

Strafblad 2007, 2 pag 173

De marginalisering van de verdediging: van verdedigingsbelang naar noodzaakcriteriumⁱ

Lian Mannheims

Ik geef u in mijn lezing aan hoe de strafrechtadvocatuur tegen de ontwikkelingen in het strafrecht aankijkt, vanuit het perspectief van de verdachte, of misschien wel vanuit het perspectief van rechtsbescherming.

Om maar te beginnen met een open deur. Er zijn goede rechters, OM-ers en advocaten, maar helaas zijn er ook minder goede exemplaren te vinden in de drie beroepsgroepen. Rechtspraak blijft mensenwerk en bij mensenwerk- zo u wilt bij ieder werk - moeten beveiligingsmechanismen worden ingebouwd zodat fouten kunnen worden voorkomen of, indien ze toch gemaakt worden kunnen worden hersteld. Die beveiligingsmechanismen worden steeds verder afgebroken en dat is een gevaarlijke ontwikkeling.

De Wet Stroomlijning past in deze ontwikkeling. Het is een mijns inziens overbodige wetswijziging, die schade kan toebrengen aan het toch al tanend aanzien van de strafrechtspleging. Eens per jaar organiseer ik samen met rechtbank en parket Amsterdam een bijeenkomst. Eind 2005 was het onderwerp 'Het tanend aanzien van de strafrechtspleging?' Met vraagteken. Uit onverdachte hoek, rechters en officieren kreeg ik opmerkingen in de trant van 'waarom heb je dat vraagteken erbij gezet` De conclusie van die avond was dat het vraagteken kon worden weggestreept.

De nadruk op productie, management, efficiency in de afgelopen jaren heeft consequenties gehad voor de kwaliteit van de rechtspraak, daar is vriend en vijand het over eens. Dat geldt zeker voor de eerste lijn. De hoge productiedruk werkt kwaliteitsverlies per definitie in de

hand. Officiëren en rechters die nauwelijks tijd hebben zaken grondig voor te bereiden. Nieuwe rechters die onvoldoende worden ingewerkt voordat ze – te snel - als politierechter mogen fungeren. Lopendebandwerk in plaats van maatwerk.

Met alle respect voor de 1^{ste} lijn, maar er worden soms vonnissen gewezen waar je verstand bij stil staat. Ik slááp er soms letterlijk niet van. Een rechter die heling van goederen bewezen verklaart, terwijl de goederen op het moment van de vermeende heling nog helemaal niet geproduceerd zijn. Bewezenverklaring van uitvoer van drugs, terwijl het dossier en dus ook de latere bewijsconstructie niet één bewijsmiddel hiervoor bevat. De rechtbank draait er zijn hand niet voor om en veroordeelt de verdachte tot een langdurige gevangenisstraf. Een politierechter die zich er niet voor schaamt in zijn mondelinge uitspraak te melden: 'Ik ben het met uw advocaat eens dat er geen wettig bewijs is, maar ik heb zelf wél de sterke overtuiging dat u het feit begaan heeft.' en de verdachte onvervroren veroordeelt. Dat zijn maar enkele voorbeelden uit mijn eigen praktijk. Ik zou er meer kunnen noemen. Ik zuig het niet uit mijn duim, het komt allemaal voor. Het zal u niet verbazen dat de verdachten in deze zaken in hoger beroep alsnog werden vrijgesproken. Een vol beroep is daarom méér noodzakelijk dan ooit.

Moet het aantal appels worden teruggedrongen? Nee.

Het is van groot belang in een democratische rechtstaat dat rechtspraak geaccepteerd wordt, óók en juist als je in het ongelijk wordt gesteld. Maar die acceptatie is niet vanzelfsprekend en moet verdiend worden. Een onheuse bejegening, een rechter die door de vraagstelling laat blijken zich onvoldoende in het dossier te hebben verdiept, een rechter die bij voortduring laat blijken dat het allemaal te lang duurt, het afwijzen van in de visie van de verdediging belangrijke getuigen, ongeïnteresseerd luisteren naar het pleidooi van de advocaat, een bewijsconstructie die geen hout snijdt: het zijn omstandigheden waardoor

een uitspraak niet wordt geaccepteerd, waardoor het vertrouwen in de rechtstaat een deuk oploopt.

Komt het voor dat cliënten zich onheus, onverschillig of partijdig behandeld voelen. Ja.

Komt het vaak voor dat in hoger beroep andere beslissingen worden genomen dan in eerste instantie? Ja, dat komt relatief vaak voor. Alleen al in de praktijk op mijn kantoor is de score hoog, ten gunste van de cliënt wel te verstaan. Dan zou ik me nu op de borst kunnen kloppen en zeggen, dat komt door ons, maar dat is toch niet helemaal waar.

In hoger beroep is per definitie meer 'rust'. Pers en publieke opinie hijgen wat minder in de nek, er is meer ruimte voor een grondige behandeling, getuigen kunnen of moet ik zeggen konden opnieuw worden gehoord of nieuwe getuigen kunnen, wanneer je op tijd bent, voor het eerst worden gehoord. De verdachte kiest voor een andere proceshouding en de kwaliteit van de gemiddelde raadsheer ligt hoger dan die van de gemiddelde rechter in eerste aanleg, de goeden en de slechten uiteraard uitgezonderd. Er zijn repressieve rechters met een onwelwillende grondhouding jegens verdachten. Er zijn rechters met een ongezond en onprofessioneel gebrek aan nieuwsgierigheid. Meestal gaan deze eigenschappen overigens samen. Een dergelijke houding is vaak terug te vinden in beslissingen op verzoeken van de verdediging en in vonnis of arrest.

Ik kom thans op het eigenlijke onderwerp: de terugdringing van het verdedigingsbelang ten gunste van het noodzaakcriterium.

Noodzaak en verdedigingsbelang.

Mr. G. Haverkate relativeert in zijn voordrachtⁱⁱ de gevolgen van het oprukken van het noodzaakcriterium. Maar wat ik niet heb gehoord is de algehele verschraling van de positie van de verdediging. Het wordt de advocaat steeds moeilijker gemaakt om recht te doen aan

het verdedigingsbelang. Kennelijk leeft bij de wetgever de gedachte dat de advocatuur er slechts op uit is zand in de machine te gooien, hetgeen zoveel mogelijk uitgebannen moet worden. Natuurlijk zal het voorkomen. Maar wetgeving moet niet worden gebaseerd op incidenten. Ik heb dit over mezelf ook in de krant kunnen lezen enige jaren geleden. Een hoofdofficier meldde dat ik uitsluitend om zand in de machine te gooien een zeer groot aantal getuigen wilde horen. Hij vergat daarbij te vermelden dat het opsporingsonderzoek zó belabberd was uitgevoerd onder leiding van één van zijn officieren, dat het horen van die getuigen strikt noodzakelijk was in het belang van de verdediging. Zó komen dit soort verhalen in de wereld.

Een klein, niet uitputtend overzicht van de verschraving van de positie van de verdediging. Ik beperk mij tot de getuigen.

1. mini-instructie

De invoering van de mini-instructie heeft in de praktijk geleid tot het vrijwel afschaffen van het GVO. Bij de invoering van de mini-instructie heeft de wetgever het bezwaar ex art. 208 lid 3 Sv niet van overeenkomstige toepassing verklaard. Dit betekent dat de RC getuigen kan weigeren zonder dat tegen deze beslissing een rechtsmiddel kan worden aangewend.

Een nadeel van verhoren door de RC, soms overigens een voordeel, is dat de zittingsrechter niet de gelegenheid heeft een eigen indruk van de getuige te krijgen. Eveneens is een nadeel dat het de verdachte in de praktijk vrijwel nooit wordt toegestaan bij de verhoren aanwezig te zijn.

2. Oproepen van getuigen ter zitting

Heeft de RC getuigen afgewezen dan kan de advocaat een nieuwe poging bij de rechtbank wagen, maar dan wel minimaal 10 dagen voor de eerste zitting om het verdedigingsbelang veilig te stellen. Dan houd je die termijn toch aan, zou je denken, maar zo eenvoudig is het niet.

Want wat is veelal de praktijk? Bij zaken van enige omvang loop je stevast tegen voorlopige hechtenis en dus tegen één of meer pro formazittingen aan. Het opsporingsonderzoek is ten tijde van de eerste zitting nog bij lange na niet afgerond en nieuwe stukken komen ook daarna nog binnen. Het opsporingsonderzoek wordt vaak pas afgerond tegen de tweede of derde pro formazitting. Tussentijds worden getuigen door de RC gehoord. U weet, getuigenverklaringen kunnen nieuwe vragen en nieuwe getuigen genereren.

Toch geldt sinds 1998 het verdedigingsbelang uitsluitend wanneer de advocaat 10 dagen voor de eerste zitting getuigen opgeeft. De bedoeling was dat het verdedigingsbelang zou gelden tot en met de regiezitting. Daar ging ook de Raad voor de Rechtspraak van uit, maar die bedoeling is uiteindelijk niet in het wetboek terechtgekomen.

Het wettelijk systeem gaat dus uit van een niet bestaande praktijk, waarin eerst onderzoek wordt gedaan en pas na sluiting daarvan wordt overgegaan tot dagvaarding en zitting. In gedetineerdzaken werkt het vrijwel nooit zo. De niet gedetineerde verdachte is beter af, mits hij een actieve, gespecialiseerde advocaat heeft, natuurlijk. Het wrange is dat naar mijn stellige overtuiging de voorlopige hechtenis

in Nederland, zeker in de afgelopen 10 jaar te snel, te vaak en te lang wordt bevolen. (dit wordt sinds 2004 nog meer in de hand gewerkt doordat gevangenhouding voor 90 dagen mogelijk is)

Loop je al niet tegen pro formazittingen aan omdat het onderzoek nog niet is afgerond, is er veelal wel een ander probleem. Politie en OM hebben er een handje van pas op een zeer laat moment nieuwe stukken te produceren of toe te voegen aan het dossier. Het komt daarbij veelvuldig voor dat verzuimd wordt de raadsman deze stukken spontaan toe te zenden. Alleen door inzage ter griffie komt de advocaat er achter dat zijn dossier een geringere omvang heeft dan het exemplaar van de rechtbank. De inzagetermijnen liggen echter veelal binnen de 10 dagen. Gevolg: weg verdedigingsbelang.

Een van mijn stellingen is dat de wetgever de advocaat helderziende gaven toedicht die hij niet heeft. Dit is zo'n staaltje wetgeving. Aan de verdediging wordt de onmogelijke eis gesteld getuigen op te geven op een moment dat dit nog helemaal niet kan. Daarom zie ik maar één reden voor deze wetswijziging: meer ruimte voor de rechter verzoeken af te wijzen doordat het noodzaakcriterium ruim baan krijgt, minder ruimte voor de verdediging deze af te dwingen. Dat leidt tot het verlies van het verdedigingsbelang in een veel te vroeg stadium.

Is dat erg? Ja.

De ene rechtbank hanteert het noodzaakcriterium zeer strikt, een andere rechtbank is milder en beoordeelt ook 'tardieve' verzoeken op het verdedigingsbelang. Er zijn rechters die het noodzaakcriterium zó lijken uit te leggen dat zo min mogelijk getuigen worden gehoord, kennelijk ingegeven door de efficiencygedachte. Nagaan of een getuige in het licht van het EVRM moet worden gehoord. Zo neen, afwijzen. Anderen rekken het noodzaakcriterium op. Je zegt formeel noodzaak en je kijkt materieel naar het verdedigingsbelang, aldus een ervaren rechter.

Hoe dit ook zij, tegen een afwijzing van een getuige door de rechter, valt pas in hoger beroep te klagen.

De macht van de rechter en het OM wordt steeds groter ten koste van de verdediging. De verdediging wordt daardoor steeds afhankelijker van de professionaliteit en/ of welwillendheid van de andere procespartijen.

3. Verhoor van de getuige

Is een getuige al bij de RC of op zitting, dan komt het voor dat vragen van de verdediging belet of afgekapt worden. 'is al gevraagd', 'heeft de getuige al beantwoord', 'niet relevant', 'wilt u het kort maken', 'u mag nu nog 1 vraag stellen' enzovoorts. Ook zijn er getuigen die zich – anders dan bij de politie - op hun verschoningsrecht beroepen en helemaal niets meer willen verklaren. Het ondervragingsrecht wordt in beide situaties geweld aangedaan. Ook voor deze situatie geldt dat de advocaat geen rechtsmiddel ter beschikking staat om vol van het ondervragingsrecht gebruik te kunnen maken.

4. Hoger beroep

In hoger beroep is het al niet veel beter.

Kon de verdediging vroeger voor de zitting en ná bestudering van het uitgewerkte vonnis getuigen opgeven met behoud van het verdedigingscriterium, sinds een paar jaar jaren moeten die binnen 14 dagen na het instellen van appel worden opgegeven, op straffe van het verval van het verdedigingsbelang. Het uitgewerkte vonnis is er niet, je weet niet hoe de bewijsconstructie is opgebouwd en je moet op je gevoel aangeven welke wensen je hebt in hoger beroep. Gevolg, om geen enkel recht te verspelen geef je noodgedwongen alle mogelijke getuigen op die in de zaak voorkomen en mogelijk van belang kunnen zijn in hoger beroep. Daar moet dan eerst weer over gebakkeleid worden op zitting, er vallen er een paar af, maar het netto resultaat is dat de verdediging zekerheidshalve eerder te veel dan te weinig getuigen of onderzoekswensen opgeeft. Zinloze tijdverspilling, in de eerste plaats voor de advocaat, maar ook voor het OM en het hof.

De achterliggende gedachte is – als ik het mij goed herinner – dat de verdediging goed moeten nadenken alvorens hoger beroep in te stellen en bijkomend voordeel is dat hof en OM weten waar het appel zich in het bijzonder tegen richt. Dit zijn gedachten van technocraten, gespeend van iedere praktijkervaring. Ik durf de stelling aan dat niemand lichtvaardig in beroep gaat. Er wordt gewikt en gewogen: nadelen en risico's die aan het appel verbonden zijn – nog langere onzekerheid, een zwaardere straf – daar tegenover de kansen op een beter resultaat. Bij de eerder aangehaalde vonnissen hoef je geen seconde na te denken, maar vaak bevind je je in een grijs gebied. Wettig bewijs is er, het hangt op de overtuiging. Wat te doen? De appelschriftuur maakt die afweging niet anders. Ik geloof niet dat het fenomeen 'chicaneuze appellen' een probleem is.

Heeft dit stelsel er toe geleid dat minder hoger beroep wordt ingesteld. Geen idee, maar ik denk het niet. Wat mijzelf en mijn kantoorgenoten betreft: zeker niet. Wel zal gelden dat in veel gevallen geen appelschriftuur is ingediend. Denk aan de verdachte zonder advocaat, de verdachte die - boos over het resultaat bij de rechtbank - een andere raadsman zoekt of de verdachte die een slechte advocaat heeft. Weg verdedigingsbelang. Je zou het moeten turven maar ongetwijfeld is het aantal verzoeken dat sinds de invoering van deze wetswijziging werd afgewezen dank zij het noodzaakcriterium verhoogd.

Al gehoorde getuigen in eerste instantie.

Een andere vergaande beperking voor de verdediging is het toepassen van het noodzaakcriterium voor getuigen die al in eerste instantie zijn gehoord door de RC of de rechtbank, ook al zijn ze in de appelschriftuur vermeld. (art. 418 lid 2 Sv) 'Om zinloze herhaling te voorkomen'. De Hoge Raad heeft afwijzingen van herhaalverzoeken ook voordien gesanctioneerd wanneer niet te verwachten was dat de getuigen op wezenlijke punten anders zouden verklaren dan zij al hadden gedaan en de verdediging in de gelegenheid was geweest vragen te stellen. Maar wanneer is een herhaling zinloos en is het

wel een herhaling? Als de advocaat sterke twijfels heeft aan de betrouwbaarheid van getuigen en verklaringen voor het bewijs zijn gebruikt, is een herhaling dan zinloos? Is het niet goed dat de rechter in hoger beroep zich uit eigen waarneming een oordeel kan vormen over deze getuigen? Als advocaat, als raadsheer of AG hebben we toch allemaal de ervaring dat getuigen soms in tweede instantie door de mand vallen. Bovendien, het zij herhaald, niet iedere advocaat is een topadvocaat, niet iedere rechter is een toprechter. Vragen die gesteld hadden moeten worden door de advocaat, zijn niet gesteld. Veel appellaten worden door een opvolgende raadsman behandeld. Die kan een andere verdedigingsstrategie hebben, die kan nadere of betere vragen aan de getuige hebben. Rechters kunnen de advocaat belemmeren in het ondervragingsrecht, zoals ik eerder aangaf. Kortom: er kan een belangrijk verdedigingsbelang gemoeid zijn bij het opnieuw ter zitting horen van al gehoorde getuigen.

Mr. Haverkate stelt dat voor een goede advocaat de noodzaakbarrière te nemen is. In ideale omstandigheden - een goede advocaat, een goede rechter - heeft hij gelijk, maar van die ideale omstandigheden is niet altijd sprake.

Cassatie

In cassatie is de beslissing tot afwijzing van getuigen vrijwel onaantastbaar. Mits het juiste criterium is gehanteerd en op de verzoeken begrijpelijk gerespondeerd is, al is het maar in één regeltje. Het valt op dat de Hoge Raad veel meer begrip voor de hoven kan opbrengen dan voor de verdediging. Een enkele keer wordt nog wel eens gecasseerd. Enige tijd geleden gebeurde dit in een zaak waarin “Meer en Vaart” getuigen waren opgegeven. Afwijzing daarvan werd onbegrijpelijk geoordeeld, ondanks dat het noodzaakcriterium terecht was gehanteerd. Ook maakte de HR zeer recent korte metten met de beslissing tot afwijzing van verzoeken onder het motto ‘te laat ingediend’, nu het verzoek na aanvang van de zitting was gedaan. Dat oordeel werd onjuist en wegens gebrek aan nadere motivering onbegrijpelijk

geoordeeld. Dat geeft de burger een beetje moed. Hieruit kan voorzichtig geconcludeerd worden dat HR toch nog enigszins inhoudelijk kijkt en de afwijzing van evident mogelijk belangrijke getuigen zal afstraffen.

Maar, ik ben en blijf wantrouwend. Het moet gezegd, ik ben getekend door mijn medewerking in de jaren negentig aan de SSR cursus ´Verweren in het strafrecht´. De titel van de cursus bleek de lading niet te dekken. Het ging niet om verweren in het strafrecht. De insteek was hoe die verweren op juiste wijze te verwerpen, zodat de beslissing in cassatie stand zou houden.

Conclusie van mijn overzicht is: de positie van de verdediging marginaliseert.

Verdedigingsbelang, noodzaakcriterium en art. 6 lid 1 en 3 EVRM

In cassatie is een afwijzing van een getuige vrijwel onaantastbaar, maar het EHRM tikte Nederland op de vingers in de zaak Bocos-Cuesta. (EVRM 10-11-2005) De verdachte in deze zaak wordt in twee instanties veroordeeld voor seksueel misbruik van 4 jongetjes tussen de 6 en 11 jaar. In beide instanties verzoekt de verdediging om het horen van de jongetjes. Dit wordt afgewezen. Bij hervatting van de zaak in hoger beroep gaat de advocaat van de verdachte akkoord met sluiting van het onderzoek en dient niet opnieuw een verzoek in tot het horen van de jongetjes. De cassatie werd verworpen, omdat er volgens de HR voldoende steunbewijs was om tot een veroordeling te komen.

Het EHRM oordeelt dat sprake is van schending van art. 6 lid 1 en 3 EVRM, nu de verdediging op geen enkel moment de jongetjes heeft kunnen horen en het bewijs in overwegende mate gebaseerd is op hun verklaringen. In een noot onder dit arrest concludeert Taru Spronken dat het EHRM meer lijkt te kijken naar het bewijs van daderschap, terwijl de Nederlandse rechter de bewezenverklaring van de tenlastelegging als geheel beoordeelt. Het steunbewijs – verklaringen dat verdachte rond de tijd van de

strafbare feiten in de speeltuin was gezien - werd door de HR geaccepteerd maar niet door het EHRM, nu dit niet was gericht op de strafbare feiten. Verder is deze uitspraak van belang omdat het EHRM er niet van uitgaat dat de raadsman afstand heeft gedaan van het horen van de jongetjes door dit niet opnieuw te vragen bij hervatting van de zaak in hoger beroep. In Nederland moet je voortdurend zeer actief en alert zijn als advocaat, anders wordt al snel aangenomen dat de verdediging zijn rechten heeft verspeeld. Het EHRM denkt hier, gezien deze zaak anders over en bekijkt of uitdrukkelijk van een recht is afgezien. Een hoopgevend arrest.

De rol van de advocaat- de positie van de verdachte.

Ik heb geen idee hoeveel mensen zonder advocaat ter zitting verschijnen. Het zal vooral voorkomen bij de kleinere vergrijpen waarvoor iemand niet gedetineerd zit. Denk ook aan de economische delicten. Ik kan het van harte eens zijn met raadsheer mr. R.E. de Winter: ´een eenvoudige economische strafzaak bestaat niet`. Ik ben nu al ruim 20 jaar advocaat, maar ik kan me nog steeds verbazen over de enorme hoeveelheid, veelal zeer gedetailleerde en soms bijna onbegrijpelijke wet- en regelgeving. De Europese wet- en regelgeving maken het er bepaald niet eenvoudiger op.

Kan iemand überhaupt nog zonder een goede, gespecialiseerde advocaat een strafzaak in? Dat kan wel, maar dan is de kans groot dat hij vermorzeld wordt tussen formele regelgeving en de eisen die de HR stelt aan de verdediging: zeer actief, een uitdrukkelijk onderbouwd standpunt dat voorzien moet zijn van ondubbelzinnige conclusies, geen algemene verwijzingen naar eerdere pleitnotities, de verplichting tot premature opgave van getuigen. Het is niet doenlijk voor een gewone burger om weet te hebben van al deze vereisten, laat

staan er aan te voldoen. Hij is geen partij meer voor het OM, voor zover hij dat ooit al geweest is.

Dit klemmt nu de HR zich meer en meer lijkt toe te leggen op rechtseenheid en minder op rechtsbescherming. Een schokkend voorbeeld gaf Prof. J.M. Reijntjes in zijn voordracht voor de NVSA in december 2006. Een verdachte wordt vrijgesproken van afpersing n.a.v. verklaringen van twee door hem verzochte alibiguigen. Het OM tekent hoger beroep aan. In hoger beroep vraagt niemand meer om de getuigen. Hun verklaringen worden door het hof terzijde geschoven en de verdachte wordt alsnog veroordeeld. De Hoge Raad vindt het goed. ‘Foutje van de advocaat’, had die maar om oproeping van deze getuigen moeten vragen.

Mijn stelling is dat bij zovél eisen de staat iedere verdachte die in hoger beroep gaat een gespecialiseerde raadsman zou moeten toevoegen.

De wetgever heeft kennelijk een blind vertrouwen in de professionaliteit en kwaliteit van de rechterlijke macht. Dat is mooi, maar niet helemaal reëel. Het is ook in tegenspraak met de constatering dat meer aandacht moet worden besteed aan de kwaliteit na jaren van managementdenken. Bovendien, te veel macht corrupteert. Het is de advocaat die bij uitstek kan bepalen wat in het belang van de verdediging dient te gebeuren. Het behoort niet aan de rechter te zijn die belangen grotendeels te bepalen.

ⁱ Aangepaste tekst van de voordracht op het symposium van het gerechtshof Amsterdam ‘veranderingen in het hoger beroep in strafzaken’ op 9 maart 2007.

ⁱⁱ Uitgesproken op hetzelfde symposium met als titel ‘van verdedigingsbelang naar noodzakelijkheid: de steeds smallere marges voor ‘onmiddellijkheid op bestelling.’