

# Eerlijkheid in geding

## over recht en fatsoen in strafzaken

### 1. Inleiding<sup>1</sup>

Het is niet eerlijk. Het is onfatsoenlijk. Het strijdt met het recht. Dit zijn uitdrukkingen die duidelijk maken dat er iets niet in de haak is. Er is een regel of norm geschonden. Geschreven of ongeschreven. Van moraal en fatsoen, of van recht (als die laatste al kan worden onderscheiden van het eerste).

Bij de opsporing en vervolging in de affaire Nienke Kleiss c.q. de zaak Kees Bosboom<sup>2</sup> was er veel niet pluis. Dat is blootgelegd in het indrukwekkende rapport van advocaat-generaal Posthumus<sup>3</sup>: beschreven wordt dat en hoe een *mis-carriage of justice* niet enkel in andere rechtssystemen kan voorkomen. Dit inzicht noopt tot grondig onderzoek naar de valkuilen in ons strafrechtelijk stelsel. Dat kan niet alleen een operatie zijn waarbij de formele rechtsregels worden onderzocht; het dwingt ook tot introspectie omtrent hoe individuen in dat systeem functioneren.

Het College van procureurs-generaal heeft naar aanleiding van aanbevelingen van mr. Posthumus een 'programma van verbeteringen' opgesteld, dat onder leiding van procureur-generaal Bolhaar voorjaar 2006 wordt ingevoerd.<sup>4</sup> Wij mogen hopen dat deze actie een bijdrage zal leveren aan het opschonen van een strafvorderlijk systeem dat zowel vanuit een oogpunt van waarheidsvinding als qua rechtsbescherming minder fraai is dan menig een denkt. Ik zal deze kritische opmerking toelichten op basis van het rapport Posthumus, wetgeving, rechtspraak en twintig jaar ervaring als strafadvocaat.

### 2. Het probleem: onvoldoende tegenspraak

De kern van wat er bij de opsporing, vervolging en berechting van Bosboom is misgegaan is dat er in alle fasen *onvoldoende tegenspraak werd uitgelokt, gegeven en geduld*. Enkele saillante voorbeelden uit het rapport Posthumus gebruik ik als opmaat voor commentaar.

#### 2.1 Tegenspraak bij politie: 'niet relevant'

Nadat Bosboom in 'gewone' verhoren onder druk had bekend, ontkennde hij in videoverhoren. Dat werd niet geloofd; er was bij verbalisanten een tunnelvisie van daderschap.

Bijgevolg werden niet alle ontkennende verklaringen aan het dossier toegevoegd. 'Niet relevant' volgens verbalisanten, die in het dossier ook de opmerking opnamen dat die verhoren niet waren 'uitgewerkt'. Mr. Posthumus ontdekte echter dat verbalisanten OM, ZM en verdediging hebben misleid: de verklaringen waren wél geverbaliseerd en ontkenningen zijn per definitie relevant (hoe vaak ook herhaald). Kortom: leugens in stukken met bewijsbestemming. Heet dat niet valsheid in geschrift?

Het is verbijsterend dat wij een strafvorderlijk stelsel hebben waarin het op die manier manipuleren van bewijsmateriaal mogelijk is; helemaal gezien de sacrosancte bewijsrechtelijke status van ambtsedige verballen en het veelal blinde geloof dat magistraten hebben in de juistheid van het gerelateerde. Het is daarom een gemiste kans dat mr. Posthumus zijn ontdekking niet inbedt in een krachtige verklaring dat het verballisanten nimmer vrijstaat welke selectie of (her)formulering dan ook aan te brengen in wat de gehoorde verklaart.<sup>5</sup> Het is immers niet *hun* verklaring (al hebben veel 'hineintypende' verhoorders daarover opvattingen die aanmerkelijke invloed uitoefenen op de geverbaliseerde redactie van wat de gehoorde volgens hen wordt geacht te hebben verklaard).

Collegevoorzitter Brouwer heeft benadrukt dat het OM het gezag heeft 'over de bewijsmiddelen'.<sup>6</sup> *Gebruik dat gezag dan ook!* Instrueer verhoorders en controleer of zij optekenen wat de gehoorde verklaart en deze niet woorden in de mond leggen door hem in een sfeer van 'twijfel en ongelooft' te confronteren met eigen 'veronderstellingen en verwachtingspatronen'.<sup>7</sup> En dat is hard nodig, want zo'n wijze van verhoren is geen uitzondering. Het gepostuleerde 'gezag' is veelal non-existent. De politie doet in de regel wat zij wil zodat magistraten en raadslieden slechts consumenten zijn van producten waarvan de kwaliteit en wijze van totstandkoming zich aan elke waarneming onttrekt. We leven in een strafvorderlijke McDonald's cultuur. Dat ligt in ieder geval de verdediging (al jaren) zwaar op de maag. Die cultuur is één van de diepste valkuilen voor de veronderstelde betrouwbaarheid van ons voornamelijk schriftelijke processysteem. Dat – zoals mr. Posthumus aangeeft<sup>8</sup> – de officier van justitie 'bij de invulling van zijn verantwoor-

\* Mr. J.M. Sjöcrona is advocaat in Den Haag bij Sjöcrona • Van Stigt ([www.svsadvocates.com](http://www.svsadvocates.com)).

1 Op verzoek van *Trema* is dit artikel een bewerking van mijn rede 'Bericht van een allochtoon; over omgangsvormen in en buiten de strafpraktijk', gehouden op 17 juni 2005 in het Vredespaleis bij de traditionele jaarlijkse sluiting van het Haagse baliejaar. De 'Sluitingsrede' is te

vinden in het Haagse Baliebulletin 'Aan de Orde', oktober 2005.

2 Hij is op tv geweest, zijn naam circuleert al vrijelijk en in par. 7.2.4. van het rapport Posthumus (zie volgende noot) staat de naam ook.

3 F. Posthumus, 'Evaluatieonderzoek in de Schiedammer Parkmoord', Rapportage in opdracht van het College van procureurs-generaal, op 13 september 2005 publiek

geworden.

4 'Lessen uit de Schiedammer parkmoord', *Opportuun* 2005, nr. 8, p. 7.

5 Rapport par. 7.2.4.

6 *NRC Handelsblad* 1-2 oktober 2005. (Be-doeld zal overigens zijn: *bewijsmateriaal*.)

7 Vgl. het Rapport par. 6.2.5. m.b.t. de 'harde verhoren' van (mede)slachtoffer Maikel.

8 Rapport par. 9.1.1.

## We leven in een strafvorderlijke McDonald's cultuur.

delijkheid ten aanzien van de samenstelling van het dossier (is) aangewezen op de politie', is de kern van problemen bij de beoordeling van de rechtmatigheid van het onderzoek en de accuratesse van de politieke verslaglegging.

Het hoge woord moet eruit: eigenlijk zouden we niet moeten willen dat hoog opgeleide professionals als officieren van justitie en rechters hun vaak ingrijpende oordelen moeten baseren op processen-verbaal geredigeerd door verbalisanten die veelal: het Nederlands onvoldoende genuanceerd beheersen, de opleiding missen om telkens het eigen vooropgestelde gelijk te willen en te kunnen falsifiëren, en meer zijn ingesteld op eenzijdig scoren dan het accommoderen van objectieve waarheidsvinding. Het vergt erg veel vertrouwen (of naïviteit) van de magistratuur om te menen dat wat politiek is geverbaliseerd altijd integraal de waarheid bevat.

Ik betoog niet dat de politie het met de waarheid nooit nauw neemt. Er zijn vele integere opspoorders. Ik betoog wel dat er zwakke types bij zitten (zoals in alle geledingen van de samenleving). Zwak door onbetrouwbaarheid, door eenzijdigheid ('de verdachte zal het wel hebben gedaan'), en/of door onvoldoende kennis. Daarmee staat vast dat niet alles wat is geverbaliseerd 'waar' kan zijn. En toch zijn processen-verbaal de veelal onbetwiste *backbone* van het strafrechtelijk bedrijf. Vanuit een oogpunt van hygiënische bedrijfsvoering is dat bedenkelijk.

Ik durf de stelling aan dat ons systeem van strafvordering – niet ontwikkeld in een tijd van de hedendaagse maatschappelijke hardheid en sociaal-economische complexiteit – inmiddels voor veel zaken ondermaats is. Juridisch of feitelijk ingewikkelde zaken worden betrekkelijk autonoom opgespoord door politiemensen die over de betrokken kwesties inhoudelijk van toeten noch blazen weten, dus de verkeerde vragen stellen, daardoor de juiste antwoorden niet steeds goed interpreteren, zodat verdenkingen worden gehandhaafd ofschoon daartoe in de kern van de zaak geen rechtvaardiging is, waardoor OM en ZM foutief wordt geïnformeerd.

Dit is – wanneer althans haar werkwijze niet wordt ingegeven door het voorwaardelijk opzettelijk genomen risico de verdachte ten onrechte te incrimineren – geen verwijt aan de politie. Ieder zijn eigen beroep. Het is wel een verwijt aan het OM indien dat als leider van de opsporing *niet* kan garanderen dat beslissingen tot het toepassen van per definitie voor de verdachte ontwrichtende dwangmaatregelen – detentie, beperkingen, verhoor, doorzoeking – *niet* berusten op onvoldoende kennis/inzicht c.q. vooringenomenheid bij verbalisanten.

Ik heb zaken gezien waarin het OM de verhoren onvoldoende heeft gestuurd terwijl verbalisanten hun zakelijk ongefundeerde particuliere ongelof over lastige kwesties maatgevend hebben geacht voor beoordeling van de oprechtheid van de gehoorde (die er bij hen dus altijd slecht

afkwam). Nu heb ik een zaak in behandeling waarin de verbaliserende hoofdagenten tijdens verhoor herhaaldelijk opmerkten de handelwijze van de (gedetineerde) verdachte 'gek' en 'vreemd' te vinden en daarover dus sceptisch doorvragen, terwijl hooggeleerde deskundigen nadien zijn handelwijze 'lege artis' verklaarden. Kennelijk hadden verbalisanten bij de voorbereiding van de verhoren onvoldoende deskundige interne tegenspraak gehad.

### 2.2 OvJ spreekt politie onvoldoende tegen

Het tweede punt van gebrekkige tegenspraak in de affaire Kleiss is dat naast de politie ook de zaakofficier in de tunnel zat. Zij zat te dicht op het politieke onderzoek en was 'onvoldoende kritisch (...) ten aanzien van het optreden van de politie en van zichzelf.'<sup>9</sup> Alternatieve scenario's van daderschap werden na de 'bekentenis' niet onderzocht. Bedekt vergoelijkend schrijft mr. Posthumus dat het 'in een zaak als de onderhavige niet onbegrijpelijk is' dat officieren van justitie 'erg dicht op de politie' zitten. Dat strookt met de wens van Collegevoorzitter Brouwer dat officieren *crimefighters* moeten zijn.<sup>10</sup> Hoe officieren – wat Brouwer óók wil – desondanks als heuse magistraten kritische afstandelijkheid tot de politie moeten bewaren is niet aanstonds duidelijk. Het zal voor officieren een duivels dilemma zijn: als zij er te dicht op zitten is kritische distantie een utopie, maar wanneer magistratelijke afstandelijkheid wordt bewaard kan het handelen of nalaten van de politie onvoldoende kritisch worden getoetst en de loop van het opsporingsonderzoek niet adequaat worden aangestuurd. *Damned if you do, damned if you don't*. De tweede gemiste kans van mr. Posthumus is daarom dat hij geen stelling neemt over hoe officieren leiding behoren te geven aan het opsporingsonderzoek. Verbijsterend genoeg is dat een vraag 'waarover binnen het Openbaar Ministerie geen eenduidigheid bestaat'.<sup>11</sup> Hoe lang bestaat die organisatie al?! Het wordt tijd dat dienaangaande eindelijk helderheid komt. Iets voor het verbeterprogramma van mr. Bolhaar? Of voor de wetgever?

### 2.3 Tegenspraak door verdediging voorkomen

Mogelijke tegenspraak werd geneutraliseerd doordat – *what's new?* – de raadsman door politie en officier van justitie bij cruciale verhoren werd geweerd: en juist toen 'bekende' Bosboom. Maar ja, de wet geeft nu eenmaal geen recht op aanwezigheid. Ik acht waarschijnlijk dat de aanwezigheid van de raadsman bij het verhoor de onjuiste bekentenis had kunnen voorkomen en daarmee ook de 'miscarriage of justice' ten gevolge daarvan. De praktijk leert namelijk dat verbalisanten in aanwezigheid van raadslieden minder hard en manipulerend zijn dan wanneer zij met de verdachte alleen zijn. Bij de RC heeft Bosboom verklaard dat 'de videoverhoren rustiger verliepen dan de verhoren die niet op video zijn opgenomen.' Dat is begrijpelijk: bij de videoverhoren mocht de raadsman 'toekijken'. Vreemde ogen dwingen ook hier. Maar die 'stille tegenspraak' kon niet meer baten: buiten aanwezigheid van de raadsman had zware psychologische druk al tot de 'bekentenis' geleid. Hoe? Door onfrisse verhoorstrategieën die menig strafadvocaat uit mededelingen van cliënten bekend zijn:

- De verdachte ‘werd voorgehouden dat wanneer hij bekende hij maar een paar jaar gevangenisstraf zou krijgen en tbs. Wanneer hij niet zou bekennen zou hij twintig jaar krijgen en tbs.’
- Vragen werden net zolang herhaald tot hij in de ogen van de rechercheurs de juiste antwoorden gaf.
- Hij werd continu ‘gestuurd in zijn antwoorden’.

Kortom: de politie manipuleerde naar gewenste verklaringen toe. De verdachte werd vermurwd. Zijn tegenspraak werd niet geloofd en die door de verdediging werd buitengesloten.

#### 2.4 NFI-tegenspraak door OM verzwegen

Het blijkt dat de advocaat-generaal wist dat het NFI twijfelde over de betrokkenheid van Bosboom bij het misdrijf. Niettemin werd dat deskundig oordeel het hof onthouden. Dat is minst genomen merkwaardig. Collegevoorzitter Brouwer meent – in het voetspoor van mr. Posthumus<sup>12</sup> – dat er bij de beslissingen die zijn genomen door leden van het OM van opzet of kwade trouw geen sprake was: ‘Er is niet bewust verkeerd gehandeld: niemand was er op uit tegen beter weten in een onschuldige achter de tralies te krijgen.’<sup>13</sup>

Is dat oordeel niet met grote stappen snel thuis? Ik noteer dat menig cliënt die beweert zonder kwade opzet te hebben gehandeld toch voor de bijl gaat omdat hij ‘de geenszins als denkbeeldig te verwaarlozen kans op de koop toe heeft genomen’ dat het niet gewenste gevolg zou intreden. Omdat we moeten kunnen aannemen dat de advocaat-generaal op de hoogte was van de EHRM-rechtspraak dat de ‘prosecuting authorities disclose to the defence all material evidence for or against the accused’ (Edwards), rijst de indringende vraag hoe kan worden volgehouden dat het niet openbaren van de NFI-tegenspraak niet de bewuste kans impliceert voor het achterhouden van voor de verdediging en het hof wezenlijke informatie.

#### 2.5 Tussentijdse conclusie en aanbevelingen voor eerlijkheid in het geding

Strafadvocaten betogen al jaren dat er te weinig mogelijkheden voor tegenspraak zijn; te weinig oog voor verdedigingsbelangen. De zaak Nienke demonstreert ons droeve gelijk. Hoeveel gerechtelijke dwalingen liggen nog op het kerkhof, of in het verschiet? Geen idee, maar gezien de Puttense moordzaak is duidelijk dat de onjuiste veroordeling van Bosboom geen geïsoleerde misser is.<sup>14</sup> Zekerheid omtrent de feilbaarheid van het rechterlijk oordeel moet voor elke professional in het strafrecht een nachtmerrie zijn, om over (potentiële) verdachten en veroordeelden maar te zwijgen. Elke onterechte verdenking, elke onterechte toepassing van dwangmiddelen, elke onterechte veroordeling is er één te veel. Zoals mr. Corstens onlangs opmerkte: ‘De samenleving moet er op kunnen vertrouwen

***En toch zijn processen-verbaal de veelal onbetwiste backbone van het strafrechtelijk bedrijf. Vanuit een oogpunt van hygiënische bedrijfsvoering is dat bedenkelijk.***

dat mensen niet ten onrechte worden veroordeeld.<sup>15</sup>

Toch nuanceerde hij dat standpunt direct: ‘Wie bijna 100% zekerheid verlangt, zal minstens vele vrijspraken zonder gemor moeten aanvaarden en moeten eisen dat het budget van politie en justitie sterk stijgt.’ *Véél vrijspraken moeten aanvaarden?! Als we dit doordenken dringt zich de griezelige gedachte op dat er thans mogelijk véél onterechte veroordelingen zijn. En zou een hoger budget voor politie/justitie zulke veroordelingen werkelijk kunnen voorkomen? Dat is niet op voorhand aannemelijk: meer politie/justitie zal eerder tot meer zaken leiden, dan tot een genuanceerdere behandeling per zaak.*

Hoe dan ook, ik betreur dat Corstens zwijgt over de mogelijkheid dat misschien juist het toekennen van meer rechten en een hoger budget *aan de verdediging* de verlangde zekerheid dichterbij zou kunnen brengen; hoe meer tegenspraak, hoe minder twijfel over de juistheid van de uitkomst. Dat stilzwijgen verbaast echter niet: het past in een tijdsgewricht waarin de Hoge Raad het de verdediging steeds moeilijker maakt en waarin minister Donner mede als uitvloeisel van het Tilburgs-Groningse project ‘Strafvordering 2001’ wetsvoorstellen lanceert waarin de belangen die het straf(proces)recht beoogt te beschermen vooral op hun *budgettaire merites* worden gewogen: belangen op het microniveau van de individuele rechtsbescherming leggen het af tegen *financiële belangen* op het macroniveau van de strafrechtspleging.

Wat de consequenties van een dergelijk kosten-batendenken zijn openbaart zich in Corstens’ opvatting dat *met onterechte veroordelingen ‘nog wel valt te leven’ als dat ‘af en toe in een kleinere zaak gebeurt (...) maar niet, als het om ernstige misdrijven gaat.*’ Typisch een macroredenering. Waar generaties juristen zijn opgegroeid met het adagium dat het beter is tien schuldigen vrij te laten rondlopen, dan één onschuldige te veroordelen, gaat de slinger nu de andere kant op: een onschuldige mag worden veroordeeld als andere belangen (van financiën bijvoorbeeld) zwaarder wegen.

Daar moeten we toch even nader bijilstaan. Het lid van de Hoge Raad Corstens vindt het klaarblijkelijk niet *per definitie* ontoelaatbaar voor rechtsstaat en veroordeelde als er zo nu en dan een fout vonnis/arrest wordt gewezen.

Vanuit het microniveau van de verdachte en diens

9 Rapport par. 9.2.3.

10 NRC Handelsblad 1-2 oktober 2005.

11 Rapport par. 9.2.2 en 9.6.

12 Rapport, par. 10.2.

13 *Opportuun*, t.a.p., alsmede

NRC Handelsblad 1-2 oktober 2005.

14 Zie *HP De Tijd* 23 september 2005,

‘Stinkende zaken’, voor mogelijke andere

gerechtelijke dwalingen.

15 G.J.M. Corstens, ‘Rechterlijke dwalingen’,

*NJB* 23 september 2005, p. 1733.

raadsman is dat ongehoord! Het door één van de hoogste strafrechters van Nederland innemen van een dermate verstrekkend politiek-maatschappelijk standpunt – helemaal zonder onmiddellijk op te helderen wat wordt verstaan onder ‘af en toe’, ‘kleinere zaak’ resp. ‘ernstig misdrijf’ – doet het vertrouwen van de justitiabele in de onpartijdigheid van de rechtspraak in het algemeen en in die van de Hoge Raad als rechter in cassatie zowel als in herziening geen goed.<sup>16</sup> Het standpunt van mr. Corstens onderstreept intussen de noodzaak de behandeling van herzieningsverzoeken te onttrekken aan de Hoge Raad. Wat we nodig hebben is een zware (van politie, OM en ZM onafhankelijke) herzieningscommissie. We zouden daartoe inspiratie kunnen opdoen bij de *Criminal Cases Review Committees* zoals die in Engeland, Wales en Ierland resp. Schotland functioneren.<sup>17</sup> Veel heil in de door Donner in de Tweede Kamer aangekondigde ‘vervolgcommissie’ onder leiding van mr. Posthumus zie ik niet indien die commissie uitsluitend kan worden geadieerd door politie en OM en niet door advocaten of veroordeelden (en daar lijkt het thans op). Als waar is wat prof. Mols schrijft – en ook ik heb daartoe harde aanwijzingen – dat ‘in zijn algemeenheid niet (kan) worden aangenomen dat het openbaar ministerie steeds volledig open kaart speelt’,<sup>18</sup> en dat het zich – in termen van prof. De Roos<sup>19</sup> – in het vooronderzoek ‘onzakelijk en unfair’ opstelt, dan bindt men de kat op het spek door de toegang tot de commissie voor te behouden aan crimefighters en te blokkeren voor de verdediging.

Naast creatie van een andere herzieningsprocedure moeten ter bevordering van tegenspraak de volgende maatregelen worden genomen opdat kernoorzaken voor politieële/justitiële missers worden ontmanteld:

- De raadsman moet vanaf het eerste politieverhoor van de verdachte daarbij aanwezig kunnen zijn.
- En die verhoren moeten audiovisueel worden geregistreerd.
- En letterlijk worden geverbaliseerd.
- Alle verhoren van getuigen en deskundigen moeten worden opgenomen en ook letterlijk worden geverbaliseerd.
- In alle gevallen zijn ‘zakelijke’ samenvattingen taboe.
- OM en ZM dienen het bewijsmateriaal kritisch(er) te beoordelen en zich – bijgevolg – veel ruimhartiger op te stellen ten aanzien van verzoeken van de verdediging tot het horen van getuigen en deskundigen ter terechtzitting of daarbuiten, en in dat verband:
- Indringende ondervraging van getuigen en deskundigen door de verdediging moet worden geaccepteerd.

***Strafadvocaten betogen al jaren dat er te weinig mogelijkheden voor tegenspraak zijn; te weinig oog voor verdedigingsbelangen. De zaak Nienke demonstreert ons droeve gelijk.***

Realisering hiervan vereist aanpassing van wet en van omgangsvormen nu de relaties tussen procesdeelnemers op twee niveaus worden gereguleerd. Er is het wettelijk strafprocesrecht, zoals nader vormgegeven door de rechtspraak (vooral in cassatie); ik noem dit ‘*de geformaliseerde interactie*’. Daarnaast is er de ‘*sociale interactie*’: de wijze waarop Minister van Justitie, rechters, leden van het OM, politieambtenaren en advocaten zich jegens elkaar en derden opstellen (in of buiten de rechtszaal). Met beide vormen van interactie is wat mis.

### 3. De geformaliseerde interactie

Dankzij de cassatierechtspraak is een procescultuur ontstaan die ik eerder als volgt typeerde: ‘Voer je geen stelling verweer, doe je geen helder en klemmend geformuleerd verzoek, dan is je cliënt doodeenvoudig uitgeraand.’<sup>20</sup> Dat standpunt is onderschreven door prof. Franken: ‘de wijze waarop de verdediging wordt gevoerd (is) steeds meer bepalend (...) voor de mate van rechterlijke activiteit en voor de uitkomst van het strafproces.’<sup>21</sup> In ons gematigd inquisitoire stelsel is die constatering opmerkelijk: de *zelfstandige* taak van de rechter actief bij te dragen aan deugdelijke procesvoering en waarheidsvinding verliest aan belang in de mate waarin de verdediging wordt gekenmerkt door onervarenheid, domheid, luiheid, overwerktheid of ander menselijk falen.

Door de koppeling van rechterlijke activiteit aan wat de verdediging aandraagt neigt onze strafrechtspleging paradoxaal genoeg steeds meer naar het tegensprekelijke *common law* model. Stelt men prijs op consistentie, dan zou rechtspraak aan die ontwikkeling het gevolg moeten verbinden dat de verdediging meer dan thans in de gelegenheid wordt gesteld een werkelijk debat op tegenspraak te voeren. Het kan niet zo zijn dat de verdediging wordt opgezadeld met de majeure zorgplicht om via een moeilijk tot activiteit te bewegen rechter een optimaal resultaat voor de cliënt te behalen, terwijl zij van diezelfde rechter daarvoor onvoldoende ruimte krijgt. Toch blijkt dat inbreng van de verdediging door de wet en de toepassers ervan niet echt op prijs wordt gesteld. Drie voorbeelden.

#### 3.1 *Terreur van processen-verbaal en de vooral schriftelijke gedingvoering*

In ons strafproces regeert de terreur van de processen-verbaal van verhoor door politie, onderzoeksrechter en rechter ter openbare terechtzitting. Het betreft altijd gefilterde versies van wat de gehoorde heeft verklaard. Het is uniek als er sprake is van een letterlijke weergave. Er wordt niet gestenografeerd en zelden wordt opnameapparatuur gebruikt. Het betreft ook vaak – bij politie eerder dan bij rechters – op papier gezette verklaringen waarin op basis van vooronderstellingen van de verhoorder wordt gezocht naar bevestiging van diens eigen vooropgestelde gelijk (buiten aanwezigheid van een hinderlijke advocaat). Het betreft daarnaast verklaringen die – zowel in vooronderzoek als ter zitting – veelal totstandkomen onder tijdsdruk: er liggen veel zaken te wachten, de verhoorders moeten woekeren met hun tijd en hebben door een niet altijd opti-

maal inlevingsvermogen maar een matige behoefte nu eens echt – tijdrovend – te luisteren vanuit het perspectief van de verdachte en ook alles op te (doen) schrijven wat in diens belang is.

En toch kunnen verballen als volledig bewijs gelden. De eerlijkheid kan daardoor in geding komen. Vandaar: hoe langer ik in dit vak zit hoe meer mij de schriftelijke Nederlandse strafprocescultuur gaat tegenstaan. Vooral omdat ik in de praktijk zie hoe zeer politieambtenaren en rechters hun best doen verklaringen van verdachten, getuigen en deskundigen zo *samengevat* ('zakelijk') mogelijk op te schrijven. Wezenlijke nuances kunnen daarbij wegvallen. Wil de gehoorde zijn verklaring later aanpassen of intrekken, wordt ongeloof vaak zijn deel: hij wordt dan 'gehouden' aan de eerdere, vaak belastender, verklaring. Maar waarom eigenlijk? Hoe objectief, rechtvaardig is een dergelijke benadering? Denk aan Bosboom en de twee veroordeelden in de Puttense affaire. De eerlijkheid is hier in geding.

Kan het ook anders? Wel als we bereid zijn lessen te trekken uit accusatoire systemen. Zo was ik ooit raadsman in een strafproces in hoger beroep bij de High Court of Judiciary in Edinburgh.<sup>22</sup> Het was een verademing hoe dat verliep. Ten eerste doordat dat we het verhandelde ter terechtzitting dankzij opnameapparatuur konden teruglezen in de *verbatim* verslagen ervan. Geen 'zakelijke samenvattingen' opgevoerd door iemand die niet per definitie meedenkt met de verdachte. Ten tweede door de naar Nederlandse maatstaven hoge kwaliteit van de rechters – die eerder allen topadvocaat (QC) waren geweest en zowel hadden opgetreden voor de verdediging als voor de 'prosecution'. Zij stelden zich even kritisch op jegens verdediging als aanklager: allen werden scherp over hun standpunten ondervraagd, zonodig dwars door hun betogen heen. Door die ruimte voor debat en de onmiddellijke kritische reflectie over pijnpunten in de 'submissions' van verdediging en aanklager won de procesvoering aan niveau. En het viel allemaal na te lezen.

Vergelijken wij de Schotse met de Nederlandse procescultuur, dan is het wonderlijk dat een rechter uit een 'adversarial' systeem zich meer inquisitoir onderzoekend opstelt dan de standaard inquisitoire Nederlandse rechter die het pleidooi van de verdediging meestal zonder één wezenlijke interventie aanhoort en het zelfs 'ongepast' vindt de officier kritisch over diens standpunten te bevragen (ook al zijn die onjuist of verbazingwekkend). Sterker nog: zodra de verdediging in Nederland de standpunten van het OM aanvalt, ontstaat er een soort geconditioneerde reflex bij de rechters om de officier van justitie in bescherming te nemen. Vaak heb ik meegemaakt dat de rechter de standpunten van het

OM welwillender interpreteert dan die van de verdediging en eerder verzoeken inwilligt van de OvJ dan van de raadsman. Het OM mag in Nederland doodgewoon meer van de rechter dan de raadsman.<sup>23</sup> Terecht dus dat prof. Franken de actuele tendens in de strafrechtspleging aldus heeft getypeerd dat daarin 'slechts voor de vorm' het belang wordt onderschreven van inhoudelijke tegenspraak voor een eerlijk en zorgvuldig proces.<sup>24</sup> De eerlijkheid is werkelijk in geding. De volgende kwestie sluit hier naadloos op aan.

### 3.2 Ondervraging van getuigen en deskundigen

Dat contradictoire inbreng van de verdediging maar matig wordt gewaardeerd blijkt tijdens het ondervragen van getuigen of deskundigen bij de rechter. De raadsman krijgt nauwelijks of geen ruimte de gehoorde te confronteren met inconsistenties in diens verklaring op een wijze die voor de verdediging het meest dienstig is (hetgeen *altijd en slechts* door die raadsman kan worden beoordeeld). Van kritisch – inderdaad voor de gehoorde soms lastig – dóórvragen hebben Nederlandse rechters gauw genoeg. De raadsman wordt dan afgekapt en de rechter vat samen wat hij denkt dat de getuige heeft bedoeld te zeggen en dicteert het 'zakelijk' aan de griffier. Die samenvatting kan als bewijs tegen de verdachte worden gebruikt.

Dit afkappen van de verdediging heb ik bijvoorbeeld zowel meegemaakt tijdens van het Van der Valk fraudeproces in de jaren negentig bij het hof Den Haag, als dit jaar bij de rechtbank Amsterdam tijdens een voorwetenschapzaak. In de eerste zaak was de getuige iemand van de Belastingdienst, in de tweede een medewerker van de AFM. In beide gevallen verklaarde de getuige niet consistent en herhaalde ik de vraag in andere bewoordingen. In beide gevallen onderbrak de voorzitter mij, interpreteerde de verklaring van de getuige en sprak: 'Dit is wat de getuige bedoelde te verklaren'.

In beide gevallen knapte er iets in mij en voegde ik de voorzitter toe dat ik niet *haar* respectievelijk *hem* als getuige hoorde, en dat ik slechts prijs stelde op de verklaring van de getuige in diens eigen woorden. In de Van der Valk-zaak mocht ik de ondervraging voortzetten. In de voorwetenschapzaak hield de voorzitter voet bij stuk; ik vond dat stuitend niet alleen vanuit een oogpunt van waarheidsvinding, maar ook wegens gebrek aan fatsoenlijke omgangsvormen, en helemaal gezien de *equality of arms*: want de OvJ had alle tijd en ruimte gekregen om de getuige ongehinderd te bevragen. Daar komt bij, dat de eerste vraag die de voorzitter mij stelde toen het mijn beurt was luidde: 'Hoeveel vragen heeft u?' Alsof het antwoord daarop iets zou kunnen zeggen over de aard van de vragen of de tijd die de getuige nodig zou hebben om erop te antwoorden. Het stellen en beant-

16 Zie de 'Leidraad onpartijdigheid van de rechter', te vinden op [www.rechtspraak.nl/Gerechten/rechtbanken/Breda](http://www.rechtspraak.nl/Gerechten/rechtbanken/Breda).

17 Even 'googlen' en de instructieve sites zijn zo gevonden.

18 'De Schiedammer parkmoord: magistrale of magistratelijke reflectie?', *Nieuwsbrief*

*Strafrecht*, 30 september 2005, p. 941.

19 Th. A. de Roos, 'De Schiedamse parkmoordzaak; Vrouw Justitia zegt sorry en likt haar wonden – maar heeft zij iets geleerd?', *NJB* 30 september 2005, par. 2.

20 'Over ego's, onwetendheid, onwil en de rechtspleging als vergiet', *Trema*, 1999, p. 82.

21 A.A. Franken, 'Voor de vorm', Oratie Utrecht, 2004, p. 30.

22 Zie mijn 'Pleiten in Edinburgh', in het Haagse Baliebulletin *Aan de Orde*, januari 2002, p. 29-35.

23 Zie G. Mols, *Nieuwsbrief Strafrecht*, 30 september 2005, p. 943.

24 Oratie p. 26.

***Van kritisch – inderdaad voor de  
gehoorde soms lastig – dóórvragen  
hebben Nederlandse rechters gauw  
genoeg.***

woorden van 35 simpele vragen kan sneller gaan dan vraag en antwoord bij 5 complexe kwesties. Dit werd door de voorzitter miskend toen ik een aanzienlijk aantal vragen noemde. Hij zei onmiddellijk dat dat ‘ondenkbaar’ was.

‘Ondenkbaar’! Na mijn protest over die formalistische benadering mocht ik met de ondervraging aanvangen, maar de voorzitter ging delen van de verklaring alras ‘zakelijk’ samenvatten, zonder mij de gelegenheid te bieden inconsistenties in die verklaring uit te benen. Weer was er een onvoldragen potentieel bewijsmiddel geboren.

Waarom is het toch, dat rechters de verdediging bij het ondervragen van getuigen/deskundigen zo aan banden willen leggen? Dat lijkt me er allereerst op te berusten dat wij in Nederland niet vertrouwd zijn met het systeem van *examination in chief* en *cross-examination*. Pittig dóórvragen wordt al gauw als beledigend ervaren. En dan moet het slachtoffer van de ondervraging tegen die vervelende advocaat in bescherming worden genomen, de waarheidsvinding ten spijt.

Maar misschien is dit een probleem van voorbijgaande aard. Onze strafprocescultuur staat onder druk van het EHRM: het valt op dat er steeds vaker getuigen op de zitting komen zodat hun *demeanor under questioning* rechtstreeks door de strafrechters kan worden waargenomen.

Ons continentale systeem krijgt dus Angelsaksische trekjes. Zoals gezegd: ik vind dat prima, als de verdediging tegelijkertijd de ruimte krijgt tot het stellen van – ook zeer kritische – vragen. Maar aan die bereidheid mankeert het nog. Ten tweede wordt de verdediging bij het ondervragen van getuigen en deskundigen ook aan banden gelegd omdat zittingen anders dreigen uit te lopen. En dat kost geld.

Daarvan worden rechters zenuwachtig. Het rechtsbedrijf wordt geplaagd door bezuinigingen; het management van de gerechten houdt de hand op de knip. Te veel zaken, te weinig gekwalificeerd personeel. Alles moet steeds efficiënter en sneller. Gerechten worden aan de hand van productienormen gefinancierd op basis van ‘output’, niet op basis van kwaliteit. Het formalisme regeert. Dat doet al gauw tekort aan de ruimte die werkelijk voor waarheidsvinding en verdediging nodig is. Collegevoorzitter Brouwer sprak er onlangs zelfs over dat het OM winst moet maken.<sup>25</sup> Dat is een redenering op macroniveau. Rechtspolitiek weegt dus ook hier zwaarder dan recht.

Intussen wordt het beperken van de ruimte voor de verdediging wel quasi-inhoudelijk beargumenteerd. De machiavellistische draai die er aan wordt gegeven luidt dat het ‘belang van de verdediging in redelijkheid’ niet geschaad wordt geacht indien de getuige of deskundige al door rechter of openbaar ministerie is ondervraagd en de verdediging volgens de rechter ogenschijnlijk niets nieuws te vragen heeft. De rechter acht zich dan ‘voldoende voorge-

licht’. Maar dat is niet altijd een correct standpunt. Bij het strategisch opbouwen van een bepaalde *line of questioning* kan het heel goed zo zijn, dat de lastige vragen aan het eind moeten komen. Maar dat zien rechters (en officieren) lang niet altijd aankomen, carrièremagistraten als zij in de regel zijn zonder grondige ervaring in de (straf)advocatuur. Zich inleven in werkelijke belangen van de verdediging staat ver van hun bed. Dus kappen ze – met een budgettaire motivatie als aanjager – de vragen van de verdediging vaak op verkeerd begrepen inhoudelijke gronden af. Ook hier is de eerlijkheid in geding.

### 3.3 Inbreng van de verdediging in het vooronderzoek (‘mini-instructie’)

Tot slot een voorbeeld dat demonstreert dat de inbreng van de verdediging dankzij de letter van de wet door het OM wordt gemarginaliseerd; deze kwestie betreft de (on)mogelijkheden om een openbare en vaak diffamerende terechtzitting te voorkomen.

De wetgever heeft erin voorzien, dat de verdachte zich – al dan niet via een advocaat – tot de RC kan wenden met het verzoek getuigen en/of deskundigen te verhoren (*mini-instructie*). Door het aldus doen vergaren van tegenbewijs kan de beeldvorming bij politie en OM in het voordeel van de cliënt worden bijgesteld. Daardoor zou een openbare terechtzitting kunnen worden voorkomen. Die mogelijkheid is uitdrukkelijk gecreëerd in het belang van de verdediging. Maar dat verdedigingsbelang krijgt in de praktijk magertjes gestalte. Want ook al vindt de RC het verzoek van de verdachte voldoende klemmend en wordt het ingewilligd, voor het OM blijkt dat geen enkele belemmering om niettemin tijdens dat onderzoek een dagvaarding uit te brengen en de openbare terechtzitting te laten beginnen. Dat heet ‘wegdagvaarden’ (art. 258, lid 2 Sv). Daardoor wordt de uitvoering van de *door de onafhankelijke rechter gehonoreerde* wensen van de verdachte geblokkeerd en diens procespositie bewust beschadigd. Oftewel: tegenspraak door de verdediging wordt geamputeerd.

Het aldus wegdagvaarden imponeert op verdachte en raadsman als een opgeheven middelvinger (een uitdrukingsvorm die in vele maatschappelijke geledingen welbekend is). Zodanig justitieel onfatsoen komt in niet de minste zaken voor. We hebben er op kantoor een aantal in behandeling; zoals de Rotterdamse ‘bouwfraudezaak’.<sup>26</sup> Men zou zeggen dat het juist in dergelijke gecompliceerde zaken voor de hand zou liggen niet te dagvaarden totdat de onafhankelijke onderzoeksrechter de handelingen heeft verricht die ook hij in het belang van de verdediging noodzakelijk (!) achtte.

## 4. Sociale interactie

Het beeld van de opgeheven middelvinger laat mij niet los als ik de bejegening evalueer die vele strafadvocaten ten deel valt. Geregeld worden wij zakelijk, soms ook persoonlijk, door politie/justitie geschoffeerd (vaak achter onze rug). Zoals laatst toen een gedetineerde cliënt – met een hoge maatschappelijke positie – mij verbijsterd meedeelde dat de verhoorders zich hardop hadden afgevraagd of ik

hem wel goede rechtsbijstand verleende en of hij eigenlijk wel wist wie ik was. Saillant detail: cliënt ontkent. De gedachte dringt zich op aan de politieke en justitiële onvrede met ontkenningen in de Schiedamse en Puttense moordzaken.

Indien de raadsman vervolgens dergelijke en andere psychologische oorlogsvoering door verbalisanten – al dan niet scherp – bij de OvJ zou aanklaarten, wordt dat bijna per definitie verontwaardigd opgenomen onder het motto dat de OvJ 'niet van onregelmatigheden is gebleken'. Nee, natuurlijk niet: *die was er niet bij*. Bovendien zullen verbalisanten tegenover de leider van het onderzoek niet toegeven dat ze zich hebben misdragen. Meer besef voor dat mechanisme zou het OM sieren. Maar ondertussen oordeelt de gemiddelde OvJ dat de verdediging polariseert. En verschaalt de verhouding OM-verdediging. *Who is to blame?*

Het is goed even stil te staan bij Pavlov en diens hondje dat standaard ging kwijlen bij het gerinkel van een belletje nadat hem herhaaldelijk het maal was opgediend tijdens dat geluid. Uiteindelijk veroorzaakte het enkele gerinkel speeksel; die reflex was geconditioneerd. Welnu, strafadvocaten zijn net honden: ze zijn geconditioneerd tot het onder omstandigheden blaffen en bijten. Indien de verdediging bijvoorbeeld herhaaldelijk ervaart dat politie/justitie de grenzen van het betamelijke opzoekt, zal zij de volgende keer reflexmatig veronderstellen dat het op dezelfde wijze zal gaan. Polarisatie en verharding zijn vanzelfsprekende Pavlovreacties.

Ik wil benadrukken dat het huidige gure strafrechtelijk klimaat de ideale condities verschaft waardoor polarisatie door strafadvocaten logisch is: we worden ertoe geconditioneerd door de wetgeving die steeds minder mogelijkheden voor verdediging geeft en door de Hoge Raad die de nog bestaande mogelijkheden minimalistisch interpreteert, bijkans gretig opgevolgd door lagere rechters en opspoorders. Nogmaals: als advocaten al polariseren, *who is then to blame?* Dat is uitsluitend de 'trainer' die de reflex heeft geconditioneerd. Die Pavlov is bij strafadvocaten de combinatie van wetgeving (met Donner als verbeterer), en de toepassing daarvan door opspoorders, vervolgers en rechters (met de Hoge Raad als Grote Roerganger).

Maar Pavlov kan ook positief uitpakken: als raadslieden stelselmatig respectvol en tegemoetkomend worden 'getraind', dan worden zij anders geconditioneerd. Dat is een simpele psychologische wetmatigheid. Ook advocaten zijn mensen die prijs stellen op een respectvolle behandeling. Van mijzelf weet ik dat ik (echt waar!) de vriendelijkheid zelve ben als mijn cliënt en ik op een fatsoenlijke wijze de ruimte krijgen onze standpunten vorm te geven. Let wel:

***Pittig dóórvragen wordt al gauw als beledigend ervaren. En dan moet het slachtoffer van de ondervraging tegen die vervelende advocaat in bescherming worden genomen, de waarheidsvinding ten spijt.***

die vriendelijkheid berust niet op inwilliging van de wens inhoudelijk gelijk te krijgen, maar slechts op de mogelijkheden daartoe te doen wat in het belang is van de verdediging. Dus op de *kansen voor werkelijke tegenspraak*; als die door wetgever, politie en magistratuur worden geboden is polarisatie wat mij betreft een non-issue. Ik ben geen pathologische ruziezoeker, evenmin als de meeste van mijn vakgenoten.

Een herconditionering van de strafadvocatuur vergt intussen wel inlevingsvermogen bij de trainer. Hoe zit het in de strafrechtspleging met het vermogen te luisteren? Ik zie het somber in; enkele voorbeelden.

Ik begin met de vaststelling dat minister Donner niet de goede voorganger is. Zoals prof. Schalken constateerde:<sup>27</sup> 'Donner is bezig de rechterlijke macht van zich te vervreemden'. Hij drukt zijn opvattingen door en blijkt niet bereid te luisteren, laat staan communiceren. In rap tempo worden producten van wetgeving ontwikkeld zonder – of met veel minder dan – de gebruikelijke ruggespraak met de beroepsgroep van magistraten. Schalken memoreert dat een beoogd debat over plannen tot verruiming van opsporingsbevoegdheden onder druk van justitie werd geannuleerd, maar dat wel zo ongeveer tegelijkertijd de ministerraad die voorstellen goedkeurde. Vanwaar die haast? Angst voor tegenspraak?

Ook de (toekomstige) procureur-generaal bij de Hoge Raad prof. Fokkens signaleerde vorig jaar ontstemd dat Donner de discussie schuwt en de Eerste Kamer zelfs liet weten 'niet bereid te zijn (...) alsnog advies in te winnen van de Raad van State' over ingrijpende bepalingen van het voorstel Wet terroristische misdrijven.<sup>28</sup> Mr. Fokkens oordeelde het verder verontrustend dat door de minister 'strafrechtjuristen en zij die kritisch meedenken bij wat ons strafrechtelijk te doen staat, worden neergezet als mensen die de ernst van de situatie niet zien en daardoor eigenlijk niet als serieuze discussiepartners kunnen worden beschouwd.'

In het verlengde hiervan stel ik vast dat het ministerie van Justitie ook druk doende is de advocatuur van zich te ver-

25 NRC Handelsblad 1-2 oktober 2005.

26 Tegen de vonnissen van 9 juni 2005 is hoger beroep ingesteld.

27 'Donner is bezig rechterlijke macht van zich te vervreemden', NRC Handelsblad 19-20 maart 2005 (Opinie & Debat).

28 J.W. Fokkens, 'Strafrecht en terrorisme', Rede bij de jaarvergadering van de Nederlandse Juristen-Vereeniging op

11 juni 2004, *Handelingen Nederlandse Juristen-Vereeniging* 2004-2, a.w., p. 4-5.

Zie ook 'OM botst met Donner over nieuwe wet', NRC 22 april 2005.

29 Naar goed Nederlands gebruik is dus ter zake onlangs een 'Commissie Advocatuur' ingesteld.

30 M.L.F.J. Schyns, 'Donner miskent de integere advocaat', *NJB*, 2005, p. 1140-1141.

Zie verder over die commissie de bijdragen in het *Advocatenblad* van 23 september 2005.

31 Zie het NRC Handelsblad van 18 maart 2005, 'Bouwfraude: 'Laten we het wel professioneel houden''.

32 *FD* 18 maart 2005, Minister zou vallen op bouwschikking.

***Ook advocaten zijn mensen die prijs stellen op een respectvolle behandeling.***

vreemden. Zo worden de Algemene Raad van onze Orde en haar Adviescommissie Strafrecht vaak te laat geconsulteerd over een nieuw concept wetsvoorstel of helemaal niet. Bang voor tegenspraak? Voorts loopt Donner voorop bij het in twijfel trekken van de integriteit van de advocatuur. Hij vindt 'een gedegen analyse van de positie van de advocaat nodig'.<sup>29</sup> Maar waarom eigenlijk? Dat wordt onvoldoende geconcretiseerd. De voormalig Deken van de Utrechtse Orde van Advocaten heeft dan ook terecht krachtig stelling genomen tegen suggestie die de minister laat bestaan dat 'de advocatuur' niet integer zou zijn.<sup>30</sup>

Het College van procureurs-generaal verdient nog apart aandacht omdat de top van het OM een voorbeeldfunctie heeft naar lagere goden binnen die organisatie. Wat we dan zien stemt droevig. Je zou bijna denken dat ongemanierdheid jegens de verdediging normaal is als het gedrag van de (voormalig) voorzitter van dat College mr. De Wijkerslooth maatgevend zou zijn. Toen hij namelijk *als getuige* werd gehoord ter zitting in de 'bouwfraudezaak', miskende hij zowel die positie als het normale fatsoen. Ten eerste trad hij binnen en vertrok door de deur gereserveerd voor leden

van het OM die als *officier van justitie* ter terechtzitting optreden. Ten tweede weigerde hij botweg de verdediging te groeten of zelfs maar aan te kijken.<sup>31</sup> En ten derde stelde hij zich – zo constateerde ook het *Financieele Dagblad*<sup>32</sup> – 'verongelijkt en bokkig' op. De vleesgeworden arrogantie van de macht. Niet iemand die tot luisteren uitnodigt of indruk wekt volwassen met tegenspraak te kunnen omgaan. Ik schaamde mij plaatsvervangend.

### **5. Tot besluit**

Beter één verdachte onschuldig veroordeeld, dan tien boeven op vrije voeten. Dat is de kennelijke paradigma-wisseling die zich de laatste jaren heeft voltrokken bij de wetgever (Donner ligt op ramkoers) en zelfs in opvattingen binnen de hoogste geledingen van de rechterlijke macht (Corstens). Onder omstandigheden delft rechtsbescherming het onderspit tegen budgettaire krapte, efficiency en output. De verdachte wordt 'in redelijkheid' steeds minder snel geacht in zijn gerechtvaardigde belangen te kunnen worden geschaad.

Wat zijn de risico's van dit verkilde strafrechtelijke klimaat? Met Pavlov in gedachten is het antwoord eenvoudig: polarisatie door de verdediging die daartoe wordt geconditioneerd. Het kleine restant van wat verdachte en raadsman aan recht en respect wordt afgenomen kunnen wij niet anders dan reflexmatig bevechten. *Maar verwijt ons dan niet dat wij polariseren.*