M.S. Groenhuijsen en T. Kooijmans[1]

Probleemoplossing door voortschrijdende wetgeving in het strafrecht?[2]

25 *In de voorbije decennia heeft zich een groot aantal belangrijke veranderingen voorgedaan in het Nederlandse strafrecht. In deze bijdrage worden enkele van die veranderingen beschreven in het licht van de vraag in welke mate de Nederlandse strafwetgeving er in is geslaagd om zich aan te passen aan de maatschappelijke ontwikkelingen, alsmede in het licht van de vraag of en in hoeverre het (strafrechts)wetenschappelijk onderzoek hier een ondersteunende rol in heeft gespeeld.*

1 Inleiding

Op 1 januari 1992 trad het (nieuw) Burgerlijk Wetboek in werking.[3] Daarmee was een zeer grootschalige hercodificatie van het burgerlijk recht een feit. Een vergelijkbare operatie voor het bestuursrecht bereikte haar climax op 1 januari 1994, toen de Algemene wet bestuursrecht in werking trad.[4] Op strafrechtelijk terrein is er in Nederland geen sprake van een vergelijkbare recente integrale (her)codificatie. Toch heeft zich de voorbije decennia een enorme ontwikkeling in het strafrecht voltrokken.

In deze bijdrage trachten wij deze ontwikkeling op hoofdlijnen in beeld te brengen. Mede omdat in het strafrecht een (her)codificatie ontbreekt en omdat wij ook niet willen volstaan met een feitelijk getinte rechtshistorische beschrijving van de ontwikkeling sinds, pakweg, eind jaren '70 van de vorige eeuw, zouden (aanvullende) aanknopingspunten moeten worden gezocht aan de hand waarvan de rechtsontwikkeling het beste kan worden geanalyseerd.[5] Een derge-

1 *Beide auteurs zijn hoogleraar straf(proces)recht aan de Universiteit van Tilburg. Eerstgenoemde auteur is ook hoogleraar victimologie aan die universiteit.*
2 Citeerwijze: M.S. Groenshuijsen en T. Kooijmans, 'Probleemoplossing door voortschrijdende wetgeving in het strafrecht?', *DD* 2010, 25.
3 *Stb.* 1991, 600.
4 *Stb.* 1992, 315.
5 Vgl. P.A.M. Mevis, 'Strafrecht, EVRM en Grondwet', in: A.H.E.C. Jordaans e.a. (red.), *Praktisch strafrecht* (Reijntjes-bundel), Nijmegen: Wolf Legal Publishers
→

lijk aanknopingspunt kan worden gevonden in de vraag in welke mate de Nederlandse strafwetgeving er de voorbije decennia in geslaagd is zich aan te passen aan de maatschappelijke ontwikkelingen, alsmede in de vraag of en in hoeverre het (strafrechts)wetenschappelijk onderzoek hier een ondersteunende rol in heeft gespeeld.

Meer specifiek komt het aan op vragen als: welke 'grote veranderingen' hebben zich de afgelopen periode op het terrein van het strafrecht voorgedaan? Hoe is de wetgever met die veranderingen omgesprongen? Was wetgeving naar aanleiding van de veranderingen eigenlijk wel nodig, of boden alternatieven voor regelgeving meer soelaas? In hoeverre heeft het wetenschappelijk onderzoek bijgedragen aan de kwaliteit van de wetgeving?

Uiteraard zijn er verschillende mogelijkheden om de genoemde vragen te beantwoorden en daarmee tevens de grote lijnen in de strafrechtelijke rechtsontwikkeling te beschrijven.[6] Wij hebben gekozen voor een aantal rubrieken waarin enkele van de meest significante veranderingen kunnen worden ondergebracht.[7] Dat is om te beginnen de nasleep van de zogenaamde Schiedammer parkmoord (par. 2) Daarna wordt ingegaan op de betekenis van DNA-bewijs in het strafrecht (par. 3). Vervolgens wordt de regelgeving op – vooral – strafvorderlijk terrein bezien, met name aan de hand van de grote herijkingsadviezen die in de hier besproken periode tot stand zijn gebracht (parlementaire enquêtecommissie-Van Traa; de commissie-Moons en het onderzoeksproject Strafvordering 2001) (par. 4). Een aparte paragraaf is gewijd aan de emancipatie van het slachtoffer van strafbare feiten (par. 5). Bij de bespreking van de interactie van het strafrechtelijk systeem met omgevingsfactoren komen vooral Europese invloeden en het contact met het bestuursrecht aan de orde

2005, p. 453-469. Zie ook Ch.P.A. Geppaart, H.C.F. Schoordijk & A.J.A. van Dorst (red.), *Macht en onmacht van de wetgever: opstellen uitgegeven ter gelegenheid van het 50-jarig bestaan van de Katholieke Hogeschool en het 15-jarig bestaan van de Faculteit der rechtsgeleerdheid te Tilburg*, Deventer: Kluwer 1978.

6 Vgl. M.S. Groenhuijsen & J. de Hullu, 'Rechtsontwikkeling in de strafwetgeving. De invloed van maatschappelijke veranderingen op de strafwetgeving', in: Ph. Eijlander e.a. (red.), *Wetgeven en de maat van de tijd*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1994, p. 257-271; M.S. Groenhuijsen, 'Het juridisch tekort in het strafrecht', *NJB* 1996, p. 1527-1537, en J.H. Crijns, 'Een kroniek van de strafrechtelijke waarheidsvinding', in: J.H. Crijns, P.P.J. van der Meij & J.M. ten Voorde (red.), *De waarde van waarheid*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2008, p. 15-55.

7 Een overzicht als het navolgende kent vanzelfsprekend beperkingen: de beschikbare ruimte maakt drastische keuzen onvermijdelijk. Daarom kan bijvoorbeeld niet systematisch aandacht worden besteed aan ontwikkelingen in het strafrechtelijke sanctiestelsel.

(par. 6). Daarna komt aan bod dat in het strafrecht het accent enigszins is verschoven van een dadergerichte aanpak naar een buitgerichte aanpak (par. 7), hetgeen illustratief kan worden genoemd voor de verharding die in het strafrecht heeft plaatsgevonden. Die verharding wordt vervolgens in een breder verband geschetst (par. 8), in de laatste jaren meer in het bijzonder met het oog op de in brede kring gevoelde dreiging van het terrorisme (par. 9). In ieder van deze paragrafen wordt, waar dat mogelijk is, aandacht geschonken aan de hierboven geformuleerde subvragen. Los daarvan wordt uiteraard afgesloten met een conclusie waarin in algemenere bewoordingen stelling wordt genomen (par. 10).

2 De Schiedammer parkmoord

De ontwikkeling van het strafrecht vindt niet zelden plaats naar aanleiding van incidenten. Incidenten worden hier opgevat als bijzondere uitkomsten van strafzaken die publiekelijk grote beroering wekken. Als er in Nederland één zaak is die aan deze maatstaf voldoet, dan is het de zogenoemde Schiedammer parkmoord.[8] De verdachte in die zaak, Kees B., is ten onrechte veroordeeld tot een lange gevangenisstraf en heeft daarvan ook daadwerkelijk een gedeelte uitgezeten. Voorzover ons bekend was dit de eerste keer dat positief is gebleken dat een onschuldige jarenlang van zijn vrijheid beroofd is geweest op grond van een rechterlijk gewijsde. Begrijpelijkerwijs leidde deze uitkomst tot forse maatschappelijke onrust. De betrokken rechterlijke instanties verrichtten uitvoerig zelfonderzoek om te achterhalen wat er precies was misgegaan en hoe herhaling van zo'n fiasco zou kunnen worden voorkomen.[9] En er werd ook extern een evaluatieonderzoek georganiseerd, dat werd uitgevoerd door de zogenoemde commissie-Posthumus (september 2005). De uitkomsten daarvan zijn besproken in de Tweede Kamer en dit alles heeft vooral drie belangwekkende resultaten opgeleverd.

8 Zie P.J. van Koppen, *De Schiedammer Parkmoord*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2003, en Y. Buruma, 'Onschuldig! De verwerking van de Schiedamse parkmoord', *DD* 2005, 68, p. 953-963.

9 Zie F.W.H. van den Emster, 'Reflectie op een rechterlijke dwaling', *Trema* 2005, p. 294-295; J.J.I. Verburg, 'Kantelende werkelijkheid', *Trema* 2005, p. 296-297; H.L.C. Hermans & P.A.M. Mevis, 'Kanttekeningen bij een reflectie', *Trema* 2005, p. 298-300 en G.J.M. Corstens, 'Rechterlijke dwalingen', *NJB* 2005, p. 1733.

Ten eerste is een programma 'Versterking opsporing en vervolging' vastgesteld.[10] Het programma bevat een pakket van maatregelen die tot doel hebben tot een nog betrouwbaarder waarheidsvinding in strafzaken te komen. Teneinde het bekende (beruchte) verschijnsel van 'tunnelvisie' tegen te gaan zouden bijvoorbeeld systematisch vormen van tegenspraak en 'review' moeten worden georganiseerd. Binnen politie en justitie moeten steeds mensen worden aangewezen die met een frisse blik naar het verzamelde materiaal kijken. Voorts is afgesproken de forensische opsporing te versterken. Belangrijk is ook de maatregel om voortaan in alle echt zware strafzaken audiovisuele registratie van verdachtenverhoren te laten plaatshebben. En als laatste voorbeeld noemen wij hier het voornemen om langs diverse wegen het vakmanschap bij het openbaar ministerie en de politie te vergroten.[11]

Als uitvloeisel van het overleg met het parlement werd – in de tweede plaats – in 2006 de 'Commissie evaluatie afgesloten strafzaken' (CEAS) ingesteld.[12] De commissie zal in zeer ernstige strafzaken (er moet sprake zijn van een onherroepelijke veroordeling ter zake van een feit waarop naar de wettelijke omschrijving een gevangenisstraf van twaalf jaren of meer is gesteld en/of de rechtsorde ernstig door dat feit is geschokt) op basis van een 'signaal van een misstand' kunnen nagaan of het voorbereidende onderzoek zorgvuldig en volledig is uitgevoerd.[13] Het signaal kan afkomstig zijn van een professional die bij de zaak betrokken was of van bijvoorbeeld een wetenschapper. Procespartijen kunnen zich niet tot de commissie wenden. Een zaak wordt eerst aangemeld bij een 'toegangscommissie', die nagaat of inhoudelijke behandeling opportuun is. Indien dat het geval is, zal een telkens qua samenstelling wisselend driemanschap[14] een plan

10 Rapport *Versterking opsporing en vervolging naar aanleiding van de Schiedammer parkmoord* (OM/Politie/NFI 4 november 2005).

11 Zie het beleidsplan 'Perspectief op 2010', en daarover M.S. Groenhuijsen, 'Het nieuwe beleidsplan van het openbaar ministerie: perspectief op 2010', *DD* 2007, 1, p. 1-12.

12 Ook wel de Commissie Posthumus-II genoemd. Het instellingssbesluit is opgenomen in *Stcrt.* 2006, nr. 74, p. 16.

13 Voorwaarde is verder dat er een onherroepelijk vonnis is waarvan de executie nog loopt. De commissie gaat technisch gesproken alleen over opsporing en vervolging; het werk van de veroordelende rechter wordt niet beoordeeld.

14 De toegangscommissie (commissie-Buruma) en de wisselende driemanschappen worden samengesteld uit een 'pool' van hoogleraren strafrecht, advocatengeneraal bij gerechtshoven, (oud) advocaten en (oud) politiemensen. Om staatsrechtelijke redenen zijn geen leden van de zittende rechterlijke macht opgenomen.

van aanpak opstellen en het eigenlijke onderzoek uitvoeren. Er wordt gerapporteerd aan het College van procureurs-generaal, dat over vervolgstappen beslist.

Het is heel goed te begrijpen dat de maatschappij om maatregelen schreeuwt als er een zo ernstige fout aan het licht is gekomen. En het was overduidelijk dat 'de politiek' gehoor moest geven aan deze wens. Niets doen was eenvoudig niet aan de orde. Niettemin zien wij twee problemen verbonden aan de nu gekozen (tijdelijke) oplossing.[15] De eerste is dat het functioneren van de commissie misschien het tegenovergestelde gaat oproepen van wat ze beoogt.[16] Er is al openlijk over 'de twijfelcommissie' gesproken. Wellicht is het zo dat langs deze weg méér onrust wordt opgewekt dan er wordt weggenomen. Sinds de instelling van de commissie lijkt er veel meer publiciteit te bestaan rond al dan niet vermeende rechterlijke dwalingen dan ooit tevoren. Het is zeer de vraag of deze aandacht in een redelijke verhouding staat tot de objectieve omvang van het probleem.[17] Het tweede probleem is van meer dogmatische aard. Door deze, door het openbaar ministerie gekozen, buitenwettelijke oplossing is het gesloten systeem van rechtsmiddelen in het Wetboek van Strafvordering doorbroken.[18] Volgens het instellingsbesluit creëert de regeling geen nieuwe rechtsgang, maar feitelijk is daarvan natuurlijk wel degelijk sprake. En: formeel oordeelt de commissie alleen over het werk van politie en justitie en niet over dat van de rechter, maar inhoudelijk

15 Zie M.S. Groenhuijsen, 'Evaluatie van afgesloten strafzaken en de offensieve rol van de strafbalie', *DD* 2006, p. 475-485; P.A.M. Mevis, 'Verruiming van de herzieningsregeling?', *DD* 2007, 16, p. 239-250 en T. Kooijmans, 'Het novum als ingang van herziening', *DD* 2007, 33, p. 410-432 (Kooijmans 2007a).

16 Uit de evaluatie van het werk van de CEAS blijkt daarvan overigens niet. Zie J. de Ridder, C.M. Klein Haarhuis & W.M. de Jongste, *De CEAS aan het werk*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2008.

17 Wij wijzen er op dat in 1992 drie van de meest vooraanstaande rechtspsychologen van Nederland echt hebben gezocht naar rechterlijke dwalingen en destijds geen enkel geval hebben kunnen vinden van iemand die bij rechterlijk gewijsde ten onrechte tot vrijheidsstraf was veroordeeld; zie H.F.M. Crombag, P.J. van Koppen, W.A. Wagenaar, *Dubieuze zaken. De psychologie van strafrechtelijk bewijs*, Amsterdam/Antwerpen: Contact 1992. Zie evenwel ook, ten aanzien van feiten van betrekkelijk geringe ernst, T. Kooijmans, 'Herziening en de kracht van het gewijsde', in: R.S.T. Gaarthuis, T. Kooijmans & Th.A. de Roos (red.), *Vertrouwen in de strafrechtspleging*, Deventer: Kluwer 2010 (nog te verschijnen).

18 De waarde van dit systematische uitgangspunt wordt onderstreept door J.B.H.M. Simmelink, 'Kanttekeningen bij het gesloten stelsel van rechtsmiddelen', in: A. Harteveld e.a. (red.), *Systeem in ontwikkeling* (Knigge-bundel), Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2005, p. 461-481.

zijn fouten of tekortkomingen van alle betrokkenen vaak moeilijk als oorzaak van dwaling te scheiden.

Dat brengt ons bij het derde resultaat van ontwikkelingen (mede) naar aanleiding van de Schiedammer parkmoord. Waar de hierboven vermelde eerste twee resultaten kunnen worden aangemerkt als buitenwettelijke reacties op die ontwikkelingen, is inmiddels ook sprake van een legislatieve ontwikkeling. De minister van justitie heeft namelijk in het najaar van 2009 een tweetal wetsvoorstellen ingediend waarin wordt voorgesteld de huidige herzieningsregeling te wijzigen. Het eerste wetsvoorstel betreft de, in deze bijdrage niet nader te bespreken, introductie van de 'herziening ten nadele'.[19] Het tweede wetsvoorstel behelst een hervorming van de 'herziening ten voordele'.[20] Deze wetsvoorstellen betreffen twee parallelle legislatieve trajecten die één conceptwetsvoorstel als vertrekpunt hadden waarin beide modaliteiten van de herziening – herziening ten nadele en herziening ten voordele – waren ondergebracht.[21]

Het wetsvoorstel 'hervorming herziening ten voordele' voorziet onder meer in de mogelijkheid voor een gewezen verdachte die is veroordeeld wegens een misdrijf waarop naar de wettelijke omschrijving een gevangenisstraf van twaalf jaren of meer is gesteld en waardoor de rechtsorde ernstig is geschokt om, ter voorbereiding van een herzieningsaanvraag, door zijn raadsman aan de Procureur-Generaal bij de Hoge Raad te doen verzoeken een nader onderzoek in te stellen naar de aanwezigheid van een 'novum' als grond voor herziening.[22] In een dergelijk geval kan de Procureur-Generaal advies inwinnen van een adviescommissie die is belast met de advisering over de wenselijkheid van zo'n onderzoek.[23] Met deze voorgestelde rege-

19 *Kamerstukken II* 2008/09, 32 044, nr. 2.

20 *Kamerstukken II* 2008/09, 32 045, nr. 2.

21 Conceptwetsvoorstel tot Wijziging van het Wetboek van Strafvordering in verband met een hervorming van de herzieningsregeling (Wet hervorming herzieningsregeling), te kennen via *www.justitie.nl*. Zie over dit conceptwetsvoorstel F.A. te Water Mulder, 'Herziening ten nadele van de vrijgesprokene: een inbreuk op het ne-bis-in-idembeginsel', *DD* 2008, 50, p. 710-732; M.J.C. Verlaan, 'Wordt vervolgd?', *NJB* 2008, p. 2627-2630 en T. Kooijmans & P.A.M. Mevis, 'Herziening ten nadele: toch liever via de (enige echte) Procureur-Generaal bij de Hoge Raad', *NJB* 2008, p. 1935-1936.

22 Een novum kan naar huidig recht worden aangeduid als een of meer door een opgave van bewijsmiddelen gestaafde omstandigheden die bij het onderzoek op de terechtzitting niet zijn gebleken en die het ernstig vermoeden wekken dat, waren zij bekend geweest, het onderzoek der zaak zou hebben geleid tot, bijvoorbeeld, vrijspraak van de veroordeelde. Vgl. artikel 457 lid 1 sub 2 Sv. Zie nader Kooijmans 2007a.

23 *Kamerstukken II* 2008/09, 32 045, nr. 2, p. 3 (art. 461 (nieuw) Sv).

ling wordt blijkens de memorie van toelichting beoogd structurele oplossingen te bieden, die de instelling van ad hoc-commissies zoals de CEAS overbodig maakt.[24] Tegen deze achtergrond van het verschaffen van structurele oplossingen moet ook het voorstel (dat onderdeel uitmaakt van het wetsvoorstel) worden begrepen om de bestaande herzieningsgrond van het novum bij te stellen om beter rekening te kunnen houden met nieuwe forensische expertise.[25]

3 DNA-onderzoek en bewijsmateriaal

In het strafproces gaat het doorgaans om twee kwesties: heeft de verdachte het ten laste gelegde feit begaan en, zo ja, welke sanctie dient hem dan te worden opgelegd? Bekent de verdachte het hem verweten gedrag, hetgeen in een overgrote meerderheid van zaken het geval is, dan vormen meestal alleen de aard en de hoogte van de sanctie in de rechtszaal het onderwerp van discussie. Ontkent hij, dan heeft de bewijsbeslissing een zeer bijzondere betekenis in het geheel van de procesvoering, zoals zojuist ook al vanuit andere invalshoek is gebleken in de opmerkingen naar aanleiding van het echec rond de Schiedammer parkmoord.

Tegen deze achtergrond is naar ons oordeel een van de belangrijkste legislatieve ontwikkelingen van de afgelopen decennia de invoering van het DNA-onderzoek.[26] Het onderzoek naar genetische kenmerken werd voor het eerst wettelijk geregeld in 1993.[27] Vanaf dat moment werd het mogelijk om voor strafvorderlijke doelen – desnoods tegen de wil van de verdachte – lichaamsmateriaal af te nemen teneinde op basis daarvan zogenoemde DNA-profielen te laten maken (artikel 151b en 195d Sv). In 1993 werd als geschikt li-

24 *Kamerstukken II* 2008/09, 32 045, nr. 3, p. 3.

25 De voorgestelde wijziging van het novum komt er op neer dat als novum zal worden aangemerkt 'een gegeven dat bij het onderzoek op de terechtzitting aan de rechter niet bekend was en dat op zichzelf of in verband met de vroeger geleverde bewijzen met de uitspraak niet bestaanbaar schijnt, zodanig dat het ernstige vermoeden ontstaat dat indien dit gegeven bekend zou zijn geweest, het onderzoek van de zaak zou hebben geleid, hetzij tot een vrijspraak van de gewezen verdachte, hetzij tot een ontslag van alle rechtsvervolging, hetzij tot de niet-ontvankelijkverklaring van het openbaar ministerie, hetzij tot de toepassing van een minder zware strafbepaling': *Kamerstukken II* 2008/09, 32 045, nr. 2, p. 1-2 (artikel 457 lid 1 sub c (nieuw) Sv).

26 Zie ook M.M. Prinsen, *Forensisch DNA-onderzoek. Een balans tussen opsporing en fundamentele rechten* (diss. UvT), Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2008 (Prinsen 2008a), p. 33-58.

27 Wet van 8 november 1993, *Stb.* 596, i.w.tr. 1 september 1994.

chaamsmateriaal bloed aangewezen, bij wetswijziging van 2001 is dit uitgebreid met wangslijmvlies en haarwortels.[28] Gedwongen afname is alleen toegelaten als de beschuldiging betrekking heeft op een delict waarvoor voorlopige hechtenis mogelijk is en indien er 'ernstige bezwaren' bestaan tegen de verdachte. De profielen – die bestaan uit een soort barcode van strikt individuele en dus identificerende genetische informatie – mogen ingevolge de wet worden bewaard in een DNA-databank (artikel 151a lid 6 en 195a lid 4 Sv), en onder nauwkeurig bepaalde voorwaarden worden gebruikt bij het ophelderen van andere delicten.[29]

In 2003 werd een nieuwe, tweede variant van DNA-onderzoek geïntroduceerd, waardoor het mogelijk werd om aangetroffen celmateriaal te analyseren op uiterlijk waarneembare persoonskenmerken (artikel 151d en 195f Sv). Daarbij kan worden gedacht aan ras, geslacht en andere bij algemene maatregel van bestuur aangewezen persoonskenmerken.[30] Het is evident dat dit een belangrijk hulpmiddel kan opleveren in lopende opsporingsonderzoeken waarbij op de plaats van het delict celmateriaal is aangetroffen, al was het alleen maar omdat langs deze weg grote groepen mensen direct als potentiële verdachte kunnen worden uitgesloten.

Na een nieuwe wetswijziging in 2005 bestaan er thans twee databanken. Eén van profielen van sporen die eerder zijn afgenomen of gevonden en vervolgens zijn onderzocht; en daarnaast is er een afzonderlijke databank met profielen van veroordeelden.[31] Deze worden tegenwoordig standaard afgenomen en opgeslagen indien iemand in eerste aanleg is veroordeeld wegens een delict waarvoor voorlopige hechtenis kan worden toegepast.

28 Wet van 5 juli 2001, *Stb.* 335, i.w.tr. 1 november 2001.

29 Indien de strafzaak uitmondt in (o.a.) een vrijspraak dan dient het DNA-profiel van de gewezen verdachte te worden vernietigd: artikel 17 lid 1 jo. artikel 16 Besluit DNA-onderzoek in strafzaken (*Staatsblad* 2001, 400). Vgl. EHRM 4 december 2008, appl.nos. 30562/04 & 30566/04 (*S. and Marper v. UK*). Onder de vigeur van het hierboven onder 2 genoemde wetsvoorstel herziening ten nadele zal het Besluit DNA-onderzoek in strafzaken aldus worden gewijzigd dat onder restrictieve voorwaarden – vermeld in de memorie van toelichting bij dat wetsvoorstel – het bewaren van het DNA-profiel (met bijbehorend celmateriaal) mogelijk wordt in geval van vrijspraak van een delict dat de dood van een ander ten gevolge heeft: *Kamerstukken II* 2008/09, 32 044, nr. 3, p. 25-28.

30 Wet van 8 mei 2003, *Stb.* 201.

31 De laatstgenoemde mogelijkheid berust op de Wet DNA-onderzoek bij veroordeelden 2004 (Wet van 16 september 2004, *Stb.* 2004, 465, i.w.tr. 1 februari 2005). Het bereik van deze wet is op 1 januari 2009 verder uitgebreid: *Stb.* 2008, 530.

Wij hechten er aan het grote belang van dit type onderzoek te benadrukken. Hoewel er de laatste tijd vanuit forensisch deskundige kringen herhaaldelijk op wordt gewezen dat juristen niet steeds voldoende bekend zijn met de toegepaste technieken en de wijze waarop de resultaten daarvan moeten worden geïnterpreteerd[32] – hetgeen een op zichzelf niet onjuiste aansporing inhoudt om te waarborgen dat oordelende magistraten wèl over de vereiste vakkennis beschikken[33] – mag toch zonder aarzeling worden vastgesteld dat op dit terrein enorme vooruitgang is geboekt. Bijvoorbeeld op het bij uitstek precaire gebied van de zedendelicten – waar uit de aard der zaak veelal weinig getuigenbewijs voorhanden is omdat er naast het slachtoffer en de verdachte doorgaans niemand aanwezig was – is het in een groot aantal gevallen mogelijk geworden om op solide gronden uitsluitsel te kunnen geven over schuld of onschuld. Wij benadrukken: schuld óf onschuld. De betekenis van DNA-onderzoek ligt namelijk niet in de laatste plaats in het gegeven dat daarmee in veel gevallen kan worden aangetoond dat iemand *niet* de dader kan zijn geweest. In de nog steeds niet opgeloste zaak van de (verkrachting van en) moord op Marianne Vaatstra bijvoorbeeld kon langs deze weg de onschuld worden vastgesteld van mensen die anders wellicht in een lastig strafvorderlijk parket terecht waren gekomen. Vanwege het potentieel grote gewicht van de resultaten van dit onderzoek is het uiteraard van belang dat het met goede waarborgen is omgeven. De wet voorziet daarin op verschillende manieren.[34]

Naar ons oordeel is het meest urgente probleem ten aanzien van de rechtsbescherming op dit gebied gelegen in het zogenaamde grootschalig DNA-onderzoek op 'vrijwillige' basis.[35] Naar de letter genomen maakt artikel 151a Sv het mogelijk om een buurt- of bevolkingsonderzoek te organiseren, waarbij honderden – of in principe zelfs duizenden – burgers worden uitgenodigd om op vrijwillige basis

32 Vgl. o.a. A.P.A. Broeders, *Op zoek naar de bron. Over de grondslagen van de criminalistiek en de waardering van het forensisch bewijs* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2003.

33 Vgl. V.H. Toom, 'De wereld achter het DNA-bewijs', *NJB* 2009, p. 416-423.

34 De verdachte heeft gelegenheid om eerst met zijn raadsman te overleggen; er bestaat een verslagleggingsplicht en er is sprake van een notificatieplicht; de verdediging heeft de mogelijkheid om een tegenonderzoek te doen uitvoeren door een deskundige; het bewaren van de gegevens is omkleed met allerlei voorschriften.

35 Zie C.J. de Poot & E.W. Kruisbergen, *Kringen rond de dader. Grootschalig DNA-onderzoek als instrument in de opsporing*, 's-Gravenhage: Boom Juridische uitgevers (WODC-onderzoek) 2006.

celmateriaal af te staan.[36] Tijdens de parlementaire behandeling van de wet is duidelijk gemaakt dat de enkele weigering om deel te nemen aan zo'n onderzoek een burger nog niet tot verdachte maakt.[37] Dat is makkelijker gezegd dan gedaan.[38] Zeker als het aantal weigerachtigen zowel in absolute als in relatieve zin overzienbaar is, ligt het praktisch toch wel erg voor de hand dat met die kleine groep in de organisatie van het vervolgtraject van de opsporing enigermate rekening wordt gehouden.[39] Daar kan geen formele regeling verandering in brengen (als het onderzoek onder degenen die wel hebben meegewerkt overigens niet tot een positief resultaat heeft geleid).[40]

De ontwikkelingen op het gebied van het DNA-onderzoek leiden, zo kan uit het voorgaande worden afgeleid, telkens tot de vraag of de wetgeving met die ontwikkelingen gelijke tred moet houden. Zo is in de praktijk de vraag gerezen waar iemand die vrijwillig meedoet aan een (grootschalig) DNA-onderzoek nu precies mee instemt. Stemt hij alleen in met het vergelijken van zijn eigen DNA-profiel met een bepaald daderspoor, of geldt zijn toestemming ook voor het op basis van zijn DNA-profiel verkrijgen van kennis over mogelijke betrokkenheid van zijn familieleden bij het misdrijf?[41] Het gaat hier om de vraag naar de wenselijkheid en mogelijkheid om op grond van het celmateriaal uitspraken te doen over mogelijke verwantschapsrelaties. In een recente nota betreffende 'Verkenning DNA-onderzoek in strafzaken' stelt de minister van justitie dat hij voornemens is om in het Wetboek van Strafvordering een wettelijke grondslag te creëren voor de toepassing van dergelijk DNA-verwantschapsonderzoek. Deze toepassing van het DNA-onderzoek die wordt gebruikt bij bijvoorbeeld de vaststelling van ouderschap,

36 Bijvoorbeeld als er op het slachtoffer sporen zijn aangetroffen, die op erfelijk materiaal zijn onderzocht en waaruit enkele 'uitwendig waarneembare persoonskenmerken' konden worden afgeleid.

37 *Kamerstukken I* 2000/01, 26 271, nr. 210b, p. 4; *Kamerstukken II* 2000/01, 27 400 VI, nr. 49, p. 8.

38 Terzijde: de rechtsbescherming van degenen die besluiten *wel* mee te doen, is vrij goed geregeld. Hun DNA-profiel mag uitsluitend worden vergeleken met dat van het spoor dat bij het misdrijf is veilig gesteld; daarna moet het celmateriaal en het profiel worden vernietigd. Tenzij er een positieve *match* is, natuurlijk, want dan wordt de betrokkene direct verdachte en gaan de gewone regels gelden. Zie Prinsen 2008a, p. 179.

39 Dit is evident een 'understatement'. Het is een publiek geheim dat er zelfs gerichte naspeuringen worden gedaan, die officieel geen 'opsporing' worden genoemd.

40 Zie over het grootschalige DNA-onderzoek: *Kamerstukken II* 1999/2000, 26 271, nr. 6, p. 44-45; en *Kamerstukken II* 2000/01, 27400 VI, nr. 49, p. 7.

41 Zie *Kamerstukken II* 2007/08, 31 415, nr. 1, p. 18.

gezinshereniging in asielprocedures en de identificatie van slachtoffers van genocide of bij rampen en vermiste personen, kan van betekenis zijn voor de opheldering van strafbare feiten. Als het hiervoor beschreven, 'klassieke' DNA-onderzoek geen resultaten heeft opgeleverd, kan onder omstandigheden met behulp van verwantschapsonderzoek de identiteit van een verdachte alsnog worden vastgesteld of kan een mogelijke verdachte worden uitgesloten. Celmateriaal bevat namelijk niet alleen informatie over de donor van dat materiaal, maar ook over diens bloedverwanten.[42] In het door de minister aangekondigde wetsvoorstel zal een grondslag worden gecreëerd voor de afname en het gebruik van celmateriaal van de familieleden van de verdachte of de niet-verdachte. Dat zal alleen worden toegestaan indien de familieleden daarvoor hun schriftelijke toestemming hebben verleend en het DNA-onderzoek aan hun celmateriaal in het belang van het onderzoek is.[43]

4 Van Traa, Moons, Strafvordering 2001 en daarna

Hiervoor is in paragraaf 1 reeds opgemerkt dat in de laatste decennia veel aandacht van juristen is uitgegaan naar het (inmiddels niet meer zo nieuwe) Nieuw Burgerlijk Wetboek. Maar weinigen weten hoe enorm veel nieuwe bepalingen van straf(proces)recht in de afgelopen dertig jaar zijn ingevoerd.[44] Dit vraagt natuurlijk om coördinatie, om oog voor samenhang, om behoud of herconstructie van het systeem. Er is immers weinig fantasie voor nodig om te kunnen voorspellen dat wetboeken waaraan te vaak wordt geknutseld, gemakkelijk kunnen veranderen in een lappendeken.

Vanuit het oogpunt van regelgeving – en de bewaking van de systematische kwaliteit daarvan – kunnen voor het strafprocesrecht vooral twee grote katalysatoren worden aangewezen. Ten eerste de Parlementaire Enquêtecommissie-Van Traa. Ten tweede de commissie-Moons en het latere onderzoeksproject Strafvordering 2001. Bei-

42 *Kamerstukken II* 2007/08, 31 415, nr. 1. Zie over deze nota M.M. Prinsen, 'DNA-onderzoek in alle gevallen', *NJB* 2008, p. 1272-1277.

43 *Kamerstukken II* 2007/08, 31 415, nr. 1, p. 25.

44 D. van der Landen, 'Technische fouten bij recente wijzigingen van het Wetboek van Strafvordering', *NJB* 1994, p. 618-619, heeft voor 1993 eens 200 nieuwe bepalingen geturfd, maar er zijn jaren geweest waarin er nog meer is veranderd. Vgl. voor wijzigingen in het materiële strafrecht in de periode 1993-2003 Y. Buruma, 'Grenzen aan de strafrechtelijke aansprakelijkheid', in: M.S. Groenhuijsen & J.B.H.M. Simmelink (red.), *Glijdende schalen* (De Hullubundel), Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2003, p. 71-93.

de hebben, ieder uiteraard op eigen wijze, omvangrijke en belangrijke stromen van nieuwe wetsartikelen opgeleverd.

Eerst de parlementaire enquêtecommissie die zich in het midden van de jaren ' 90 heeft gebogen over het weerbarstige onderwerp van de bijzondere opsporingsmethoden. De commissie werd ingesteld nadat er, op zijn zachtst gezegd, onenigheid was gebleken tussen politie en het openbaar ministerie (en binnen politiekorpsen onderling) omtrent de reikwijdte van hun bevoegdheden, de uitoefening daarvan en het toezicht daarop. Dit leidde tot de zogenoemde 'IRT-affaire'.[45] De parlementaire commissie-Van Traa verrichtte uitvoerig en somtijds spectaculair onderzoek en rapporteerde in 1995.[46] De diagnose door de commissie was dat er moest worden gesproken van een gezagscrisis (onvoldoende vertrouwen van de politie in het openbaar ministerie; het openbaar ministerie had zijn grip op de politie verloren) en van een normeringscrisis (te weinig duidelijkheid in het Wetboek van Strafvordering omtrent de al dan niet aanvaardbare opsporingsmiddelen). De remedie sloot daar uiteraard naadloos op aan. Voor wat betreft de regelgeving – het voornaamste onderwerp van deze bijdrage – deed de commissie de aanbeveling om in beginsel alle wezenlijke opsporingsbevoegdheden in het wetboek vast te leggen – en wel op zodanige wijze dat iedere bevoegdheid van een gedetailleerde normstelling zou worden voorzien.[47] Teneinde transparantie van en toezicht op de opsporing te bevorderen, beval de commissie voorts aan om de politie te verplichten alles op schrift te stellen wat in het kader

45 Met 'IRT' wordt bedoeld het Interregionaal Recherche Team (IRT) Noord-Holland/Utrecht. Dit betrof een samenwerkingsverband van een aantal politiekorpsen waaronder Amsterdam en Utrecht. Het team maakte gebruik van een omstreden, buitenwettelijke opsporingsmethode, namelijk het doorlaten van drugs onder regie van politie en justitie. Het doel daarvan was te kunnen doordringen tot in de top van de criminele organisatie die onderzocht werd. Eind oktober 1993 ontdekte de nieuw aangestelde teamleider, dat het IRT een opsporingsmethode hanteerde waarvoor hij geen verantwoordelijkheid wenste te dragen. Hij rapporteerde dit aan de korpsleiding in Amsterdam en na veel overleg (en ruzie) tussen de bij het IRT betrokken politiekorpsen, het openbaar ministerie en andere betrokkenen, leidde dit tot de opheffing van het IRT. Zie ook *nl.wikipedia.org*.

46 *Inzake opsporing. Enquêtecommissie opsporingsmethoden, Kamerstukken II* 1995/96, 24 072, nr. 10-11.

47 Zie hieromtrent o.a. M.S. Groenhuijsen & J.B.H.M. Simmelink, 'Bijzondere opsporingsbevoegdheden en het systeem van het Wetboek van Strafvordering in het post-Van Traa tijdperk', in: P.J.J. Zoontjens & J.A.F. Peters (red.), *Getuigend Staatsrecht. Liber Amicorum A.K. Koekkoek*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2005, p. 313-346, met nadere bronvermeldingen.

van de opsporing wordt ondernomen, en om de verdachte daarvan op de hoogte te brengen voor zover dat verenigbaar is met overige onderzoeksbelangen.

Als uitvloeisel hiervan is enkele jaren daarna de Wet bijzondere opsporingsbevoegdheden tot stand gekomen.[48] Het Wetboek van Strafvordering is daarbij uitgebreid met nieuwe onderdelen in het eerste boek ('Algemeene bepalingen'), te weten Titel IVA ('Bijzondere bevoegdheden tot opsporing'), Titel V ('Bijzondere bevoegdheden tot opsporing voor het onderzoek naar het beramen of plegen van ernstige misdrijven in georganiseerd verband') en Titel VA ('Bijstand aan opsporing door burgers'). In deze nieuwe titels treffen we regelingen aan omtrent de volgende bijzondere opsporingsmethoden: stelselmatige observatie, infiltratie, pseudo-koop/pseudo-dienstverlening, stelselmatige inwinning van informatie, inkijken, opnemen van vertrouwelijke communicatie, het onderzoek van telecommunicatie en inmiddels ook het vorderen van gegevens.[49] De opsporingsmiddelen kunnen op verschillende voorwaarden worden ingezet, afhankelijk van de vraag of er reeds een verdenking bestaat dan wel wanneer het gaat om een situatie van ernstige feiten in georganiseerd verband.[50]

Hoewel de wet op lang niet alle punten de aanbevelingen van Van Traa volgt, moet nog wel op twee belangrijke overeenkomsten worden gewezen. Er is voorzien in een aparte, algemene verplichting tot het voegen bij de processtukken van de processen-verbaal die, kort gezegd, zijn opgemaakt door uitoefening van de genoemde bijzondere opsporingsmethoden[51] en er bestaat nu een wettelijke mededelingsplicht omtrent de uitoefening van de onderhavige bevoegdheden zodra het onderzoek dat toestaat.[52]

De vloed van regels omtrent de opsporingsbevoegdheden moet wellicht worden gezien als een reactie op de ondernormering uit de jaren '80 die de slinger een beetje naar de andere kant heeft laten uitslaan. Er zijn nu wel erg veel regels, met bijbehorende bureaucratie. De op zichzelf zo overtuigende speciale verbaliseringsplicht heeft

48 Wet van 18 mei 1999, *Stb.* 1999, 245, i.w.tr. 1 februari 2000.
49 Wet van 18 maart 2004, *Stb.* 2004, 109, i.w.tr. 1 juni 2004.
50 Het is duidelijk dat hier niet de inhoud van de bevoegdheden echt kan worden besproken. Meer over de achtergrond en de grenzen hiervan: Y. Buruma & P.C. Vegter, *Bijzondere opsporingsmethoden*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1998 en G.J.M. Corstens, *Het Nederlands strafprocesrecht*, zesde druk, Deventer: Kluwer 2008, p. 274 e.v. en p. 455 e.v.
51 Artikel 126aa Sv.
52 Artikel 126bb Sv.

er bijvoorbeeld voor gezorgd dat in een groot opsporingsonderzoek soms duizenden processen-verbaal worden opgemaakt omtrent de hier bedoelde ambtsverrichtingen. Dat is misschien wat veel van het goede. Een andere kanttekening bij deze operatie betreft de omstandigheid dat de wet een betere regeling beoogde te geven omtrent de start van een strafrechtelijk onderzoek. Vóór Van Traa was de algemeen gedeelde (en vaak terechte) klacht immers dat volstrekt schimmig was op welke grond de politie aan de opsporing was begonnen.

Toch heeft de Wet bijzondere opsporingsbevoegdheden niet in de volle breedte het effect gekregen dat de commissie-Van Traa en de wetgever eraan toedichtten. Illustratief is hier het door deze wet geïntroduceerde verbod op het doorlaten van schadelijke voorwerpen, zoals drugs en andere contrabande. Opsporingsambtenaren die bij het handelen overeenkomstig een bijzondere opsporingsbevoegdheid dergelijke voorwerpen aantreffen, zijn op basis van artikel 126ff Sv in beginsel verplicht tot inbeslagneming van die voorwerpen over te gaan.[53] Niettegenstaande deze verplichting komt het nogal eens voor dat opsporingsambtenaren in strijd met artikel 126ff Sv hoeveelheden harddrugs doorlaten. De rechtspraak van de Hoge Raad op dit punt houdt in dat artikel 126ff Sv niet in het leven is geroepen in het belang van de verdachte. De verdachte kan zich daarom niet ten overstaan van de strafrechter beroepen op de niet of niet juiste naleving van het verbod op doorlaten.[54] Om die reden is wel betoogd dat met deze rechtspraak van de Hoge Raad (vrijwel) een einde is gekomen aan de rechterlijke toetsing van dat verbod.[55] In het verlengde daarvan rijst de vraag of de wet op dit punt wel (mede) bewerkstelligt dat het voor de opsporing verantwoordelijke openbaar ministerie[56] kan waarborgen dat de opsporing op een – voor de maatschappij zichtbare – integere wijze plaatsvindt.

De tweede katalysator achter de grote wetgevende inspanningen van de afgelopen twintig jaar is van geheel andere aard. Het gaat om twee omvangrijke projecten met een meer wetenschappelijke inslag die

53 Zie ook *Kamerstukken II* 1995/96, 24 072, nr. 52.
54 HR 28 mei 2002, *NJ* 2002, 601 en HR 2 juli 2002, *NJ* 2002, 602 m.nt. YB.
55 Punt 1 van de noot van Buruma onder HR 2 juli 2002, *NJ* 2002, 602. Zie ook Y. Buruma, 'Bijzondere opsporingsmethoden: 12,5 jaar na Van Traa', *DD* 2009, 7, p. 58-78, i.h.b. p. 66-68.
56 Uit artikel 148 Sv vloeit voort dat de officier van justitie (verantwoordelijk is voor en) belast is met de opsporing en daartoe bevelen kan geven aan andere opsporingsambtenaren, zoals politieagenten.

hebben geleid tot adviezen aan de wetgever omtrent grootschalige herziening van het Wetboek van Strafvordering.

De eerste daarvan was de 'Commissie Herijking Wetboek van Strafvordering', naar haar voorzitter doorgaans aangeduid als de 'commissie-Moons'. De commissie heeft haar werkzaamheden verricht tussen 1989 en 1993. Zij werd door de toenmalige minister ingesteld omdat hij vond dat de gewijzigde maatschappelijke omstandigheden, het veranderde criminaliteitsbeeld en de vele voorafgaande partiële wijzigingen van het wetboek de innerlijke structuur daarvan hadden aangetast en het broodnodig was om in meer algemene zin alle in de strafvordering in aanmerking komende belangen eens integraal te 'herijken'. Er zijn in totaal tien rapporten geproduceerd, veelal over uiterst principiële onderwerpen.[57] Op de kwaliteit van de rapporten valt achteraf bezien niet zoveel af te dingen. Het is dan ook niet verrassend dat de voorstellen en aanbevelingen van de commissie hebben geleid tot veelomvattende en belangrijke wijzigingen in het Wetboek van Strafvordering.[58] Eén van die wijzigingen betreft de Wet vormverzuimen van 14 september 1995, waarbij artikel 359a in het Wetboek van Strafvordering is geïntroduceerd.[59] Dit wetsartikel geeft de rechter de bevoegdheid om vormverzuimen – daaronder wordt verstaan het niet naleven van strafprocesrechtelijke geschreven en ongeschreven vormvoorschriften[60] – die zich in het voorbereidend onderzoek hebben voorgedaan, te 'sanctioneren' met strafvermindering voor de verdachte, bewijsuitsluiting of de niet-ontvankelijkheid van het openbaar ministerie in de vervolging. Daarmee heeft de strafrechter op het eerste gezicht een omvangrijk instrumentarium tot zijn beschikking om controle uit te oefenen op het optreden van politie en justitie in het voorbereidend onderzoek. Bij nader inzien is die ruimte voor de strafrechter minder groot dan de commissie-Moons en de wetgever indertijd vermoedelijk voor ogen hadden. De verklaring

57 Zie G.J.M. Corstens (red.), *Rapporten herijking strafvordering 1989-1992*, Arnhem: Gouda Quint 1993 en G.J.M. Corstens (red.), *Rapporten herijking strafvordering 1993*, Arnhem: Gouda Quint 1993. De rapporten hadden betrekking op de inverzekeringstellingsprocedure; onderzoek naar telefoongesprekken; DNA-onderzoek; de voorlopige hechtenis; tolken en vertalers in strafzaken; een vereenvoudigde procedure voor eenvoudige zaken; de betekenis van vormvoorschriften; het proces-verbaal van de terechtzitting en het vonnis.

58 Naast de regeling omtrent het DNA-onderzoek (zie hiervoor onder 3) kan onder meer worden gewezen op de wijziging van de rechtsbescherming bij inverzekeringstelling (o.a. artikel 59a Sv); en de hierna te noemen Wet vormverzuimen.

59 Wet van 14 september 1995, *Stb.* 441, i.w.tr. 2 november 1996.

60 *Kamerstukken II* 1993/94, 23 075, nr. 3, p. 25-26.

voor deze beperkte speelruimte moet niet worden gezocht in de wet, maar in de rechtspraak van de Hoge Raad waarin artikel 359a Sv zeer restrictief is uitgelegd.[61] Die restrictieve uitleg heeft er toe geleid dat nogal wat vormverzuimen die zich in een strafrechtelijk onderzoek hebben voorgedaan, binnen het kader van de strafrechtelijke procedure niet van een rechtsgevolg kunnen worden voorzien. Wellicht is dit gebrek aan een stevige rechterlijke controle op de handelingen van politie en justitie in het voorbereidend onderzoek er de oorzaak van dat in de strafrechtspraktijk in een aantal gevallen door politie en justitie, eufemistisch gesteld, weinig professioneel is opgetreden. Dat heeft er vervolgens toe geleid dat de rechter zijn controlerende taak weer steviger ter hand lijkt te hebben genomen.[62]

Wanneer wij terugkeren naar de (tien) door de commissie-Moons uitgebrachte rapporten, dan stellen wij vast dat een probleem ervan is dat zij geen rode draad kennen; ze worden niet verbonden door enkele overkoepelende inzichten. Het ontbreken van dergelijke dragende gedachten is gemakkelijk verklaarbaar. Dit komt namelijk door de samenstelling van de commissie-Moons. De leden werden aangezocht uit alle geledingen die professioneel bij de strafrechtspleging zijn betrokken. Er waren 'vertegenwoordigers' vanuit de zittende rechterlijke macht, het openbaar ministerie en de advocatuur, de wetenschap en de reclassering. Deze leden namen niet zelden de belangen van hun achterban mee naar de beraadslaging in de commissie. Gevolg is dat men het vaak nog wel eens kon worden over concrete (compromis-)voorstellen, maar het is duidelijk dat zo'n groot en gevarieerd gezelschap veel moeilijker overeenstemming zal kunnen bereiken met betrekking tot een coherentie visie op de strafvordering als geheel.

Dit is dan ook precies het grootste verschil met de tweede reeks adviezen aan de wetgever omtrent de toekomst van het strafprocesrecht, te weten de teksten die zijn voortgekomen uit het onderzoeksproject 'Strafvordering 2001'. Dit project is tussen 1997 en 2004 uitgevoerd door een kleine, homogene groep van wetenschappers uit – vooral – Groningen en Tilburg.[63] Het project heeft uiteindelijk vier

61 HR 30 maart 2004, *NJ* 2004, 376 m.nt. YB. Zie ook M.C.D. Embregts, 'Aantekeningen bij art. 359a Sv', in: A.L. Melai & M.S. Groenhuijsen e.a. (red.), *Het Wetboek van Strafvordering*, Deventer: Kluwer z.j., p. 1-6 (supplement 144, oktober 2004) en Corstens 2008, p. 704 e.v.

62 Zie Y. Buruma, 'Onprofessioneel politieoptreden', *DD* 2008, 8, p. 87-104.

63 Er was ook inbreng vanuit andere faculteiten, vooral die van de Erasmus Universiteit Rotterdam.

lijvige rapporten opgeleverd.[64] De bedoeling van de onderzoekers was om niet teveel in details te treden, maar zich te concentreren op enkele grote lijnen. De dragende gedachten die uit het project naar voren zijn gekomen, kunnen op hoofdlijnen als volgt in vier punten worden samengevat.

- Het bestaande Wetboek van Strafvordering gaat te sterk uit van één procedure, die in alle strafzaken moet worden gevolgd. In plaats daarvan stellen de onderzoekers een driesporenstelsel voor. Ieder spoor behelst een eigen procedure, afgestemd op de kenmerken van het type zaak dat wordt behandeld. Het eerste spoor gaat over de zwaarste strafzaken, waarin concreet een onvoorwaardelijke gevangenisstraf van langer dan een jaar op het spel staat. Alsdan dient de procedure maximaal omgeven te zijn met rechtswaarborgen. Het tweede spoor heeft betrekking op de middelzware zaken, waarin een vrijheidsstraf tot een jaar te duchten is. In het derde spoor worden de lichtere strafzaken behandeld, waarin geen vrijheidsbenemende sanctie aan de orde is. Dan zou de zaak in beginsel door het openbaar ministerie moeten worden afgedaan met een 'boetebeschikking'; is de verdachte het daar niet mee eens, dan kan hij het oordeel van de onafhankelijke rechter inroepen.[65]

- Een kernpunt is voorts dat de agenda van het strafgeding sterker dan thans het geval is dient te worden bepaald door datgene wat betrokkenen verdeeld houdt. Daarmee bedoelen wij dat de rechter zich zou moeten concentreren op de onderwerpen waarover de verdediging en het openbaar ministerie verschillend denken. Ontkent de verdachte het ten laste gelegde feit? Dan is de bewijsbeslissing de hoofdzaak van de behandeling ter zitting. Geeft de verdachte het hem verweten gedrag toe? Dan staat de zitting voornamelijk in het teken van de vraag welke sanctie dient te worden opgelegd. Dit uitgangspunt heeft verstrekkende gevolgen. Het betekent niet alleen een andere benadering van het onderzoek ter terechtzitting, maar het heeft ook consequenties voor de vraag welke motiveringsplichten gelden in

64 M.S. Groenhuijsen & G. Knigge (red.), *Het onderzoek ter zitting. Eerste interimrapport onderzoeksproject Strafvordering 2001*, Groningen 1999; idem, *Het vooronderzoek in strafzaken. Tweede interimrapport onderzoeksproject Strafvordering 2001*, Deventer: Gouda Quint 2001; idem, *Dwangmiddelen en rechtsmiddelen. Derde interimrapport onderzoeksproject Strafvordering 2001*, Deventer: Kluwer 2002 en idem, *Afronding en verantwoording. Eindrapport onderzoeksproject Strafvordering 2001*, Deventer: Kluwer 2004.

65 Zie ook hierna onder 5.

bepaalde omstandigheden. En het uitgangspunt werpt zijn schaduw vooruit. Het leidt bijvoorbeeld tot de aanbeveling de zogenaamde 'regiezitting' een wettelijke basis te geven en frequenter te benutten.[66] Al deze elementen hebben cumulatief tot gevolg dat het contradictoire karakter van het strafgeding wordt versterkt. De systematische aandacht voor 'tegenspraak' van de zijde van de verdediging maakt een scherper en zuiverder gedingvoering mogelijk.

- De introductie van de beide voorgaande grondgedachten zou tot gevolg hebben dat er een aanmerkelijk evenwichtiger benutting van de beperkte capaciteit van het strafrechtelijk systeem mogelijk wordt. 'U vraagt, wij draaien.' En: 'U opponeert, het systeem weet dat het moet onderzoeken en responderen.' Zonder verzoek – dat wil zeggen: bij afwezigheid van verweer – kunnen overbodige activiteiten achterwege blijven. Het gaat in deze benadering om rechtsbescherming op maat, in de vorm en de omvang waaraan in het concrete geding behoefte blijkt te bestaan.

- Ten slotte is in de voorstellen van de onderzoeksgroep de leidende rol van het openbaar ministerie in het voorbereidend onderzoek zwaarder aangezet. Het is de officier van justitie die de leiding heeft van het opsporingsonderzoek. De rechter-commissaris heeft daarin de rol van machtigingsrechter: het toepassen van de zwaarste dwangmiddelen kan alleen na voorafgaande goedkeuring door de rechter-commissaris. Daarnaast speelt deze rechter-commissaris alleen nog een rol als 'voorpostrechter', dat wil zeggen in bepaalde situaties treedt hij op als voorpost van de zittingsrechter en voert dan nader gespecificeerde onderzoekshandelingen uit. Als dit zo wordt vorm gegeven, dan bestaat er geen behoefte meer aan het oude gerechtelijk vooronderzoek als zelfstandig onderzoekskader: het gerechtelijk vooronderzoek kan in de benadering van de onderzoekers van Strafvordering 2001 uit het Wetboek van Strafvordering worden geschrapt.

Na afronding van het onderzoeksproject 'Strafvordering 2001' heeft de minister van justitie aangekondigd de hoofdlijnen van de uitgebrachte rapporten over te nemen en ten grondslag te leggen aan het

66 Corstens 2008, p. 595 omschrijft een regiezitting als een zitting die voorafgaat aan de inhoudelijke behandeling van de zaak en waarop beslissingen worden genomen over te horen getuigen en deskundigen en eventueel ook reeds preliminaire verweren worden behandeld.

wetgevingsprogramma van het departement.[67] Het parlement heeft daarmee ingestemd. Vervolgens is er een hele reeks van wetsvoorstellen ingediend op basis van deze voorbereidende adviezen.[68]

De hoop en de verwachting was natuurlijk dat dit fundament een nieuwe systematische ordening zou kunnen terugbrengen binnen het verband van het Wetboek van Strafvordering.[69] Toch is dit maar ten dele het geval. Hoewel de minister heeft aangegeven de denkbeelden van Strafvordering 2001 als richtinggevend te zien voor het wetgevingsprogramma op het gebied van het strafprocesrecht, kan niet worden ontkend dat in de uitvoering daarvan enigszins selectief te werk wordt gegaan.[70] Dat wil zeggen: er lijkt een zekere neiging bespeurbaar om vooral die voorstellen met voorrang ter hand te nemen waarmee capaciteitswinst binnen het strafvorderlijk systeem kan worden behaald. Illustratief is wellicht dat de minister, onder de werktitel 'Strafvordering 2011', op legislatief niveau de nadruk legt op de aanpassingen van het Eerste Boek van het Wetboek van Strafvordering voor zover dat boek betrekking heeft op de positie van de verschillende procesdeelnemers en het Tweede Boek, in het bijzonder de herstructurering van het voorbereidend onderzoek.[71] De andere kant van het verhaal van Strafvordering 2001 – te weten: dat die winst door middel van reallocatie op andere onderdelen van het stelsel dient te worden geherinvesteerd – blijft daarbij vooralsnog wat op de achtergrond.

67 Algemeen kader herziening Wetboek van Strafvordering: *Kamerstukken* 29 271.

68 Voorbeelden zijn de reeds in werking getreden Wet stroomlijnen hoger beroep (Wet van 5 oktober 2006, *Stb.* 470); het wetsvoorstel versterking van de positie van het slachtoffer in het strafproces (*Kamerstukken I* 2007/08, 30 143, A) en de Wet OM-afdoening (Wet van 7 juli 2006, *Stb.* 330).

69 Niet onvermeld mag blijven dat er binnen de academische wereld verschillend wordt geoordeeld over de aantrekkelijkheid van de resultaten van Strafvordering 2001. Er is bijvoorbeeld grondige en fundamentele kritiek gekomen van C.H. Brants e.a. (red.), *Op zoek naar grondslagen. Strafvordering 2001 ter discussie*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2003.

70 Daarnaast moet worden vermeld dat sommige ideeën van de onderzoeksgroep inmiddels door de maatschappelijke realiteit zijn achterhaald. Wij noemen twee voorbeelden. Door de onderzoeksgroep Strafvordering 2001 is verdedigd dat het niet passend is om steeds een raadsman toe te laten bij het politiële verdachtenverhoor; en dat het niet zinvol is om onderzoek te verrichten omtrent lekenparticipatie in de strafrechtspraak. Op beide punten zijn na afronding van het project initiatieven genomen die een andere richting in lijken te gaan.

71 Vgl. *Kamerstukken II* 2007/08, 29 271, nr. 7, p. 3.

5 Slachtofferemancipatie

Eén van de echt grote veranderingen die zich precies binnen het besproken tijdvak hebben voltrokken, betreft de emancipatie van het slachtoffer. Waarom is het gepast om hier van 'emancipatie' te spreken? Welnu, kort gezegd was het slachtoffer drie decennia geleden een randfiguur in het strafrecht. De hoedanigheid van slachtoffer speelde in wet- en regelgeving destijds zelfs geen enkele rol. Het slachtoffer kwam alleen in beeld als aangever van een delict, of in de rol van getuige. De enige hoedanigheid waarin het slachtoffer – binnen enge grenzen – kon opkomen voor eigen belangen was die van beledigde partij[72]: dan werd hij met een bescheiden vordering tot schadevergoeding toegelaten binnen het strafgeding. Dertig jaar geleden was het niet verkeerd om het slachtoffer te zien als 'de vergeten persoon' binnen het strafprocesrecht.

Maar daarna is dat snel en ingrijpend veranderd.[73] In 1987 zijn er nieuwe richtlijnen ingevoerd (de zogenaamde richtlijnen-Vaillant) die vrij gedetailleerde aanwijzingen bevatten omtrent de wijze waarop politie en openbaar ministerie zich dienen te gedragen in de omgang met slachtoffers. Vanaf dat moment is de officiële 'mantra' dat slachtoffers met begrip en respect dienen te worden bejegend. Dat is een niet te onderschatten stap vooruit. Vervolgens werd ook het Wetboek van Strafvordering aangepast aan deze nieuwe inzichten. De wet-Terwee bracht een verruiming van de voegingsprocedure en introduceerde de schadevergoedingsmaatregel als nieuwe strafrechtelijke sanctie (artikel 36f Sr).[74] De wet is dus naar uiterlijke verschijningsvorm gericht op de fase van de terechtzitting. De onderliggende gedachte was evenwel veel breder. In de parlementaire

72 Volledigheidshalve wijzen wij op de bescheiden rol die daarnaast nog was (en is) weggelegd voor de 'belanghebbende' in de procedures van artikel 12 e.v. Sv (beklag over het niet-vervolgen van strafbare feiten) en artikel 552a e.v. Sv (onder andere beklag omtrent inbeslaggenomen voorwerpen).

73 Zie ook F.F. Langemeijer, *Het slachtoffer en het strafproces*, Deventer: Kluwer 2004.

74 Wet van 23 december 1992, Stb. 1993, 29. Interessante bijzonderheid is dat deze wet – zien wij het goed: als eerste op strafvorderlijk gebied – fasegewijs is ingevoerd. In 1993 voor de arrondissementen Den Bosch en Dordrecht; in 1995 voor de rest van het land. Onderliggend idee was om eerst ervaring op te doen, en de daaruit te trekken lessen te benutten in de overige arrondissementen. Zie hieromtrent Renée Kool & Martin Moerings, *De Wet Terwee. Evaluatie van juridische knelpunten*, Deventer: Gouda Quint 2001. Zie over het bijzondere karakter van de schadevergoedingsmaatregel T. Kooijmans, *Op maat geregeld? Een onderzoek naar de grondslag en de normering van de strafrechtelijke maatregel* (diss. Rotterdam), Deventer: Kluwer 2002, p. 97-122.

geschiedenis van de wet-Terwee is tot uitdrukking gebracht dat een misdrijf niet langer alleen kan worden gezien als een inbreuk op de rechtsorde, als een schending van het algemeen belang, maar ook als een duidelijke inbreuk op de individuele rechten en belangen van het slachtoffer.[75] Zo beschouwd is het redelijk en verantwoord om dan ook met die belangen van de gelaedeerde rekening te houden in de nasleep van het misdrijf. Daarmee is tevens verklaarbaar dat de wet-Terwee weliswaar vooral wetsartikelen bevat die betrekking hebben op het onderzoek ter terechtzitting, maar vergezeld ging van nieuwe richtlijnen voor politie en openbaar ministerie die tot doel hadden om de 'zorg' voor slachtofferbelangen in het voorbereidend onderzoek te verbeteren.

Wij roepen heel kort de belangrijkste onderdelen van de wet in herinnering. Met betrekking tot de voeging als benadeelde partij springt het meest in het oog dat de oude maxima van de in te dienen vordering zijn vervallen.[76] In plaats daarvan is een kwalitatief criterium gekomen. Een vordering tot schadevergoeding is alleen ontvankelijk bij de strafrechter indien het gaat om een 'eenvoudige zaak': er mogen noch juridisch, noch bewijsrechtelijk grote complicaties zijn, want dan zou de strafzaak te veel worden overheerst door het civiele incident (artikel 361 lid 3 Sv).[77] Mede met het oog op deze maatstaf is verder bepaald dat de benadeelde partij de vordering ook mag splitsen. Anders dan vroeger mag thans een (eenvoudig) deel van de vordering in het strafgeding worden afgedaan, met behoud van alle rechten om voor het restant de burgerlijke rechter te adiëren.

Terloops is al de invoering van de schadevergoedingsmaatregel genoemd. De betekenis hiervan is tweeërlei. Ten eerste wordt hiermee het publieke belang onderstreept van schadevergoeding aan de gelaedeerde in een strafrechtelijke context. Daarmee wordt ook een bijdrage geleverd aan de erkenning van de gedupeerde als slachtoffer en krijgt de solidariteit van de rechtsgemeenschap met de getroffene concreet gestalte. Daarnaast is de nieuwe maatregel heel praktisch van groot belang in verband met de executievoorschriften. De oude toewijzing van de vordering van de benadeelde partij moest door de betrokkene zelf ten uitvoer worden gelegd volgens de regels

75 *Kamerstukken II* 1989/90 21 345, nr. 4, p. 6.

76 Onder het oude recht mocht de vordering maximaal fl. 1500,- bij de rechtbank en fl. 600,- bij de kantonrechter bedragen.

77 Zie nader M.J. Borgers, 'Recente rechtspraak over de schadevergoedingsmaatregel en de voeging van de benadeelde partij: het vereiste van rechtstreekse schade, proceskosten en hoofdelijkheid', *DD* 2003, 33, p. 440-454.

van het civiele recht, terwijl de maatregel door de overheid (het CJIB) wordt geëxecuteerd. Dit is pure winst voor het slachtoffer en het voorkomt vele en heftige teleurstellingen.[78]

Na de wet-Terwee zijn er nog twee veranderingen geweest die van principiële betekenis zijn. De eerste daarvan betreft de legislatieve invoering van het mondeling spreekrecht ter terechtzitting. Slachtoffers van de zwaarste delicten[79] mogen thans ter zitting aan de rechter kenbaar maken welke gevolgen het delict heeft gehad. Het gaat dus om de consequenties van het misdrijf; het slachtoffer mag zich bijvoorbeeld niet uitlaten over de bewijsvraag of over de hoogte van de naar zijn smaak op te leggen straf. Dit spreekrecht past bij uitstek in de gedachte die het belang van 'procedurele rechtvaardigheid' benadrukt. Door het slachtoffer op deze wijze bij het geding te betrekken, wordt hij serieus genomen en wordt hij in zijn slachtofferschap erkend. Deze openbare erkenning leidt er vervolgens toe dat het slachtoffer zich gemakkelijker zal kunnen vinden in de uitkomst van het proces.

Opmerking verdient dat binnen de rechterlijke macht aanvankelijk nogal wat aarzeling bestond over de invoering van het spreekrecht. Het onderwerp was controversieel omdat men vreesde dat uitoefening van het spreekrecht zou leiden tot vertraging in de afdoening van strafzaken, tot rechtsongelijkheid, of tot een te sterke emotionalisering van de terechtzitting aanleiding zou geven. Deze potentiële bezwaren zijn niet overtuigend. Empirisch onderzoek in landen waar al langer wordt gewerkt met het spreekrecht toont aan dat er nauwelijks vertraging door ontstaat. Ook de vrees voor rechtsongelijkheid is niet gegrond, omdat er in de praktijk niet zwaarder blijkt te worden gestraft als het slachtoffer het woord heeft gevoerd. Ten aanzien van het laatstgenoemde bezwaar moet naar ons oordeel worden opgemerkt dat rechters in Nederland bijzonder goed in staat zijn om met emoties om te gaan. In geval van levens- of zedendelicten en bij-

78 Zie M.S. Groenhuijsen & J.J.M. van Dijk, 'Schadevergoedingsmaatregel en voeging: de civielrechtelijke invalshoek', *NJB* 1993, p. 163-167. Hier wordt uitgelegd dat empirische vergelijkende gegevens aantonen dat als de benadeelde zelf moet executeren, daar in 75 procent van de gevallen niets van terecht komt. Als de overheid deze taak op zich neemt, blijkt juist in meer dan 75 procent van de gevallen succes te worden geboekt. Zie ook M.E.I. Brienen & E.H. Hoegen, *Victims of Crime in 22 European Criminal Justice Systems* (diss. Tilburg), Nijmegen: Wolf Legal Productions 2000; en stelling 4 bij het eerder genoemde proefschrift van Kooijmans.

79 Wet van 21 juli 2004, *Stb.* 382, i.w.tr. 1 januari 2005. Zie voor details artikel 302 Sv: het gaat vooral om misdrijven waartegen een strafmaximum van 8 jaar gevangenisstraf of meer is bedreigd.

voorbeeld bij zaken omtrent artikel 6 WVW 1994[80] zijn vele terechtzittingen emotioneel geladen, en rechters gaan daar naar onze waarneming uiterst professioneel mee om. Dus waarom zou dat bij de uitoefening van het spreekrecht anders zijn? Dan is ook nog wel geopperd dat het spreekrecht voor het slachtoffer zelf nadelig zou kunnen zijn, bijvoorbeeld omdat er verwachtingen mee worden gewekt die niet kunnen worden ingelost of waargemaakt. Dit alleszins reële gevaar kan evenwel worden ondervangen door een goede voorbereiding. Het is daarom vermeldenswaard dat Slachtofferhulp Nederland een aanvullend budget heeft gekregen om slachtoffers bij te staan bij het voorbereiden van de verklaring die zij ter zitting gaan afleggen. Een goede uitleg van de mogelijkheden en de beperkingen van het spreekrecht kan latere teleurstellingen voorkomen.

Ten slotte noemen wij de recent in het *Staatsblad* verschenen wet met wijzigingen van het Wetboek van Strafvordering 'ter versterking van de positie van het slachtoffer in het strafproces'.[81] Het meest opmerkelijke van deze hervorming is wellicht reeds dat er een nieuwe titel (Titel IIIA) wordt ingevoegd in het eerste boek van het wetboek, met als opschrift: 'het slachtoffer'. Dit moet worden beschouwd als een unieke doorbraak met grote symbolische waarde. Voor het eerst wordt hier het slachtoffer *als zodanig* (dus niet in een afgeleide hoedanigheid als getuige, als belanghebbende of zelfs als benadeelde partij) erkend als een betrokkene in het strafgeding en worden zijn wettelijke rechten netjes op een rij gezet. Het is niet nodig om alle specifieke rechten en bevoegdheden hier op te sommen. Wij volstaan met twee bepalingen die van bijzondere betekenis zijn. Artikel 51a lid 2 Sv luidt: 'De officier van justitie draagt zorg voor een correcte bejegening van het slachtoffer.' En artikel 288a lid 2 Sv zal gaan bepalen: 'de voorzitter draagt zorg voor een correcte bejegening van het slachtoffer of de nabestaanden'. Uitvoerig commentaar is hier overbodig. Ook vergeleken met de internationale standaard op dit punt introduceert de Nederlandse wetgever hier een nieuwe norm die de

80 Kort gezegd: dood door schuld in het verkeer.

81 Wet van 17 december 2009, *Stb.* 2010, 1 (de inwerkingtreding vindt naar verwachting op 1 januari 2011 plaats). De wet berust mede op een kritisch rapport van de Europese Commissie omtrent de gebrekkige implementatie binnen de lidstaten van een kaderbesluit inzake de onderhavige materie (zie de Framework Decision on the Standing of Victims in Criminal Proceedings – 2001/220/JHA, 15 March 2001; en daarover M.S. Groenhuijsen & S. Reynaers, 'Het Europees Kaderbesluit inzake de status van het slachtoffer in de strafprocedure: implementatieperikelen en interpretatievragen', *Panopticon* 2006.3, p. 12-33).

emancipatie van het slachtoffer in strafvorderlijk verband definitief bezegelt.

6 Externe factoren – interactie tussen strafvordering en de omgeving

Het strafrecht functioneert niet in een vacuüm. De strafrechtspleging maakt deel uit van een groter maatschappelijk systeem. Dit brengt met zich mee dat het strafrechtelijk systeem niet als volledig autonoom kan worden beschouwd. Het is mede afhankelijk van andere maatschappelijke ordeningen; er is sprake van interactie en interdependentie tussen diverse sociale en juridische eenheden. In deze paragraaf worden twee belendende normstelsels belicht die rechtstreeks invloed hebben gehad op de werking van het strafrecht gedurende de afgelopen twee decennia. Het eerste daarvan betreft de invloed van de Europese Unie; het tweede bestaat uit de punitieve onderdelen van het bestuursrecht.

Dertig jaar geleden was de Europese invloed op ons nationale strafrecht zo ongeveer nihil. Natuurlijk was er de rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM), maar in het verband van de toenmalige EEG was het strafrecht zo ongeveer uitgesloten als onderwerp van gemeenschappelijke zorg. Dat is later, na de verdragen van Maastricht en Amsterdam, drastisch veranderd. Corstens spreekt zelfs over 'het belangrijkste probleem van het hedendaagse strafrecht: de invloed van de EU'.[82]

De invloed van de EU speelt op verschillende niveau's.[83] We hebben het communautaire recht van – sinds de jaren '90 – de eerste pijler, waarin door middel van richtlijnen en verordeningen het nationale strafrecht wordt gedicteerd. Onderwerpen die hier aan de orde zijn omvatten bijvoorbeeld de handhaving van het milieurecht, de bestrijding van witwassen, en het tegengaan van nagemaakte of door piraterij verkregen goederen. Deze regulering binnen de eerste pijler wordt gekenmerkt door de rechtstreekse werking van richtlijnen en door de verplichte richtlijnconforme interpretatie van nationaal recht.

82 G.J.M. Corstens, 'Europa in opmars in het strafrecht via kaderbesluiten én richtlijnen', *NJB* 2005, p. 2357.

83 Zie voor een algemene beschouwing vooral Geert Corstens & Jean Pradel, *Het Europese strafrecht*, Deventer: Kluwer 2003 en André Klip, *European Criminal Law*, Antwerpen/Oxford/Portland: Intersentia 2009.

Op dit terrein heeft het gemeenschapsrecht zonder meer voorrang op het nationale recht.[84]

Daarnaast is er in steeds toenemende mate invloed gekomen vanuit de derde pijler. Langs deze overwegend intergouvernementele weg is er de afgelopen jaren een enorme vloed aan regelgeving gekomen. Het belangrijkste rechtsinstrument in de derde pijler is het kaderbesluit.[85] Om een impressie te geven van het bereik van de Brusselse bemoeienis, volgt hier een enuntiatieve opsomming van onderwerpen die inmiddels in kaderbesluiten zijn geregeld: valsemunterij; fraude bij niet contante betalingen; het Europees aanhoudingsbevel; witwassen; gemeenschappelijke onderzoeksteams; terrorisme; bevriezing van voorwerpen of bewijsstukken; drugs; scheepsverontreiniging; bestrijding van seksuele uitbuiting van kinderen; wederzijdse erkenning geldelijke sancties; en het kaderbesluit inzake minimumrechten voor slachtoffers van misdrijven.

Overzien we deze ontwikkeling, dan kan niet worden voorbijgegaan aan enkele principiële vragen. De eerste daarvan betreft het zogenoemde 'voortraject', de fase die voorafgaat aan het tot stand komen van een kaderbesluit. Zo is bijvoorbeeld allerminst helder langs welke maatstaven wordt bepaald welke onderwerpen zich lenen voor een regeling bij kaderbesluit. Waarom wel een kaderbesluit over de rechten van slachtoffers en geen kaderbesluit omtrent processuele rechten van verdachten? Het is niet gemakkelijk om enige gemeenschappelijke achtergrond te ontdekken in de tot nu toe gemaakte keuzes. En als het onderwerp al als gegeven wordt aanvaard, is voorts niet steeds duidelijk welke inhoud dan als Europese norm dient te worden gesteld. Gaat het om een soort gemene deler van reeds bestaande nationale wetgeving of wordt juist een hoger aspiratieniveau

84 Zie R. Barents, *De communautaire rechtsorde. Over de autonomie van het gemeenschapsrecht*, Deventer: Kluwer 2000; G.J.M. Corstens, 'Europa in opmars in het strafrecht via kaderbesluiten én richtlijnen', *NJB* 2005, p. 2357; M.J. Borgers, 'Het strafrecht in de eerste pijler. Van competentiestrijd naar competentiestrijd?', *NJB* 2006, p. 738-742; E.A.M. Verheijen, *Nederlandse strafrechtelijke waarden in de context van de Europese Unie. Naar een beoordelingsschema ter waarborging van karakteristieken van materieel strafrecht in de Europese rechtsruimte* (diss. Tilburg), Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2006, p. 25 e.v. en M.J. Borgers & T. Kooijmans, 'The Scope of the Community's Competence in the Field of Criminal Law', *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice* 2008, p. 379-395.

85 Zie M.J. Borgers, F.G.H. Kristen, J.B.H.M. Simmelink (red.), *Implementatie van Kaderbesluiten*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2006, ook voor het direct navolgende.

vastgelegd, hetgeen iedere lidstaat noopt tot aanpassing van het eigen stelsel?

Soortgelijke kanttekeningen kunnen worden gemaakt bij het 'natraject'. Het uitgangspunt is hier tamelijk simpel. Het EU-verdrag schrijft voor dat een kaderbesluit bindend is naar het vereiste resultaat, maar dat de lidstaten een vrije beoordelingsmarge hebben als het gaat om de keuze van de vorm en de middelen die het resultaat moeten bewerkstelligen. Dit simpele uitgangspunt blijkt evenwel in de praktijk niet zo gemakkelijk te operationaliseren. Zo is er nog steeds grote onduidelijkheid omtrent de vraag welke maatstaven moeten worden toegepast bij de implementatie van kaderbesluiten in het nationale recht.[86] Is steeds aanpassing van de wet noodzakelijk ('omzetting' respectievelijk 'transposal') of is het voldoende dat de feitelijke situatie in overeenstemming is met het kaderbesluit ('compliance')? En hoe kan de Europese Commissie dat eigenlijk goed beoordelen? De kaderbesluiten bevatten wel een procedurevoorschrift dat de lidstaten verplicht om voortgang aan Brussel te melden, maar ze voorzien bijvoorbeeld niet in de mogelijkheid om nadere inlichtingen te vragen. Kortom, er bestaat geen gestandaardiseerde toetsingsprocedure, er zijn geen vaste regels omtrent het achterhalen van de situatie in een bepaalde lidstaat.

De situatie is nog verder vertroebeld door het *Pupino*-arrest van het Luxemburgse Hof van Justitie.[87] In deze zaak bepaalde het Hof dat de nationale rechter verplicht is om het geldende recht zoveel mogelijk uit te leggen in de richting van een toepasselijk kaderbesluit. Er wordt wel gesproken over 'kaderbesluitconforme interpretatie'.[88] De uitspraak heeft merkwaardige consequenties. Als een lidstaat helemaal niets heeft gedaan aan implementatie, valt er immers niets kaderbesluitconform te interpreteren. Als er wel uitvoeringswetgeving tot stand is gebracht, maar met regels die net tekort schieten, moet de nationale rechter het gat opvullen door middel van een op Europa

86 Voor de Europese Commissie en de Raad is het duidelijk: ten aanzien van kaderbesluiten gelden dezelfde maatstaven als voor richtlijnen. Uit het in de vorige voetnoot genoemde boek van Borgers c.s. blijkt evenwel dat het in de praktijk zo simpel niet ligt.

87 HvJ EG 16 juni 2005, *NJ* 2005, 500 m.nt. M.J. Borgers, en F.G.H. Kristen & J.B.H.M. Simmelink, 'Europese integratie door de rechter: kaderbesluitconforme integratie', *DD* 2005, 9, p. 1058-1061.

88 Zie F.G.H. Kristen, 'Hoe Europa de strafrechter dirigeert. Over de betekenis van de richtlijnconforme interpretatie voor het strafrecht en de uitbreiding daarvan tot het kaderbesluit en de kaderwet', in: Groenhuijsen & Simmelink 2003, p. 387-409.

gerichte uitleg. Met andere woorden: niets doen kan onder omstandigheden gunstiger zijn dan het 'bijna goed' doen![89]

Tot op zekere hoogte kan de hierboven weergegeven problematiek worden gerelativeerd en wel door de inwerkingtreding van het Verdrag van Lissabon. Met dit verdrag wordt de pijlerstructuur zo goed als opgeheven, wordt het 'Europese strafrecht' op (vrijwel) communautaire leest geschoeid en wordt voorzien in een nieuwe en duidelijker afbakening van de bevoegdheden op strafrechtelijk terrein.[90]

Bij dit onderwerp is telkens de laatste en beslissende vraag waar de grenzen van de Europese integratie liggen. Zijn er nationale eigenheden die we onder geen beding willen opgeven?[91] Voor Nederland valt bijvoorbeeld te denken aan het drugsbeleid, de regelgeving rond euthanasie, de steeds weer oplaaiende discussie rond verplichte bijzondere minimumstraffen, en het strafvorderlijke opportuniteitsbeginsel. Wij kunnen in deze bijdrage niet inhoudelijk zelfs maar een begin van een antwoord formuleren op deze kernvraag. Waar het om gaat is duidelijk te maken dat de Europese Unie een dimensie heeft toegevoegd waardoor de wetgever en de strafrechtswetenschap zich voor vragen gesteld zien die twintig jaar geleden in het geheel niet konden rijzen.

Voorts is er de opkomst van het zogenoemde bestuursstrafrecht. Het bestuursrecht heeft gedurende de afgelopen decennia in twee opzichten aan punitiviteit gewonnen. Ten eerste door de zogenaamde administratieve afdoening van veel voorkomende strafbare feiten. Het prototype hiervan wordt gevormd door de in 1992 in werking getreden Wet Administratiefrechtelijke Handhaving Verkeersvoorschriften (WAHV), over verkeersdelicten. Ten tweede moet de opkomst – volgens velen: de opmars – van de bestuurlijke boete worden genoemd.[92] Er zijn veel voorbeelden van. Bestuurlijke boetes worden opgelegd op het terrein van de sociale zekerheid, de Mededingings-

89 R.A.J. van Gestel & M.S. Groenhuijsen, 'Geen rechterlijk bevel tot wetgeven, of toch…?', *NJB* 2006, 36, p. 2050-2056.

90 Vgl. R. Barents, 'De Europese Grondwet is dood – leve de Europese Grondwet', NTER 2007, p. 174-184, i.h.b. p. 181 en idem, *Het Verdrag van Lissabon*, Deventer: Kluwer 2008.

91 Zie Verheijen 2006.

92 Over de 'opmars' van de bestuurlijke boete: F.C.M.A. Michiels, *De boete in opmars*, oratie VU, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1994; en G.J.M. Corstens, *Een stille revolutie in het strafrecht*, afscheidsrede Nijmegen, Arnhem: Gouda Quint 1995; en H. de Doelder, M.E. de Meijer & D. Otto (red.), *De bestuurlijke boete in perspectief*, Rotterdam: Sanders Instituut; Gouda Quint 1999.

wet, in de financiële wereld (door de Autoriteit Financiële Markten) en op vele andere gebieden. Die boetes zijn niet gering; de toezichthouders kunnen vaak enorme bedragen opleggen. Was deze sanctie langere tijd zwaar ondergenormeerd, inmiddels is voorzien in een nadere regeling in de 'Algemene wet op de bestuursboete' in de vierde tranche van de Algemene wet bestuursrecht.[93]

Wetenschappelijk interessant is vooral de vraag hoe het op dit punt verder zal gaan. Zal de opmars van de bestuurlijke boete verder doorzetten of is juist een legislatieve kentering op til?[94] In dit verband is het van belang te wijzen op de Wet OM-afdoening.[95] De 'oude' (strafrechtelijke) buitengerechtelijke afdoening door middel van een transactie wordt gaandeweg vervangen door een strafbeschikking van de officier van justitie. Kenmerkend voor de transactie is dat de verdachte door het voldoen aan de transactievoorwaarden een vervolging voorkomt. Kenmerkend voor de strafbeschikking is dat deze een vorm van vervolging behelst waarbij door het openbaar ministerie eenzijdig in beginsel bindende sancties kunnen worden opgelegd. Bij strafbeschikking kan een geldboete worden opgelegd. Maar als het openbaar ministerie vindt dat zwaardere sancties aangewezen zijn – taakstraffen en rijontzeggingen – kan het ook tot de oplegging daarvan bij strafbeschikking overgaan in een met meer waarborgen omgeven procedure (na het horen van de verdachte en na verkregen instemming). Uit het genoemde verschil tussen de oude transactie en de nieuwe strafbeschikking vloeit voort dat de laatste vatbaar is voor tenuitvoerlegging als de verdachte niets onderneemt. Is hij het er niet mee eens, dan zal hij verzet moeten doen. Het procesinitiatief is daarmee door de wetgever bij de verdachte gelegd.[96] Doet de ver-

93 Wet van 25 juni 2009, *Stb.* 264-265, i.w.tr. 1 juli 2009. Zie nader L.J.J. Rogier, 'De Vierde tranche Algemene wet bestuursrecht in werking : twee magische lijnen verschoven', *NJB* 2009, p. 1560-1566.

94 In het recente beleidsplan van het openbaar ministerie, *Perspectief op 2010*, 's-Gravenhage 2006, p. 8, wordt nog stellig beweerd: 'Onmiskenbaar is de bestuurlijke boete aan een grote opmars bezig'.

95 Wet van 7 juli 2006, *Stb.* 330 (gedeeltelijk in werking getreden op 1 februari 2008). Zie M.S. Groenhuijsen & J.B.H.M. Simmelink, 'Het wetsvoorstel OM-afdoening op het grensvlak van juridische techniek en strafprocessuele uitgangspunten', in: A.H.E.C. Jordaans e.a. (red.), *Praktisch strafrecht* (Reijntjesbundel), Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2005, p. 171-196; T. Kooijmans, 'Aantekeningen bij art. 257a-257h Sv', in: A.L. Melai & M.S. Groenhuijsen e.a. (red.), *Het Wetboek van Strafvordering*, Deventer: Kluwer z.j. (suppl. 160, april 2007) (Kooijmans 2007b); en M. Kessler & B.F. Keulen, *De strafbeschikking*, Deventer: Kluwer 2008.

96 In de systematiek van de transactie dient het openbaar ministerie alsnog tot vervolging over te gaan indien de verdachte geen gevolg geeft aan de transactie.

dachte verzet tegen de strafbeschikking, dan wordt de zaak in volle omvang door een onafhankelijke rechter beoordeeld (tenzij de officier van justitie de strafbeschikking intrekt).

Wellicht heeft de Wet OM-afdoening het begin van een kentering ingeluid. In zekere zin is er een kogel door de kerk. Het afdoen van enorme aantallen strafzaken blijkt nu heel goed vorm te kunnen krijgen door het introduceren van een sterk vereenvoudigde strafrechtelijke procedure.[97] Eigenlijk is die oplossing veel logischer dan het fiscaliseren van bepaalde overtredingen (parkeerovertredingen) of het naar een administratieve omgeving verplaatsen van wat traditioneel gezien werd als strafrechtelijk onrecht. In dit licht bezien zou het dan ook voor de hand liggen om bijvoorbeeld ook de WAHV in te trekken en de desbetreffende feiten terug te brengen naar het strafrecht. Volgens de memorie van toelichting op de Wet OM-afdoening zal dit 'op termijn worden bezien'. Wij hebben begrip voor de voorzichtigheid van de bewindslieden op dit punt (men wil stammenstrijd tussen de betrokken ministeries zoveel mogelijk vermijden; en het onderwerp van de OM-afdoening lag toch al zo gevoelig), maar toch is dit de enige logische stap om het systematische fundament van strafrecht en strafprocesrecht in ere te herstellen.

7 Financiële recherche en voordeelsontneming

Het kan verkeren. Dat hebben we zojuist gezien in relatie tot de opmars van de bestuurlijke boete. Soortgelijke golfbewegingen lijken zichtbaar op het terrein van de aandacht voor een buitgerichte benadering van het strafrecht. Dertig jaar geleden kenden we het woord 'financiële recherche' nog niet. Ontneming van wederrechtelijk verkregen voordeel was een wat duistere maatregel, die in de praktijk nauwelijks werd toegepast. In het besproken tijdvak zijn op beide punten revolutionaire ontwikkelingen waar te nemen, en is evenzeer zichtbaar dat het straf(proces)recht ook onderhevig is aan moeilijk voorspelbare slingerbewegingen.

Eerst iets over de ontneming van wederrechtelijk verkregen voordeel, geregeld in artikel 36e Sr. Deze maatregel heeft lange tijd een nogal kwijnend bestaan geleid. In de tweede helft van de jaren '80 kwam daar plotseling verandering in. Met de groeiende aandacht voor het verschijnsel van de georganiseerde misdaad ging men ineens

97 Op die visie werd lang geleden al aangedrongen door D.H. de Jong, 'Onsystematische strafwetgeving', *DD* 1985, p. 713-715.

grote mogelijkheden zien in het afromen van crimineel verworven gelden. Daarbij sloegen beleidsmakers niet zelden een euforische toon aan. Alsof de steen der wijzen was ontdekt. Criminelen zouden zich niet laten afschrikken door vrijheidsstraf; ze zouden moeten worden getroffen in datgene waar het ze *echt* om te doen is: geld! Hoewel deze claim vermoedelijk nooit aan enig empirisch onderzoek is onderworpen, werd vervolgens in 1993 de wet op dit punt ingrijpend gewijzigd.[98] Als we de details even laten voor wat ze zijn, kunnen vooral twee belangrijke verruimingen worden genoemd.

Ten eerste de veranderde redactie van artikel 36e Sr, waardoor niet alleen voordeel kon worden ontnomen dat is genoten door de feiten waarvoor iemand is veroordeeld, maar – in bepaalde gevallen – ook alle voordelen die op enig moment en op enige manier wederrechtelijk zijn verkregen. De bewijsstandaard om te bepalen of daarvan sprake is – de aannemelijkheid dat het strafbare feit is begaan – is in abstracto behoorlijk lager dan het criterium dat geldt bij het bewijs van een strafbaar feit: de overtuiging van de rechter dat het strafbare feit is begaan, op te vatten als 'beyond reasonable doubt'.

Ten tweede werd het zogenoemde strafrechtelijk financieel onderzoek (SFO) ingevoerd, waarbij de overheid in het Wetboek van Strafvordering nieuwe bevoegdheden kreeg om te achterhalen over welke vermogensbestanddelen verdachten beschikken en waar die vandaan komen.

Nieuwe bevoegdheden alleen zijn natuurlijk nooit genoeg. Het gaat er ook om hoe die nieuwe middelen in de praktijk worden gebruikt. Toen dat aanvankelijk niet meeviel, werd de nieuwe term 'financiële recherche' geïntroduceerd. Politie en justitie zouden met een andere houding, met een nieuwe mentaliteit het vraagstuk van wederrechtelijk verkregen voordeel moeten gaan benaderen. Er zou niet langer strikt zaaksgericht moeten worden gewerkt, maar vooral ook opbrengstgericht. Daartoe werden financieel deskundigen aan de politie toegevoegd, er werden ' bureaus financiële ondersteuning ingericht, binnen het openbaar ministerie werd een bureau ontnemingswetgeving tot stand gebracht, en er werden zelfs voor het eerst taak-

98 Zie over dit alles vooral M.J. Borgers, *De ontnemingsmaatregel. Een onderzoek naar het karakter en de voorwaarden tot oplegging van de maatregel ter ontneming van wederrechtelijk verkregen voordeel (art. 36e Wetboek van Strafrecht)* (diss. Tilburg), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2001; en over de voorgeschiedenis vooral M.S. Groenhuijsen & A.M. van Kalmthout (red.), *Voordeelsontneming in het strafrecht. Een commentaar op het rapport van de werkgroep legislatieve projecten vermogenssancties*, Arnhem: Gouda Quint 1989.

stellende afspraken gemaakt voor de te behalen prestaties op dit terrein.[99]

Ongeveer tien jaar na de hausse van inspanningen op het vlak van de financiële kant van de criminaliteit, leek het onderwerp een beetje op z'n retour. Binnen politiekringen was de 'financiële recherche' als apart thema niet meer zo populair. Ook het SFO heeft, eufemistisch gesteld, aan populariteit ingeboet, vooral omdat in allerlei recente wetten nieuwe, algemene dwangmiddelen zijn opgenomen die het afzonderlijke onderzoekskader van het SFO nogal lijken te hebben uitgehold.[100] Hetzelfde geldt voor de voordeelsontneming, waar aanmerkelijk minder over werd gesproken dan een decennium geleden.

Maar een kentering is op komst. Het recente meerjarige beleidsplan van het openbaar ministerie houdt in dat ontneming weer met prioriteit ter hand zal worden genomen.[101] Van de voorgestelde nieuwe beleidsimpulsen noemen wij er twee die zowel concreet als veelbelovend lijken te zijn. Ten eerste het plan om vanaf een vroeg stadium in een onderzoek naast de zaaksofficier ook een ontnemingsofficier te plaatsen. En als tweede gaat het openbaar ministerie zogenoemde 'vermogenstraceerders' inzetten, die zowel in het vooronderzoek als tijdens het executietraject de financiële huishouding van de verdachte respectievelijk veroordeelde in kaart moeten brengen.[102]

Van de zijde van de wetgever wordt dit laatste plan gestimuleerd, en wel door een wetvoorstel betreffende de verruiming van de mogelijkheden tot het ontnemen van wederrechtelijk verkregen voordeel. Dit wetsvoorstel is in november 2009 bij de Tweede Kamer aanhangig gemaakt.[103] Een belangrijk onderdeel van dit voorstel is de mogelijkheid om in de executiefase – dus nadat de ontnemingsmaat-

99 De afspraken (c.q. opdrachten) hadden een wat wonderlijk karakter: zo werd iedere officier van justitie verplicht om per jaar ten minste tien ontnemingsvorderingen te doen. Water stroomt altijd naar beneden. Dit leidde er dus toe dat niet de interessante zaken werden uitgekozen, maar de gemakkelijk haalbare. En dat waren natuurlijk net niet de gevallen waarvoor de nieuwe wetgeving in het leven was geroepen.

100 Zie M.J. Borgers, *Het procesrechtelijke raamwerk van de ontnemingsmaatregel* (preadvies Nederlands-Vlaamse Vereniging voor Strafrecht), Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2005; en T. Kooijmans, 'Strafrechtelijk financieel onderzoek', in: P.C. Vegter e.a., *Handboek Strafzaken*, Deventer: Kluwer 2008, p. 17.1-17.5.

101 Openbaar Ministerie, *Perspectief op 2010*, Den Haag 2006, p. 16-17.

102 Vgl. M.J. Borgers, T. Kooijmans & J.B.H.M. Simmelink, 'Hoofdelijkheid: alweer een oplossing voor niet-bestaande problemen', *NJB* 2007, p. 17-20.

103 *Kamerstukken II* 2009/10, 32 194, nr. 2. Zie over dit wetsvoorstel M.J. Borgers & T. Kooijmans, 'Verruiming, vereenvoudiging en verbetering? Het wetsvoorstel verruiming mogelijkheden voordeelontneming', *DD* 2010, 16, p. 205-270.

regel bij onherroepelijke rechterlijke uitspraak is opgelegd – opsporingsbevoegdheden aan te wenden met als doel de vaststelling van het vermogen van de veroordeelde of de vaststelling van de plaats waar de vermogensbestanddelen zich bevinden.

8 De bredere ontwikkeling: de verharding van het strafrecht

De veranderde inzichten rond de voordeelsontneming gedurende de afgelopen periode staan niet op zichzelf. Zij vormen een onderdeel van een groter geheel. Zij zijn namelijk ook te zien als een symptoom van een meer algemene verharding van het strafrecht in de afgelopen twee decennia. Deze verharding is geïnitieerd door de wetgever, mede naar aanleiding van maatschappelijke ontwikkelingen en van de publieke opinie omtrent de inzet van het strafrecht.[104] Wij geven enkele significante voorbeelden ter illustratie.

In de hier besproken periode zijn de straffen voor misdrijven over de gehele linie omhoog gegaan.[105] Dit blijkt zowel het geval te zijn op het niveau van de wetgeving (heel wat hogere strafmaxima; geen verlagingen)[106] als op het niveau van de rechtspraak. Hier is de sturende invloed van de wetgever zichtbaar.[107] Als voorbeeld over de rechtspraak wordt regelmatig gewezen op de omstandigheid dat vroeger bijna nooit levenslange gevangenisstraf werd opgelegd, terwijl dit de laatste jaren met vrij grote regelmaat gebeurt.[108] In dezelfde lijn ligt de recente wetgeving – de Wet herijking strafmaxima – waardoor de langste tijdelijke vrijheidsstraf is verlengd van twintig jaar naar dertig jaar. Ooit (dat wil zeggen: aan het begin van het hier besproken tijdvak) had Nederland ongeveer de laagste gevangenenquo-

104 Zie ook J. de Hullu, *Zijn er grenzen aan de strafrechtelijke aansprakelijkheid?*, oratie Tilburg, Arnhem: Gouda Quint 1993; Buruma 2003; E.J. Koops, *Tendensen in opsporing en technologie. Over twee honden en een kalf* (oratie Tilburg), Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2006.

105 Wij roepen op dit punt in herinnering dat wij in deze bijdrage niet systematisch aandacht besteden aan ontwikkelingen in het strafrechtelijke sanctiestelsel.

106 Hier past wel de kanttekening dat er enkele strafbaarstellingen geheel zijn vervallen. Een voorbeeld betreft het bordeelverbod. Ook kan het tweegevecht worden genoemd.

107 Wij doelen op de Wet herijking strafmaxima: Wet van 22 december 2005, *Stb.* 2006, 11, i.w.tr. 1 februari 2006.

108 Vgl. o.a. J. ten Voorde, 'Levenslange executie in Nederland, aanvaardbare executie?', *Ars Aequi* 2001, 9, p. 639-641; F. van Laanen, 'Levenslange gevangenisstraf in het sanctiestelsel van de eenentwintigste eeuw', in: Groenhuijsen & Simmelink 2003, p. 411-431; en H.K. Elzinga & W.F. van Hattum, 'Het wetsontwerp voorwaardelijke invrijheidstelling en de levenslange gevangenisstraf', *NJB* 2006, p. 1302-1307.

te van de westerse wereld; tegenwoordig is hier geen sprake meer van en zijn we een 'goede' middenmoter.

Een tweede voorbeeld is de verlenging en de afschaffing van verjaringstermijnen.[109] Hierbij wilde de wetgever aanvankelijk zelfs zo ver gaan om reeds verstreken termijnen te heropenen, een ingreep die op gespannen voet staat met het legaliteitsbeginsel en daarom uiteindelijk niet is doorgevoerd.[110]

De straffen zijn niet alleen langer geworden, daar komt nog bij dat ook het detentieregiem is verhard. Wie dertig jaar geleden had voorspeld dat we nu een extra beveiligde inrichting (EBI) zouden hebben en meerdere mensen op één cel plaatsen, zou waarschijnlijk óf niet zijn geloofd, óf voor grote pessimist zijn uitgemaakt.

Een volgend teken van verharding is de opzienbarende verschuiving van strafrechtelijke aansprakelijkheid naar het voorveld van de schadelijke handeling. Nog maar dertig jaar geleden moesten we het doen met de poging en deelneming als onvolkomen delictsvormen en met een zeer beperkt aantal situaties van strafbare samenspanning (steeds betrekking hebbend op het voortbestaan en functioneren van vitale organen van de Nederlandse staat).[111] Artikel 10a Opiumwet – de strafbaarstelling van delicten met betrekking tot harddrugs – werd vrij algemeen beschouwd als een echte uitzondering op strafrechtelijke beginselen die de moeite van het respecteren waard zouden zijn. In 1994 werd niettemin een algemene strafbaarstelling van voorbereidingshandelingen geïntroduceerd (artikel 46 Sr).[112] Vanuit de strafrechtswetenschap werd deze verruiming van de aansprakelijkheid in het algemeen zeer kritisch ontvangen.[113] Maar de uitbreidingen gingen door.[114] Aan artikel 140 Sr – de strafbaarstelling van het deelnemen aan een criminele organisatie – werd in de prak-

109 Wet van 16 november 2005, Stb. 595.

110 Vgl. M.S. Groenhuijsen, 'Verlenging of afschaffing van verjaringstermijnen in het strafrecht. Over rechtspolitieke afwegingen en rechtsstatelijke beperkingen', *DD* 2002, p. 813-822.

111 Buruma 2003 en H.G. van der Wilt, 'Ontwikkeling van nieuwe deelnemingsvormen. Ben ik mijn broeders hoeder?', *DD* 2007, 2, p. 138-183 met uitvoerige literatuurverwijzingen.

112 Dat wil zeggen: bij alle delicten waarop een wettelijk strafmaximum van acht jaar of meer staat. Zie hieromtrent G.A.M. Strijards, *Strafbare voorbereidingshandelingen*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1995.

113 Vgl. M. Rutgers, *Strafbaarstelling van voorbereidingshandelingen. Een onderzoek naar de grenzen van het strafrecht* (diss. Leiden), Arnhem: Gouda Quint 1992; en P. Smith, *Strafbare voorbereiding: een rechtsvergelijkend onderzoek* (diss. Groningen), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2003.

114 Zie ook De Hullu 1993; en Buruma 2003, p. 71.

tijk een invulling en toepassing gegeven die dertig jaar geleden door niemand was voorzien.[115] In het kader van de implementatie van Europese regelgeving inzake de bestrijding van terrorisme werd artikel 140a Sr toegevoegd, met een strafbaarstelling van deelneming aan een organisatie die tot oogmerk heeft het plegen van terroristische misdrijven.[116] In de Wet terroristische misdrijven van 2004 zijn niet minder dan 24 nieuwe delictsomschrijvingen omtrent samenspanning opgenomen.[117] In vergelijking met drie decennia geleden is het ook opvallend dat het strafvorderlijk optreden van de overheid verder naar voren is verschoven. In de jaren '80 was de mantra nog dat strafvordering begint in geval van verdenking (een redelijk vermoeden) dat een delict is gepleegd (artikel 27 Sv); thans kennen we begrippen als 'vroegsporing' en 'verkennend onderzoek', waarbij laatstgenoemde term zelfs in het wetboek zijn beslag heeft gekregen (vergelijk artikel 132a Sv, artikel 126gg Sv).[118]

De conclusie is duidelijk. De grote lijn is onmiskenbaar dat er méér strafrecht is gekomen, ingewikkelder strafrecht, en harder strafrecht. In de literatuur is dit verschijnsel theoretisch verklaard door de sterk toegenomen maatschappelijke behoefte aan veiligheid. Als veiligheid het uiteindelijke doel wordt van strafrechtstoepassing, wordt het rechtsstelsel op een geheel andere manier ingezet dan tot voor kort het geval was.[119] Die ontwikkeling is niet zonder risico's.[120]

115 Zie M.J.H.J. de Vries-Leemans, *Art. 140 Wetboek van Strafrecht. Een onderzoek naar de strafbaarstelling van deelneming aan misdaadorganisaties* (diss. Tilburg), Arnhem: Gouda Quint 1995.

116 Wet terroristische misdrijven (Wet van 24 juni 2004, Stb. 290, i.w.tr 10 augustus 2004).

117 Zie hieromtrent J.M. Lintz, 'Samenspanning in de Wet terroristische misdrijven', *DD* 2005, 79, p. 1130-1148; en idem, *De plaats van de Wet terroristische misdrijven in het materiële strafrecht: een onderzoek naar de wederzijdse beïnvloeding door de Wet terroristische misdrijven en het Wetboek van Strafrecht en enkele bijzondere wetten* (diss. Rotterdam), Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2007.

118 Het verkennend onderzoek (artikel 126gg Sv) dient ter voorbereiding van opsporing bij 'feiten en omstandigheden' die 'aanwijzingen' opleveren dat binnen verzamelingen van personen ernstige misdrijven worden beraamd of gepleegd.

119 Zie vooral Hans Boutellier, *De veiligheidsutopie. Hedendaags onbehagen en verlangen rond misdaad en straf*, 's-Gravenhage: Boom Juridische uitgevers 2002; idem, *Meer dan veilig. Over bestuur, bescherming en burgerschap*, 's-Gravenhage: Boom Juridische uitgevers 2005; M.J. Borgers, *De vlucht naar voren*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2007; en R.W. van Zuijlen, *Veiligheid als opdracht: een onderzoek naar veiligheid als fundamenteel recht en als positieve verplichting van de staat in het licht van de politietaak tot strafrechtelijke rechtshandhaving* (diss. Rotterdam), Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2008.

120 Dat kan in deze bijdrage niet worden uitgewerkt. Zie Y. Buruma, *Veiligheid door repressie: emotie of verstand?*, WODC-lezing 2003, 's-Gravenhage: WODC 2003;

→

9 Terrorisme

De veiligheid is natuurlijk bij uitstek in het geding als het gaat om de dreiging van het moderne terrorisme. 11 september 2001 heeft ook de wereld van het strafrecht veranderd. Onder de indruk van de religieus geïnspireerde aanslagen zijn met grote vaart internationale afspraken gemaakt omtrent maatregelen die de dreiging het hoofd moeten bieden. Vervolgens is de nationale regelgeving dienovereenkomstig aangepast. In de vorige paragraaf is al vermeld dat de 'Wet terroristische misdrijven' een nieuw artikel 140a Sr heeft gebracht, alsmede een grote reeks samenspanningsdelicten. Op strafprocessueel niveau heeft de strijd tegen het terrorisme ook geleid tot zeer ingrijpende aanpassingen. Wij volstaan opnieuw met enkele voorbeelden: opsporingsbevoegdheden kunnen op ruimere schaal worden toegepast, bewaring (zoals bekend een vorm van voorlopige hechtenis) is mogelijk bij een lagere graad van verdenking dan bij 'gewone' ernstige misdrijven, en verdachten kan op royale schaal de kennisneming van processtukken worden onthouden.[121] De officier van justitie kan voorts gebieden aanwijzen als tijdelijke risicoplekken (voor 12 uur) waar dan preventief onderzoek van voorwerpen, vervoermiddelen en kleding mogelijk is (artikel 126zk e.v. Sv). Nog één ander voorbeeld uit vele: de politie krijgt risicogebieden aangewezen, zoals havens en stations, waar preventief mag worden gefouilleerd (artikel 126zk lid 4 Sv). Ook deze maatregelen zijn in de literatuur op z'n minst omstreden.[122]

Er is reden voor grote zorg over deze legislatieve ontwikkeling.[123] Aan de ene kant kan nauwelijks worden ontkend dat het strafrecht een rol moet spelen bij het tegengaan van terroristische aan-

en idem, *De dreigingsspiraal. Onbedoelde effecten van misdaadbestrijding*, 's-Gravenhage: Boom Juridische uitgevers 2005.

121 Zie nader T. Kooijmans & J.B.H.M. Simmelink, 'Het recht op kennisneming van de processtukken in het Wetsvoorstel tot verruiming van de mogelijkheid tot opsporing en vervolging van terroristische misdrijven', *DD* 2006, 79, p. 1107-1126.

122 Zie o.a. T.A. de Roos, 'Terrorismebestrijding langs de randen van het strafrecht', in: R.H. Haveman e.a. (red.), *Langs de randen van het strafrecht*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2004, p. 129-140; T.A. de Roos, 'Terrorisme en strafrecht', in: F.J. Buijs e.a. (red.), *Radicalisering*, Amsterdam: Forum 2006; P.H.P.H.M.C. van Kempen, 'Terrorismebestrijding door marginalisering strafvorderlijke waarborgen', *NJB* 2005, p. 397-400.

123 Vergelijk ook Herman van Gunsteren, *Gevaarlijk veilig. Terreurbestrijding in de democratie*, Amsterdam: Van Gennip 2004; Anton Vedder e.a., *Van privacyparadijs tot controlestaat? Misdaad- en terreurbestrijding in Nederland aan het begin van de 21ste eeuw*, 's-Gravenhage: Rathenau Instituut 2007.

slagen. Maar aan de andere kant blijkt het dan erg moeilijk te zijn om maat te houden. Vrijwel overal waar strafrechtelijke instrumenten worden ingezet tegen (dreigend) terrorisme is een zekere militarisering van het strafrecht waarneembaar. De politie en andere diensten krijgen zeer royale bevoegdheden, die vaak kunnen worden uitgeoefend op basis van criteria die een grote ruimte tot discretionaire beoordeling door de individuele ambtenaar bieden. Daar komt bij dat de noodzakelijk geachte bevoegdheden eigenlijk alleen voor noodsituaties onvermijdelijk zijn, maar in het geldende recht vrijwel automatisch worden vormgegeven op een wijze die permanente inzet mogelijk maakt. Paradoxalerwijs zal zelfs dit omvangrijke tableau van nieuwe wettelijke mogelijkheden nog niet het beschermingsniveau bieden dat daarvan in theorie wordt verwacht. Terrorisme en de bestrijding daarvan zijn uiterst gecompliceerde verschijnselen.[124] Strafrecht is daarbij zeker een relevant instrument, maar het is evident dat ook buiten de traditionele organen van de strafrechtspleging allerlei instanties een eigen verantwoordelijkheid hebben. Eigen verantwoordelijkheid impliceert ook daar weer eigen bevoegdheden. En eigen belangen. Hoewel Nederland al langere tijd een nationale coördinator terrorismebestrijding heeft, is het de vraag of alle betrokken overheidsdiensten op dit moment precies weten wat ze van elkaar mogen verwachten en mogen vragen in geval van (dreigende) incidenten.

Wij durven de voorspelling aan dat wanneer (dus niet: áls) Nederland wordt getroffen door een serieuze terroristische aanslag, onder het huidige politieke gesternte per direct een totale heroverweging zal worden aangekondigd van het bereik van het strafrechtelijk systeem. De Amerikaanse 'Patriot Act'[125] zou een afschrikwekkend voorbeeld moeten zijn van een richting die wij nooit mogen kiezen, maar gevreesd moet worden dat dit afwijzende standpunt in Nederland alleen overeind blijft bij de gratie van de omstandigheid dat wij nog niet zijn getroffen door daden waarbij grote aantallen landgenoten het leven hebben verloren.

124 Dat wordt geïllustreerd door de verschillende bijdragen aan E.R. Muller, U. Rosenthal & R. de Wijk (red.), *Terrorisme: studies over terrorisme en terrorismebestrijding*, Deventer: Kluwer 2008.

125 Uniting and Strengthening America by Providing Appropriate Tools Required to Intercept and Obstruct Terrorism Act of 2001 (Public Law 107-56), door het Congres aangenomen in 2003.

10 Tot besluit

Evenmin als de rechtsontwikkeling van de afgelopen drie decennia in enkele paragrafen met grote diepgang kan worden weergegeven, is het mogelijk om de voorafgaande beschouwingen met een enkelvoudige conclusie af te ronden. De verschillende paragrafen hebben aangetoond dat het strafrecht gedurende de afgelopen drie decennia sterk in beweging is geweest. Bij alle veranderingen is er ook veel hetzelfde gebleven. Sommige wezenlijke vraagstukken zijn immers van alle tijden, en daarmee zal ook in de toekomst worden geworsteld. Daarbij kan men bijvoorbeeld denken aan de beperkte mogelijkheden van de wetgever om menselijk gedrag echt te beïnvloeden door het dreigen met – of het opleggen van – strafrechtelijke sancties. Het is al winst als de wetgever zich permanent van de beperkingen van zijn sturende kracht bewust is. Een ander voorbeeld betreft de constante opdracht om een redelijk evenwicht – hoe moeilijk meetbaar ook in abstracto – na te streven tussen de repressieve taken van de overheid en het behoud van voldoende burgerlijke vrijheden.[126] Dit zijn themata die per definitie altijd op de agenda zullen blijven.

Dit brengt ons op een volgend punt dat in een overzicht van dertig jaar strafwetgeving en strafrechtspleging niet mag ontbreken: de verhouding tussen de strafrechtswetenschap en de praktijk. Die relatie vertoont bijna intrinsiek een zekere spanning. Politici en ambtenaren die het strafrechtelijk beleid vorm geven hebben nu eenmaal de taak om handelend op te treden; wetenschappelijke onderzoekers zijn aangesteld om dit handelen vooral kritisch te volgen en altijd de vraag op te werpen of het niet beter of anders kan. Die 'natuurlijke' spanning kan evenwel ook ongezonde en ongewenste proporties aannemen. Daarvan was naar ons oordeel sprake in grofweg de eerste helft van het hier behandelde tijdvak. In 1993 werd bijvoorbeeld in diverse publicaties de totaal verstomde dialoog tussen de universiteiten enerzijds en het departement van justitie anderzijds aan de kaak gesteld.[127] Later is de situatie weer genormaliseerd.[128] Het lijkt

126 Dit thema is het meest uitgewerkt in een van de belangrijkste boeken uit de hier behandelde periode, R. Foqué & A.C. 't Hart, *Instrumentaliteit en rechtsbescherming. Grondslagen van een strafrechtelijke waardendiscussie*, Arnhem/Antwerpen: Gouda Quint/Kluwer Rechtswetenschappen 1990.

127 Zie vooral De Hullu, p. 57 en 59; en M.S. Groenhuijsen, 'Materiële dogmatiek en de modernisering van het strafrecht', in: M.S. Groenhuijsen, G.E. Mulder & J. Remmelink (red.): *De schets nader bekeken (liber amicorum W. Nieboer)*, Arnhem: Gouda Quint 1992, p. 2-6.

ons van het grootste belang dat het debat over de inhoud van het straf(proces)recht zo levendig mogelijk wordt gevoerd. Juist verschillen van inzicht vormen op de lange termijn de motor van de rechtsontwikkeling.

Daarmee keren we terug bij de hiervoor in paragraaf 1 geformuleerde vragen waarop wij in deze bijdrage een antwoord trachtten te formuleren. Zonder die vragen hier woordelijk te herhalen en één voor één te beantwoorden – het hiervoor gegeven overzicht is daarvoor te omvangrijk – kunnen wij stellen dat de Nederlandse strafwetgeving de afgelopen drie decennia een grote ontwikkeling heeft doorgemaakt die overwegend kan worden gekenschetst in termen van instrumentaliteit. De wetgever heeft de justitiële autoriteiten zowel op het terrein van het materiële strafrecht (bijvoorbeeld door de uitbreiding van strafbaarheid naar de fase voorafgaand aan het plegen van het eigenlijke delict, maar ook door onder meer de hierboven niet aan de orde gestelde uitbreidingen van jurisdictie onder invloed van het universaliteitsbeginsel) als op het gebied van het strafprocesrecht (door onder meer het creëren van opsporingsbevoegdheden die kunnen worden ingezet voordat sprake is van een verdenking dat een strafbaar is begaan, en door bijvoorbeeld het creëren van bevoegdheden om op te treden tegen terroristische activiteiten) een zeer uitgebreid en algemeen instrumentarium verschaft dat eind jaren '70 van de vorige eeuw als een waar schrikbeeld zou zijn ontvangen, niet alleen in de strafrechtswetenschap maar vermoedelijk ook in de toenmalige maatschappij.

Als het gaat om de normering van de strafrechtspleging, ligt ook in 2010 het primaat nog bij de wetgever, en niet bij bijvoorbeeld het openbaar ministerie, hoewel niet ontkend kan worden dat van het gebruik door het openbaar ministerie van zogenaamde strafvorderingsrichtlijnen een normerende werking uitgaat op (het opsporingsbeleid van) de politie en (de straftoemeting door) de rechterlijke macht. Ook alternatieve vormen van regulering hebben in de volle breedte van het strafrecht nooit echt ingang gevonden.[129]

Wat betekent het voorgaande nu voor, wat zou kunnen worden aangeduid als, de 'lerende kracht' van de strafwetgever? Om die

128 Wel wijzen wij nog op de 'Open brief aan de minister van justitie', *NJB* 2002, p. 1609-1610, waarin een aantal verontruste strafrechtswetenschappers en criminologen het justitiebeleid van de hand wezen; en op Maurits Barendrecht, 'Het zwijgrecht van de strafrechtgeleerden', *NJB* 2002, p. 1729, die de schrijvers van de brief de mantel uitveegt.

129 Vgl. J.L. de Wijkerslooth, *De betekenis van alternatieve regelgeving in het strafrecht* (preadvies Nederlandse Juristen Vereniging 2007), Deventer: Kluwer 2007.

vraag te kunnen beantwoorden, zou iedere specifieke strafrechtelijke wetswijziging afzonderlijk maar ook in samenhang met andere wetswijzigingen moeten worden geanalyseerd en zouden de effecten van die wetswijzigingen na verloop van tijd ook moeten worden geëvalueerd om vervolgens te onderzoeken welke gevolgtrekking de wetgever aan de evaluatie verbindt. Zo kan de vraag rijzen of de wetgever aan een evaluatie die leidt tot de conclusie dat bepaalde strafwetgeving haar doel niet heeft bereikt, er verstandig aan doet om het bereik van de wet verder uit te breiden (zoals in het geval van de ontnemingswetgeving).[130] Voor een aantal wetswijzigingen, bijvoorbeeld op het terrein van het terrorisme, is de vraag naar het lerend vermogen van de wetgever wellicht zelfs nauwelijks relevant omdat hij (de wetgever) eenvoudigweg gehouden is de door het internationale en Europese recht voorgeschreven normen te implementeren in de nationale wetgeving. Voor zover de wetgever autonoom – daarmee bedoelen wij: onafhankelijk van hiërarchisch hogere regelgeving zoals het Europese recht – kan optreden, komt op het terrein van het strafrecht veel gewicht toe aan het vigerende politieke klimaat. De voorbije dertig jaar – het laatste decennium in het bijzonder – geven een 'verrechtsing' van het politieke klimaat te zien. Hoewel voor de vraag naar de invloed van deze politieke verschuiving op de strafwetgeving zou moeten worden aangeknoopt bij iedere wetswijziging afzonderlijk, lijkt het niet te gewaagd te veronderstellen – gelijk wij hiervoor deden – dat in het algemeen sprake is van een zekere instrumentalisering van het strafrecht. Het zal niet op toeval berusten dat nogal wat strafrechtelijke waarborgen die de verdachte rechtsbescherming zouden moeten bieden tegen de overheid de voorbije decennia ook voor Nederland vanuit Straatsburg – de vestigingsplaats van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens – moesten worden ingevlogen.

130 Vgl. C.D. Schaap, *Evaluatie grote ontnemingszaken*, Capelle aan den IJssel 2004.