen in artikel 216, derde lid, Bel. Sv.

dreigen met een veel zwaardere strafeis indien de verdachte niet meewerkt, of door zeer lage straffen voor te stellen. De voor te stellen straf mag niet disproportioneel lager zijn dan de straf die de officier van justitie ter zitting zou eisen.[69]

Het slachtoffer c.q. de benadeelde partij kan de afdoening van een strafzaak op basis van de *voorafgaande erkenning van schuld* niet tegenhouden. Wel moet hij over het akkoord worden geïnformeerd. Ook heeft hij recht op inzage in het strafdossier.[70] Het slachtoffer dat een schadevergoeding wenst te ontvangen, zal zich burgerlijke partij moeten stellen in de procedure.[71] De rechter spreekt zich dan (ook) uit over de civiele vordering. Ook kan de rechter de bereidheid van de verdachte tot het vergoeden van de schade aan het slachtoffer meenemen in zijn beoordeling van de proportionaliteit van de afgesproken straf. Tegen de beslissing over de civiele vordering kunnen de verdachte en de benadeelde partij hoger beroep instellen.

4.1.3.3 Duitsland: de Verständigung im Strafverfahren

Anders dan de hiervoor genoemde afsprakenprocedures, is de Duitse *Verständigung im Strafverfahren* geen zelfstandige vereenvoudigde procedure, maar een alternatieve proceswijze binnen het kader van het reguliere onderzoek ter terechtzitting.[72] Deze proceswijze verdient niettemin bijzondere aandacht, omdat op basis daarvan in de dagelijkse praktijk veel van de Duitse strafzaken, waaronder vooral (eenvoudige maar ook complexe) misdrijven, versneld worden afgedaan. Daarnaast kan een studie naar deze afdoeningswijze belangrijke aanbevelingen opleveren voor de Nederlandse wetgever met het oog op de modernisering van het Wetboek van Strafvordering.

In de kern betreft de *Verständigung* – die in 2009 gecodificeerd is in artikel 257c Du. StPO[73] – een akkoord tussen gerecht, openbaar ministerie en verdediging waarin het gerecht doorgaans toezegt een lagere straf te zullen opleggen in ruil voor een bekennende verklaring van de verdachte.

69. Traest & Vandromme 2016, p. 44.
70. Idem, p. 45.
71. Idem, p. 47.
72. In praktische zin betreft het hier volgens sommigen wel een eigenstandige procedure. Zie M. Jahn & H. Kudlich, '§ 257c Verständigung zwischen Gericht und Verfahrensbeteiligten', in: C. Knauer, H. Kudlich & H. Schneider (red.), *Münchener Kommentar zur Strafprozessordnung*, München: C.H. Beck 2016. Zie uitvoerig over de *Verständigung* (in het Nederlands): L.J.J. Peters, 'It giet oan en oan: Verständigung im Strafverfahren', in: A. Dijkstra, B.F. Keulen & G. Knigge (red.), *Het Roer Recht. Liber amicorum aangeboden aan Wim Vellinga en Feikje Vellinga-Schootstra*, Paris: Zutphen 2013, p. 281-294, en Peters 2012, p. 171-285.
73. Wet van 29 juli 2009 (*Gesetz zur Regelung der Verständigung im Strafverfahren*), BGBl. I 2353.

Anders dan in Zwitserland en België dient het initiatief voor het maken van een afspraak formeel uit te gaan van het bevoegde gerecht.[74] Het gaat hier om het gerecht dat bevoegd is de zaak ten gronde af te doen. Informeel gaat het initiatief vaak uit van de verdediging en vinden er aansluitend één of meer voorgesprekken plaats waarin de bereidheid tot een afspraak wordt afgetast. Artikel 257c Du. StPO stelt daarbij geen beperkingen aan de strafbare feiten die voor een *Verständigung* in aanmerking kunnen komen, maar geeft rechters de bevoegdheid om deze procedure in 'daarvoor geschikte gevallen' (*in geeigneten Fällen*) toe te passen. In de praktijk komen rechters in een veelheid van strafzaken met het openbaar ministerie en de verdediging tot een akkoord, vooral op het gebied van economische delicten en drugsfeiten. Vaak gaat het om omvangrijke dossiers betreffende (complexe) misdrijven waarbij een langdurig onderzoek ter terechtzitting te verwachten is. Een reguliere strafprocedure neemt dan al snel maanden in beslag, terwijl op basis van een *Verständigung* dezelfde zaak binnen één of slechts enkele zittingsdagen kan worden afgerond. Bij gewelds- en zedendelicten worden vaak afspraken gemaakt om het slachtoffer een nieuw verhoor ter terechtzitting te besparen.

Aan de voorgesprekken nemen de voorzitter van de rechtbank, de raadsman van de verdachte en de officier van justitie deel, maar er kan ook alleen een gesprek plaatsvinden tussen de voorzitter en de raadsman. Die gesprekken vinden vaak in de voorbereidende fase van de terechtzitting plaats, maar de artikelen 160b, 202a, 212 en 257b Du. StPO verschaffen een wettelijke basis voor overleg tussen de verschillende procesdeelnemers in alle fasen van de strafprocedure. Het doel daarvan is de onderlinge communicatie in de strafprocedure te bevorderen en transparanter te maken.

Tijdens de besprekingen dient de rechtbank zich ervan te verzekeren dat de verdachte zich bewust is van de reikwijdte en de gevolgen van de afspraak, zodat de laatstgenoemde zelfstandig een inschatting kan maken van de aan de afspraak verbonden risico's.[75] Dit houdt in dat de verdachte ook moet worden medegedeeld onder welke voorwaarden de rechtbank alsnog van een gemaakte afspraak kan afwijken en wat daarvan de gevolgen zullen zijn.

Behalve de toezegging van de straf in ruil voor een bekennende verklaring van de verdachte, kan de *Verständigung* ook een andere inhoud hebben. Artikel 257c, tweede lid, Du. StPO verdeelt de toezeggingen in het kader van een *Verständigung* in twee categorieën: enerzijds toezeggingen van de procesdeelnemers over hun procesrechtelijke gedragingen in de procedure (*das Prozessverhalten der Verfahrensbeteiligten*), en anderzijds toezeggingen van het gerecht met betrekking tot de

74. De voorzitter van de rechtbank treedt dan op namens het gerecht.
75. Memorie van toelichting, Bundestag, *BT-Drucks.* 16/12310, p. 15.

rechtsgevolgen (*Rechtsfolgen*). Tot de eerste categorie behoren toezeggingen van het openbaar ministerie en de verdediging om de procedure en de uitkomst ervan te beïnvloeden, zoals de toezegging van het openbaar ministerie om een deel van de tenlastelegging te seponeren of te beperken. Over de juridische kwalificatie van de feiten mogen evenwel geen afspraken worden gemaakt. Dit vloeit voort uit het strafvorderlijk legaliteitsbeginsel en uit artikel 257c, eerste lid, tweede zin, Du. StPO, waarin het streven naar materiële waarheidsvinding en de rechterlijke onderzoeksplicht ter zake uitdrukkelijk worden bevestigd. De verdachte kan afstand doen van bepaalde verdedigingsrechten door bijvoorbeeld geen verzoeken tot bewijsonderzoek (*Beweisanträge*) of wrakingsverzoeken in te dienen. De behandeling van die verzoeken is doorgaans zeer tijdrovend. De toezeggingen van het gerecht hebben meestal betrekking op de uitkomst van de zaak, dat wil zeggen de inhoud van het te wijzen vonnis en de daarbij behorende besluiten en overige procesrechtelijke maatregelen (zoals sepottoezeggingen en beslissingen met betrekking tot de omvang van het bewijsonderzoek). Artikel 257c, derde lid, Du. StPO bepaalt dat het gerecht onder vrije waardering van alle omstandigheden van het geval en met inachtneming van de algemene straftoemetingscriteria kan aangeven welke straf het maximaal, en welke straf het minimaal zal opleggen. Hiermee zegt het feitelijk toe zich, in ruil voor een tegenprestatie van de verdachte, aan een enger strafkader te houden dan het wettelijke. De wet geeft niet aan hoe ver de bovengrens en ondergrens van de afgesproken straf mogen afwijken van de wettelijke minima en maxima. De gesprekspartners kunnen echter geen straf afspreken die onder de wettelijke minimumstraf ligt of die boven de wettelijke maximumstraf uitstijgt. Ook is het toezeggen van een concrete straf (*Punktstrafe*) niet toegestaan, omdat dit in strijd is met het onmiddellijkheidsbeginsel. In de praktijk gaat het meestal om een strafvermindering van zo'n dertig procent ten opzichte van de gemiddelde op te leggen straf in vergelijkbare gevallen die middels een contradictoire terechtzitting worden afgedaan. In beginsel kan het gerecht afspraken maken over alle mogelijk op te leggen sancties. Een uitzondering daarop vormt de *Maßregel der Besserung und Sicherung* (vgl. tbs-maatregel); die mag geen onderwerp vormen van een afspraak (artikel 257c, tweede lid, Du. StPO). Ook mogen het gerecht en de procesdeelnemers geen overeenkomst sluiten over het niet instellen van rechtsmiddelen (artikel 302, eerste lid, Du. StPO). Het doel hiervan is de afsprakenpraktijk controleerbaar te houden voor de hogere rechtspraak. De verdachte moet hierover expliciet worden geïnformeerd (*qualifizierte Belehrung*, artikel 35a Du. StPO).

Indien in de aanloop naar een afspraak informele, voorbereidende gesprekken buiten de terechtzitting plaatsvinden,[76] is de voorzitter van de rechtbank steeds verplicht ter terechtzitting te vermelden dat die gesprekken hebben plaatsgevon-

76. Dat kan ook telefonisch.

den en wat de wezenlijke inhoud van die gesprekken was. Die verplichting garandeert dat alle procesdeelnemers en het publiek geïnformeerd zijn over het plaatshebben van die gesprekken.[77] Die mededeling moet vervolgens worden opgenomen in het proces-verbaal van de zitting (artikel 243, vierde lid, jo 273, eerste lid onder a, Du. StPO). De voorzitter heeft die verplichting ook wanneer het overleg niet tot enig resultaat heeft geleid.[78]

De *Verständigung* komt formeel tot stand op de openbare terechtzitting, wanneer alle noodzakelijke gesprekspartners (officier van justitie, verdachte en rechters) met het voorstel van de rechtbank instemmen. De afspraak wordt dan opgenomen in het proces-verbaal van de zitting. Daarna zijn de rechtbank, het openbaar ministerie en de verdachte in beginsel verplicht tot nakoming van het akkoord. Dit betekent in de meeste gevallen dat de verdachte zijn toegezegde bekentenis aflegt en, wanneer er geen nader bewijsonderzoek meer nodig is, dat de voorzitter daarna de zitting sluit om overeenkomstig de afspraak vonnis te wijzen. De verdachte en het openbaar ministerie kunnen tegen dit vonnis de gewone rechtsmiddelen instellen.

Voor wat betreft de positie van het slachtoffer geldt dat wanneer hij zich als *Nebenkläger* in het proces heeft gevoegd, hij zich mag uitspreken over de afspraak. Zijn raadsman mag deelnemen aan de voorgesprekken. De instemming van het slachtoffer is echter niet noodzakelijk om een afspraak tot stand te brengen en hij beschikt niet over een vetorecht.

4.2 Evaluatie van vereenvoudigde gerechtelijke afdoeningsvormen

4.2.1 Redenen voor invoering van een vereenvoudigde gerechtelijke afdoening

In de vijf landen vormden capaciteitsoverwegingen (en daarmee een beoogde tijdsbesparing) de directe aanleiding voor het introduceren van vereenvoudigde rechterlijke procedures. De onderliggende oorzaken van de capaciteitsproblemen zijn evenwel verschillend. Zo speelt in Duitsland en Frankrijk het onmiddellijkheidsbeginsel een belangrijke rol bij de reguliere afdoening van strafbare feiten. Conform de uitgangspunten en regels van de strafvordering worden eenvoudige misdrijven hier op de openbare terechtzitting berecht en dient al het bewijs mondeling ten overstaan van de rechter te worden gepresenteerd. Dat leidt tot langdurige procedures. In Duitsland vormt de toename van complexe en omvangrijke strafzaken op het gebied van economische, fiscale en drugscriminaliteit daarbij een *bottleneck*, zeker omdat advocaten geneigd zijn die strafprocedures verder te doen vertragen door uitputtend beroep te doen op de hun toekomende wettelijke verdedigings-

77. De wetgever hecht bijzonder veel waarde aan deze verplichtingen omdat de afsprakenpraktijk in achterkamertjes is ontstaan en er jarenlang geen grip te krijgen was op die praktijk. Het BGH sanctioneert de niet-nakoming van de wettelijke regels.
78. Dit is de zogenoemde *Negativattest* (artikel 273 lid 1a derde volzin Du. StPO).

rechten. In Frankrijk heeft de onderzoeksrechter in veel zaken nog een belangrijke functie. Een vereenvoudigde afdoening als de CRPC kan de inzet van die rechter vermijden.

In België lijkt met name een financieringstekort binnen de justitiële organen een belangrijke oorzaak te zijn van capaciteitstekorten. Men moet meer zaken met minder geld afwikkelen. Gecombineerd met de uitbreiding van de materiële strafwetgeving is het systeem overbelast geraakt. Bij de *voorafgaande erkenning van schuld* speelt daarbij een rol dat de verwachting is dat de tenuitvoerlegging van de straf effectiever zal zijn nu de dader een akkoord heeft gesloten over de oplegging van die straf.[79] Vervolgens speelt de overweging om in ieder geval een strafrechtelijke reactie te geven op gepleegde delicten een belangrijke rol. Tot slot kan tegen een vonnis op basis van een voorafgaande schulderkenning geen hoger beroep worden ingesteld, zodat men zich die procesfase kan besparen.

In Zwitserland lijkt het capaciteitsprobleem vooral het openbaar ministerie parten te spelen. Het maken van afspraken heeft hierop een positieve uitwerking, omdat de bereidheid tot medewerking van de verdachte het vooronderzoek aanzienlijk kan verkorten. Bovendien ontstond hier in de rechtspraktijk al geleidelijk een proceswijze gebaseerd op afspraken. De wetgever heeft ervoor gekozen die afdoeningswijze formeel te reguleren in plaats van een wildgroei van informele afspraken in de praktijk te riskeren.

De vereenvoudigde gerechtelijke afdoeningsvormen leveren in de hier besproken landen een forse capaciteitsbesparing op bij zowel de zittende als de staande magistratuur. Voor rechters brengen deze procedures een lagere werkdruk met zich mee, omdat zij sneller tot een vonnis kunnen komen. Die werklastvermindering voor wat betreft het vereenvoudigen van de terechtzitting geldt ook voor het openbaar ministerie. Door het sneller afdoen van zaken vermindert bovendien het risico op verjaring en volgt er op kortere termijn een veroordeling. In veel gevallen kan een korte (voorwaardelijke) gevangenisstraf worden opgelegd, hetgeen de keuze voor een dergelijke procedure voor het openbaar ministerie aantrekkelijker maakt dan het buitengerechtelijk opleggen van een geldboete, omdat een gevangenisstraf soms beter past bij de ernst van het concrete misdrijf. Het in het vooruitzicht stellen van een voordeel voor de verdachte, en daarmee het verkrijgen van diens medewerking aan de opheldering van de zaak, kan voorts bijdragen aan een

79. Traest & Vandromme 2016, p. 42 met verwijzing naar R. Verstraeten, A. Bailleux, J. Huysmans & S. de Hert, 'Stevige verbouwingen in het strafprocesrecht: de procedure met voorafgaande erkenning van schuld, de invoering van conclusietermijnen in strafzaken en een vernieuwd stelsel van rechtsmiddelen', in: F. Verbruggen (red.), *Straf- en strafprocesrecht* (Reeks Themis, nr. 97), Brugge: Die Keure 2016, p. 125.

gestroomlijnder vooronderzoek. Daarnaast bespaart men zich vaak ook een appèlprocedure.

Voor de verdachte geldt vervolgens vooral dat hij met een eenvoudige, vaak ook meer informele procedure sneller zekerheid verkrijgt over het vonnis. Ook bespaart hij zich soms hoge proceskosten. Daarnaast kan hij door de verminderde openbaarheid eventuele reputatieschade tot een minimum beperken. Het sneller verkrijgen van zekerheid is vooral aantrekkelijk voor verdachten die zich in voorlopige hechtenis bevinden. Bij bijzondere procedures voor bekennende verdachten geldt voorts dat de verdachte doorgaans enige strafvermindering kan krijgen, en bij vonnisafspraken kan hij zelfs actief invloed uitoefenen op het verloop van de zitting dan wel de inhoud van het vonnis. In Noorwegen geldt dat met deze procedure de deelname van leken aan de berechting wordt uitgesloten. Dat is vooral van belang bij strafzaken die op het dunbevolkte platteland worden behandeld, omdat strafzittingen met lekenrechters hier de aandacht van de media trekken en iedereen elkaar kent.[80] Meer in het algemeen kunnen officieren van justitie en de raadsman het maken van proces- en vonnisafspraken ervaren als een prettigere werkwijze: in plaats van elkaar tegen te werken, werkt men samen aan een passende oplossing. Tot slot kan ook de benadeelde partij een stem krijgen in de afsprakenprocedure, omdat de rechter kan bepalen dat diens raadsman aanwezig mag zijn bij de voorgesprekken dan wel dat een vordering van de benadeelde partij onderdeel is van een akkoord.

4.2.2 De vereenvoudigde gerechtelijke afdoening in cijfers uitgedrukt

Op dit moment is er nog geen statistische informatie over de toepassing van de Belgische *voorafgaande erkenning van schuld*. Uit het cijfermateriaal dat in Frankrijk beschikbaar is, blijkt dat hier het aantal gerechtelijke strafbeschikkingen (*ordonnances pénales*) gestaag toeneemt. Werden er in 2013 nog 158.807 strafbeschikkingen uitgevaardigd, in 2016 was dit aantal gestegen tot 595.592. Deze procedure wordt vooral veel toegepast bij verkeersdelicten.[81] Ook de gerechtelijke transactie (*composition pénale*) wordt veel toegepast, maar sinds 2012 is geen sprake meer van een stijging en zelfs van een lichte daling.[82] Dat kan te maken hebben met een toename van het aantal CRPC-procedures. In 2016 werden 87.733 (op een totaal van 496.872 zaken die werden aangebracht bij de strafkamers in eerste aanleg) afgedaan met een CRPC. Dat komt neer op ongeveer 18%.[83]

80. Mulder & Tak 1993, p. 105.
81. *Cadres du Parquet (2007 – 2010) et du SID*.
82. In 2012 werden 75.730 strafzaken afgedaan met een *composition pénale*; in 2016 waren dit er 67.998. Dit is 6% van het totaal aantal afgewikkelde strafzaken.
83. *Cadres du parquet (2007-2010) et du SID* (vanaf 2011).

In Duitsland worden beide gerechtelijke afdoeningsvormen – zowel het *Strafbefehlsverfahren* als de *Verständigung* – zeer veel toegepast. In 2015 dienden officieren van justitie 428.871 verzoeken tot opening van de reguliere terechtzitting[84] in. In hetzelfde jaar werd in 542.643 zaken verzocht tot uitvaardiging van een gerechtelijke strafbeschikking.[85] Volgens een enquête uitgezet door het Grondwettelijk Hof in 2012 werd volgens rechters in 20% van de daarvoor geschikte strafzaken een vonnisafspraak gemaakt; volgens advocaten was dit 35%.[86] Uit statistische informatie van het Bondsministerie blijkt dat de *Verständigung* in 2016 echter in slechts 890 van in totaal 12.934 strafzaken werd toegepast (6,8%). Het is niet duidelijk waarom dit percentage zo laag is.

In Noorwegen ging in 2016 aan 45% van alle vonnissen een bijzondere procedure voor bekennende verdachten vooraf. In 2015 was dat 46%.[87]

In Zwitserland is op federaal niveau geen cijfermateriaal beschikbaar over de toepassing van het *abgekürztes Verfahren*.

4.2.3 *Het maatschappelijk en politiek debat over vereenvoudigde gerechtelijke afdoening*

Opmerkelijk is dat in geen van de landen veel maatschappelijke discussie lijkt te bestaan over het bestaan van de vereenvoudigde gerechtelijke afdoeningsvormen. Dat wil niet zeggen dat die er niet is geweest. Zo bestond in Duitsland aanvankelijk zeer veel discussie over de *Verständigung*. Met het uitkristalliseren van de wetgeving en na een periode van gewenning zijn de (maatschappelijke) discussies hier wat verstomd. Daar waar in de landen discussie bestaat, betreft deze veelal één specifieke strafzaak, maar niet het afdoeningsmechanisme als zodanig.

Onder strafjuristen vindt men evenwel meer kritische geluiden. Zo zien in België niet alle praktijkjuristen de toegevoegde waarde van de *voorafgaande erkenning van schuld*. Dit blijkt onder meer uit een kleinschalig empirisch onderzoek van Liessens uit 2016.[88] De procedure wordt ervaren als een relatief intensieve procedure voor het parket, terwijl ook de rechter de zaak nog daadwerkelijk moet controleren. De vraag is derhalve of de procedure wel de beoogde tijdsbesparing oplevert.

84. Bij zowel de *Amtsgerichte* als de *Landgerichte*.
85. www.destatis.de/DE/Publikationen/Thematisch/Rechtspflege/GerichtePersonal/Staatsanwaltschaften2100260157004.pdf?__blob=publicationFile.
86. K. Altenhain, F. Dietmeier & M. May, *Die Praxis der Absprachen im Strafverfahren*, Baden-Baden: Nomos 2013, par. 9.
87. www.ssb.no/en/sosiale-forhold-og-kriminalitet/statistikker/straff/aar/2016-02-17#content.
88. K. Liessens, *To 'guilty plea' or not: de pro's en cons van het Angelsaksische systeem en de inzetbaarheid ervan in het Belgische strafrecht*, Masterproef Universiteit Gent 2016.

In Duitsland wordt de *Verständigung* nog veelvuldig bekritiseerd door rechtswetenschappers. Het meest fundamentele probleem ligt volgens hen hierin dat het maken van proces- en vonnisafspraken is geïntegreerd in de reguliere strafprocedure. Daardoor zijn de beginselen en uitgangspunten die gelden voor de reguliere procedure op de *Verständigung* van toepassing. Tot die principes behoren het streven naar volledige waarheidsvinding en de rechterlijke plicht om de zaak zo veel mogelijk op te helderen. Beide beginselen zijn niet goed te verenigen met de informele *Verständigung*, die in de eerste plaats tot doel heeft een snelle afwikkeling van strafzaken op basis van (bij voorkeur) een bekentenis en het overige schriftelijk bewijsmateriaal. Dit blijkt ook uit een onderzoek van Altenhain naar de praktijk van de *Verständigung* in de deelstaat Nordrhein-Westfalen uit 2011/2012.[89] Hieruit komt het beeld naar voren dat de wettelijke regels toen niet altijd werden nageleefd door praktijkjuristen. Het blijkt ook uit een arrest van het *Bundesverfassungsgericht* van 19 maart 2013.[90] Het Hof oordeelde dat de wettelijke regeling betreffende de *Verständigung* weliswaar niet in strijd is met de Duitse grondwet, maar benadrukte dat praktijkjuristen zich wel strikt aan de wet moeten houden.[91] Het Hof droeg de wetgever op om dit scherp in de gaten te houden en, wanneer die praktijk niet wijzigt, om adequate maatregelen te nemen. Het Bondsministerie van Justitie laat momenteel een onderzoek verrichten naar de naleving van de wettelijke voorschriften over de *Verständigung* in de rechtspraktijk.[92]

In Frankrijk richtten de bezwaren tegen de CRPC-procedure zich aanvankelijk vooral op de dominante rol van de officier van justitie ten opzichte van de verdachte. De officier van justitie heeft de exclusieve bevoegdheid de procedure in gang te zetten en kan ook zelfstandig besluiten dat niet te doen. De verdachte, die zijn verzoek per aangetekende brief en voorzien van een bekentenis doet, loopt daarmee een zeker risico wanneer hij al te snel bekent in de hoop op een milde straf. Ook bepaalt de officier van justitie zelfstandig de op te leggen straf. Het was uitdrukkelijk de bedoeling van de wetgever dat de verdachte hierop geen invloed zou kunnen uitoefenen. Omdat een CRPC de officier van justitie echter veel tijd kan besparen en het voor hem gunstig kan zijn vooraf te weten of zijn voorstel kans van slagen heeft, vinden er in de praktijk wel informele gesprekken plaats. Nu de wet dit overleg niet uitdrukkelijk toestaat en regelt, wordt hieraan niet de eis gesteld dat daarvan verslag moet worden gedaan zoals in Duitsland. Dit heeft tot gevolg dat het nauwelijks controleerbaar is wat er op het kantoor van de officier

89. K. Altenhain, *Die Praxis der Verständigung im Strafverfahren. Empirische Studie im Auftrag des Bundesverfassungsgerichts (12/2011 – 11/2012)*. De resultaten zijn (nog) niet gepubliceerd, maar de hier genoemde resultaten zijn wel opgenomen in de uitspraak van het *Bundesverfassungsgericht*.
90. *Bundesverfassungsgericht* 19 maart 2013, 2 BvR 2628/10.
91. Ibid.
92. Dit onderzoek is uitgezet op 15 december 2017 en wordt uitgevoerd door de universiteiten van Düsseldorf, Frankfurt am Main en Tübingen. De resultaten daarvan worden in het voorjaar van 2020 verwacht.

van justitie wordt besproken, en het kan bovendien een ongelijke behandeling van verdachten in de hand werken.[93]

4.2.4 Voorstellen voor andere vormen van vereenvoudigde gerechtelijke afdoening

In België, Duitsland, Frankrijk en Zwitserland zijn momenteel geen voorstellen voor andere of nieuwere vormen van gerechtelijke afdoening bekend. Een aantal van deze procedures bestaat dan ook nog niet zo lang.

In Noorwegen wordt sinds 2014 gewerkt aan een herziening van de *Straffeprosesslovene*.[94] Eind 2016 publiceerde de daarvoor aangestelde wetgevingscommissie haar rapport. Waar dit rapport de verkorte procedure op basis van een schuldbekentenis betreft, houden de aanbevelingen grotendeels een bevestiging van de huidige regeling in. Wel stelt de commissie voor om het openbaar ministerie en de verdediging ruimte te geven voor het maken van vonnisafspraken. Daarbij zou de voorwaarde moeten gelden dat de verdachte een bekennende verklaring aflegt dan wel op andere wijze meewerkt aan het tot klaarheid brengen van de zaak. Om de verdachte enige zekerheid te geven, stelt de commissie voor dat de rechter de afspraak slechts mag openbreken en een hogere straf mag opleggen indien 'duidelijk blijkt dat de afgesproken straf incorrect zou zijn'.[95] Deze bepaling maakt het mogelijk dat de rechter eventuele fouten kan herstellen als daarvoor voldoende grond bestaat, maar erkent dat het openbaar ministerie doorgaans het beste in staat is het belang van medewerking van de verdachte te waarderen. De commissie verwacht dat een wettelijk geregelde afsprakenprocedure zal bijdragen aan meer bekentenissen, en meer in het algemeen, dat deze de verdachte effectief kunnen prikkelen om informatie te verschaffen die de procesvoering in strafzaken vereenvoudigt.

4.3 Alternatieven voor de bijzondere en hoge transactie bij rechtspersonen

In Zwitserland en Noorwegen staan de vereenvoudigde gerechtelijke procedures in theorie ook open bij de afdoening van delicten gepleegd door rechtspersonen, maar daarvan zijn geen praktijkvoorbeelden bekend. De eerdergenoemde (buitengerechtelijke) Noorse *forelegg* wordt echter wel veelvuldig toegepast bij strafbare feiten gepleegd door bedrijven en andere rechtspersonen. Daarop bestaat soms wel enige kritiek in de Noorse media. Gezegd wordt dat rechtspersonen daarmee een strafvervolging 'afkopen'.

93. Peters 2012, p. 373.
94. NOU 2016:24. Een Engelstalige samenvatting van de voorstellen vindt men in het artikel: 'Proposal for a New Norwegian Code of Criminal Procedure – A summary of NOU 20176:24', *Bergen Journal of Criminal Law and Criminal justice* (vol. 4) 2016, p. 286-315 (https://boap.uib.no/index.php/BJCLCJ/article/view/1072).
95. Idem, p. 301.

In België en Frankrijk kunnen aan rechtspersonen via het strafrecht eveneens hoge boetes worden opgelegd. In België vindt die boeteoplegging doorgaans plaats in het kader van een transactie tussen openbaar ministerie en rechtspersonen. Als die transactie wordt gesloten nadat de zaak aanhangig is gemaakt bij het gerecht in eerste aanleg, dient een rechter die transactie te toetsen op proportionaliteit en aan de overige wettelijke vereisten. In Frankrijk zijn alle vereenvoudigde procedures mogelijk ten aanzien van rechtspersonen.

In Duitsland is de strafrechtelijke aansprakelijkheid van de rechtspersoon niet erkend. Aan rechtspersonen kunnen wegens overtredingen van de wet wel (hoge) geldboetes worden opgelegd, maar dit zijn administratieve boetes op basis van het *Ordnungswidrigkeitengesetz*.

4.4 Rechtsgevolgen van de straf die is opgelegd in een vereenvoudigde procedure

In alle landen geldt dat het vonnis als sluitstuk van een vereenvoudigde gerechtelijke procedure dezelfde rechtsgevolgen heeft als een vonnis in de reguliere strafprocedure. Hieruit volgt onder meer dat een aantekening wordt gemaakt in het strafregister. In enkele landen is het recht op het instellen van rechtsmiddelen beperkt (zie hiervoor reeds onder paragraaf 4.1).

5 Rechtsvergelijkende beschouwing

5.1 Interessante bevindingen

Uit het voorgaande blijkt dat de hier bestudeerde landen kampen met vergelijkbare problemen voor wat betreft de beperkte capaciteit in de strafrechtsketen. De onderliggende oorzaken voor die capaciteitsproblemen verschillen in enige mate per land. Duidelijk wordt dat het reguliere onderzoek ter terechtzitting in de vijf landen – in vergelijking met Nederland – relatief lang duurt. Een belangrijke reden daarvoor ligt in een (meer) stringente toepassing van het onmiddellijkheidsbeginsel: het uitgangspunt is dat het bewijsmateriaal mondeling ten overstaan van de zittingsrechter moet worden gepresenteerd. Een dergelijke procesvoering, die nauw verband houdt met het streven naar materiële waarheidsvinding, is tijdrovend. Een ander probleem dat in meerdere landen speelt, is de voortdurende expansie van de materiële strafwetgeving en (daarmee samenhangend) de toename van (complexe) strafzaken. Tot slot draagt in een enkel land ook een tekort aan middelen voor de strafjustitie bij aan het ontstaan van een capaciteitstekort in de strafrechtspleging.

In alle vijf de landen vormden capaciteitsoverwegingen de directe aanleiding voor het introduceren van (nieuwe) vereenvoudigde afdoeningsvormen. Er is een dui-

delijke overeenkomst zichtbaar in hoe de procedures in die landen zijn ingericht. Zo zijn de hoogte van de op te leggen straffen en de variëteit aan op te leggen sancties in de buitengerechtelijke procedures zeer beperkt. Een opmerkelijke uitzondering daarop vormt het Zwitserse *Strafbefehlsverfahren*, waarin de officier van justitie zelfstandig een vrijheidsstraf kan opleggen, terwijl deze magistraat in veel Zwitserse kantons niet de onafhankelijke status van een rechter heeft.[96] Daarmee gaat deze afdoeningsvariant (als enige van de bestudeerde procedures) aanmerkelijk verder dan de Nederlandse strafbeschikking. Het vaststellen van schuld en het aansluitend opleggen van een straf in geval van misdrijven is in de overige vier landen dus steeds onderworpen aan rechterlijk toezicht. Hieruit blijkt dat die landen sterk hechten aan de klassieke rol van de strafrechter als actieve toezichthouder op de procesvoering daar waar het de afdoening van misdrijven betreft.

Opmerkelijk is verder dat in alle vijf de landen in de afgelopen decennia bijzondere procedures zijn ontworpen, waarin verdachten door bepaalde mechanismen worden gestimuleerd mee te werken aan een vereenvoudiging of versnelling van het strafproces.[97] Daarbij heeft de verdachte in drie van de vijf landen (België, Duitsland en Zwitserland) wettelijke mogelijkheden om actief invloed uit te oefenen op de op te leggen straf door daarover een akkoord te sluiten met het openbaar ministerie dan wel de rechtbank (proces- en vonnisafspraken). In Frankrijk en Noorwegen is dit formeel niet toegestaan, maar is het wel waarschijnlijk dat in de rechtspraktijk in het kader van de bijzondere procedure voor bekennende verdachten informele besprekingen tussen openbaar ministerie en de verdediging plaatsvinden. In Noorwegen wordt momenteel nagedacht over het wettelijk normeren van die overleggen. Het is daarbij in alle landen expliciet of feitelijk uitgesloten om een akkoord te sluiten over de juridische kwalificatie van de feiten of de feiten zelf. Hoewel continentaal-Europese en Scandinavische wetgevers relatief sterk vasthouden aan het streven naar materiële waarheidsvinding, hoeft een vereenvoudigde procedure op basis van proces- en vonnisafspraken – mits voorzien van bepaalde rechtswaarborgen – kennelijk niet aan de verwezenlijking van dit principe in de weg te staan. Daarbij geldt als een van de meest wezenlijke rechtswaarborgen voor een juiste en gerechtvaardigde uitkomst van de zaak dat de rechter een actief toetsende rol vervult. Uit het beschikbare cijfermateriaal en de ervaringen van praktijkjuristen blijkt dat het hier gangbare, alledaagse afdoeningsmodaliteiten betreft waarover nauwelijks (nog) enig maatschappelijk of politiek debat of discussie bestaat. Deze procedures worden daarbij vooral ingezet in strafzaken waarin veel tijdwinst kan worden geboekt. Deze variëren van veelvoorkomende, eenvoudige misdrijven, tot (in Duitsland) juist omvangrijke en complexe strafdossiers.

96. Zoals bijvoorbeeld wel in Italië het geval is.
97. Dit is overigens een ontwikkeling die in veel meer landen van de Raad van Europa te zien is. Vgl. EHRM 29 april 2014, ECLI:CE:ECHR:2014:0429JUD000904305 (*Natsvlishvili en Togonidze t. Georgië*).

Verder blijkt dat de vijf bestudeerde landen hechten aan openbaarheid en transparantie waar het vereenvoudigde gerechtelijke procedures voor bekennende of meewerkende verdachten betreft; in alle landen vindt in die procedures een openbare zitting plaats. Voor wat betreft de verdere inrichting van de procedures blijkt dat ieder strafsysteem vanzelfsprekend eigen accenten legt, welke zijn gerelateerd aan de onderliggende uitgangspunten en bijzonderheden van het betreffende systeem.

5.2 Relevantie van de bevindingen voor de modernisering van de Nederlandse strafvordering

5.2.1 Relevante uitgangspunten van het project Modernisering Wetboek van Strafvordering

In de Contourennota ten behoeve van de modernisering van het Nederlandse Wetboek van Strafvordering schrijft de minister dat hij wil komen tot 'een toekomstbestendig, voor professionals en burgers toegankelijk en in de praktijk werkbaar wetboek dat voorziet in een evenwichtig stelsel van rechtswaarborgen'.[98] Een meer gedetailleerde uitwerking van dit streven is intussen te vinden in de memories van toelichting bij de consultatieversie van de conceptboeken van het nieuwe Wetboek.[99]

Vooropstaat dat er sprake is van een modernisering, geen stelselwijziging. Relevante beginselen en uitgangspunten die de Nederlandse strafvordering typeren en ongewijzigd blijven zijn onder meer het vervolgingsmonopolie, het opportuniteitsbeginsel, de grondslagleer, het recht op een eerlijk proces en daaruit voortvloeiende beginselen als rechterlijke onpartijdigheid en onafhankelijkheid, de afwijzing van lekenrechtspraak en het uitgangspunt dat de zittingsrechter eindverantwoordelijk is voor de volledigheid van het onderzoek en de juistheid van de genomen beslissingen. De modernisering betreft derhalve – in de woorden van de minister – 'accentverschuivingen'.[100] Een van de belangrijkste en meest fundamentele accentverschuivingen (ook in het kader van het hier besproken thema) betreft de 'beweging naar voren', die voortkomt uit het streven om het bewijsonderzoek, waar dat kan, in een zo vroeg mogelijk stadium in de strafprocedure te laten plaatsvinden.[101] De gedachte is dat daardoor de kwaliteit van het voorbereidend onderzoek (of: het opsporingsonderzoek) wordt versterkt en deze procesfase meer dienstbaar wordt aan het onderzoek ter terechtzitting. De officier van justitie heeft in de opsporingsfase de verantwoordelijkheid om de zaak 'zittingsrijp' te maken: het opsporingsonderzoek moet zo veel mogelijk zijn voltooid voordat de vervolgings-

98. *Kamerstukken II* 2012/13, 29279, 165.
99. Te vinden op www.rijkoverheid.nl onder 'Modernisering Wetboek van Strafvordering', 'documenten'.
100. Aanbiedingsbrief september 2015, p. 22.
101. Aanbiedingsbrief september 2015, p. 9.

beslissing wordt genomen, en dus voordat een mogelijke terechtzitting begint.[102] Het is aan de officier van justitie om te bepalen wanneer dat opsporingsonderzoek is voltooid.

De vervolgingsbeslissing behelst vervolgens het door de officier van justitie te nemen besluit over de verdere afdoening van de zaak. Dit kan zijn een (voorwaardelijk) sepot, een buitengerechtelijke afdoening, dan wel het voorleggen van de zaak aan de strafrechter ten behoeve van berechting. De regeling van de buitengerechtelijke afdoeningsmodaliteiten (de transactie en de strafbeschikking) blijft voorlopig ongewijzigd. Wel geldt ook voor deze afdoeningsvormen uitdrukkelijk(er) dat het opsporingsonderzoek volledig moet zijn afgerond voordat de beslissing daartoe kan worden genomen.[103]

Wanneer de officier van justitie beslist tot het voorleggen van de zaak aan de strafrechter, stelt hij een zogenoemde 'procesinleiding' op. Deze bevat een tenlastelegging en een mededeling van de aan de verdachte toekomende rechten. De procesinleiding wordt vervolgens door de voorzitter aan de verdachte betekend. Met het indienen van de procesinleiding begint de voorbereidende fase van de terechtzitting. In deze fase wordt door de voorzitter van de zittingscombinatie geïnventariseerd of de zaak klaar is voor inhoudelijke behandeling en wat er nog aan nader onderzoek moet worden gedaan. Van belang is dat in deze fase bezien wordt welke onderzoekswensen er bij de procespartijen leven, zodat kan worden vermeden dat deze eerst op de terechtzitting duidelijk worden en de zaak moet worden aangehouden.[104] Ter bevordering van een verdere stroomlijning van deze onderzoekswensen geeft de minister de voorzitter een vrij krachtige regierol. Zo kan de laatstgenoemde in overleg treden met de officier van justitie en eventueel de verdediging om de datum en het tijdstip van de terechtzitting te bepalen en de zitting overigens voor te bereiden (conceptartikel 4.1.1.3).[105] Ook kan hij een schriftelijke

102. O.a. memorie van toelichting bij de consultatieversie van concept-Boek 4 van het nieuwe Wetboek van Strafvordering: Berechting, p. 12.
103. Memorie van toelichting bij de consultatieversie van concept-Boek 3 van het nieuwe Wetboek van Strafvordering: Beslissingen omtrent vervolging, p. 25.
104. Memorie van toelichting bij de consultatieversie van concept-Boek 4, p. 12-13.
105. Memorie van toelichting bij de consultatieversie van concept-Boek 4, p. 11. De memorie van toelichting spreekt van 'zaken die betrekking hebben op de voorbereiding van de terechtzitting' en noemt als voorbeelden de dagbepaling, het verloop van de terechtzitting (bijvoorbeeld omdat sprake is van gelijktijdige berechting van meerdere verdachten, van intensieve media-aandacht of slachtoffers voor wie speciale voorzieningen moeten worden getroffen, zie ook op p. 18).

ronde inlassen (conceptartikel 4.1.1.5)[106] of een regiezitting plannen (conceptartikel 4.1.1.6 tweede lid).[107] Om de verdediging te prikkelen haar onderzoekswensen tijdig in te dienen, worden verzoeken die later (dat is: ter terechtzitting) worden ingediend, strenger beoordeeld dan verzoeken die in een eerdere fase zijn ingediend.

Het doel van deze vernieuwingen is het onderzoek zo vroeg mogelijk te laten plaatsvinden en onnodige herhaling van verhoren op de zitting te voorkomen.[108] De wijzigingen in het vooronderzoek en de versterkte rechterlijke regievoering vanaf de aanvang van de voorbereidende fase van de berechting maakt volgens de minister niet dat de betekenis van het onderzoek ter terechtzitting wordt beperkt: 'De bedoeling is primair dat de zittingsrechter zijn werk zonder nodeloze vertraging kan doen'.[109] De bestaande uitgangspunten voor het onderzoek ter terechtzitting blijven derhalve van kracht. Dit betekent onder meer dat de huidige interpretatie van het onmiddellijkheidsbeginsel zoals is voortgekomen uit de 'de auditu-jurisprudentie' van toepassing blijft. Daarmee geldt niet als uitgangspunt dat het bewijsmateriaal mondeling ter openbare terechtzitting aan de rechtbank wordt gepresenteerd, maar dat de relevante processtukken uit het dossier ter terechtzitting 'ter sprake' zullen worden gebracht.[110] Waar nodig kan evenwel aanvullend onderzoek ter terechtzitting plaatsvinden. De zittingsrechter bepaalt hiermee de omvang van het onderzoek ter terechtzitting en blijft ook overigens eindverantwoordelijk voor de juistheid en de volledigheid van dit onderzoek en de hierop volgende beslissing.

Leidende gedachte is dat door het stroomlijnen van onderzoekswensen de aandacht kan worden gevestigd op centrale, heikele kwesties in de zaak en het onderzoek ter terechtzitting kan worden geconcentreerd op het reageren op wederzijdse standpunten. Dat zou vooral bij omvangrijke strafzaken meer lucht in het systeem

106. Deze schriftelijke ronde bestaat uit een uitwisseling van schriftelijke standpunten voorafgaand aan de inhoudelijke behandeling van de strafzaak. Het betreft geen verplichting. De gedachte is dat een stukkenwisseling kan bijdragen aan een betere kwaliteit van de discussie ter terechtzitting, omdat duidelijker wordt waar de geschilpunten zich op concentreren. Het kan de terechtzitting daardoor bekorten. Het staat ter beoordeling van de voorzitter in welke gevallen een schriftelijke ronde kan worden ingelast; de voorzitter kan bij de partijen aftasten of dit zin heeft. Een schriftelijke uitwisseling van conclusies staat los van het requisitoir en het pleidooi. Zie memorie van toelichting bij de consultatieversie van concept-Boek 4, p. 23.
107. Memorie van toelichting bij de consultatieversie van concept-Boek 4, p. 11. Het betreft hier een openbare zitting waarop beslissingen aan de orde zijn die de omvang en inrichting van de inhoudelijke berechting van de zaak betreffen. Een onderdeel kan zijn dat beslist wordt op eventuele verzoeken van de verdediging tot het oproepen van getuigen of nader onderzoek. Het betreft vooral processuele aspecten. Zie ook in dezelfde memorie van toelichting, p. 23.
108. Memorie van toelichting bij de consultatieversie van concept-Boek 4, p. 8.
109. Memorie van toelichting bij de consultatieversie van concept-Boek 1 van het nieuwe Wetboek van Strafvordering: strafvordering in het algemeen, p. 55.
110. Memorie van toelichting bij de consultatieversie van concept-Boek 4, p. 27.

moeten brengen. Een en ander zou moeten leiden tot een 'efficiënter strafproces met een hogere kwaliteit'.[111] De minister doet daarbij nadrukkelijk een beroep op de eigen verantwoordelijkheid van de procesdeelnemers voor een voortvarende procesgang. Daarbij vestigt hij tevens de aandacht op het recht van de verdachte op toegang tot deskundige rechtsbijstand, vooral in complexe strafzaken. Een verbetering van die rechtsbijstand in het voorbereidend onderzoek draagt eraan bij dat de verdachte zijn proceshouding beter kan bepalen. Hiermee wil de minister de basis leggen voor een vergroting van de interactie en wisselwerking tussen de verschillende procesdeelnemers in de gehele strafprocedure.[112]

5.2.2 De Nederlandse uitgangspunten in rechtsvergelijkend perspectief

Uit het voorgaande komt naar voren dat een van de meest fundamentele uitgangspunten van de Nederlandse strafvordering, te weten de centrale doelstelling van materiële waarheidsvinding met als uitvloeisel daarvan een actieve rechter die eindverantwoordelijk is voor de volledigheid van het onderzoek en de juistheid van de beslissingen, overeenkomt met het uitgangspunt van de hier bestudeerde buitenlandse strafvorderingen. In die zin bouwt (ook) de Nederlandse strafvordering voort op het traditionele continentaal-Europese strafvorderlijke gedachtegoed.

Een andere overeenkomst bestaat in de soortgelijke vormgeving van buitengerechtelijke afdoeningsmodaliteiten als het voorwaardelijk sepot en de transactie. De Nederlandse varianten hiervan komen in zeer sterke mate overeen met de varianten in de vijf bestudeerde landen.

Er zijn echter ook relevante, fundamentele verschillen. De belangrijkste daarvan is dat de Nederlandse wetgever een andere weg inslaat voor wat betreft de verwezenlijking van een effectieve (of: efficiënte) procesvoering dan de buitenlandse strafsystemen. Waar de Nederlandse minister kiest voor het verder stroomlijnen van de standaard (reguliere) strafprocedure op basis van het reeds bestaande, gerelativeerde onmiddellijkheidsbeginsel,[113] aangevuld met consensuele buitengerechtelijke afdoeningsvormen, kiezen de vijf buitenlandse wetgevers voor een meer uitvoerige reguliere strafprocedure op basis van een strikt onmiddellijkheidsbeginsel, aangevuld met zowel buitengerechtelijke als consensuele gerechtelijke alternatieven.

111. Contourennota van september 2015, p. 13.
112. Contourennota van september 2015, p. 43-44.
113. Met het begrip gerelativeerd onmiddellijkheidsbeginsel wordt hier bedoeld het afdoen van strafzaken zonder dat het bewijsmateriaal onmiddellijk, d.w.z. mondeling ten overstaan van de zittingsrechter wordt gepresenteerd, maar op basis van een bespreking van het bewijsmateriaal dat is opgenomen in het procesdossier.

Een tweede verschil betreft de rol van de rechter bij de vereenvoudigde afdoeningsmodaliteiten. De Nederlandse wetgever kiest voor een buitengerechtelijke afdoening van zowel overtredingen als eenvoudige misdrijven waarop de wet een maximale gevangenisstraf stelt van zes jaar. In vier van de vijf bestudeerde landen (België, Duitsland, Frankrijk en Noorwegen) zijn schuldvaststellingen met dezelfde rechtsgevolgen van een veroordeling bij eenvoudige misdrijven daarentegen uitsluitend voorbehouden aan de (onafhankelijke) strafrechter.

Een derde verschil, dat aansluit op het vorige, is dat het sanctiearsenaal bij de vereenvoudigde afdoening van strafzaken in het buitenland groter is. Immers, in geval van een vereenvoudigde gerechtelijke afdoening behoort de oplegging van een (voorwaardelijke) vrijheidsstraf tot de mogelijkheden. Dat is in Nederland bij de afdoening door middel van een strafbeschikking of transactie niet mogelijk.[114]

Een vierde verschil is dat de vijf bestudeerde landen expliciet een standpunt hebben ingenomen ten aanzien van het maken van proces- en vonnisafspraken in strafzaken. In België, Duitsland en Zwitserland behoort het maken van afspraken tot de wettelijke afdoeningsmodaliteiten; in Frankrijk heeft de wetgever zich uitgesproken tegen die afspraken (maar komen ze in de rechtspraktijk wel voor), en in Noorwegen wordt momenteel onderzocht of het maken van afspraken een wettelijke basis kan krijgen. In tegenstelling tot deze landen heeft de Nederlandse wetgever zich tot nu toe nog niet uitdrukkelijk over dit thema uitgelaten.[115]

5.3 Voor het project modernisering Wetboek van Strafvordering mogelijk relevante uitkomsten

Met de keuze van de minister voor het stroomlijnen van de standaardprocedure door middel van een 'beweging naar voren' zal het gemoderniseerde Nederlandse strafproces fundamenteel afwijken van dat van andere continentaal-Europese en Scandinavische strafstelsels. Dat betekent niet dat die keuze niet gerechtvaardigd kan zijn. Integendeel, met deze nieuwe insteek zou de Nederlandse modernisering in de toekomst mogelijk een voortrekkersrol kunnen vervullen. Dat is het geval wanneer de gekozen uitgangspunten ertoe zullen leiden dat het bestaande capaciteitsprobleem in grote mate wordt teruggedrongen en eventuele – meer principiële – bezwaren tegen de gemaakte keuzes ongegrond of minder relevant blijken te zijn. Een van de meer in het oog springende bezwaren tegen de 'beweging naar voren', ook in rechtsvergelijkend perspectief, betreft het risico dat in de reguliere

114. Bij afdoening via de alleensprekende rechter wel, maar dit reken ik niet tot de alternatieve procedures; voor de afdoening van eenvoudige misdrijven die bestraft kunnen worden met maximaal één jaar gevangenisstraf is dit immers de standaardprocedure.
115. Overigens wel over de Anglo-Amerikaanse *plea bargaining*, maar dit is slechts één vorm van afsprakenjustitie. Zie Peters 2012, p. 9-10.

procedure te veel zal worden ingeboet op onmiddellijkheid en openbaarheid. In antwoord op dit door de Raad voor de rechtspraak reeds kenbaar gemaakte bezwaar legt de minister het onmiddellijkheidsbeginsel zuiver uit als een verdedigingsrecht.[116] Het onmiddellijkheidsbeginsel kent evenwel nog een andere pijler, te weten de relatie tussen de rechter en het door hem te beoordelen bewijsmateriaal. Wanneer een substantieel deel, zo niet het gehele bewijsonderzoek in de besloten voorfase van de terechtzitting plaatsheeft en voornamelijk schriftelijk tot de rechter komt in plaats van op de openbare zitting zelf en daar slechts ter sprake wordt gebracht, heeft niet alleen de rechter maar ook de samenleving minder zicht op de waarde van dit bewijsmateriaal dan wanneer dit mondeling en in het openbaar ten overstaan van die rechter wordt gepresenteerd. De keuze voor die beperking kan welzeker verdedigbaar zijn, maar wijkt fundamenteel af van de strafvorderlijke procesvoering in het buitenland. Een meer expliciete en uitvoerige toelichting zou die keuze beter kunnen rechtvaardigen.

Met de keuze voor de 'beweging naar voren' en een gerelativeerde toepassing van het onmiddellijkheidsbeginsel zal het introduceren van een verkorte gerechtelijke afdoening in termen van capaciteits- of tijdswinst waarschijnlijk nauwelijks of geen toegevoegde waarde hebben. Wel zou de invoering van een dergelijke procedure tegemoet kunnen komen aan het meer fundamentele bezwaar van het vaststellen van schuld en het opleggen van hoge geldboetes zonder tussenkomst van een onafhankelijke rechter. Bovendien kan een rechter door de mogelijkheid van oplegging van een vrijheidsstraf een meer op de zaak en de persoon van de veroordeelde toegesneden sanctie opleggen. Beide overwegingen kunnen de (maatschappelijke) legitimatie van de versnelde afdoening vergroten. Daarnaast kan een vereenvoudigde gerechtelijke procedure een versterkend effect hebben op de kwaliteit van het voorbereidend onderzoek: een coöperatieve proceshouding stimuleert een snelle completering van het relevante bewijsonderzoek. Waar aan de bekennende of meewerkende verdachten een voordeel in het vooruitzicht wordt gesteld, kan dit effect vervolgens worden vergroot.

De ontwikkelingen in Duitsland, en tot op zekere hoogte ook in Frankrijk en Noorwegen laten zien dat het toekennen van strafvermindering aan bekennende of meewerkende verdachten kan leiden tot het ontstaan van proces- of vonnisafspraken. Tot nu toe heeft de Nederlandse wetgever zich nog niet uitdrukkelijk over dit thema uitgelaten. De reden kan zijn ingegeven door vrees voor een afwijzende maatschappelijke of politieke reactie op die afdoeningsvorm. Proces- en vonnisafspraken doen sterk denken aan de Anglo-Amerikaanse *plea bargaining*, waarvan de uitwassen bekend zijn en die in Nederland vrij algemeen wordt afgewezen.[117]

116. Memorie van toelichting bij de consultatieversie van concept-Boek 4, p. 8-9.
117. Zo blijkt uit de brief van de toenmalige minister van Justitie in de Brief van 23 oktober 2003, *Kamerstukken II* 2003/04, 29200 VI, 31.

Toch is *plea bargaining* slechts een uitingsvorm van een proceswijze waarbij de procesdeelnemers over en weer afspraken maken in het kader van een strafprocedure; de term proces- en vonnisafspraken is meeromvattend.

In het licht van het streven om een toekomstbestendig wetboek te ontwerpen is het van belang dat ook de Nederlandse wetgever zich uitlaat over deze afdoeningswijze. Afsprakenprocedures zijn sinds enige jaren in opmars op het gehele Europese continent. Het is niet ondenkbaar dat ook in de Nederlandse rechtspraktijk op termijn een grotere belangstelling voor een procesvoering op basis van meer informele communicatie zal ontstaan. Waar het dossiers van ondermijnende criminaliteit betreft, bestaat die belangstelling voor overleg en samenwerking (in plaats van tegenwerking) er op dit moment al en deze zal mogelijk toenemen. Zou de minister overwegen een verkorte gerechtelijke afdoening te introduceren – bijvoorbeeld in de plaats van of in aanvulling op de hoge en bijzondere transactie of de strafbeschikking – dan laat de voorafgaande verkenning van buitenlandse ontwikkelingen zien dat de belangstelling voor proces- en vonnisafspraken waarschijnlijk verder zal toenemen.

Ervaringen in Duitsland laten zien dat het noodzakelijk is dat de wetgever het ontstaan van proces- en vonnisafspraken in de rechtspraktijk vanaf het eerste begin in goede banen leidt door het innemen van een helder standpunt en een toegesneden wettelijke regeling. Dat is in dit stadium van de wetgevingsprocedure al van belang, omdat de moderniseringsvoorstellen een rechtstreeks overleg tussen de voorzitter van de zittingscombinatie en de procespartijen in de voorbereidende fase van de terechtzitting faciliteren. Het lijkt erop dat dit rechtstreekse contact tussen rechter en procespartijen beperkt zou moeten zijn tot het in onderling overleg vaststellen van termijnen en het louter bespreken van de processuele aspecten van een dossier. Een en ander is echter niet expliciet afgebakend. Juist omdat er een grijs gebied tussen processuele en inhoudelijke aspecten van een zaak bestaat, zou op dat gebied een (oncontroleerbare) praktijk van informele afspraken kunnen ontstaan. Zou de minister het ontstaan van proces- en vonnisafspraken niet willen toestaan in de Nederlandse strafvordering, dan verdient het aanbeveling deze vorm van justitie expliciet uit te sluiten in de wet of in de memorie van toelichting op het nieuwe Boek 4.

Anderzijds kan het (beperkt) toelaten van proces- en vonnisafspraken ook in positieve zin bijdragen aan de gewenste 'beweging naar voren'. Het EHRM acht het maken van proces- en vonnisafspraken, mits voorzien van bepaalde rechtswaarborgen, verenigbaar met het recht op een eerlijk proces.[118] Ook laat de rechtspraktijk in de bestudeerde landen zien dat waar gebruikgemaakt wordt van het maken

118. EHRM 29 april 2014, ECLI:CE:ECHR:2014:0429JUD000904305 (*Natsvlishvili en Togonidze t. Georgië*).

van (proces- en vonnis)afspraken met de verdediging, het voorbereidend onderzoek en het eindonderzoek doorgaans daadwerkelijk gestroomlijnder verlopen omdat dan voor de verdachte een relevant voordeel tegenover zijn medewerking staat (bijvoorbeeld een lagere straf). Zou de minister overwegen proces- en vonnisafspraken in te voeren, hetgeen op zichzelf mogelijk is binnen de Nederlandse strafvorderlijke context, dan dient een op onze nationale strafvordering toegesneden afsprakenmodel te worden ontworpen dat is voorzien van relevante minimale, wettelijke rechtswaarborgen. Daarbij kan inspiratie worden gevonden in de veelheid van reeds bestaande buitenlandse afsprakenmodellen.

6 Afronding

De hiervoor beschreven rondgang in vijf landen laat zien dat het de moeite waard is bij de modernisering van de binnenlandse strafvordering het buitenlandse strafprocesrecht te onderzoeken. Daaruit wordt onmiddellijk duidelijk dat Nederland niet alleen staat waar het gaat om capaciteitsdruk in de strafrechtsketen. Ook wordt duidelijk dat waar in Nederland discussie is ontstaan over de legitimiteit van de buitengerechtelijke transactie en de strafbeschikking, die discussie in andere landen niet bestaat, omdat wetgevers daar andere keuzes hebben gemaakt voor wat betreft de inrichting van de strafvordering. Of die keuzes meer opleveren in termen van efficiency is de vraag; met het oog op de kwaliteit en de maatschappelijke legitimatie van de moderne strafrechtspleging zijn daaruit evenwel belangrijke lessen te trekken.

Stroomlijning van hoger beroep

Mr. dr. G. Pesselse

1 Inleiding: voor en na de Wet stroomlijnen hoger beroep

Tot 2007 hield de appelprocedure in het Nederlandse strafrecht een volledig nieuw proces in, een nieuwe vaststelling van de feiten, toepassing van de wet en bepaling van de straf. Dit betekende bijvoorbeeld dat hoger beroep alleen kon worden ingesteld tegen het vonnis in zijn geheel, niet enkel tegen bepaalde aspecten van dat vonnis – behalve in gevoegde zaken. Ook was het object van beraadslaging en beslissing in hoger beroep niet het oordeel van de rechtbank als zodanig, maar de tenlastelegging. Dus in plaats van primair te beslissen over de validiteit van het vonnis, moest een gerechtshof zelf beslissen over kwesties als ontvankelijkheid van het openbaar ministerie, bewijs, verwijtbaarheid en straf. En in plaats van de zaak te beslissen op grond van de feiten die reeds in het vonnis waren vastgesteld, waren appelrechters in feite verplicht om de feiten zelf vast te stellen, *ex nunc*, bijvoorbeeld door zo nodig getuigen of deskundigen te horen. Hoger beroep in het Nederlandse strafrecht was kortom vooral een kopie van de procedure in eerste aanleg.

In 2007 trad de Wet stroomlijnen van beroep in werking.[1] Volgens de voorbereidende documenten zou hoger beroep een volwaardige herstelmogelijkheid moeten blijven, maar door voort te bouwen op het werk van de rechtbank en door de zitting in beroep te concentreren op hetgeen de partijen verdeeld houdt, zou hoger beroep niet langer een kopie van de eerste aanleg hoeven zijn. De bezwaren van partijen moesten centraal staan bij de behandeling van hoger beroep.[2]

De Wet stroomlijnen hoger beroep heeft echter niet de wijzigingen gebracht die de voorbereidende documenten suggereerden. De wet staat enerzijds toe dat appelrechters zich primair richten op de bezwaren tijdens het onderzoek van de zaak (artikel 415 Sv). En als de verdediging of de officier van justitie geen grieven tegen het vonnis heeft ingediend, kan hun hoger beroep niet-ontvankelijk worden ver-

1. Wet van 5 oktober 2006, *Stb.* 2006, 470.
2. *Kamerstukken II* 2005/06, 30320, 3, p. 8.

klaard (artikel 416 Sv). En in zaken die betrekking hebben op bepaalde zeer kleine vergrijpen, kan voorts een verlofstelsel aan ontvankelijkheid in de weg staan (artikel 410a Sv). In deze opzichten heeft de Wet stroomlijnen hoger beroep dus wel degelijk verandering gebracht. Anderzijds moeten appelrechters nog steeds ambtshalve de beslissing van de rechtbank in eerste aanleg herzien, meer specifiek nog steeds zelf alle vragen van de artikelen 348 en 350 Sv beoordelen. Deze vragen komen op zitting dus ook vaak aan bod. Ook kan een hoger beroep nog steeds alleen worden ingesteld tegen het vonnis in zijn geheel – behoudens gevoegde feiten.[3]

Daarom heeft het ministerie van Justitie en Veiligheid in 2015 het huidige hoger beroep in strafzaken als 'halfslachtig' bestempeld:[4] bezwaren tegen het vonnis zijn in beginsel vereist en worden tijdens de appelzitting ook besproken, maar diezelfde bezwaren zijn niet van belang voor de beslissingen die het gerechtshof moet nemen of de motivering daarvan. Een ander nadeel van het huidige stelsel is dat appelrechters worden afgeleid van de kwesties die relevant zijn voor de partijen, omdat zij ambtshalve de gehele zaak opnieuw moeten beoordelen. Dit kan een negatieve invloed hebben op de kwaliteit van de beoordeling, aldus het ministerie in de Contourennota Modernisering Wetboek van Strafvordering. In plaats van het huidige systeem te behouden, stelt het ministerie daarom voor het bestaande systeem van voortbouwend hoger beroep uit te breiden.[5] In het kader van de modernisering wordt een ander 'beslismodel' overwogen, dat het gerechtshof wezenlijk in staat stelt zich te concentreren op de ingediende bezwaren. Ook wordt aandacht besteed aan de mogelijkheid van schriftelijke 'voorbereidingsrondes' voorafgaand aan het onderzoek ter terechtzitting. Dit kan de partijen de gelegenheid bieden hun bezwaren tegen het vonnis te verduidelijken en kan het onderzoek van de zaak door het gerechtshof efficiënter maken.[6]

Tegen deze achtergrond geeft dit verslag aandacht voor de wijzen waarop in andere landen dan Nederland wordt getracht de kwaliteit en efficiëntie van de appelprocedure te vergroten. In het navolgende rapport wordt geprobeerd de *Workshop streamlining appeal procedures* samen te vatten en de daarin gegeven bijdragen te analyseren. Paragraaf 2 bespreekt de schriftelijke antwoorden op vragen die aan de deelnemende partijen zijn voorgelegd voorafgaand aan het seminar. Paragraaf 3 bouwt voort op deze algemene gegevens door bespreking van de bij-

3. Zie uitgebreid: G. Pesselse, 'Voortdurend voortbouwend appel. Modernisering van het hoger beroep', *Strafblad* 2015/49, p. 349-356.
4. Contourennota Modernisering Wetboek van Strafvordering, bijlage bij Brief van de minister van Veiligheid en Justitie aan de Voorzitter van de Tweede Kamer d.d. 30 september 2015 (hierna Contourennota 2015), p. 114.
5. Contourennota 2015, p. 114-115.
6. Contourennota 2015, p. 114-117.

dragen aan de werkgroep tijdens het congres. Paragraaf 4 zal het rapport afsluiten met enige vergelijkende analyse en reflectie.

De beoogde modernisering van de Nederlandse strafprocedure omvat overigens ook enkele strikt technologische verbeteringen. Het wordt bijvoorbeeld mogelijk om een rechtsmiddel digitaal aan te wenden.[7] Dit soort verbeteringen komt in dit rapport niet aan bod.

2 Overzicht van het hoger beroep in andere Europese landen[8]

Veronderstel een vorm van hoger beroep waarin het onderzoek van de strafzaak volledig vergelijkbaar is met het onderzoek in eerste aanleg. Stel dat een vorm van hoger beroep bestaat waarin, nadat correct en tijdig appel is ingesteld door één partij of beide partijen, de appelrechter de strafzaak geheel opnieuw onderzoekt op basis van de tenlastelegging, daarbij het vooronderzoek in acht neemt, opnieuw de verdachte en eventueel getuigen en deskundigen hoort, de eis van de officier van justitie en het pleidooi van de verdediging aanhoort, uiteindelijk een met redenen omklede uitspraak vervaardigt, en noodzakelijkerwijs maar ook terloops het vonnis van de rechtbank vernietigt.

De stelsels van hoger beroep in alle deelnemende landen vertonen kenmerken van dit ideaaltype: hoger beroep door middel van een volledig nieuw proces. In België en Frankrijk is de basis van de beroepsprocedure bijvoorbeeld het beginsel dat het gerechtshof de zaak volledig opnieuw onderzoekt. In Noorwegen wordt in hoger beroep eveneens een volledig nieuw proces geboden, door niet minder dan vier lekenrechters en drie professionele rechters. In Duitsland is voorzien in twee verschillende soorten rechtsmiddelen tegen vonnissen uit eerste aanleg: beroep ter zake van zowel feitelijke als juridische kwesties (*Berufung*) en beroep enkel ter zake van rechtsvragen (*Revision*). Een *Berufung* leidt tot een nieuwe beslissing over de tenlastelegging door het gerechtshof. Ook binnen het Zwitserse hoger beroep bestaan uitgebreide bevoegdheden om zowel feitelijke als juridische kwesties opnieuw te beoordelen, in essentie net als in eerste aanleg. Zelfs een correcte beslissing van een rechtbank wordt vernietigd als op geldige wijze beroep is ingediend, omdat de Zwitserse appelrechter in dat geval hoe dan ook zijn eigen beslissingen in het arrest moet opnemen. Dit systeem is vergelijkbaar met de wijze waarop Nederlandse rechtbanken beslissen na geldig verzet tegen een strafbeschikking (artikel 257f Sv).

7. Wetsvoorstel nr. 34 090.
8. Deze paragraaf is ontleend aan de schriftelijke antwoorden op een vooraf aan de deelnemers gezonden vragenlijst, tenzij anders vermeld.

In vergelijking met dit ideaaltype is het hoger beroep in alle deelnemende landen op de een of andere manier beperkt, gestroomlijnd of in elk geval afwijkend. Ten eerste kan de appellant in bepaalde landen de omvang van zijn beroep beperken bij het indienen van het beroep, bij het indienen van de bezwaren tegen het vonnis, of zelfs nog tijdens de zitting. Dit betekent dat de partij die het beroep indient, kan beslissen welke aspecten van het vonnis hij opnieuw beoordeeld wil zien. Dit is bijvoorbeeld het geval in België, waar volgens het adagium *tantum devolutum quantum appelatum* het gerechtshof alleen kennis neemt van de strafzaak binnen de door de appellant afgebakende grenzen. De omvang van een beroep kan bijvoorbeeld worden beperkt tot de strafoplegging of de beslissing op de vordering van de benadeelde partij.

Ten tweede wordt in een aantal landen de controlebevoegdheid van de appelrechter op een iets mildere manier afgebakend dan door de omvang van de hogere voorziening te beperken. In Zwitserland is een gerechtshof primair gehouden de bestreden gedeelten van het vonnis ambtshalve opnieuw te beoordelen. De Zwitserse appelrechter kan echter ook onbetwiste onderdelen van dat oordeel opnieuw beoordelen als dit de verdachte ten goede komt en om te voorkomen dat onwettige of oneerlijke beslissingen in stand blijven. Onbetwiste onderdelen van het vonnis van de rechtbank kunnen voorts alleen worden aangetast als het duidelijk is dat de rechtbank van eerste aanleg een relatief ernstige fout heeft gemaakt. In Noorwegen is een vergelijkbare regeling van toepassing.

Ten derde bestaat in bijna alle deelnemende landen ruimte voor vereenvoudigde behandeling van het hoger beroep. Procedurele vereenvoudiging is onder meer aan de orde in Zwitserland, waar in bepaalde gevallen een schriftelijke procedure kan worden gevolgd, bijvoorbeeld als alleen juridische vragen of grieven over de kostenveroordeling zijn opgeworpen. Evenzo kunnen gerechtshoven in Noorwegen de zaak schriftelijk behandelen indien de partijen daartoe toestemming geven, tenzij de zaak betrekking heeft op een veroordeling tot meer dan zes jaren gevangenisstraf.

Vereenvoudiging bestaat ook ten aanzien van de gronden voor vernietiging in hoger beroep, bijvoorbeeld in Zwitserland. Als het oordeel van de rechtbank alleen betrekking heeft op strafbare feiten waarvoor de maximumstraf een geldboete is, is het hoger beroep beperkt. Hoewel een gerechtshof vrij is om eventuele onjuiste rechtsopvattingen te corrigeren, mag het wat betreft feitelijke kwesties alleen bezien of de beoordeling evident onjuist of onwettig was. Er mogen geen nieuwe verweren worden opgeworpen of nieuwe bewijsstukken worden ingediend.

Nog een andere vorm van vereenvoudiging wordt een screeningprocedure genoemd, ook aangeduid als '*consent arrangement*' of '*leave to appeal proceedings*'. In

algemene zin betekent dit dat naast dat de appellant aan bepaalde ontvankelijkheidseisen moet voldoen, de appelrechter of de rechter *a quo* zelf zijn eigen opvatting kan vormen over de ontvankelijkheid van het hoger beroep. In Noorwegen is bijvoorbeeld in bepaalde minder zware zaken – boetes, verbeurdverklaring of het verlies van het recht om een motorvoertuig te besturen – het hoger beroep alleen ontvankelijk na toestemming, als er *special reasons* zijn om dit te doen. Bovendien kan het gerechtshof ten aanzien van appellen die betrekking hebben op misdrijven waarop niet meer dan zes jaren gevangenisstraf is gesteld weigeren een onderzoek ter terechtzitting te organiseren indien het hoger beroep *clearly cannot succeed*. De mogelijkheden voor het openbaar ministerie in dit soort zaken zijn nog beperkter, aangezien een gerechtshof appellen van het openbaar ministerie kan weigeren te behandelen indien zij betrekking hebben op *questions of minor importance*. In andere gevallen is hoger beroep in Noorwegen zogenaamd onvoorwaardelijk – wat uiteraard de regels over tijdige en correcte aanwending van beroep onverlet laat.

De vraag rijst intussen of het helemaal zuiver is om deze afwijkingen van het ideaaltype 'hoger beroep door middel van een volledig nieuw proces' te beschouwen als *beperkingen* van het rechtsmiddel in hoger beroep. De afwijkingen kunnen namelijk meer neutraal worden bezien als aspecten van een tweede ideaaltype van hoger beroep: hoger beroep door middel van (marginale) controle. Veronderstel een systeem waarin een gerechtshof, nadat een tijdig en correct beroep is aangewend door één partij of beide partijen, de validiteit van de beslissingen van de rechtbank en de eerlijkheid van de procedure in eerste aanleg *ex tunc* beoordeelt, dat wil zeggen op basis van de stukken en standpunten die in eerste aanleg beschikbaar waren. Deze beoordeling vindt primair of uitsluitend plaats op basis van door de appellant ingediende bezwaren en is bovendien beperkt tot de betwiste aspecten van het oordeel uit eerste aanleg. De gronden voor vernietiging in hoger beroep kunnen voorts gekwalificeerd zijn, in die zin dat de vernietigingsbevoegdheid is beperkt tot gevallen waarin het oordeel van de eerste rechter excessief onjuist of zeer onredelijk is. Wanneer het gerechtshof van oordeel is dat (delen van) het vonnis in eerste aanleg moeten worden vernietigd, zal het de zaak voor nadere berechting terugzenden naar de rechtbank.

Met het analytische[9] onderscheid tussen hoger beroep door middel van een volledig nieuw proces en hoger beroep door middel van (marginale) controle in het ach-

9. Beide ideaaltypen van hoger beroep zijn niet meer dan een analytisch instrument. Het verschil tussen beide ideaaltypen moet ten eerste niet worden gelijkgesteld met het verschil tussen hoger beroep in *civil law*- en *common law*-landen. In de praktijk vermengen beide rechtstradities elementen van beide ideaaltypen in hun rechtsmiddelen. Ten tweede loopt het verschil tussen de ideaaltypen niet gelijk met het verschil tussen 'lagere' en 'hogere' rechtsmiddelen, in Nederland hoger beroep en cassatie, hoewel rechtsmiddelen van laatste instantie doorgaans meer trekken van (marginale) controle vertonen.

terhoofd, wordt hieronder gekeken naar de discussie die plaatsvond tijdens *Workshop streamlining appeal procedures*.

3 Verslag van de discussie gedurende de Workshop Stroomlijning van de beroepsprocedure[10]

3.1 Beperkingen op het recht op beroep in het geval van lichte vergrijpen

Volgens artikel 404 Sv staat hoger beroep niet open voor de verdachte indien hij is vrijgesproken van de gehele tenlastelegging, als geen straf of maatregel is opgelegd of als geen andere straf is opgelegd dan een geldboete van ten hoogste € 50. Deze uitzondering op het openstaan van hoger beroep met betrekking tot lichte vergrijpen – of eigenlijk: milde veroordelingen – is niet van toepassing indien de verdachte niet aanwezig was in eerste aanleg en de dagvaarding of oproeping om te verschijnen niet persoonlijk aan de verdachte werd betekend.

Uitsluiting van hoger beroep ter zake van kleine vergrijpen vindt ook plaats in Frankrijk. In het Franse strafrecht worden niet minder dan vijf soorten lichte vergrijpen (*contraventions*) onderscheiden, naast de meer ernstige *délits* en *crimes*. De eerste klasse van overtredingen bevat de minst ernstige, strafbaar met een boete van maximaal € 38. Tot aan de vijfde klasse van overtredingen wordt de maximale boete stapsgewijs verhoogd tot € 1.500. Dit classificatiesysteem beïnvloedt verder de mogelijkheid om in hoger beroep te gaan, aangezien hoger beroep tegen overtredingen in beginsel alleen is toegestaan als het vonnis betrekking heeft op de vijfde klasse *contraventions*. Beroep tegen uitspraken met betrekking tot de derde of vierde klasse is toegestaan als de opgelegde geldboete hoger is dan € 150, of als bepaalde bijkomende straffen zijn opgelegd, zoals de ontzegging van de rijbevoegdheid.

In België daarentegen is de wetgever terughoudend om de reikwijdte van het recht op beroep te beperken. Uitsluiting van het recht op beroep in het geval van kleine vergrijpen is weliswaar onderwerp van gesprek, maar er bestaat een algemeen gevoelen dat een dergelijke beperking niet wenselijk is. Dit betekent bijvoorbeeld dat men in beroep kan gaan tegen een boete van een tientje. Hetzelfde geldt voor Duitsland, Zwitserland en Noorwegen.

De keuze om een of andere bagateldrempel in te voeren ten aanzien van het openstaan van hoger beroep komt vooral neer op een algemene afweging van proporti-

10. Deze paragraaf is ontleend aan de uitlatingen van de sprekers van de deelnemende landen in de workshop gehouden tijdens het rechtsvergelijkend congres *Comparative insights for the modernization of the Dutch Code of Criminal Procedure* (27 oktober 2017 te Rotterdam), tenzij anders vermeld.

onaliteit. Praktische en juridische argumenten zijn echter ook relevant, zo bleek uit de discussie. Ten eerste kan de uitsluiting van hoger beroep tegen bepaalde vonnissen ertoe leiden dat beroep wordt ingesteld bij hogere gerechten, zoals in Nederland de Hoge Raad – aangenomen dat dit is toegestaan. In Frankrijk worden bijvoorbeeld verkeersovertredingen berecht door een niet-professionele zogeheten *juge de proximité* tegen wiens vonnissen geen hoger beroep mogelijk is. Cassatieberoep is echter wel toegestaan, en het blijkt dat cassatieberoepen tegen verkeersovertredingen thans de *Cour de cassation* overstromen. De Franse Senaat heeft daarom voorgesteld een appelprocedure in te voegen tussen de *juge de proximité* en de *Cour de cassation*, waardoor de belasting van laatstgenoemd gerecht zal worden verlicht. Dit klinkt bekend. Een soortgelijke maatregel is in Nederland genomen rond het jaar 2000. In plaats van cassatieberoep tegen uitspraken over WAHV-gedragingen is thans alleen hoger beroep mogelijk in Leeuwarden.[11] Hierdoor daalde de instroom van cassatieberoepen in Nederland van ongeveer 4000 in het jaar 2000 tot ongeveer 2400 in 2001.[12]

Een juridisch argument kan daarnaast worden ontleend aan het mensenrecht op controle van een strafrechtelijke veroordeling door een hoger gerecht (artikel 2 Zevende Protocol EVRM en artikel 14, vijfde lid, IVBPR). Het Comité voor de Rechten van de Mens, dat opvattingen geeft over toepassing van het IVBPR, vat zijn opvattingen over bagateldrempels als volgt samen: 'As the different language versions (crime, infraction, delito) show, the guarantee [of review by a higher tribunal] is not confined to the most serious offences.'[13] Wat dit precies is betekent, is niet duidelijk. Het feit dat het recht op hoger beroep niet beperkt is tot de zwaarste misdrijven, betekent niet noodzakelijk dat een uitzondering aanvaardbaar is voor het tegenovergestelde: lichte vergrijpen. Het EHRM hult zich minder in nevelen. Volgens het *Explanatory Report* bij het Zevende Protocol EVRM is een belangrijk criterium bij het beslissen of een delict een bagatel is, of de normschending al dan niet met een vrijheidsstraf kan worden bestraft.[14] Het EHRM houdt zich vrij precies aan deze toelichting,[15] en staat uitsluiting van hoger beroep voor zeer lichte vergrijpen toe, in sommige gevallen ook in strafzaken ter zake van feiten waarop een maximumstraf van één week gevangenisstraf is gesteld.[16]

11. Wet van 28 oktober 1999, *Stb.* 1999, 469.
12. G. Pesselse, *Selectie in cassatie, De werkbelasting van de strafkamer van de Hoge Raad na invoering van artikel 80a RO*, Tilburg: Celsus 2012, p. 12-13.
13. CRM, *General Comment No. 32, Article 14: Right to equality before courts and tribunals and to a fair trial*, CCPR/C/GC/32, 23 augustus 2007, onderdeel 45.
14. Raad van Europa, *Explanatory Report to Protocol No. 7 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms 1985* (nr. 117), onderdeel 21.
15. EHRM 30 november 2006, applicatienr. 751010/01 (*Grecu t. Romenië*); EHRM 8 april 2010, applicatienr. 38789/04 (*Gurepka t. Oekranië II*).
16. EHRM 15 november 2007, applicatienr. 26986/03 (*Galstyan t. Armenië*); EHRM 17 juli 2008, applicatienr. 33268/03 (*Ashughyan t. Armenië*).

Kortom, bij het uitsluiten van hoger beroep tegen lichte vergrijpen of milde veroordelingen, is het raadzaam om binnen de door het CRM en het EHRM gestelde grenzen te blijven en voorts om ook de toegang tot hogere gerechten uit te sluiten (althans in beginsel, behoudens bijvoorbeeld conformiteit van gemeentelijke of provinciale verordeningen aan nationaal recht).

3.2 In hoeverre is beperking van het recht op hoger beroep aanvaardbaar door instemming te vereisen van het gerechtshof of de rechtbank van eerste aanleg?

Volgens artikel 410a WvSv wordt een hoger beroep tegen een vonnis betreffende uitsluitend één of meer overtredingen of misdrijven waarop naar de wettelijke omschrijving een gevangenisstraf van niet meer dan vier jaren is gesteld, en waarbij geen andere straf of maatregel is opgelegd dan een geldboete tot een (gezamenlijk) maximum van €500, enkel ter terechtzitting aanhangig gemaakt en behandeld indien zulks naar het oordeel van de voorzitter in het belang van een goede rechtsbedeling is vereist. Dit wordt beslist zonder onderzoek ter zitting, op basis van het dossier en de (eventueel beschikbare) bezwaren tegen het vonnis van de rechtbank. Van het oordeel uit eerste aanleg is slechts een stempelvonnis beschikbaar.

Het ministerie van Justitie en Veiligheid is vast van plan dit verlofstelsel in hoger beroep af te schaffen.[17] Hoewel een verlofstelsel in het algemeen niet onverenigbaar is met het recht op controle van een strafrechtelijke veroordeling of het recht op een eerlijk proces – zie hieronder – is de huidige implementatie van een verlofstelsel in het Nederlandse hoger beroep toch problematisch in het licht van deze rechten. Mensenrechtenschendingen zijn door zowel het EHRM als het CRM vastgesteld in drie gevallen waarin het verlof om in beroep te gaan werd geweigerd.[18] Bovendien lijkt het verlofstelsel minder effectief dan beoogd.[19]

Naast Nederland wordt alleen in Noorwegen een verlofstelsel in hoger beroep toegepast. In strafprocedures hanteren België, Duitsland en Zwitserland geen verlofstelsels. In Noorwegen is hoger beroep ten aanzien van strafbare feiten waarop meer dan zes jaar gevangenisstraf is gesteld, onvoorwaardelijk. In andere gevallen kan het gerechtshof inhoudelijke behandeling van een door de verdachte ingesteld hoger beroep weigeren, indien de hogere voorziening duidelijk niet kan slagen. De toegang tot beroep van een door het openbaar ministerie ingesteld appel kan in dit soort gevallen voorts worden geweigerd indien het beroep betrekking heeft op zaken van ondergeschikt belang. Een panel van drie professionele rechters, dat

17. Contourennota 2015, p. 116.
18. EHRM 22 februari 2011, applicatienr. 26036/08 (*Lalmahomed t. Nederland*); CRM 27 juli 2010, applicatienr. 1797/2008 (*Mennen t. Nederland*); CRM 24 juli 2014, applicatienr. 2097/2011 (*Timmer t. Nederland*).
19. Contourennota 2015, p. 116.

elke zes maanden wisselt, neemt verlofbeslissingen op basis van het dossier, het vonnis van de rechtbank en de schriftelijke standpunten van de partijen. Een beslissing om verlof te weigeren moet unaniem zijn en kan worden beperkt tot een deel van de strafzaak. Als het bijvoorbeeld duidelijk is dat de schuldvraag juist is beoordeeld, kan verlofverlening worden beperkt tot de strafoplegging. Het gerechtshof moet zijn verlofbeslissing adequaat motiveren, vooral bij verlofweigering.

Het voordeel van verlofstelsels is dat zij gerechtshoven de gelegenheid geven te onderscheiden tussen zaken die hun volledige aandacht verdienen en zaken die er minder toe doen. Afhankelijk van het verlofcriterium geven verlofstelsel anders gezegd aan gerechtshoven de mogelijkheid om zich flexibel op te stellen. Uiteraard zal dit voordeel vanuit het perspectief van de hoven van beroep zelf door de appellant als een nadeel worden beschouwd. Na wat vaak een schriftelijke procedure is, kan hun beroep immers niet-ontvankelijk worden verklaard, meestal zonder veel motivering.

Het is dan ook geen verrassing dat internationale toezichthouders bepaalde grenzen hebben gesteld aan de toepassing van verlofstelsels in hoger beroep, althans het CRM heeft dat gedaan. In de zaak *Lumley t. Jamaica* overwoog het CRM het volgende:

> 'While on the basis of article 14, paragraph 5, every convicted person has the right to his conviction and sentence being reviewed by a higher tribunal according to law, a system not allowing for automatic right to appeal [i.e. leave to appeal system, GP] may still be in conformity with article 14, paragraph 5, as long as the examination of an application for leave to appeal entails a full review, that is, both on the basis of the evidence and of the law, of the conviction and sentence and as long as the procedure allows for due consideration of the nature of the case.'[20]

Het CRM zet hier een belangrijke stap. Een verlofstelsel moet worden beschouwd als een modaliteit van rechtsmiddelcontrole, niet als een uitzondering op het recht op hoger beroep. Een verlofstelsel is geen uitzondering op het recht op beroep, maar kan dat recht vervullen, mits voldaan wordt aan bepaalde procedurele en inhoudelijke eisen. Het CRM neemt dit kader behoorlijk serieus, zoals toevallig Noorwegen heeft ervaren. In de zaak *Aboushanif/Noorwegen* meende het CRM dat de verlofweigering van het gerechtshof onvoldoende duidelijk maakte waarom het duidelijk was dat de hogere voorziening niet zou slagen, wat het bestaan van een behoorlijke inhoudelijke beoordeling te zeer in twijfel trok. Daarom werd artikel 14, vijfde lid, IVBPR geschonden.[21] Dit oordeel over het Noorse verlofstelsel heeft

20. CRM 31 maart 1999, nr. 662/1995 (*Lumley t. Jamaica*); zie ook CRM 3 april 2002, nr. 802/1998 (*Rogerson t. Australië*); CRM 8 juli 2004, nr. 964/2001 (*Saidova t. Tajikistan*).
21. CRM 17 juli 2008, nr. 1542/2007 (*Aboushanif t. Noorwegen*).

ertoe geleid dat het Noorse hooggerechtshof motiveringsrichtlijnen heeft verstrekt aan de gerechtshoven, later gecodificeerd in de wetgeving en in de zaak *H.K./Noorwegen* gesanctioneerd door het CRM in 2014.[22] Onder meer om vergelijkbare redenen was het CRM in de zaken *Mennen/Nederland* en *Timmer/Nederland* van mening dat de toepassing van het Nederlandse verlofstelsel in hoger beroep niet voldeed aan artikel 14, vijfde lid, IVBPR.[23]
Op grond van artikel 2 van het Zevende Protocol bij het EVRM is het EHRM minder strikt. In het *Explanatory Report* bij het Zevende Protocol wordt duidelijk gemaakt dat het recht om verlof tot een rechtsmiddel te verzoeken bij een gerecht of enige andere verlofinstantie op zichzelf als vorm van controle in de zin van het mensenrecht op beroep moet worden beschouwd.[24] Deze passage is door de Commissie en het Hof in een groot aantal arresten geciteerd en bevestigd.[25] Ik ken geen Straatsburgse beslissingen waarin is geoordeeld dat de toepassing van een verlofstelsel in strijd is met artikel 2 Zevende Protocol EVRM. In één geval, met betrekking tot een bestuurlijke boete, was het Hof zelfs van oordeel dat: 'Even if the Administrative Court declines to deal with or rejects an appeal for lack of important legal issues, that has to be regarded as a review within the meaning of Article 2 of Protocol No 7.'[26]

Deze toeschietelijke benadering van verlofstelsels in het algemeen impliceert intussen niet dat iedere denkbare toepassing van een verlofstelsel in overeenstemming is met het EVRM, zoals Nederland heeft gemerkt in de zaak *Lalmahomed/Nederland*, waarin de toepassing van artikel 410a Sv in strijd met artikel 6 EVRM werd geacht omdat de weigering van het verlof om in beroep te gaan niet gebaseerd was op een *full and thorough evaluation of the relevant factors*, aldus het EHRM.[27]

Naast mensenrechtenoverwegingen maakte de discussie tijdens de workshop duidelijk dat een verlofstelsel ook vanuit het oogpunt van effectiviteit kritisch kan worden beoordeeld. Op het eerste gezicht zal een verlofstelsel de werklast van de appelrechter inderdaad beter beheersbaar maken. Dit komt omdat het weigeren van verlof eenvoudigweg minder tijd en capaciteit kost in vergelijking met de reguliere behandeling van een beroep. Echter, een verlofstelsel waarin de verlofprocedure sterk wordt gescheiden van de reguliere procedure in beroep, brengt het

22. CRM 16 oktober 2014, nr. 2004/2010 (*H.K. t. Noorwegen*).
23. CRM 27 juli 2010, nr. 1797/2008 (*Mennen t. Nederland*); CRM 24 juli 2014, nr. 2097/2011 (*Timmer t. Nederland*).
24. Raad van Europa 1985 (nr. 117), par. 19.
25. Zie bijvoorbeeld ECmRM 26 oktober 1995, nr. 20087/92 (*E.M. t. Noorwegen*); EHRM 4 juli 2002, applicatienr. 38544/97 (*Weh & Weh t. Oostenrijk*); EHRM 13 january 2004, applicatienr. 64299/01 (*Sawalha t. Zweden*); EHRM 10 april 2007, applicatienr. 24945/04 (*Kristjansson & Boasson t. IJsland*); EHRM 17 november 2009, applicatienr. 11459/07 (*Landgren t. Finland*).
26. EHRM 6 mei 2008, applicatienr. 29749/04 (*Karg t. Oostenrijk).*
27. EHRM 22 februari 2011, applicatienr. 26036/08 (*Lalmahomed t. Nederland*).

risico met zich dat de totale werkbelasting sterk toeneemt. De tijd die wordt besteed aan het weigeren van verlof is weliswaar doorgaans relatief gering, maar nadat verlof is verleend, neemt de totale werklast per zaak juist toe. Daarnaast kan een verlofstelsel in hoger beroep de aantrekkingskracht van 'hogere' rechtsmiddelen vergroten. Bovendien impliceert de weigering van verlof om in beroep te gaan niet noodzakelijkerwijs dat het bestreden vonnis juist was. Sommige (of misschien veel) fouten in gerechtelijke uitspraken worden daardoor niet erkend, wat de kwaliteit van de berechting in het algemeen kan verminderen en misschien zelfs de aanvaarding ervan.

3.3 Zou een mogelijkheid voor de partijen om de omvang van hun beroep te beperken de efficiëntie van het hoger beroep vergroten wanneer (a) de beslissing van de partijen doorslaggevend is, of (b) de rechtbank de beperking terzijde kan stellen? Verbetert een vereiste om de gronden voor een beroep aan te voeren de efficiëntie, en zo ja, hoe ver moet dit gaan?

Bij de vormgeving van rechtsmiddelen is een van de belangrijkste uitdagingen voor de wetgever wellicht het vinden van een balans tussen de autonomie van appellant en de verantwoordelijkheid van de rechter in beroep om recht te doen aan alle aspecten van de zaak. Enerzijds is het partijen toegestaan om een beroep in te stellen en kan het partijen daarom ook worden toegestaan om de procedure fundamenteel vorm te geven. Het is niet ondenkbaar dat een gerechtshof zich beperkt tot de bezwaren van appellant, niet alleen ten aanzien van omvang van die bezwaren maar ook wat betreft de daarin vermelde gronden. Aan de andere kant kunnen en zullen rechters zich verantwoordelijk voelen voor het vellen van een eerlijk en rechtvaardig oordeel, ongeacht wat partijen naar voren brengen. Hoe is hiertussen in hoger beroep een evenwicht te bereiken?

Om deze vraag te beantwoorden is het nuttig nader in te gaan op de verschillende functies die het indienen van bezwaren tegen het oordeel in eerste aanleg kan hebben – waarvan sommige tijdens de workshop werden aangeroerd.[28] In het algemeen komt het indienen van bezwaren de kwaliteit van de berechting in beroep ten goede, zo is de gedachte. De partij die beroep instelt moet namelijk over zijn motieven nadenken (inscherpingsfunctie), de tegenpartij kan zijn standpunten en argumenten op de bezwaren afstemmen (debatfunctie), en de beroepsrechter kan in de bezwaren aanknopingspunten vinden voor diepgaandere behandeling van specifieke feitelijke of juridische kwesties (controlefunctie). Daarnaast kan door toespitsing van de voorbereiding, behandeling en beslissing op de bezwaren doelmatiger worden gewerkt (stroomlijningsfunctie) én zullen sommigen door een verplichting bezwaren in te dienen mogelijk een – kansloos – beroep niet instellen of

28. G. Pesselse, *Verlofstelsels in strafzaken* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 2018, p. 202-203.

intrekken (drempel- of filterfunctie). Dit leidt tot spaarzame en spoedige realisering van de doeleinden van hoger beroep in zaken die ertoe doen. De kernvraag is intussen in hoeverre partijen moeten worden verplicht om bezwaren in te dienen en in welke mate bezwaren van partijen de toetsingsbevoegdheid van de rechter in hoger beroep beperken.

De huidige situatie in Nederland werd al besproken in de inleiding van dit verslag. Samengevat: de huidige beroepsprocedure in het Nederlandse strafrecht houdt in beginsel een volledig nieuw proces in. Dit betekent dat hoger beroep alleen kan worden ingesteld tegen het vonnis in zijn geheel en dat het object van beraadslaging in hoger beroep niet het vonnis van de rechtbank als zodanig is, maar de tenlastelegging. In plaats van volledig te leunen op de feitenvaststelling door de rechtbank, stelt een gerechtshof zelf de feiten vast, *ex nunc*. Sinds 2007 zijn in dit stelsel kleine wijzigingen aangebracht. Als de verdediging of de officier van justitie geen grieven indienen tegen het vonnis, kan hun beroep niet-ontvankelijk worden verklaard (artikel 416 Sv). Het onderzoek ter terechtzitting kan voorts voornamelijk gericht worden op de ingediende bezwaren (artikel 415, tweede lid, Sv). Deze wijzigingen zijn echter van ondergeschikt belang, omdat gerechtshoven nog steeds ambtshalve moeten oordelen over de vragen van de artikelen 348 en 350 Sv.

De Contourennota Modernisering Wetboek van Strafvordering bevat het voorstel dat de strafprocedure zodanig wordt georganiseerd dat de rechter in hogere beroep beter kan focussen op de ingediende bezwaren dan thans het geval is. De beoordeling door de appelrechter moet nauwer aansluiten bij de beslissingen die in eerste instantie zijn genomen. Een uitgebouwd stelsel van voortbouwend appel, noemt het ministerie dit.[29] Volgens het ministerie is het wenselijk om niet onnodig de beslissingen te herzien die het openbaar ministerie en de verdediging niet verdeeld houden. Voor zover er wel onderbouwde bezwaren zijn aangevoerd tegen het vonnis in eerste aanleg dienen de procesdeelnemers het volle pond te krijgen.[30]

Voorts komt het volgens het ministerie geregeld voor dat een strafzaak wordt voorbereid voor inhoudelijke behandeling terwijl deze uitloopt op een niet-ontvankelijkverklaring van het hoger beroep vanwege het ontbreken van grieven. Blijken er uiteindelijk geen grieven te zijn, dan kan het gebeuren dat de zaak voor niets inhoudelijk voorbereid is – doorgaans door drie raadsheren, maar ook door een griffier en de advocaat-generaal – met reservering van de nodige zittingstijd, zaalruimte enzovoort. Deze zittingscapaciteit kan ook worden gebruikt voor zaken die wel in aanmerking komen voor inhoudelijke behandeling. Het ministerie is daarom voornemens de regels voor het indienen van appelgrieven aan te scherpen,

29. Contourennota 2015, p. 115.
30. Contourennota 2015, p. 115-116.

in die zin dat één of meer grieven een aantal weken voorafgaand aan de terechtzitting moeten worden ingediend.[31]

Het ministerie wil anderzijds de mogelijkheid voor partijen behouden om de gronden voor beroep ter zitting mondeling aan te vullen. Ook moet de verdediging op tijd toegang hebben tot relevante stukken, zodat de verdediging praktisch in staat is binnen de daarvoor gestelde termijn één of meer schriftelijke grieven in te dienen. Voorts behoudt de appelrechter de bevoegdheid om ambtshalve in te grijpen indien in eerste aanleg beslissingen zijn genomen die hij niet voor zijn rekening kan nemen. Bepaalde kwesties moeten gerechtshoven verplicht ambtshalve toetsen, in het bijzonder wanneer ook door de Hoge Raad ambtshalve zou worden vernietigd, bijvoorbeeld omdat het strafbare feit is verjaard.[32]

Het voordeel van deze veranderingen – nog steeds volgens het ministerie – is dat niet-betwiste beslissingen niet onnodig worden overgedaan. Dit resulteert in een vermindering van doorlooptijden. Belangrijker is dat de tijd die door de uitbouw van voortbouwend appel vrijkomt, door de gerechtshoven gebruikt kan worden voor een grondiger behandeling van de kwesties die ertoe doen.[33]

Om deze voorstellen te beoordelen, is het nuttig onderscheid te maken tussen twee algemene manieren waarop een bezwaarvereiste in hoger beroep kan worden geïmplementeerd. In de eerste plaats kunnen bezwaren enkel dienen om de omvang van het beroep (nader) af te bakenen. Dit betekent dat de partij die het beroep instelt, kan beslissen welke aspecten van het bestreden vonnis in hoger beroep aan de orde komen, bijvoorbeeld enkel de oplegging van de straf en de strafmotivering. Zoals in paragraaf 2 duidelijk werd, geldt een dergelijk systeem bijvoorbeeld in België. Volgens het adagium *tantum devolutum quantum appellatum* mag een Belgische gerechtshof slechts kennis nemen van de strafzaak binnen de grenzen van hetgeen is voorgelegd door de partij die hoger beroep heeft ingesteld. Hetzelfde principe is tot op zekere hoogte in Frankrijk van toepassing, zij het niet in zaken betreffende zware strafbare feiten.

In België, meer in het bijzonder, is de appellant in gevallen waarin de rechtbank de verdachte heeft veroordeeld tot een gevangenisstraf van meer dan twee jaar zelfs verplicht om te kiezen tussen een beroep tegen de veroordeling, tegen de straf, of tegen beide. Deze opgedrongen keuze moet worden gemaakt bij het instellen van hoger beroep. Verkeerd begrip van deze regels resulteert in de niet-ontvankelijkheid van het beroep of in een – onbedoelde – beperking van de omvang van het beroep. Voorts zijn beperkingen van de omvang van het hoger beroep in beginsel

31. Contourennota 2015, p. 115-116.
32. Contourennota 2015, p. 115-116.
33. Contourennota 2015, p. 115-117.

bindend voor zowel de appellant als de appelrechter. Tijdens de terechtzitting kan de appellant de reikwijdte van zijn hoger beroep nog verder beperken, maar eerder gemaakte beperkingen kan hij niet ongedaan maken. Ook moet het gerechtshof zijn beoordeling in beginsel beperken tot de betwiste delen van het vonnis, behalve wellicht in zeldzame gevallen waarin nieuwe feiten naar voren komen of het gedrag van de verdachte überhaupt niet strafbaar is.[34] Hoewel in de praktijk in de meeste gevallen onbeperkt hoger beroep wordt ingesteld, zijn Belgische appelrechters tevreden met de hier besproken regels, omdat deze het mogelijk maken de reikwijdte van het beroep tijdens de terechtzitting ter discussie te stellen en af te bakenen.

Een ander voorbeeld komt uit Duitsland, waar het Wetboek van Strafvordering voorziet in twee verschillende soorten rechtsmiddelen tegen vonnissen uit eerste aanleg: hoger beroep wat betreft de feiten en het recht (*Berufung*) en een beroep enkel ter zake van rechtsvragen (*Revision*). De *Berufung* kan worden beperkt tot bepaalde klachten. Deze beperking kan in elk stadium van de appelprocedure worden gemaakt, maar na het begin van de terechtzitting kan dit alleen plaatsvinden met toestemming van de wederpartij.

Ook in Zwitserland begeeft een gerechtshof zich in beginsel enkel binnen de door de appellant afgebakende omvang van het hoger beroep. Zoals eerder uiteengezet moet het gerechtshof de bestreden beslissingen ambtshalve opnieuw zelf nemen en moet daarbij rekening worden gehouden met nieuw bewijsmateriaal en nieuwe verweren. Een gerechtshof kan echter ook niet-betwiste aspecten van het vonnis beoordelen als dit de verdachte tot voordeel strekt, om te voorkomen dat onwettige of oneerlijke beslissingen worden genomen. Niet-betwiste delen van het vonnis kunnen alleen worden gewijzigd als het duidelijk is dat de rechtbank een relatief ernstige fout heeft gemaakt die zich als het ware presenteert in het bestreden vonnis zelf.

De tweede manier waarop een bezwaarvereiste kan worden geïmplementeerd, houdt in dat de bezwaren niet alleen de omvang van het beroepschrift afbakenen, maar het gerechtshof voorts beperken (én inlichten) met betrekking tot de argumenten en gronden voor vernietiging van het vonnis uit eerste aanleg.

Zoals hierboven vermeld, voorziet het Duitse strafrecht in twee verschillende soorten rechtsmiddelen tegen gerechtelijke uitspraken. Het indienen van een succesvol *Revision*-appel wordt beschouwd als een ware kunst, omdat enkel zeer degelijk en specifiek gemotiveerde klachten in de praktijk succesvol kunnen zijn. Evenzo zijn gerechtshoven in België en Noorwegen in beginsel gebonden aan de gronden die

34. Onduidelijk is nog of de Belgische hoogste rechter deze clausules zal accepteren.

door de appellant zijn aangevoerd. Toch kunnen gerechtshoven in België zelf grieven van openbare orde opwerpen, bijvoorbeeld met betrekking tot verjaring van de strafvervolging of de strafbaarheid van het bewezenverklaarde. Gerechtshoven in Noorwegen kunnen zelfstandig bepalen of de strafwetgeving correct is toegepast, en voorts kan het vonnis worden vernietigd als wordt vermoed dat een vormverzuim de inhoud van het vonnis ten nadele van de verdachte heeft beïnvloed. Voorts kan zelfstandig de straftoemeting worden herzien indien dit in het voordeel van de veroordeelde is.

Samengevat zouden door de appellant ingediende bezwaren niet enkel kunnen dienen om het speelveld in hoger beroep af te bakenen, maar tevens om tot op zekere hoogte de spelregels te bepalen. Tijdens de workshop van de verschillende modaliteiten van een grievenverplichting werden ook verschillende voor- en nadelen hiervan besproken en geïdentificeerd.

Van de vele voordelen die het indienen van bezwaren met zich meebrengt – zie het begin van deze paragraaf – is alleen de tweede wijze van implementatie van het bezwaarvereiste in staat om deze voordelen allemaal te bereiken. Als partijen enkel de omvang van hun beroep mogen afbakenen, dient dit slechts de stroomlijningsfunctie van een bezwaarverplichting. Beperking van de omvang van het hoger beroep leidt namelijk op zichzelf niet tot meer diepgaande discussies tijdens de terechtzitting, tot betere doordenking van het instellen van hoger beroep en evenmin tot het uitfilteren van zwakke appellen. Alleen als, zoals in België, de appellant wordt gedwongen om te kiezen tussen een onbeperkt dan wel enigerlei beperkt hoger beroep, worden de reflectie- en filterfunctie enigszins gediend. Beperking van de omvang van hoger beroep stelt de appelrechter dus wel in staat om te besparen op blijkbaar ongewenste beoordeling in hoger beroep, maar stelt deze niet in staat om zijn herbeoordeling van betwiste kwesties te verdiepen.

De tweede manier om de bezwaarvereiste te implementeren, geeft aan appelrechters wel die mogelijkheid tot verdieping. Als appellanten verplicht zijn om hun hoger beroep te motiveren, als zij de feitelijke en/of juridische redenen moeten geven voor het instellen van hoger beroep en zij dit moeten doen voorafgaand aan de terechtzitting in hoger beroep – nadat zij zijn voorzien van een gemotiveerd vonnis – dan kan de bezwaarverplichting echt tot zijn recht komen. Dit tweede type implementatie heeft echter ook enkele belangrijke nadelen. Sommigen deelnemers aan de workshop meenden dat een dergelijke verplichting om gemotiveerde bezwaren in te dienen zou kunnen leiden op ongelijkheid tussen verdachten met en zonder juridische bijstand. Ook kan het in strijd zijn met het algemene belang als een gerechtshof zich uitsluitend richt op de bezwaren die door de partijen zijn ingediend in het geval die partijen een grote fout in het vonnis over het hoofd hebben gezien. Het buiten beschouwing laten van ernstige fouten zou bovendien

kunnen leiden tot een toenemend aantal beroepen in cassatie of klachten bij het EHRM.

Meer praktisch bezien kan de tweede wijze om het bezwaarvereiste te implementeren enkel effectief zijn indien op een of andere manier een precieze bepaling van de omvang en vooral de gronden van het beroep wordt gemaakt. Het is niet ondenkbaar dat dit leidt tot een gedetailleerde en soms tijdrovende discussie over de precieze inhoud van de grieven tijdens de terechtzitting in hoger beroep. Daarom is het enigszins ongerijmd dat in de Contourennota wordt voorgesteld niet zeer hoge eisen te stellen aan de bezwaren als zodanig. Het ministerie lijkt niet voornemens om de huidige regeling, waarin een simpel kruisje op het grievenformulier al een 'grief' is die tot een nieuwe beoordeling van de strafzaak kan leiden, wezenlijk aan te scherpen.[35] De vraag is echter of een dergelijke soepele manier van denken over bezwaren het voorgestelde uitgewerkte systeem van voortbouwend appel zou kunnen ondermijnen. Als de bezwaren pas op zitting goed uit de verf komen, hoe begrijpelijk ook, ondergraaft dit in elk geval de voorbereidings-, filter- en debatfuncties van een grievenstelsel.

Mocht het ministerie 'omgaan' en toch strengere eisen aan grieven willen stellen, dan zou tegelijkertijd kunnen worden overwogen om aan de appellant de mogelijkheid te bieden om daarbij gemaakte fouten te herstellen, vooral als hij geen juridische bijstand geniet. In Noorwegen is bijvoorbeeld onder meer vereist dat in de appelschriftuur wordt vermeld of hoger beroep op het gehele vonnis ziet of enkel op delen ervan, op straffe van vereenvoudigde verwerping van het beroep. Noorse gerechtshoven staan appellanten echter toe om onbedoelde fouten te herstellen. In dergelijke gevallen wordt aan de appellant een korte termijn gegund om zijn appelschriftuur te wijzigen of aan te vullen. Een vergelijkbare regeling geldt in Zwitserland, waar de appellant eveneens verplicht is om de omvang van het hoger beroep expliciet te maken. Vóór de appelzitting controleert de zittingsvoorzitter of uit de appelschriftuur blijkt dat het vonnis in zijn geheel of slechts gedeeltelijk wordt betwist. Als dat niet duidelijk is, zal de zittingsvoorzitter de appellant om verduidelijking van de schriftuur vragen, waarbij hij tevens een termijn vaststelt waarbinnen dit mogelijk is. Als de appellant niet binnen de gestelde termijn reageert, wordt aangenomen dat tegen het gehele vonnis in beroep wordt gekomen.

Met betrekking tot beide manieren om de grievenverplichting te implementeren, rijst ten slotte de vraag in hoeverre de beoordeling van het hoger beroep daadwerkelijk door de bezwaren wordt beperkt, dat wil zeggen in hoeverre het de rechter echt verboden is buiten de grieven om te oordelen. Opvallend is dat in veel landen de beperking van de omvang van het beroep en de gronden voor het appel tot op

35. Contourennota 2015, p. 121.

zekere hoogte door het gerechtshof kunnen worden genegeerd. De bevoegdheid om door partijen aangebrachte beperkingen terzijde te stellen heeft steeds de vorm van een vrije bevoegdheid, niet van een verplichting om dit onder bepaalde omstandigheden te doen. Het voornemen van het Nederlandse ministerie om gerechtshoven ambtshalve het oordeel van de rechtbank te laten toetsen op gronden die de Hoge Raad ambtshalve toetst, is gelet hierop wellicht te veel van het goede. Wat wel verschilt tussen de bijdragende landen, is de mate van precisie dan wel vaagheid waarmee de bevoegdheid tot ambtshalve toetsing in de wet is geformuleerd. De redenen voor dit verschil zijn tijdens de workshop niet aan bod gekomen.

Klachten bij het EHRM of het Comité voor de Rechten van de Mens over een bezwaarvereiste zullen niet snel slagen. Klachten over een gebrek aan ambtshalve toetsing zullen om te beginnen doorgaans afketsen op het ontvankelijkheidsvereiste dat nationale rechtsmiddelen moeten worden uitgeput. Bovendien omvat het mensenrecht op beroep niet de plicht dat appelrechters verder kijken dan de ingediende bezwaren. In de exemplarische zaak *Tomlin t. Jamaica* was de verdachte door de rechtbank nota bene ter dood veroordeeld en waren twee rechtsmiddelen onsuccesvol geweest. Bij het CRM beklaagt Tomlin zich erover dat hij de rechtsmiddelen niet daadwerkelijk heeft kunnen benutten omdat in hoger beroep geen getuigen waren gehoord en zijn advocaat geen grieven had aangevoerd. Het CRM was van mening dat

> 'these allegations do not in themselves support the contention that the author did not have a review of his sentence by a higher tribunal according to law. The right to have a conviction reviewed by a higher tribunal is not violated if counsel for an appellant chooses, in the exercise of his professional judgement, to concentrate on one arguable ground of appeal rather than advance several grounds.'[36]

Als dus een advocaat alleen bezwaren van juridische aard aanvoert, levert de afwezigheid van ambtshalve beoordeling buiten die bezwaren geen overtreding op van artikel 14, vijfde lid, IVBPR.[37] Beoordeling van hoger beroep uitsluitend op basis van bezwaren kan echter wel problematisch zijn wanneer het gaat om de schending van het IVBPR zelf. Het CRM benadrukte in twee gevallen dat 'the courts of every State party should ex officio test whether the lower court proceedings observed all the guarantees of a fair trial.'[38] Wat deze toets precies inhoudt, maakt het CRM niet duidelijk.

---

36. CRM 16 juli 1996, nr. 589/1994 (*Tomlin t. Jamaica*).
37. CRM 24 march 2004, nr. 920/2000 (*Lovell t. Australië*); zie ook CRM 6 november 2003, nr. 1096/2002 (*Kurbanova/Tajikistan*); CRM 1 april 2002, nr. 677/1996 (*Teesdale t. Trinidad & Tobago*).
38. CRM 1 november 1991, nr. 230/1987 (*Henry t. Jamaica*); CRM 1 november 1991, nr. 283/1988 (*Little t. Jamaica*).

Ook onder artikel 6 EVRM is het toegestaan om het indienen van bezwaren voorafgaand aan de behandeling van hoger beroep te eisen, op straffe van niet-ontvankelijkverklaring van het beroep. Over het algemeen accepteert het EHRM dat bezwaren binnen een bepaalde periode, op een bepaalde plaats, enzovoort worden ingediend.[39] Daarnaast mogen eisen worden gesteld aan de inhoud van bezwaren. Het is aanvaardbaar om te eisen dat de bezwaren voldoende nauwkeurig zijn, naar beweerdelijk geschonden regels verwijzen, een verklaring van de relevante feiten bevatten, of een verzoek om de gewenste uitkomst inhouden.[40] Het EHRM oordeelde echter dat het recht op een eerlijk proces was geschonden in gevallen waarin de appellant van het beroep niet in het bezit was van het bestreden vonnis om bezwaren adequaat te formuleren.[41] Ook mogen appelgerechten een bezwaarvereiste niet onnodig strikt toepassen.[42]

3.4 In hoeverre moeten partijen de mogelijkheid hebben om hun beroep in te trekken?

In het Nederlandse strafrecht is intrekking van een beroep mogelijk tot de behandeling ter zitting een aanvang heeft genomen door het uitroepen van de zaak door de bode. Na dit moment kan het beroep niet-ontvankelijk worden verklaard als geen bezwaren zijn ingediend of als de bezwaren worden teruggetrokken. Het terugtrekken van bezwaren moet worden onderscheiden van het intrekken van (een deel van) het beroep, omdat terugtrekking in feite afhankelijk is van toestemming van het gerechtshof. Het is immers toegelaten de zaak te behandelen ondanks de terugtrekking van de bezwaren (artikel 416 Sv).

In het kader van de modernisering van het Wetboek van Strafvordering is overwogen de regels voor intrekking te wijzigen. Volgens het ministerie moet de mogelijkheid om een beroep in te trekken gehandhaafd blijven, omdat rechtsmiddelen soms onder invloed van emoties worden ingesteld en het niet gewenst is het justitiele systeem te belasten met strafzaken waaraan – bij nader inzien – niemand behoefte heeft. Bovendien is niet altijd een uitgewerkte uitspraak beschikbaar binnen de termijn voor het indienen van een rechtsmiddel, zodat de appellant zijn

39. EHRM 8 januari 2008, applicatienr. 38082/04 (*Koch t. Duitsland*); EHRM 16 oktober 2008, applicatienr. 36970/06 (*Vamvakas t. Griekenland*); EHRM 13 november 2008, applicatienr. 6830/05 (*Pijevschi t. Portugal*); EHRM 17 september 2016, applicatienr. 37963/15 & 40208/15 (*Mintken & Aydin t. Duitsland*).
40. EHRM 1 februari 2007, applicatienr. 78041/01 (*Paljic t. Duitsland*); EHRM 15 januari 2009, applicatienr. 1234/05 (*Reklos & Davourlis t. Griekenland*); EHRM 27 juni 2017, applicatienr. 55291/15 (*Sturm t. Luxemburg*).
41. EHRM 16 maart 2010, applicatienr. 25083/05 (*Mamikonyan t. Armenië*); zie ook EHRM 16 december 1992, applicatienr. 12945/87 (*Hadjianastassiou t. Griekenland*); EHRM 17 december 1996, applicatienr. 201368/ 92 (*Vacher t. Frankrijk*).
42. EHRM 15 oktober 2009, applicatienr. 53361/07 (*Roumeliotis t. Griekenland*); EHRM 7 januari 2010, applicatienr. 34198/07 (*Dimopoulos t. Griekenland*).

beroep mogelijk wil intrekken nadat hij van de inhoud van het vonnis kennis heeft genomen.[43] Daar staat tegenover dat intrekkingen met enige regelmaat voorkomen in het Nederlandse hoger beroep. Van de ongeveer 20 procent appellen die worden ingetrokken, vindt circa 50 procent van de intrekkingen plaats binnen veertien dagen voorafgaand aan de eerste appelzitting, waaronder in sommige gevallen op de dag voor of zelfs de dag van de zitting.[44] Dergelijke (late) intrekkingen zijn problematisch. Ten eerste leiden late intrekkingen ertoe dat de betrokkenen, inclusief de rechters, de zaak nodeloos hebben voorbereid. Voorts is het niet altijd mogelijk om een vervangende zaak in te plannen in het tijdvak waarin de introkken zaak op zitting stond gepland, waardoor zittingscapaciteit verloren gaat. Voor het slachtoffer is een late intrekking bezwaarlijk onder meer in verband met de voorbereidingen die hij kan hebben getroffen in verband met de uitoefening van het spreekrecht, aldus het ministerie.[45]

Gelet op deze bezwaren wordt in de Contourennota voorgesteld om de termijn waarbinnen het hoger beroep kan worden ingetrokken te verkorten, waardoor het onmogelijk wordt om onmiddellijk voor de appelzitting alsnog in te trekken. Een termijn van ongeveer twee weken werd concreet overwogen. Als het beroep wordt ingetrokken na het verstrijken van deze termijn, moet het gerechtshof het hoger beroep alsnog kunnen behandelen, zij het dat ook de mogelijkheid moet blijven bestaan het beroep niet-ontvankelijk te verklaren op de grond dat er geen bezwaren zijn ingediend of deze zijn ingetrokken.[46]

Als het ministerie over de grens kijkt om steun te vinden voor deze plannen, zal het teleurgesteld worden. Bezien vanuit het perspectief van het ideaaltype beroep door middel van (marginale) beoordeling, lijkt het namelijk vreemd dat een tijdslimiet wordt gesteld aan het intrekken van hoger beroep. Als de beslissing om beroep in te stellen bij de partijen ligt en als de partijen hun beroep tot bepaalde beslissingen en gronden kunnen beperken, als dus kort gezegd de autonomie van de partijen de appelprocedure opstart en vormgeeft, waarom kunnen de partijen dan niet besluiten hun hoger beroep nog in te trekken totdat het gerechtshof over het beroep heeft beslist? Dit lijkt in elk geval de lijn van denken in Duitsland te zijn, waar (gedeeltelijke) intrekking van een beroep mogelijk is totdat het gerechtshof over de zaak heeft beslist, zij het dat wanneer zowel de verdachte als het openbaar ministerie beroep heeft ingesteld, de zaak alleen van de rol wordt geschrapt als beide appellanten hun beroep intrekken.

43. Contourennota 2015, p. 113.
44. Een korte samenvatting van M.T. Croes, *Strafvordering bevorderd. Memorandum modernisering Wetboek van Strafvordering* (Memorandum 2016-2), WODC 2016, p. 14 en 28-30.
45. Contourennota 2015, p. 113.
46. Contourennota 2015, p. 117.

De eerste reden om de intrekking van beroep ten opzichte van dit ideaaltype nader te reguleren, vloeit voort uit het respecteren van redelijke verwachtingen van de wederpartij. Stel dat zowel de verdachte als de officier van justitie bezwaren koestert tegen de in eerste aanleg opgelegde straf, dan zal de verdachte onmiddellijk beroep kunnen instellen, maar zal de officier van justitie in de praktijk wellicht eerst een collega of meerdere raadplegen. Stel nu dat na kennisgeving van het beroep van de verdachte, de officier van justitie zelf besluit om niet hoger beroep in te stellen. Als in die situatie de verdachte gedurende de appelzitting alsnog besluit het beroep in te trekken, blijft de officier van justitie met lege handen staan, aangezien de termijn om hoger beroep in te stellen inmiddels is verlopen. Om in dit soort gevallen de verwachtingen van de wederpartij te beschermen, kan late intrekking worden verbonden aan de eis van toestemming door de wederpartij. Behalve in Duitsland is dit ook het geval in Noorwegen. In Noorwegen noch Duitsland heeft overigens het slachtoffer een stem in de intrekking van het hoger beroep.

Ten tweede spelen financiële overwegingen een rol. Nederlandse appelgerechten worden primair gefinancierd op basis van output, met bepaalde compensatie afhankelijk van het soort arrest (enkelvoudig, meervoudig, megazaak). Als een hoger beroep echter wordt ingetrokken, volgt er in beginsel geen einduitspraak en wordt in het geheel geen vergoeding toegekend. Dit geldt zelfs als een beroep wordt ingetrokken op de dag vóór de eerste appelzitting, dat wil zeggen tegen de tijd dat de terechtzitting in hoger beroep is gepland, de zaak is voorbereid door administratieve en juridisch medewerkers en het dossier door drie raadsheren is bestudeerd. Deze activiteiten worden ondergewaardeerd als in het geheel geen vergoeding wordt toegekend. Ook werkt een gebrek aan financiering in de hand dat zaken soms eerst vlak voor de zitting worden voorbereid, wat de kwaliteit van de behandeling niet altijd ten goede komt – bijvoorbeeld omdat een ontbrekend stuk niet tijdig kan worden opgespoord.

Natuurlijk kan de oplossing voor dit probleem worden gezocht in het stellen van een termijn aan de intrekking van hoger beroep, maar dit is tegelijkertijd nogal rigoureus. Ook is de vraag hoe effectief deze oplossing is, aangezien na ommekomst van de intrekkingstermijn alsnog de plicht bezwaren in te dienen kan worden genegeerd, op grond waarvan het beroep alsnog niet-ontvankelijk kan en doorgaans zal worden verklaard. Een andere oplossing is om een zekere vergoeding toe te kennen aan gerechtshoven als een beroep wordt ingetrokken binnen bijvoorbeeld twee weken voor de eerste terechtzitting in hoger beroep, en wanneer de raadsheer-commissaris reeds getuigen of deskundigen heeft gehoord. Hoewel deze financiële maatregel geen oplossing biedt voor zover een late intrekkingen de

positie van de wederpartij en het slachtoffer negatief beïnvloedt,[47] lijkt het alvast een stap in de goede richting. In verband hiermee kan worden gekeken naar Frankrijk, waar een rechter de intrekking van hoger beroep moet accorderen, kennelijk met het oog op de geldigheid ervan. Deze rechterlijke beslissing om een intrekking goed te keuren, biedt een duidelijk vertrekpunt voor financiële compensatie.

Ten slotte is het vanuit het perspectief van het ideaaltype van hoger beroep door middel van een volledig nieuw proces verre van vanzelfsprekend dat een beroep kan worden ingetrokken. Zodra het nieuwe proces is gestart of zelfs nadat voorbereidingen voor het nieuwe proces zijn gestart, geldt de zaak immers als volledig overgedragen aan de regie en beslissing van het gerechtshof. Niet zozeer de autonomie van de partijen rechtvaardigt in deze benadering de doorgang van de beroepsprocedure, als wel de verantwoordelijkheid van het gerechtshof zelf – zodra een partij in beroep is gegaan. Vanuit dit oogpunt moet intrekking juist strikt worden gereguleerd.

3.5 *Zou schriftelijke procedure in hoger beroep aanvaardbaar zijn en, zo ja, onder welke voorwaarden?*

Mijn persoonlijke schatting is dat in ongeveer de helft van de strafzaken in hoger beroep in Nederland de verdachte niet persoonlijk ter terechtzitting verschijnt. In veel van deze gevallen wordt hij/zij vertegenwoordigd door een advocaat. De afwezigheid van de verdachte kan met allerlei redenen worden verklaard, maar roept wel de vraag op waarom (meestal) drie professionele rechters, de advocaat-generaal en een professionele advocaat daadwerkelijk in een rechtszaal bijeen moeten komen. Een openbare terechtzitting kan als overbodig worden beschouwd wanneer de verdachte zelf niet aanwezig is, en getuigen of slachtoffers evenmin. Dit roept de vraag op onder welke omstandigheden een schriftelijke beroepsprocedure aanvaardbaar is.

Deze vraag wordt indringender wanneer men zich realiseert dat het in het Nederlandse strafrecht uitzonderlijk is dat getuigen of deskundigen in hoger beroep ter terechtzitting worden gehoord. Om preciezer te zijn, als getuigen of deskundigen in hoger beroep worden gehoord, en dat is zeker niet in alle gevallen, dan wordt dit vaker gedaan door de raadsheer-commissaris dan door de zittingscombinatie. Deze praktijk van 'vooronderzoek in hoger beroep' wordt toegejuicht door het ministerie, die deze praktijk wil omzetten in wetgeving.[48] Om te bevorderen dat zo snel mogelijk een beslissing op onderzoeksverzoeken wordt genomen en zo ade-

47. Aldus ook Contourennota 2015, p. 113-114.
48. Contourennota 2015, p. 116-117.

quaat mogelijk wordt ingespeeld op toe te wijzen verzoeken, zal worden bevorderd dat verzoeken geruime tijd vóór aanvang van de zitting bij de raadsheer-commissaris of bij de (beoogd) zittingsvoorzitter worden ingediend. De raadsheer-commissaris die het verzoek beoordeelt, kan beslissen dat de getuige ter terechtzitting dient te worden gehoord, bijvoorbeeld omdat het een cruciale getuige betreft. Als het verzoek wordt afgewezen, mag de verzoeker dat natuurlijk tijdens de terechtzitting herhalen. Een vroeg ingediend (en later herhaald) verzoek zal in het algemeen gemakkelijker worden ingewilligd dan een verzoek dat kort vóór of tijdens de terechtzitting wordt ingediend, aldus de Contourennota. De keerzijde van de medaille is dat verzoeken die pas ter terechtzitting worden ingediend, minder gemakkelijk zijn toegestaan. Door deze wetswijziging kan het belang van een 'vooronderzoek in hoger beroep' nog groter worden, waardoor de behoefte aan een openbare terechtzitting kleiner wordt.

Gelet op ervaringen in het buitenland moeten enkele factoren in gedachten worden gehouden bij het denken over schriftelijke beroepsprocedures. Ten eerste is zowel in Noorwegen als in Zwitserland toestemming van de partijen vereist om een rechtsmiddel schriftelijk te behandelen. Voor de verdachte kan het recht op een openbare behandeling immers zwaarder wegen dan de voordelen van een schriftelijke procedure. En voor de officier van justitie kan een openbare hoorzitting een gelegenheid zijn om de verdachte grondig te ondervragen.

Een tweede factor waarmee rekening moet worden gehouden, is het karakter van de beoordeling in hoger beroep. In Zwitserland is een schriftelijke procedure weliswaar mogelijk – met instemming van de partijen – maar alleen indien enkel rechtsvragen zijn opgeworpen of in minder belangrijke gevallen met betrekking tot boetes. In laatstgenoemde gevallen is schriftelijke behandeling van een zaak in Zwitserland echter controversieel indien ook feitelijke kwesties schriftelijk worden afgedaan. Dit is met name het geval wanneer in een schriftelijke procedure een vrijspraak wordt teruggedraaid. In Zwitserland wordt voorts getwijfeld of in dergelijke gevallen de doelstellingen van het strafrecht in het algemeen – vergelding, preventie, genoegdoening – niet te zeer lijden onder schriftelijke behandeling van een zaak. Dit is vooral zo wanneer slachtoffers betrokken zijn.

Dit nadeel van schriftelijke procedures in hoger beroep wordt weerspiegeld in het verdragsrecht. Volgens het oordeel van de Grote Kamer van het EHRM in de zaak *Hermi/Italië* geldt het volgende:

> 'The personal attendance of the defendant does not take on the same crucial significance for an appeal hearing as it does for the trial hearing. The manner of application of Article 6 to proceedings before courts of appeal depends on the special features of the proceedings involved. Leave-to-appeal proceedings and proceedings involving only questions of law, as opposed to

> questions of fact, may comply with the requirements of Article 6, although the appellant was not given an opportunity of being heard in person by the appeal or cassation court, provided that a public hearing was held at first instance. [E]ven where the court of appeal has jurisdiction to review the case both as to facts and as to law, Article 6 does not always require a right to a public hearing, still less a right to appear in person. […] However, where an appellate court has to examine a case as to the facts and the law and make a full assessment of the issue of guilt or innocence, it cannot determine the issue without a direct assessment of the evidence given in person by the accused for the purpose of proving that he did not commit the act allegedly constituting a criminal offence.'[49]

Gelet op deze overweging is een schriftelijke procedure in hoger beroep beter verenigbaar met hoger beroep door middel van een (marginale) beoordeling in vergelijking met hoger beroep door middel van een volledig nieuw proces. Volgens het EHRM moet in de praktijk onder meer rekening worden gehouden met de specifieke kenmerken van de procedure in kwestie en met de wijze waarop de belangen van de verzoeker feitelijk zijn gepresenteerd en beschermd voor en door het gerechtshof, met name in het licht van de aard van de kwesties waarover het hof moet beslissen en het belang ervan voor de verdachte.[50]

De wenselijkheid van een openbaar proces is ten slotte niet alleen gelegen in mensenrechtenoverwegingen, maar ook in het belang van het publiek om gerechtelijke procedures te kunnen volgen. De aanvaardbaarheid van een schriftelijke procedure hangt dus ook af van overwegingen van algemeen belang. Bijvoorbeeld in Noorwegen kunnen zaken die betrekking hebben op strafbare feiten die strafbaar zijn met meer dan zes jaar gevangenisstraf niet worden behandeld in een schriftelijke procedure. Dit is ook het geval in Frankrijk, waar schriftelijke procedures zijn beperkt tot minder zware gevallen. Ook in de rechtspraak van het EHRM speelt deze factor een rol.[51]

3.6 Zou behandeling en beoordeling van het hoger beroep door één rechter acceptabel zijn en, zo ja, onder welke voorwaarden?

In het Nederlandse strafproces wordt het hoger beroep doorgaans behandeld door een meervoudige kamer van drie raadsheren. Een zaak kan door één raadsheer worden behandeld, indien kort gezegd (a) volgens het aanvankelijk oordeel van het openbaar ministerie de zaak eenvoudig van aard is, (b) de zaak werd berecht door de kanton- of politierechter en (c) een straf of maatregel is opgelegd, doch niet

49. EHRM 18 oktober 2006, applicatienr. 18114/02 (*Hermi t. Italië*), i.h.b. par. 58-67.
50. EHRM 18 oktober 2006, applicatienr. 18114/02 (*Hermi t. Italië*), i.h.b. par. 62.
51. EHRM 17 mei 2016, applicatienr. 21496/10 (*Van Velzen t. Nederland*); zie in het algemeen EHRM 23 november 2006, applicatienr. 73053/01 (*Jussila t. Finland*); EHRM 17 mei 2011, applicatienr. 57655/08 (*Suhadolc t. Slovenië*).

meer dan een gevangenisstraf van meer dan zes maanden (artikel 411 Sv). Indien, naar de mening van de *unus* in hoger beroep, de zaak niet geschikt is om door hem te worden behandeld, kan hij de zaak verwijzen naar de meervoudige kamer.

In de praktijk hangt de toewijzing van zaken aan de enkelvoudige kamer evenzeer af van de beoordeling van het gerechtshof zelf als van de beoordeling van het (aanvankelijk) oordeel van het openbaar ministerie. In 2009 hebben de toenmalige vijf gerechtshoven eigen criteria ontwikkeld.[52] Interessant is dat een van de criteria voor de behandeling door een enkelvoudige kamer inhoudt dat deze *unus* geen zaken behandelt waarin meer dan tien dagen gevangenisstraf of 30 uur werkstraf is opgelegd – in vergelijking met het wettelijke criterium van zes maanden gevangenisstraf. Het komt er mede daardoor op neer dat in de praktijk ongeveer 10-20% van de appellen wordt berecht door een enkelvoudige kamer, hoewel dit percentage (veel) hoger zou kunnen zijn.[53] Dit kan worden verklaard door een aantal praktische en fundamentele redenen, zoals het robuustere besluitvormingsproces dat wordt toegeschreven aan gezamenlijke besluitvorming en de hogere mate van aanvaarding van beslissingen door de partijen.[54]

In vergelijking met de aan het congres deelnemende landen is Nederland al tamelijk liberaal in het laten nemen van beslissingen in hoger beroep door een enkelvoudige kamer. In Duitsland, België en Noorwegen is de besluitvorming in hoger beroep strikt meervoudig – in Noorwegen zelfs met vier lekenrechters en drie professionele rechters. In Frankrijk worden zaken die in eerste instantie zijn behandeld door een *unus* van het *tribunal de police* ook in hoger beroep behandeld door een alleensprekende rechter. Deze zaken betreffen de zogenoemde *contraventions the cinquième class*, dat wil zeggen lichte overtredingen, waarvoor boetes van maximaal € 1.500 kunnen worden opgelegd, plus aanvullende sancties zoals de intrekking van een rijbewijs. Als Nederland iets kan leren van de praktijken in deze landen, dan is het zeer terughoudend te zijn met het laten nemen van beslissingen door alleensprekende rechters in hoger beroep.

4 Conclusies en vergelijkende notities

Dit verslag ving aan met een algemene beschrijving van twee verschillende ideaaltypen van hoger beroep. Hoger beroep door middel van een volledig nieuw proces is een rechtsmiddeltype waarin het onderzoek van het beroep volledig vergelijkbaar is met het onderzoek van een zaak in eerste aanleg. Dat wil zeggen dat de gehele strafzaak opnieuw wordt onderzocht op basis van de tenlastelegging, resul-

52. M.T. Croes 2016, p. 11-12.
53. Korte samenvatting van R. Baas, L. de Groot-van Leeuwen & M. Laemers, *Rechtspreken: samen of alleen?*, Raad voor de rechtspraak, Research Memoranda nr. 2010/5, p. 96-107.
54. Zie in het algemeen hierover Baas, De Groot-van Leeuwen & Laemers 2010.

terend in een veroordeling en strafoplegging, een vrijspraak of een ander oordeel, waarbij het gerechtshof het vonnis noodzakelijkerwijs ook vernietigt. Hoger beroep door middel van (marginale) toetsing is een rechtsmiddeltype waarin de appelrechter de feitelijke en juridische juistheid van het vonnis uit eerste aanleg als zodanig beoordeelt. Deze beoordeling is *ex tunc* en beperkt tot de betwiste aspecten van het oordeel of de procedure van het gerechtshof. Wanneer het gerechtshof van oordeel is dat (delen van) het vonnis uit eerste aanleg moeten worden vernietigd, zal het de zaak voor nieuwe beoordeling terugzenden naar de rechtbank.

Een algemene conclusie is dat geen van deze ideaaltypen volledig of zuiver is geïmplementeerd in de strafrechtspleging van de deelnemende landen. Het rechtsmiddel van hoger beroep in al deze landen combineert elementen uit beide ideaaltypen. Deze algemene conclusie is op zichzelf al interessant voor de Nederlandse situatie, omdat het Nederlandse strafrechtelijke beroep van oudsher sterk gelijkt op het ideaaltype van hoger beroep door middel van een volledig nieuw proces. Het voorstel van het ministerie om het strafrechtelijke hoger beroep te 'moderniseren' in de richting van hoger beroep door middel van (marginale) toetsing, zal het Nederlandse strafrechtelijk beroep meer in overeenstemming brengen met zijn tegenhangers in Duitsland, België, Frankrijk, Zwitserland en Noorwegen.

Meer in het bijzonder beperken in alle deelnemende landen de door de appellant ingediende bezwaren, de appelrechter op de een of andere wijze, althans in beginsel. Ik breng in herinnering dat in het huidige Nederlandse strafrechtelijk beroep de bezwaren uitsluitend richting geven aan de onderwerpen die tijdens de terechtzitting in hoger beroep worden besproken. Verdere implicaties hebben zij niet. In de deelnemende landen kunnen de bezwaren echter de reikwijdte van het beroep of zelfs de gronden voor vernietiging van het bestreden vonnis beperken en bepalen, hoewel de rechter in beroep in elk land tot op zekere hoogte deze beperkingen terzijde kan stellen en het bestreden vonnis ambtshalve kan toetsen. Dit punt kan meer algemeen worden gemaakt. Meer nog dan in Nederland, wordt het strafrechtelijk beroep in de deelnemende landen bepaald door autonome beslissingen van de appellant. Niet alleen door de invloed van bezwaren, maar ook met betrekking tot de vrijheid om het beroep in te trekken en de mogelijkheid van een schriftelijke procedure.

Van belang is verder dat beide ideaaltypen van hoger beroep grotendeels aanvaardbaar zijn onder mensenrechtenverdragen.[55] Het recht op *review* van een veroordeling, vervat in artikel 2 van het Zevende Protocol bij het EVRM, laat de modaliteiten voor de uitoefening van dat recht en de gronden waarop het kan worden uitgeoefend over aan nationaal recht, aldus het *Explanatory Report* bij het

55. Zie over het navolgende uitgebreider hierover G. Pesselse 2018, hoofdstuk 3 en 4.

Zevende Protocol.[56] Sinds de uitspraak in de zaak *Krombach t. Frankrijk* is het EHRM in lijn hiermee van oordeel dat:

> 'The Contracting Status dispose in principle of a wide margin of appreciation to determine how the right secured by Article 2 of Protocol No. 7 is to be exercised. Thus, the review by a higher court of a conviction or sentence may concern both points of fact and points of law or be confined solely to points of law. Furthermore, in certain countries, a defendant wishing to appeal may sometimes be required to seek permission to do so. However, any restrictions contained in domestic legislation on the right to a review mentioned in that provision must, by analogy with the right of access to a court embodied in Article 6 § 1 of the Convention, pursue a legitimate aim and not infringe the very essence of that right.'[57]

Bij mijn weten voldoen vrijwel alle rechtsmiddelsoorten aan deze eisen, namelijk: cassatietoetsing (*appeal on points of law*);[58] beperkte procedurele toetsing van een juryvonnis;[59] de beperking tot een keuze tussen enerzijds een strafmaatberoep of anderzijds indiening van een juridisch beroep op specifiek afgebakende procedurele gronden (*plea of nullity*; *Nichtigkeitsbeschwerde*);[60] beperking van de toelaatbaarheid van nieuw bewijs in beroep.[61] Dit ondersteunt de conclusie van Trechsel dat het EHRM een 'rather restrictive interpretation' hanteert van het mensenrecht op controle van een strafrechtelijke veroordeling.[62]

Artikel 2 Zevende Protocol EVRM garandeert niet het recht op beoordeling door een derde instantie.[63] In het geval van beroep door middel van een volledig nieuw proces vereist het EHRM bovendien niet dat de zaak wordt teruggezonden naar de rechtbank in het geval dat hoger beroep slaagt. Volgens artikel 2, tweede lid, Zevende Protocol EVRM kunnen op het recht op controle van een strafrechtelijke veroordeling bovendien uitzonderingen worden gemaakt met betrekking tot *offen-*

---

56. Raad van Europa, *Explanatory Report to the Protocol No. 7 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms*, 1984/117, par. 18.
57. EHRM 13 februari 2001, applicatienr. 29731/96 (*Krombach t. Frankrijk*).
58. Zie bijvoorbeeld ECmHR 8 december 1992, nr. 19715/92 (*N.W. t. Luxemburg*); EHRM 31 augustus 1999, applicatienr. 35791/97 (*Emmanuello t. Italië*); EHRM 30 mei 2000, applicatienr. 53183/99, (*Loewenguth t. Frankrijk*).
59. ECmHR 9 september 1992 (dec.), nr. 19028/91 (*Nielsen t. Denemarken*), ECmHR 15 mie 1996 (dec.), nr. 25852/94 (*Planka t. Oostenrijk*).
60. Zie bijvoorbeeld ECmHR 18 oktober 1995 (dec.), nr. 24208/94 (*Demel t. Oostenrijk*).
61. ECmHR 16 januari 1996 (dec.), nr. 22432/93 (*Dür t. Oostenrijk*).
62. S. Trechsel, *Human Rights in Criminal Proceedings*, Oxford: Oxford University Press 2005, p. 366; opmerking verdient dat het EHRM kritisch staat tegenover het zogenoemde *supervisory review* in landen als Armenië, Oekraïne en Georgië, zie bijv. EHRM 15 november 2007, applicatienr. 26986/03 (*Galstyan t. Armenië*); EHRM 8 april 2010, applicatienr. 38789/04 (*Gurepka t. Oekraïne II*).
63. Zie ook EHRM 18 september 2001, applicatienr. 47095/99 (*Kalashnikov t. Rusland*), waarin het Hof overweegt: 'The applicant's complaint relates to the examination of an extraordinary appeal against a judgment which had become final and res judicata. It finds that the right to have criminal proceedings re-opened is not guaranteed by the Convention.'

ces of a minor character, of in gevallen waarin de betrokkene in eerste instantie werd berecht door het hoogste tribunaal of werd veroordeeld na beroep tegen een vrijspraak. Als dus het openbaar ministerie hoger beroep kan instellen tegen een vrijspraak of anderszins, dan mag een gerechtshof een volledig nieuwe berechting uitvoeren en zelf beslissen op de verwijten.

Volgens het Comité voor de Rechten van de Mens, dat niet-bindende opvattingen geeft over het IVBPR, is artikel 14, vijfde lid, van dat verdrag iets strenger dan zijn Europese evenknie. General Comment 2007/32 beschrijft het zo:

> 'The right to have one's conviction and sentence reviewed by a higher tribunal established under article 14, paragraph 5, imposes on the State party a duty to review substantively, both on the basis of sufficiency of the evidence and of the law, the conviction and sentence, such that the procedure allows for due consideration of the nature of the case. A review that is limited to the formal or legal aspects of the conviction without any consideration whatsoever of the facts is not sufficient under the Covenant. However, article 14, paragraph 5 does not require a full retrial or a "hearing", as long as the tribunal carrying out the review can look at the factual dimensions of the case. Thus, for instance, where a higher instance court looks at the allegations against a convicted person in great detail, considers the evidence submitted at the trial and referred to in the appeal, and finds that there was sufficient incriminating evidence to justify a finding of guilt in the specific case, the Covenant is not violated.'[64]

Dit betekent dat enkele toetsing van juridische kwesties op zich niet voldoet aan de vereisten van artikel 14, vijfde lid, IVBPR.[65] Ook is de mogelijkheid om een hoger beroep in te stellen louter op basis van nieuw bewijsmaterieel ontoereikend als *review* in de zin van dit artikel.[66] Nieuw bewijs dat na de berechting in hoger beroep is opgedoken, mag anderzijds in hoger beroep buiten beschouwing worden gelaten, wat betekent dat *ex tunc*-beoordeling van een veroordeling in hoger beroep acceptabel is.[67] Voor nieuwe verweren in hoger beroep geldt hetzelfde.[68]

Met betrekking tot hoger beroep door middel van een volledig nieuw proces deelt het CRM de opvattingen van het EHRM dat het mensenrecht op *review* niet meer-

64. General Comment No. 32, Article 14: Right to equality before courts and tribunals and to a fair trial, CCPR/C/GC/32, 23 augustus 2007, par. 48; zie toepassing in CRM 17 maart 2003, nr. 836/1999 (*Gelazouskas t. Litouwen*); CRM 21 juli 2005, nr. 975/2001 (*Ratiani t. Georgië*); CRM 28 maart 2006, nr. 1156/2003 (*Pérez Escolar t. Spanje*); CRM 30 oktober 2008, nr. 1489/2006 (*Rodríguez Rodrígue t. Spanje*).
65. CRM 6 april 1998, nr. 623-627/1995 (*Domukovsky t. Georgië*).
66. CRM 21 juli 2005, nr. 975/2001 (*Ratiani t. Georgië*).
67. CRM 1 november 2013, nr. 1856/2008 (*Sevostyanov t. Rusland*).
68. CRM 7 april 1994, nr. 330/1988 (*Berry t. Jamaica*).

dere instanties van beroep garandeert.[69] Het CRM is echter ook van opvatting dat artikel 14, vijfde 5, IVBPR niet alleen wordt geschonden als tegen de beslissing van de rechtbank in eerste aanleg geen hoger beroep mogelijk is, maar ook als door een gerecht in hoger beroep of een gerecht van laatste aanleg een eerder verkregen vrijspraak wordt omgezet in een veroordeling.[70] Als dus het openbaar ministerie hoger beroep kan instellen tegen een vrijspraak of anderszins, en het gerechtshof deze vrijspraak verandert in een veroordeling, moet een nadere mogelijkheid voor beroep bestaan. Dit vereiste zou zelfs van toepassing kunnen zijn als een gerechtshof de straf aanzienlijk verhoogt of de bewezenverklaring of kwalificatie van het strafbare feit significant wijzigt.[71]

Zoals de discussie tijdens de workshop duidelijk maakte, proberen alle samenwerkende landen verschillende en in feite tegenstrijdige waarden en belangen met elkaar in evenwicht te brengen door elementen van beide ideaaltypen van hoger beroep met elkaar te combineren. Beroep door (marginale) beoordeling zal *ceterus paribus* waarschijnlijk minder tijd in beslag nemen en zal overheidsmiddelen minder zwaar belasten. Het geeft voorts uitdrukking aan een zeker respect voor de rechtbanken en eerbiedigt de autonomie van de partijen. Anderzijds levert beroep door middel van een volledig nieuw proces waarschijnlijk meer grondige arresten op en beschermt het mogelijk verdachten beter, althans verdachten zullen minder afhankelijk zijn van hun advocaat.

Ondanks deze verschillen dienen beide ideaaltypen van hoger beroep dezelfde doelen, namelijk foutcorrectie en ontwikkeling en verduidelijking van het recht. Ten eerste betekent dit dat hoger beroep beschermt tegen willekeur, de mogelijkheid biedt om duidelijke fouten uit eerste aanleg door de rechter te laten corrigeren en gelegenheid geeft voor een afwijkende afweging van belangen. Ook biedt het de partijen de mogelijkheid hun standpunten te verfijnen of te verbeteren. Ten tweede bieden de uitspraken van gerechtshoven de basis voor richtinggevende uitspraken van de Hoge Raad en dragen ze aldus bij aan de ontwikkeling en verduidelijking van het recht. Omdat het karakter van toetsing in allerlaatste instantie meestal beperkt is, zijn gerechtshoven in hoger beroep bovendien vaak in feite de hoogste rechterlijke instantie over bepaalde kwesties zoals bewijs en strafmaat. De consensus tussen de deelnemers aan de workshop was dat het eerste doel van rechtsmiddelen, foutcorrectie en herstel, in hoger beroep het belangrijkste is.

---

69. CRM 1 november 1991, nr. 230/1987 (*Henry t. Jamaica*); CRM 19 oktober 1993, 352/1989 (*Douglas, Gentles & Kerr t. Jamaica*); CRM 25 juli 2005, nr. 1089/2002 (*Rouse t. Filipijnen*); General Comment No. 32, Article 14: Right to equality before courts and tribunals and to a fair trial, CCPR/C/GC/32, 23 augustus 2007, par. 45.
70. General Comment No. 32, Article 14: Right to equality before courts and tribunals and to a fair trial, CCPR/C/GC/32, 23 augustus 2007, par. 47.
71. CRM 28 maart 2006, nr. 1156/2003 (*Pérez Escolar t. Spain*); CRM 24 juli 2006, nr. 1421/2005 (*Larrañaga t. Filipijnen*); CRM 31 oktober 2006, nr. 1325/2004 (*Conde Conde t. Spain*).

De positie van het slachtoffer in het strafproces

Mr. A.J.J.G. Schijns

1 Inleiding

In de afgelopen jaren is de aandacht voor de positie van het slachtoffer in het strafproces toegenomen. Het slachtoffer heeft sinds 2011 een eigen titel in het Wetboek van Strafvordering, en daarmee een eigen positie in het strafproces.[1] Ook andere regelgeving en beleid met betrekking tot de positie van slachtoffers zijn in betrekkelijk korte tijd binnen het strafrecht geïntroduceerd.[2] Ook in andere Europese landen is de aandacht voor het slachtoffer in het strafproces toegenomen. Dat heeft onder meer te maken met de Europese richtlijn tot vaststelling van minimumnormen voor de rechten, de ondersteuning en de bescherming van slachtoffers van strafbare feiten, die in de regelgeving van de Europese landen diende te worden geïmplementeerd (hierna ook: de Richtlijn).[3] In Nederland is dat gebeurd op 1 april 2017.[4] De Richtlijn staat niet op zichzelf, maar past in de tendens van de afgelopen decennia waarin in toenemende mate het belang is onderkend van de bescherming van de rechten van het slachtoffer onder internationaal recht. Daaronder is begrepen het belang van internationale standaarden die het recht van slachtoffers onderkennen om op een adequate manier te kunnen deelnemen aan het strafproces. Te denken valt aan de United Nations Declaration of Basic Principles of Justice for Victims of Crime and Abuse of Power (1985) en de Council of Europe Recommendation on the Position of the Victim in the Framework of Criminal Law and Procedure (1985). Op Europees niveau zijn deze protocollen verder uitgewerkt en toegespitst in het kaderbesluit inzake de status van het slachtoffer in de straf-

1. Boek, Titel IIIa Sv. Sinds de zogenoemde Wet Terwee (*Stb.* 1993, 29) bestond al wel de mogelijkheid voor het slachtoffer om zich als benadeelde partij in het strafproces te voegen met het oog op schadevergoeding (artikelen 51a e.v. Sv).
2. Zie voor een historisch overzicht van de ontwikkeling van slachtofferrechten in het strafproces: S. van der Aa & M.S. Groenhuijsen, 'Slachtofferrechten in het strafproces: drie stapjes naar voren en een stapje terug?', *AA* 2012/9, p. 603-611.
3. Richtlijn 2012/29/EU van het Europees parlement en de Raad van 25 oktober 2012 tot vaststelling van de 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).
4. Wet van 8 maart 2017, *Stb.* 2017, 90.

procedure (2001),[5] dat in het bijzonder gaat over respect voor de veiligheid, waardigheid, privé- en familieleven van slachtoffers, en de erkenning van de negatieve effecten van misdrijven op slachtoffers.

De bedoelingen van de Europese regelgever blijken uit de uitvoerige toelichting op de Richtlijn in de Preambule, en uit het bijbehorende Guidance Document.[6] Het Guidance Document maakt duidelijk dat de lidstaten moeten onderkennen dat het slachtoffer een belangrijke rol ('key role') heeft in het strafproces:

> 'Member States should ensure that the national criminal justice system recognises the victim as an individual with individual needs, with a key role in the criminal proceedings (…).'[7]

De minimumnormen in de Richtlijn beogen te waarborgen dat het slachtoffer die 'key role' daadwerkelijk adequaat kan uitoefenen.

Vóór de implementatie van de Richtlijn in 2017 beschikten de slachtoffers al over een substantieel aantal rechten in het strafproces. De in 2011 in werking getreden Wet ter versterking van de positie van het slachtoffer in het strafproces[8] codificeerde een catalogus van rechten voor misdrijfslachtoffers, waaronder het spreekrecht, het recht op kennisneming van de processtukken, het recht op bijstand op de terechtzitting en het recht op een correcte bejegening.[9] Ook de mogelijkheid tot schadeverhaal in het strafproces is in 2011 aanzienlijk verbeterd. Toen is het eenvoudscriterium vervangen door het criterium dat de behandeling van de vordering geen onevenredige belasting van het strafgeding mocht opleveren (artikel 361, derde lid, Sv). Het doel van deze wijziging was te bewerkstelligen dat de strafrechter zo veel als mogelijk – en vaker dan voorheen – inhoudelijk over de vordering van de benadeelde partij zou beslissen.[10] In 2011 is ook de zogenoemde voorschotregeling geïntroduceerd. Deze maakt het mogelijk dat de schade van slachtoffers, indien en voor zover die door de strafrechter inhoudelijk is beoordeeld, door de Staat wordt vergoed, waarna de Staat verhaal op de dader neemt (artikel 36f, zevende lid, Sr). De voorschotregeling is voor slachtoffers van groot belang omdat

5. Kaderbesluit 2001/220/JBZ.
6. DG Justice Guidance Document related to the transposition and implementation of Directive 2012/29/EU, European Commission, DG Justice, december 2013, Ref. Ares(2013)3763804-19/12/2013.
7. Guidance Document, p. 7.
8. Wet van 17 december 2009 tot wijziging van het Wetboek van Strafvordering, het Wetboek van Strafrecht en de Wet Schadefonds geweldsmisdrijven ter versterking van de positie van het slachtoffer in het strafproces, *Stb*. 2010, 1.
9. Zie voor een uitvoerige bespreking van deze slachtofferrechten: A.H. Sas, 'Schadevergoeding via de strafrechtelijke procedure', in: J. Wildeboer & S. Binkhorst (red.), *Handboek Personenschade*, Deventer: Wolters Kluwer 2016, p. 4070-14-4070-35; G.J.M. Corstens & M.J. Borgers, *Het Nederlands strafprocesrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2018, p. 70-95.
10. *Kamerstukken II* 2007/08, 30143, 16.

zij op die manier, in de gevallen waarin de dader niet de financiële ruimte heeft om het volledige bedrag aan schadevergoeding te betalen, toch gecompenseerd worden voor de geleden schade.

Ondanks de versteviging van de positie van het slachtoffer in de regelgeving, laat de praktijk zien dat nog niet alle slachtoffers van misdrijven hun rechten in het strafproces adequaat kunnen verwezenlijken. Een belangrijk knelpunt is dat complexe schadevergoedingsvorderingen in het strafproces vaak niet-ontvankelijk worden verklaard omdat deze vanwege de complexiteit een te zware belasting voor het strafproces vormen.[11] Uit het WODC-rapport 'Civiel schadeverhaal via het strafproces' (2016) volgt dat 17 procent van de vorderingen tot schadevergoeding niet-ontvankelijk wordt verklaard en bijna 60 procent deels niet-ontvankelijk, omdat de behandeling van de vordering (deels) een onevenredige belasting van het strafgeding zou opleveren.[12] Deze slachtoffers kiezen vanwege de lange doorlooptijd en de afwezigheid van verhaalsmogelijkheden op de dader zelden voor een procedure bij de civiele rechter.[13] Het gevolg is dat juist de slachtoffers met een ingewikkelde en veelomvattende schadeclaim met hun schade blijven zitten. Een ander in de praktijk ervaren knelpunt is dat de benadeelde partij niet zelfstandig een rechtsmiddel kan aanwenden tegen een vonnis of arrest van de strafrechter met betrekking tot de beslissing over zijn vordering.[14]

De minister voor Rechtsbescherming heeft aangekondigd in de wetsvoorstellen voor de modernisering van het Wetboek van Strafvordering de positie van het slachtoffer verder te verankeren.[15] In de inleidende bepalingen van het nieuwe Wetboek zal een algemeen beginsel worden toegevoegd over het belang van het slachtoffer in het strafproces. Verder wordt de procedure verbeterd waarin het slachtoffer kan klagen over het niet of niet verder vervolgen van verdachten. Daarnaast wordt het voor slachtoffers mogelijk om zelfstandig in hoger beroep te gaan als de strafrechter een vordering tot schadevergoeding niet-ontvankelijk verklaart of afwijst (ook beroep in cassatie)[16] en krijgen slachtoffers de mogelijkheid hun

11. *Kamerstukken II* 2017/18, 33552, 43, p. 7.
12. R.S.B. Kool e.a., *Civiel schadeverhaal via het strafproces. Een verkenning van de rechtspraktijk en regelgeving betreffende de voeging benadeelde partij*, WODC 2016, tabel 3.2 op p. 35.
13. W.M. Schrama & T. Geurts, *Civiel schadeverhaal door slachtoffers van strafbare feiten. De rol van de civiele procedure: gebruik, knelpunten en oplossingsrichtingen*, Den Haag: WODC 2012, J.D.M. van Dongen, M.R. Hebly & S.D. Lindenbergh, *Je hebt geluk als je van een pauw mag plukken. Ervaringen van slachtoffers van strafbare feiten met het verhalen van hun schade*, Den Haag: WODC 2013, R.S.B. Kool e.a., *Schadeverhaal na een strafbaar feit via de kantonrechter*, Den Haag: WODC 2014.
14. *Kamerstukken II* 2017/18, 33552, 43, p, 36-37.
15. *Kamerstukken II* 2017/18, 33552, 43, p. 3-4.
16. Artikel 5.4.1.2 en artikel 5.5.1 van de consultatieversie van concept-Boek 5 van het nieuwe Wetboek van Strafvordering, Rechtsmiddelen.

vordering tot schadevergoeding in hoger beroep te verhogen.[17] Om de mogelijkheid van schadeverhaal via het strafproces te vergroten zijn vanuit verschillende kanten verbetervoorstellen gedaan. Zo heeft de minister het voornemen geuit om bij de behandeling van de vordering in het zelfstandig hoger beroep een civiele rechter te betrekken.[18] De Nederlandse Vereniging voor Rechtspraak (NVvR) heeft in reactie op de wetsvoorstellen voor de modernisering van het Wetboek van Strafvordering de mogelijkheid geopperd de beoordeling van de complexe vordering tot schadevergoeding na een verwijzingsprocedure verder te laten plaatsvinden door een aparte schadevergoedingskamer.[19] Deze kamer zou de mogelijkheid moeten krijgen bij gehele of gedeeltelijke toewijzing van de vordering de schadevergoedingsmaatregel op te leggen, zodat het slachtoffer van de voorschotregeling kan profiteren. Op deze manier wordt in plaats van de niet-ontvankelijkverklaring de vordering doorverwezen naar de schadekamer, die de vordering inhoudelijk kan beoordelen.

Bij de voornoemde wetsvoorstellen en beleidsvoornemens wordt het uitgangspunt gehandhaafd dat het slachtoffer geen proces*partij* is maar een proces*deelnemer*. Het wetsvoorstel brengt daarin geen verandering.

Tegen deze achtergrond richt deze bijdrage zich op de wijzen waarop in andere landen dan Nederland wordt getracht de rechten van het slachtoffer in het strafproces vorm te geven. Daarbij ligt de nadruk op het recht om in het strafproces schadevergoeding te verkrijgen (paragraaf 2.1), de mogelijkheden voor het slachtoffers om schade te verhalen als de strafrechter de vordering niet (geheel) heeft toegewezen (paragraaf 2.2), de rechten van het slachtoffer in de fase voorafgaand aan het onderzoek ter terechtzitting (paragraaf 2.3) en de mogelijkheden van mediation in het strafrecht (paragraaf 2.4). Kort komt ook de positie van het slachtoffer met een eigen vervolgingsgrecht aan de orde (paragraaf 2.5). De bestudeerde landen zijn België, Frankrijk, Duitsland, Zwitserland en Noorwegen.

Paragraaf 2 is een weergave op hoofdlijnen van de schriftelijke antwoorden op vragen die aan de deelnemende partijen zijn voorgelegd voorafgaand aan het seminar, en die door de ministeries van Justitie van de deelnemende landen voorafgaand aan het congres zijn beantwoord. Deze vragen komen overeen met de vragen die in workshop *De positie van het slachtoffer in het strafproces* tijdens het rechtsvergelijkende congres zijn bediscussieerd. Paragraaf 2 vormt dus ook een samenvatting en

17. Artikel 5.4.1.2.1, tweede lid, van de consultatieversie van concept-Boek 5 van het nieuwe Wetboek van Strafvordering, Rechtsmiddelen.
18. *Kamerstukken II* 2017/18, 33552, 49, p. 4.
19. NVvR Advies over de conceptwetsvoorstellen boeken 3 tot en met 6 van het Wetboek van Strafvordering, 20 augustus 2018, p. 33-34.

analyse van de in de workshop gegeven bijdragen. Paragraaf 3 zal het rapport afsluiten met enige rechtsvergelijkende analyse en reflectie.

2 De positie van het slachtoffer in het strafproces van andere Europese landen[20]

2.1 Mogelijkheden tot schadeverhaal in het strafproces

Bij dit onderwerp spelen de volgende deelvragen een rol: hoe gaat de strafrechter in de verschillende landen om met vorderingen tot schadevergoeding van een slachtoffer, welke criteria gebruikt de strafrechter om de schade te beoordelen en de omvang van de vergoeding te bepalen, en kunnen ook complexe schadevergoedingsvorderingen in het strafproces worden beoordeeld? Onder complexe schades worden onder meer begrepen de situaties waarbij ten tijde van het strafproces nog geen sprake is van een medische eindsituatie, of waarbij het gaat om schade die in de toekomst zal worden geleden, zoals inkomensschade als gevolg van blijvende gehele of gedeeltelijke arbeidsongeschiktheid. Aan al deze aspecten wordt hieronder aandacht besteed.

Artikel 16 van de Richtlijn bepaalt dat het slachtoffer recht heeft op een beslissing om in de loop van het strafproces een beslissing over de schadevergoeding door de dader te verkrijgen. Artikel 16, eerste lid, draagt de lidstaten op dat recht te waarborgen. De regelgeving van Nederland en alle bij de rechtsvergelijking betrokken landen (Frankrijk, België, Noorwegen, Zwitserland en Duitsland) voldoen aan het uitgangspunt van de Richtlijn.

Voor *Nederland* geldt dat artikel 51f, eerste lid, Sv het slachtoffer de mogelijkheid geeft in het strafproces vergoeding te vorderen van de door het misdrijf veroorzaakte schade. Zowel natuurlijke personen als rechtspersonen hebben het recht zich als benadeelde partij te voegen met een schadevergoedingsvordering. Regresnemers zoals gesubrogeerde verzekeraars en werkgevers met een vordering ex artikel 6:107a Burgerlijk Wetboek (BW) kunnen zich niet voegen in het strafproces. Zij behoren niet tot de kring van voegingsgerechtigden omdat wordt aangenomen dat zij geen 'rechtstreekse' schade hebben geleden.[21] Wanneer het slachtoffer als gevolg van het strafbare feit is overleden kunnen ook de erfgenamen zich voegen ter zake van hun onder algemene titel verkregen vordering, alsook de personen

20. Deze paragraaf is grotendeels ontleend aan de bijdragen van de sprekers uit België, Duitsland, Frankrijk, Noorwegen en Zwitserland in de workshop 'De positie van het slachtoffer in het strafproces' tijdens het rechtsvergelijkende congres *Comparative insights for the modernization of the Dutch Code of Criminal Procedur*e (Rotterdam, 27 oktober 2017) en aangevuld met informatie uit de schriftelijke antwoorden op vragen die aan de deelnemende partijen zijn voorgelegd voorafgaand aan het congres.
21. J. Candido (red.), *Slachtoffer en de rechtspraak. Handleiding voor de strafrechtspraktijk*, 2017, p. 42.

genoemd in artikel 6:108, eerste en tweede lid, BW ter zake van de daar genoemde vorderingen (de kosten van levensonderhoud waarin de overledene voorzag en de kosten van de lijkbezorging). Dit is bepaald in artikel 51f, tweede lid, Sv. Voor strafbare feiten vanaf 1 januari 2019 geldt dat nabestaanden en naasten van slachtoffers die ernstig gewond zijn geraakt, ook vergoeding van affectieschade kunnen vorderen in het strafproces.[22] Ten slotte wordt het vanaf 1 januari 2019 ook mogelijk dat derden vergoeding vorderen in het strafproces van de schade die van het slachtoffer naar hen is verplaatst (de zogenoemde 'verplaatste schade' als bedoeld in artikel 6:107 Burgerlijk Wetboek (artikel 51f lid 2 Sv).[23]

Artikel 361, tweede en derde lid, Sv bepaalt onder welke voorwaarden de vordering van de benadeelde partij ontvankelijk is. Dat is – kort gezegd – als er een straf of maatregel aan de verdachte wordt opgelegd, of als toepassing wordt gegeven aan artikel 9a Sr (rechterlijk pardon). Daarnaast zal sprake moeten zijn van rechtstreekse schade als gevolg van het bewezen verklaarde feit dan wel het ad informandum gevoegde feit. Verder kan de benadeelde partij niet-ontvankelijk worden verklaard indien de behandeling van de vordering een onevenredige belasting van het strafgeding oplevert.

De beoordeling van de vordering tot schadevergoeding geschiedt aan de hand van het materiële burgerlijke recht.[24] Dat betekent dat een volledige schadevergoeding het uitgangspunt is, en zowel materiële als immateriële schade kan omvatten. De schade wordt concreet begroot, met inachtneming van alle persoonlijke omstandigheden van het slachtoffer. Daarnaast zijn de regels van stelplicht en bewijslastverdeling in civiele zaken van toepassing, in het bijzonder de artikelen 21, 24, 149 en 150 van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering.[25]

Er gelden geen wettelijke beperkingen met betrekking tot de aard en omvang van de vorderingen die in het strafproces kunnen worden ingediend. Ook complexe vorderingen kunnen in theorie in het strafproces worden beoordeeld. De praktijk leert echter dat deze vorderingen geheel of deels niet-ontvankelijk worden verklaard omdat deze een te grote belasting voor het strafproces opleveren.[26] Wordt de vordering door de strafrechter toegewezen en wordt voor dit bedrag de schadevergoedingsmaatregel opgelegd (artikel 36f, zevende lid, Sr), dan keert de Staat het bedrag van de schadevergoedingsmaatregel als voorschot uit aan het slachtoffer, indien de veroordeelde binnen acht maanden nadat het vonnis of het arrest onherroepelijk is geworden niet of niet volledig aan zijn betalingsverplichting heeft vol-

22. Wet affectieschade, wet van 11 april 2018, *Stb.* 2018, 132.
23. Wet affectieschade, wet van 11 april 2018, *Stb.* 2018, 132.
24. Candido 2017, p. 91.
25. HR 14 februari 2002, ECLI:NL:HR:2012:BU8755.
26. *Kamerstukken II* 2017/18, 33552, 43, p. 7.

daan. Deze regeling staat bekend als de voorschotregeling.[27] Aan de voorschotten voor slachtoffers van gewelds- en zedenmisdrijven is geen maximum verbonden.[28] Voor de overige strafbare feiten is het voorschot beperkt tot een bedrag van 5.000 euro. De voorschotregeling is voor slachtoffers van gewelds- en zedenmisdrijven van groot praktisch belang omdat de regeling waarborgt dat het slachtoffer daadwerkelijk zijn schadevergoeding ontvangt.

Ook in *België* kan het slachtoffer zijn gehele vordering tot schadevergoeding indienen in het strafproces. Net als in de andere onderzochte landen is de vordering afhankelijk van de instelling daarvan door het slachtoffer. Als het slachtoffer geen civiele actie instelt, kan de strafrechter niet ambtshalve een veroordeling tot schadevergoeding opleggen. De Belgische strafrechter dient in een dergelijk geval, anders dan in Nederland, wel een bedrag aan schadevergoeding te reserveren voor het slachtoffer. Slachtoffers van alle delicten kunnen een civiele actie in het strafproces instellen, er wordt geen onderscheid gemaakt naar de aard van het delict. Dat geldt in Nederland ook. In Nederland hangt het wel van het delict af of de ongemaximeerde voorschotregeling van toepassing is (artikel 36f, zevende lid, Sr). De voorschotbetaling is alleen ongemaximeerd bij de (ernstige) gewelds- en zedenmisdrijven.

Als het slachtoffer als gevolg van het misdrijf komt te overlijden, dan valt de mogelijkheid om de civiele vordering in het strafproces in te stellen, toe aan de erfgenamen. Dit is in Nederland ook het geval. Anders dan in Nederland kunnen in België ook regresnemers gebruikmaken van de civiele actie in het strafproces. Hierbij valt te denken aan verzekeraars die een deel van de schade van het slachtoffer hebben vergoed, zoals de zorgverzekeraar. Deze kan in België de aan het slachtoffer vergoede schade via het strafproces verhalen. België kent hiermee een ruimere kring van voegingsgerechtigden dan bijvoorbeeld Frankrijk en Nederland, waar regresnemers geen vordering tot schadevergoeding kunnen indienen in het strafproces.

Net als in Nederland wordt de schadevergoedingsvordering in België beoordeeld aan de hand van de criteria van het materiële burgerlijk recht. In het strafproces kan vergoeding worden gevorderd van dezelfde schadesoorten als in het civiele proces, zoals vergoeding van materiële en immateriële schade, gederfde winst en toekomstige schade. Het uitgangspunt is een volledige schadevergoeding op basis van een concrete begroting van de schade. Als het exacte bedrag van de schade niet kan worden vastgesteld heeft de rechter, net als in Nederland, de bevoegdheid

27. Artikel 36f, zevende lid, Sr en Uitvoeringsbesluit voorschot schadevergoedingsmaatregel, *Stb.* 2010, 311.
28. Zie voor de vraag welke misdrijven onder de ongemaximeerde voorschotregeling vallen artikel 2 van het Uitvoeringsbesluit voorschot schadevergoedingsmaatregel, Besluit van 24 juli 2010, *Stb.* 2010, 311.

om de schade naar billijkheid te begroten. Op het slachtoffer rust, net als in Nederland, de bewijslast van het bestaan van de schade, de omvang daarvan, en van het causaal verband tussen de schade en het misdrijf.

Van alle hier bestudeerde landen is België het enige land waarin de strafrechter de schadevergoedingsvordering van het slachtoffer inhoudelijk *moet* beoordelen. Hij kan deze vordering niet vanwege (bijvoorbeeld) een onevenredige belasting van het strafproces niet-ontvankelijk verklaren en het slachtoffer naar de burgerlijke rechter verwijzen. Dit is een belangrijk verschil met de regelgeving in Noorwegen, Zwitserland, Duitsland en Frankrijk, waar de strafrechter net als in Nederland, het slachtoffer kan verwijzen naar de civiele rechter. De Belgische strafrechter kan dat niet, hij moet alle vorderingen inhoudelijk beoordelen, ook de meer complexe en veelomvattende vorderingen. Anders gezegd: als de vordering tot schadevergoeding eenmaal in het strafproces is ingesteld, dan heeft de strafrechter geen andere keuze dan deze te beoordelen, ook de complexe schadevergoedingsvorderingen. Het slachtoffer kan door het instellen van de civiele vordering in het strafproces de strafrechter aldus dwingen om het 'burgerlijk luik' er in extenso bij te nemen.

Een belangrijk verschil met Nederland is dat in België een civiele rechter onderdeel uitmaakt van het strafrechtelijk college indien een vordering tot schadevergoeding wordt ingesteld. Deze wijze van afdoening vertoont zowel verwantschap met het hiervoor vermelde voorstel van de NVvR om de vordering van de benadeelde partij te laten afdoen door een aparte schadevergoedingskamer,[29] als met het voornemen van de minister van Rechtsbescherming om bij de behandeling van de vordering in het zelfstandig hoger beroep van het slachtoffer een civiele rechter te betrekken.[30]

In de praktijk kan het voorkomen dat tijdens het strafproces de schade nog niet kan worden begroot, omdat bijvoorbeeld nog geen medische eindsituatie is bereikt. Het is dan onduidelijk hoe het herstel zal verlopen en welke gevolgen het letsel in de toekomst zal hebben. In België is voor deze problematiek een oplossing gevonden door de strafrechter te verplichten ambtshalve de beslissing over de schadevergoedingsvordering voor onbepaalde tijd aan te houden, als hij vaststelt dat de zaak – wat de burgerlijke belangen betreft – nog niet in staat van wijzen is. Dit kan het geval zijn als de schade nog niet kan worden begroot. Na de strafrechtelijke uitspraak kan het slachtoffer, soms zelfs vele maanden of jaren later, door middel van een kosteloos verzoekschrift effectueren dat de strafrechter alsnog uitspraak doet over de burgerlijke belangen (de schadevergoeding). In een dergelijk geval kan de strafrechter wel alvast een deel van het gevorderde bij wijze van

29. NVvR Advies over de concept-wetsvoorstellen boeken 3 tot en met 6 van het nieuwe Wetboek van Strafvordering, 20 augustus 2018, p. 33-34.
30. *Kamerstukken II* 2017/18, 33552, 49, p. 4.

voorschot toewijzen en voor het overige een beslissing over de vordering tot schadevergoeding aanhouden. Het toewijzen van de vordering tot schadevergoeding wordt niet beschouwd als een straf.

Anders dan in Nederland (artikel 36 Sr, de schadevergoedingsmaatregel) wordt in België geen strafrechtelijke maatregel opgelegd die de dader verplicht een bedrag aan de Staat te betalen ten behoeve van het slachtoffer. Hieruit vloeit voort dat in België het slachtoffer zelf verantwoordelijk is voor het innen van de vordering, nadat deze is toegewezen. Noch het openbaar ministerie noch een ander overheidsorgaan neemt deze verantwoordelijkheid op zich. Hierin onderscheidt België zich van Nederland, waar het openbaar ministerie (Centraal Justitieel Incassobureau, CJIB) belast is met het innen van de schadevergoeding als de schadevergoedingsmaatregel (artikel 36f Sr) is opgelegd. Daarnaast kent België geen regeling die vergelijkbaar is met de Nederlandse voorschotregeling. Het slachtoffer is in België voor de vraag of zijn schade daadwerkelijk wordt vergoed, afhankelijk van de verhaalsmogelijkheden die de veroordeelde biedt.

In *Frankrijk* kan een slachtoffer van een misdrijf al sinds lange tijd kiezen of hij zijn schade wil verhalen via het strafrecht (in het strafproces, de zogenoemde 'action civile') of het civiele recht (een civiele procedure). In een civiele procedure heeft het slachtoffer een andere positie dan in het strafproces, waar het slachtoffer slechts wordt 'getolereerd'. Niettemin stellen (advocaten van) slachtoffers in de praktijk liever een vordering in via het strafproces omdat dit sneller en goedkoper is. De criteria waaraan een civiele vordering in het strafproces moet voldoen is dat het gaat om (1) directe en (2) persoonlijke schade. Beide criteria worden thans in de rechtspraak, meer dan voorheen, in het voordeel van het slachtoffer uitgelegd. Zo valt ook de schade van een nabestaande van een door een misdrijf omgekomen slachtoffer onder de reikwijdte van directe en persoonlijke schade. Een ander voorbeeld is dat van een kind dat als gevolg van een verkrachting wordt geboren. Er zou discussie kunnen ontstaan over de vraag of het kind directe schade lijdt als gevolg van het misdrijf. Niettemin is in de Franse rechtspraak uitgemaakt dat ook het kind in het strafproces een civiele vordering kan instellen tegen de verdachte van de verkrachting.

Voor de civiele vordering is ook in Frankrijk het materiële burgerlijke recht het beoordelingskader, er gelden geen van het civiele recht afwijkende criteria. Alle schadetypen komen in het strafproces voor vergoeding in aanmerking, zowel de materiële als de immateriële schade. De schadevergoedingsbedragen die worden toegekend door strafrechters en civiele rechters worden gepubliceerd, in het bijzonder ook de hoogte van het smartengeld. Op die manier wordt getracht de rechtseenheid te bewaken. Ook in Nederland gebeurt dit, door bundeling van voor immateriële schade toegewezen vergoedingen in de Smartengeldgids.

Ook voor complexe schadevergoedingsvorderingen is binnen het Franse strafproces ruimte. Sinds een wetswijziging in 1985 heeft de strafrechter weliswaar de mogelijkheid om de civiele vordering naar de civiele rechter te verwijzen, maar in de praktijk gebeurt dat zelden. Het is wel gebruikelijk dat de civiele vordering in het strafproces door gespecialiseerde strafrechters wordt beoordeeld. Deze gespecialiseerde strafrechters voelen zich in het algemeen competent om over complexe civiele vorderingen te oordelen en doen dat ook veelvuldig. Soms leidt dat tot andere resultaten dan in een civiele procedure het geval zou zijn geweest. Zo lag enkele jaren geleden bij de strafrechter de vraag voor of angstschade voor vergoeding in aanmerking komt. Het ging om een slachtoffer van een verkeersmisdrijf dat wist dat hij snel ging overlijden. De erfgenamen hebben na zijn overlijden in het strafproces een vergoeding gevorderd voor de immateriële schade. De strafrechter heeft deze vordering toegewezen, terwijl een soortgelijke vordering in een andere zaak door de civiele rechter niet is aanvaard. In het kader van de hervorming van het Franse Wetboek van Strafvordering wordt nagedacht over een gespecialiseerde schadevergoedingsrechter, die zich kan buigen over de vordering tot schadevergoeding door het slachtoffer in het strafproces in een van de hoofdzaak afgescheiden procedure. Dit zou een aangewezen route zijn als er om een bepaalde reden geen ruimte is voor de beoordeling van de vordering in het strafproces, of als de strafzaak voorwerp is van verkorte afdoening op basis van *plea bargaining*.

In *Duitsland* wordt voor de mogelijkheid om schadevergoeding te vorderen in het strafproces onderscheid gemaakt tussen schade als gevolg van letsel en overlijden en vermogensschade buiten het geval van letsel of overlijden. Voor laatstgenoemde schade kan het slachtoffer zijn vermogensschade gecompenseerd krijgen uit de opbrengsten van de ontneming van het wederrechtelijk verkregen voordeel. Deze mogelijkheid is in 2017 wettelijk ingevoerd en veronderstelt dat het misdrijf een financieel voordeel heeft opgeleverd voor de verdachte. De compensatie ziet alleen op vergoeding van materiële schade en niet op vergoeding van immateriële schade. Bij geweldsmisdrijven zoals moord, doodslag, mishandeling en seksueel misbruik zal dat gelet op de aard van het delict niet vaak aan de orde zijn. Voor letsel- en overlijdensschade die uit een dergelijk delict voortvloeit, kan het slachtoffer een civiele schadevergoedingsvordering in het strafproces indienen (*Adhäsionsverfahren* (adhesieprocedure)).

In de eerstgenoemde variant (compensatie uit het wederrechtelijk verkregen voordeel) krijgt de schadevordering van het slachtoffer een prominentere rol in het strafproces, door de koppeling tussen de ontneming van het wederrechtelijk verkregen voordeel en de compensatie van het slachtoffer. Bij deze verhaalsmogelijkheid, die dus alleen de geleden vermogensschade omvat en niet de immateriële schade, is het openbaar ministerie (en niet het slachtoffer) degene die de compensatie vordert. Het openbaar ministerie informeert het slachtoffer zodra de ontne-

mingsvordering is vastgesteld en bindend is geworden. Daarna kan het slachtoffer binnen zes maanden een schadevergoedingsvordering indienen, waarover de rechtbank een beslissing neemt. Als de rechtbank de vordering afwijst, kan het slachtoffer een klacht indienen. Als er meerdere slachtoffers zijn, verdeelt het openbaar ministerie, afhankelijk van de toereikendheid van de opbrengsten van de criminele activiteiten, de opbrengsten van het misdrijf onder de slachtoffers in evenredigheid met hun vordering. Indien de opbrengsten niet toereikend zijn, vraagt het openbaar ministerie het faillissement aan, waarna op de verdeling de gewone regels van insolventie van toepassing zijn.

Wil het slachtoffer gebruikmaken van de tweede mogelijkheid van schadevergoeding (*Adhäsionsverfahren*) dan moet hij een aanvraag indienen, waarna het slachtoffer als civiele partij deelneemt aan het strafproces. De aanvraag kan zowel mondeling als schriftelijk worden gedaan, en kan in iedere fase van het proces worden ingediend, tot aan de behandeling op de terechtzitting. Het slachtoffer kan voor de onderbouwing van zijn vordering gebruikmaken van het bewijs dat in de strafrechtelijke procedure door het openbaar ministerie wordt ingebracht. De rechtbank heeft drie opties om de schadevordering af te doen. (1) De rechtbank kan de vordering afwijzen bij gebrek aan onderbouwing. Ook kan de rechtbank de vordering afwijzen omdat de strafprocedure niet geschikt (*nicht geeignet*) is om de schadevordering te beoordelen. Dit kan het geval zijn als de strafprocedure substantieel wordt vertraagd door de (beoordeling van de) vordering. Laatstgenoemde mogelijkheid tot afwijzing wegens de onevenredige belasting van het strafproces heeft de rechtbank niet als het gaat om een vordering tot vergoeding van immateriële schade. Dat is de reden waarom de strafrechter zich daarbij dan nogal eens tot het toewijzen van een zeker minimum beperkt en het overige aan de civiele rechtsgang laat.[31] (2) De tweede mogelijkheid is dat de rechtbank de vordering toewijst. De toewijzing levert een executoriale titel op voor het slachtoffer tegen de veroordeelde. (3) De derde mogelijkheid is dat de rechtbank kan vaststellen dat onrechtmatig is gehandeld zonder de hoogte van het te vergoeden schadebedrag vast te stellen. De civiele rechter zal over de omvang van de vordering moeten beslissen.

De schade wordt in Duitsland in het strafproces beoordeeld aan de hand van een autonoom concept van schadebegroting, dat op bepaalde punten, vaak ten gunste van het slachtoffer, afwijkt van de in het civiele recht gehanteerde criteria. Zo wordt in geval van zaakschade niet de dagwaarde vergoed, zoals in het Duitse civiele recht gebruikelijk is, maar de daadwerkelijke waarde die hoger kan liggen dan de dagwaarde. De rechtvaardiging voor dit onderscheid is ingegeven door de terroristische activiteiten vanuit de Rote Armee Fraktion (RAF)) in de jaren zeven-

31. Meyer-Goßner/Schmitt, randnr. 13 bij artikel 406 StPO.

tig, sinds welke periode anders wordt gedacht over misdrijfschade, meer specifiek over schade als gevolg van terrorisme. Duitsland kent sindsdien speciale regels voor compensatie van door terrorisme geleden schade. Voor dit soort schade bestaat er bovendien een overheidscompensatie voor slachtoffers, die plaatsvindt buiten het straf- en civiele proces om. Bij terrorismemisdrijven zal in de regel geen strafproces plaatsvinden omdat de dader overleden is. Dit leidt geregeld tot discussie of een misdrijf al dan niet een terroristisch of politiek oogmerk heeft.

Ook complexe schades kunnen in Duitsland aan de strafrechter worden voorgelegd. Deze heeft wel de mogelijkheid naar de civiele rechter te verwijzen als de vordering te complex blijkt te zijn en het strafproces daardoor dreigt te worden overschaduwd. Een wetswijziging in 2014 heeft geprobeerd ervoor te zorgen dat meer civiele vorderingen, ook de complexe, door de strafrechter zouden worden beoordeeld. De praktijk laat echter zien dat strafrechters nog veel doorverwijzen naar de civiele rechters. Ditzelfde probleem doet zich in Nederland voor. Wat de oorzaak daarvan in Duitsland is, is onduidelijk. Het vermoeden bestaat dat strafrechters – vanwege hun mindere expertise op het terrein van het civiele recht – zich niet voldoende in staat achten om complexe schades te begroten.

Ook in *Zwitserland* kunnen slachtoffers van misdrijven hun civiele vordering indienen in het strafproces. Zij worden partij in het strafproces met alle rechten die daarbij horen. In het bijzonder gaat het dan om het recht om kennis te nemen van de processtukken, aanwezig te zijn bij de zittingen en om een rechtsmiddel aan te wenden tegen beslissingen en uitspraken. Net als in België kunnen in Zwitserland ook regresnemers, zoals verzekeraars, gebruikmaken van de mogelijkheid in het strafproces vergoeding van hun schade te vorderen. In Nederland is dat niet mogelijk. De civiele vordering wordt in het strafproces beoordeeld aan de hand van dezelfde criteria als in een civiele procedure. Er kan in het strafproces zowel vergoeding van vermogensschade worden gevorderd als vergoeding van ander nadeel (smartengeld).

De rechter kan complexe civiele vorderingen buiten beschouwing laten als de volledige beoordeling daarvan 'buitenproportioneel gecompliceerd' kan worden. Dit kan het geval zijn als de beoordeling te veel kosten en moeite in het vooronderzoek meebrengt. Juridische problematiek zou geen reden mogen zijn om de vordering niet inhoudelijk te beoordelen. De strafrechter kan het slachtoffer in het geval van buitengewone complexiteit verwijzen naar de civiele rechter. Ook kan de rechter in dit geval, net als in Duitsland, volstaan met een uitspraak over de gegrondheid van de vordering (vergelijkbaar met de Nederlandse 'verklaring voor recht'), en vervolgens de zaak doorverwijzen naar de civiele rechter voor de begroting van de schade. Om te voorkomen dat slachtoffers na de strafprocedure voor hun civiele vordering een tweede procedure, dit keer bij de civiele rechter, moeten voeren, is

er een speciale procedure in de wet opgenomen. Deze voorziet in de mogelijkheid dat de strafrechter eerst een beslissing neemt over de bewezenverklaring van het strafbare feit en de strafbaarheid van de verdachte. Daarna oordeelt de voorzitter van de betreffende strafkamer over de civiele vordering. Ondanks deze wettelijke mogelijkheid wordt in de praktijk een groot deel van de claims doorverwezen naar de civiele rechter. De oorzaak daarvan is dat er simpelweg onvoldoende capaciteit en civielrechtelijke expertise bij de strafrechters is om tot in detail te oordelen over de civiele vordering. Of er al dan niet wordt doorverwezen is afhankelijk van de organisatie binnen een rechtbank. Is een rechter tegelijkertijd zowel strafrechter als civiele rechter, wat nogal eens voorkomt, dan weet de strafrechter dat als hij naar de civiele rechter verwijst, hij er later zelf over zal moeten oordelen. In dat geval is de kans aanzienlijk dat hij zelf de vordering in het strafproces afdoet. Hoewel er geen gegevens bekend zijn over het aantal schadevergoedingsvorderingen dat door de strafrechter wordt afgedaan, bestaat de indruk dat het merendeel van de civiele vorderingen wordt doorverwezen naar de civiele rechter, tenzij de verdachte de aansprakelijkheid heeft aanvaard.

In *Noorwegen* kan een slachtoffer aan het openbaar ministerie vragen om ten behoeve van het slachtoffer een vordering tot schadevergoeding in te stellen in het strafproces ter verkrijging van compensatie van de door het misdrijf geleden schade. Het slachtoffer dient het openbaar ministerie de relevante stukken ter onderbouwing van de schadevordering ter beschikking te stellen. Het openbaar ministerie kan het instellen van een civiele vordering weigeren als de vordering het openbaar ministerie ongegrond voorkomt, of als de vordering een onevenredige belasting meebrengt voor het strafproces. Het slachtoffer kan ook zelf de civiele vordering indienen in het strafproces. Het slachtoffer wordt dan partij in het strafproces met betrekking tot de schadevergoedingsvordering, maar niet met betrekking tot de strafrechtelijke aspecten van het strafproces. De benadeelde heeft recht op bijstand van een advocaat als het gaat om ernstige misdrijven, en als het slachtoffer ernstige letselschade heeft opgelopen door het misdrijf. Als het slachtoffer wordt bijgestaan door een advocaat, dan heeft het slachtoffer geen aanspraak meer op hulp van het openbaar ministerie met betrekking tot de civiele vordering.

De civiele vordering van het slachtoffer wordt in het strafproces aan de hand van dezelfde criteria beoordeeld als in het civiele recht. De civiele vordering kan zowel betrekking hebben op vermogensschade als op ander nadeel (immateriële schade). De strafrechter beoordeelt het verzoek om schadevergoeding aan de hand van richtlijnen en criteria die in de civielrechtelijke rechtspraak zijn ontwikkeld. Daarnaast gebruikt de rechter voor het begroten van smartengeld de specifieke regelgeving die daarvoor in het leven is geroepen ('Act relating to compensation in certain circumstances'). Dit is hetzelfde beoordelingskader als dat van de civiele rechter.

De rechter kan ook in Noorwegen complexe civiele vorderingen buiten beschouwing laten als de beoordeling daarvan het strafproces dreigt te overschaduwen. De strafrechter zal het slachtoffer dan verwijzen naar de civiele rechter. De drempel om de vordering buiten beschouwing te laten en naar de civiele rechter te verwijzen, is echter hoog. Dit heeft er ook mee te maken dat veel strafrechters tegelijkertijd ook civiele rechters zijn. Net als in Zwitserland weet de strafrechter dat als hij verwijst, hij als civiele rechter de vordering zal moeten beoordelen. In dat geval is de kans aanzienlijk dat hij zelf de vordering in het strafproces afdoet. In Noorwegen bestaan weinig problemen met de vordering van de benadeelde partij binnen het strafproces. Bij economische delicten bestaat de mogelijkheid om na de sluiting van het strafproces te kijken naar de compensatie van de schade.

In Noorwegen helpt de overheid het slachtoffer om de schadevergoeding bij de veroordeelde te innen. Als de veroordeelde geen verhaal biedt dan stelt de overheid een gemaximeerd bedrag ter beschikking aan het slachtoffer. Als daarmee niet de hele schade is gedekt, blijft de resterende schade voor rekening van het slachtoffer. Deze regeling lijkt op de voorschotregeling die in Nederland is geregeld in artikel 36f Sr.

2.2 *Mogelijkheden van schadeverhaal voor het slachtoffer als de vordering tot schadevergoeding door de strafrechter niet (geheel) is toegewezen*

Naar *Nederlands* recht kan een slachtoffer niet zelfstandig in hoger beroep als de vordering door de strafrechter niet (geheel) is toegewezen. Het slachtoffer kan wel meeliften met een door het openbaar ministerie of de verdachte ingesteld hoger beroep, en in dat hoger beroep de in eerste aanleg ingediende vordering alsnog/opnieuw laten beoordelen. De vordering kan niet voor het eerst in hoger beroep worden ingesteld, en kan in appel niet worden verhoogd. Ook kan het slachtoffer, als de vordering is afgewezen en het openbaar ministerie en de verdachte strafrechtelijk geen appel hebben ingesteld, hoger beroep instellen bij de civiele kamer van het Gerechtshof. Op die appelprocedure zijn de regels van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering van toepassing. Het thans aanhangige wetsvoorstel tot modernisering van het Wetboek van Strafvordering voorziet wel in de mogelijkheid van een zelfstandig hoger beroep voor het slachtoffer bij afwijzing of niet-ontvankelijkverklaring van de vordering tot schadevergoeding. Deze appelmogelijkheid is er alleen als er in eerste aanleg een straf of maatregel is opgelegd, of toepassing is gegeven aan artikel 9a Sr. Ook voorziet het wetsvoorstel in de mogelijkheid voor het slachtoffer om zijn vordering in hoger beroep te verhogen.[32]

32. Artikel 5.4.1.2.1, tweede lid, van de consultatieversie van het concept-Boek 5 van het nieuwe Wetboek van Strafvordering, Rechtsmiddelen.

In *België* heeft een slachtoffer de mogelijkheid zelf hoger beroep in te stellen tegen de uitspraak van de strafrechter indien de vordering tot schadevergoeding is afgewezen of indien het slachtoffer het toegekende bedrag te laag vindt. Het slachtoffer kan in België echter geen hoger beroep instellen indien hij het enkel niet eens is met de (hoogte van de) opgelegde straf. Als een verdachte door de strafrechter is vrijgesproken kan het slachtoffer in beginsel niet meer naar de civiele rechter. De civiele rechter is gebonden aan de uitspraak van de strafrechter. Alleen als het slachtoffer een civielrechtelijke 'fout' aan zijn vordering ten grondslag legt die niet overeenkomt met de strafrechtelijke 'fout', dan kan het slachtoffer zijn vordering aan de civiele rechter voorleggen. In dit opzicht lijkt het Belgische recht beperktere mogelijkheden te kennen dan de andere landen voor het verkrijgen van schadevergoeding via de civiele rechter, als de strafrechter de verdachte heeft vrijgesproken. Wel kan het slachtoffer van een opzettelijk geweldsmisdrijf, indien de klassieke schadevergoedingsmechanismen niet tot een schadevergoeding (kunnen) leiden, een financiële tegemoetkoming vragen aan de 'Commissie voor Financiële Hulp aan Slachtoffers van Opzettelijke Gewelddaden en aan de Occasionele Redders'.[33] Dit administratieve rechtscollege beoordeelt of aan de voorwaarden voor de tegemoetkoming is voldaan en bepaalt de omvang van de tegemoetkoming. Het gaat om een tegemoetkoming in de financiële schade, en niet om een schadeloosstelling. In zoverre is de commissie vergelijkbaar met het Nederlandse Schadefonds Geweldsmisdrijven.

Ook *Frankrijk* kent net als België de mogelijkheid van zelfstandig hoger beroep voor het slachtoffer dat zich als benadeelde partij heeft gevoegd in het strafproces. Het zelfstandig hoger beroep richt zich tegen dat gedeelte van de strafrechtelijke uitspraak dat ziet op de civiele vordering. Het slachtoffer kan geen hoger beroep instellen tegen de beslissing met betrekking tot de strafrechtelijke veroordeling en de opgelegde straf(maat).

Daarnaast kan het slachtoffer dat zich als benadeelde partij heeft gesteld in Frankrijk naar de civiele rechter als de strafrechter zijn vordering in het strafproces niet (geheel) heeft toegewezen. Dit geldt pas sinds een wetswijziging in 2000. Voor 2000 gold in Frankrijk dezelfde beperking als in België om naar de civiele rechter te gaan nadat de verdachte was vrijgesproken. Als de verdachte was vrijgesproken, kon het slachtoffer in beginsel niet naar de civiele rechter als de civiele 'fout' identiek was aan de strafrechtelijke 'fout'.

In *Duitsland* kan het slachtoffer geen rechtsmiddel aanwenden tegen de uitspraak van de strafrechter waarbij zijn vordering is afgewezen of buiten beschouwing is gelaten. Wel kan hij een klacht bij de rechtbank indienen. Ook kan hij zijn

33. https://justitie.belgium.be/nl/commissiefinancielehulp.

vordering aanhangig maken bij de civiele rechter. Deze mogelijkheid bestaat ook als een verdachte door de strafrechter is vrijgesproken en de vordering om die reden niet is toegewezen. Die vrijspraak kan immers te maken hebben met technische fouten (onrechtmatig verkregen bewijs) of met de omstandigheid dat er onvoldoende bewijs is.

In *Zwitserland* heeft het slachtoffer, net als in België en Frankrijk, een zelfstandige mogelijkheid om hoger beroep in te stellen tegen de uitspraak van de strafrechter. Dit kan het slachtoffer ook als het om een vrijspraak gaat. De Zwitserse appelmogelijkheden voor het slachtoffer zijn daarmee niet alleen ruimer dan de mogelijkheden in Duitsland en Nederland, waar (vooralsnog) in het geheel geen mogelijkheid van zelfstandig appel bestaat, maar ook ruimer dan de appelmogelijkheid in Frankrijk en België. In laatstgenoemde landen heeft het slachtoffer immers geen appelmogelijkheid bij een vrijspraak van de verdachte.

Het slachtoffer kan in Zwitserland daarnaast naar de civiele rechter, ook indien de verdachte is vrijgesproken. Zwitserland kent nog een derde compensatiemogelijkheid. Als een slachtoffer zijn schade niet via het strafproces/civiele proces dan wel via een verzekering vergoed kan krijgen, kan het slachtoffer een compensatie krijgen via een door de overheid in stand gehouden fonds. Het slachtoffer kan een compensatie krijgen voor zowel de geleden vermogensschade als voor ander nadeel (smartengeld).

In *Noorwegen* kan het slachtoffer geen zelfstandig rechtsmiddel aanwenden tegen een strafrechtelijk vonnis. Als openbaar ministerie en verdachte wel in hoger beroep gaan, kan het slachtoffer 'meeliften' en aan de rechter in hoger beroep vragen zijn civiele vordering opnieuw te beoordelen. In dat geval zijn de bepalingen uit het Noorse Wetboek van Strafvordering van toepassing. Ook kan het slachtoffer, net als in Nederland, Frankrijk, Zwitserland en Duitsland, na het strafproces zijn vordering voorleggen aan de civiele rechter, voor zover die niet inhoudelijk is beoordeeld. Als de vordering door de strafrechter is afgewezen, kan het slachtoffer zelfstandig hoger beroep instellen bij de civiele rechter. Op die appelprocedure zijn de regels van het Noorse Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering van toepassing.

In Noorwegen bestaat bovendien een door de overheid gefinancierd publiek fonds dat buiten het strafproces compensatie biedt aan slachtoffers van misdrijven. Het gaat dan om gestandaardiseerde en genormeerde bedragen. Deze compensatie staat niet in de weg aan een civiele vordering in het strafproces.

2.3 *De positie van het slachtoffer in de fase voorafgaand aan het onderzoek ter terechtzitting*

Naar *Nederlands* recht kan een slachtoffer in verschillende hoedanigheden een rol spelen in deze fase van het strafproces. Het slachtoffer kan aangifte doen of, bij een klachtdelict, een klacht indienen. Het slachtoffer kan optreden als getuige, zich voegen als benadeelde partij, en indien geen (verdere) vervolging plaatsvindt, gebruikmaken van de mogelijkheid van beklag over niet (verdere) vervolging.[34] Een belangrijk recht van het slachtoffer in deze fase is het recht op kennisneming van de processtukken die voor hem van belang zijn. Een ander belangrijk recht is het recht om stukken toe te voegen aan het procesdossier. Dit kan van belang zijn voor de onderbouwing van de vordering tot schadevergoeding, maar het kan ook van belang zijn voor de te beantwoorden vragen van de artikelen 348 en 350 Sv. Het slachtoffer kan op deze manier invloed uitoefenen op de samenstelling en de inhoud van het strafdossier.[35] Het slachtoffer is naar Nederlands recht geen vervolger, dit is exclusief voorbehouden aan het openbaar ministerie.[36] Het slachtoffer is bovendien geen formele procespartij, maar procesdeelnemer. Dit uit zich onder meer in de omstandigheid dat het slachtoffer niet zelf deskundigen en getuigen kan (doen) oproepen. Het slachtoffer kan de door het openbaar ministerie en de verdachte opgeroepen getuigen alleen vragen (doen) stellen die zien op de schadevergoedingsvordering.

In *België* is het slachtoffer, als het slachtoffer de hoedanigheid heeft van burgerlijke partij, wel volledig procespartij, en kan in die hoedanigheid substantiële invloed uitoefenen op het strafrechtelijk onderzoek in de fase voorafgaand aan de terechtzitting. Meer in zijn algemeenheid geldt dat het slachtoffer van een misdrijf in het Belgische strafproces verschillende hoedanigheden kan aannemen en afhankelijk van die hoedanigheid worden minder/meer rechten toegekend. Het gaat om de hoedanigheden van (i) 'klager', (ii) 'benadeelde persoon' en (iii) 'burgerlijke partij.'

Ad (i) Klager
Een eerste hoedanigheid die het slachtoffer kan aannemen is die van klager. Dit is de hoedanigheid met de minst verregaande rechten. Het slachtoffer legt een klacht neer bij de politie of bij de Procureur des Konings. Het slachtoffer kan verzoeken dat de politie bepaalde opsporingshandelingen verricht, en hij kan vragen om bepaalde getuigen te verhoren. Het neerleggen van een klacht is niet voldoende om partij te worden bij de strafprocedure, en het slachtoffer wordt ook niet geïnformeerd over het verloop daarvan. Wenst hij dat wel, dan dient hij zich te regis-

34. Corstens & Borgers 2018, p. 70.
35. Corstens & Borgers 2018, p. 75-76.
36. Zie over dit onderwerp nader par. 2.5.

treren als benadeelde persoon, de tweede hoedanigheid die een slachtoffer kan aannemen.

Ad (ii) Benadeelde persoon
Een slachtoffer kan door het afleggen van een verklaring dat hij schade heeft geleden door het misdrijf, de hoedanigheid van benadeelde persoon verkrijgen (artikel 5*bis* V.T.Sv).[37] De benadeelde persoon kan onder meer de volgende rechten uitoefenen: het recht om bijgestaan en vertegenwoordigd te worden door een advocaat, het recht om ieder document toe te voegen aan het dossier indien het slachtoffer dit nuttig acht, het recht in kennis te worden gesteld van een seponeringsbeslissing en de reden daarvan, het recht in kennis te worden gesteld van het instellen van een gerechtelijk onderzoek en de bepaling van een rechtsdag voor zittingen en het recht te verzoeken om inzage van het dossier te krijgen en er een afschrift van te verkrijgen. Het gaat hier om rechten die ook gewaarborgd zijn in de in de inleiding genoemde Richtlijn.[38]

Ad (iii) Burgerlijke partij
De derde hoedanigheid die een slachtoffer kan aannemen is die van burgerlijke partij. Iedereen die stelt dat hij benadeeld is door een misdrijf kan zich burgerlijke partij stellen door een verklaring af te leggen bij de onderzoeksrechter. Niet alleen het rechtstreekse slachtoffer maar ook diens rechtsopvolgers kunnen zich, op eigen initiatief, burgerlijke partij stellen. Het slachtoffer wordt dan volwaardige procespartij. Naast de rechten die een klager heeft, en naast de rechten die een slachtoffer heeft die zich heeft laten registreren als benadeelde partij, wordt aan de burgerlijke partij een formeel recht toegekend om inzage te vragen, evenals het recht om aanvullende onderzoekshandelingen te vragen. Met laatstgenoemd recht kan het slachtoffer mede sturing geven aan het onderzoek voorafgaand aan het onderzoek ter terechtzitting. De invloed die het slachtoffer op deze manier kan uitoefenen reikt veel verder dan het louter verkrijgen van schadevergoeding. Indien de onderzoeksrechter de verzochte aanvullende onderzoekshandelingen afwijst, kan de burgerlijke partij hiertegen in hoger beroep bij de kamer van inbeschuldigingstelling.

Daarnaast wordt het volledige dossier aan de burgerlijke partij ter beschikking gesteld. Als de onderzoeksrechter weigert de burgerlijke partij te laten kennisnemen van het dossier dan kan de burgerlijke partij in beroep bij de kamer van inbeschuldigingstelling. De burgerlijke partij heeft het recht om desgewenst gehoord te worden door de raadkamer. De burgerlijke partij heeft ook het recht om minstens eenmaal door de onderzoeksrechter te worden gehoord. Hij kan daar zijn eventu-

37. Wet van 17 april 1878 houdende de voorafgaande titel van het Wetboek van Strafvordering (V.T.Sv.).
38. Richtlijn 2012/29/EU (*PbEU* 2012, L 315).

ele beschermingsbehoeften aan de orde stellen. Het horen van het slachtoffer door de onderzoeksrechter kan de rechter bovendien behulpzaam zijn bij de beslissing over de schorsing of beëindiging van de voorlopige hechtenis. De burgerlijke partij heeft voorts het recht om hoger beroep in te stellen tegen beschikkingen van de raadkamer. Het slachtoffer heeft al met al als burgerlijke partij een stevige positie in het vooronderzoek. Ook ter zitting is het slachtoffer als burgerlijke partij een volledig deelnemende participant, die volledig kan deelnemen aan alle aspecten van het strafrechtelijke debat.

In *Frankrijk* kan het slachtoffer zich als burgerlijke partij (*partie civile*) voegen in de vervolging van het openbaar ministerie. Dat geeft het slachtoffer dezelfde rechten als de verdachte tijdens het gerechtelijk vooronderzoek. Zo kan de burgerlijke partij vragen om door de onderzoeksrechter gehoord te worden, om onderzoekshandelingen te verrichten en om stukken aan het procesdossier toe te voegen. De burgerlijke partij kan eveneens vragen om haar advocaat toegang te verlenen om een verhoor van de verdachte of de getuige. Een burgerlijke partij wordt verder in de gelegenheid gesteld om vormverzuimen aan de orde te stellen tijdens het gerechtelijk vooronderzoek. Voorafgaand aan de sluiting van het gerechtelijk vooronderzoek mag de burgerlijke partij reageren op de voorgenomen beslissing over verdere vervolging van de onderzoeksrechter, en kan hij verzoeken om aanvullend onderzoek. Ten slotte kan het slachtoffer als burgerlijke partij beroep aantekenen tegen de beslissing die de onderzoeksrechter aan het einde van het gerechtelijk vooronderzoek neemt over verdere vervolging en verder tegen elke beslissing van de onderzoeksrechter die de rechten van de burgerlijke partij raakt.[39]

Tijdens het onderzoek ter terechtzitting kan het slachtoffer als burgerlijke partij beroep aantekenen tegen uitspraken van de rechter die in zijn nadeel zijn, voor zover deze betrekking hebben op het verwezenlijken van het recht op schadevergoeding.

Aan het slachtoffer dat zich niet als burgerlijke partij heeft gevoegd, komen (alleen) de rechten toe die aansluiten bij de Richtlijn minimumnormen slachtoffers (2012/29/EU). Daarbij gaat het om het recht op algemene informatie omtrent het strafproces en de daarin aan het slachtoffer toekomende rechten, het recht op zaaksgebonden informatie over onder meer de datum van de zitting en de beschermingsmaatregelen van het slachtoffer, het recht op informatie omtrent alle rechterlijke beslissingen, het recht op bijstand door een advocaat, een tolk, een vertrouwenspersoon of een persoon die werkzaam is bij een instantie die slachtofferhulp verleent en het recht aanwezig te zijn bij het onderzoek ter terechtzitting. Ook heeft

39. Zie de bijdrage over Frankrijk van P.A.M. Verrest in deze bundel.

een slachtoffer het recht een vordering tot schadevergoeding in te dienen in het strafproces.

Met betrekking tot het recht van het slachtoffer op onderkenning van een eventuele beschermingsbehoefte (op basis van de Richtlijn) geldt dat dit recht is opgenomen in de Code Penal, waarbij men de tekst van de Richtlijn woordelijk heeft gevolgd.[40] Het is nog niet bekend hoe dit recht in de praktijk wordt verwezenlijkt. Politieambtenaren worden tijdens de opleiding in ieder geval sensitief gemaakt om deze behoeften bij het slachtoffer te onderkennen.

Het slachtoffer wordt in *Duitsland* door de wetgever beschouwd als een deelnemer aan het strafproces en heeft, naast het recht op het indienen van een vordering tot schadevergoeding, ook nog andere rechten in de fase voorafgaand aan het onderzoek ter terechtzitting. Deze andere rechten komen het slachtoffer als zodanig toe, ook zonder voeging als *Neben- of Privatkläger*. Zo heeft het slachtoffer onder meer de volgende rechten:

- het recht op algemene informatie. Dit ziet op het recht om voorafgaand aan het proces op begrijpelijke wijze informatie te krijgen over alle slachtofferrechten. Met het oog daarop is een brochure in meerdere talen opgesteld;
- het recht op zaaksgebonden informatie, waaronder: informatie over het verloop van de strafprocedure, de beslissing van het openbaar ministerie tot niet (verdere) vervolging; informatie over het tijdstip en de plaats van de zitting; waar de verdachte van wordt beschuldigd; de uitspraak; of de verdachte is gedetineerd; of een eventueel contactverbod is opgelegd;
- het recht op inzage in het dossier. In beginsel kan alleen een advocaat de stukken inzien. Slechts als er geen rechtsgeleerde bijstand of vertegenwoordiger is, komt het recht toe aan het slachtoffer zelf. Zowel voor de raadsman als voor de betrokkene zelf kan het recht op inzage worden beperkt in het belang van het onderzoek. Voor slachtoffers of nabestaanden van slachtoffers van bepaalde delicten (verkrachting, moord/doodslag, seksueel misbruik) geldt dat zij kunnen meedoen aan de vervolging als *private accessory prosecutor*. Voor deze slachtoffers is het recht op inzage in het dossier ruimer dan voor slachtoffers van andere delicten;
- het recht op bijstand en vertegenwoordiging door een advocaat. Het slachtoffer moet de advocaat zelf betalen. Als de verdachte wordt veroordeeld dan dient hij ook de advocaatkosten te vergoeden die het slachtoffer heeft gemaakt. In uitzonderlijke gevallen kan het slachtoffer vragen om een advocaat die door de Staat wordt betaald. Dit geldt voor slachtoffers van (ernstige) gewelds- en zedenmisdrijven, en voor de directe nabestaanden (kinderen, ouders, levenspartners) van slachtoffers die als gevolg van een misdrijf zijn overleden. In

40. Artikelen 18 tot en met 24 van de Richtlijn (*PbEU* 2012, L 315).

deze gevallen betaalt de Staat de kosten van de advocaat ongeacht de inkomens- en vermogenspositie van het slachtoffer of de nabestaande. Slachtoffers van terrorisme kunnen een financiële tegemoetkoming vragen bij het ministerie van Justitie. Verder heeft het slachtoffer het recht op bijstand van een advocaat, een vertrouwenspersoon en een tolk tijdens het verhoor door de politie of de rechter van het slachtoffer-getuige. In sommige gevallen heeft het slachtoffer recht op een door de Staat betaalde advocaat die bij het verhoor aanwezig is;

- het slachtoffer heeft verder recht op kosteloze psychosociale begeleiding tijdens het strafproces. Dit recht ziet voornamelijk op kinderen en jongvolwassenen die slachtoffer zijn geworden van een gewelds- en/of zedenmisdrijf. In sommige gevallen kunnen ook (oudere) volwassenen die slachtoffer zijn geworden van een gewelds- of zedenmisdrijf gebruik maken van dit recht. Om in aanmerking te komen voor een *kosteloze* begeleiding is de goedkeuring van de rechter nodig;
- het recht op onderkenning van een eventuele beschermingsbehoefte als bedoeld in de Richtlijn is inmiddels ook verankerd in de Duitse regelgeving.[41] Daarbij is de tekst van de Richtlijn woordelijk gevolgd. Het is nog niet bekend hoe dit recht in de praktijk wordt verwezenlijkt. Slachtoffers van huiselijk geweld kunnen in aanmerking komen voor extra bescherming. Zij kunnen de familiekamer van de rechtbank vragen om een contactverbod op te leggen aan de verdachte, of een huisverbod voor de verdachte. Voor deze procedure is de bijstand van een advocaat niet nodig (geen verplichte procesvertegenwoordiging). Anders dan in Frankrijk en België kan het slachtoffer in Duitsland de autoriteiten niet zelf vragen om aanvullend onderzoek te doen.

Het *Zwitserse* Wetboek van Strafvordering geeft aan slachtoffers een aantal specifieke rechten al naar gelang de hoedanigheid waarin het slachtoffer aan het proces deelneemt. Er wordt onderscheid gemaakt tussen (1) gedupeerden, (2) slachtoffers en (3) de civiele eisende partij. De gedupeerde wordt gedefinieerd als de persoon die door het strafbare feit direct in zijn rechten is aangetast. Hij kan diverse rechten verkrijgen waarmee hij zijn belangen kan behartigen. Deze rechten bestaan echter niet automatisch; daarvoor is een bijzondere verklaring nodig. De gedupeerde heeft recht op inzage in het dossier en hij kan als getuige worden gehoord. Slachtoffers zijn gedupeerden die door het strafbare feit in hun lichamelijke, seksuele of psychische integriteit direct nadelig beïnvloed zijn. Ieder slachtoffer is een gedupeerde, maar niet iedere gedupeerde is een slachtoffer. Het slachtoffer heeft bijzondere rechten op bescherming en informatie, ook als hij of zij niet als civiele eisende partij deelneemt aan het proces. Het recht op bescherming omvat begeleiding door een vertrouwenspersoon gedurende het strafproces, het vermijden van een con-

41. Artikelen 18 tot en met 24 van de Richtlijn (*PbEU* 2012, L 315).

frontatie met de verdachte en het (gedeeltelijk) achter gesloten deuren behandelen van de strafzaak als het belang van het slachtoffer daarom vraagt. Het slachtoffer heeft daarnaast recht op (gefinancierde) bijstand in het proces.

Als het slachtoffer als civiele eisende partij optreedt, wordt hij partij bij het strafproces en komen hem de rechten toe die horen bij een procespartij. Een slachtoffer kan als civiele eisende partij optreden als hij rechtstreeks schade heeft geleden door het misdrijf. Hieronder kunnen ook naasten of nabestaanden van het slachtoffer vallen, bijvoorbeeld met betrekking tot de zorgkosten als zij het slachtoffer hebben verzorgd. Zij hebben dan dezelfde rechten als het slachtoffer en kunnen ook als civiele eisende partij optreden. Komt het slachtoffer te overlijden, dan kunnen zijn rechtsopvolgers de rechten in het strafproces uitoefenen. Voor de vraag welke rechten zij kunnen uitoefenen, is bepalend welke rechten het slachtoffer ten tijde van zijn overlijden in het strafproces kon uitoefenen. Was hij op dat moment (nog) geen civiele eisende partij, dan zijn ook de nabestaanden dat niet. Als het slachtoffer door het strafbare feit is overleden, kunnen bepaalde in de wet genoemde nabestaanden ook hun eigen rechten, voor zover de wet hun die toekent, geldend maken in het strafproces. Het slachtoffer moet uitdrukkelijk verklaren dat hij als civiele eisende partij wil optreden, hetgeen hij tot aan de afsluiting van het vooronderzoek kan doen. De civiele eisende partij heeft de volgende rechten: het recht om door de rechter gehoord te worden, het recht op volledige toegang tot het dossier, het recht op advocatuurlijke bijstand, het recht op een tolk van dezelfde sexe, het recht op algemene informatie (welke rechten komen hem toe) en het recht op zaaksgebonden informatie (bijvoorbeeld informatie over de tenlastelegging, het eindigen van de voorlopige hechtenis en de niet verdere vervolging) en het spreekrecht. Daarnaast heeft de civiele eisende partij het recht om deel te nemen aan het strafproces, inclusief het voorbereidend onderzoek. Dit omvat het recht op (fysieke) aanwezigheid bij bewijsverrichtingen, het recht om daarbij zelf vragen te stellen, het recht om zelf bewijs aan te dragen en het recht om de autoriteiten te vragen om nadere onderzoeksactiviteiten te ontplooien. Het deelnamerecht van de civiele eisende partij kan in de praktijk voor problemen zorgen. Zo is de vraag hoe te werk moet worden gegaan in zaken met honderden particuliere klagers die in het vooronderzoek in de gelegenheid moeten worden gesteld aan alle verhoren deel te nemen. De civiele eisende partij kan bovendien vragen strafrechtelijk (conservatoir) beslag te leggen onder de verdachte.[42] Ten slotte kan hij in hoger beroep gaan tegen bijvoorbeeld een sepot of vrijspraak.

Slachtoffers van zedendelicten hebben in aanvulling op de bovengenoemde slachtofferrechten nog enkele specifieke rechten in het strafproces. Zij hebben

42. S. Heimgartner & D.R. Gfeller, 'Grundlagen des einstwilligen Rechtsschutzes im Adhasionsprozess', in: P. Breitschmid e.a. (red.), *Tatsachen, Verfahren, Vollstreckung, Festschrifft fur Isaak Meier*, Schulthess 2015, p. 324.

bijvoorbeeld het recht om niet geconfronteerd te worden met de verdachte. Ook hebben zij er recht op dat een ondervraging wordt gedaan door een persoon van hetzelfde geslacht. Ook minderjarige slachtoffers hebben bepaalde aanvullende rechten. Zo mag bij het verhoor van een minderjarige een vertrouwenspersoon aanwezig zijn en mag het verhoor alleen plaatsvinden in aanwezigheid van iemand met een psychologische opleiding. De verdediging mag de minderjarige niet rechtstreeks vragen stellen.

Met betrekking tot het recht van het slachtoffer op onderkenning van een eventuele beschermingsbehoefte (op basis van de Richtlijn[43]) geldt dat dit recht is opgenomen in de Zwitserse regelgeving, waarbij men de tekst van de Richtlijn woordelijk heeft gevolgd. Er is nog geen onderzoek voorhanden waaruit blijkt hoe dit recht in de praktijk wordt vormgegeven.

Een slachtoffer of nabestaande is in *Noorwegen* geen procespartij. Dit is alleen anders indien en voor zover het slachtoffer of de nabestaande zich in het strafproces heeft gevoegd met een vordering tot schadevergoeding. Sinds 2008 zijn de rechten van slachtoffers in het strafproces wettelijk uitgebreid, hetgeen sinds lange tijd een van de belangrijkste wijzigingen is geweest in de Noorse strafwetgeving. Zo kan een slachtoffer zich op kosten van de Staat laten bijstaan door een advocaat, onder meer in de gevallen waarin het slachtoffer door het delict letselschade heeft opgelopen. Het in 2016 verschenen wetsvoorstel tot invoering van een nieuw Wetboek van Strafvordering in Noorwegen breidt het aantal gevallen waarin het slachtoffer aanspraak kan maken op advocatuurlijke bijstand uit naar onder meer belaging en diefstal met geweld. Verder heeft het slachtoffer recht op kennisneming van de processtukken, tenzij dit in strijd is met het opsporingsbelang of met belangen van derden. Het slachtoffer heeft recht op informatie over het strafproces en over de vorderingen in het (opsporings)onderzoek, tenzij opsporingsbelangen zich daartegen verzetten. Het slachtoffer heeft verder het recht aanwezig te zijn bij zittingen, ook als het om een zitting achter gesloten deuren gaat, het recht om door de politie te worden gehoord, het recht om suggesties te doen voor het verkrijgen van aanvullend bewijs dat van belang is voor een strafrechtelijke veroordeling van de verdachte (inclusief het horen van getuigen), het recht om stukken aan het dossier toe te voegen die van belang kunnen zijn voor de strafrechtelijke veroordeling van de verdachte, het recht om een rechtsmiddel aan te wenden tegen bepaalde beslissingen van het openbaar ministerie, zoals de beslissing tot niet (verdere) vervolging. Slachtoffers hebben een spreekrecht ter zitting, en ook mag de vordering benadeelde partij ter zitting worden toegelicht.

43. Richtlijn (*PbEU* 2012, L 315).

Met betrekking tot het recht van het slachtoffer op onderkenning van een eventuele beschermingsbehoefte (op basis van de Richtlijn[44]) geldt dat dit recht is opgenomen in de Noorse regelgeving, waarbij men de tekst van de Richtlijn woordelijk heeft gevolgd. Er is nog geen onderzoek voorhanden waaruit blijkt hoe dit recht in de praktijk wordt vorm gegeven.

2.4 Mediation en het strafproces

Bij deze vraag kwam in het bijzonder aan de orde of een slachtoffer of het openbaar ministerie mediation kan initiëren, en of de strafrechter gebonden is aan de uitkomst van een dergelijke mediationprocedure.

In *Nederland* voorziet artikel 51h Sv in een regeling van herstelrechtvoorzieningen waaronder bemiddeling. Onder herstelrecht wordt, overeenkomstig de definitie in artikel 51a, eerste lid, onder d, Sv verstaan dat het slachtoffer en de verdachte in staat worden gesteld om deel te nemen aan een proces dat gericht is op het oplossen van de gevolgen van het strafbare feit, met behulp van een onpartijdige derde. Het openbaar ministerie dient bemiddeling tussen het slachtoffer en de verdachte te bevorderen. Vindt er bemiddeling plaats en leidt dat tot een vaststellingsovereenkomst tussen het slachtoffer en de verdachte, dan houdt de rechter daarmee rekening indien hij een straf of maatregel oplegt (artikel 51h, tweede lid, Sv). Ook kan een overeenkomst ertoe leiden dat het openbaar ministerie de zaak niet aanbrengt bij de strafrechter. Leidt het bemiddelingsproces niet tot een overeenkomst, dan wordt de zaak in de stand waarin deze zich bevond teruggestuurd aan het openbaar ministerie of de rechter.

België kent twee vormen van mediation of bemiddeling. Ten eerste de strafbemiddeling die het openbaar ministerie organiseert. Aan de hand van bemiddeling bereiken het parket en de verdachte een akkoord over een voorwaarde die de verdachte dient te vervullen. Deze voorwaarde kan bestaan uit het herstellen of vergoeden van de door het misdrijf veroorzaakte schade, na een bemiddeling met het slachtoffer over de schadevergoeding en de regeling ervan. Als er overeenstemming is tussen dader en slachtoffer over de vergoeding van de schade, en als deze correct is uitgevoerd, dan eindigt de strafvervolging. Deze strafbemiddeling kan alleen worden toegepast bij delicten waarop niet meer dan twee jaar gevangenisstraf staat. Dit verval van strafvervolging doet geen afbreuk aan de rechten van de gesubrogeerden in de rechten van het slachtoffer en aan de rechten van de slachtoffers die niet betrokken werden in de bemiddelingsprocedure. Ten aanzien van hen wordt de fout van de verdachte onweerlegbaar vermoed. In een eventueel navolgende burgerlijke procedure kan de fout niet meer worden betwist.

44. Richtlijn (*PbEU* 2012, L 315).

Ten tweede kent België de bemiddeling waarbij het openbaar ministerie niet participeert, en die losstaat van de strafprocedure. Deze vorm van bemiddeling heeft ook geen invloed op de vervolging(sbeslissing). De laatstgenoemde variant is de zogenoemde 'slachtoffer-daderbemiddeling', waarbij het slachtoffer en de dader onder begeleiding van een neutrale derde in gesprek gaan over de gepleegde feiten met de bedoeling om tot herstel van de geleden schade te komen, zowel in moreel als in financieel opzicht. Deze vorm van bemiddeling heeft geen rechtstreekse gevolgen voor de afhandeling op strafrechtelijk gebied. De slachtoffer-daderbemiddeling biedt het slachtoffer buiten de strafprocedure een actieve rol aan in de verwerking van het herstel van het gepleegde misdrijf. Aan deze vorm van bemiddeling is in 2005 een wettelijk kader gegeven, dat inhoudt dat elke persoon die een onmiddellijk belang heeft bij de gerechtelijke procedure in alle fasen van de strafrechtspleging een beroep kan doen op de slachtoffer-daderbemiddeling. Artikel 3bis Voorafgaande Titel Sv geeft de volgende definitie van slachtoffer-daderbemiddeling:

> '(…) een proces dat aan personen in conflict toelaat om, als zij er vrijwillig mee instemmen, actief en in alle vertrouwelijkheid deel te nemen aan het oplossen van moeilijkheden die voortvloeien uit een misdrijf, met de hulp van een neutrale derde en gegrond op een bepaalde methodologie. Ze heeft tot doel de communicatie te vergemakkelijken en partijen te helpen zelf te komen tot een akkoord inzake de nadere regels en voorwaarden die tot pacificatie en herstel kunnen leiden.'

De gerechtelijke autoriteiten moeten het slachtoffer informeren over de mogelijkheid tot herstelbemiddeling. Het slachtoffer moet vervolgens zelf het initiatief nemen tot een herstelbemiddelingsprocedure. De slachtoffer-daderbemiddeling wordt gekenmerkt door vertrouwelijkheid, vrijwilligheid en neutraliteit. De vertrouwelijkheid brengt mee dat partijen slechts elementen van de bemiddeling aan de rechter meedelen indien en voor zover zij daarmee beiden akkoord gaan. De vertrouwelijkheid van de bemiddeling wordt voorts gegarandeerd door het beroepsgeheim waartoe de bemiddelaar gehouden is. Het begrip vrijwilligheid houdt in dat partijen op elk moment de herstelbemiddeling kunnen beëindigen. Het aspect 'neutraliteit' verplicht de bemiddelaar om een onpartijdige houding aan te nemen jegens de betrokken partijen. Deze slachtoffer-daderbemiddeling staat zoals opgemerkt los van de strafrechtelijke procedure en is niet gebonden aan een bepaalde fase van die procedure. De bemiddeling kan plaatsvinden in de fase van het vooronderzoek, in de fase van het onderzoek ter terechtzitting, maar ook in de executiefase. Het openbaar ministerie is hier niet bij betrokken; het is uitsluitend een kwestie tussen het slachtoffer en de verdachte, die buiten de strafprocedure tot een overeenkomst kunnen komen.

De slachtoffer-daderbemiddeling heeft geen invloed op de vervolging(sbeslissing). De strafrechter hoeft evenmin rekening te houden met de uitkomst van de slachtoffer-daderbemiddeling, en is daar ook niet aan gebonden. Wel kunnen rechters met de uitkomst van de bemiddeling rekening houden bij de strafmaat, maar of dat gebeurt hangt af van de welwillendheid van de betreffende strafrechter. Indien de slachtoffer-daderbemiddeling leidt tot een overeenkomst tot vergoeding van de volledige schade, dan zal dit wel invloed hebben op het oordeel van de strafrechter over de vordering tot schadevergoeding van het slachtoffer.

Frankrijk kent twee soorten mediation die een alternatief vormen voor de strafprocedure. Ten eerste de officiële mediation die geregeld is in de wet. Deze vorm wordt vooral gebruikt bij de minder ernstige delicten. Deze mediation wordt geïnitieerd door het openbaar ministerie, op verzoek of met instemming van het slachtoffer. Een politieambtenaar treedt bij deze vorm vaak op als mediator, en heeft daartoe een eigen kantoor dichtbij het gerechtsgebouw. Als de mediation leidt tot een overeenkomst tussen slachtoffer en dader, wordt deze op schrift gesteld en ondertekend, waarna het openbaar ministerie in kennis wordt gesteld van de overeenkomst. De verdachte wordt dan in de regel niet meer strafrechtelijk vervolgd, tenzij de verdachte geen uitvoering geeft aan de overeenkomst. Dan kan het openbaar ministerie alsnog de vervolging starten.

De tweede vorm van mediation betreft de reparatoire mediation, die niet wettelijk is geregeld. Ook deze mediation wordt alleen gebruikt voor de minder ernstige delicten, met een gevangenisstraf van vijf jaar of minder. Als deze mediation leidt tot een overeenkomst tussen verdachte en slachtoffer, volgt geen strafrechtelijke vervolging meer. De mediationovereenkomst kan net als in België ook excuses omvatten. Mediation wordt ook gebruikt bij huiselijk geweld. Als slachtoffer en verdachte buiten deze vormen van mediation tot een vergelijk komen, dan is noch het openbaar ministerie noch de strafrechter daaraan gebonden.

In *Duitsland* is slachtoffer-daderbemiddeling ('Täter-Opfer-Ausgleich', hierna ook wel 'mediation' genoemd) een zelfstandig buitengerechtelijk instrument om conflicten op te lossen. Het is ontstaan in de jaren tachtig en is sinds 1999 wettelijk in het straf(proces)recht en het jeugdrecht verankerd. Het doel van de mediation is herstel van de gevolgen van het misdrijf. Dit omvat zowel emotioneel als financieel herstel. Het vergoeden van materiële en immateriële schade kan derhalve ook onderdeel uitmaken van de in het kader van de mediation te maken afspraken. De mediation maakt geen deel uit van de strafprocedure. Wel is, anders dan in Nederland, wettelijk voorgeschreven dat de rechter steeds een dergelijk vergelijk moet beproeven. Een succesvolle afsluiting van de mediation kan invloed hebben op de uitkomst van de strafprocedure. Volgens sommige auteurs levert een geslaagde bemiddeling een *Verfahrenshindernis* op, te vergelijken met een vervolgingsuitslui-

tingsgrond. Volgens andere auteurs heeft een geslaagde bemiddeling geen dermate verregaande consequentie, maar kan het voor de verdachte wel gunstig doorwerken in de straftoemeting.[45] De rechter en het openbaar ministerie zijn niet gebonden aan de uitkomst van de mediation maar zij hebben wel de bevoegdheid de uitkomst mee te nemen in hun beslissingen. Slachtoffer-daderbemiddeling kan worden geïnitieerd door de rechtbank, het openbaar ministerie, de verdachte of het slachtoffer. In de praktijk is het vaak het openbaar ministerie dat het initiatief ertoe neemt, en in sommige gevallen de rechtbank. De mediation wordt begeleid door een publieke organisatie of een gespecialiseerde private organisatie. In beide gevallen hebben deze organisaties een mandaat van de rechtbank of het openbaar ministerie. Na afloop van de mediation informeert de bij de mediation betrokken organisatie de rechtbank of het openbaar ministerie over de uitkomst ervan. De mediation hoeft niet noodzakelijkerwijs begeleid te worden door een tot mediator opgeleid persoon, hoewel dat wel de voorkeur verdient. De mediation kan ook plaatsvinden onder leiding van een advocaat of zelfs zonder professionele bemiddeling. Vereist is slechts dat een communicatieproces op gang komt met 'herstel' als doel. Het communicatieproces kan verschillende vormen aannemen. Van belang is dat het slachtoffer instemt met de mediation, en dat de verdachte de verantwoordelijkheid voor de daad op zich wil nemen. Het openbaar ministerie en de rechter moeten toetsen of de mediation van beide zijden vrijwillig heeft plaatsgevonden en welke gevolgen de gemaakte afspraken hebben voor de strafvervolging of de hoogte van de straf. Het aantal mediations in Duitsland is al jaren stabiel. Het wordt het meest gebruikt in zaken waarbij jeugdige daders betrokken zijn. Mediation kan ook toegepast worden in zaken van huiselijk geweld en de zwaardere delicten. Bij de zwaardere delicten gepleegd door volwassenen is mediation geen alternatief voor straf, maar een succesvolle mediation kan wel strafverminderend werken, en kan het bijdragen aan het herstel van de 'rechtsvrede'.

Zwitserland kent een beperkte mogelijkheid van mediation in het volwassenenstrafrecht. Als het gaat om delicten die alleen vervolgd worden bij een klacht, kan het openbaar ministerie de klager en de beklaagde uitnodigen voor een zitting, met als doel om een regeling te treffen. Ook bij bepaalde andere delicten waar het slachtoffer schade heeft geleden kan het openbaar ministerie slachtoffer en verdachte op een zitting laten verschijnen met als doel buiten rechte een regeling over de schadevergoeding te treffen. Als een overeenkomst tot stand komt, wordt deze toegevoegd aan het strafdossier en beëindigt het openbaar ministerie de strafvervolging. Komt er geen overeenkomst tot stand, dan zet het openbaar ministerie de strafvervolging onmiddellijk voort.

45. Zie het ook in dit boek opgenomen landenrapport over Duitsland door P.A.M. Mevis.

Naast de bovengenoemde mediation die is ingekaderd in het strafproces, staat het partijen vrij om daarbuiten met de hulp van mediators hun conflict op te lossen. Het openbaar ministerie en de rechter zijn aan de uitkomsten daarvan niet gebonden. Ook in het jeugdstrafrecht kan mediation plaatsvinden. Het Zwitserse parlement heeft tegen een voorstel gestemd dat voorzag in een uitbreiding van mediation naar andere zaken. Dit had voornamelijk financiële redenen. De parlementaire discussie hierover zal waarschijnlijk worden voortgezet bij de evaluatie van de mediation in het jeugdstrafrecht.

Noorwegen kent een 'Conflict Resolution Board' waarnaar het openbaar ministerie kan doorverwijzen met als doel via mediation een overeenkomst tot stand te brengen tussen slachtoffer en verdachte. Voor een doorverwijzing is noodzakelijk dat uit het opsporingsonderzoek naar voren is gekomen dat de verdachte schuldig is en dat beide partijen instemmen met mediation. Daarnaast moet de casus geschikt zijn voor mediation. In de praktijk worden ernstige misdrijven niet geschikt bevonden voor mediation. Mediation wordt evenmin gebruikt voor delicten van huiselijk geweld. Excuses kunnen onderdeel uitmaken van de overeenkomst die het resultaat is van de mediation. De overeenkomst is bindend voor het openbaar ministerie, die na de overeenkomst niet meer kan vervolgen, tenzij de overeenkomst niet wordt nageleefd. Indien er na de mediation geen overeenkomst tot stand komt, kan het openbaar ministerie ook vervolgen. Indien slachtoffer en verdachte buiten de bovengenoemde mogelijkheid tot mediation tot een vergelijk komen, dan zijn openbaar ministerie en de rechter daaraan niet gebonden.

2.5 Het slachtoffer als procespartij

In de workshop tijdens het rechtsvergelijkende congres hebben de deelnemers over deze vraag van gedachten gewisseld, waarbij de aandacht uitging naar ervaringen in landen met de rol van het slachtoffer als procespartij, bijvoorbeeld in de hoedanigheid van *private prosecutor* of *Nebenkläger*.

Aan het slachtoffer komt in het *Nederlandse* stelsel geen particulier vervolgingsrecht toe. Het vervolgingsrecht is exclusief voorbehouden aan het openbaar ministerie. De motieven voor het afwijzen van een particulier vorderingsrecht worden ook nu nog onderschreven, en er is geen actuele discussie die een fundamentele wijziging op dit punt bepleit. In de voorliggende wetsvoorstellen voor de wijziging van het Wetboek van Strafvordering wordt in het exclusieve vervolgingsrecht van het openbaar ministerie geen verandering gebracht. Wel wordt benadrukt dat het openbaar ministerie zich in elke zaak uitdrukkelijk rekenschap moeten geven van de belangen van het slachtoffer, ook waar het gaat om de vervolgingsbeslissing.[46]

46. *Kamerstukken II* 2004/05, 30143, 3, p. 7; Corstens & Borgers 2018, p. 95.

In *België* heeft het slachtoffer wel een particulier vervolgingsrecht. Een slachtoffer kan zich rechtstreeks wenden tot de onderzoeksrechter en op die manier de strafvervolging in werking stellen. Daarnaast kan het slachtoffer zelf de verdachte voor de zittingsrechter dagvaarden. Deze bevoegdheden van het slachtoffer zijn de laatste jaren aan kritiek onderhevig. De eigen vervolgingsmogelijkheid van het slachtoffer leidt in de praktijk niet tot veel veroordelingen. Het leidt ook niet automatisch tot een proceskostenveroordeling van het slachtoffer. Wel kan de verdachte via het civiele recht een schadevergoeding van het slachtoffer vorderen als de door het slachtoffer geïnitieerde vervolging roekeloos heeft plaatsgevonden. De wijziging in de bevoegdheden van het slachtoffer, in die zin dat het vervolgingsmonopolie weer bij het openbaar ministerie komt te liggen, is politiek echter een gevoelig onderwerp.

Ook in *Frankrijk* heeft het slachtoffer zelf een vervolgingsrecht. Dat werkt in de praktijk naar tevredenheid. Bij vijf categorieën delicten kan het slachtoffer bovendien rechtstreeks de verdachte voor de strafrechter dagvaarden. Er is geen actuele discussie over een fundamentele wijziging van dit vervolgingsrecht van het slachtoffer. Wel is in Frankrijk kritiek te beluisteren op de burgerlijke partijstelling, omdat deze tot vertraging zou leiden in het strafrechtelijk onderzoek. De benutting van de mogelijkheden om aan het onderzoek deel te nemen lijken in zeker opzicht meer te worden benut om mee te werken aan de vervolging van de verdachte, dan vanuit het formele doel van schadevergoeding of herstel.[47]

In *Duitsland* is het vervolgingsrecht niet exclusief voorbehouden aan het openbaar ministerie. Het slachtoffer heeft bij een aantal delicten een particulier vervolgingsrecht (*Privatklage*). Bij de ernstige delicten heeft het openbaar ministerie het vervolgingsmonopolie. Daarnaast kan het slachtoffer zich via de procedure van de *Nebenklage* bij de *Anklage* van het openbaar ministerie *aansluiten*. Deze voeging als aanklagende partij kan alleen plaatsvinden bij bepaalde in de wet omschreven delicten. De *Nebenkläger* heeft een veelheid van processuele rechten en kan ook zelfstandig rechtsmiddelen instellen. Het ligt niet in de lijn der verwachting dat de *Privatklage* wordt uitgebreid. Duitsland ervaart in de praktijk problemen met de steeds grotere rol die slachtoffers in het strafproces innemen. Dit klemt in Duitsland temeer omdat het slachtoffer meerdere advocaten kan nemen. In Duitsland overweegt men om die reden in zaken met meerdere slachtoffers te werken met één coördinerende advocaat voor alle slachtoffers. Meer in zijn algemeenheid geldt dat net als in Nederland de ontwikkeling van de positie van het slachtoffer in Duitsland ook wel kritiek heeft uitgelokt.[48]

47. Zie de bijdrage over Frankrijk van P.A.M. Verrest in deze bundel.
48. Zie voor een kritische analyse van het Duitse recht ter zake in het bijzonder (de bijdragen in): Barton/Kölbel (red.), *Ambivalenzen der Opferzuwendung des Strafrechts*, 2012.

In *Zwitserland* kan het slachtoffer partij zijn in de strafprocedure. Er is op dit moment geen maatschappelijk debat om de positie van het slachtoffer fundamenteel te herzien en het slachtoffer een rol als *Nebenkläger* te geven.

In *Noorwegen* bestaat de mogelijkheid voor een slachtoffer om, indien aan bepaalde voorwaarden is voldaan, een private vervolging in te stellen in gevallen waarin vervolging door het openbaar ministerie uitblijft (*privat straffesak*). In de praktijk wordt van deze mogelijkheid nauwelijks gebruikgemaakt. In het wetsvoorstel tot invoering van een nieuw Wetboek van Strafvordering in Noorwegen wordt dit recht van private vervolging afgeschaft. Het slachtoffer is in *Noorwegen* geen partij in het strafproces maar wel een procesdeelnemer die uitgebreide rechten heeft. Net als in Duitsland lijkt de opvatting te heersen dat het slachtoffer te veel ruimte inneemt in het strafproces, in het bijzonder vanwege de bevoegdheid van het slachtoffer om getuigen te horen en het recht om onderzoekswensen te uiten. Men verwacht in de toekomst dan ook eerder een inperking dan een verdere uitbreiding van de slachtofferrechten. Bij misdrijven waarbij meerdere slachtoffers betrokken zijn, proberen de autoriteiten in het kader van de proceseconomie te werken met één coördinerende advocaat voor alle slachtoffers.

3 Conclusies en vergelijkende notities

In de bestudeerde landen bestaan onderling veel gelijkenissen als het gaat om de rechten van slachtoffers van misdrijven in het strafproces. Deels heeft dat te maken met de uniformerende werking van de Richtlijn tot vaststelling van minimumnormen voor de rechten, de ondersteuning en de bescherming van slachtoffers van strafbare feiten, die de betrokken landen in hun regelgeving hebben geïmplementeerd. Anderzijds bestaan er ook belangrijke verschillen tussen de landen als het gaat om de positie die een slachtoffer in het strafproces inneemt. Zo heeft het slachtoffer in België, Frankrijk en Duitsland in bepaalde zaken een particulier vervolgingsgrecht. In Nederland berust het vervolgingsrecht in alle zaken exclusief bij het openbaar ministerie. Daarnaast zijn er verschillen in de hoedanigheid die het slachtoffer in het strafproces kan innemen. In België, Frankrijk en Zwitserland kan het slachtoffer als procespartij (en niet alleen als procesdeelnemer) aan het proces deelnemen. Afhankelijk van die positie is een slachtoffer in meer of mindere mate in staat om mede sturing te geven aan het strafrechtelijk onderzoek, zowel in de voorfase als in de fase van het onderzoek ter terechtzitting. Daarnaast zijn er wettelijke en praktische verschillen in de manier waarop de strafrechter omgaat met de vordering tot schadevergoeding van het slachtoffer. Verschillen bestaan er ook in de mogelijkheden voor een slachtoffer om een rechtsmiddel aan te wenden tegen de uitspraak van de strafrechter waarbij zijn vordering niet of maar gedeeltelijk is toegewezen. Ook met betrekking tot de mogelijkheid voor een slachtoffer om naar de civiele rechter te gaan als zijn vordering door de strafrechter niet is toege-

wezen, vertonen de landen onderling verschillen. Als het gaat om herstelbemiddeling in het kader van het strafproces, kennen alle bestudeerde landen wettelijk geregelde voorzieningen voor mediation tussen het slachtoffer en de verdachte. Er zijn wel onderlinge verschillen als het gaat om gebondenheid van het openbaar ministerie en de rechter aan de uitkomsten van de mediation.

Mogelijkheden van schadeverhaal in het strafproces
In alle landen kan het slachtoffer een vordering tot schadevergoeding indienen in het strafproces. In België en Zwitserland kunnen ook regresnemers een vordering tot schadevergoeding indienen in het strafproces. De kring van voegingsgerechtigden is in deze landen dus aanzienlijk ruimer dan in Nederland. Met uitzondering van Duitsland gelden in alle bestudeerde landen voor de beoordeling van deze vordering in het strafproces de maatstaven van het materiële burgerlijke recht. In Duitsland geldt voor het strafproces een autonome schadebegroting, die op bepaalde punten (ten gunste van het slachtoffer) afwijkt van het civielrechtelijke beoordelingskader. In alle landen, met uitzondering van België, heeft de strafrechter de mogelijkheid om de vordering tot schadevergoeding buiten beschouwing te laten als de beoordeling een onevenredige belasting voor het strafproces meebrengt. In België moet de strafrechter oordelen over de schadevergoedingsvordering. Hij kan deze vordering niet vanwege (bijvoorbeeld) een onevenredige belasting van het strafproces niet-ontvankelijk verklaren en het slachtoffer naar de burgerlijke rechter verwijzen. Het slachtoffer kan door het instellen van de civiele vordering in het strafproces de strafrechter aldus dwingen om het 'burgerlijk luik' er in extenso bij te nemen. In de andere landen geldt net als in Nederland dat de strafrechter deze verplichting niet heeft, maar de vordering niet-ontvankelijk kan verklaren als het strafproces wordt overschaduwd door de civiele vordering. Het slachtoffer kan dan de vordering bij de civiele rechter aanbrengen. Hoewel in deze landen, net als in Nederland, in theorie ook complexe schades in het strafproces beoordeeld kunnen worden, leert de praktijk in Duitsland en Zwitserland dat de strafrechter deze schades doorverwijst naar de civiele rechter. Deze worden dus in de praktijk niet of nauwelijks inhoudelijk beoordeeld door de strafrechter. In dat opzicht kennen Duitsland en Zwitserland dezelfde problematiek als Nederland.

In Frankrijk en Noorwegen is de praktijk anders. Daar heeft de strafrechter weliswaar wettelijk gezien de mogelijkheid de vordering vanwege complexiteit niet-ontvankelijk te verklaren of af te wijzen, maar in de praktijk gebeurt dat zelden. De reden daarvoor kan gelegen zijn in de omstandigheid dat in Frankrijk gespecialiseerde strafrechters worden ingezet op zaken met (complexe) schadevergoedingsvorderingen. Dat geldt ook voor Noorwegen, waar strafrechters tevens civiele rechter zijn en om die reden veel civielrechtelijke bagage hebben. De praktijk in Frankrijk en Noorwegen en de wettelijke regeling in België kunnen ervoor pleiten de Nederlandse praktijk zodanig in te richten dat de beoordeling van de civiele

vordering in het strafproces plaatsvindt in een speciale schadevergoedingskamer,[49] of dat civiele expertise wordt betrokken bij de behandeling van de schadevordering in het strafproces.[50]

Mogelijkheden van schadeverhaal voor het slachtoffer als de vordering tot schadevergoeding door de strafrechter niet (geheel) is toegewezen

In Zwitserland, België en Frankrijk kan het slachtoffer zelfstandig, onafhankelijk van het openbaar ministerie en de verdachte, hoger beroep instellen tegen het vonnis van de strafrechter. In België en Frankrijk kan het slachtoffer dat alleen als er een straf of maatregel is opgelegd en de vordering tot schadevergoeding niet (geheel) is toegewezen. In Zwitserland kan het slachtoffer ook zelfstandig appel instellen als de verdachte is vrijgesproken. Duitsland en Noorwegen kennen net als het huidige Nederlandse recht geen zelfstandige appelmogelijkheid voor het slachtoffer. Het slachtoffer kan in die landen wel meeliften met een door het openbaar ministerie en/of de verdachte ingesteld hoger beroep.

Alle bestudeerde landen kenden buiten het strafproces ook andere compensatiemogelijkheden voor het slachtoffer. Zo bieden alle bestudeerde landen, met uitzondering van België, ruime mogelijkheden om naar de civiele rechter te gaan als de vordering in het strafproces niet (geheel) is toegewezen. Deze mogelijkheid is er ook in geval van een strafrechtelijke vrijspraak. In België zijn de mogelijkheden in dat geval beperkt. Daarnaast bestaat er in de bestudeerde landen, in ieder geval in Zwitserland, België, Frankrijk en Noorwegen de mogelijkheid van een tegemoetkoming in de schade door een door de overheid in stand gehouden fonds, dat dezelfde karaktertrekken vertoont als het Schadefonds Geweldsmisdrijven. Duitsland kent bovendien al geruime tijd voor schade door terrorisme een overheidscompensatie voor slachtoffers, die plaatsvindt buiten het straf- en civiele proces om.

Rechten van het slachtoffer in de fase voorafgaand aan het onderzoek ter terechtzitting

In de bestudeerde landen hebben slachtoffers in de fase voorafgaand aan het onderzoek ter terechtzitting de rechten die genoemd zijn in de Richtlijn. In aanvulling daarop kennen Frankrijk, Zwitserland en België nog een verdergaand recht, namelijk dat het slachtoffer de autoriteiten kan vragen om aanvullende onderzoeksactiviteiten te ontplooien. In Zwitserland moet het slachtoffer daarvoor de hoedanigheid van Privatkläger hebben, in België de hoedanigheid van burgerlijke partij. In Noorwegen kan het slachtoffer vragen om getuigen te horen in het strafproces.

49. Zoals de NVvR heeft geadviseerd in haar brief van 20 augustus 2018, p. 33-34.
50. Analoog aan hetgeen de minister voor Rechtsbescherming in zijn beleidsbrief van 26 juni 2018 heeft bepleit voor het zelfstandig hoger beroep van het slachtoffer (*Kamerstukken II* 2017/18, 33552, 49, p. 4).

Met de bevoegdheid tot het laten verrichten van onderzoeksactiviteiten kan het slachtoffer mede sturing geven aan het onderzoek in de voorfase. Daarnaast is het slachtoffer in België als burgerlijke partij een participant in het strafproces die volledig kan deelnemen aan alle aspecten van het strafrechtelijke debat. In België, Frankrijk en Zwitserland en in beperkte mate Noorwegen heeft het slachtoffer aldus ten opzichte van Nederland een veel steviger positie in zowel de fase voorafgaand aan het onderzoek ter zitting, als op de zitting zelf.

Het recht op onderkenning van een eventuele beschermingsbehoefte als bedoeld in de Richtlijn is inmiddels ook verankerd in de regelgeving van de bestudeerde landen.[51] Dit recht heeft in deze landen, met uitzondering van België, nog geen concrete invulling gekregen. In België kan het slachtoffer door de onderzoeksrechter worden gehoord met het oog op de specifieke beschermingsbehoeften.

Mediation en het strafproces
Alle bestudeerde landen kennen wettelijk geregelde voorzieningen voor mediation (herstelbemiddeling) tussen het slachtoffer en de verdachte in het kader van het strafproces. In alle landen fungeert het openbaar ministerie als een belangrijke schakel bij het informeren van slachtoffer en dader over de mogelijkheden van herstelbemiddeling, en bij het initiëren van de bemiddeling. In Noorwegen, Zwitserland en België is het openbaar ministerie gebonden aan een vaststellingsovereenkomst tussen verdachte en slachtoffer die het resultaat is van een geslaagde mediation. In de andere landen geldt dat een geslaagde mediation, voor zover deze heeft plaatsgevonden in het kader van het strafproces, niet bindend is, maar wel invloed kan hebben op de beslissing van het openbaar ministerie de verdachte verder te vervolgen. Ook kan de strafrechter bij het opleggen van een straf of maatregel rekening houden met de uitkomsten van de mediation. In de bestudeerde landen bestaan ook vormen van mediation die niet zijn ingekaderd in het strafproces. De uitkomsten daarvan zijn niet bindend voor het openbaar ministerie en de rechter.

Het slachtoffer als procespartij
De positie van het slachtoffer in het strafproces verschilt per deelnemend land. In de landen waar het slachtoffer een positie van procesdeelnemer heeft, is geen discussie gaande over de fundamentele wijziging van die positie. In enkele landen waar het slachtoffer een rol als procespartij heeft of over een particulier vervolgingsrecht beschikt, vindt debat plaats over de handhaving daarvan. Zo ligt in België momenteel een wetsvoorstel voor waarin het vervolgingsmonopolie weer exclusief bij het openbaar ministerie komt te rusten. In Duitsland en Noorwegen gaan er in de praktijk kritische geluiden op over de steeds groter wordende rol van het slachtoffer in het strafproces. In Noorwegen ziet die kritiek in het bijzonder op

51. Artikelen 18 tot en met 24 van de Richtlijn (*PbEU* 2012, L 315).

de bevoegdheid van het slachtoffer om getuigen te horen en het recht om onderzoekswensen te uiten. Op basis daarvan ligt het niet in de lijn der verwachting dat de in deze landen bestaande positie van het slachtoffer verder wordt uitgebreid.

De betrokkenheid van de rechter bij de tenuitvoerlegging van straffen

Prof. mr. S. Struijk

1 Inleiding

Bij een omvangrijk en existent wetswijzigingsproject als dat van de huidige Modernisering van het Wetboek van Strafvordering is het alleszins aangewezen om de regeling omtrent de tenuitvoerlegging van strafrechtelijke sancties nader te doordenken. Daarmee samenhangend is het ook alleszins aangewezen om – wederom – stil te staan bij de meest wenselijke rol van de rechter in dezen. Met het nieuwe Wetboek van Strafvordering wordt immers mede beoogd een duidelijke regeling te scheppen van de positie en bevoegdheden van de verschillende procesdeelnemers.[1]

Een eerste en direct ook een wezenlijke uitkomst daarvan is de Wet herziening tenuitvoerlegging strafrechtelijke beslissingen, gepubliceerd in het Staatsblad maar nog niet in werking getreden.[2] Afgezien van nieuwe regelingen met betrekking tot schadevergoeding en kennisgeving van gerechtelijke mededelingen, behelst deze wet een gewijzigde inhoud van Boek 6 van het Wetboek van Strafvordering, onverkort getiteld 'Tenuitvoerlegging'. De modernisering van dit boek, dat overigens naar de laatste stand van zaken uiteindelijk het nieuwe Boek 8 zal zijn, is er in gelegen dat voortaan dat deel van de tenuitvoerlegging in het Wetboek van Strafvordering wordt geregeld dat, naar het oordeel van de wetgever, daarin thuishoort. Dit betreft dan met name de 'externe' kant van die tenuitvoerlegging.[3] Gedurende de parlementaire behandeling van dit wetsvoorstel is veel aandacht uitgegaan naar de gewijzigde positie en bevoegdheden van het openbaar ministerie en de minister van Justitie en Veiligheid (hierna: minister).

1. *Kamerstukken II* 2017/18, 29279, 395, p. 1.
2. Wet van 21 februari 2017, *Stb.* 2017, 82.
3. P.A.M. Mevis e.a. (red.), *Parlementaire Geschiedenis Modernisering Wetboek van Strafvordering. Tenuitvoerlegging*, Den Haag: Boom juridisch 2018, p. 9.

Van oudsher is de tenuitvoerlegging van rechterlijke beslissingen primair een taak van het openbaar ministerie, wettelijk verankerd in artikel 553 Sv. Op grond van dezelfde wetsbepaling kan de tenuitvoerlegging echter eveneens geschieden door de minister, op voordracht van het openbaar ministerie. De wetgever bezag die onderlinge taakverdeling zodanig dat het openbaar ministerie zorgdraagt voor de tenuitvoerlegging, tenzij het dit overlaat aan de minister dan wel aan landelijke diensten die onder de verantwoordelijkheid van de minister ressorteren.[4] In de praktijk heeft dit laatste zich in sterk toenemende mate voorgedaan. Diegenen die thans werkzaam of anderszins betrokken zijn bij de tenuitvoerlegging van taakstraffen, geldboetes, gevangenisstraffen of andere sancties worden dagelijks geconfronteerd met velerlei, met afkorting aangeduide diensten die (deels) onder het ministerie vallen. Te denken valt daarbij aan de Dienst Justitiële Inrichtingen (DJI), de Centrale Voorziening voorwaardelijke invrijheidstelling (CVv.i.) en het Centraal Justitieel Incassobureau (CJIB). Door deze dagelijkse praktijk en taakuitvoering is de strafexecutie minst genomen een door het openbaar ministerie en de minister gedeelde verantwoordelijkheid geweest, hetgeen de wettekst van artikel 553 Sv in belangrijke mate terzijde heeft doen stellen.[5]

Ter formalisering van deze dagelijkse praktijk en taakuitvoering bij de strafexecutie behelst de voornoemde Wet herziening tenuitvoerlegging strafrechtelijke beslissingen een fundamentele omslag in de zeggenschap over die strafexecutie. In het hierin neergelegde artikel 6:1:1 Sv (nieuw) wordt in het eerste lid bepaald dat de tenuitvoerlegging van rechterlijke beslissingen en strafbeschikkingen geschiedt door de minister. In het tweede lid wordt voorts bepaald dat het openbaar ministerie daartoe de beslissing verstrekt, waarbij tevens op grond van artikel 6:1:10 Sv (nieuw) advies kan worden gegeven aan de minister over tijdens de tenuitvoerlegging te nemen besluiten. De verantwoordelijkheid voor de strafexecutie komt derhalve bij de minister te liggen, met (louter) een adviserende rol voor het openbaar ministerie. Eerst indien de executie van een opgelegde sanctie problematisch verloopt en ingrijpen geboden is, verkrijgt het openbaar ministerie weer enige zeggenschap. Bijvoorbeeld bij de beslissing tot het al of niet bij de rechter indienen van een vordering tot tenuitvoerlegging van een voorwaardelijk opgelegde sanctie of een vordering tot tenuitvoerlegging van de vervangende hechtenis in het kader van een opgelegde taakstraf.

4. *Kamerstukken II* 1994/95, 24263, 3, p. 20. Zie nader over deze taakverdeling en de constitutionele verhouding S. Meijer, *Openbaar ministerie en tenuitvoerlegging* (diss. Tilburg), Nijmegen: Wolf LP 2012 en voorts over de veranderingen voor het openbaar ministerie met de Wet herziening tenuitvoerlegging strafrechtelijke beslissingen, S. Meijer, 'De veranderende rol van het Openbaar Ministerie bij de sanctie-uitvoering', *Strafblad* 2018/18.
5. P.C. Vegter, 'Het Openbaar Ministerie en de executie van de gevangenisstraf', in: *Straffen in Gerechtigheid* (*Jonkers-bundel*), Arnhem 1987, p. 169.

Voor de rechter schept de Wet herziening tenuitvoerlegging strafrechtelijke beslissingen eveneens een nieuwe, adviserende rol en bevoegdheid. Op grond van artikel 6:1:1, derde lid, Sv (nieuw) voegt het openbaar ministerie bij zijn beslissing, in voorkomende gevallen, het advies van de rechter omtrent de tenuitvoerlegging. Dit betreft dan de strafopleggende rechter, wiens wettelijke bevoegdheden in het kader van de tenuitvoerlegging van door hem opgelegde sancties van oudsher betrekkelijk beperkt zijn.[6] De keuze voor zo min mogelijk rechterlijke bemoeienis met de strafexecutie werd eerst en vooral gemaakt ten tijde van de parlementaire behandeling van het wetsvoorstel voor de Beginselenwet gevangeniswezen 1951. In het licht van de met deze wet toenemende mogelijkheden tot differentiatie in de tenuitvoerlegging van de vrijheidsstraf, werd door voorstanders van de rechter als geëigende autoriteit in dezen beargumenteerd dat de differentiatie- en locatiekeuze tevens de zwaarte van de straf zou bepalen. Die keuze zou in hun optiek derhalve niet aan de administratie moeten worden overgelaten, uit vrees dat hierdoor het karakter en de duur van de door de rechter beoogde straf zou kunnen worden doorkruist.[7] De toenmalige regering pareerde deze vrees door te stellen dat het doel van het nieuwe differentiatiestelsel er uitsluitend in lag om die gedetineerden bijeen te brengen die bij elkaar pasten en dat een regimesdifferentiatie weliswaar verschil kon maken in de zwaarte van de straf maar dat dit aan het karakter van de straf niet af deed.[8] Als uitkomst van deze fundamentele discussie over de taakverdeling tussen rechter en administratie – een discussie die is geduid als één tussen principe en efficiency[9] – werd het pleit beslecht ten gunste van de administratie, ressorterend onder de minister.[10]

Het is tegen die achtergrond in ons strafvorderlijk systeem de rechter die de modaliteit en zwaarte van de sanctie bepaalt en het is het openbaar ministerie dan wel de minister die vervolgens de geografische en inhoudelijke inrichting van de tenuitvoerlegging van die sanctie bepaalt. Het openbaar ministerie is in het verleden om die reden ook wel aangeduid als een verlengstuk van de rechter bij de executie van straffen, zelfs een 'hulpapparaat van de rechter'.[11] In de afgelopen decennia heeft evenwel het almaar uitdijend sanctiestelsel met vrijheidsbenemende en vrijheidsbeperkende sancties en de eveneens sterk toenemende differentiatiemogelijkheden in de executie daarvan, bij voortduring de vraag doen rijzen of de rechter

6. Onder meer uiteengezet in J.P. Balkema, 'Strafrechter en vrijheidsbeneming', in: E.R. Muller & P.C. Vegter (red.), *Detentie*, Alphen aan den Rijn: Kluwer 2005, p. 87-98. Zie ook M. Boone et al., *De tenuitvoerlegging van sancties: maatwerk door de rechter?*, Pompe-reeks nr. 53, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2009, met name hoofdstuk 4.
7. *Kamerstukken II* 1949/50, 1189, 4, p. 16.
8. *Kamerstukken II* 1950/51, 1189, 5, p. 22 en *Handelingen II* 1951/52, 1189, p. 59.
9. J.P. Balkema, 'Boekbespreking van S. Meijer, *Openbaar ministerie en tenuitvoerlegging* (diss. Tilburg)', in: *DD* 2016 (7-45), p. 517-521.
10. S. Meijer 2012, p. 33.
11. P.C. Vegter, *Rechter en executie*, Arnhem: Gouda Quint 1988, p. 12 en Vegter 1987, p. 170-173.

niet meer zeggenschap over die executie zou moeten toekomen.[12] Niet eens zozeer ter versteviging van de rol van de rechter als zodanig, maar veeleer ter versterking van de rechtspositie van de justitiabele klinkt in die benadering dan vaak de gedachte door van invoering van een terzake gespecialiseerde rechter, de zogeheten executierechter.[13]

Ook thans, in het kader van het moderniseringsproject, wordt hier in de literatuur aandacht voor gevraagd.[14] De regering lijkt hier vooralsnog echter geen gehoor aan te willen geven, althans niet anders dan de genoemde nieuwe adviserende rol voor de rechter. Wel worden met de Wet herziening tenuitvoerlegging strafrechtelijke beslissingen de vele bestaande procesregels over en rechtsgangen voor het verkrijgen van een vervolgbeslissing van de rechter gedurende de tenuitvoerlegging samengebracht en eenduidiger geregeld in artikel 6:6:1 Sv (nieuw). Bij de behandeling van dat wetsvoorstel is van de zijde van de Raad voor de rechtspraak opgemerkt dat 'niet de algemene vraag naar de wenselijkheid van een executierechter aan de orde behoeft te komen'.[15] Anderzijds is er recent weer een rechterlijke vervolgbeslissing inzake de tenuitvoerlegging bij gekomen, als gevolg van de op 1 januari van dit jaar in werking getreden strafrechtelijke maatregel ter gedragsbeïnvloeding en vrijheidsbeperking van ernstige gewelds- en zedendelinquenten.[16] Deze nieuwe maatregel kent een voor ons strafrechtelijk systeem unieke procedure op grond waarvan een tweetal afzonderlijke rechterlijke beslissingen is gevergd: een voor de oplegging van deze maatregel en een voor de daadwerkelijke tenuitvoerlegging daarvan, als preventief noodzakelijk te achten maatschappijbeschermend vervolg op een eveneens in het veroordelend vonnis opgelegde vrijheidsstraf of tbs-maatregel. Het is (pas) bij de tweede beslissing dat de rechter bepaalt óf

12. Zoals in HR 9 april 1974, *NJ* 1974, 244, m.nt. Th.W. van Veen; Th.W. van Veen, 'Naar een executierechter', *Themis* 1974-3; P.J.P. Tak, 'De strafrechter en de wijze van executeren van vrijheidsstraffen', *Trema* 1978-1, p. 3-16; Vegter 1988; P.C. Vegter, *Vormen van detentie: een onderzoek naar verschillen bij de tenuitvoerlegging van de gevangenisstraf en de bemoeienis van de strafrechter* (diss. Nijmegen), Arnhem: Gouda Quint 1989 en M. Boone, 'De rol van de rechter bij de omzetting van vrijheidsbeperkende sancties getoetst aan artikel 5 en 6 EVRM', *NJB* 1999, p. 903-907 en J. de Lange & P.A.M. Mevis, 'Rechter en tenuitvoerlegging', in: S. Franken et al. (red.), *Constante waarden*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2008, p. 495-504.
13. Onder meer C. Kelk, *Recht voor gedetineerden: een onderzoek naar de beginselen van het detentierecht* (diss. Utrecht), Alphen aan den Rijn: Samsom 1978; Vegter 1988; C. Kelk, 'De executierechter op komst?', *Proces* 1992, p. 254-263; M. Boone, *Recht voor commuun gestraften* (diss. Utrecht), Deventer: Gouda Quint 2000 en P.A.M. Mevis, J.S. Nan & S. Struijk, 'Kort geding en strafrecht: huidige en toekomstige plaatsbepaling', in: R.J.N. Schlössels e.a. (red.), *De burgerlijke rechter in het publiekrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2015, p. 379-400.
14. P.A.M. Mevis, 'Over het bewaken van de kwaliteit van detentie: rechten en rechters tegenover het beleid en praktijk', *DD* 2016/14, p. 174-193, p. 191 en P.A.M. Mevis, 'Modernisering Strafvordering', *DD* 2014/55, p. 575-586, p. 580.
15. *Kamerstukken II* 2014/15, 34086, 3, p. 41.
16. Deze in artikel 38z-38ag Sr opgenomen maatregel is ingevoerd bij de Wet Langdurig toezicht, gedragsbeïnvloeding en vrijheidsbeperking (*Stb.* 2015, 460; i.w.tr. op 1 januari 2018, *Stb.* 2016, 493).

de gedragsbeïnvloedende en vrijheidsbeperkende maatregel ten uitvoer wordt gelegd en zo ja, voor welke duur.[17] Betreft dit nog de 'buitenkant' van de sanctie, wat traditioneel tot de zeggenschap van de berechtende rechter behoort, van belang is voorts dat de rechter (pas) bij de executiebeslissing de bijzondere voorwaarden en dus de inhoud van de tenuitvoerlegging van deze nieuwe maatregel bepaalt.[18] Hoewel de strafopleggende rechter langs dezelfde lijnen de inhoud kan bepalen van een voorwaardelijke vrijheidsstraf (artikel 14c Sr), de vrijheidsbeperkende maatregel (artikel 38v Sr), de voorwaardelijke ISD-maatregel (artikel 38p Sr) en de tbs met voorwaarden (artikel 38 Sr), geldt dat in mindere mate voor de taakstraf (artikel 22c en 22f Sr) en in het geheel niet voor de voorwaardelijke invrijheidstelling (artikel 15a, vijfde lid, Sr, artikel 15f, derde lid, Sr en artikel 15j, eerste lid, Sr). Dit gebrek aan eenduidigheid roept al langer de vraag op of de rechter voldoende stuurt of kan sturen op de inhoud van de voorwaarden die worden gesteld bij de tenuitvoerlegging van een vrijheidsbeperkende sanctiemodaliteit.[19] Een daarmee samenhangende vraag, met name in die situaties waarbij de inhoud en sturing van de tenuitvoerlegging van vrijheidsbeperking aan de zeggenschap van de straf(opleggende)rechter is onttrokken, is die naar de positie en rol van de civiele voorzieningenrechter. Gelet op het in de executiepraktijk toegenomen belang van deze rechter als 'controlerende achterwacht'[20] kan de vraag worden gesteld of dit stelsel van waarborgen op de juiste wijze is belegd. Valt een gespecialiseerde en in het penitentiaire recht goed ingevoerde strafrechter, aan wie aspecten van de inrichting van de strafexecutie kunnen worden voorgelegd ook in geval van spoedeisend belang, niet te verkiezen boven een als semi-executierechter functionerende civiele rechter?[21]

17. Voor deze tweetrapsprocedure – de beslissing tot oplegging van de nieuwe maatregel bij veroordeling voor een delict en de beslissing tot executie van die maatregel vervolgens na het verstrijken van een zekere periode – is uitdrukkelijk gekozen teneinde de wettelijke regeling in lijn te brengen met de (EVRM-)grondrechtentoets, in het bijzonder met de vereisten van proportionaliteit en voorzienbaarheid. *Kamerstukken II* 2013/14, 33816, 3, p. 14-15. Bij die voorzienbaarheid kunnen evenwel kanttekeningen worden geplaatst, zo wordt gesteld in S. Struijk, 'En nog meer en langduriger toezicht: de overheid als Rupsje Nooitgenoeg', *Sancties* 2014/3, p. 137-142 en M.J.F. van der Wolf & S. Struijk, '(Levens)lang toezicht als zelfstandige maatregel: wordt nu echt de Rubicon overgestoken?', *Sancties* 2014/50, p. 368-378. Zie voor een aantal landenperspectieven op de Europese teneur van de inzet van vrijheidsbeperking (van onbepaalde duur) voor zedendelinquenten het themanummer van *Erasmus Law Review* 2016/2, met daarin voor Nederland de bijdrage van S. Struijk & P.A.M. Mevis, 'Legal Constraints on the Indeterminate Control of "Dangerous" Sex Offenders in the Community: The Dutch Perspective', p. 95-108.
18. Deze procedure, neergelegd in artikel 38ab, tweede lid, Sr wordt miskend in een recent vonnis waarbij de nieuwe maatregel is opgelegd (Rb. Rotterdam 4 mei 2018, ECLI:NL:RBROT:2018:3759). Zie nader S. Struijk, 'Vrijheidsbeperking na detentie: in hoeverre zet de rechter de achterdeur open?', nader te verschijnen in *Sancties* 2018, afl. 6.
19. Mevis 2016, p. 182; zie ook Boone et al. 2009.
20. Zie daarvoor onder meer S. Struijk, 'Een schets van het actuele belang van het kort geding inzake de strafexecutie', *Sancties* 2015/45, p. 288-297 en J. uit Beijerse et al., *De praktijk van de voorwaardelijke invrijheidstelling in relatie tot speciale preventie en re-integratie*, Den Haag: Boom juridisch 2018.
21. Zoals betoogd door Mevis, Nan & Struijk 2015.

Het is langs de bovengeschetste lijnen alleszins aangewezen om wederom stil te staan bij de meest wenselijke rol van de rechter bij de tenuitvoerlegging van sancties. Tijdens het congres *Comparative insights for the modernization of the Dutch Code of Criminal Procedure* is dit gebeurd vanuit een rechtsvergelijkend perspectief,[22] waarbij de ontwikkelingen en inzichten uit ons land zijn vergeleken met die van België, Duitsland, Frankrijk, Noorwegen en Zwitserland. De centrale vraag daarbij was die naar de bevoegdheidsverdeling bij de strafexecutie tussen de rechter, het openbaar ministerie, de verantwoordelijke minister van het departement terzake (hierna om die reden gemakshalve aangeduid als: minister van Justitie) en de (departementale) uitvoeringsinstanties en de wijze waarop die verdeling op nationaal niveau is vormgegeven door wettelijke kaders en uitgangspunten. In meer specifieke zin is stilgestaan bij de vraag of er in die landen een gespecialiseerde executierechter bestaat en wat diens taken en bevoegdheden zijn. In de onderhavige bijdrage wordt beoogd de in dit verband zowel tijdens als naar aanleiding van het congres opgedane rechtsvergelijkende ontwikkelingen en inzichten weer te geven, alsook een beschouwing te geven van de betekenis hiervan voor de modernisering van ons Wetboek van Strafvordering.

Daartoe wordt in paragraaf 2 in algemene lijnen ingegaan op de zeggenschap van de rechter over de strafexecutie in de vijf genoemde landen, in verhouding tot de positie van de minister van Justitie, de (departementale) uitvoeringsinstanties en het openbaar ministerie. Nadat hierbij is onderzocht wat de statuur van die rechter is en in hoeverre dit een gespecialiseerde executierechter betreft, wordt in paragraaf 3 vervolgens nader ingegaan op de specifieke taken en bevoegdheden van die (executie)rechter. Daarbij wordt tevens aandacht besteed aan de rol van de (executie)rechter bij de mogelijkheden tot detentiefasering en voortijdige invrijheidstelling van gedetineerden, met oog voor de rechtspositie van justitiabelen. De bijdrage wordt afgesloten in paragraaf 4 met een overkoepelende rechtsvergelijkende beschouwing, als reflectie op de Nederlandse wetgeving en praktijk. Bij dit alles dient te worden bedacht dat voor deze bijdrage weliswaar eigenstandig onderzoek is verricht – en de inhoud dus niet louter een schriftelijke weergave van het congres behelst – maar dat geenszins wordt beoogd een allesomvattend rechtsvergelijkend overzicht te bieden. Voorts is als afbakening van belang dat het onderzoek zich primair richt op de positie en rol van de *rechter* bij uitdrukkelijk de *executie* – en dus niet de oplegging – van *strafrechtelijke* sancties, waarbij bovendien in hoofdzaak de *vrijheidsbenemende en vrijheidsbeperkende* sancties voor *volwassenen* worden belicht.

22. Een dergelijk perspectief werd in de literatuur gemist, zo stellen P.C. Vegter (in *Sancties* 2013/5 (38), p. 271-272) en Balkema 2016 in hun boekbesprekingen van het in voetnoot 4 vermelde proefschrift van Meijer.

2 De zeggenschap over de tenuitvoerlegging van straffen op hoofdlijnen

Logischerwijs zijn in elk land grofweg dezelfde instanties betrokken bij de tenuitvoerlegging van strafrechtelijke sancties. Behalve de rechterlijke macht en het openbaar ministerie, zijn dat de – al dan niet direct onder de politieke verantwoordelijkheid van een minister ressorterende – uitvoeringsinstanties zoals de politie, de reclassering en het gevangeniswezen. Interessanter is de vraag hoe die instanties op nationaal (of, zoals in sommige landen, op decentraal) niveau zijn gepositioneerd en in welke onderlinge verhouding de rolverdeling inzake de strafexecutie is vormgegeven. Om die reden wordt, tegen de in de inleiding geschetste achtergrond in eigen land van de wettelijke verschuiving van executieverantwoordelijkheid van het openbaar ministerie naar de minister (en *de facto* naar de administratie), in het onderstaande bezien hoe die verantwoordelijkheid en onderlinge verhouding in de andere landen is belegd. In het licht van de eveneens geschetste constatering dat de strafopleggende rechter bij ons traditioneel weinig inmenging in de executie toekomt, wordt hierbij uitdrukkelijk aandacht besteed aan de zeggenschap van de rechter in dezen. In hoeverre kan de rechter bijvoorbeeld in het veroordelend vonnis een (dwingend) advies uitbrengen over de wijze van tenuitvoerlegging van de door hem opgelegde sanctie, zoals de keuze voor een bepaalde gevangenis(modaliteit) of de termijnen voor executie? Voorts wordt hierin de vraag betrokken in hoeverre de toedeling van rollen en verantwoordelijkheden in de verschillende landen is gebaseerd op (meer) principiële of (meer) pragmatische overwegingen. Een diepgaande weergave en beschouwing van alle wet- en regelgeving van de vijf in deze bundel betrokken landen is in dit bestek niet mogelijk,[23] maar getracht wordt in ieder geval de nationale bevoegdheidskwestie en rolverdeling ter zake van de strafexecutie op hoofdlijnen weer te geven.

2.1 Duitsland

Net als in ons land – althans voorshands – is in Duitsland de eindverantwoordelijkheid voor de executie wettelijk belegd bij het openbaar ministerie (*Der Staatsanwalt*). De grondslag daarvoor is artikel 451 *Strafprozessordnung* (afgekort StPO), zoals het Duitse federale equivalent van het Wetboek van Strafvordering luidt. Voor de constellatie van de bevoegdheid van het lokale openbaar ministerie als uitvoerende instantie is op grond van het tweede artikellid noodzakelijk dat die bevoegdheid aan hen is overgedragen door het justitiedepartement van de desbetreffende deelstaat. Dit vloeit direct voort uit het staatsrechtelijk gegeven dat per 1 september 2006 de executie van strafrechtelijke sancties voor wat betreft de

23. Verwezen zij in dat verband naar de in deze bundel opgenomen afzonderlijke landenrapporten. In de onderhavige bijdrage wordt overigens wel zo veel als mogelijk de (vindplaats van) nationale wetgeving vermeld.

Strafvollzug, waarover hieronder meer, wordt overgelaten aan de zestien afzonderlijke deelstaten (*Länder*). De positie van het Duitse openbaar ministerie als verantwoordelijke uitvoeringsautoriteit bij de executie van sancties lijkt (maatschappelijk en parlementair) niet ter discussie te staan. Evenmin staat ter discussie of die verantwoordelijkheid in handen van de strafopleggende rechter zou moeten worden gelegd. Die rechter heeft op grond van het Duitse sanctiestelsel, net als in ons land, een aanzienlijke straftoemetingsvrijheid,[24] maar heeft zich vervolgens, evenals bij ons, in beginsel te onthouden van inmenging in de strafexecutie. Een uitzondering op die hoofdregel doet zich voor bij die gevallen waarin de strafopleggende rechter een geldboete oplegt[25] of waarin hij een opgelegde vrijheidsstraf van meet af aan opschort. Een andere uitzondering doet zich voor bij minderjarige delinquenten – en in sommige gevallen ook jongvolwassen delinquenten in de leeftijd tot 21 jaar – ten aanzien van wie de strafopleggende jeugdrechter op grond van artikel 82 van de Jeugdstrafwet (*das Jugendgerichtsgesetz*) juist wel uitdrukkelijk zeggenschap heeft over de wijze van tenuitvoerlegging van de opgelegde sanctie. De Duitse jeugdrechter kan in zoverre worden beschouwd als een executierechter.

Het instituut van de executierechter doet zich ook voor bij volwassen delinquenten. Hoewel ten aanzien van de sanctionering van volwassen delinquenten het openbaar ministerie, als gezegd, bevoegd is inzake de tenuitvoerlegging, heeft deze instantie niet het alleenrecht in dezen. De zeggenschap over de strafexecutie is nader verdeeld over (deels) de administratie en de rechterlijke macht, niet zijnde de strafopleggende rechter.[26] Dit – ogenschijnlijk ingewikkeld model – vloeit voort uit het onderscheid in het Duitse recht tussen de *Strafvollstreckung* en de *Strafvollzug*.[27] Waar eerstgenoemd begrip als het ware de buitenkant van de executie van een strafrechtelijk vonnis betreft met de vraag 'of en wanneer en door wie' de tenuitvoerlegging plaatsvindt, zoals in ons Wetboek van Strafvordering wordt genormeerd, heeft laatstgenoemd begrip veeleer betrekking op de inrichting van de strafexecutie met de vraag 'hoe' de tenuitvoerlegging van vrijheidsstraffen plaatsvindt, gelijk aan de wijze waarop dat in ons land in een wet als de Penitentiaire Beginselenwet is geregeld. De *Strafvollstreckung* is een federale aangelegenheid, genormeerd in zowel het strafprocesrecht als in de specifieke executievoorschriften

24. Anderstalig dan in het Duits is dit sanctiestelsel uiteengezet in onder meer J. Mutz, 'Germany', in: A.M. van Kalmthout & I. Durnescu (red.), *Probation in Europe*, Nijmegen: Wolf LP 2008, p. 381-416 en A.M. van Kalmthout & P.J.P. Tak, *Ups en downs van de minimumstraf*, Nijmegen: Wolf LP 2003, p. 85-123.
25. Op grond van artikel 42 *Strafgesetzbuch* (het equivalent van het Wetboek van Strafrecht, afgekort StGB) kan de strafopleggende rechter invloed uitoefenen op de snelheid waarmee en de afzonderlijke monetaire delen waarin een geldboete wordt geïnd bij de weinig welvarende veroordeelde.
26. De nadruk ligt hier op de zeggenschap in dezen. De uitvoeringsinstanties als zodanig, zoals de reclassering, worden vooralsnog buiten beschouwing gelaten in deze paragraaf. Zie met betrekking tot de reclassering met name de lezenswaardige rechtsvergelijkende studie Van Kalmthout & Durnescu (red.) 2008.
27. Zie in dit verband ook de in deze bundel opgenomen bijdrage van P.A.M. Mevis.

neergelegd in de zogeheten *Strafvollstreckungsordnung* (StrVollstrO). Hoewel niet bindend, is de gelding hiervan in de praktijk onbetwist. De StrVollstrO bevat de administratieve voorschriften voor de strafexecutie, in verbinding met de strafprocessuele voorschriften. Hoewel dit karakter van de door het ministerie van Justitie opgestelde bestuursrechtelijke regelgeving maakt dat het openbaar ministerie zich er in beginsel strikt aan heeft te houden – zoals bij de initiële selectie en plaatsing van gedetineerden (artikel 27 StrVollstrO) – heeft het openbaar ministerie in sommige gevallen toch enige discretionaire ruimte (onder meer artikel 26 StrVollstrO). Tijdens het congres is hieromtrent opgemerkt dat er in de praktijk verhalen bekend zijn van verdachten die in ruil voor hun bekentenis van het plegen van het ten laste gelegde feit met het openbaar ministerie willen (en kunnen) onderhandelen over de plaatsing in een specifieke gevangenis.

Bij eventuele latere herselectie en overplaatsing van een gedetineerde zijn het daarentegen de lokale autoriteiten die beslissingsbevoegd zijn. Dat betreft dan de *Strafvollzug*, hetgeen in tegenstelling tot de *Strafvollstreckung* niet alleen op federaal niveau maar ook door de deelstaten afzonderlijk wordt genormeerd. In alle deelstaten bestaan thans *Strafvollzugsgesetze*, waarin het penitentiaire recht met betrekking tot die deelstaat is vervat. Nochtans is de oude, federale wet met betrekking tot de executie van vrijheidsbenemende straffen en maatregelen, de *Strafvollzugsgesetz* of afgekort StVollzG,[28] op onderdelen nog onverkort van kracht en heeft de inhoud ervan bovendien tot op zekere hoogte model gestaan voor de zestien zelfstandige wetten in de deelstaten. Datzelfde geldt, in wellicht nog belangrijkere mate, voor een door de deelstaten in 2012 gezamenlijk opgestelde schets (*Musterentwurf*) voor een *Landesstrafvollzuggesetz*.[29] Ook langs andere lijnen is een zekere eenvormigheid voor justitiabelen gewaarborgd, aangezien de toegang tot een rechter in Duitsland constitutioneel is geregeld, waardoor iedere gedetineerde die meent dat zijn grondrechten zijn geschonden, zich rechtstreeks kan wenden tot het constitutioneel hof (*Bundesverfassungsgericht*).

28. Wet van 16 maart 1976, i.w.tr. op 1 januari 1977 en laatstelijk gewijzigd bij wet van 25 april 2013. Een Engelse vertaling van deze wet is te raadplegen via: www.gesetze-im-internet.de/englisch_stvollzg/index.html.

29. Zie voor een gepubliceerde (eerdere) versie hiervan uit augustus 2011: https://ssl.bremen.de/justiz/sixcms/media.php/13/Musterentwurf%20LStVollzG%2006%2009%2011.pdf. Hoewel de schets geen geldend recht is en de verschillende deelstaten de inhoud ervan naar eigen goeddunken hebben aangepast, is de betekenis daarvan voor een overzicht van de inrichting van de executie van vrijheidsbenemende sancties onder meer af te lezen aan het feit dat er uitdrukkelijk naar wordt verwezen in de gezaghebbende studie J. Feest, W. Lesting & M. Lindemann (red.), *Strafvollzugsgesetze Kommentar*, 7e druk, Keulen: Carl Heymanns Verlag – Wolters Kluwer Deutschland 2017. Zie voor een bespreking daarvan, alsook van het jurisprudentieoverzicht in G. Lübbe-Wolff, *Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zum Strafvollzug und Untersuchungshaftvollzug*, Nomos: Baden-Baden 2016, de Nederlandstalige bijdrage van P.A.M. Mevis, 'De inrichting van de tenuitvoerlegging van vrijheidsbenemende straffen in Duitsland en wat Nederland daarvan kan leren', *Sancties* 2018/2, p. 5-22.

Bij het deel van de strafexecutie dat de *Strafvollzug* betreft, het penitentiair recht, is de zeggenschap eerst en vooral bij de lokale gevangenisautoriteiten belegd. De wettelijke grondslag daarvoor betreft artikel 139 StVollzG, op grond waarvan de gevangenisautoriteiten bevoegd zijn inzake de tenuitvoerlegging van zowel de reguliere vrijheidsstraf als de preventieve bewaringsmaatregel (artikel 66 StGB) in de gevangenissen (*Justizvollzugsanstalt*). De gevangenisautoriteiten zijn in dat kader niet alleen verantwoordelijk voor het borgen van de materiële rechtspositie van de gedetineerden, maar ook zijn zij medebeslissingsbevoegd inzake het verlenen van detentiefasering, zoals nader zal worden toegelicht in paragraaf 3. Aangezien de gevangenisautoriteiten onderdeel uitmaken van de lokale autoriteiten en de inrichting van de tenuitvoerlegging van vrijheidsbenemende sancties zodoende de verantwoordelijkheid van 'de administratie' is, wordt de strafexecutie niet (enkel) genormeerd door het straf(proces)recht, maar vooral (ook) door het bestuursrecht. Dit, in afwijking van de Nederlandse situatie waar artikel 1:6 Awb de toepassing van het bestuursrecht in voorkomende gevallen juist uitdrukkelijk uitsluit.[30] Op grond van dit administratief model heeft in het Duitse bestel ontegenzeggelijk te gelden dat voor gedetineerden altijd een rechtsgang naar een (onafhankelijke en onpartijdige) rechter open dient te staan. Dit hoeft als zodanig niet per se een bestuursrechter te zijn, mits het een rechtsingang betreft die wat betreft de procedure en waarborgen minstens gelijkwaardig is aan het bestuurs(proces)recht. In alle deelstaten zijn in dit verband binnen de reguliere rechterlijke macht, meer bepaald binnen de strafsector van het regionale gerecht, specifieke executierechtbanken (*Strafvollstreckungskammern*) opgericht ter zake van de executie van vrijheidsbenemende sancties. De grondslag hiervoor, alsook voor de organisatiestructuur van de rechterlijke macht als zodanig, betreft artikel 78a *Gerichtsverfassungsgesetz* (afgekort GVG), het Duitse equivalent van onze Wet RO.[31] Over de positie en taken van die *Strafvollstreckungskammern* bij de tenuitvoerlegging van vrijheidsbenemende sancties volgt meer in paragraaf 3.

2.2 Noorwegen

Gelijk als in Duitsland ligt in Noorwegen de zeggenschap over de strafexecutie niet volledig in handen van het openbaar ministerie. Op grond van het in dezen centrale artikel 455 van het Noorse Wetboek van Strafvordering (*Straffeprosessloven*,

30. Zie hierover nader H.G. Lubberdink, 'Het penitentiaire beklagrecht langs de lat van het bestuursprocesrecht', *Sancties* 2017/44, p. 320-326 en O.J.D.L.M. Jansen, 'De koude uitsluiting van het penitentiair bestuursrecht', *NJB* 1995, p. 1107-1114.

31. Wet van 9 mei 1975, laatstelijk gewijzigd bij wet van 30 oktober 2017. Een Engelse vertaling van deze wet is te raadplegen via: www.gesetze-im-internet.de/gvg/GVG.pdf. De rechterlijke macht in Duitsland is ingedeeld in lokale gerechten (*Amtsgerichte*), regionale gerechten (*Landgerichte*), hogere regionale gerechten (*Oberlandesgerichte*) en ten slotte, als hoogste instantie in reguliere rechtspraak, het federale gerecht (*Bundesgerichtshof*).

Strpl[32]) is het openbaar ministerie weliswaar bevoegd executiebeslissingen te nemen inzake sancties opgelegd bij veroordeling voor ernstig(er)e delicten,[33] maar voor het overige ligt de zeggenschap over de strafexecutie in handen van de politie en een departementale uitvoeringsinstantie. Eerst de politie. Haar wezenlijke – en toch wel unieke – positie inzake de strafexecutie kan niet los worden gezien van het feit dat de politie ook breder in het Noorse strafproces(recht) een gewichtige rol vervult. In dat licht is de constatering van belang dat in Noorwegen het grootste deel van de taken van het openbaar ministerie binnen de politieorganisatie wordt uitgevoerd.[34] Naast de officieren van justitie die uit hoofde van het landelijk parket bepaalde taken in het kader van de strafvervolging uitvoeren, zijn er in groteren getale officieren van justitie die uit hoofde van – en ingebed in – de politieorganisatie alle overige taken uitvoeren bij de opsporing en vervolging en mogelijkerwijs buitengerechtelijke afdoening van strafbare feiten. In de gevallen opgesomd in artikel 67 Strpl kan de politie zelfstandig een vervolgingsbeslissing nemen. Indien de politie in voorkomende gevallen tot vervolging is overgegaan, waarbij het tot veroordeling en strafoplegging heeft geleid, is vervolgens niet het openbaar ministerie maar de politie bevoegd de executiebeslissingen te nemen (artikel 455, tweede zin, Strpl). Op grond van dezelfde wetsbepaling is de politie daartoe eveneens bevoegd in zaken waarin is veroordeeld voor minder ernstige feiten en in zaken waarin de veroordeelde op grond van artikel 255 Strpl heeft ingestemd met de betaling van een dwangsom.

Behalve aan het openbaar ministerie en de politie is de strafexecutie in Noorwegen, als gezegd, deels opgedragen aan een departementale uitvoeringsinstantie. In de Engelse vertaling van de Noorse wetteksten wordt deze, onder het ministerie van Justitie ressorterende, instantie steevast aangeduid als *the correctional services*. Organisatorisch is deze instantie geïnstitutionaliseerd op nationaal, regionaal en lokaal niveau, zo wordt bepaald in artikel 5 van de wet aangaande de executie van sancties (*Straffegjennomføringslov*, hierna: de executiewet[35]). Op nationaal niveau betreft dat *the Directorate of Norwegian Correctional Service* (afgekort in het Noors: KDI) en *the Norwegian Correctional Services Central Administration* (afgekort in het Noors: KSF).[36] Hierin zijn de reclasseringsinstanties (*Norwegian Probation Service*) en de gevangenisautoriteiten (*Norwegian Prison Service*) gezamenlijk vertegenwoordigd

32. Wet van 22 mei 1981, nr. 25, laatstelijk gewijzigd bij Wet van 21 juni 2013, nr. 84.
33. Deze delictscategorie wordt in de Engelse vertaling van het Noorse Wetboek van Strafvordering geduid als *felonies*, als onderscheiding van de andere, minder ernstige delictscategorie van *misdemeanours*.
34. H.R. de Vries & M.R. Julsing, 'Het Noorse rechtssysteem: een andere benadering', *Het Tijdschrift voor de Politie* 2004, p. 8-11.
35. Wet van 18 mei 2001, nr. 21, waarvan een Engelse vertaling (The Execution of Sentences Act) is te raadplegen via www.regjeringen.no/en/dep/jd/id4663.
36. G. Ploeg, 'Norway', in: A.M. van Kalmthout & I. Durnescu (red.), *Probation in Europe*, Nijmegen: Wolf LP 2008, p. 765-802, p. 770.

en actief, evenals op regionaal niveau.[37] Dat is anders voor wat betreft de lokale organisatiestructuur, waar de reclasseringsinstanties en de gevangenisautoriteiten gescheiden opereren. Het wettelijk kader op grond waarvan deze uitvoeringsinstanties fungeren, betreft niet alleen het *Straffeprosess lov* en het Wetboek van Strafrecht (*Straffe lov*[38]), maar ook de voornoemde executiewet en de daaraan nadere uitwerking gevende lagere regelgeving (*Forskrift*) en richtlijnen (*Retningslinjer*). Hieruit vloeit ook de onderlinge taakverdeling voort. In het bovengenoemde artikel 455 Strpl is bijvoorbeeld neergelegd dat de regionale *correctional service* instantie, bestaande dus uit zowel reclassering als het gevangeniswezen, de bevoegdheid heeft inzake vele executiebeslissingen, te weten de inrichting van onvoorwaardelijke vrijheidsstraffen, de inrichting van de taakstraf[39] en de beslissing inzake uitvoering van de vervangende hechtenis daarvan, de beslissing inzake gehele of gedeeltelijke tenuitvoerlegging van het strafrestant van de gevangenisstraf na schending van de voorwaarden verbonden aan de voortijdige invrijheidstelling en ten slotte de in artikel 54 Strpl opgenomen modaliteit van de schorsing van de opgelegde straf.

Uit het voorgaande volgt, dat in het Noorse executiebestel de strafopleggende rechter uitdrukkelijk buiten beschouwing blijft. De rechter, die constitutioneel als enige instantie bevoegd is een sanctie op te leggen (artikel 96 van de Noorse Grondwet), bepaalt de 'buitenkant' van een sanctie, waarbij hij als zodanig ook geen zeggenschap heeft over de termijn waarop de sanctie wordt geëxecuteerd. Als uitgangspunt heeft daarbij te gelden dat (het vonnis waarbij de rechter iemand veroordeelt tot) de sanctie pas wordt geëxecuteerd, zodra deze in kracht van gewijsde is gegaan (artikel 452 Strpl). Slechts bij uitzondering mag de strafrechter hiervan afwijken en de sanctie dadelijk uitvoerbaar verklaren. Daartoe dient, op grond van het bepaalde in artikel 453 Strpl, de verdachte zelf om deze uitzonderingsmogelijkheid te verzoeken met instemming bovendien van het openbaar ministerie. Deze insteek om met medewerking van de veroordeelde een gedragsinterventie te bewerkstelligen is ook in bredere zin kenmerkend voor het Noorse strafrechtssys-

37. Ibidem.
38. Wet van 22 mei 1902, nr. 10, zoals laatstelijk gewijzigd bij Wet van 1 december 2005, nr. 131, in werking getreden op 1oktober 2015. Zie nader over dit huidige, derde Wetboek van Strafrecht sinds het Noorse rechtssysteem zijn grondwettelijke status kreeg in 1814, op grond waarvan (uiteindelijk pas) in 1842 een nationaal Wetboek van Strafrecht in werking is getreden, J. Jacobsen & V. Hallgren Sandvik, 'An Outline of the New Norwegian Criminal Code', in: *Bergen Journal of Criminal Law and Criminal Justice* 2015 (3-2), p. 162-183.
39. Bedoeld als alternatief voor vrijheidsstraffen tot een jaar, zo volgt uit artikel 28a *Straffe lov*. De rechter bepaalt daarbij de buitenkant van deze sanctie, dat wil zeggen het aantal uren taakstraf, de vervangende hechtenis en de periode waarin de taakstraf moet worden geëxecuteerd. Het is voorts de uitvoeringsinstantie, meer bepaald de reclassering, die op grond van artikel 455 Strpl alsook artikel 53 van de executiewet nadere invulling geeft aan de taakstraf.

teem.[40] De strafrechter heeft, als gezegd, geen zeggenschap over de strafexecutie. Wel kan hij in het vonnis een standpunt of advies uitbrengen inzake de executie van een door hem opgelegde sanctie, maar in de praktijk onthouden de meeste rechters zich daarvan, zo bleek tijdens het congres. Voor zover een dergelijk standpunt of advies al wordt uitgebracht, is dat juridisch niet bindend en kunnen de uitvoeringsinstanties het zonder enig gevolg terzijde schuiven. Over het feit dat die uitvoeringsinstanties onder de (politieke) verantwoordelijkheid van het ministerie van Justitie fungeren, bestaat in Noorwegen nauwelijks discussie en evenmin staat ter discussie of de verantwoordelijkheid zou moeten overgaan op een (gespecialiseerde) executierechter. Gelet op de afwezigheid van het bestaan van een dergelijke rechter wordt in paragraaf 3 (des te) expliciet(er) bezien in hoeverre de rechter in Noorwegen betrokken is bij de voorwaardelijke invrijheidstelling van gedetineerden en in welke mate veroordeelden toegang tot de rechter hebben als onderdeel van hun rechtspositie. In het licht van een vrije toegang tot de rechter en de overkoepelende waarborg van een eerlijk proces is op deze plaats ten slotte van belang op te merken dat in het Noorse rechtssysteem de gerechten in eerste en tweede aanleg zijn samengesteld uit professionele rechters en lekenrechters, waarbij de laatstgenoemden op gelijke voet opereren als de professionele rechters en in de meerderheid zijn.[41] In hoger beroepzaken waarin het een strafbaar feit betreft dat met meer dan zes jaar gevangenisstraf kan worden bestraft en de schuldvraag van de in eerste aanleg veroordeelde centraal staat, is bovendien een jurysysteem van kracht. Hoewel dit systeem naar het oordeel van het hoogste Noorse gerecht geen strijd oplevert met artikel 6 EVRM, wordt dit in zowel de praktijk als de literatuur betwist.[42]

2.3 Zwitserland

Waar in verhouding tot Duitsland de zeggenschap van het openbaar ministerie over de strafexecutie in Noorwegen al afneemt, is die zeggenschap van het openbaar ministerie in Zwitserland nagenoeg afwezig. Dit land kent, evenals Duitsland, een federaal staatsbestel. De wet- en regelgeving ter zake van het straf- en strafprocesrecht wordt vastgesteld op federaal niveau, terwijl de strafexecutie uitdrukkelijk tot de verantwoordelijkheid van de kantons behoort. Die 26 kantons genieten een grote mate van autonomie. De (grond)wettelijke basis voor deze verhouding en verdeling van verantwoordelijkheden wordt gevormd door artikel 123, eerste en tweede lid, van de Zwitserse Grondwet (*Bundesverfassung der Schweizerischen Eidge-*

40. F.W. Bleichrodt, P.A.M. Mevis & B.W.A. Volker, *Vergroting van de slagvaardigheid van het strafrecht; een rechtsvergelijkend perspectief*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2012, p. 105.
41. Erling Johannes Husabø, 'History and Tendencies in the Development of Criminal Procedure Law in The Scandinavian Countries, and in Norway in Particular', *Law&Justice Review* 2010 (1-1), p. 19-34.
42. Ibidem, p. 32.

nossenschaft,[43] Zw. Bundesverfassung) en artikel 445 van het Zwitsers Wetboek van Strafvordering (*Strafprozessordnung*,[44] Zw. StPO). Op basis van de federale wetgeving hebben de kantons niet alleen een verplichting tot executie van opgelegde sancties, maar ook een verplichting om zorg te dragen voor de oprichting en het beheer van penitentiaire inrichtingen. Dit is eveneens uitdrukkelijk verankerd in het Zwitsers Wetboek van Strafrecht (*Schweizerisches Strafgesetzbuch*,[45] Zw. StGB), onder meer in de bepalingen 372, 377, 378 en 379 Zw. StGB.[3] Op grond hiervan dragen de kantons bijvoorbeeld zelf de kosten van de strafexecutie – zij het dat de federale regering hiervoor subsidies kan verstrekken (artikel 123, derde lid, Zw. Bundesverfassung) – en staat het hun vrij om met andere kantons gezamenlijk een inrichting te beheren en ook om inrichtingen te privatiseren. Ook overigens genieten de kantons een grote mate van autonomie. Op grond van artikel 123, tweede lid, Zw. Bundesverfassung zijn ze in beginsel vrij om invulling te geven aan hun executieverantwoordelijkheid, tenzij federale wetgeving anders bepaalt. In dit kader is bijvoorbeeld artikel 123a Zw. Bundesverfassung noemenswaardig, waarin wordt bepaald dat zeden- en ernstige geweldsdelinquenten die volgens gedragskundige rapportages maatschappijgevaarlijk en onbehandelbaar zijn, in beginsel levenslang moeten worden opgesloten, zonder de mogelijkheid van detentiefasering en voorwaardelijke invrijheidstelling. Slechts indien er op basis van nieuwe forensische bevindingen kan worden gesteld dat de persoon niet langer gevaarlijk is, kunnen nieuwe gedragskundige rapportages worden opgesteld, op basis waarvan hij eventueel in vrijheid kan worden gesteld.

Over de organisatie van de executieverantwoordelijkheid van de kantons stelt het federale straf(proces)recht niets meer dan dat de executieverantwoordelijkheid is belegd bij lokale autoriteiten, dan wel speciaal daartoe ingestelde executiegerechten. Een voorbeeld van die bevoegdheidstoedeling is artikel 94 Zw. StGB, waarin wordt bepaald welke voorwaarden door de rechtbank of de executieautoriteit kunnen worden verbonden aan de proeftijd bij een voorwaardelijke sanctie. Het Zw. StGB bevat naast de verankering van wettelijk toegestane sancties – het Zwitsers sanctiestelsel behelst net als in ons land een tweesporenmodel van straffen en maatregelen – als gezegd ook enkele bepalingen inzake de executie van die sancties.[46] Zo wordt onder meer bepaald dat in de gevallen waarin zowel een straf als

43. Wet van 18 april 1999, SR 101.0. Een Engelse vertaling van deze wet is te raadplegen via: www.admin.ch/opc/en/classified-compilation/19995395/201801010000/101.pdf.
44. Wet van 5 oktober 2007, SR 312.0. Een Engelse vertaling van deze wet is te raadplegen via: www.admin.ch/opc/en/classified-compilation/20052319/index.html.
45. Wet van 21 december 1937, SR 311.0. Een Engelse vertaling van deze wet is te raadplegen via: www.admin.ch/opc/en/classified-compilation/19370083/index.html.
46. Zie voor een nadere uiteenzetting daarvan N. Zurkinden, 'National characteristics, fundamental principles, and history of criminal law in Switzerland', in: U. Sieber, K. Jarvers & E. Silverman (red.), *National Criminal Law in a Comparative Legal Context, Volume 1.1, Introduction to National Systems*, Berlijn: Duncker& Humblot 2015, p. 205-311, i.h.b. p. 226-227.

een maatregel wordt opgelegd, beide sancties ten uitvoer worden gelegd (artikel 57, eerste lid, Zw. StGB), waarbij vrijheidsstraffen standaard ten uitvoer worden gelegd voorafgaand aan de executie van de bewaringsmaatregel van mogelijk onbepaalde duur (artikel 64, tweede lid, Zw. StGB). Ter zake van specifiek de vrijheidsbenemende straffen en maatregelen verdient bijzondere opmerking dat dit in algemene lijnen wordt geregeld en genormeerd in de artikelen 74-92 en 372-380 Zw. StGB. De hierin neergelegde bepalingen over onder meer penitentiaire arbeid, contact met de buitenwereld, disciplinaire sancties, detentiefasering en in overkoepelende zin de te hanteren penitentiaire uitgangspunten,[47] zijn in Zwitserland aldus in de strafwet verankerd, in plaats van in een specifieke penitentiaire wet zoals 'onze' Pbw.

Uit het federale straf(proces)recht vloeit vervolgens voort dat de strafrechter verantwoordelijk is voor de strafoplegging, terwijl de door de kantons aangewezen executieautoriteiten verantwoordelijk zijn voor de tenuitvoerlegging van de opgelegde sancties.[48] De strafopleggende rechter heeft zodoende in beginsel geen zeggenschap over de wijze waarop de strafexecutie concreet wordt vormgegeven, bijvoorbeeld met betrekking tot de selectie en plaatsing van tot een vrijheidsbenemende sanctie veroordeelde delinquenten of de termijn waarbinnen een geldboete moet worden bepaald. Bij uitzondering staat het de straf(opleggende)rechter vrij om de executie van een opgelegde vrijheidsstraf uit te stellen (bijvoorbeeld artikel 93, tweede lid, Zw. StGB) dan wel om enkele specifieke executiebeslissingen te nemen, waaronder de tenuitvoerlegging van een voorwaardelijke vrijheidsstraf of de herroeping van een voorwaardelijke invrijheidstelling in de gevallen waarin de veroordeelde de aan deze modaliteiten verbonden voorwaarden heeft geschonden (onder meer bepaald in de artikelen 62a, derde lid en 62c, derde lid en 95, vijfde lid, Zw. StGB). Alle overige executiebeslissingen zijn voorbehouden aan de executieautoriteiten zoals daartoe aangewezen door de kantons. In dit verband dwingt artikel 372, derde lid, Zw. StGB de kantons ertoe een uniforme strafexecutie te garanderen. Teneinde de mogelijkheid open te houden hier enige sturing aan te geven, wordt in artikel 123, derde lid, Zw. Bundesverfassung bepaald dat de federale regering regelgeving kan uitvaardigen inzake de tenuitvoerlegging van sancties. Daarnaast zijn er onderlinge overeenkomsten tussen de kantons, zowel bilate-

47. Zoals de in artikel 74 Zw. StGB opgenomen uitgangspunten van menselijke waardigheid en van minimale beperkingen.

48. Ook de reclassering is een verantwoordelijkheid van de autonome kantons. Werkzaamheden van de reclassering zijn in alle kantons de laatste jaren flink toegenomen, eerst en vooral door de toegenomen mogelijkheden van vrijheidsbeperkende modaliteiten als alternatief voor vrijheidsstraffen. De organisatie van die werkzaamheden is eveneens overgelaten aan de kantons zelf (artikel 376 Zw. StGB) en verschilt in de praktijk per kanton. In de meeste kantons is geopteerd voor een publiekrechtelijke reclasseringsorganisatie, al dan niet in samenwerking met het lokale gevangeniswezen. In het kanton Vaud daarentegen is de reclassering geprivatiseerd. Zie nader H. Bruni, 'Switzerland', in: A.M. van Kalmthout & I. Durnescu (red.), *Probation in Europe*, Nijmegen: Wolf LP 2008, p. 1047-1076, i.h.b. p. 1052-1054 en 1062.

raal als in de vorm van een concordaat,[49] waarmee overkoepelende, uniforme executieregelgeving wordt gerealiseerd. Op verzoek van de kantons kan de federale regering hier een rol in spelen. Op grond van artikel 48a Zw. Bundesverfassung kan deze regering bijvoorbeeld algemene gelding toekennen aan dergelijke overeenkomsten.

Niettemin zijn er – vanwege de stevige autonomie van de kantons op zichzelf niet verbazingwekkend – verschillen in de wijze waarop de kantons de executie van sancties hebben georganiseerd en genormeerd. Grofweg bestaat daarbij het administratieve model en het rechterlijke model. In veruit de meeste (Duitstalige) kantons zijn de bevoegde lokale executieautoriteiten gespecialiseerde uitvoeringsinstanties onder administratieve aansturing.[50] Van oudsher betreft dat de instanties van de reclassering en de gevangenisautoriteiten, opererend binnen eenzelfde ministerie of binnen twee afzonderlijke ministeries. Een actuele ontwikkeling is evenwel dat de beide instanties opgaan in één integraal administratief orgaan binnen één ministerie. Dit geldt bijvoorbeeld voor de kantons Bern, Fribourg, Luzern en Zürich. Slechts in vier kantons geldt het rechterlijke model, op grond waarvan de executieverantwoordelijkheid grotendeels is opgedragen aan speciaal daartoe aangewezen executiegerechten. Dit zijn de Franstalige kantons Genève, Ticino, Vaud en Wallis (ook wel bekend als Valais). In paragraaf 3 wordt nader ingegaan op de bevoegdheid van deze executiegerechten.

2.4 België

In België is de zeggenschap inzake de strafexecutie (eveneens) op complexe wijze belegd, waarbij de minister van Justitie en 'diens' departement – sinds 2002 de Federale Overheidsdienst Justitie genaamd (afgekort FOD Justitie) – meer dan bij de hiervoor besproken landen een voorname rol spelen.[51] Op grond van artikel 40 van de Grondwet geschiedt de tenuitvoerlegging van arresten en vonnissen in de naam des Konings. Op die grondslag berust de zeggenschap over de strafuitvoering – zoals de gangbare Belgische benaming voor strafexecutie luidt – dus in beginsel bij de uitvoerende macht. Met een overkoepelende beslissingsbevoegdheid van de minister van Justitie, staat de FOD Justitie als zodanig in voor de organisatie van de strafuitvoering, met meer specifiek het Directoraat-Generaal Penitentiaire Inrichtingen (afgekort DG EPI) voor het gevangeniswezen. Hun strafuitvoeringsbevoegdheden worden wettelijk vooral gecreëerd en genormeerd door de Wet betreffende de externe rechtspositie van de veroordeelden tot een vrijheidsstraf en de aan het slachtoffer toegekende rechten in het raam van de strafuitvoe-

49. Zie voor de drie bestaande concordaten: www.konkordate.ch.
50. Zie onder meer Zurkinden 2015, p. 227-228.
51. Zie meer in het algemeen over de zeggenschap van de Belgische minister van Justitie het landenrapport van Ph. Traest in deze bundel.

ringsmodaliteiten (hierna: Wet externe rechtspositie[52]) en de Basiswet betreffende het gevangeniswezen en de rechtspositie van de gedetineerden (hierna: Basiswet gevangeniswezen[53]). Dit tweetal wetten regelt de externe, respectievelijk interne rechtspositie van justitiabelen. Van groot belang voor de dagelijkse praktijk van de strafuitvoering is echter dat deze wetten nog altijd niet, in ieder geval niet volledig in werking zijn getreden. Daartoe is een afzonderlijk Koninklijk Besluit nodig, zoals onder meer wordt bepaald in artikel 180 van de Basiswet gevangeniswezen. De uitvoerende macht heeft het zo bezien dus in eigen hand om te bepalen wanneer de wettelijke voorschriften in werking treden en, anders gezegd, tot welk moment hun aanzienlijke beleidsvrijheid toekomt. Vanwege hun inhoudelijke aard worden de uit de Wet externe rechtspositie en de Basiswet gevangeniswezen voortvloeiende strafuitvoeringsbevoegdheden nader belicht in paragraaf 3.

Ook overigens is een stevige departementale invloed op de strafexecutie te bespeuren. Dat begint al bij de voor de executiepraktijk wezenlijke functie van de Procureur des Konings, aangesteld bij elk gerechtelijk arrondissement. Deze magistraat van het openbaar ministerie, vergelijkbaar met een hoofdofficier van justitie in ons land, oefent onder het gezag van de minister van Justitie, de opdrachten van het openbaar ministerie uit. Daartoe behoort, op grond van artikel 165 Wetboek van Strafvordering de tenuitvoerlegging van strafrechtelijke vonnissen. In dat kader heeft het openbaar ministerie, al dan niet in de functie van Procureur des Konings, vele taken en bevoegdheden bij de strafuitvoering. Daaronder valt overigens niet de beslissing in welke gevangenis een tot een vrijheidsstraf veroordeelde persoon wordt (over)geplaatst en onder welk detentieregime. Die beslissing wordt genomen door de FOD Justitie, rekening houdend met de bestemming van de gevangenis en het individuele detentieplan van de veroordeelde (artikel 17 van de Basiswet

52. De tekst van deze Wet van 17 mei 2006, 2006009456, *BS* 15 juni 2006 (i.w.tr. op 1 februari 2007 en nadien vaak gewijzigd, het meest recent bij Wet van 11 juli 2018, *BS* 18 juli 2018) is te raadplegen via: www.ejustice.just.fgov.be/cgi_loi/change_lg.pl?language=nl&la=N&table_name=wet&cn=2006051735.

53. Wet van 12 januari 2005, gepubliceerd op 1 februari 2005, maar nog altijd niet (volledig) in werking getreden. Weliswaar werd een Koninklijk Besluit uitgevaardigd in oktober 2005 en januari 2006, maar die hadden slechts betrekking op een klein en voor de praktijk minder relevant deel van de wet. Recent is de Basiswet gevangeniswezen inhoudelijk gewijzigd bij Wet van 25 december 2016 tot wijziging van de rechtspositie van de gedetineerden en van het toezicht op de gevangenissen en houdende diverse bepalingen inzake justitie (artikel 115-156 Potpourri IV). Tot praktische veranderingen heeft dit echter nog niet geleid, omdat de betreffende bepalingen uit de Basiswet gevangeniswezen zelf nog niet in werking zijn getreden. Meer hierover, in relatie tot de rechterlijke controle, volgt in paragraaf 3.

gevangeniswezen).[54] Vanaf het moment dat de veroordeelde zich in de gevangenis bevindt, komt alle verantwoordelijkheid te liggen bij de eerdergenoemde DG EPI. Voor het openbaar ministerie liggen de strafuitvoeringsbevoegdheden grotendeels bij de in het Wetboek van Strafrecht[55] opgenomen vermogenssancties zoals de geldboete en de verbeurdverklaring – al hebben de diensten van de FOD Financiën de leidende rol bij de incassoprocedures – en bij voorwaardelijke sanctiemodaliteiten, meer in het bijzonder de procedures in het geval de veroordeelde de aan de proeftijd verbonden algemene en bijzondere voorwaarden niet naleeft. De overkoepelende Belgische term hiervoor is probatie en het strekt zich voor wat betreft de fase van de strafuitvoering[56] uit tot de wettelijke modaliteiten van uitstel van de tenuitvoerlegging van de straf en de probatie als zelfstandige hoofdstraf.[57]

Ook de strafopleggende rechter heeft in belangrijke mate zeggenschap in dezen. Het opleggen van de twee voornoemde strafuitvoeringsmodaliteiten is namelijk voorbehouden aan de strafrechter, die hiervoor kan opteren als hij uitvoering van een onvoorwaardelijke vrijheidsstraf in het individuele geval niet passend acht. Hoewel de toepassingsmogelijkheden van deze alternatieve sanctiemodaliteiten de laatste jaren zijn verruimd, is de rechter niettemin gebonden aan een strikt wettelijk kader. Dat kader wordt, behalve door het Wetboek van Strafrecht, gevormd door de zogeheten Probatiewet.[58] In het veroordelend vonnis bepaalt de rechter voorts ook de aan de proeftijd verbonden voorwaarden – waarmee de persoon overigens uitdrukkelijk dient in te stemmen – en de duur van die proeftijd gedurende welke termijn de voorwaarden dienen te worden nageleefd. Bij uitstel kan het variëren van één tot vijf jaar en bij de zelfstandige hoofdstraf van zes maanden tot twee jaar. Indien de veroordeelde gedurende de proeftijd een voorwaarde niet naleeft, kan de Procureur des Konings een vordering bij de strafrechter indienen tot herroeping van de eerder opgelegde, maar uitgestelde straf. In

54. Bij de in voetnoot 53 genoemde Wet van 25 december 2016 is ook genoemd artikel 17 gewijzigd. Waar er voorheen zes verschillende bestemmingen waren, wordt er door de gewijzigde wetsbepaling nog slechts gedifferentieerd naar drie categorieën, te weten de processuele status van verdachte of veroordeelde, geslacht en gedetineerden die in de gevangenis worden opgenomen samen met hun kind jonger dan drie jaar. De (drastische) wijziging heeft evenwel nog geen gevolgen voor de praktijk, aangezien artikel 17 Basiswet gevangeniswezen zelf nog niet in werking is getreden.
55. De tekst van deze Wet van 8 juni 1867, 1867060850, in werking getreden op 18 oktober 1867, is te raadplegen via: www.ejustice.just.fgov.be/cgi_loi/change_lg.pl?language=nl&la=N&cn=1867060801&table_name=wet.
56. Er bestaat ook nog de voorwaardelijke modaliteit van opschorting van de uitspraak, maar aangezien daarvoor nu juist kenmerkend is dat bij het succesvol doorlopen van de proeftijd geen veroordeling tot een straf volgt, heeft deze modaliteit als zodanig geen betrekking op de executie.
57. Deze hoofdstraf is eerst sinds de Wet van 10 april 2014 van kracht.
58. Voluit de Wet betreffende de opschorting, het uitstel en de probatie. De tekst van deze Wet van 29 juni 1964 (i.w.tr. op 1 september 1964), zoals gewijzigd bij Wet van 22 maart 1999, is te raadplegen via: www.ejustice.just.fgov.be/cgi_loi/change_lg.pl?language=nl&la=N&table_name=wet&cn=1964062930.

sommige gevallen (van recidive) vindt herroeping van dit uitstel van rechtswege plaats, waardoor geen rechterlijke tussenkomst nodig is. In andere gevallen is de herroeping van het uitstel facultatief en ter afweging van de rechter (artikel 14 Probatiewet). Behalve de mogelijkheid van herroeping staat het de rechter ook vrij, als hij dat wenselijk acht, de voorwaarden aan te passen. Deze procedure is aldus te vergelijken met die van de voorwaardelijke veroordeling ex artikelen 14f en 14g van ons eigen Wetboek van Strafrecht, waar de rechter die vrijheid ook toekomt en de voorwaardelijke modaliteit bij niet-naleving zelfs kan omzetten in een taakstraf, in tegenstelling tot onze regeling van de voorwaardelijke invrijheidstelling, op grond waarvan de rechter niet zelfstandig de voorwaarden kan bepalen en wijzigen. Waar deze executiebeslissing bij de Belgische modaliteit van het uitstel zodoende is voorbehouden aan de rechter, is daarentegen bij niet-naleving van de probatiestraf het openbaar ministerie autonoom beslissingsbevoegd inzake de vraag of de bij het veroordelend vonnis bepaalde vervangende gevangenisstraf of geldboete moet worden uitgevoerd. Deze laatste procedure, met bijbehorende discretionaire vrijheid voor het openbaar ministerie, is daarmee te vergelijken met de in ons land geldende procedure bij omzetting van de taakstraf in vervangende hechtenis.[59] In tegenstelling tot de bij ons bestaande mogelijkheid van het indienen van een bezwaarschrift bij de rechter (die de taakstraf oplegde), komt in België de veroordeelde een dergelijk rechtsmiddel niet toe.

Het feitelijke toezicht op de naleving van de voorwaardelijke modaliteiten van uitstel en probatie is geen taak van het openbaar ministerie, maar van zogeheten probatiecommissies, die voor wat betreft de sociale begeleiding van de veroordeelden worden ondersteund door justitieassistenten van de Dienst Justitiehuizen van de FOD Justitie (artikel 9 Probatiewet). Dit is althans het wettelijke systeem. In de praktijk is deze Dienst Justitiehuizen door de zesde staatshervorming echter overgeheveld van het federale niveau naar de gemeenschappen (als onderdeel van het departement welzijn, volksgezondheid en gezin). Sinds 1 januari 2016 regelen de gemeenschappen, met een onderling samenwerkingsakkoord, zowel de sociale begeleiding binnen de gevangenissen als de uitoefening van het elektronisch toezicht.[60] Hoewel de probatiecommissies, ingesteld bij elke rechtbank in eerste aanleg, worden voorgezeten door een rechter, is er wat betreft de overige commissieleden een stevige inmenging vanuit zowel het openbaar ministerie (de Procureur des Konings) als de minister van Justitie. Dit volgt uit artikel 10 Probatiewet, waarin bovendien wordt bepaald dat de Procureur des Konings de vergaderingen van de probatiecommissie bijwoont met raadgevende stem en dat de minister van Justitie één of meer secretarissen benoemt na advies van de bevoegde gemeenschapsminister. De rol van de probatiecommissies gaat verder dan 'enkel' het uit-

59. Artikel 22g Sr. Invoering van deze regeling leidde destijds tot veel kritiek. Zie onder meer Boone 1999.
60. https://justitie.belgium.be/nl/nieuws/persberichten/news_pers_2014-12-10.

oefenen van toezicht en het informeren van het openbaar ministerie bij niet-naleving van de voorwaarden. Op grond van artikel 12, eerste lid, van de Probatiewet kan de commissie bijvoorbeeld de bij de rechterlijke beslissing gestelde voorwaarden (artikel 37octies, vierde lid, Wetboek van Strafrecht) geheel of ten dele opschorten, nader omschrijven of aanpassen aan de omstandigheden. Zij kan die voorwaarden evenwel niet aanscherpen.

Net als bij de probatiestraf beslist het openbaar ministerie bij de werkstraf autonoom of de door de strafopleggende rechter samen met de werkstraf vastgelegde vervangende vrijheidsstraf of geldboete ten uitvoer wordt gelegd en zo ja, welk deel ervan (artikel 37septies Wetboek van Strafrecht). Deze zelfstandige beslissingsbevoegdheid van het openbaar ministerie is door het Grondwettelijk Hof niet ongrondwettelijk geacht.[61] De strafopleggende rechter heeft overigens wel de mogelijkheid in zijn vonnis aanwijzingen te geven over de concrete invulling van de werkstraf (artikel 37quinquies, vierde lid, Wetboek van Strafrecht), evenals bij de probatie.

Bij de laatste, hier te bespreken alternatieve straf, de zogeheten straf onder elektronisch toezicht,[62] is de uitvoeringsverantwoordelijkheid weliswaar exclusief bij het openbaar ministerie belegd (artikel 37quater Sw) maar kan het openbaar ministerie niet discretionair beslissen inzake de tenuitvoerlegging van de voor het elektronisch toezicht vervangende gevangenisstraf. De wet schrijft een en ander dwingend voor in artikel 37ter en quater Sw.

Al het voorgaande schetst een beeld van de Belgische strafuitvoering waarbij de minister van Justitie, de FOD, het openbaar ministerie en de probatiecommissies de bevoegde instanties zijn. Ook de Koning zelf heeft bovendien enige zeggenschap over de strafexecutie, gelet op de grondwettelijke bepaling dat de Koning het recht heeft de door de rechters uitgesproken straffen kwijt te schelden of te verminderen, behoudens hetgeen ten aanzien van de ministers en van de leden van de Gemeenschaps- en Gewestregeringen is bepaald. Aan dit overzicht dient evenwel nog een belangrijke instantie te worden toegevoegd, te weten de rechterlijke macht. Meer bepaald, de strafuitvoeringsrechter en de strafuitvoeringsrechtbank, die in sommige gevallen door de Wet houdende de oprichting van strafuitvoeringsrechtbanken de exclusieve zeggenschap over executiebeslissingen zijn toebe-

61. Grondwettelijk Hof (Arbitragehof) 30 maart 2011, nr. 46/2011.
62. Om de overbevolking in het Belgische gevangeniswezen terug te dringen, bestaat er in de praktijk al lange tijd een teneur om alternatieve sancties in te zetten, met name bij vrijheidsstraffen tot drie jaar. In 2012 zou in dat verband worden gestart met de quasi automatisch toegekende sanctioneringsmogelijkheid van thuisdetentie met stemherkenning, beoogd voor veroordeelden met een gevangenisstraf tot acht maanden, maar die is in de praktijk lastig van de grond gekomen.

deeld.[63] Deze Wet van 17 mei 2006 betekende, samen met de eerder genoemde Wet externe rechtspositie en de Basiswet gevangeniswezen een fundamentele hervorming van de strafuitvoering. Die hervorming is echter nochtans slechts ten dele doorgevoerd, waardoor de daadwerkelijke bevoegdheden voor de strafuitvoeringsrechtbanken vooralsnog beperkt zijn. Welke bevoegdheden dat zijn en hoe zich die verhouden tot de competentie van de minister van Justitie, wordt uiteengezet in paragraaf 3.

2.5 Frankrijk

Op grond van het huidige Wetboek van Strafrecht (de sinds 1994 geldende *Code Pénal*, hierna afgekort als NCP) komt de Franse rechter een grote straftoemetingsvrijheid toe. Niet alleen behelst het sanctiestelsel vele sanctiemodaliteiten, maar ook staat het de rechter in aanzienlijke mate vrij om daar toepassing aan te geven, waarbij het voor Frankrijk eens nog zo kenmerkende stelsel van minimumstraffen vrijwel volledig is afgeschaft.[64] Net als in ons land laat de ruime straftoemetingsvrijheid niettemin onverlet dat zowel de straftoemeting zelf als de strafexecutie wel degelijk nader wordt genormeerd. Op wettelijk niveau geschiedt dat eerst en vooral door de NCP en door de *Code de procédure pénale* (het Franse equivalent van het Wetboek van Strafvordering, hierna afgekort als CPP), maar ook door van regeringswege op grondwettelijke basis uitgevaardigde decreten.[65]

In de CPP is Boek V volledig gewijd aan de procedures inzake de tenuitvoerlegging.[66] In artikel 707 CPP wordt bepaald dat de tenuitvoerlegging effectief en zo snel mogelijk dient te worden gerealiseerd en gericht is op de re-integratie van de veroordeelden met oog bovendien voor speciale preventie en de belangen van samenleving en slachtoffers. Teneinde deze doeleinden te realiseren wordt uitdrukkelijk een dynamisch perspectief gehanteerd bij de tenuitvoerlegging van sancties. In artikel 707 CPP is in dat verband uitdrukkelijk neergelegd dat sancties gedurende de executiefase kunnen worden gewijzigd om rekening te houden met de zich ontwikkelende persoonlijkheid en situatie van de veroordeelde persoon. Dit uitgangspunt van individualisering van het strafvonnis en de bestraffing als zodanig is kenmerkend voor het Franse sanctiestelsel. Het is niet alleen neergelegd

63. Wet van 17 mei 2006, *BS* 15 juni 2006, gedeeltelijke i.w.tr. op 1 februari 2007. De tekst van deze wet is te raadplegen via: www.ejustice.just.fgov.be/cgi_loi/change_lg.pl?language=nl&la=N&table_name=wet&cn=2006051736.
64. A.M. van Kalmthout & P.J.P. Tak, *Ups en downs van de minimumstraf: een verkennende studie naar het voorkomen van minimumstraffen in Frankrijk, België, Duitsland, Engeland en Wales*, Nijmegen: Wolf LP 2003, p. 5-35.
65. Met deze vorm van lagere regelgeving, vergelijkbaar voor ons land met een AMvB, heeft de regering materiële wetgevingsbevoegdheid en kan zij zodoende uitvoering geven aan (ook) wetten in formele zin.
66. Grotendeels ingevoerd bij Wet 2004-204 van 9 maart 2004 en in werking getreden op 1 januari 2005.

in voornoemd artikel, waarin bovendien staat opgenomen dat de individualisering, waar mogelijk, ten dienste staat van een geleidelijke terugkeer van de veroordeelde naar de samenleving onder begeleiding en toezicht van de overheid, maar ook in artikel 132-1 NCP. In het navolgende wordt op de implicaties hiervan voor de strafexecutie uitdrukkelijk teruggekomen.

Op grond van artikel 707-1 CPP is de zeggenschap over (onderdelen van) de strafexecutie over verschillende instanties belegd, waaronder het openbaar ministerie dat daarbij bevoegd is de politie in te zetten. De tenuitvoerlegging van vermogenssancties ligt in handen van de gedecentraliseerde belastinginspecteur die uit naam van het openbaar ministerie handelt. Ook de strafopleggende rechter wordt wettelijk in deze bevoegdheidsverdeling gekend, waarbij hem in sommige gevallen een verplichting wordt opgelegd. Een dergelijke verplichting kan er in zijn gelegen dat de strafrechter de veroordeelde informeert, bijvoorbeeld over de wettelijke mogelijkheid van een korting van de opgelegde geldboete indien de persoon binnen een maand na veroordeling betaalt (artikel 707-3 CPP). Ook bestaat in sommige gevallen een informatieplicht ter zake van het mededelen dat er herroepingsmogelijkheden gelden indien de veroordeelde niet zou voldoen aan een voorwaardelijke sanctiemodaliteit waartoe hij in het vonnis wordt veroordeeld. Naast verplichtingen kent de wet ook bepaalde bevoegdheden toe aan de strafrechter ter zake van de executie. Zo kan de strafrechter in sommige gevallen bij veroordeling tot gevangenisstraf een bevel tot gevangenneming uitvaardigen; zonder overigens de taak of de bevoegdheid hierbij een specifieke penitentiaire inrichting aan te wijzen. Voorts kan de strafrechter sommige door hem opgelegde sancties – meer in het bijzonder de sancties genoemd in artikel 471, vierde lid, CPP jo. artikel 131-6 tot en met 131-11 NCP – dadelijk uitvoerbaar verklaren, in afwijking van de in artikel 708 CPP neergelegde hoofdregel dat een veroordelend vonnis onherroepelijk moet zijn voordat de sanctie ten uitvoer kan worden gelegd. Ook bepaalde voorwaardelijke sanctiemodaliteiten kunnen dadelijk uitvoerbaar worden verklaard, waarbij artikel 41, tweede lid, CPP deze bevoegdheid voor sommige modaliteiten eveneens toekent aan de aanklager (de 'procureur'), mits de verdachte het feit bekent en met de modaliteit instemt en de rechter vervolgens deze consensuele wijze van afdoening (genaamd *composition pénale*) bekrachtigt. De speelruimte van de rechter is in dezen beperkt: hij kan de (dadelijke uitvoerbaarheid van de) voorgestelde sanctiemodaliteit bekrachtigen of afwijzen, maar niet veranderen. Ook overigens is de laatste jaren, onder invloed van het Franse beleid gericht op een effectievere bestrijding van georganiseerde misdaad en terrorisme, de rol van de aanklager toegenomen ten koste van die van de zittende magistratuur, in de functie van de '*juge d'instruction*' in de fase van het opsporingsonderzoek en mogelijk voorarrest.[67]

67. Zie nader hieromtrent Bleichrodt, Mevis & Volker 2012, p. 72-73.

De speelruimte voor de strafrechter is daarentegen op een ander vlak juist groot. Voortvloeiend uit het eerder gememoreerde uitgangspunt van individualisering van de straftoemeting, kunnen op grond van het eerste boek, titel III, hoofdstuk II, afdeling 2 van de CP bepaalde straffen reeds bij oplegging worden gewijzigd wat betreft de wijze waarop deze straffen ten uitvoer worden gelegd. Waar deze afdeling al veelzeggend is getiteld *Des modes de personnalisation des peines,* wordt in het eerste hierin opgenomen artikel 132-24 NCP nog eens uitdrukkelijk bepaald dat straffen kunnen worden gepersonaliseerd volgens de bepalingen en voorwaarden die in deze afdeling worden uiteengezet. De strafrechter kan bijvoorbeeld beslissen tot het verlenen van vrijstelling of uitstel van de straf, of tot plaatsing in een (half)open detentieregime of zelfs tot omzetting van de opgelegde vrijheidsstraf in elektronische detentie. De laatstgenoemde mogelijkheid tot thuisdetentie – *front-door electronic monitorin*g, zoals het in internationale literatuur wordt genoemd – werd in 2000 als pilot geïntroduceerd[68] maar is sinds 2002 wettelijk verankerd en dus op landelijk niveau mogelijk (artikel 132-26-1 e.v. NCP). Op grond van de in 2009 verruimde criteria[69] kan de rechter thans tot thuisdetentie beslissen bij straffen tot twee jaar, of, in geval van een recidivist, bij straffen tot een jaar. In de praktijk wordt veelvuldig van deze alternatieve sanctioneringsmogelijkheid gebruikgemaakt en onderzoek heeft uitgewezen dat het zeer effectief is in termen van recidivevermindering.[70]

Los van de genoemde afdeling in het eerste boek van de NCP, is in verschillende bepalingen van de NCP geregeld dat de strafrechter bij veroordeling tot een voorwaardelijke sanctiemodaliteit de voorwaarden kan bepalen waaraan de veroordeelde zich dient te houden gedurende de proeftijd. Het toezicht op de naleving van die voorwaarden en de zeggenschap over de strafexecutie als zodanig berust vervolgens niet bij de strafrechter. In belangrijke mate berust die echter wel degelijk bij een lid van de rechterlijke macht, te weten de '*juge de l'application des peines*' (hierna afgekort als de JAP). Deze in 1958 op dogmatische gronden ingevoerde executierechter heeft vele bevoegdheden inzake de tenuitvoerlegging en karakteriseert de eerdergenoemde uitgangspunten van het Franse sanctiestelsel van geïndividualiseerde sancties gericht op re-integratie en speciale preventie.[71] In paragraaf 3 wordt hier uitvoerig bij stilgestaan.

Het toezicht op en de zeggenschap over de strafexecutie is evenwel niet alleen bij de JAP belegd, maar ook bij een administratief orgaan. Van grote betekenis in dat

68. Wet van 19 december 1997 (nr. 1997-1159).
69. Wet van 24 november 2009 (nr. 2009-1436).
70. A. Henneguelle, B. Monnery & A. Kensey, 'Better at Home than in Prison? The Effects of Electronic Monitoring on Recidivism in France', *Journal of Law and Economics* 2016-59, p. 629-667.
71. M. Herzog-Evans, 'A 70 year old French re-entry court. Is the French Juge de l'application des peines a Problem-Solving Court?', in: M. Herzog-Evans (red.), *Offender Release and Supervision: The Role of Courts and the Use of Discretion,* 2014, p, 409-445.

verband is het door de regering op 13 april 1999 uitgevaardigde decreet dat uitvoering geeft aan de CPP.[72] In boek V van het decreet is een nadere procedure geregeld voor de tenuitvoerlegging van vrijheidsbeperkende en vrijheidsbenemende sancties en de verantwoordelijkheid terzake. Op grond van titel XI van genoemd boek V ligt die verantwoordelijkheid grotendeels bij een gedecentraliseerde instantie genaamd '*le service pénitentiaire d'insertion et de probation*' (hierna afgekort als SPIP). Vrij vertaald behelst deze instantie, die onder gezag staat van de interregionale directeur van het gevangeniswezen en indirect de minister van Justitie, de duale functie van gevangenisautoriteit en reclasseringsautoriteit.[73] Een dergelijk tweeledig administratief orgaan bestaat ook in Noorwegen, zoals eerder in deze bijdrage is geschetst. In elk regionaal departement in Frankrijk wordt een SPIP ingesteld, om de taken uit te voeren die worden beschreven in de artikelen D. 573 tot en met D. 575 van het decreet. Die taken zijn heel divers en beslaan vrijwel alle fasen van het strafproces en de strafexecutie in het bijzonder. Om die reden wordt in paragraaf 3 ook nader stilgestaan bij de SPIP, in relatie tot de JAP; vooral nu deze verhouding tussen administratie en rechter onder druk lijkt te staan.

3 De procedure, taken en bevoegdheden van de executierechter nader belicht

Uit het voorgaande volgt dat, met uitzondering van Noorwegen, alle hier besproken landen een specifiek voor de strafexecutie aangewezen gerecht kennen. In geen van de landen opereert deze executierechter evenwel zelfstandig; overal is de zeggenschap over de strafexecutie verdeeld belegd. Bij de uiteenzetting hieronder van de verschillende nationale procedures, taken en bevoegdheden van de executierechters – met bijzondere aandacht voor de mogelijkheden van detentiefasering en voorwaardelijke invrijheidstelling – wordt dan ook telkens de relatie tot de overige bij de strafexecutie betrokken instanties geschetst. Aangaande Noorwegen wordt in die relatie dus niet de executierechter maar de reguliere rechterlijke macht betrokken. Vanwege de lange traditie die Frankrijk heeft op het gebied van de executierechter, wordt ditmaal met dat land gestart.

3.1 Frankrijk

Als gezegd stamt de invoering van het Franse executiegerecht JAP uit 1958. De achtergrond daarvan is voornamelijk gelegen in de hervormingsperiode van na de Tweede Wereldoorlog en de *défense sociale nouvelle*-beweging onder aanvoering

72. In het Frans te vinden via www.codes-et-lois.fr/code-de-procedure-penale/toc-procedures-execution-service-penitentiaire-insertion-probat-98eef58-texte-integral.
73. Zie nader hieromtrent en dan met name vanuit het reclasseringsperspectief B. Pelissier & Y. Perrier, 'France', in: Van Kalmthout & Durnescu 2008, p. 349-380.

van Marc Ancel, op grond waarvan in toenemende mate werd ingezet op de noodzaak tot individualisering van sancties met zo veel mogelijk alternatieven voor de vrijheidsstraf gericht op re-integratie en speciale preventie.[74] Zo bezien lagen er dus dogmatische redenen ten grondslag aan de invoering van een executierechter. De vormgeving daarvan ging evenwel gepaard met een pragmatische overweging. Gelet op de enorme aantallen opgelegde vrijheidsbeperkende en vooral vrijheidsbenemende sancties – als gevolg waarvan niet alleen wettelijk vele mogelijkheden tot uitstel (*ajournement de peine*) of afstel (*dispense de peine*) van strafoplegging zijn gecreëerd, maar ook executiemodaliteiten zijn gecreëerd tot verlichting van de opgelegde vrijheidsstraf, zoals de *semi-liberté*, de *placement à l'extérieur*, de *placement sous surveillance électronique* en de *réduction de peine* en er bovendien bij bijzondere gelegenheden als de nationale feestdag collectief gratie pleegt te worden verleend – werd het werkzaam noch raadzaam geacht om de strafopleggende strafrechter de functionaris te laten zijn die behalve de strafoplegging ook verantwoordelijk zou zijn voor een op het individu toegespitste tenuitvoerlegging van de sanctie. Na enkele voorzichtige experimenten, waaronder het aanwijzen van de president van het reguliere gerecht als 'executierechter', werd uiteindelijk de JAP ingesteld. Juist door het afzonderlijke karakter met de eigen taakstelling zou deze persoon in staat zijn om te komen tot een geïndividualiseerde, voor iedere veroordeelde best mogelijke sanctie(tenuitvoerlegging), zoals dat in het Franse rechtssysteem vooropstaat (artikel 132-1 NCP). De executieprocedure zou bovendien ten opzichte van de strafprocedure tot voordeel hebben dat meer en nadere informatie over de betrokkene voorhanden is, op grond waarvan de beslissing tot de juiste sanctie(executie) beter kan worden afgestemd op de persoonlijke omstandigheden.

Hoewel de JAP daarmee verantwoordelijk werd gemaakt voor de executie van vrijheidsbeperkende en vrijheidsbenemende sancties, het uit te oefenen toezicht bij de voorwaardelijke sanctiemodaliteiten en de beslissing tot terugplaatsing in detentie bij schending van de voorwaarden, werd hij decennialang niet beschouwd en erkend als lid van de rechterlijke macht. Doordat de JAP bovendien ook aan het hoofd was gesteld van de inmiddels breed geïnstitutionaliseerde toezichthoudende reclasseringsorganisatie,[75] had het in de praktijk tot gevolg dat de JAP werd gezien als een verkapte reclasseringswerker en sociaal-pedagogisch hulpverlener, die door andere rechters niet heel serieus werd genomen. Een meer juridische implicatie van deze afwijkende positie van de JAP was dat diens beslissingen niet vatbaar waren voor beroep – behalve in sommige gevallen door het openbaar ministerie, maar niet door de veroordeelde – en dat er ook geen vaste rechtspraak of beleid van de JAP als zodanig bestond.

74. Herzog-Evans 2014 en P. Faucher, *L'histoire de juge de l'application des peines en Europe*, 2009, te raadplegen via www.anjap.org/revue-annuelle/article/revue-de-l-application-des-peines-48.html.
75. *Comité de probation et d'assistance aux libérés*; zie Herzog-Evans 2014, p. 411-412.

De positie van de JAP veranderde aanzienlijk met een drietal, onderling tegenstrijdige (wets)wijzigingen in 1999, 2000 en 2004. De wijziging in 1999 betrof het reeds in paragraaf 2 genoemde decreet op grond waarvan de verantwoordelijkheid voor de executie van sancties grotendeels in handen kwam te liggen van de instantie SPIP. Deze nieuwe verantwoordelijkheid voor de duale autoriteit van gevangeniswezen en reclassering, waarbij het gevangeniswezen in de naamgeving bewust voorop is gesteld,[76] maakte dat de JAP in de strafexecutie op afstand werd gezet en zelfs dreigde haar functie en positie te verliezen.[77] Een tweetal wetswijzigingen in 2000 en 2004 bracht daar evenwel verandering in, omdat hiermee de JAP (eindelijk) werd erkend als lid van de rechterlijke macht en de procedure werd 'gejuridiseerd' met wezenlijke aspecten als hoor en wederhoor in een contradictoire procedure – die plaatsvindt *na* de initiële strafoplegging en al dan niet gedurende de inmiddels aangevangen detentie dan wel de op grond van beleidsregelingen opgeschorte detentie – met rechtsbijstand en rechtsmiddelen.[78] Bovendien werd bij de wet van 9 maart 2004 een meervoudig executiegerecht opgericht, de '*tribunal de l'application des peines*' (hierna afgekort als de TAP). Dit gerecht, bestaande uit drie JAP's, is bevoegd inzake de executiebeslissingen bij langdurige vrijheidsstraffen voor (bepaalde) zware misdrijven en voorts als de JAP zulks in een concreet geval noodzakelijk acht (artikel 712-6 CPP). Voor de zwaarste misdrijven dient de TAP voorafgaand advies in te winnen van een multidisciplinaire commissie, wier oordeel overigens slechts adviserend van aard is.

De JAP (in het vervolg wordt telkens hieronder ook de TAP begrepen, tenzij uitdrukkelijk aangegeven) wordt wettelijk genormeerd door de artikelen 712-1 tot en met 712-22 CPP. De taakstelling is neergelegd in artikel 712-1 CPP en behelst, vrij vertaald, het bepalen en beheren van de 'juiste', op de persoon van de veroordeelde toegesneden en op recidivepreventie gerichte executiemodaliteiten bij vrijheidsbeperkende en vrijheidsbenemende sancties en de daaraan te verbinden voorwaarden. Aanvankelijk werd deze taakstelling zo geïnterpreteerd dat de JAP een aanzienlijke vrijheid toekwam, zowel in het kader van een voorwaardelijke veroordeling – waarbij de beslissingen zich uitstrekten tot onder meer de voorwaarden, de proeftijd en de consequentie bij schending van die voorwaarden – als een opgelegde vrijheidsstraf, waarbij de beslissingen zich onder meer uitstrekten tot de

76. M. Herzog-Evans, 'What's in a name: penological and institutional connotatons of probation officers' labelling in Europe', *Eurovista* 2013/2 (3), p. 121-133.
77. Herzog-Evans 2014, p. 413.
78. Ibidem. Het hoger beroep wordt behandeld door '*le chambre de l'application des peines*' van het gerechtshof (artikel 712-11 tot 712-15 CPP). De JAP houdt zitting in 'raadkamer', zonder publiek. Indien de JAP zich buigt over executiebeslissingen in het kader van detentie, houdt hij zitting in de gevangenis. Zie voor een nadere beschrijving van de positie, bevoegdheden en werkwijze van de JAP: Herzog-Evans 2014 en M. Herzog-Evans, 'Non-compliance in France: a human approach and a hair splitting legal system', *European Journal of Probation*, 2012-1 (4), p. 46-62.

mogelijkheden tot opschorting van de strafexecutie, tot penitentiair regime,[79] tot penitentiair verlof en tot strafreductie[80] en vervroegde invrijheidstelling. Anders dan in ons land bij de v.i.-regeling het geval is, lag de laatstgenoemde beslissing tot invrijheidstelling in Frankrijk dus in handen van een (executie)rechter, aan wie veel beleidsvrijheid toekwam, kijkend naar de opstelling van de veroordeelde in detentie. De executierechter was daarbij wel gebonden aan een wettelijk bepaalde zekerheidsperiode (*'période de sûreté'*) die geldt in geval van een veroordeling tot een vrijheidsstraf van tien jaar of meer en gedurende welke periode van die vrijheidsstraf de gedetineerde geen aanspraak kan maken op enige straf- en detentieverlichtende modaliteiten (artikel 132-23 CP). De eventuele door de gedetineerde 'verdiende' strafreductie kan in voorkomende gevallen enkel worden verrekend met het resterende gedeelte van de straf dat buiten deze zekerheidsperiode valt. De JAP (en TAP) was langs de hierboven weergegeven lijnen zelfstandig bevoegd tot omzetting van een door de strafrechter opgelegde vrijheidsbeperkende straf in een vrijheidsbenemende executiemodaliteit[81] en omgekeerd in de omzetting van een door de strafrechter opgelegde vrijheidsbenemende straf in een extramurale (eventueel elektronisch gecontroleerde[82]) vrijheidsbeperkende executiemodaliteit. Dit laatste betreft bijvoorbeeld de modaliteiten *'placement a l'extérieur'* en *'semi liberté'*. De JAP (en TAP) voerde dus stevig en in veel vrijheid het beheer over de executie van sancties en de noodzakelijke aanpassingen daarin (*aménagée*) om telkens de voor het individu en de maatschappij best passende sanctionering toe te kunnen passen. Om deze reden wordt dit rechterlijk orgaan in de Engelstalige literatuur wel aangeduid als *'a sentencing management judge'*.[83]

79. Zij het dat beslissingen in het kader van de materiële rechten van gedetineerden, zoals telefoon, bezoek en activiteitenprogramma, tot de bevoegdheid van de gevangenisdirecteur behoren. Tegen deze administratieve beslissingen is beroep mogelijk bij de bestuursrechter wegens 'overschrijding van bevoegdheden'.
80. Zoals eerder kort aangehaald, bestaat in het Franse sanctiestelsel het systeem van automatische strafreductie, waarbij de mate van reductie afhangt van de opgelegde strafduur. Dit strafverminderingsmechanisme is deels op pragmatische gronden gestoeld op de nijpende capaciteitstekorten in het gevangeniswezen, maar is anderzijds niet onherroepelijk. Behalve de wettelijk bepaalde 'veiligheidsperiode' (*période de sûreté*), gedurende welke periode van de opgelegde straf de veroordeelde niet in aanmerking kan komen voor reductie of enige andere strafverlichtende modaliteit, kan de reductie door de executierechter bijvoorbeeld geheel of gedeeltelijk worden ingetrokken wegens wangedrag in detentie of, in sommige gevallen, wegens het weigeren mee te werken aan behandeling tijdens detentie. Dit strafverminderingsmechanisme is er dus op gericht de individuele veroordeelde aan te moedigen goed gedrag te vertonen. Een insteek en tendens die zich beleidsmatig momenteel ook voordoet in ons nationale sanctierecht.
81. Mits het een omzetting betreft ten gevolge van schending van een bijzondere voorwaarde door de veroordeelde. Ingeval de veroordeelde gedurende de periode van vrijheidsbeperking een nieuw strafbaar feit begaat, is niet de executierechter maar de reguliere strafrechter bevoegd.
82. Zoals in paragraaf 2 vermeld, is het elektronisch toezicht, oftewel *'placement sous surveillance électronique'*, ingevoerd bij Wet van 19 december 1997 (nr. 1997-1159) en neergelegd in artikel 132-26-1 e.v. CP. Op grond van artikel 132-26-2 NCP is het de JAP die de inhoud en reikwijdte van het elektronisch toezicht bepaalt. Nadere procedurele regels zijn vervat in de artikelen 723-7 e.v. CPP.
83. Herzog-Evans 2014, p. 409 en 416.

De nieuwe positie voor de JAP heeft van meet af aan onder druk gestaan vanuit de administratie, meer in het bijzonder het gevangeniswezen, die graag de regie en de executiebeslissingen over de detentie(duur) weer naar zich toe wil trekken en niet afhankelijk wil zijn van het in haar optiek 'te gejuridiseerde' instituut van JAP en TAP. Er zouden daardoor te weinig gedetineerden vervroegd worden vrijgelaten, waardoor de druk op het toch al door capaciteitstekorten en overbevolking geteisterde gevangeniswezen – waar Frankrijk reeds meermalen op is aangesproken door internationale toezichtsorganen als het CPT[84] – alleen nog maar toenam. Bovendien zou er onvrede bestaan over de kosten-batenverhouding door de hoeveelheid tijd en mankracht die de JAP-procedures met zich brengen. Dit alles heeft sinds 2009 geleid tot verschillende pogingen om via beleids- en wetswijzigingen de positie van met name de administratieve instantie SPIP te verstevigen ten koste van de JAP.[85] Hoewel het in Frankrijk doorgaans nog valt te bezien in hoeverre hervormingen daadwerkelijk worden geïmplementeerd in de praktijk, is er onmiskenbaar een tendens gaande om de executiezeggenschap van de rechterlijke instantie JAP in te dammen, met name diens bevoegdheden in het kader van de (voorwaardelijke) executiemodaliteiten van verlof, strafreductie en vervroegde invrijheidstelling. Door die bevoegdheden te verschuiven naar de administratieve instantie SPIP, lijkt niet alleen de rechtspositie van de veroordeelde te worden teruggeschroefd naar de situatie van voor de hervormingen van 2000 en 2004, maar komen de executiebeslissingen bovendien in toenemende mate bloot te staan aan invloed vanuit de politiek. Grootschalige opschorting van strafexecutie, automatische strafverkorting en (al dan niet voorwaardelijke) vervroegde invrijheidstelling, zonder al te veel investeringen in de re-integratie en speciale preventie van veroordeelden, lijkt het credo te zijn in de zoektocht naar oplossingen voor het capaciteitsprobleem in het gevangeniswezen. Nu de onlangs door president Macron aangekondigde plannen dit beeld bevestigen,[86] lijken twee fundamenten van het Franse sanctie- en executiebestel – het individualisatieprincipe en de executierechter die exclusief de zeggenschap heeft over '*d'aménagement des peines*' – op de schop te gaan. Het is interessant te bezien of deze ontwikkeling zich in de nabije toekomst zal voortzetten.

84. Dit, in het licht van schending van artikel 3 EVRM. Zie voor de landenrapporten van het CPT over Frankrijk www.coe.int/en/web/cpt/france. Met betrekking tot het toezicht op detentie is voorts vermeldenswaard dat Frankrijk in 2008 het OPCAT-verdrag heeft geratificeerd (Wet van 28 juli 2008, nr. 2008-739), nadat het een jaar eerder reeds een nationaal, onafhankelijk toezichthoudend orgaan had opgericht ('*le contrôleur général des lieux de privation de liberté*', bij Wet van 30 oktober 2007, nr. 2007-1545).
85. Nader beschreven in Herzog-Evans 2014, p. 414-416.
86. www.lemonde.fr/societe/article/2018/03/06/macron-annonce-la-fin-de-l-automaticite-de-la-prison-pour-les-peines-inferieures-a-un-an_5266586_3224.html.

3.2 Duitsland

Ook in Duitsland ligt de strafexecutie deels in handen van een gespecialiseerde rechter. Zoals kort belicht in paragraaf 2.1, is de zeggenschap over de strafexecutie in Duitsland verdeeld tussen het openbaar ministerie, de penitentiaire administratie en de rechterlijke macht. Wat betreft de rechterlijke macht is de zeggenschap eveneens verdeeld. Voor wat betreft de executie van geldboetes bijvoorbeeld is de strafrechter die zich in eerste aanleg over de strafzaak heeft gebogen, bevoegd. Dit geldt ook voor de in de strafwet opgenomen mogelijkheid voor de rechter om een opgelegde vrijheidsbenemende sanctie voor de maximale duur van twee jaar onder voorwaarden op te schorten (artikel 56 StGB e.v.). Die sanctie wordt dus in het geheel niet ten uitvoer gelegd, gedurende welke gehele periode de strafopleggende rechter bevoegd is. Voor het overige is de executie van vrijheidsbenemende sancties belegd bij de gespecialiseerde *Strafvollstreckungskammer*. Dit executiegerecht maakt onderdeel uit van de reguliere gerechten op deelstaatniveau (*Landgerichte*), voor zover in hun districten een penitentiaire inrichting voor de executie van vrijheidsbenemende straffen en maatregelen is gesitueerd (artikel 78a, eerste lid, GVG). Hoewel dit executiegerecht dus een onderdeel is van de reguliere strafsector van de rechterlijke macht – vergelijk ook titels 5 en 5a van de GVG – is een voor de Duitse rechtspraktijk wezenlijk onderscheidend aspect dat de *Strafvollstreckungskammer* oordeelt als administratieve rechter in een administratieve procedure.[87] Met het bestaan van deze executierechter is het in Duitsland geldende algemeen bestuursrechtelijk uitgangspunt geborgd, dat tegen een beslissing van de administratie altijd een procedure bij een rechter open moet staan. Waar de onderlinge verhouding en afstemming met het openbaar ministerie in algemene lijnen op federaal niveau is geregeld in artikel 451, derde lid, StPO, wordt in artikel 78a, eerste lid, GVG nader geregeld in welke gevallen de *Strafvollstreckungskammer* bevoegd is, vooral ook in onderlinge verhouding tot andere gerechtelijke instanties zoals de rechtbank die zich in eerste aanleg heeft uitgelaten over het strafbare feit waarvoor de vrijheidsstraf is opgelegd. Ook overigens behelst het Duitse recht een omvangrijke regeling voor wat betreft de jurisdictie van de verschillende gerechten. Die jurisdictieregeling behelst niet alleen het straf- en strafprocesrecht, maar ook het bestuursrecht en dan bovendien niet alleen op nationaal (*Bundes*) niveau maar ook op deelstaat (*Länder*) niveau. Deze regeling is te omvangrijk en gedetailleerd en bovendien ook voor een 'buitenstaander' te complex, om in het bestek van deze bijdrage volledig uiteen te zetten. Op deze plaats wordt dan ook volstaan met de hoofdlijnen van de bevoegdheid van de *Strafvollstreckungskammer* ter zake van vrijheidsbenemende sancties.

87. Zie nader J. Feest, W. Lesting & M. Lindemann (red.), *Strafvollzugsgesetze Kommentar*, 7e druk, Keulen: Carl Heymanns Verlag – Wolters Kluwer Deutschland 2017 en Mevis 2018.

Die bevoegdheid strekt zich op grond van voornoemd artikel 78a, eerste lid, onder 1, GVG in samenhang met het bepaalde in de artikelen 462a en 463 StPO onder meer uit tot de beslissingen in het kader van de voorwaardelijke invrijheidstelling van veroordeelden die van hun vrijheid zijn beroofd op grondslag van zowel een straf als een maatregel. Anders dan in ons land wordt in Duitsland de voorwaardelijke invrijheidstelling niet van rechtswege verleend en behoort de beslissing daartoe tot de uitdrukkelijke bevoegdheid van een rechter. Dit is rechtstreeks terug te voeren op de grondwettelijke normering dat alle beslissingen omtrent de toepassing en voortduring van vrijheidsberoving is voorbehouden aan een rechter (artikel 104, tweede lid, GG). Dit artikel heeft een verstrekkender werking dan onze grondwettelijke bepaling van artikel 113 Gw. De rechterlijke bevoegdheid inzake de voorwaardelijke invrijheidstelling van gedetineerden berust bij de *Strafvollstreckungskammer*, zowel wat betreft de beslissing tot het verlenen van die invrijheidstelling en de daaraan te verbinden voorwaarden, als de beslissing inzake de herroeping ingeval de veroordeelde zich niet aan die gestelde voorwaarden houdt. De regeling daaromtrent is meer specifiek uitgewerkt en neergelegd in artikel 57 StGB (in geval van een tijdelijke gevangenisstraf) en artikel 57a StGB (ingeval van een levenslange gevangenisstraf).[88]

De wettelijk verankerde voorwaarden die de *Strafvollstreckungskammer* aan de invrijheidstelling kan verbinden, zijn alle gericht op (proportioneel) herstel van de door de dader veroorzaakte schade (artikel 57, derde lid jo 56b StGB). Bovendien kan de *Strafvollstreckungskammer* in dit verband specifieke aanwijzingen aan de veroordeelde geven, gericht op de preventie van recidive (artikel 57, derde lid jo. 56c StGB). Als gezegd is de *Strafvollstreckungskammer* ook bevoegd te beslissen inzake de herroeping van de voorwaardelijke invrijheidstelling (artikel 57, vijfde lid jo. 56f StGB en artikel 462a en 454a, tweede lid, StPO).[89] Tot die herroeping kan ook worden besloten indien achteraf blijkt dat de veroordeelde in de periode voorafgaand aan de beslissing tot invrijheidstelling een strafbaar feit heeft gepleegd dat ontegenzeggelijk tot een andere beslissing had geleid als de *Strafvollstreckungskammer* ervan op de hoogte was geweest (artikel 57, vijfde lid, StGB).

Op grond van artikel 78a, eerste lid, onder 2, GVG in combinatie met artikel 50, vijfde lid en artikel 109-110 StVollzG neemt de *Strafvollstreckungskammer* voorts ook kennis van geschillen over de inrichting van de *Strafvollzug.* Zoals weergegeven in paragraaf 2.1 is de *Strafvollzug* sinds 2006 grotendeels niet langer een verantwoordelijkheid van het federale ministerie van Justitie, maar van de ministeries van Jus-

88. Zie ook Mutz 2008, p. 405.
89. Die bevoegdheid heeft de *Strafvollstreckungskammer* ook bij de beslissing tot tenuitvoerlegging van een voorwaardelijke vrijheidsstraf na schending van de daaraan verbonden voorwaarde(n) (artikel 56f StGB jo. artikel 453 StPO). Ook deze rechterlijke bevoegdheid is rechtstreeks terug te voeren op de eerdergenoemde grondwettelijke bepaling van artikel 104, tweede lid, GG.

titie van de afzonderlijke *Länder.* Zij bepalen – binnen de federale kaders – het beleid met betrekking tot de tenuitvoerlegging van gevangenisstraffen, de inrichting van het gevangeniswezen en de nazorg en het toezicht na een straf of maatregel.[90] Dientengevolge is ook de federale StVollzG niet langer integraal van kracht. Dit geldt onder meer voor artikel 108 StVollzG, waarin voor gedetineerden een interne bezwaarsmogelijkheid bij de directeur van de penitentiaire inrichting is neergelegd. Per deelstaat wordt thans bepaald of een dergelijke mogelijkheid bestaat.

Ook afgeschaft zijn de hierboven genoemde twee StVollzG-bepalingen (109-110), waardoor het daarin bepaalde uitgangspunt dat de *Strafvollstreckungskammer* bevoegd is inzake geschillen over de inrichting van de *Strafvollzug*, niet noodzakelijkerwijs in elke deelstaat hoeft op te gaan. Toch blijkt dat in de praktijk in het merendeel van de deelstaten wel het geval te zijn, aangezien in Duitsland grote waarde wordt gehecht aan de rechtspositie van personen die van hun vrijheid zijn beroofd. De genoemde rechtsgang naar de *Strafvollstreckungskammer* staat echter op grond van artikel 109 StVollzG – of de equivalente bepalingen in de *Strafvollzuggesetze* op deelstaatniveau en in het gezamenlijk *Musterentwurf* – louter open voor de gedetineerde indien hij klaagt over een inbreuk op een hem toekomend recht. Bijvoorbeeld in het kader van een aan hem door de directeur van de penitentiaire inrichting geweigerd verlof. Net als onder het Nederlandse beklagrecht is de Duitse gedetineerde dus niet-ontvankelijk in een klacht bij de *Strafvollstreckungskammer* tegen (veranderingen in) algemene regelingen. Niettemin komt de Duitse gedetineerde nog een andere zelfstandige rechtsgang toe, die zelfs grondwettelijk is vastgelegd in artikel 19, vierde lid,van de Grondwet (*Grundgesetz*) en door het *Bundesverfassungsgericht* uitdrukkelijk van toepassing is verklaard op gedetineerden.[91] Deze grondwettelijke rechtsgang bestaat niet in ons land. Wel bestaat hier een gelijke mogelijkheid zoals de *Strafvollstreckungskammer* die heeft, om een door de gedetineerde bestreden penitentiair-rechtelijke beslissing te schorsen, zo bepaalt althans artikel 114 StVollzG. Tot slot is in algemene zin aangaande de *Strafvollzug* van belang dat de artikelen 117-121 StVollzG onverkort van kracht zijn. Op grond van die laatste bepaling is de *Strafvollstreckungskammer* de bevoegde instantie

90. Vgl. Ch. de Kogel et al., *Gewelds- en zedendelinquenten met een psychische stoornis*, WODC 2006-240, p. 97-98.
91. BVerfG 14 maart 1972, BVerfG, E 33, 1 ff. Zie nader Mevis 2018, onder verwijzing naar het commentaar bij artikel 109 StVollzG in Feest, Lesting & Lindemann 2017.

inzake de – vanuit rechtspositionele optiek toch opmerkelijke – mogelijkheid van kostenveroordeling voor gedetineerden.[92]

In de regel bestaat de *Strafvollstreckungskammer* uit een alleenzetelende rechter (artikel 78b, eerste lid, onder 2, GVG). Slechts in de gevallen waarin het de opschorting van een levenslange gevangenisstraf betreft, of de tenuitvoerlegging van de plaatsing in een psychiatrische inrichting of van de preventieve bewaring, behelst de *Strafvollstreckungskammer* een meervoudige samenstelling van drie rechters (artikel 78b, eerste lid, onder 1, GVG). Zowel de enkelvoudige als de meervoudige samenstelling betreft professionele rechters en geen lekenrechters, zoals die binnen het reguliere strafrecht wel bestaan op lokaal niveau (de zogeheten *Schöffengerichte*, onder meer geregeld in artikel 28 GVG). De zitting van de *Strafvollstreckungskammer* vindt niet in het openbaar plaats (zie bijvoorbeeld de artikelen 454 en 462 StPo) en er bestaan wettelijk geen regels voor de termijn waarbinnen het gerecht een beslissing dient te nemen.

Tegen de beslissing door de *Strafvollstreckungskammer* staat beroep open (artikel 117 StVollzG). De reikwijdte van dit rechtsmiddel is echter inhoudelijk vrij beperkt, zo blijkt uit artikel 116 StVollzG. Het 'beroep' staat slechts open indien dat noodzakelijk is in het kader van verbetering van de wet of om een eenvormige rechtspraktijk te garanderen. Verder beroep of cassatie in die rechtsgang is bovendien niet mogelijk. Daarentegen staat, als gezegd, voor iedere gedetineerde altijd een rechtsgang open bij het *Bundesverfassungsgericht* in Karlsruhe. Die rechtsgang heeft in de praktijk werkelijk betekenis, onder meer omdat dit constitutionele hof resocialisatie als een inherent, met de persoon van de veroordeelde verbonden recht heeft erkend[93] en die veroordeelde bovendien een op artikel 1, eerste lid, *Grundgesetz* gefundeerde aanspraak op menselijke waardigheid heeft. Anders gezegd: de grondslagen van de menselijke waardigheid worden door het *Bundesverfassungsgericht* 'overgebracht' en inhoudelijk 'vertaald' als de normatieve grondslagen van en voor de inhoudelijke aspecten van de strafexecutie (de *Strafvollzug*).[94] Het *Bundesverfassungsgericht* ziet er strikt op toe dat een op de wet gebaseerde inbreuk op grondrechten in voldoende mate wordt gelegitimeerd door het resocialisatiedoel en de inspanningen daartoe. In die beoordeling worden overigens ook de belangen

92. De kostenveroordeling – met vrij forse standaardbedragen – is een van de voorbeelden waardoor bij Mevis 'het gevoel op doet komen dat een te verregaande "juridisering" de procedure (te) ver boven toegankelijkheid voor de gedetineerde verheft', hetgeen voor het Nederlandse beklagrecht zou betekenen dat de 'gemakkelijk-informele sturing van de dagelijks praktijk in de penitentiaire inrichtingen' verloren zou kunnen gaan (Mevis 2018, p. 20, onder verwijzing wederom naar Feest, Lesting & Lindemann 2017).
93. BVerfG 5 juni 1973, BVerfG, 1 BvR 536/72. De verankering van resocialisatie als grondrecht zorgt er in de praktijk onder meer voor dat de regeling van de voorwaardelijke invrijheidstelling van een gedetineerde nauwelijks onder (politieke) druk staat.
94. Mevis 2018, p. 11.

van de samenleving – in de zin van recidivevoorkoming – en de slachtoffers betrokken. In de tekst van de meeste *Strafvollzuggesetze* van de verschillende *Länder* is dit ook uitdrukkelijk opgenomen. Het *Bundesverfassungsgericht* laat het ook bewust over aan die *Länder* om zelf te bepalen hoe het in wetgeving en beleid uitvoering geeft aan de resocialisatie als grondwettelijke strafexecutie-opdracht en verbindt a priori ook geen hiërarchie aan de verschillende belangen in kwestie.[95]

3.3 België

In België is het juridische kader met betrekking tot de strafuitvoering en de rechtspositie van veroordeelden terzake niet bepaald eenduidig. Dat komt niet alleen door een versnipperde bevoegdheid, maar ook doordat niet alles bij wet is geregeld dan wel doordat niet alle wetgeving daadwerkelijk in werking is getreden. Veel langer dan in andere Europese landen werd met name de interne rechtspositie van gedetineerden hoofdzakelijk door (niet-wettelijke) administratieve normen geregeld.[96] Met de komst evenwel van de in paragraaf 2 reeds kort genoemde Basiswet gevangeniswezen, de Wet externe rechtspositie en de Wet houdende oprichting van strafuitvoeringsrechtbanken is niet alleen de strafuitvoering grondig hervormd, maar is ook de interne en externe rechtspositie van veroordeelden sterk gejuridiseerd. De rechterlijke macht is hierdoor formeel bevoegd gemaakt voor 'beslissingen die de aard of de duur van de vrijheidsstraf wijzigen, zoals de beperkte detentie, het elektronisch toezicht en de voorwaardelijke invrijheidstelling'.[97] Een belangrijke drijfveer achter deze omslag van de ministeriële bevoegdheid naar een rechterlijke bevoegdheid betrof Dutroux, die in 1992 op last van de toenmalige minister van Justitie voorwaardelijk in vrijheid was gesteld. De drie genoemde strafuitvoeringsmodaliteiten waartoe de rechter thans wettelijk bevoegd is, zien allen op de wijze van uitvoering van de opgelegde vrijheidsstraf, waarbij de beperkte detentie telkens voor een maximum van zestien uur per dag aan de veroordeelde kan worden toegekend om professionele, opleidings- of familiale belangen te behartigen die zijn aanwezigheid buiten de gevangenis vereisen en het elektronisch toezicht en de voorwaardelijke invrijheidstelling net als in Nederland een wijze van strafuitvoering betreffen waardoor de veroordeelde onder voorwaarden zijn straf geheel dan wel gedeeltelijk ondergaat buiten de gevangenis. De modaliteiten zijn nader geregeld en gedefinieerd in Titel V van de Wet externe rechtspositie,[98] waarbij de bevoegdheid tot toekenning ervan specifiek wordt toebedeeld aan de eveneens in paragraaf 2 kort genoemde strafuitvoeringsrechters en

95. Mevis 2018, p. 14.
96. Zie voor een uitvoerige beschrijving en verklaring hiervan L. Dupont, *Op weg naar een beginselenwet gevangeniswezen*, Leuven: Universitaire Pers Leuven 1998.
97. Zo stelt V. Scheirs, 'Van binnen naar buiten. De externe rechtspositie van veroordeelde gedetineerden', in: K. Beyens & S. Snacken (red.), *Straffen. Een penologisch perspectief*, Antwerpen/Apeldoorn: Maklu 2017, p. 663-701, p. 670.
98. De voorwaardelijke invrijheidstelling werd met deze wet voor het eerst gedefinieerd (artikel 24).

strafuitvoeringsrechtbanken. Deze waarborg van een rechterlijke executiebevoegdheid geldt in de praktijk echter slechts ten dele, aangezien de Wet externe rechtspositie tot op heden niet volledig in werking is getreden.

Op grond van Titel VI, Hoofdstukken I en II van de Wet externe rechtspositie is de alleenzetelende strafuitvoeringsrechter bevoegd in zaken met een straftotaal van drie jaar of minder en is de meervoudige strafuitvoeringsrechtbank bevoegd in zaken met een straftotaal van meer dan drie jaar. De strafuitvoeringsrechtbanken zijn multidisciplinair, met als voorzitter een senior rechter ingevoerd in het penitentiaire recht en daarnaast twee leden ('assessoren'), de ene gespecialiseerd in penitentiaire zaken en de andere in de sociale re-integratie (artikel 78 Gerechtelijk Wetboek). Waar de bepalingen over de strafuitvoeringsrechtbank op 1 februari 2007 in werking zijn getreden, zijn de bepalingen over de strafuitvoeringsrechter dat tot op heden nog niet. Tot de datum van inwerkingtreding – die naar de huidige stand van zaken in het geheel niet te verwachten valt[99] – worden daarom alle beslissingen waartoe de strafuitvoeringsrechter bevoegd is inzake de betreffende strafuitvoeringsmodaliteiten genomen door de minister van Justitie. De minister van Justitie heeft terzake een ruime discretionaire bevoegdheid en kan ook mandaat verlenen aan het openbaar ministerie of de penitentiaire administratie. Zo wijst de praktijk uit dat indien de beperkte detentie wordt toegepast bij korte vrijheidsstraffen tot zes maanden, de beslissing daartoe wordt genomen door het openbaar ministerie en bij vrijheidsstraffen langer dan zes maanden en maximaal drie jaar door de penitentiaire administratie. Om de aanhoudende overbevolking van de gevangenissen het hoofd te kunnen bieden heeft het ministerie van Justitie in dat verband reeds sinds de jaren negentig van de vorige eeuw enkele verstrekkende circulaires verstrekt, die zien op het niet-executeren van kortdurende vrijheidsstraffen of op de (semi-automatische) voorlopige invrijheidstelling van gedetineerden, door een permanente opschorting van de (verdere) strafuitvoering.[100] Op grond van een complexe en weinig transparante procedure[101] worden kortdurende straffen tot vier maanden in het geheel opgeschort, wordt de uitvoering van straffen van meer dan vier maanden en tot één jaar ambtshalve door de gevangenisdirecteur opgeschort na één tot drie maanden en wordt in principe ook de uitvoering van straffen van meer dan één jaar tot en met drie jaar ambtshalve door de gevangenisdirecteur opgeschort, maar dan na een derde van de straf. Slechts in laatstgenoemde gevallen kunnen tegenaanwijzingen de toekenning in de weg

99. K. Geens, *Het Justitieplan, een efficiëntere justitie voor meer rechtvaardigheid*, Brussel: FOD Justitie 2015 en Scheirs 2017, p. 692.
100. Belangrijke recente circulaires – de Ministeriële Omzendbrieven (MO) geheten – zijn de MO van 17 januari 2005 (MO 1771), zoals gewijzigd bij MO van 10 januari 2014 (MO 1816) en de MO van 15 juli 2015 (MO 1817). Ook van belang is de MO van 4 maart 1994 (MO 1623), zoals gewijzigd bij de MO van 2 juli 1994 (MO 1628), van 9 mei 1996 (MO 1659), van 20 december 1999 (MO 1706) en van 6 december 2000 (MO 1721).
101. Zie nader Scheirs 2017, p. 692-693.

staan en kunnen bijzondere voorwaarden worden gesteld aan de in vrijheid gestelde. In die gevallen geldt bovendien dat bij zedendelinquenten de beslissing niet door de gevangenisdirecteur wordt genomen maar door de Directie Detentiebeheer van het Directoraat-Generaal Penitentiaire inrichtingen. Aan de voorlopige invrijheidstelling kan bovendien een periode van elektronisch toezicht als executiemodaliteit vooraf gaan. Samenvattend[102] komt, in afwijking van de inhoud van de Wet externe rechtspositie, de verdeling van de strafuitvoeringsbevoegheid er in de praktijk op neer dat de strafuitvoeringsrechtbank bevoegd is terzake van de wettelijke strafuitvoeringsmodaliteiten in zaken met een straftotaal van meer dan drie jaar, terwijl de minister van Justitie – en feitelijk de administratie – daartoe bevoegd is in zaken met een straftotaal van drie jaar of minder en daar eigenstandig beleid op heeft gemaakt.

Los van deze praktijk is de minister van Justitie wettelijk bevoegd voor die strafuitvoeringsmodaliteiten die de aard en de duur van de opgelegde vrijheidsstraf niet raken en zodoende worden beschouwd als een inherent deel van het standaardregime van de veroordeelden dat reeds om die principiële reden geen rechterlijke tussenkomst behoeft.[103] Dit zijn de in Titel IV van de Wet externe rechtspositie opgenomen uitgaansvergunningen, het penitentiair verlof en de strafonderbreking. De uitgaansvergunning laat de veroordeelde toe de gevangenis te verlaten voor telkens een duur van maximaal zestien uur en dient ertoe om sociale, morele, juridische, familiale, opleidings- of professionele belangen te behartigen die zijn aanwezigheid buiten de gevangenis vereisen, of om een medisch onderzoek of een medische behandeling buiten de gevangenis te ondergaan. Naast deze zogeheten occasionele uitgaansvergunning kan soms ook een periodieke uitgaansvergunning worden toegekend, teneinde de sociale re-integratie van de gedetineerde voor te bereiden. Het penitentiair verlof laat de veroordeelde toe de gevangenis driemaal zesendertig uren per trimester te verlaten en dient ertoe om de familiale, affectieve en sociale contacten van de veroordeelde in stand te houden en te bevorderen en de sociale re-integratie van de veroordeelde voor te bereiden. De strafonderbreking op zijn beurt wordt aan de veroordeelde toegekend om ernstige en uitzonderlijke redenen van familiale aard en schorst de strafuitvoering voor een duur van maximaal drie maanden. Samen met de eerder genoemde strafuitvoeringsmodaliteiten

102. Zie voor een uitvoeriger uiteenzetting Scheirs 2017, alsook V. Scheirs, *De strafuitvoeringsrechtbank aan het werk*, Antwerpen/Apeldoorn: Maklu 2014; V. Scheirs, K. Beyens & S. Snacken, 'Mixed system: Belgium. Who is in charge? Conditional release in Belgium as a complex bifurcation practice', in: M. Herzog-Evans (red.), *Offender Release and Supervision: The Role of Courts and the Use of Discretion*, Oisterwijk: Wolf LP 2014, p. 151-166 en K. Beyens, T. Daems & E. Maes (red.), *Exit gevangenis? De werking van de strafuitvoeringsrechtbanken en de wet op de externe rechtspositie van veroordeelden tot een vrijheidsstraf*, Antwerpen: Maklu 2014.

103. Scheirs 2017, p. 670 en V. Scheirs & D. de Turck, 'De toepassing van artikel 59 van de Wet op de Externe Rechtspositie door de strafuitvoeringsrechtbank: van uitzonderingsmaatregel naar deblokkeringsstrategie?', in: *Fatik* 2014-142, p. 6-15, p. 7.

van de beperkte detentie, het elektronisch toezicht en de voorwaardelijke invrijheidstelling wordt met deze mogelijkheden evenals in ons land een stelsel van detentiefasering beoogd, waarbij de terugkeer naar de samenleving langs de weg der geleidelijkheid verloopt. De opbouw is in de Belgische praktijk doorgaans dat wordt aangevangen met 'uitgaansvergunningen en penitentiair verlof, gevolgd door beperkte detentie of elektronisch toezicht en tenslotte voorwaardelijke invrijheidstelling'.[104] Hiertoe stelt de wet per strafuitvoeringsmodaliteit specifieke tijdsvoorwaarden, op grond waarvan wordt bepaald wanneer een veroordeelde voor die modaliteit in aanmerking komt.

Voor wat betreft de strafuitvoeringsrechtbank heeft te gelden dat op grond van de wettekst de strafuitvoeringsmodaliteiten worden toegekend voor zover er geen 'tegenaanwijzingen' bestaan (artikel 47 Wet externe rechtspositie). Naast de aan de modaliteit verbonden algemene voorwaarden kan de strafuitvoeringsrechtbank de veroordeelde ook aan geïndividualiseerde bijzondere voorwaarden onderwerpen, indien deze absoluut noodzakelijk zijn om het risico op recidive te beperken of indien deze noodzakelijk zijn in het belang van het slachtoffer (artikelen 55 en 56 Wet externe rechtspositie). Recent is terzake in de wet opgenomen dat het slachtoffer wordt gehoord over de bijzondere voorwaarden die in zijn belang (zouden moeten) worden opgelegd (artikel 53 Wet externe rechtspositie). Bij diezelfde wetsverandering is ingevoerd dat de voorwaardelijke invrijheidstelling nog enkel op verzoek van de veroordeelde kan worden toegekend, zijn hierbij de tijdsvoorwaarden en proeftijden aangescherpt voor personen veroordeeld tot een vrijheidsstraf van 30 jaar of levenslang en geldt in zaken waarbij naast voornoemde vrijheidsstraffen ook een terbeschikkingstelling aan de strafuitvoeringsrechtbank is uitgesproken, dat de strafuitvoeringsrechtbank met eenparigheid van stemmen moet beslissen in een zodanig uitgebreide samenstelling dat twee rechters zijn toegevoegd.[105] De procedure bij de strafuitvoeringsrechtbank is op tegenspraak, maar vindt standaard plaats met gesloten deuren omwille van het belang van een succesvolle re-integratie van de veroordeelde (artikel 53 Wet externe rechtspositie). Als de strafuitvoeringsrechtbank driemaal heeft geweigerd om een strafuitvoeringsmodaliteit toe te kennen, kan de veroordeelde verzoeken om in openbare terechtzitting te verschijnen, maar ook dan bestaat voor de strafuitvoeringsrechtbank de mogelijkheid dit verzoek af te wijzen (artikel 53, vijfde lid, Wet externe rechtspositie). Bij incidenten in het kader van de toegekende strafuitvoeringsmodaliteit, zoals het niet naleven van de voorwaarden of het plegen van nieuwe straf-

104. Scheirs 2017, p. 676-677.

105. Deze wijzigingen zijn ingevoerd bij Wet van 17 maart 2013 en zijn, wederom, vanuit de politiek ingegeven door de maatschappelijke beroering over 'de zaak Dutroux', waarbij het ditmaal ging om de voorwaardelijke invrijheidstelling van de ex van Dutroux, Michelle Martin. De wettelijke aanpassingen hebben tot veel kritiek geleid. Zie nader Scheirs 2017, p. 687 en V. Scheirs, K. Beyens & S. Snacken, 'Justitie op buikgevoel. De strafuitvoeringsrechtbanken buitenspel in de strijd voor een geloofwaardige justitie?', *De Morgen* 23 januari 2013.

bare feiten, kan het openbaar ministerie overgaan tot aanhouding en de zaak voor de strafuitvoeringsrechtbank brengen, die op haar beurt de strafuitvoeringsmodaliteit kan schorsen, de voorwaarden kan wijzigen of de voorwaardelijke invrijheidstelling kan herroepen (artikel 64 e.v. Wet externe rechtspositie). Tegen alle beslissingen van de strafuitvoeringsrechtbank staat uitsluitend cassatieberoep open (artikel 97 Wet externe rechtspositie). Hoewel in uitdrukkelijke termijnen is voorzien om nodeloze vertraging in de procedures voor de strafuitvoeringsrechtbank te vermijden, heeft het Hof van Cassatie herhaaldelijk bevestigd dat er geen sanctie is bij overschrijding en dat artikel 6 EVRM niet van toepassing is.[106]

In het kader van de ministeriële bevoegdheid tot toekenning van de uitgaansvergunningen, het penitentiair verlof en de strafonderbreking is van belang dat de wet hier telkens de zinsnede aan toevoegt 'of zijn gemachtigde'. In de praktijk geschiedt de toekenning doorgaans altijd door ambtenaren van de eerder genoemde Directie Detentiebeheer.[107] Zij beslissen, net als bij de voorwaardelijke invrijheidstelling, op schriftelijk verzoek van de veroordeelde, die overigens ook dient in te stemmen met de aan de uitvoeringsmodaliteit verbonden voorwaarden, na een met redenen omkleed advies van de directeur. In zoverre is de functie van de Directie Detentiebeheer te vergelijken met de hier te lande functionerende selectiefunctionaris. Waar voorheen uit onderzoek naar voren kwam dat de Directie Detentiebeheer een vrij restrictieve houding aannam inzake de toekenning van deze strafuitvoeringsmodaliteiten – in weerwil van de bovengenoemde optiek van de wetgever dat het een inherent deel van het standaardregime van de veroordeelde betreft – doet zich de laatste jaren wat betreft de uitgaansvergunningen en het penitentiair verlof een tendens voor van een meer permissieve toekenning van die modaliteiten.[108] Deze tendens lijkt verband te houden met de wettelijke uitzonderingsmogelijkheid op de beslissingsbevoegdheid van de minister of zijn gemachtigde inzake het toekennen van uitgaansvergunningen en penitentiair verlof. Op grond van artikel 59 Wet externe rechtspositie kunnen deze modaliteiten ook worden toegekend door een strafuitvoeringsrechtbank, in de uitzonderlijke gevallen dat hier niet om is verzocht maar dat dit naar het oordeel van de strafuitvoeringsrechtbank 'absoluut noodzakelijk is om op korte termijn de verzochte strafuitvoeringsmodaliteit toe te kennen'. Dit betreft in de visie van de regering uitdrukkelijk een subsidiaire en uitzonderlijke bevoegdheid voor de strafuitvoeringsrechtbank. Deels vanwege de hierboven genoemde fundamentele reden dat deze strafuitvoeringsmodaliteiten de aard en de duur van de straf niet wijzigen, maar deels ook vanwege de pragmatische reden dat gevreesd werd voor overbelasting van de strafuitvoeringsrechtbanken indien zij primair bevoegd zouden zijn.[109] Om toch

106. Onder meer Cass. 4 december 2007, nr. P.07.1591.N en Cass. 8 april 2008, nr. P.08.0460.N.
107. Scheirs 2017, p. 672.
108. Scheirs 2017, p. 675.
109. Scheirs & De Turck 2014, p. 7.

een rechterlijke waarborg in te bouwen heeft de wetgever artikel 59 in de Wet externe rechtspositie opgenomen.[110]

Uit onderzoek naar de toepassingspraktijk van strafuitvoeringsrechtbanken inzake uitgaansvergunningen blijkt dat deze executiegerechten artikel 59 niet zozeer als uitzonderingsmaatregel toepassen, maar veeleer als 'deblokkeringsstrategie' om de lastige situaties waarin gedetineerden telkens geen uitgaansvergunning krijgen toegekend door de Directie Detentiebeheer te 'deblokkeren' door zelf die uitvoeringsmodaliteit toe te kennen.[111] De overweging van de strafuitvoeringsrechtbanken daartoe doet denken aan de gedachtegang achter ons eigen penitentiair verlofstelsel, te weten dat de toegekende verloven – hetzij succesvol hetzij mislukt – inzicht bieden over het gedrag van de gedetineerde buiten de gevangenis. Hoewel als zodanig begrijpelijk, druist een dergelijke proactieve, strategische toepassing in tegen de aard en strekking van artikel 59 Wet externe rechtspositie, waar bovendien veel tijd mee verloren gaat die beter had kunnen worden benut voor de sociale re-integratie van de gedetineerde. Om die reden wordt in de literatuur bepleit om de uitgaansvergunningen (quasi-)automatisch te laten toekennen door de strafuitvoeringsrechtbanken, dan wel om beroep bij de strafuitvoeringsrechter open te stellen tegen een weigering door de administratie.[112] Die laatste mogelijkheid wordt ook overigens in de literatuur en praktijk node gemist. Bij de strafuitvoeringsmodaliteiten bij straffen van in totaal drie jaar of minder strekt de beslissingsbevoegdheid van de minister van Justitie en de administratie zich namelijk zonder rechterlijke tussenkomst uit tot het gelasten van een hernieuwde strafuitvoering als zich incidenten hebben voorgedaan. Intussen lijkt ook de huidige minister van Justitie Geens te denken aan een dergelijke beroepsmogelijkheid bij de strafuitvoeringsrechtbank voor de administratieve beslissing over voorwaardelijke invrijheidstelling bij straffen tot vijf jaar. Bij straffen van meer dan vijf jaar zou deze beslissing standaard door de strafuitvoeringsrechtbank moeten worden genomen. In deze plannen wordt de reikwijdte van de strafuitvoeringsrechtbank dus gereduceerd van zaken met een straftotaal van meer dan drie jaar tot zaken met een straftotaal van meer dan vijf jaar.

Naast alle voornoemde strafuitvoeringsmodaliteiten die tot de competentie van de strafuitvoeringsrechtbanken behoren, zijn deze executiegerechten ten slotte sinds 1 januari 2012 ook bevoegd inzake de bijkomende straf tot terbeschikkingstelling aan de strafuitvoeringsrechtbank[113] en sinds 1 oktober 2016 bevoegd inzake de uit-

110. Dit, overigens in afwijking van de door de gewichtige Commissie Holsters voorgestelde beroepsmogelijkheid bij de strafuitvoeringsrechtbank (Scheirs & De Turck 2014, p. 8).
111. Scheirs & De Turck 2014, p. 14.
112. Onder meer Scheirs & De Turck 2014, p. 15 respectievelijk p. 8.
113. De betreffende artikelen 34bis-34quater Strafwetboek zijn ingevoerd bij Wet van 26 april 2007 betreffende de terbeschikkingstelling van de strafuitvoeringsrechtbank, i.w.tr. op 1 januari 2012.

voering van de interneringsmaatregelen.[114] Meer specifiek berust laatstgenoemde bevoegdheid bij de daartoe aangestelde 'kamer voor de bescherming van de maatschappij' van de strafuitvoeringsrechtbank die gevestigd is in het rechtsgebied van het hof van beroep waar het onderzoeks- of vonnisgerecht dat de internering heeft bevolen zich bevindt (artikel 3 Wet betreffende de internering). Zijdelings komt de voorzitter van de strafuitvoeringsrechtbank nog een andere, meer controlerende rol toe in het kader van het zogeheten strafuitvoeringsonderzoek dat het openbaar ministerie autonoom kan instellen als de geldboete, verbeurdverklaring of gerechtskosten niet of onvolledig zijn betaald en deze betalingsverplichting 'belangrijk' is (artikelen 464/1 - 464/41 Wetboek van Strafvordering). Voor bepaalde dwangbevoegdheden als afluisteren of huiszoeking zonder toestemming heeft het openbaar ministerie een machtiging nodig van de voorzitter van de strafuitvoeringsrechtbank. Het feit dat de wetgever deze controlerende rol voor de voorzitter beperkte tot enkel de wettigheid en niet de opportuniteit, heeft tot veel kritiek geleid.[115] Het past echter in de bredere tendens van de politiek om de executiebevoegdheid enerzijds in handen te leggen van de op dit vakgebied bekwame rechter maar anderzijds huiverig te zijn voor een (te) grote reikwijdte van die bevoegdheid. Niet alleen de Wet van 17 maart 2013 suggereert op zijn minst een gebrek aan vertrouwen in de strafuitvoeringsrechtbanken,[116] maar ook het in 2015 door minister van Justitie Geens gepresenteerde Justitieplan getuigt daarvan.[117] In plaats van de bevoegdheid van de strafuitvoeringsrechter inzake straffen van drie jaar of minder door implementatie te bekrachtigen, met een aansluitende bevoegdheid voor de strafuitvoeringsrechtbank inzake straffen boven de drie jaar zoals hierboven besproken, reduceert het plan de laatstgenoemde bevoegdheid van de strafuitvoeringsrechtbank tot straffen boven de vijf jaar. Voor de uitvoering van straffen van vijf jaar of minder zou volgens dit plan de minister zelf verantwoordelijk worden, waarbij veroordeelden met dergelijke straffen in principe automatisch worden vrijgesteld wanneer de wettelijke voorwaarden zijn vervuld. Tot meer dan een plan is het vooralsnog niet gekomen.

Al met al is de strafuitvoeringsbevoegdheid in België, als gezegd, niet bepaald eenduidig en fluctueert deze tussen uitvoerende en rechterlijke macht. In dat verband wringt het in de praktijk des te meer dat ook de wetgeving aangaande de interne rechtspositie van gedetineerden nog niet (geheel) in werking is getreden. Zo zijn de

114. De Wet van 5 mei 2014 betreffende de internering, gewijzigd bij Wet van 4 mei 2016, i.w.tr. 1 oktober 2016, is te raadplegen via: www.ejustice.just.fgov.be/cgi_loi/change_lg.pl?language=nl&la=N&cn=2014050511&table_name=wet. Zie nader over de internering van (psychisch) zorgbehoevende veroordeelden hierna.
115. K. van Cauwenberghe, 'Strafuitvoeringsonderzoek: basisregels van de rechtstaat overboord', *Juristenkrant* 29 januari 2014, p. 11. Zie voorts de uitspraak van het Grondwettelijk Hof d.d. 17 december 2015, nr. 178.
116. Scheirs 2017, p. 696.
117. www.stapvoorwaarts.be/wp-content/uploads/2015/03/20150318-Justitieplan-NL.pdf.

in de eerder genoemde Basiswet gevangeniswezen opgenomen bepalingen over de beklagprocedure bij de Commissie van Toezicht en de beroepsprocedure bij de Centrale Toezichtsraad voor het Gevangeniswezen nog altijd niet in werking getreden.[118] Hier bestaat in de praktijk wel grote behoefte aan, niet in de laatste plaats omdat België reeds enkele malen door het CPT – de binnen de Raad van Europa fungerende toezichthouder ter zake van het gevangeniswezen in de lidstaten – is aangesproken op de gebrekkige materiële en formele rechtspositie van gedetineerden, met name in perioden van collectieve stakingsacties door het gevangenispersoneel.[119] Ook het EHRM heeft België al vaker op de vingers getikt.[120] Bovendien wordt op nationaal niveau al langer de kritiek geuit – ook vanuit de eigen organisatie – op het gebrekkig functioneren van de Centrale Toezichtsraad voor het Gevangeniswezen[121] en op de aard en het functioneren van de bestaande Commissies van Toezicht vanwege hun gebrekkige professionaliteit en gebrekkige onafhankelijkheid gelet op het feit dat hun toezicht gebeurt ten behoeve van de minister van Justitie.[122]

In de Wet van 25 december 2016 wordt deels aan deze kritiek tegemoetgekomen, onder meer door de bepalingen dat de Centrale Toezichtsraad voor het Gevangeniswezen voortaan wordt opgericht bij en onder verantwoording staat van de Kamer van volksvertegenwoordigers – het democratisch gekozen parlement – en voorts dat een vast en bezoldigd bureau wordt opgericht die de professionalisering

118. S. Snacken & P. Kennes, 'De interne rechtspositie van gedetineerden', in: K. Beyens & S. Snacken (red.), *Straffen. Een penologisch perspectief*, Antwerpen/Apeldoorn: Maklu 2017, p. 425-473, p. 459 en T. Daems, 'Rijp voor puberteit: Potpourri IV en het onafhankelijk toezicht op de gevangenissen', *Fatik* 2017-153, p. 13-19. Het toezicht wordt sinds 2003 geregeld door het KB van 21 mei 1965 houdende algemeen reglement van de strafinrichtingen (KB van 4 april 2003 tot wijziging van het KB van 21 mei 1965, *BS* 16 mei 2003; KB van 29 september 2005 tot wijziging van het KB van 21 mei 1965, *BS* 27 oktober 2005).
119. Om de urgentie hiervan te onderstrepen bracht het CPT op 13 juli 2017 een publieke verklaring uit (CPT/Inf (2017) 18), waarna in maart 2018 het officiële rapport volgde.
120. Het EHRM heeft reeds in meer dan twintig arresten België veroordeeld wegens schending van artikel 3, 5 en/of 13 EVRM. Onder meer in EHRM 25 november 2014, applicatienr. 64682/12 (*Vasilescu t. België*), de arresten van EHRM 16 mei 2017 in de zaken applicatienr. 37768/13 en 36467/14 (*Sylla en Nollomont t. België*) en EHRM 6 september 2016, applicatienr. 73548/13 (*W.D. t. België*). Met laatstgenoemd arrest werd België voor het eerst onderworpen aan een zogeheten pilootarrest, ontwikkeld op grond van artikel 46 EVRM, waarin het EHRM niet alleen een oordeel velt over de individuele zaak maar het bovendien van de veroordeelde Staat een oplossing eist voor een groter, structureel probleem. Dat probleem betreft hier de wijze waarop geïnterneerden worden behandeld in de Belgische gevangenissen. België heeft van het Hof twee jaar de tijd gekregen – tot 6 december 2018 – om te zorgen dat het systeem van internering voldoet aan alle vereisten van de geschonden bepalingen uit het EVRM. In de tussentijd zijn en worden alle – tientallen – gelijkaardige zaken tegen België geschorst.
121. Daems 2017, p. 14.
122. Snacken & Kennes 2017, p. 460.

en ondersteuning van de toezichtsorganen beoogt.[123] Ook wordt in deze wet het formele klachtrecht opgenomen, langs de lijnen van ons nationale beklagrecht. De Centrale Toezichtsraad richt op grond van deze wet in elke gevangenis een Commissie van Toezicht op, die vervolgens elk uit haar leden een klachtencommissie samenstelt. Hiertoe worden door de Wet van 25 december 2016 vele bepalingen uit de Basiswet gevangeniswezen vervangen. Er ging evenwel geen bij Koninklijk Besluit bepaalde datum van inwerkingtreding van de basiswet mee gepaard. Omdat er bovendien nog enkele kritische kanttekeningen te plaatsen waren bij de beoogde wettelijke regeling van het toezicht op het gevangeniswezen – zoals de onduidelijkheid over het Belgische systeem van het Nationaal Preventiemechanisme aangezien België nog altijd niet het OPCAT-verdrag heeft geratificeerd en het feit dat niet langer vereist is dat een lid van de zittende magistratuur deel uitmaakt van de (klachtencommissie binnen de) Commissie van Toezicht – is in de literatuur opgemerkt dat het raadzaam is de door de Wet van 25 december 2016 bijgewerkte bepalingen van de Basiswet gevangeniswezen voorlopig niet via Koninklijk Besluit in werking te stellen.[124] Dat lijkt zelfs ook in politieke kringen de bedoeling te zijn geweest, nu bij de parlementaire behandeling van die Wet van 25 december 2016 door de Commissie voor de Justitie is opgemerkt dat beoogd werd 'dat de raad en de commissies zich eerst verder professionaliseren in de schoot van het parlement om nadien te bekijken wanneer het beklagrecht werkelijk in voege zal treden op het terrein'.[125] Niettemin is recent bij Koninklijk Besluit wel degelijk (eindelijk) een gefaseerd tijdspad bepaald voor inwerkingtreding van die bepalingen van de Basiswet gevangeniswezen die het penitentiair toezicht en beklagrecht betreffen.[126] Tot die tijd is de huidige regeling omtrent het toezicht op het gevangeniswezen, zoals voorzien in het genoemd Koninklijk Besluit van 1965, van toepassing.

3.4 Zwitserland

Zoals weergegeven in paragraaf 2 zijn in Zwitserland in beginsel de kantons zelfstandig bevoegd tot en verantwoordelijk voor de (organisatie van de) executie van sancties (artikel 123 Zw. Bundesverfassung en artikel 372 Zw. StGB). Aangezien de kantons daarbij veel discretionaire ruimte wordt gelaten (artikel 12-21 Zw. StPO)

123. De in paragraaf 2 reeds genoemde Wet van 25 december 2016, kortgezegd de Wet Potpourri IV, is te raadplegen via: www.ejustice.just.fgov.be/cgi_loi/change_lg.pl?language=nl&la=N&table_name=wet&cn=2016122514. Zie nader hieromtrent Daems 2017.
124. Daems 2017.
125. Verslag van de eerste lezing (5 december 2016). *Kamerstukken* 2016/17, DOC 54 1986/005, 27. Van belang in dit verband is ook dat een recente wet weliswaar nieuwe wijzigingen heeft aangebracht in de Basiswet gevangeniswezen, maar dat de bij de Wet Potpourri IV aangebrachte wijzigingen hierbij niet zijn teruggedraaid (Wet van 11 juli 2018 houdende diverse bepalingen in strafzaken, *BS* 18 juli 2018).
126. Koninklijk Besluit van 19 juli 2018 (*BS* 24 juli 2018). Het tijdspad beslaat 2019 en 2020.

zijn de onderlinge verschillen tussen de kantons aanzienlijk en is het in zoverre voor deze bijdrage onmogelijk om hier een volledig beeld van te geven. Het onderstaande is dus een schets op hoofdlijnen.

Als gezegd, ligt de strafexecutie in de meeste kantons in handen van lokale uitvoeringsinstanties; hetzij de reclassering en de gevangenisautoriteiten afzonderlijk, hetzij de reclassering en de gevangenisautoriteiten fungerend als één gezamenlijke instantie. In een viertal kantons verschuift de verantwoordelijkheid naar specifiek daartoe aangestelde executiegerechten. De ruimte voor en verantwoordelijkheid van die executiegerechten is echter vrij beperkt. In verhouding tot het eerstgenoemde administratieve model komt de executierechter slechts één duidelijke eigen beslissing toe, te weten de beslissingen inzake de voorwaardelijke invrijheidstelling van gedetineerden. Die beslissingen zijn dan voorbehouden aan in beginsel een enkelvoudige executierechter, of, in zwaardere 'gevallen', aan een meervoudig executiegerecht. Alle overige executiebeslissingen – detentiefasering, regimesverandering enzovoort – zijn net als in het administratieve model voorbehouden aan de uitvoeringsinstanties.

Met betrekking tot de voorwaardelijke invrijheidstelling geeft de strafwet geen andere onderscheiding en legt de verantwoordelijkheid en zeggenschap ter zake in algemene bewoordingen neer bij 'de bevoegde instantie', of dat nu een administratief orgaan of een executiegerecht is (bijvoorbeeld in de artikelen 62, eerste lid, 64a, eerste lid, 64*c*, vierde lid, 86, eerste lid, Zw. StGB). Deze bevoegde instantie komt vervolgens een ruime discretionaire bevoegdheid toe bij het bepalen of iemand voorwaardelijk in vrijheid kan worden gesteld. Op grond van artikel 86, eerste lid, Zw. StGB wordt een veroordeelde, net als in ons wettelijk stelsel, in beginsel na twee derde van zijn vrijheidsstraf te hebben uitgezeten, voorwaardelijk in vrijheid gesteld, zij het dat die detentieperiode ten minste drie maanden moet zijn geweest.[127] Het is evenwel de met de executie belaste instantie die zelfstandig beoordeelt of voorwaardelijke invrijheidstelling ook daadwerkelijk is gerechtvaardigd, hetzij door het gedrag van de veroordeelde tijdens zijn detentie of zijn recidivegevaar. In de praktijk lijkt deze vraag in toenemende mate op de laatstgenoemde, negatief te interpreteren grond te worden beantwoord. Indachtig het in paragraaf 2 genoemde artikel 123a, tweede lid, Zw. Bundesverfassung vormt met name bij zeden- en ernstige geweldsdelinquenten de afwezigheid van recidivegevaar de doorslaggevende factor voor de invrijheidstelling van de veroordeelde. De praktijk zou grote verschillen laten zien in hoe de uitvoeringsinstanties met deze afweging omgaan. Niet ondenkbaar is dat de genoemde grondwettelijke bepaling

127. Bij wijze van uitzondering is voorwaardelijke invrijheidstelling ook reeds mogelijk na de helft van de opgelegde vrijheidsstraf. Voorwaardelijke invrijheidstelling is mogelijk voor levenslanggestraften na vijftien jaar van hun straf te hebben uitgezeten, of, eveneens bij wijze van uitzondering, na een periode van tien jaar (artikel 86, leden 4 en 5, Zw. StGb).

hier een rol bij speelt, omdat de autoriteiten op grond hiervan verantwoordelijkheid dragen als een door hen in vrijheid gestelde zeden- en ernstige geweldsdelinquent recidiveert.

De bevoegde executie-instantie is voorts wettelijk bevoegd te bepalen of reclasseringsbegeleiding en -toezicht vereist is gedurende de proeftijd en of er nog overige bijzondere voorwaarden dienen te worden gesteld aan de in vrijheid gestelde en zo ja, welke (artikel 87, tweede lid, Zw. StGB). In dat verband kan de administratieve instantie of het executiegerecht ook de verplichte ambulante behandeling als voorwaarde stellen (artikel 62, derde lid, Zw. StGB). Andere voorbeelden van verstrekkende bevoegdheden van de administratieve instanties en de executiegerechten zijn het bepalen van elektronisch toezicht als executiemodaliteit (artikel 79b, eerste en tweede lid, Zw. StGB) en het gelasten van een taakstraf als executiemodaliteit bij een strafrestant tot zes maanden (of als alternatief voor een gevangenisstraf voor de duur van maximaal zes maanden; artikel 79a, eerste lid, Zw. StGB). Indien de veroordeelde niet voldoet aan de voorwaarden verbonden aan het elektronisch toezicht en de taakstraf, is eveneens de administratieve instantie dan wel het executiegerecht bevoegd tot gehele of gedeeltelijke omzetting van de modaliteit in (vervangende) vrijheidsbeneming (artikel 79a, zesde lid en 79b, derde lid, Zw. StGB). Door dit open te laten en de bevoegdheid in algemene zin bij de 'tot de strafexecutie bevoegde instantie' neer te leggen, heeft de wetgever dus niet vereist dat een dergelijke omzetting door een rechter geschiedt.

Dit is anders voor wat betreft de voorwaardelijke invrijheidstelling, waar bij niet-naleving van de voorwaarden enkel de rechter bevoegd is te beslissen tot herroeping (artikel 89, tweede lid, en 95, vijfde lid, Zw. StGB). Ook ter zake van een aantal andere executiebeslissingen is wettelijk eenzelfde restrictie van de rechterlijke bevoegdheid bepaald. Dit geldt bijvoorbeeld voor de executiebeslissingen – zowel ten gunste als ten nadele van de veroordeelde – in het kader van de straffen van onbepaalde duur (artikelen 64, 64a, 64b, 64c en 65 Zw. StGB) en de behandelmaatregel van klinische aard (artikel 62a Zw. StGb). Ook de beslissing inzake verlenging van de aan de voorwaardelijke invrijheidstelling verbonden proeftijd en de daarbij te stellen voorwaarden is wettelijk voorbehouden aan de rechter (bijvoorbeeld artikel 62, vierde lid en 87, derde lid, Zw. StGB). In al deze gevallen dient de bevoegde uitvoeringsinstantie de rechter uitdrukkelijk te adiëren. Op het hiermee toegelicht uitgangspunt dat voor de omzetting van vrijheidsbeperking – al dan niet op grond van een voorwaardelijke sanctiemodaliteit – in vrijheidsbeneming een beslissing van de rechter is gevergd, bestaan echter uitzonderingen. In sommige kantons kan een officier van justitie een dergelijke beslissing nemen, zij het voor een maximale duur van zes maanden. Deze praktijk lijkt niet ter discussie te staan; in ieder geval niet vergelijkbaar met de discussie in ons land inzake het uitgangspunt van artikel 113 Gw. Een belangrijke factor daarbij is het gegeven dat

in Zwitserland het openbaar ministerie als organisatie volledig onafhankelijk is van de administratie en het ministerie.

Ongeacht of een kanton de zeggenschap over de strafexecutie heeft toebedeeld aan administratieve uitvoeringsinstanties of aan een executiegerecht, worden de beslissingen inzake de strafexecutie genomen op basis van administratief recht. Hoewel de kantonale procedures ter zake onderling enorm verschillen – met alle problemen van dien – is de rechtspositie van veroordeelden doorgaans zodanig bepaald dat voor hem beklag of bezwaar tegen de beslissing openstaat. In kantons met het administratieve model dient de veroordeelde zijn beklag of bezwaar te richten tot een specifieke daartoe ingestelde commissie, die valt onder hetzelfde ministerie als waar de gevangenisautoriteiten toe behoren in dat kanton. Tegen de beslissing van deze commissie staat vervolgens de mogelijkheid van beroep open, bij de bestuursrechter. In de kantons waar het rechterlijke model wordt gehanteerd en de beslissing over voorwaardelijke invrijheidstelling dus door de executierechter wordt genomen, staat voor de veroordeelde de mogelijkheid open om zich met zijn beklag of bezwaar rechtstreeks te wenden tot een hogere rechter en in tweede instantie tot het federale hof.

Tijdens het congres is ter sprake gekomen dat deze toepassing van administratief recht op de strafexecutie in de Zwitserse praktijk tot gevolg heeft dat de rechtspositie van veroordeelden zwakker is dan op grondslag van het strafrecht. De procedurele waarborgen onder het administratief recht voorzien bijvoorbeeld in de meeste kantons niet in verplichte rechtsbijstand, zoals daar onder het strafprocesrecht wel in wordt voorzien. Hierdoor is het voor de veroordeelde ten aanzien van wie een bepaalde executiebeslissing is genomen vaak lange tijd onzeker of hem van overheidswege juridische bijstand wordt verleend, terwijl voor de beroepsprocedure een gedegen uiteenzetting van de juridische gronden voor het instellen van beroep is vereist, hetgeen lastig is zonder rechtsbijstand. Bovendien dient de veroordeelde een (forse) aanbetaling te doen inzake de juridische kosten. Een laatste, hier te bespreken nadeel is het feit dat de kantons verschillende normen hanteren ter zake van de termijn waarbinnen verzoeken dienen te worden behandeld en beslissingen dienen te worden genomen. Deze situatie wordt in toenemende mate bekritiseerd, niet alleen door rechtswetenschappers,[128] maar ook door 'Straatsburg'. Zo heeft het EHRM met betrekking tot de mogelijkheid tot het indienen van een verzoek om invrijheidstelling bij preventieve detentie van onbepaalde duur geoordeeld dat de kantonale procedure in casu niet voldeed aan de minimumstandaarden voor de spoed waarmee het op dit verzoek op grondslag van artikel 5, vierde lid, EVRM

128. Onder meer M. Heer, 'Beendigung therapeutischer Massnahmen: Zuständigkeiten und Verfahren', *Aktuelle juristische Praxis*, 2017-5.

had moeten beslissen.[129] In een eerdere uitspraak heeft het EHRM bovendien bepaald dat de kantonale procedure dient te voldoen aan de standaarden voor openbaarheid van artikel 6 EVRM, met name gelet op de aard van de overtreding en de aard en zwaarte van de opgelegde straf.[130]

3.5 Noorwegen

Waar de (executie)rechter in Zwitserland aldus nog enige zeggenschap heeft, wordt in Noorwegen de rechter vrijwel nagenoeg buiten het executiebestel gehouden. Zoals in paragraaf 2 is geschetst, zijn het vooral het openbaar ministerie, de politie en de uitvoeringsinstanties die in dezen bevoegd zijn. In die enkele situaties waarin de rechter wel bevoegd is bepaalde executiebeslissingen te nemen – waarover hieronder meer – betreft dat telkens het reguliere gerecht en vaak de strafopleggende rechter zelf. Er bestaan, anders gezegd, geen specifieke executierechters in Noorwegen. Op grond van het wettelijk kader, neergelegd in het *Straffe lov*, het *Straffeprosess lov* en de executiewet, zijn het de eerder genoemde *correctional services* – bestaande uit reclasseringsinstanties en gevangenisautoriteiten – die de spil vormen in de strafexecutie. Dit begint al bij de oproep van deze instanties aan de veroordeelde dat en wanneer de executie van de aan hem opgelegde vrijheidsbeperkende of vrijheidsbenemende sanctie aanvangt (artikel 461 Strpl). De uitvoeringsinstanties zijn voorts met een hoge mate van discretionaire ruimte beslissingsbevoegd inzake de strafexecutie. Die bevoegdheid strekt zich uit tot door de rechter opgelegde sancties, waaronder de taakstraf en de voorwaardelijke vrijheidsstraf onder bijzondere voorwaarden in het kader van een alcohol- of drugsverslaving.[131] De uitvoeringsinstanties hebben daarbij deels ook de bevoegdheid een door de rechter opgelegde sanctie van eigen executiewijze en -inhoud te voorzien. Voorts bepalen zij op grond van de inhoud van de executiewet in welke gevangenis en onder welk regime een gedetineerde wordt geplaatst, maar ook of de veroordeelde in aanmerking komt voor (eendaags of langduriger) verlof,[132] voor plaatsing in een forensische zorginstelling, dan wel voor elektronisch toezicht als gedeeltelijke (na de helft) of zelfs volledige (bij straffen tot vier maanden) vervanging van de opge-

129. EHRM 10 mei 2016, applicatienr. 52089/09 (*Derungs t. Zwitserland*). Het duurde in casu bijna elf maanden voordat de beslissing op het verzoek werd genomen. De weigering van de desbetreffende executieautoriteit – een bestuursrechter – om een nieuwe zitting te houden, zoals was verzocht door de veroordeelde, kon daarentegen naar het oordeel van het EHRM de verdragsrechtelijke toets van 'eqality of arms' wel doorstaan, nu de individuele situatie van de veroordeelde niet was veranderd in de afgelopen periode en hij bovendien in persoon was gehoord door de executieautoriteit in aanwezigheid van zijn advocaat. Vgl. ook de eerdere uitspraak EHRM 9 juli 1981, applicatienr. 8463/78 (*Kröcher en Möller t. Zwitserland*).
130. EHRM 22 mei 1990, applicatienr. 11034/84 (*Weber t. Zwitserland*).
131. Ploeg 2008, p. 777.
132. In Noorwegen wordt, evenals in Nederland, veel waarde gehecht aan het principe van detentiefasering, met een geleidelijke toewerking naar meer vrijheden binnen detentie en uiteindelijk uitmondend in een geleidelijke toewerking naar terugkeer in de samenleving.

legde vrijheidsstraf,[133] of als onderdeel van de voorwaardelijke invrijheidstelling gedurende de laatste vier maanden van de opgelegde vrijheidsstraf.[134]

Het zijn ook geen rechters maar de *correctional services* die als zodanig beslissen over de voorwaardelijke invrijheidstelling van gedetineerden. Op grond van de in artikel 42 van de executiewet neergelegde hoofdregel wordt een gedetineerde in vrijheid gesteld zodra hij twee derde van zijn straf heeft uitgezeten, hetgeen ten minste 60 dagen moet zijn geweest. Op deze regel bestaan evenwel door de wet gestelde uitzonderingen, telkens ter beoordeling van de genoemde uitvoeringsinstanties. Ook ter beoordeling van deze instanties staat de vraag *of* in een individueel geval voorwaardelijke invrijheidstelling moet worden verleend. Hoewel deze executiemodaliteit in de Noorse praktijk vrijwel altijd wordt verleend, behelst de wet wel degelijk de mogelijkheid voor de *correctional services* om de invrijheidstelling achterwege te laten, indien het daartoe uitgebrachte advies negatief luidt (artikel 42, vijfde lid, executiewet). Daarbij weegt het detentiegedrag van de veroordeelde uitdrukkelijk mee, alsook de inschatting van het gevaar voor recidive gedurende zijn proeftijd. De belangen van slachtoffers en nabestaanden spelen hierbij (wettelijk) geen rol. Tegen de administratieve beslissing om voorwaardelijke invrijheidstelling achterwege te laten staat beroep open voor de veroordeelde, op het regionale of nationale niveau van de *correctional* services. Tegen die beslissing staat vervolgens beroep open bij de rechter.

Indien de uitvoeringsinstantie beslist tot voorwaardelijke invrijheidstelling, is het vervolgens ook aan deze instantie om te bepalen of het uit oogpunt van maatschappijbeveiliging noodzakelijk is hieraan bijzondere voorwaarden te verbinden, bovenop de algemene voorwaarde dat de persoon geen nieuw strafbaar feit pleegt (artikel 43, eerste en tweede lid, executiewet). Die bijzondere voorwaarden staan limitatief opgenomen in deze wettelijke bepaling, maar in de praktijk wordt daar dus de mogelijkheid van elektronisch toezicht aan toegevoegd. Bij niet-naleving van de algemene en bijzondere voorwaarden kan de uitvoeringsinstantie de veroordeelde oproepen om de aanscherping van de voorwaarden te bespreken (artikel 44, eerste lid, executiewet). Deze consensuele benadering vloeit voort uit het in paragraaf 2 gememoreerde grondprincipe van het Noorse straf(executie)bestel dat

133. In tegenstelling dus tot ons land, waar deze vorm van thuisdetentie – of *home detention* en *front door sentencing*, zoals het in de Engelstalige literatuur wordt aangeduid – vooralsnog niet is toegestaan.

134. Ingegeven door onder meer het capaciteitstekort in het gevangeniswezen, is de laatste jaren in Noorwegen volop geëxperimenteerd met de inzet van elektronisch toezicht als alternatief voor een vrijheidsstraf. Vooralsnog ontbreekt een wettelijke basis, maar in het kader van het moderniseringstraject van het *Straffeprosess lov* wordt hier wel over nagedacht. De rol van de reclassering bij de strafexecutie neemt langs deze lijnen toe (Ploeg 2008, p. 795). Zie nader over de huidige werkwijze in Noorwegen met betrekking tot elektronisch toezicht: www.kriminalomsorgen.no/getfile.php/3934108.823.qnwb7zwjuzaai7/Electronic+Monitoring+%28EM%29+-+information+to+the+offender.pdf.

de straf(executie) in beginsel met instemming van de veroordeelde geschiedt. Bij herhaalde schending van de voorwaarden nadien kan de regionale uitvoeringsinstantie de zaak evenwel aan de rechter voorleggen, met een vordering tot gehele of gedeeltelijke herroeping van de voorwaardelijke invrijheidstelling (artikel 44, tweede lid, executiewet). Die beslissing tot omzetting van de vrijheidsbeperking in (hernieuwde) vrijheidsbeneming is zodoende voorbehouden aan de rechter.

Uit het voorgaande volgt de conclusie dat de strafexecutie in Noorwegen in handen ligt van de uitvoeringsinstanties en dat de rechter er louter in reactieve zin bij wordt betrokken als er vanuit het perspectief van de veroordeelde 'iets mis gaat'. Soms betreft dit de straf(opleggende)rechter, maar veel vaker is het de administratieve rechter, fungerend als beroepsinstantie na de bezwaarprocedure bij de regionale of nationale *correctional services* zelf, of als 'scheidsrechter' bij geschil tussen de *correctional services* en het openbaar ministerie enerzijds en de veroordeelde anderzijds. Een voorbeeld van de laatstgenoemde, in algemene zin in artikel 462 Strpl neergelegde functie van de rechter is artikel 459 Strpl, dat de gang naar de rechter openstelt voor de veroordeelde die van mening verschilt met de *correctional services* over het uitstel van de strafexecutie vanwege zijn psychische of medische toestand. In dergelijke gevallen is het reguliere administratieve recht van toepassing. Het staat veroordeelden daarnaast ook vrij de (overheids)instanties voor de civiele rechter te dagen. Een bekend voorbeeld daarvan is Anders Breivik die in 2016 de *correctional services* – en daarmee feitelijk het ministerie van Justitie – met een beroep op artikel 3 EVRM daagde vanwege zijn eenzame opsluiting en overige detentieomstandigheden. Nadat in eerste aanleg door de civiele rechter was geoordeeld dat het ministerie genoemd artikel inderdaad heeft geschonden, werd dit oordeel op 1 maart 2017 in hoger beroep vernietigd, hetgeen standhield in cassatie.[135]

4 Rechtsvergelijkende inzichten

Het voorgaande levert een caleidoscopisch beeld op van de zeggenschap over de strafexecutie in vijf Europese landen. Onderzocht is de wijze waarop de verschillende bij de strafexecutie betrokken instanties in België, Duitsland, Frankrijk, Noorwegen en Zwitserland zijn gepositioneerd, met in het bijzonder aandacht voor de positie van de rechterlijke macht. Niet geheel verrassend kan worden geconstateerd dat er tussen de landen onderling zowel overeenkomsten als verschillen bestaan. Een wezenlijke overeenkomst is dat in alle besproken landen de beslissingen in het kader van de initiële selectie en plaatsing van justitiabelen in een penitentiaire setting buiten de bevoegdheid van de (executie)rechter zijn gelaten. De

135. Met een beroep op artikel 3 EVRM heeft Breivik daarna een klacht tegen Noorwegen ingediend bij het EHRM. In deze klacht is Breivik echter niet-ontvankelijk verklaard (EHRM 21 juni 2018, applicatienr. 48852/17 (*Hansen t. Noorwegen*)).

onderlinge verschillen tekenen zich voorts niet alleen af bij de vraag welke instantie de executieverantwoordelijkheid draagt, maar ook bij de vraag hoe die positie zich verhoudt tot de overige uitvoeringsinstanties. Zonder de verschillen hier in alle volledigheid te kunnen duiden, zijn enkele algemene lijnen van belang. In Noorwegen en Zwitserland blijkt de genoemde positionering het meest eenduidig te zijn. In Noorwegen berust de zeggenschap over de strafexecutie hoofdzakelijk bij de administratie (die overigens uit het gevangeniswezen en de reclassering gezamenlijk bestaat), in sommige gevallen aangevuld met een bevoegdheid voor de politie. Ook in Zwitserland berust de zeggenschap over de strafexecutie hoofdzakelijk bij de administratie, welke bevoegdheid daar in sommige gevallen, bijvoorbeeld inzake de voorwaardelijke invrijheidstelling, wordt aangevuld met die van de rechter.

In Duitsland, Frankrijk en België neemt die rechter weliswaar een veel stevigere positie in, met in elk van deze drie landen een afzonderlijke executierechter – respectievelijk de *Strafvollstreckungskammer*, de *juge de l'application des peines* (JAP) en de strafuitvoeringsrechtbank – maar de zeggenschap over de strafexecutie als zodanig is daar bepaald niet eenduidig belegd. In Duitsland is die zeggenschap verdeeld over de *Strafvollstreckungskammer*, het openbaar ministerie en de feitelijke administratie. Hetzelfde gaat op voor Frankrijk, waar de JAP haar ooit zo unieke en gejuridiseerde positie als executierechter in toenemende mate ziet afbrokkelen en overgaan in handen van het openbaar ministerie en vooral van de administratie. Die administratie bestaat net als in Noorwegen uit het gevangeniswezen en de reclassering gezamenlijk. Bestaat er in Frankrijk zodoende een tendens van toenemende departementale invloed op de strafexecutie, in België doet die invloed zich in nog sterkere mate voor. De multidisciplinaire strafuitvoeringsrechtbank is daar weliswaar exclusief bevoegd te beslissen over executiemodaliteiten in geval van vrijheidsbenemende sancties van meer dan drie jaar, maar voor het overige berust de executieverantwoordelijkheid bij het openbaar ministerie, de administratie en de minister van Justitie. Vooral die laatstgenoemde functionaris oefent feitelijk veel invloed uit op de strafexecutie. Niet alleen is de minister van Justitie namelijk wettelijk bevoegd te beslissen over die executiemodaliteiten die worden beschouwd als een inherent deel van het standaardregime van de veroordeelden – te weten de uitgaansvergunningen, het penitentiair verlof en de strafonderbreking – maar ook bestaat de praktijk dat de minister bevoegd is alle beslissingen te nemen die wettelijk gezien eigenlijk in handen zouden moeten liggen van de strafuitvoeringsrechter. Deze praktijk vloeit voort uit het feit dat de wetgeving aangaande deze alleenzetelende executierechter, bevoegd inzake vrijheidsbenemende sancties tot drie jaar, tot op heden niet in werking is getreden. Met de stevige departementale invloed op de strafexecutie lijkt het Belgische systeem het meest op het systeem zoals wij dat na invoering van Boek 8 van het gemoderniseerde Wetboek van Strafvordering zullen kennen. Waar in ons land de strafexecutie echter

grotendeels is neergelegd in daadwerkelijk in werking getreden wet- en regelgeving, is dat in België anders. Daar krijgen, net als in Frankrijk, veel aspecten van de strafexecutie vorm buiten wettelijke regelingen om. Dit geldt niet voor Noorwegen, Duitsland en Zwitserland, waar het legaliteitsbeginsel veel strikter wordt nageleefd.

Wat leren de Europese inzichten over het bestaan en de positionering van een executierechter ons nu voor de in de inleiding gestelde vraag naar de meest wenselijke rol van de rechter bij de tenuitvoerlegging van sancties? Kan in dat verband de specifieke vraag naar de wenselijkheid van invoering van een afzonderlijke executierechter – een vraag die reeds decennialang onbeslist is gebleven, zelfs toen het in 1974 als vraagpunt bij de Algemene Vergadering van de NJV in stemming werd gebracht[136] – thans onomwonden worden beantwoord? Helaas is dat niet het geval. Reeds daarom niet, omdat daartoe ook dient te worden gekeken naar aspecten als de effectiviteit van de strafrechtspleging, die nu eenmaal niet in dit onderzoek zijn betrokken. Maar ook omdat de wijze waarop in die andere landen het instituut van de executierechter is vormgegeven, in sterke mate afhangt van de nationale (rechts)cultuur. In Duitsland bijvoorbeeld wordt grote waarde gehecht aan de rechtspositie van de justitiabele, voor wie niet alleen de grondwettelijke noties van menselijke waardigheid en resocialisatie hebben te gelden, maar ook te allen tijde een rechtsingang bij een onafhankelijke rechter. Het voor Duitsland zo kenmerkende gegeven is dat dit voor wat betreft het penitentiaire recht en dus de inrichting van de strafexecutie een administratiefrechtelijke ingang betreft bij een voor het overige binnen de reguliere strafkamer ressorterende executierechter (*Strafvollstreckungskammer*). In Frankrijk is het bestaan van de JAP als executierechter uitdrukkelijk gefundeerd op het in de wetboeken van strafrecht en strafvordering verankerde individualisatieprincipe. Op grond van dat principe dient bij zowel de berechting als de tenuitvoerlegging rekening te worden gehouden met de zich ontwikkelende persoonlijkheid en situatie van de individuele delinquent. Dat uit zich niet alleen in mogelijke regimesdifferentiatie voor gedetineerden, zoals wij dat kennen in ons gevangeniswezen, maar veel fundamenteler in een flexibele benadering van de straftoemeting. Een initieel in het vonnis opgelegde sanctie kan nadien gedurende de executiefase worden geconcretiseerd, aangepast en zelfs omgezet in een geheel andere sanctie. Vanuit die verstrekkende werking is het volstrekt begrijpelijk en rechtspositioneel bezien ook juist, dat die beslissingen in handen liggen van de (executie)rechter.

Een dergelijke verstrekkende individualisering van de strafexecutie doet zich in ons systeem niet voor. Weliswaar zijn er bij de executie van vrijheidsbenemende

136. Handelingen 1974 der Nederlandse Juristen-Vereniging, deel 2, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink, p. 72, alsook P.A.M. Hendriks, 'De executierechter', *Trema* 1978-1, p. 17-31.

sancties vergaande differentiatiemogelijkheden, onder meer binnen het concept van detentiefasering,[137] maar dat betreft telkens de executie van dezelfde initieel opgelegde sanctie. Dat ligt anders voor de voorwaardelijke veroordeling, waarbij een verandering van strafsoort mogelijk is en er in zoverre enige verwantschap bestaat met het Franse stelsel. Indien de veroordeelde enige gestelde voorwaarde niet naleeft, kan de rechter immers niet alleen de al dan niet gedeeltelijke tenuitvoerlegging van de straf gelasten, maar ook, in plaats daarvan, een taakstraf gelasten (artikel 14g, tweede lid, Sr; waarvan de inhoud na inwerkingtreding van de Wet herziening tenuitvoerlegging strafrechtelijke beslissingen overgaat naar artikel 6:6:21, tweede lid, Sv). Een dergelijke verandering van strafsoort komt bij andere sancties niet voor. Wel is bij verschillende sancties een verandering van modaliteit mogelijk, te weten de omzetting van vrijheidsbenemend in vrijheidsbeperkend (bijvoorbeeld bij de voorwaardelijke invrijheidstelling) of vice versa (bijvoorbeeld bij de toepassing van de vervangende hechtenis bij het niet naleven van onder meer de vrijheidsbeperkende maatregel). Het blijft opmerkelijk dat niet in alle gevallen de zeggenschap en beslissing hierbij in handen ligt van de rechter. Dit doet zich bijvoorbeeld voor bij de taakstraf waar de rechter eerst dan kan beslissen over toepassing van vervangende hechtenis als de veroordeelde een bezwaarschrift heeft ingediend tegen de zelfstandige beslissing van het openbaar ministerie tot toepassing van die hechtenis (artikel 22g Sr). Die louter reactieve rol voor de rechter is al vaker bekritiseerd,[138] maar blijft niettemin behouden in het gemoderniseerde Wetboek van Strafvordering. Na inwerkingtreding van de Wet herziening tenuitvoerlegging strafrechtelijke beslissingen wordt de inhoud van artikel 22g Sr namelijk overgeheveld naar artikel 6:3:3 en artikel 6:6:23 Sv.

Ook bij de voorwaardelijke invrijheidstelling is de rol en de mate van zeggenschap van de rechter niet onomstreden. Bij het niet naleven door de veroordeelde van een aan deze modaliteit verbonden voorwaarde is de rechter weliswaar, net als in de meeste andere hier besproken landen, bevoegd te beslissen over de herroeping – en dus de omzetting van vrijheidsbeperking in vrijheidsbeneming – maar niet bevoegd te beslissen over het aanvankelijk verlenen van de voorwaardelijke invrijheidstelling – en dus de omzetting van vrijheidsbeneming in vrijheidsbeperking. Die bevoegdheid ligt bij het openbaar ministerie, meer bepaald bij het CVv.i. Die instantie bepaalt ook, op advies van de directeur van de penitentiaire inrichting, de

137. Dat hopelijk gehandhaafd blijft en niet te veel in de sleutel van de belangen van slachtoffers en samenleving en de eigen verantwoordelijkheid van gedetineerden wordt gesteld, zoals dat wel naar voren komt in het conceptwetsvoorstel van minister Dekker d.d. 1 mei 2018. In artikel 6.1.3 Sv (nieuw) wordt overigens als algemene executieopdracht geformuleerd dat bij de tenuitvoerlegging rekening wordt gehouden met de resocialisatie van de veroordeelde, de belangen van het slachtoffer en zijn nabestaanden en de veiligheid van de samenleving. Een nadere invulling of toelichting hoe deze verschillende belangen zich verhouden tot elkaar en tot de inhoud van andere wet- en regelgeving, ontbreekt evenwel.

138. Boone 1999.

reclassering en het lokaal parket, of en zo ja, welke bijzondere voorwaarden er aan de voorwaardelijke invrijheidstelling worden gesteld. Deze systematiek geldt onverkort na een herroeping, aangezien de rechter in zijn beslissing tot volledige of gedeeltelijke herroeping louter kan adviseren omtrent de bijzondere voorwaarden die worden verbonden aan een later te hervatten voorwaardelijke invrijheidstelling. In het nieuwe Boek 8 van het Wetboek van Strafvordering zal deze bevoegdheidstoedeling van openbaar ministerie en zittende magistratuur bij de voorwaardelijke invrijheidstelling gehandhaafd blijven, hoewel de zeggenschap over de strafexecutie als zodanig, als gezegd, verschuift van het openbaar ministerie naar de minister. Met de in België bestaande regeling en systematiek in het achterhoofd, waar de minister bij vrijheidsstraffen van drie jaar of minder beslist over de voorwaardelijke invrijheidstelling, met niet alleen rechtspositionele onduidelijkheden als gevolg maar ook politieke gevoeligheden voor de minister zelf rondom de controversiële vrijlating van gedetineerden als Marc Dutroux en zijn ex-vrouw Michelle Martin, valt het toe te juichen dat in ons land het openbaar ministerie beslissingsbevoegd blijft inzake de voorwaardelijke invrijheidstelling. In een recent verschenen onderzoek van de Erasmus Universiteit Rotterdam naar de uitvoeringspraktijk van de voorwaardelijke invrijheidstelling komen als zodanig ook geen aanknopingspunten naar voren dat er verandering zou moeten worden gebracht in de huidige bevoegdheidstoedeling van openbaar ministerie en zittende magistratuur.[139] De wettelijke regeling blijkt immers te voorzien in de mogelijkheid van een individuele afweging – en daarmee van het gewenste maatwerk – en zo ook in de praktijk te worden toegepast. Daartoe is kennelijk meer zeggenschap voor de rechter niet nodig. Wel komt in het onderzoek onder meer naar voren dat het gebrek aan specialisatie bij de zittende magistratuur in de praktijk als problematisch wordt ervaren. Opgemerkt wordt in dat verband dat het aangewezen zou zijn de mogelijkheid te bekijken om de vorderingen inzake de voorwaardelijke invrijheidstelling te laten behandelen door gespecialiseerde kamers die (meer) specifieke kennis hebben van de strafexecutie.

Wat mij betreft mag dat als een oproep meer in het algemeen worden opgevat. Anders namelijk dan de Raad voor de rechtspraak, meen ik dat het juist wel in het kader van het moderniseringsproject en de herziening van het wettelijk stelsel van de tenuitvoerlegging van strafrechtelijke beslissingen aangewezen is de wenselijkheid van een executierechter nader te bezien. Waarom enerzijds wel onderkennen dat er een meer eenduidige strafprocessuele regeling nodig is voor alle rechterlijke vervolgbeslissingen in het kader van de stafexecutie – het nieuwe Boek 8, hoofdstuk 6 Sv – maar vervolgens niet de vraag onder ogen zien of die regeling en de concrete rechts(in)gang inhoudelijk optimaal is vormgegeven? Juist de verschuiving van de algemene executieverantwoordelijkheid naar het ministerie maakt dat

139. J. uit Beijerse et al. 2018.

het, gelet bovendien op de huidige beleidsontwikkelingen ter zake, alleszins te verwachten valt dat in de toekomst steeds meer tenuitvoerleggingsbeslissingen en -kwesties aan de rechter zullen worden voorgelegd. Anders gezegd, het aantal verzoeken om een rechtsingang zal naar verwachting in gelijke mate toenemen met de toenemende zeggenschap van het departement over de executie van bijvoorbeeld de tbs-maatregel en de (levenslange) gevangenisstraf. Is het wenselijk en vanuit rechtspositioneel oogpunt bezien ook afdoende om die rechtsingang onverkort verspreid te beleggen bij zowel de berechtende strafrechter, zonder gespecialiseerde kennis van de strafexecutie doorgaans, als bij de weliswaar gespecialiseerde maar niet in alle gevallen bevoegde beklagcommissie en beroepscommissie[140] en, in de gevallen waarin geen andere met voldoende waarborgen omklede rechtsgang openstaat, bij de voorzieningenrechter in kort geding?[141] Hoewel die wenselijkheidsvraag een verkenning vanuit overwegend nationaalrechtelijk perspectief vergt, met inbegrip dus van de verhouding tot de externe rechtspositionele procedures van het civielrechtelijk kort geding en het penitentiair rechtelijke beklag en beroep, kunnen daarbij hopelijk ook de in deze bijdrage verkregen rechtsvergelijkende inzichten van nut zijn.

140. Bedacht dient te worden dat tegen de beslissingen van de beroepscommissie van de RSJ tegenwoordig cassatie in het belang der wet kan worden ingesteld.

141. In een beschouwing over de positie van de kortgedingrechter in strafzaken is betoogd dat het aantal kort gedingen over de tenuitvoerlegging van sancties reeds een zodanige vlucht heeft genomen en de kortgedingrechter reeds een zodanig betekenisvolle 'controlerende' rol vervult, dat deze civiele rechter feitelijk als executierechter fungeert (Mevis, Nan & Struijk 2015).

Afsluitende beschouwingen

Prof. mr. P.A.M. Mevis[*]

1 Inleiding

In de inleiding van deze bundel is de strekking van dit project uiteengezet: het bieden van rechtsvergelijkende inzichten voor de modernisering van het Nederlandse strafprocesrecht. Daartoe is het recht van vijf landen geanalyseerd, per rechtsstelsel en vervolgens nader per thema. Het betreft België, Duitsland, Frankrijk, Noorwegen en Zwitserland. Deze landen zijn, net als Nederland, bezig of recent bezig geweest met ingrijpende herzieningen van hun wetboek van strafvordering.
De schets van het buitenlandse recht in de landenrapporten en de aparte thematische beschouwingen tonen allereerst duidelijke overeenkomsten: in andere Europese landen zijn wetgevers in het kader van modernisering bezig met wijziging van onderdelen van het strafprocesrecht die ook nadrukkelijk aan de orde zijn in het project Modernisering Wetboek van Strafvordering. In die zin levert de vergelijking veel aanknopingspunten op voor nadere overweging van en discussie over onderdelen van het Nederlandse strafprocesrecht.

De landenrapporten laten echter ook grote verschillen zien tussen het Nederlandse recht en de rechtsstelsels van de onderzochte landen. Belangrijk is dat wordt onderkend dat rechtsstelsels ieder hun eigen karakteristieken hebben. Soms zijn die ons wezensvreemd. Dat betreft thema's als de participatie van lekenrechters aan de strafrechtspraak, een zelfstandig vervolgingsrecht voor het slachtoffer, en de breder verspreide variant van mogelijke veroordeling van de verdachte in de kosten van het strafgeding en van de benadeelde partij in de kosten van door hem geïnitieerde rechtsgedingen binnen het strafrecht.

Wel kan worden gezegd dat twee voor het Nederlandse recht betrekkelijk nieuwe elementen in het project Modernisering Wetboek van Strafvordering zijn betrokken, die in het buitenlandse recht een rol van betekenis spelen. Het gaat daarbij om

---

* Deze afsluitende beschouwingen zijn tot stand gekomen op basis van een gezamenlijke analyse van de resultaten van het congres en de bijdragen in deze bundel door de auteur en collega prof. mr. P.A.M. Verrest.

het opnemen in het Wetboek van Strafvordering van enige grondbeginselen van strafprocesrecht aan het begin daarvan. Het gaat voorts om de aanzet in het nieuwe wetboek tot – in bepaalde gevallen – de verplichting voor de verdachte ter zitting aanwezig te zijn. Het Zwitserse wetboek bevat aan het begin een opsomming van grondbeginselen, net als het Franse wetboek sinds een wetswijziging in 2000. Explicatie van dergelijke grondbeginselen van strafprocesrecht bestaat ook in Duitsland, al vloeit de explicatie in dat rechtsstelsel eerder voort uit het deels geschreven, deels ongeschreven constitutionele recht. De verplichte aanwezigheid van de verdachte ter terechtzitting komt, als onderdeel van een zekere, algemenere Midden-Europese rechtstraditie vaker voor. Zij het geïnspireerd door de gedachte dat, zonder een aan de rechter voorgeschreven rechtsgeding waarin de verdachte aanwezig is, door de wetgever geen verantwoorde rechterlijke beslissing (over de feiten en de straf) mogelijk of wenselijk wordt geacht.

In deze afsluitende beschouwing worden niet alle mogelijke wijzigingsopties die uit de rechtsvergelijkende studies naar voren komen op hun voor- en nadelen voor het Nederlandse Wetboek van Strafvordering besproken. Daarvoor zijn de studies te rijk van inhoud. En de relevantie van bepaalde thema's kan de geïnteresseerde lezer op basis van de afzonderlijke bijdragen per thema ook beter zelf beoordelen. In dat kader beoogt dit hele boek als zodanig en nadrukkelijk informatie aan te leveren die tot verdere, gedetailleerde rechtsvergelijkende studie aanleiding kan geven.

In dit afsluitende onderdeel wordt daarom aanvullend meer de overkoepelende vraag onder ogen gezien wat er in het bijzonder opvalt als het Nederlandse strafprocesrecht wordt vergeleken met (de ontwikkeling van) het strafprocesrecht van enige andere, ons omringende Europese landen. Bij die beschouwing zijn de in de introductie genoemde hoofdthema's, naast de algemene structuren van strafvordering, opnieuw leidend. Dit betreft de regeling van de voorlopige hechtenis, het vergaren van, beslag op en onderzoek van (persoons)gegevens, de vereenvoudigde procedures voor de afdoening van strafbare feiten, de stroomlijning van het hoger beroep, de positie van het slachtoffer in het strafproces en de betrokkenheid van een rechter bij de tenuitvoerlegging van strafrechtelijke sancties. Gegeven de gedetailleerde volledigheid van de afzonderlijke bijdragen is deze afsluitende bijdrage tot het benoemen van enige overkoepelende hoofdlijnen beperkt.

2 Modernisering van de regeling van het strafproces als wetgevingsoperatie

Welke vorm hebben de operaties tot modernisering van het wetboek van strafvordering in de vijf onderzochte landen aangenomen? In alle vijf de rechtsstelsels heeft een, in recente jaren toegenomen en 'verdichte' vloed aan incidentele wijzi-

gingen van de regeling van het strafproces op enig moment aanleiding gegeven tot het instellen van een commissie met als opdracht om voorstellen te ontwikkelen voor een meer systematische wijziging en herinrichting van het wetboek van strafvordering. Daarbij speelde in Zwitserland de wens mee om tot één centrale regeling van het strafproces te komen ter vervanging van de verschillende wetboeken van de onderscheiden kantons.

De samenstelling van de commissies verschilt. Slechts bij uitzondering – België – lijkt de gehele voorbereiding van wetgeving uit handen te zijn gegeven aan een commissie die vooral uit wetenschappers is samengesteld, al zijn dat in België veelal personen die ook in de rechtspraktijk werkzaam zijn. In andere landen is eerder sprake van een vanwege de overheid gemandateerde opdracht. In Frankrijk schreef een voormalig procureur-generaal in opdracht van het ministerie twee belangrijke rapporten. In Zwitserland evalueert het ministerie van Justitie het betrekkelijk nieuwe wetboek. In Noorwegen lijkt eerder sprake van een gemengde commissie. In Duitsland waren wetgevingsjuristen lid van de betreffende commissie, al namen zij daarbinnen – naar Duitse opvattingen betrekkelijk evident – geen deel aan de stemming over de afzonderlijke voorstellen.

Voor wat betreft de reikwijdte van dergelijke operaties valt op dat in België verregaande wijziging van de (verouderde) structuur van het strafprocesrecht aangewezen wordt geacht. In Frankrijk 'worstelt' men nog: een hercodificatie dringt zich op, maar die wordt telkens uitgesteld vanwege hete hangijzers – in het bijzonder de afschaffing van de onderzoeksrechter – die dan op tafel komen. In andere landen lijkt een met dergelijke commissies uitgewerkte, redelijk 'beperkte' operatie tot modernisering eerder tot een zekere consensus over de resultaten en ook tot wetgeving te kunnen leiden. Het zal zo zijn dat de gekozen inrichting van de betreffende operaties (met een mandaat van de regering), de samenstelling van een dergelijke commissie (niet alleen wetenschappers) en de uitkomst (concrete voorstellen voor wetswijziging), de meeste overtuigingskracht wordt toegedicht en als beste manier om uiteindelijk tot doorvoering van wetgeving te komen.[1] Het in Nederland zo nadrukkelijk gekozen model van een intensief overleg met praktijkorganisaties over de inhoud van de nieuwe wetgeving vanaf het prille begin van het wetgevingsproces, wordt in geen van de onderzochte landen gehanteerd. Een overeenkomst is wel dat de commissieaanpak in de meeste landen daadwerkelijk tot wijziging van wetgeving heeft geleid.

Inhoudelijk valt op dat de redenen voor modernisering veel overeenkomsten vertonen. Overal is de wens om de efficiëntie van het strafproces te verbeteren een

1. Ook andere factoren spelen in de context van de modernisering in andere Europese landen ongetwijfeld een rol, zoals het beschikken over een grote parlementaire meerderheid die kabinetsplannen op voorhand en zonder meer steunt.

belangrijke drijfveer voor modernisering van het wetboek; het gaat dan onder andere om aanpassing en uitbreiding van de modaliteiten van verkorte rechterlijke en buitengerechtelijke afdoening. Een andere reden voor modernisering is het verbeteren van de structuur van de wetboeken, omdat deze als gevolg van veel wetswijzigingen en jurisprudentie is aangetast. Een rol speelt ook de verwerking van EVRM- en EU-recht. In het bijzonder vereiste het thema van – kort gezegd – 'raadsman bij het politieverhoor' wetswijziging met nogal eens, net zoals in Nederland, vrij fundamentele wijziging van voorheen bestaande grondslagen van de inrichting van de vrijheidsbeneming en het verhoor van de verdachte in de eerste fasen van het opsporingsonderzoek. Ten slotte gaat het in alle rechtsstelsels ook om het inpassen van technologische ontwikkelingen; de aanpassing van de regeling van het strafproces op de digitalisering van de strafrechtspleging.

Dat laatste wordt zichtbaar bij de regeling van bevoegdheden tot opsporing in een digitale omgeving waartoe overal de noodzaak wordt gevoeld. Een andere vorm van verwerking van technische ontwikkelingen is de nadere regeling van het audiovisueel vastleggen van verhoren en van hetgeen zich op de terechtzitting afspeelt. Integrale, audiovisuele registratie biedt met name mogelijkheden voor die rechtsstelsels die sterk vasthouden aan het – als algemeen uitgangspunt: ter terechtzitting – vergaren van de inhoud van (mondelinge) verklaringen van getuigen en verdachten welke door de zittingsrechter voor het bewijs worden gebruikt.

Het hoeft inhoudelijk niet te verwonderen dat in deze moderniseringsoperaties in de verschillende landen, ook bij het zoeken naar mogelijkheden ter versterking van de efficiëntie van het strafrechtelijk systeem, niet zozeer voorstellen worden gedaan waarmee afstand wordt genomen van aan het betreffende rechtsstelsel betrekkelijk fundamenteel ten grondslag liggende beginselen en uitgangspunten. Die zijn soms niet eens primair strafvorderlijk, maar eerder ook wat men zou kunnen noemen 'rechtscultureel' van aard, zoals de participatie van leken in de meer Midden-Europese traditie (enkele leken achter de tafel van de rechter, ook in veel 'gewone' strafzaken). In dat kader kan worden vastgesteld dat in landen met een sterke nadruk in normatieve zin op de berechting ter terechtzitting, zelfs in een wetgevingsoperatie tot versterking van de efficiëntie van de strafrechtspleging waarin wordt gezocht naar vereenvoudigde wijzen van afdoening van strafbare feiten, deze normatieve nadruk overeind wordt gehouden, zoals in Noorwegen en Duitsland zichtbaar is.

3 De regeling van het vooronderzoek

Met Duitsland, Zwitserland en Noorwegen is Nederland in het recente verleden[2] de weg ingeslagen van de afschaffing van het gerechtelijk vooronderzoek en wijziging van de rol van de rechter-commissaris: de rechter-commissaris is niet langer onderzoeksrechter, maar rechter in het vooronderzoek. In het Belgische en in het Franse strafprocesrecht bestaan de onderzoeksrechter en het gerechtelijk vooronderzoek nog wel, maar de praktische betekenis ervan is teruggedrongen. In de onderzochte landen is niet langer het uitgangspunt dat het voorbereidend onderzoek in zware strafzaken een integrale bemoeienis van een (onderzoeks)rechter vereist. Tegelijk wordt in alle rechtsstelsels de noodzaak gevoeld om enige betrokkenheid van een rechter in het voorbereidend onderzoek te behouden. Het gaat om meer incidentele bemoeienis met het onderzoek, waar de wetgever dit nodig acht: bijvoorbeeld rechterlijke betrokkenheid bij de toepassing van dwangmiddelen en opsporingsmethoden als ernstige inbreuken op grond- en vrijheidsrechten, dan wel in geval van heimelijke opsporing. Daarnaast gaat het bij de wettelijk geregelde gevallen van bemoeienis van de rechter vaak om het veiligstellen van bewijs. Dat is dan nogal eens inclusief het doen uitoefenen van ondervragings- en andere verdedigingsrechten voor de rechter in het voorbereidend onderzoek, of de completering van het onderzoek in de vorm van het op verzoek of vordering beslissen over of het zelf verrichten van onderzoekshandelingen.

Interessant is om waar te nemen dat het aantal gevallen van wettelijk voorgeschreven rechterlijke tussenkomst in het voorbereidend onderzoek toeneemt. Dat gebeurt in de meeste onderzochte landen in de nieuwe gedaante van een 'rechter in het vooronderzoek', die in de afgelopen decennia langzaam in de plaats is gekomen van de in oude wetboeken aanwezige onderzoeksrechter. In de landen waar deze ontwikkeling nog niet of slechts ten dele heeft plaatsgevonden (België en Frankrijk), wordt die in het kader van modernisering van het wetboek overwogen.[3]

4 Opsporingsbevoegdheden en dwangmiddelen

Interessant is dat in sommige landen – zoals Noorwegen en Zwitserland – bij de modernisering wordt gekozen voor het opstellen van algemene regels betreffende opsporingsbevoegdheden en dwangmiddelen (legaliteit, proportionaliteit en subsidiariteit). Daarmee wordt het onderscheid dat enkele decennia geleden is ontstaan tussen de klassieke dwangmiddelen inbeslagneming en voorlopige hechtenis en de

2. De Wet versterking positie rechter-commissaris (*Stb.* 2011, 600).
3. Nader (praktijk)onderzoek zal moeten uitwijzen of in de verschillende landen een in zijn algemeenheid voldoende uitgewerkt kader bestaat voor de nieuwe positionering van deze 'rechter in het vooronderzoek' en of er voldoende rechters beschikbaar zijn om daadwerkelijk inhoud en betekenis aan die positionering te geven.

'nieuwe' bijzondere opsporingsbevoegdheden, als het ware teruggedraaid of verkleind. De 'klassieke' criteria van indeling en normering – regeling van de gevallen waarin toepassing mogelijk is, verdenkingscriteria, gronden voor toepassing en het aanwijzen van de autoriteit aan wie de beslissing tot toepassing bij stijgende ingrijpendheid is voorbehouden, inclusief afgeleide bevoegdheid in geval van spoed – blijven daarbij in het algemeen overeind.

Voorlopige hechtenis
De beslissing tot toepassing van vrijheidsbeneming in het kader van voorlopige hechtenis na een eerste fase van aanhouden en inverzekeringstelling is van oudsher in alle rechtsstelsels aan de rechter voorbehouden. Daarin schuilt geen punt van discussie of onderling verschil. Het tegengaan van recidive komt, naast de klassieke gronden voor voorlopige hechtenis, voor, al dan niet iets meer dan in Nederland als uitzondering geformuleerd en geregeld.

In alle rechtsstelsels worstelt men op min of meer vergelijkbare wijze met de mede onder invloed van Europese rechtsvorming ingegeven, in feite aloude kwestie om – waar even mogelijk – toepassing van daadwerkelijke vrijheidsbeneming achterwege te laten en in dat kader eerst de toepassing van alternatieven te bekijken. Anders dan in Nederland wordt de rechter in sommige van de onderzochte landen in het wetboek uitdrukkelijk opgedragen eerst dergelijke alternatieven te overwegen. Ook is de eis van proportionaliteit en subsidiariteit soms nadrukkelijker in de regeling van het strafproces gecodificeerd dan in het Nederlandse recht. Daartoe bestaat dan nogal eens een meer uitgewerkt model van in het wetboek voorziene, zelfstandige (dus los van de schorsing van voorlopige hechtenis staande) vrijheidsbeperkende alternatieven. Tegelijkertijd krijgt men niet de indruk dat daarmee in een van de besproken rechtsstelsels een bevredigend systeem en praktijk voor de voorlopige hechtenis is gevonden. Dat versterkt de gedachte dat we hier te maken hebben met een 'fenomeen' dat zich misschien niet, of niet in de eerste plaats via wijziging van de regeling in het wetboek van strafvordering laat 'sturen', maar er eerder een 'cultuuromslag' in de praktijk aangewezen is.

Beslag op gegevens
Bij de strafvorderlijke verwerking van de technologische ontwikkeling van gegevens wordt het ontbreken van adequate concepten van strafprocesrecht vooral veroorzaakt door het nieuwe en betrekkelijk ongrijpbare van het fenomeen. Alle rechtsstelsels worden geconfronteerd met de snelle, gemakkelijke en brede verspreiding van gegevens en de 'impact' daarvan als informatie betrekking hebbend op een persoon aan de ene kant. Daar tegenover staat het alomtegenwoordig gebruik van allerlei vormen van technologie om met gegevens om te gaan – de smartphone voorop – en de opslag van onnoemelijk veel privégegevens en de mogelijkheden die dit biedt voor het vergaren van voor de strafrechtelijke rechts-

handhaving uiterst relevante informatie. Alle systemen van strafprocesrecht zoeken hier onverminderd tastenderwijze hun weg, vaak aanknopend bij afzonderlijke aspecten van de technologische ontwikkeling. Bestaande concepten van het inregelen van dwangmiddelen blijken niet altijd goed te voldoen om de verschillende aspecten van technologische ontwikkeling in adequate strafvorderlijke regeling te vangen. Daarbij speelt ook de regeling van de bescherming van persoonsgegevens een rol. Ook de wijze waarop het grondrecht op bescherming van privéleven in het constitutionele kader van het betreffende rechtsstelsels is vormgegeven, is van belang, zoals de 'Kernbereich-bescherming' in Duitsland en Zwitserland. Dat betekent dat enerzijds wordt gezocht naar regeling met gebruik van strafvorderlijke uitgangspunten, zoals de inzet van een rechter ingeval het gaat om ernstige inbreuken op de persoonlijke levenssfeer of het verwerken van DNA-profielen ten behoeve van de opsporing van toekomstige strafbare feiten. Maar anderzijds zijn concepten van gegevensbescherming, gelegen in de adequate voorschriften over verwerking, opslag en vernietiging van dergelijke gegevens en controle daarop (met name ook achteraf) van belang. Aldus valt te verklaren dat de bescherming van persoonsgegevens van het privéleven van burgers in het kader van de strafvordering in Duitsland regeling heeft gevonden in een apart boek in het wetboek van strafvordering. Die aanpak illustreert de samenhang in type regeling ten deze. Toch is juist bij dit onderwerp de rechtsontwikkeling waarin de diverse landen tastenderwijze hun weg zoeken c.q. gezocht hebben, niet zodanig of eenduidig dat daaruit voor Nederland bruikbare concepten zouden kunnen voortvloeien. De Nederlandse wetgever lijkt in die zin aangewezen op het maken van eigen keuzes. Met het oog op die te maken keuzes is het advies van de Commissie-Koops[4] van belang.

5 De berechting en alternatieve wijzen van afdoening van strafbare feiten

In vergelijking met de andere rechtsstelsels vraagt met name de positionering van het voorbereidend onderzoek ten opzichte van het onderzoek ter terechtzitting in het Nederlandse recht nadere aandacht. Op dit punt bestaan in de rechtsstelsels van de vijf onderzochte landen grote verschillen met de Nederlandse situatie.
Een eerste verschil is dat, anders dan in Nederland, een zaak in andere landen pas naar de terechtzitting gaat als het vooronderzoek is afgerond. Een begrenzing van het voorbereidend onderzoek als gevolg van het verstrijken van de maximale periode waarin de verdachte in voorlopige hechtenis kan worden gehouden, komt nergens voor. De pro-formazittingen die dit tot gevolg heeft, uiteraard ook niet.

4. Commissie modernisering opsporingsonderzoek in het digitale tijdperk, *Regulering van opsporingsbevoegdheden in een digitale omgeving*, Den Haag: Ministerie van Justitie en Veiligheid 2018.

Een tweede verschil betreft de markering van de overgang tussen voorbereidend onderzoek en berechting, die vaak een aparte regeling kent. In Duitsland gaat dit het verst omdat in het Duitse strafprocesrecht voor de berechting van een strafzaak ter terechtzitting een aparte openings- of verwijzingsbeslissing van een strafrechter nodig is. Ook in Frankrijk en België is in sommige gevallen een dergelijke verwijzingsbeslissing nodig. De achtergrond van de scheiding gaat terug op de gedachte dat het aangewezen is eerst het voorbereidend onderzoek (geheel) af te sluiten om dan, vervolgens en indien berechting aangewezen en toegelaten is, in een meer zelfstandig onderzoek de stafzaak te onderzoeken en te berechten op basis van de zitting. Ten dele ontstaat daarbij de noodzaak van bewijsvergaring ter zitting, zij het wel als onderdeel van het feit dat de zittingsrechter zich daarmee en daarin volledig concentreert op de hoofdvragen; het onderzoek van de feiten en van het daarop toepasselijke recht. In die concentratie op de hoofdvragen wordt het rechterlijk onderzoek ter terechtzitting in zoverre niet 'belast' met hetgeen in het voorbereidend onderzoek ten aanzien van het onderzoek naar de relevante feiten wel of niet is gedaan of verzocht, of dat onderzoek reeds is afgesloten of nog loopt (pro-formazitting), nader onderzoek door de rechter-commissaris nodig is of dat juist aan een gedelegeerde zittingsrechter kan of moet worden overgelaten, enzovoort. Aan het heldere onderscheid met het voorbereidend onderzoek ontleent het onderzoek ter terechtzitting in rechtsstelsels zijn zelfstandig karakter van onderzoek van de feiten, dat wordt beschouwd als een inhoudelijke meerwaarde voor de garantie van een juiste rechterlijke beslissing. De betekenis van deze scheiding wordt (ook) zichtbaar in het Zwitserse recht, waar die scheiding juist is gerelativeerd.

Omgekeerd is de scheiding niet onproblematisch of absoluut omdat ook in dergelijke rechtsstelsels er mogelijkheden (moeten) bestaan om in het voorbereidend onderzoek vergaard bewijs, zij het ook als in de wet geregelde uitzondering, als het ware de auditu in het hoofdonderzoek toe te laten. Voorts moeten in het hoofdonderzoek in toenemende mate ook aspecten van het voorbereidend onderzoek op fundamentele noties van rechtsbescherming worden gecontroleerd, terwijl het systeem ook tot het ontwikkelingen van alternatieve vormen van afdoening dwingt.

In die benadering ontstaat vanzelf een zekere tweedeling in rechtsstelsels die uitgaan van een grotere nadruk op het onderzoek ter terechtzitting en systemen die dat minder doen. Die nadruk is verbonden met het onderzoek ter terechtzitting, in elk geval dat in eerste aanleg, als grotere waarborg voor de waarheidsvinding (onmiddellijkheidsbeginsel, de auditu-bewijs slechts bij uitzondering toegelaten en strikte(re) eisen voor de bewijswaardering in het vonnis). Voorts wordt met deze nadruk in de betreffende rechtsstelsels inhoud gegeven aan het belang van externe openbaarheid en transparantie van rechtspraak.

De grotere nadruk op de berechting ter terechtzitting als zelfstandige fase na het voorbereidend onderzoek impliceert een aantal samenhangende karaktertrekken op andere onderdelen van het strafprocesrecht.

In de eerste plaats wordt in verschillende rechtsstelsels wel, juist tegen de achtergrond van het handhaven van dit uitgangspunt van nadruk op berechting ter zitting, de regeling van de adequate voorbereiding van de terechtzitting waar mogelijk verstrekt, zij het niet in de eerste plaats op het punt van bewijsvergaring door het opnemen van verklaringen in het voorbereidend onderzoek in plaats van ter zitting. Voor de ontwikkelde Nederlandse ingang van de procesinleiding, waarna de voorbereiding van de terechtzitting onder regie van de voorzitter van de zittingscombinatie kan aanvangen, dringt zich vooral de vergelijking met de in Noorwegen bepleite wijziging in deze richting op.

Ten tweede: in de concentratie op het onderzoek naar de voor de hoofdvragen relevante feiten heeft de zittingsrechter in verschillende rechtsstelsels meer 'sturingsmogelijkheden' in welk kader hij bijvoorbeeld – binnen de grenzen van hetzelfde feitelijke feit – minder aan de grondslag van de tenlastelegging gebonden is dan de Nederlandse rechter.

Ten derde: de op deze wijze uitgewerkte accentuering van de berechting van een strafzaak door de rechter ter terechtzitting in eerste aanleg maakt in verschillende stelsels (Duitsland, Noorwegen, Zwitserland) een beperktere toets van de uitkomst daarvan binnen het rechtsmiddelenrecht mogelijk. Er is ruimte voor een zekere ingangsbeperking naar het rechtsmiddelenrecht (verlofstelsel) dan wel 'beperkte(re)' toetsing van de inhoud van het vonnis, zij het dan wel ook met en via (ambtshalve) controle op de strikte(re) eisen die aan de inhoud van het vonnis in eerste aanleg, inclusief de bewijswaardering daarin, worden gesteld. De 'selectie' door de appelrechter vindt in dergelijke systemen dus (ook) op een formeel-inhoudelijke beoordeling van het bestreden vonnis plaats, met name via (de eisen aan) motivering, en niet alleen op basis van het door partijen tegen het bestreden vonnis aangevoerde geheel van bezwaren.

De, uit Nederlands gezichtspunt 'evidente nadelen' aan deze benadering houden verband met de op dit punt andere keuze van de Nederlandse wetgever voor de inrichting van een 'pragmatische' terechtzitting. In de rechtsstelsels die van een andere benadering uitgaan, duurt de terechtzitting in Nederlandse ogen lang. Desondanks wordt in de verschillende landen heel bewust, zelfs bij heroverweging ter bevordering van efficiëntie, niet voor de Nederlandse proceseconomische benadering gekozen; in dergelijke stelsels duurt de zitting zolang als de zittingsrechter daarvoor nodig heeft. Dat wordt niet gezien als een probleem, gegeven de waarborgende functie die in die stelsels aan de berechting ter zitting wordt toegekend.

Modaliteiten voor alternatieve afdoening van strafbare feiten
Een andere consequentie is dat er in de betreffende rechtsstelsels betrekkelijk 'radicale' vormen bestaan om een zaak buiten de volle behandeling ter zitting en in eenvoudigere procedures zonder zitting af te doen. Deze alternatieve procedures zijn ook voor de praktijk van groot belang: veel strafzaken worden in de betreffende rechtsstelsels in dergelijke procedures afgedaan. Te wijzen valt bijvoorbeeld op de 'verkorte procedure' in het Zwitserse recht en de toenemende toepassing van '*plea bargaining*' in het Franse recht. De legitimerende basis voor alternatieve afdoeningsmodaliteiten wordt veelal gevonden in de instemming van de verdachte en het openbaar ministerie met deze wijze van afdoening. Ook wordt nogal eens de eis gesteld dat de verdachte het strafbare feit moet hebben bekend, een punt waarop Nederland min of meer ten principale afwijkt, de voeging ad informandum en verval van de plicht de inhoud van de bewijsmiddelen in het schriftelijke vonnis op te nemen, uitgezonderd. De sanctiemogelijkheden zijn in andere stelsels bij dergelijke alternatieven ook beperkter dan in geval van volle berechting (net zoals dat bij de strafbeschikking het geval is). Maar interessant is dat deze modaliteiten om strafzaken anders af te doen dan in een volle procedure van een onderzoek ter terechtzitting toch, ondanks eis van bekentenis en instemming, vanwege het (desondanks) in die modaliteiten doorklinkende belang dat gehecht wordt aan rechterlijke waarheidsvinding, nogal eens rechterlijke controle of rechterlijke bekrachtiging (van een OM-afdoeningsmodaliteit) behoeven. Tegelijk: juist daarom gaan de sanctioneringsmogelijkheden soms weer verder dan in Nederland bij de strafbeschikking. Bovendien maakt rechterlijke controle over de inhoud van de *alternatieve* afdoening het ook mogelijk rechterlijke bemoeienis te scheppen in de richting van dergelijke modaliteiten door de *zittingsrechter*. De expliciete *Erörterung* in het Duitse recht, waarmee de zittingsrechter op een *Absprache* aan kan sturen, welke mogelijkheid de wetgever hem vooral voor ogen houdt als een dader-slachtofferbemiddeling mogelijk is, is daarvan een goed voorbeeld.

Door de rechterlijke bemoeienis is sprake van een deels consensuele procedure met een vleug aan rechterlijke controle. Daardoor hebben dergelijke modaliteiten hun betrekkelijk radicaal karakter dat verder reikt dan de Nederlandse strafbeschikking. Voor zover de (zittings)rechter mee kan bepalen en sturen of zaken richting alternatieve modaliteiten worden afgedaan, verschuift in dergelijke systemen de beslissing over de afdoening in zoverre tot op zekere hoogte van openbaar ministerie naar rechter: door de zaak bij de rechter aan te brengen maakt het openbaar ministerie meer en verder reikende wijzen van alternatieve afdoeningen mogelijk dan het openbaar ministerie in de betreffende rechtsstelsels zelf aan modaliteiten heeft om een zaak geheel buiten elke rechterlijke bemoeienis om, af te doen.

Als men hier de Nederlandse benadering tegenover zet, dan wordt die benadering in de eerste plaats gekenmerkt door een zeker proceseconomisch pragmatisme. In

de Nederlandse strafrechtspraktijk duren zittingen niet (al te) lang; er kunnen misschien daardoor meer zaken via berechting ter terechtzitting worden afgedaan. Tegelijk kan de vraag rijzen of juist in een dergelijk model niet verschillende nadelen worden gecombineerd. In andere landen lijkt beperking van de duur van het onderzoek ter terechtzitting niet zo zeer een doel: het credo lijkt veeleer te zijn dat het onderzoek ter zitting zolang duurt als de zittingsrechter nodig acht of in verband met een door de partijen gedragen onderzoek ter zitting nodig is. Nader rechtsvergelijkend onderzoek lijkt ons met name op dit punt geïndiceerd. Kan van de in andere landen gehandhaafde meerwaarde van het onderzoek ter terechtzitting als zelfstandig onderzoek niet ook in de Nederlandse regeling meer worden geprofiteerd door een zekere concentratie van de zittingsrechter op onderzoek ter berechting na een op dit punt adequaat afgesloten en compleet voorbereidend onderzoek? Daartoe lijkt in ieder geval de in de modernisering van het Wetboek van Strafvordering beoogde 'beweging naar voren' – met een betere voorbereiding van het onderzoek ter terechtzitting (reeds tijdens het voorbereidend onderzoek en in elk geval na de procesinleiding) – enerzijds een aanzet te bieden. Tegelijk hoeft dat geen, zoals het recht van andere landen laat zien, afbreuk te doen aan het daarna alsnog en als zelfstandige waarborg onderzoeken van de relevante feiten ter zitting. Daaraan kan dan de zittingstijd worden besteed in plaats van aan 'gesteggel' of een verzoek horen getuigen niet reeds eerder in het (voorbereidend) onderzoek had kunnen worden gehoord, als criterium om te bepalen of de betreffende getuige ter zitting wordt gehoord. Liggen daar niet nog meer mogelijkheden om van het goede van beide benaderingen te profiteren?

6 Vormverzuimen

Tegen de achtergrond van hetgeen hierboven is geschetst over een scheiding tussen het voorbereidend onderzoek en het onderzoek ter terechtzitting, is van belang te benadrukken dat deze scheiding in geen der rechtsstelsels betekent dat vormverzuimen begaan in het voorbereidend onderzoek, geen enkele betekenis meer zouden kunnen hebben na afsluiting van het voorbereidend onderzoek. Wel bestaat een verschil in de mate waarin de zittingsrechter vormverzuimen kan onderzoeken. In het Franse recht bijvoorbeeld zal altijd een direct verband met de (gebezigde) bewijsmiddelen zijn vereist: andere vormverzuimen die tijdens het vooronderzoek zijn begaan worden 'gedekt' door afsluiting van het voorbereidend onderzoek. Tegelijk lijkt, net als in Nederland, in geen van de bestudeerde rechtsstelsels sprake van een geheel afgerond geheel van rechtsopvatting over de sanctionering van vormverzuimen. Nergens bestaat een absoluut verbod op gebruik van onrechtmatig verkregen bewijsmateriaal. Er zijn (anderzijds) wel steeds categorieën van onrechtmatigheden waarvan de resultaten uitgesloten moeten worden, vooral in geval van het gebruik van ontoelaatbare verhoormethoden. In Noorwegen is een en ander deels slechts jurisprudentieel bepaald; de 'kenner' weet dat

bewijsuitsluiting ook in Nederland via de jurisprudentie van de Hoge Raad is geïntroduceerd, zij het in 'andere tijden dan de onze'. In andere gevallen volgt uitsluiting als gebruik van het bewijs te zeer met andere belangen zou strijden, zoals in Noorwegen waar onbruikbaarheid van bewijs een gevolg kan zijn als de politie niet tijdig tot opening van een strafrechtelijk onderzoek beslist, in welk onderzoek verdachte en slachtoffer veel verdergaande rechten hebben. In deze grond van bewijsuitsluiting herkent men sanctionering van meer processuele vormverzuimen waardoor het recht op een eerlijk proces van de verdachte in de knel komt. Meer algemeen gezegd: de consequentie op vormverzuimen is nogal eens bewijsuitsluiting, maar dan nogal eens wel beperkt tot substantiële nietigheden; gevallen die de wet zelf benoemt. Zoals overigens ook in het rechtsmiddelenrecht zoals gezegd de beperktere controle vaak via de lijn van formele nietigheden loopt.

De Nederlandse beperking in artikel 359a Sv tot vormverzuimen in het voorbereidend onderzoek begaan, doet in dat kader wat vreemd aan. En ook bij dergelijke formele nietigheden is er in de onderzochte rechtsstelsels ruimte voor nadere aanvulling en beperking in welke gevallen dan daadwerkelijk bewijsuitsluiting aan de orde is. Daarbij is in striktheid mogelijk een zeker onderscheid te maken tussen de eis die voortvloeit uit de Schutznorm (alleen bewijsuitsluiting als het verzuim het bewijs tegen de verdachte raakt) dan wel, en wat breder, ook als het eerlijke proces van de verdachte anders in de knel komt; dit vraagstuk is aan de orde gesteld bij de modernisering van het Franse wetboek. Daarbij ligt de grens voor bewijsuitsluiting in het algemeen betrekkelijk hoog, mede omdat de categorieën van bewijsuitsluiting en de sanctionering van vormverzuimen betrekkelijk eng geformuleerd zijn. In nogal wat rechtsstelsels betreft het hier overigens nogal gecompliceerde, moeilijk toegankelijke onderdelen van het strafprocesrecht. Het ontwikkelen van een modaliteit in het strafprocesrecht waarin op dit punt de 'verbinding' en doorwerking van het voorbereidend onderzoek in de berechting meer algemeen en adequaat wordt geregeld, lijkt nog nergens tot een afgeronde modaliteit te hebben geleid. Wellicht kan nader onderzoek, ook als 'het volgen van de ontwikkelingen' hier helpen.

7 De positie van het slachtoffer

Nederland verschilt met andere landen waar het gaat om de positie van het slachtoffer in het strafproces. In het Nederlandse recht bestaat wel de mogelijkheid van het inbrengen van een civiele vordering tot schadevergoeding in het strafproces, maar dat gaat niet gepaard met daartoe strekkend eigen recht tot strafvervolging. Er zijn echter ook veel overeenkomsten: in het bijzonder door Richtlijn 2012/29/EU inzake minimumnormen voor de rechten, de ondersteuning en de bescherming van slachtoffers van strafbare feiten heeft het slachtoffer als zodanig een aantal rechten gekregen tijdens het strafproces, ongeacht of hij in enige andere

hoedanigheid, bijvoorbeeld als de Belgische en Franse 'burgerlijke partij', aan het proces deelneemt. In de rechtsstelsels waarin een zelfstandige vervolgingsmogelijkheid voor het slachtoffer bestaat, ligt het voor de hand dat de uitbreiding van de slachtofferrechten als zodanig gemakkelijker is in te passen omdat het systeem toch al uitgaat van een zelfstandige uitgewerkte positie van degene die als benadeelde partij dat vervolgingsrecht kan uitoefenen.

Het zelfstandig vervolgingsrecht van de benadeelde partij is gericht op erkenning en realisatie van de eigen belangen van het slachtoffer, in het bijzonder in het verkrijgen van vergoeding van de geleden schade. Die inbreng vindt daarmee zijn grens in het feit dat zelfs een zelfstandig vervolgingsrecht in geen der rechtsstelsels bedoeld is om te interfereren met (de beslissingen in het kader van) de OM-strafvervolging die in het algemeen belang is ingesteld. Het zelfstandig vervolgingsrecht geeft wel de mogelijkheid om in actie te komen indien het openbaar ministerie van vervolging afziet. In dat verband bestaat in Nederland de artikel 12 Sv-procedure van beklag tegen niet-vervolgen. Zelfs in een systeem als het Zwitserse, dat het verst lijkt te gaan met de inbedding van het slachtoffer als zelfstandige actor in de strafvervolging, wordt een grens getrokken daar waar de benadeelde zich niet met de hoogte van de straf kan bemoeien. In zoverre is in verschillende rechtsstelsels, ook die waarin de benadeelde van oudsher een zelfstandig vervolgingsrecht heeft, eenzelfde problematisch aspect zichtbaar: daar waar het slachtoffer van oudsher bestaande of recenter ingevoerde rechten en participatiemogelijkheden krijgt en die in toenemende mate kan gebruiken om de loop en de uitkomst van de publieke strafvervolging te beïnvloeden, wordt diens positie in veel rechtsstelsels op gelijke wijze in toenemende mate als ongemakkelijk ervaren; met deze ontwikkeling worden in de rechtsstelsels van dergelijke landen grenzen aan en discussies over de positie van het slachtoffer in het strafproces zichtbaar.

Daar komt als min of meer zelfstandige factor bij dat met die invloed van het slachtoffer het streven naar vereenvoudigde afdoening van strafzaken waar even mogelijk, bijvoorbeeld vanwege een bekentenis, ter wenselijke beheersing van capaciteit en om ook grote stromen strafzaken adequaat af te kunnen doen, kan worden gefrustreerd. Langs deze weg zijn in verschillende systemen aanzetten te vinden tot beperking van deze invloed van het slachtoffer op de inhoud en het verloop van de publieke strafvordering.

Voor wat betreft het aspect van het slachtoffer via het strafrecht helpen aan schadevergoeding valt nog op dat in andere rechtsstelsels volledig op het uitoefenen van de rechten als benadeelde partij wordt gevaren. Dat het helpen aan (daadwerkelijke) schadevergoeding ook een element is in de publieke strafvordering die ook de fase van de sanctie-executie omvat, is dan minder vanzelfsprekend. Het Nederlandse systeem waarin, naast het toewijzen van een vordering van de benadeelde

partij, ook de sanctie van schadevergoeding bestaat (artikel 36f Sr) met incasso door de Staat en uitbetaling aan het slachtoffer, onder omstandigheden ook in de vorm van een in het Wetboek van Strafrecht opgenomen mogelijkheid een voorschot te betalen, oogt dan weer betrekkelijk modern en verder reikend of althans als een modaliteit waarin civiele en strafvordering op dit punt meer zijn of kunnen worden geïntegreerd.

Zoals hierboven opgemerkt bestaat in een aantal rechtsstelsels het uitgangspunt van de verplichte aanwezigheid van de verdachte ter terechtzitting. Berechting bij verstek is dan maar beperkt mogelijk of de op te leggen straf is dan beperkt. Dit uitgangspunt van de verplichte aanwezigheid is geïnspireerd door de gedachte dat zonder de aanwezigheid van de verdachte, een verantwoorde rechterlijke beslissing door de wetgever niet mogelijk of wenselijk wordt geacht. Die aanwezigheidsplicht is daarmee niet geïnspireerd door de belangen of de positie van het slachtoffer.

8 Rechtsmiddelen

Voor wat betreft de rechtsmiddelen valt op dat, hoewel in de uitwerking verschillend, veel rechtsstelsels (Noorwegen, Duitsland en Zwitserland) een beperkter systeem van rechtsmiddelen hebben dan het Nederlandse recht. Dat schuilt soms in het beschikbaar zijn van maar twee instanties (in Duitsland juist in de zwaardere zaken), of in een meer uitgebouwd grievenstelsel of verlofstelsel (Noorwegen) dan wel een beperktere reikwijdte van de beroepsrechter, meer in de richting van cassatie. Zoals gezegd ligt in die systemen voor de behandeling van de zaak in eerste aanleg een grotere nadruk op een meer uitgewerkt model van berechting in eerste aanleg via het onderzoeken en gemotiveerd beslissen als uitkomst van een aan onmiddellijkheid gebonden terechtzitting die een zelfstandigere (onderzoeks)functie heeft ten opzichte van het voorbereidend onderzoek dan in Nederland het geval is. Het Duitse systeem wordt mede verklaard door het uitgangspunt dat de appelrechter de straf niet kan verzwaren. In het Noorse grievenstelsel doet de mogelijkheid dat het hof de appellerende partij kan toestaan de grieven aan te vullen, sympathiek aan. Het is een voorbeeld van het hierboven reeds gesignaleerde fenomeen dat in meer systemen waarneembaar is: de zittingsrechter kan zich onder omstandigheden breder en inhoudelijker met partijen 'verstaan', als dat in het kader van een goede behandeling van de zaak aangewezen is.

9 Tenuitvoerlegging van strafrechtelijke sancties

Voor wat betreft de tenuitvoerlegging van strafrechtelijke sancties en de bemoeienis van een (executie)rechter is het beeld diffuus. In alle systemen zijn beslissingen over de externe rechtspositie, in het bijzonder die over verlenging van vrij-

heidsbeneming, aan de (straf)rechter overgelaten. Daarbinnen komen de verschillende rechtsstelsels overeen doordat de verdere inrichting van tenuitvoerlegging ter beslissing aan het bestuur wordt overgelaten. Dat is meestal strafrechtelijk-penitentiair bestuur (ministerie van justitie, openbaar ministerie). De rechtsbescherming tegen dergelijke bestuurlijke besluiten via de mogelijkheid van gerechtelijke procedures ontbreekt (Noorwegen), of berust op het uitgangspunt dat tegen besluiten de gang naar de rechter mogelijk moet zijn, hetgeen dan een tenuitvoerleggingsrechter van strafrechtelijke signatuur met een bestuursrechtelijke toets binnen de gewone rechterlijke macht kan zijn (Duitsland). Bij dit thema lijkt voor beslissingen jegens gedetineerden *binnen* de tenuitvoerlegging, bijvoorbeeld in penitentiaire inrichtingen, het meer informele en tegelijk met voldoende (rechts)waarborgen omklede Nederlandse stelsel van bezwaar en beroep bij beklagcommissies respectievelijk RSJ, althans tegen beslissingen die de gedetineerde individueel raken, in elk geval in de besproken rechtsstelsels z'n meerdere niet in betere varianten te hebben gevonden. Ook voor de inhoud van het in het Wetboek van Strafvordering te regelen deel van de tenuitvoerlegging van strafrechtelijke sancties levert de schets van de vijf rechtsstelsels, mede door de diversiteit in uitgangspunt en regeling op dit thema, geen concrete gedachten op tot (verdere) modernisering van het Nederlandse recht in een richting van een algemene(re) regeling van een executierechter. Het blijft eerder aangewezen te bezien of het Nederlandse systeem tot hiaten in de rechtsbescherming leidt, bijvoorbeeld daar waar aspecten van de strafvorderlijke executie aan de civiele (voorzieningen)rechter moeten worden voorgelegd. Dan kan de vraag rijzen of niet een strafrechter zou moeten (kunnen) beslissen. Daarnaast rijst de vraag naar het bijeenbrengen van verschillende beslissingen bij één rechter als de diversiteit van rechterlijke beslissingen daarom vraagt. In dat kader is in Nederland de rol van de Penitentiaire Kamer van het Hof Arnhem-Leeuwarden wel versterkt in die zin dat deze bijzondere rechter, ook alweer een typisch Nederlandse voorziening die niet op buitenlandse voorbeelden teruggaat, in steeds meer gevallen door de wetgever wordt ingezet. In elk geval bestaan in Nederland geen argumenten tot invoering van de Franse executierechter die ten dele ook de straf kan aanpassen, een modaliteit die ook in Frankrijk ter discussie staat omdat het verschil tussen de opgelegde straf en de daadwerkelijk geëxecuteerde straf dan gemakkelijk groot wordt. In Nederland zijn minder vaak beslissingen tot aanpassing van de door de rechter opgelegde straf nodig omdat die strafopleggende rechter traditioneel reeds veel beslissingen neemt die elders door een executierechter moeten worden genomen. Al duidt de toenemende mate waarin de Penitentiaire Kamer wordt ingezet ook voor Nederland op een zekere verschuiving terwijl de nieuwe maatregel van langdurig toezicht door de sanctionerende rechter zelfs slechts voorlopig wordt opgelegd.

10 Zum Schluss/til slutt/pour conclure/tot besluit

Tijdens de grote codificatiebewegingen in de tweede helft van de negentiende eeuw, waarin veel landen zochten naar verantwoorde codificatie van het materiële strafrecht en het strafprocesrecht, was men redelijk op de hoogte van de ontwikkelingen ter zake in de verschillende landen in Europa.[5] In deze tijd zien rechtsvormers zich wederom met overeenkomende uitdagingen geconfronteerd die tot modernisering van het strafprocesrecht leiden. Tegelijk moeten dergelijke overeenkomstige uitdagingen in traditionele structuren van strafprocesrecht worden verwerkt. Juist in die structuren verschillen de rechtsstelsels nogal en wijkt het Nederlandse strafprocesrecht op onderdelen behoorlijk af van enige gemeenschappelijke kenmerken in andere systemen. Het belangrijkste punt schuilt wat ons betreft daarbij in het gesignaleerde onderscheid inzake de positie en de betekenis van de berechting; van het onderzoek ter terechtzitting en de beslissing van de zittingsrechter.

Het ultieme doel van het strafprocesrecht is overal gelijk: de bestraffing van degene die een strafbaar feit heeft begaan binnen de normatieve uitgangspunten van een democratische rechtsorde en door en via een eerlijk proces. Dat legt een belangrijke gemeenschappelijke basis voor de diverse rechtsstelsels in Europa. Dat in die situatie rechtsvergelijking – in de breedte en de diepte – niet alleen noodzakelijk, maar ook mogelijk is en vooral ook reuze interessant is, moge andermaal blijken. En dat zeker niet alleen uit het geschreven woord in deze bundel, maar minstens evenveel uit het enthousiasme van de deelnemers aan het rechtsvergelijkende congres *Comparative insights for the modernization of the Dutch Code of Criminal Procedure* dat in oktober 2017 in Rotterdam plaatsvond. De eindconclusie ligt dan voor de hand: dit moet worden voortgezet, ook buiten het directe verband van de concrete wetgevingsoperatie van het Nederlandse Wetboek van Strafvordering.

5. P.A.M. Verrest, *Europese idealen* (oratie EUR), Den Haag: Boom juridisch 2016, p. 10-12.

Auteurs

Prof. dr. Ph. Traest, buitengewoon hoogleraar straf(proces)recht, Universiteit Gent; advocaat te Antwerpen

Prof. mr. P.A.M. Mevis, hoogleraar straf(proces)recht, Erasmus Universiteit Rotterdam

Prof. mr. P.A.M. Verrest, hoogleraar straf(proces)recht, Erasmus Universiteit Rotterdam; programmadirecteur modernisering Wetboek van Strafvordering, ministerie van Justitie en Veiligheid

Prof. mr. F. de Jong, hoogleraar straf(proces)recht, Universiteit Utrecht

Prof. dr. G. Godenzi, hoogleraar straf(proces)recht, Universiteit Zürich

Mr. T. Caprara MLA, wetenschappelijk assistent strafrecht, Universiteit Zürich

Mr. dr. S. Lestrade, universitair docent straf(proces)recht, Radboud Universiteit Nijmegen

Mr. L. Noyon, PhD fellow straf(proces)recht, Universiteit Leiden

Mr. dr. L.J.J. Peters, universitair docent straf(proces)recht, Rijksuniversiteit Groningen

Mr. dr. G. Pesselse, wetenschappelijk medewerker strafrecht, Gerechtshof 's-Hertogenbosch

Mr. A. Schijns, advocaat te Amsterdam; onderzoeker Vrije Universiteit Amsterdam

Prof. mr. S. Struijk, universitair hoofddocent straf(proces)recht Erasmus Universiteit Rotterdam; bijzonder hoogleraar penitentiair recht en penologie, Rijksuniversiteit Groningen