

Evaluatie verstekregeling in strafzaken

Mr. W.E.C.A. Valkenburg

Mr. P.D. van Hees

P.A.W. Verboort

Tilburg, november 2002

INHOUDSOPGAVE

1 INLEIDING

- 1.1_ Vooraf
- 1.2_ Aanleiding voor het onderzoek
- 1.3_ Uitvoering van het onderzoek
- 1.4_ Centrale onderzoeksvragen en opzet van het onderzoek
- 1.5_ Opbouw van het rapport

2. RECHTSPRAAK EN LITERATUUR

- 2.1 Terugblik
- 2.2 Huidige wettelijke regeling op hoofdlijnen
- 2.3 Kritiekpunten
 - 2.3.1 Aanwezigheidsrecht in de rechtspraak van het EHRM
 - 2.3.2 Aanwezigheidsrecht in de Nederlandse rechtspraak; aanhouding ter effectuering
 - 2.3.3 Rechtspraak van EHRM en Hoge Raad vergeleken
 - 2.3.4 Contradictoire procedure?
 - 2.3.5 Machtiging
 - 2.3.6 Niet gemachtigd raadsman
- 2.4 Afrondende opmerkingen

3 PRAKTIJKERVARINGEN

- 3.1 Opzet
- 3.2 Relatie cliënt en raadsman
- 3.3 Aanhouding en aanwezigheidsrecht
- 3.4 Implicaties Bouterse-arrest
- 3.5 Strategisch gebruik van de machtiging
- 3.6 Ad informandum gevoegde feiten
- 3.7 Effect verstekregeling, afname aantal verstekbehandelingen sinds 1996?
- 3.8 Mening van bevrageden ten aanzien van de verstekregeling
 - 3.8.1 Verruiming mogelijkheden verdachte?
 - 3.8.2 Verenigbaarheid verstekregeling met eisen van het EVRM/EHRM

- 3.8.3 Verdere knelpunten
- 3.9 Algemene bevindingen

4 CONCLUSIES EN AANBEVELINGEN

- 4.1 Onderzoeksvragen
- 4.2 Rechtspraak met betrekking tot de nieuwe verstekregeling
- 4.3 Praktijk
- 4.4 Voor- en nadelen/knelpunten
- 4.5 Afname verstekvonnissen?
- 4.6 Aanbevelingen

Geraadpleegde literatuur

Jurisprudentie

Bijlagen

Bijlage 1: Checklist interviews

Bijlage 2: Schriftelijke enquête

1 INLEIDING

1.1 Vooraf

In de optiek van de wetgever van 1926 diende de rechter bij aanvang van het onderzoek ter terechtzitting eerst na te gaan of de dagvaarding op geldige wijze was betekend. Zo ja, dan kon aan de niet aanwezige verdachte verstek worden verleend en de zaak buiten aanwezigheid van de verdachte worden afgehandeld, tenzij de rechter zelf de aanwezigheid van de verdachte wenste. In dat geval werd de zaak aangehouden en kon desgewenst een bevel tot medebrenging van verdachte worden gegeven. Verscheen de verdachte niet op de aangehouden zitting dan kon de zaak alsnog bij verstek worden afgedaan. Behalve in zaken die bij de kantonrechter dienden kon de verdachte zich niet door een advocaat laten vertegenwoordigen. Het sinds 1926 geldende wettelijk systeem kende geen expliciete mogelijkheid – maar ook geen verbod – om de advocaat ter zitting te horen maar in de praktijk bestond het gebruik om bij de raadsman te informeren naar de reden van afwezigheid van de verdachte. De inbreng van de raadsman kon derhalve niet zover gaan dat hij bij afwezigheid van de verdachte het woord ter verdediging mocht voeren.

Sinds 1980 is dit uitgangspunt verlaten. In HR 26 februari 1980, NJ 1980, 246, m.nt. A.L.M. introduceerde de Hoge Raad namelijk de zogenoemde ‘klemmende redenen’-jurisprudentie. Slechts indien dergelijke redenen aanwezig waren moest de raadsman het woord *ter verdediging* bij verstek worden gegeven indien hij ook nadrukkelijk kenbaar maakte de verdediging te willen voeren. Sinds die uitspraak is herhaaldelijk de vraag aan de orde geweest welke omstandigheden als klemmende redenen konden worden aangemerkt. Deze praktijk is evenwel afgekeurd in twee uitspraken van het Europese Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) inzake Lala en Pelladoah.¹ Vanaf die uitspraken gold dat een verdachte die om welke reden dan ook niet ter zitting aanwezig is, daardoor geenszins zijn recht verliest zich door zijn raadsman ter zitting te laten verdedigen. Die toelating tot de verdediging mag bovendien niet afhankelijk worden gemaakt van allerlei formalistische vereisten. Het volstaat dat het optreden van de raadsman voldoende illustreert dat hij de verdachte wil verdedigen.

¹ EHRM 22 september 1994, NJ 1994, 733 (Lala) en EHRM 22 september 1994, Publ. Ser. A Vol. 297-B, NJB 1995, 17, p. 237 (Pelladoah).

Op 18 april 1996 werd wetsvoorstel 24 692 ingediend dat beoogde de systematiek van het strafprocesrecht te verbeteren en vond in belangrijke mate zijn wortels in 'Recht in vorm' van de Commissie Moons.² Tevens werd in dat voorstel een herziening van de bestaande verstekregeling voorgesteld. Bij de vormgeving van die verstekregeling liet de wetgever zich leiden door de ontwikkelde rechtspraak in verband met het optreden van de raadsman bij verstek en vooral ook de gewenste noodzaak tot verbetering van de executiemogelijkheden van het grote aantal herroepelijke verstekvonnissen omdat niet duidelijk is of de verdachte op de hoogte is geraakt van de einduitspraak.³ Het wetsvoorstel is in de literatuur niet onverdeeld positief ontvangen maar heeft ondanks de soms pittige kritieken zonder fundamentele aanpassingen de eindstreep gehaald.⁴ Op 1 februari 1998 is de wet in werking getreden.

1.2 Aanleiding voor het onderzoek

Tijdens de parlementaire behandeling van het wetsvoorstel is herhaaldelijk gesproken over de wenselijkheid van een evaluatie van de nieuwe verstekbepalingen.⁵ In opdracht van het WODC en ten

² Gepubliceerd onder G.J.M. Corstens, Rapporten herijking strafvordering 1989-1992, Arnhem 1993.

³ Kamerstukken II 1995/96, 24 692, nr. 3, p. 8-9.

⁴ O.a. J. de Hullu en M.J.A. Plaisier, Een contradictoir geding bij verstek?, DD 1996, p. 614-633; G. Knigge, Over inzichtelijke wetssystematiek; opmerkingen naar aanleiding van wetsontwerp 24 692, DD 1996, p. 991-1003 en A.M.M. Orie, To be or not to be (re)present(ed), that's the question, DD 1996, p. 1004-1015.

⁵ Handelingen II, 62^{ste} vergadering, 13 maart 1997, p. 62-4512 en Handelingen I, 15^{de} vergadering, 13 januari 1998, p. 15-682.

behoefte van de directie wetgeving van het Ministerie van Justitie is thans dit voorliggend evaluatieonderzoek verricht naar de eerste ervaringen met de nieuwe verstekregeling.

1.3 Uitvoering van het onderzoek

Onderzoekers van het Schoordijk Instituut van de Universiteit van Tilburg (UvT) hebben het onderhavige onderzoek verricht. Het onderzoek, dat beoogt inzicht te verschaffen in zowel de ervaringen met de nieuwe wetgeving als de mate waarin de verstekregeling effectief is, is uitgevoerd door mr. P.D. van Hees, P.A.W. Verboort en mr. W.E.C.A. Valkenburg (supervisor). De interviews en de ver- en uitwerking van de reacties van de respondenten zijn in hoofdzaak gedaan door mr. P.D. van Hees onder verantwoordelijkheid van mr. W.E.C.A. Valkenburg. De inventarisatie van rechtspraak en literatuur (hoofdstuk 2) over de nieuwe verstekwetgeving is verricht door mr. W.E.C.A. Valkenburg. De gegevens die zijn vergaard uit de interviews en de schriftelijk enquête⁶ zijn geanalyseerd door mr. W.E.C.A. Valkenburg en mr. P.D. van Hees. P.A.W. Verboort heeft gezorgd voor de verwerking van de reacties naar aanleiding van de schriftelijke vragenlijsten en de tabellen/grafieken. Een bijzonder woord van dank dient te worden gericht aan L.K. de Jonge en P.P.J. Groen in verband met hun analyse van de OMData gegevens, werkzaam bij de afdeling SIBa (Statistische Informatievoorziening en Beleidsanalyse) van het WODC die in paragraaf 3.7 is opgenomen.

De onderzoekers zijn bij hun werkzaamheden ondersteund door een begeleidingscommissie. Deze commissie stond onder voorzitterschap van mevr. prof.dr. C.H. Brants (hoogleraar straf- en strafprocesrecht Universiteit Utrecht) en kende als leden mevr. mr. I.M. Abels (Directie Wetgeving van het Ministerie van Justitie), mr. F.G.L. van Ardenne (advocaat te Barendrecht, twee maal waargenomen door mevr. mr. M. Groeneveld), mr. F.G. Bauduin (coördinerend vice-president van de rechtbank te Amsterdam), mr. D.J.C. van den Broek (vice-president van de rechtbank te Den Haag, bij aanvang van het onderzoek nog advocaat-generaal bij het ressortsparket Den Haag), mr. R.J. Bokhorst (WODC) en mevr. mr. W.M. de Jongste (WODC).

Het onderzoek is verricht in de periode april tot en met november 2002.

1.4 Centrale onderzoeksvragen en opzet van het onderzoek

⁶ Bij de gekozen vraagstellingen in de schriftelijke enquête hebben wij dankbaar gebruik gemaakt van de waardevolle opmerkingen van prof.mr.dr. P.C. van Duyne, hoogleraar empirische aspecten van de strafrechtspleging aan de Universiteit van Tilburg.

In de kern gaat het in het onderzoek om een viertal vragen:

1. welke rechtspraak heeft zich gevormd rondom de nieuwe verstekregeling;
2. hoe ziet de praktijk van de behandeling van zaken van niet op de zitting verschenen verdachten eruit voor de advocatuur, het openbaar ministerie en de zittende magistratuur;
3. welke voor- en nadelen zien de onder 2. genoemde beroepsgroepen aan de regeling van de verdediging van de afwezige verdachte;
4. heeft de nieuwe wetgeving geresulteerd in een afname van het aantal verstekbehandelingen?

Ter beantwoording van de eerste onderzoeksvraag is gebruik gemaakt van de algemeen toegankelijke rechtspraak en literatuur. Uiteraard is hierbij ook de op internet beschikbare – vaak recentere – rechtspraak geraadpleegd. Dit onderdeel van het onderzoek heeft een duidelijk inventariserend karakter. Om een goed beeld te verkrijgen van de praktijk van behandeling van zaken van niet verschenen verdachten is in overleg met de begeleidingscommissie gekozen voor het afnemen van interviews. Bij deze interviews is gebruik gemaakt van uitgebreide vragenlijsten die naast een groot aantal parallelle vragen ook vragen kenden specifiek gericht op de betreffende beroepsgroep.⁷ Alle vijf gerechtshoven en ressortsparketten zijn op deze manier bevraagd. Daarnaast hebben interviews plaatsgevonden met de rechtbanken en de arrondissementsparketten te Breda, Zwolle, Roermond en Rotterdam. Met deze keuze is beoogd enige spreiding over het land te garanderen. Tot slot zijn gesprekken gevoerd met vijf advocaten, kantoorhoudend te 's-Hertogenbosch, Amsterdam, Eersel, Dordrecht en Utrecht. Onder hen bevinden zich zowel advocaten die uitsluitend als gekozen raadsman optreden als advocaten die toevoegingen doen. In totaal hebben derhalve 23 interviews plaatsgevonden. Het doel van deze gesprekken was om een beeld te krijgen van de belangrijkste knel- en vraagpunten inzake de huidige verstekregeling. De derde kernvraag – naar de voor- en nadelen van de huidige verstekregeling – is in die interviews meegenomen.⁸

De belangrijkste kwesties zijn vervolgens in een schriftelijke enquête-ronde voorgelegd aan alle rechtbanken en hoven en de daaraan verbonden parketten. Tevens hebben zo'n 300 advocaten een vragenformulier toegestuurd gekregen.

Tot slot is getracht op basis van cijfermatig materiaal de vraag te bezien of de nieuwe regeling heeft geleid tot een afname van het aantal verstekzaken.

1.5 Opbouw van het rapport

⁷ De vragenlijsten zijn als bijlage 1 opgenomen.

⁸ Daarnaast hebben sommige respondenten bij de beantwoording van de laatste open vraag van de gelegenheid gebruik gemaakt om specifieke voor- en nadelen te vermelden.

Het onderzoeksrapport bevat in hoofdstuk twee een inventariserend overzicht van de rechtspraak inzake de nieuwe regeling. In dit hoofdstuk is eveneens aandacht geschonken aan de commentaren in de literatuur op de wettelijke regeling en de rechtspraak naar aanleiding van de nieuwe verstekregeling. Hierbij is gebruik gemaakt van de rechtspraak, wettekst, parlementaire geschiedenis en literatuur over de verstekregeling.

In hoofdstuk drie zijn de eerste ervaringen inzake de werking van de nieuwe wetgeving verwerkt. Dit onderdeel bevat de belangrijkste uitkomsten van de vraaggesprekken en de schriftelijke enquête. Bovendien is een paragraaf gewijd aan enige cijfermatige gegevens inzake de afdoening bij verstek vanaf 1996.

Het rapport wordt afgesloten met een vierde hoofdstuk waarin enige conclusies en aanbevelingen worden gepresenteerd.

HOOFDSTUK 2 RECHTSPRAAK EN LITERATUUR

2.1 Terugblik

Hoewel het in dit onderzoek gaat om een evaluatie van de verstekregeling zoals die sedert 1998 in de wetgeving is opgenomen, is het voor een goed begrip van de huidige regeling nuttig op hoofdlijnen stil te staan bij de ontwikkelingen die zich voor 1998 op het punt van de berechting bij verstek hebben voorgedaan.⁹

Pas sinds 1886 kent de wetgeving de mogelijkheid van berechting bij verstek van zowel misdrijven als overtredingen.¹⁰ Daarvoor was berechting bij verstek van misdrijven niet mogelijk. De afwezigheid van de verdachte leverde ‘slechts’ een verklaring van wederspanning aan de wet op met als gevolg een veroordeling in de proceskosten zonder dat daarbij de strafzaak inhoudelijk aan de orde kwam. De in 1886 geïntroduceerde mogelijkheid van berechting bij verstek was kennelijk niet geheel onproblematisch. De wetgever achtte het bij deze behandeling immers wenselijk het rechtsmiddel verzet open te stellen om te voorkomen dat een voor executie vatbare beslissing zou ontstaan zonder dat de veroordeelde de gelegenheid zou hebben gehad om zijn zaak aan een geheel nieuw feitenonderzoek te onderwerpen.¹¹ De introductie van het Wetboek van Strafvordering in 1926 leidde niet tot veranderingen in de verstekprocedure. De procedure paste ook prima bij het gematigd accusatoir karakter van het

⁹ Voor een uitgebreid overzicht verwijs ik naar M.J.A. Plaisier, *Het verstek in strafzaken*, Deventer 1999, p. 33-55 en 152-221, zie ook T. Spronken, *Verdediging*, Deventer 2001, p. 296-302.

¹⁰ Uitgebreid over de historie o.a. C.H. Beekhuis, *De verstekprocedure*, in: G.A.M. Strijards e.a. (red.), *De derde rechtsingang nader bekeken*, Arnhem 1989, p. 11-27 en M.J.A. Plaisier, *Het verstek in strafzaken*, Deventer 1999, p. 33-57.

¹¹ Kamerstukken II 1883/84, 114, nr. 3, p. 44.

nieuwe wetboek. Daarin werd immers de rol van de verdachte als procespartij meer geaccentueerd. De memorie van toelichting vermeldt in dit verband: 'Een bepaald vereischte is de aanwezigheid van de verdachte ter terechtzitting daarom niet, hoewel zijn eigen belang in den regel zal meebrengen, dat hij daar in persoon zijne verdediging komt voordragen'.¹²

¹² Kamerstukken II 1913/14, 286, nr. 3, p. 117.

Een belangrijke koerswijziging trad op in 1935 bij de invoering van de Bezuinigingswet.¹³ Het rechtsmiddel verzet werd toen aanzienlijk beperkt waardoor automatisch de belangrijkste rechtvaardigingsgrond voor berechting bij verstek (de mogelijkheid om na verzet de zaak aan een geheel nieuw onderzoek te onderwerpen) kwam te vervallen. Afhandeling van zaken bij verstek kon zich zo ontwikkelen tot een zeer gangbare praktijk die tot 1970 nauwelijks aanleiding gaf tot discussie. Pas in 1970 werd door Josephus Jitta de wenselijkheid van het optreden van de raadsman bij verstekzaken bepleit.¹⁴ Dezelfde auteur legde in 1971 de kwestie in een cassatiemiddel voor aan de Hoge Raad. Het rechtscollège stelde zich op het standpunt dat het Wetboek van Strafvordering geen voorschriften kende die erin voorzagen dat de raadsman tijdens de verstekbehandeling voor de verdachte zou mogen optreden, noch was zo'n bevoegdheid uit enig rechtsbeginsel te ontleen.¹⁵ Mogelijk geïnspireerd door het uitvoerige, mede op internationale ontwikkelingen gerichte, betoog van Spong kwam de Hoge Raad in 1980 met de zogenoemde 'klemmende redenen-jurisprudentie'¹⁶: wanneer de raadsman klemmende redenen kon aanvoeren naar aanleiding waarvan de verdachte niet aanwezig kon zijn bij de behandeling en hij bovendien aangaf het woord ter verdediging te willen voeren, moest hem de gelegenheid worden geboden behoudens de gevallen dat de rechter aanleiding zag het onderzoek ter terechtzitting te schorsen. Als reactie op deze nieuwe lijn werd door diverse schrijvers onder verwijzing naar enkele beslissingen van het EHRM betoogd dat de ruimte die de Hoge Raad met deze jurisprudentie bood nog veel te beperkt was.¹⁷ En zij bleken het juist te hebben gezien. In 1994 haalde het EHRM een forse streep door de 'klemmende redenen-jurisprudentie'. In de befaamde zaken Lala¹⁸ en Pelladoah¹⁹

¹³ Wet van 29 november 1935, Stb. 685.

¹⁴ A.N.A. Josephus Jitta, Verdediging bij verstek, NJB 1970, p. 909-913.

¹⁵ HR 23 november 1971, NJ 1972, 293, m.nt. CB. Anders dan de Hoge Raad toonde annotator Bronkhorst zich een duidelijk voorstander van toelating van de raadsman ter verdediging bij verstekzaken.

¹⁶ HR 19 mei 1980, NJ 1980, 246, m.nt. ALM, zie voor voorbeelden van 'klemmende redenen' M.J.A. Plaisier, Verstek in strafzaken, Deventer 1999, p. 213-215.

¹⁷ J.A.W. Lensing en J.P. Balkema, Bijstaan van de afwezige verdachte, Advocatenblad 1985, p. 499-501; A.C. 't Hart en J.B.H.M. Simmelink, De verdachte en zijn raadsman: ont koppeling van een koppel, in: Ch.J. Enschedé e.a. (red.), Naar eer en geweten, Arnhem 1987, p. 165-179 en C.F. Rüter, De zaak Colozza, AA 1986, p. 309-315. De EHRM-beslissingen waar door de auteurs op werd gedoeld waren: EHRM 25 april 1983, Publ. Ser. A Vol. 64 (Pakelli), EHRM 28 juni 1984, Publ. Ser. A Vol. 80 (Campbell and Fell) en EHRM 12 februari 1985, Publ. Ser. A Vol. 89 (Colozza). In deze laatste zaak oordeelde het EHRM dat het aanwezigheidsrecht onderdeel vormde van het recht op een 'fair trial'.

¹⁸ EHRM 22 september 1994, Publ. Ser. A Vol. 297-A, NJ 1994, 733, m.nt. Kn.

veroordeelde het EHRM Nederland wegens schending van art. 6 lid 1 jo. lid 3 sub c EVRM. De dragende overwegingen van het EHRM in de Lala-zaak luiden:

'33. The case-law in question may, however - as the Government argued - well be understood to serve the above purpose, because, as this Court pointed out in its *Poitrimol* judgment (*loc. cit.*, p. 15, §§ 35), in the interests of a fair and just criminal process it is of capital importance that the accused should appear at his trial. As a general rule, this is equally true for an appeal by way of rehearing. However, it is also of crucial importance for the fairness of the criminal justice system that the accused be adequately defended, both at first instance and on appeal, the more so if, as is the case under Netherlands law, no objection may be filed against a default judgment given on appeal. In the Court's view the latter interest prevails. Consequently, the fact that the defendant, in spite of having been properly summoned, does not appear, cannot - even in the absence of an excuse - justify depriving him of his right under Article 6 § 3 of the Convention to be defended by counsel.

34. Nor can the Court accept the Government's argument that the applicant cannot claim to be a victim of an interference with his rights under the said provisions because his counsel failed to ask the court's permission, in accordance with the relevant rule of Netherlands criminal procedure, to defend the accused (see paragraph 21 above). Everyone charged with a criminal offence has the right to be defended by counsel. For this right to be practical and effective, and not merely theoretical, its exercise should not be made dependant on the fulfilment of unduly formalistic conditions: it is for the courts to ensure that a trial is fair and, accordingly, that counsel who attends trial for the apparent purpose of defending the accused in his absence, is given the opportunity to do so.³⁵ In conclusion, there has been a violation of Article 6 § 1 taken together with Article 6 § 3 (c).'

Aldus maakte het EHRM een afweging tussen twee conflicterende belangen: het belang van de verdachte om ter terechtzitting aanwezig te zijn en het recht van de verdachte om zijn verdediging naar eigen inzicht te voeren zelfs wanneer hij er de voorkeur aan geeft niet ter zitting te verschijnen. Sinds deze arresten werd aan de raadsman op diens verzoek het woord ter verdediging gegeven wanneer zijn cliënt niet op zitting verscheen.

Naar aanleiding van deze zaken stelde Myjer voor de rechtsmiddelenregeling te wijzigen.²⁰ Ook Knigge toonde zich voorstander van aanpassing van de wettelijke regeling. In zijn annotatie bij de Lala-zaak

¹⁹ EHRM 22 september 1994, Publ. Ser. A Vol. 297-B, NJB 1995, nr. 17, p. 237.

²⁰ B.E.P. Myjer, Verstek maar niet verstoken van rechtsbijstand, NJB 1994, p. 1237.

concentreert hij zich daarbij op de wettelijke regeling van het onderzoek ter terechtzitting. Hij wijst erop ‘dat het verlenen van verstek en het weer vervallen verklaren daarvan zijn geworden tot formaliteiten die hun oorspronkelijke betekenis hebben verloren’.

De wetgever is vervolgens inderdaad in actie gekomen. In april 1996 werd wetsvoorstel 24 692 ingediend met daarin onder meer nieuwe bepalingen omtrent het verstek. Als reden voor dit wetsvoorstel noemt de memorie van toelichting in de eerste plaats de intussen ontwikkelde rechtspraak inzake het optreden van de raadsman bij verstek. Ten tweede treft men als reden aan dat de mogelijkheden van tenuitvoerlegging van verstekvonnissen verbetering behoeven. Bij dit soort vonnissen is vaak allerm minst duidelijk wanneer de verdachte kan worden geacht op de hoogte te zijn gekomen van de einduitspraak met als gevolg dat de aanvang van de appèltermijn lastig kan worden vastgesteld.²¹ En daardoor ontstaat vervolgens weer onduidelijkheid omtrent het in kracht van gewijsde gaan van de einduitspraak. Ten derde blijkt uit de memorie van toelichting dat de regeling de mogelijkheden voor een procedure op tegenspraak vergroot: de verdachte die niet aanwezig wil zijn, krijgt immers toch de volledige gelegenheid zijn verdediging te doen voeren.²² In de vierde plaats blijkt uit de toelichting dat volgens de wetgever door het verruimen van de mogelijkheid dat de raadsman voor zijn afwezige cliënt ter terechtzitting optreedt, een toereikende en adequate verdediging mogelijk is. Aldus hebben naast efficiëntie-overwegingen ook nadrukkelijk argumenten in verband met de kwaliteit van het geding aan de regeling ten grondslag gelegen.²³

2.2 Huidige wettelijke regeling op hoofdlijnen

Bij de in 1998 ingevoerde regeling met betrekking tot de verdediging van de afwezige verdachte is duidelijk *niet* gekozen voor uitbreiding van de vertegenwoordigingsbevoegdheid zoals die geldt bij kantonrechterzaken en ook bij rechtbankzaken in geval van lichte misdrijven waar geen gevangenisstraf op is gesteld.²⁴ Door een dergelijke uitbreiding zou immers kunnen worden bereikt dat – omdat de

²¹ Kamerstukken II 1995/96, 24 692, nr. 3, p. 8-9.

²² Kamerstukken II 1995/96, 24 692, nr. 3, p. 12 en Kamerstukken I 1996/97, 24 692, nr. 228b, p. 4.

²³ De minister merkt in de memorie van antwoord op dat in de memorie van toelichting ‘– achteraf bezien wellicht iets te sterk – nadruk is gelegd op de mogelijkheid tot verbetering van de tenuitvoerlegging van strafvonnissen’, Kamerstukken I 1996/97, 24 692, nr. 228b, p. 4.

²⁴ De invoering van de nieuwe verstekregeling heeft ertoe geleid dat de vertegenwoordigingsbevoegdheid bij die categorie rechtbankfeiten is komen te vervallen (art. 270-oud Sv).

vertegenwoordiger de plaats van de verdachte inneemt – sprake is van een procedure op tegenspraak zodat de verdachte mag worden geacht op de hoogte te zijn van de zittingsdag en de uitspraak. Bezwaren van het openbare ministerie en de Nederlandse Orde van Advocaten, met als belangrijkste bezwaar de onwenselijkheid – vooral bij zware zaken – dat bij vertegenwoordiging de verklaring van de raadsman zou moeten gelden als die van de verdachte, hebben de minister uiteindelijk van deze uitbreiding doen afzien.²⁵

²⁵ Kamerstukken II 1995/1996, 24 692, nr. 3, p. 12. Toch treft men de vertegenwoordigingsgedachte nog op diverse plaatsen in de wet en de memorie van toelichting aan, zie J. Wöretshofer, Verdediging bij afwezige verdachte, DD 1998, p. 1038.

Ook is niet geopteerd voor een regeling met een verschijningsplicht voor de verdachte. Aanwezigheid van de verdachte ter zitting betekent immers nog niet dat deze ook bereid is een verklaring af te leggen of dat zijn medewerking aan het onderzoek kan worden afgedwongen. Een met de sterke arm afgedwongen aanwezigheid van de verdachte moest zich beperken tot die gevallen waarin de aanwezigheid in het belang van het onderzoek is.²⁶ Verder voelde de wetgever weinig voor een codificatie van de sinds Lala en Pelladoah ontstane rechtspraak waarbij de verdachte de mogelijkheid had gekregen zich bij verstek door een raadsman te laten verdedigen.

Uiteindelijk is gekozen voor een regeling die haar basis vindt in art. 279 Sv. Dit artikel luidt:

‘1. De verdachte die niet is verschenen, kan zich ter terechtzitting laten verdedigen door een advocaat die verklaart daartoe uitdrukkelijk te zijn gemachtigd. De rechtbank stemt daarmee in, onverminderd het bepaalde in artikel 278, tweede lid.

2. De behandeling van de zaak tegen de verdachte die zijn advocaat tot zijn verdediging heeft gemachtigd, geldt als een procedure op tegenspraak.’

Art. 278 lid 2 Sv waarnaar in het eerste lid wordt verwezen ziet op de mogelijkheid te bevelen dat de verdachte in persoon zal verschijnen, desgewenst met een last tot medebrenging.

De gekozen systematiek leidt ertoe dat drie soorten behandelingen ter terechtzitting kunnen worden onderscheiden. In de eerste plaats is dat de procedure waarbij de verdachte zelf aanwezig is en die derhalve op tegenspraak wordt gevoerd. Ten tweede is er de behandeling bij verstek waarbij geen rol voor de raadsman is weggelegd. Tot slot, en nieuw, is er de procedure waar de verdediging van de afwezige verdachte wordt gevoerd door een daartoe uitdrukkelijk gemachtigde advocaat. Ook deze procedure geldt blijkens art. 279 lid 2 Sv als procedure op tegenspraak.²⁷

²⁶ Kamerstukken II 1995/96, 24 692, nr. 3, p. 12 en Kamerstukken II 1996/97, 24 692, nr. 6, p. 5.

²⁷ Zie voor kritiek op deze fictie van tegenspraak en de invulling van het begrip contradictoir J. de Hullu en M.J.A. Plaisier, Een contradictoir geding bij verstek?, DD 1996, p. 623-625. De minister van Justitie acht de aanwezigheid van de verdachte niet

bepalend voor de vraag of sprake is van een contradictoir geding. Zij acht de mogelijkheid van hoor en wederhoor doorslaggevend, Kamerstukken II 1996/97, 24 692, nr. 6, p. 8-9.

Uit het bovenstaande volgt dat de verdachte die zelf niet wenst te verschijnen en zijn zaak toch wil laten verdedigen daartoe uitdrukkelijk een advocaat dient te machtigen. Indien de advocaat zich op een dergelijke machtiging beroept dan dient de rechter deze te accepteren, tenzij hij het wenselijk acht dat de verdachte zelf ter zitting verschijnt. In het geval de afwezige verdachte zijn advocaat niet uitdrukkelijk heeft gemachtigd ter verdediging en de rechter geen aanleiding ziet de verschijning van de verdachte te bevelen, dient de rechter verstek te verlenen. De parlementaire geschiedenis maakt duidelijk dat in zo'n situatie de niet tot de verdediging gemachtigde raadsman bij aanvang van de zitting wel het woord kan worden verleend om opheldering te verschaffen omtrent de afwezigheid van de verdachte of voor het bepleiten van schorsing van het onderzoek.²⁸ Dit laatste moet worden gezien in het licht van de verwezenlijking van het aanwezigheidsrecht van de verdachte. De rechter is gehouden op een dergelijk verzoek uitdrukkelijk te beslissen. Voor een afwijzing met als motivering dat het niet aan de verdachte is om het tijdstip te bepalen waarop de behandeling kan plaatsvinden is geen plaats meer.²⁹

De regeling van art. 279 Sv heeft in de literatuur op felle kritiek kunnen rekenen. Als belangrijkste kritiepunten kwamen naar voren: de vraag of verdediging bij verstek door art. 279 Sv wordt uitgesloten, de vraag of de moeilijkheden met betrekking tot executie van verstekvonnissen door de nieuwe regeling worden opgelost, het nut van de machtigingsregeling in verband met de beoogde verbetering van de positie van de verdediging en de kwaliteit van het onderzoek ter terechtzitting, het vormvrije karakter van de machtiging en de reikwijdte van de bevoegdheden van de gemachtigde raadsman. In de onderstaande paragrafen zullen deze en andere punten bij de behandeling van de diverse onderdelen van de nieuwe regeling aan de orde worden gesteld.

2.3 Kritiepunten

2.3.1 Aanwezigheidsrecht in de rechtspraak van het EHRM

In paragraaf 2.1 bleek al dat het EHRM belang hecht aan het aanwezigheidsrecht. In verband met de verstekregeling is vooral van belang welke uitzonderingen op het aanwezigheidsrecht door het EHRM

²⁸ Kamerstukken II 1995/96, 24 692, nr. 3, p. 14.

²⁹ In deze zin nog HR 26 februari 1985, NJ 1985, 567.

worden geaccepteerd alsmede de vraag onder welke omstandigheden verdachte kan worden geacht afstand te hebben gedaan van zijn aanwezigheidsrecht. Zo bezien is de Straatsburgse rechtspraak dus bepalend voor de vraag of de rechter wel mag toekomen aan behandeling van de zaak bij verstek en daarmee dus tevens relevant voor dit onderzoek.

Het EHRM stelt zich op het standpunt dat het aanwezigheidsrecht geen absoluut recht is.³⁰ In de reeds eerder genoemde Colozza-zaak oordeelde het Hof een behandeling bij verstek niet in strijd met het EVRM: 'the impossibility of holding a trial by default may paralyse the conduct of criminal proceedings'. Daarmee geeft het aan oog te hebben voor de noodzakelijke snelheid waarmee een proces plaats moet vinden. Daarbij past dan wel de kanttekening dat een verdachte die niet bekend is met de tegen hem ingestelde strafvervolging recht heeft op een 'fresh determination of the merits of the charge'.³¹

Daarnaast bestaat zoals gezegd voor de verdachte de mogelijkheid om afstand te doen van het aanwezigheidsrecht maar zo'n 'waiver of the exercise of a right guaranteed by the Convention must be established in a unequivocal manner'. Dit betekent dat een verdachte uitdrukkelijk moet aangeven af te zien van zijn aanwezigheidsrecht. Hij kan dit in beginsel alleen maar wanneer de dagvaarding hem ook heeft bereikt. Op grond van deze redenering kan men zich afvragen of in geval de raadsman gemachtigd is de verdediging te voeren, terwijl de cliënt niet bekend is met de zittingsdag zonder meer mag worden aangenomen dat dit niet-verschijnen een afstand van het aanwezigheidsrecht oplevert.³²

In de Colozza-zaak was hiervan geen sprake aangezien de dagvaarding niet in persoon was betekend en het verder ook alles behalve duidelijk was of de verdachte wist van de tegen hem ingestelde strafvervolging. Hij had weliswaar nagelaten de justitiële instanties op de hoogte te brengen van zijn adreswijziging, maar dit nalaten betekende volgens het EHRM nog niet dat hij daardoor zijn aanwezigheidsrecht had verspeeld. Alleen als de justitiële instanties zich voldoende hebben ingespannen om de verdachte te informeren omtrent de zittingsdatum, is – zo zou men uit de Colozza-zaak kunnen afleiden – de inbreuk op het aanwezigheidsrecht te rechtvaardigen.

Indien geen sprake is van een duidelijke waiver behoeft de verstekbehandeling niet zonder meer in strijd te zijn met art. 6 EVRM. Doorgaans zal geen verdragsschending worden aangenomen wanneer de

³⁰ EHRM 23 november 1993, NJ 1994, 393, m.nt. Kn (Poitrimol).

³¹ EHRM 12 februari 1985, Publ. Ser. A Vol. 89 (Colozza), par. 29.

³² In deze zin ook P. Ingelse, Onrust over de gemachtigde raadsman, NJB 2002, p. 2186.

verdachte alsnog recht heeft op een nieuwe behandeling ('fresh determination') in zijn aanwezigheid na aanwending van het openstaande rechtsmiddel tegen het verstekvonnis.

Voorts geeft de rechtspraak van het EHRM een casuïstisch beeld van zaken die ondanks het ontbreken van een duidelijke waiver geen schending van het aanwezigheidsrecht van art. 6 EVRM opleveren. In dit verband mag de zaak *De Groot* niet onvermeld blijven.³³ In deze zaak oordeelde het EHRM dat de procedure in hoger beroep voldeed aan de vereisten van art. 6 EVRM ondanks het feit dat de verdachte niet bij zijn berechting in hoger beroep aanwezig was. Dit oordeel was onder andere gebaseerd op het feit dat de raadsman in staat was gesteld de verdediging te voeren en het gegeven dat de justitiële autoriteiten hadden geprobeerd de appèldagvaarding uit te reiken op het adres dat de verdachte nota bene zelf aan de rechter-commissaris had opgegeven. Daar kwam nog bij dat de verdachte in eerste aanleg wel bij de behandeling van de zaak aanwezig was geweest. Kennelijk had de verdachte de onbekendheid met de zittingsdatum voor de appèlbehandeling aan zichzelf te wijten. De daaruit voortvloeiende afwezigheid tijdens die behandeling vond voldoende compensatie in de andere omstandigheden waardoor het proces 'as a whole' toch als 'fair' kon worden bestempeld.

Vervolgens is er nog rechtspraak in verband met de vraag in hoeverre het optreden van de raadsman de afwezigheid van de verdachte kan compenseren en aldus schending van art. 6 EVRM kan voorkomen. De wat oudere zaak *Kremzov* leert dat art. 6 EVRM niet geschonden is in een procedure waarin alleen rechtsvragen aan de orde zijn en verder geen feitelijke zaken meer spelen en waarbij de verdachte niet aanwezig mag zijn maar wel zijn raadsman.³⁴ Maar aanwezigheid van de raadsman is niet altijd een voldoende compensatie. In de zaak *F.C.B. tegen Italië* besliste het EHRM namelijk dat de inbreuk op het aanwezigheidsrecht een schending van art. 6 EVRM betekende, hoewel ook in deze zaak een raadsman ter zitting het woord had mogen voeren.³⁵ Ook de zaak *Botten* illustreert dat aanwezigheid van een raadsman niet altijd voldoende compenserend werkt.³⁶ De verdachte in deze zaak was in eerste aanleg vrijgesproken. In hoger beroep werd deze beslissing vernietigd en werd verdachte veroordeeld omdat het desbetreffende gerecht de delictsomschrijving anders interpreteerde dan de rechter in eerste aanleg had gedaan. Ondanks het feit dat de rechter in hoger beroep gebonden was aan de in eerste aanleg vastgestelde feiten, was het EHRM van oordeel dat het in hoger beroep niet alleen om rechtsvragen ging. De beroepsrechter moest immers vaststellen of er schuld in de zin van de desbetreffende bepaling aanwezig was. De beroepsrechter had bovendien de uitdrukkelijke bevoegdheid om feitenonderzoek te doen, bijvoorbeeld met het oog op de strafoplegging. Daar kwam nog bij dat de

³³ EHRM 23 februari 1999, NJ 1999, 641.

³⁴ EHRM 21 september 1993, NJ 1994, 359, par. 63.

³⁵ EHRM 28 augustus 1991, Publ. Ser. A vol. 208-B.

³⁶ EHRM 19 februari 1996, appl. no. 00016206/90.

uitkomst van de zaak grote gevolgen voor de carrière kansen van de verdachte zou hebben. Ook in deze casus oordeelde het EHRM de aanwezigheid van de raadsman evenals het feit dat de verdachte zelf niet had aangegeven ter zitting aanwezig te willen zijn, onvoldoende compenserend. De beroepsrechter had zich – aldus het EHRM – actief moeten opstellen om het aanwezigheidsrecht van de verdachte te garanderen.

De rechtspraak van het EHRM geeft al met al een diffuus beeld. Bovendien maakt het casuïstische karakter van de Straatsburgse rechtspraak het moeilijk om algemene conclusies voor de Nederlandse rechtspraak te trekken.

2.3.2 Aanwezigheidsrecht in de Nederlandse rechtspraak; aanhouding ter effectuering

Hoewel de wet de verdachte de mogelijkheid biedt zijn raadsman te machtigen tot het voeren van de verdediging, is uiteraard goed denkbaar dat verdachte er prijs op stelt zelf de behandeling van zijn zaak bij te wonen maar niet op de hoogte is van de zittingsdag of wel daarvan weet heeft, maar door bijzondere omstandigheden niet in de gelegenheid is de behandeling bij te wonen. In dit soort gevallen kan de rechterlijke bevoegdheid tot aanhouding de verdachte alsnog de gelegenheid geven zijn aanwezigheidsrecht te effectueren.³⁷

Aanvankelijk toonde de Hoge Raad zich bij verdachten die van de zittingsdag op de hoogte waren geen enthousiast voorstander van het gebruik van de aanhoudingsbevoegdheid. Vaak bezigde de Hoge Raad termen als ‘dat een behandeling van een strafzaak niet slechts mag plaatsvinden ten tijde waarop het verdachte gelegen komt ter zitting aanwezig te zijn’.³⁸

Vanaf 1994 is daar geleidelijk aan verandering in gekomen. Sindsdien stelt de Hoge Raad zich op het standpunt dat redelijke verzoeken in beginsel dienen te worden gehonoreerd. Hij verwijst daarbij naar art. 6 EVRM. Dit betekent bijvoorbeeld dat bij ziekte van de verdachte doorgaans aanhouding zal plaatsvinden, tenzij sprake is van bijzondere omstandigheden als gevolg waarvan het belang van strafvordering dient te prevaleren. In dit verband kan men denken aan het beginsel van berechting binnen redelijke termijn dat bij het (opnieuw) aanhouden van de zaak ernstig in het gedrang kan komen.³⁹ Van Dorst spreekt hier van een dubbele redelijkheidstoets: niet alleen de verdachte moet in redelijkheid verhinderd zijn maar ook het verzoek tot aanhouding zelf dient redelijk te zijn.⁴⁰

Recent heeft de Hoge Raad een arrest gewezen waarin de uit eerdere rechtspraak al bekende regels

³⁷ Knigge wijst in dit kader op het cruciale karakter van deze bevoegdheid, G. Knigge, Over inzichtelijke wetssystematiek; opmerkingen naar aanleiding van wetsontwerp 24 692, DD 1996, p. 1001.

³⁸ HR 26 februari 1985, NJ 1985, 567.

³⁹ HR 1 november 1994, NJ 1995, 86.

⁴⁰ Conclusie bij HR 19 november 1996, NJ 1997, 191.

inzake de betekening van de dagvaarding en het aanwezigheidsrecht nog eens in onderling verband zijn samengebracht.⁴¹

Rechtsgevolgen niet-naleving betekeningvoorschriften

⁴¹ HR 12 maart 2002, NJ 2002, 317, m.nt. Sch.

In verband met de rechtsgevolgen van niet-naleving van de betekeningsvoorschriften overweegt de Hoge Raad dat een nietigheid van de dagvaarding alleen aan de orde is indien de verdachte niet is verschenen ter terechtzitting. Wanneer er wel een raadsman verschijnt, maar deze niet klaagt over betekeningsverzuimen, moet worden afgeleid dat de verdachte vrijwillig afstand heeft gedaan van zijn aanwezigheidsrecht (r.o. 3.26).⁴² Dit laatste geldt ook indien na schorsing van het onderzoek ter terechtzitting de oproeping voor de nadere zitting aan de verdachte in persoon is betekend dan wel op die nadere terechtzitting door de aldaar aanwezige verdachte of – bij zijn afwezigheid – door zijn raadsman geen beroep is gedaan op de nietigheid van de dagvaarding of oproeping(en) voor de eerdere terechtzittingen (r.o. 3.27). De Hoge Raad ziet derhalve hier een duidelijke rol weggelegd voor de raadsman.

De Hoge Raad formuleert ook regels voor het hoger beroep waar niet alleen de geldigheid van de appèldagvaarding maar ook die van de inleidende dagvaarding aan de orde is. Wanneer die betekening van de inleidende dagvaarding niet op wettige wijze heeft plaatsgevonden en de verdachte noch zijn raadsman is verschenen op de zitting in eerste aanleg, dan dient de appèlrechter deze dagvaarding nietig te verklaren, behalve indien hij op de voet van art. 422a Sv de zaak aan zich houdt.⁴³ Nietigverklaring van de inleidende dagvaarding is niet aan de orde wanneer de appèldagvaarding aan de verdachte in persoon is betekend en de verdachte of zijn raadsman niet is verschenen op de terechtzitting in hoger beroep of wanneer daar niet is geklaagd over de betekening van de inleidende dagvaarding. Uit

⁴² Reeds in par. 2.3.1. is bij de bespreking van de Straatsburgse rechtspraak inzake het aanwezigheidsrecht opgemerkt dat het op zich de vraag is of in het geval dat de raadsman gemachtigd is de verdediging te voeren, terwijl de cliënt niet bekend is met de zittingsdag, zonder meer mag worden aangenomen dat dit niet-verschijnen een afstand van het aanwezigheidsrecht oplevert.

⁴³ Art. 422a Sv bepaalt dat wanneer de inleidende dagvaarding op een andere grond dan wegens een aan de tenlastelegging klevend gebrek nietig had behoren te worden verklaard, het gerechtshof na instemming van de advocaat-generaal en de verdachte de zaak toch zelf mag afdoen.

laatstgenoemde omstandigheid mag worden afgeleid dat verdachte alsnog vrijwillig afstand heeft gedaan van zijn aanwezigheidsrecht in eerste aanleg (r.o. 3.29). Ook hier benadrukt de Hoge Raad de noodzaak van een actieve opstelling van de raadsman.

In verband met het aanwezigheidsrecht formuleert de Hoge Raad verder nog een aantal aanvullende regels. Hij maakt hierbij een onderscheid tussen de regels in eerste aanleg en in hoger beroep.

Eerste aanleg

Wat betreft de eerste aanleg leert dit arrest dat indien de dagvaarding van een verdachte die is ingeschreven in een GBA of wiens feitelijke woon- of verblijfplaats in Nederland of wiens adres in het buitenland bekend is, rechtsgeldig is betekend *en de verdachte noch zijn raadsman ter zitting is verschenen*, de rechter – behoudens duidelijke aanwijzingen van het tegendeel – kan uitgaan van het vermoeden dat de verdachte *vrijwillig* afstand heeft gedaan van zijn recht om in zijn tegenwoordigheid te worden berecht.⁴⁴ Maar ook indien de dagvaarding van een persoon die geen bekende woon- of verblijfplaats heeft, overeenkomstig de wettelijke regels is betekend mag de rechter overgaan tot berechting van de zaak. In die situatie moet het recht van de verdachte op berechting in zijn tegenwoordigheid worden afgewogen tegen het algemeen belang, in het bijzonder het belang van een behoorlijke rechtspleging, waaronder de afdoening van de zaak binnen redelijke termijn. Dat belang komt snel in beeld bij de verdachte zonder vaste woon- of verblijfplaats. De Hoge Raad voegt hier aan toe dat indien in eerste aanleg de rechter in een dergelijke situatie tot berechting bij verstek is overgegaan, voor de verdachte steeds een rechtsmiddel openstaat, nadat hij van het vonnis in eerste aanleg op de hoogte is gekomen, zodat hij in de gelegenheid is zijn zaak opnieuw te laten beoordelen ('fresh determination'). In dat geval mag volgens de Hoge Raad van hem worden verwacht dat hij de in het maatschappelijk verkeer gebruikelijke maatregelen neemt om te voorkomen dat de appèldagvaarding hem niet bereikt of de inhoud daarvan niet te zijner kennis komt.

Deze passages, die ontleend zijn aan overweging 3.33, maken duidelijk bij een juiste betekening van dagvaarding de rechter – *behoudens duidelijk aanwijzingen van het tegendeel* – mag uitgaan van het vermoeden dat sprake is van vrijwillige afstand van het aanwezigheidsrecht. Een afweging van het aanwezigheidsrecht tegen het algemeen belang dient te worden gemaakt wanneer de verdachte geen vaste woon- of verblijfplaats heeft. Daarbij betreft de Hoge Raad de mogelijkheid rechtsmiddelen aan te wenden en de verplichting voor de verdachte om vervolgens actief de overheid op de hoogte te houden van zijn woon- of verblijfplaats.

⁴⁴ Zo ook HR 14 oktober 1997, NJ 1998, 136, HR 3 maart 1998, NJ 1998, 500 en HR 3 november 1998, NJ 1999, 123.

Belangrijk is dat de Hoge Raad in aanvulling op deze hoofdregels situaties noemt waarin *in de regel schorsing behoort plaats te hebben*. Dit is in de eerste plaats aan de orde indien op de terechtzitting blijkt dat de verdachte op dat moment uit andere hoofde is gedetineerd. Ten tweede is schorsing aangewezen wanneer de verdachte geen vaste woon- of verblijfplaats heeft en betekening ter griffie heeft plaatsgevonden, terwijl ten tijde van de uitreiking een postbusnummer van de verdachte bekend is waarheen *niet* een afschrift van de dagvaarding is verzonden. De oproeping voor de nadere zitting dient dan naar die postbus te worden gestuurd. Ten derde komt schorsing in beeld indien het adres van de verdachte in het buitenland bekend is, en hetzij blijkt dat bij de toezending van de dagvaarding aan de verdachte de ter zake geldende verdragsverplichtingen niet zijn nageleefd of het ernstige vermoeden bestaat dat de buitenlandse autoriteit of instantie geen uitvoering heeft gegeven aan het verzoek tot uitreiking van de dagvaarding.

Hoger beroep

Inzake de behandeling van de zaak in hoger beroep formuleert de Hoge Raad het uitgangspunt dat wanneer dit rechtsmiddel wordt aangewend rekening moet worden gehouden met de *waarschijnlijkheid* dat de verdachte van zijn aanwezigheidsrecht gebruik wil maken. Indien het hoger beroep door verdachte wordt ingesteld mag wel van hem worden verwacht dat hij maatregelen neemt om te voorkomen dat de appèldagvaarding hem niet bereikt. Dit betekent onder meer dat hij zich bereikbaar houdt voor zijn raadsman, die uit eigen hoofde een afschrift van de appèldagvaarding ontvangt indien hij zich in hoger beroep heeft gesteld of is toegevoegd.⁴⁵ Op deze wijze komt de verdachte in voorkomende gevallen immers eveneens op de hoogte van het tijdstip van de behandeling van de zaak.

Uit het ‘waarschijnlijkheidsuitgangspunt’ volgt volgens de Hoge Raad ook dat de appèlrechter niet op de enkele grond dat de verdachte niet op de terechtzitting is verschenen kan aannemen dat deze van zijn recht om in zijn tegenwoordigheid te worden berecht vrijwillig afstand heeft gedaan indien a. door of namens de verdachte bij het instellen van het hoger beroep in de appèlakte een ander adres is opgegeven dan dat waarop hij is ingeschreven in de GBA, en b. na het instellen van het rechtsmiddel door of namens de verdachte met het oog op de ontvangst van de appèldagvaarding een van het GBA-adres afwijkende woon- of verblijfplaats is opgegeven aan het parket van de hogere instantie.⁴⁶ In beide

⁴⁵ In de praktijk blijkt dat hier overigens nogal eens zaken mis gaan: ondanks het feit dat de raadsman zich in hoger beroep heeft gesteld of is toegevoegd, ontvangt hij soms abusievelijk geen afschrift van de appèldagvaarding.

⁴⁶ T.a.v. de behandeling in eerste aanleg stelde de Hoge Raad zich op het standpunt dat het opgeven van een van het (formele) GBA-adres afwijkend feitelijk adres bij de *politie* geen uitdrukkelijke aanwijzing oplevert voor het feit dat de verdachte van zijn aanwezigheidsrecht gebruik wenst te maken. Een duidelijk signaal om wel van het

gevallen mag pas worden aangenomen dat de verdachte vrijwillig afstand heeft gedaan van zijn aanwezigheidsrecht wanneer een afschrift van de appèldagvaarding is verzonden aan het in de appèlakte onderscheidenlijk de nadere opgave vermelde adres. Op deze laatste regel bestaat evenwel weer een uitzondering wanneer bijvoorbeeld op grond van de gegevens die aan het licht zijn gekomen bij de betekening van de appèldagvaarding, zoals een nieuw GBA-adres, als vaststaand kan worden aangenomen dat het eerder opgegeven adres achterhaald is.

aanwezigheidsrecht gebruik te willen maken is het vermelden van een afwijkend adres bij het instellen van het hoger beroep. Over deze aanwijzingen: HR 26 november 1996, NJ 1997, 279.

Ook ten aanzien van de verdachte die tijdens detentie zijn rechtsmiddel instelde geldt het uitgangspunt van waarschijnlijkheid dat hij in hoger beroep van zijn aanwezigheidsrecht gebruik wil maken. Een appèlbehandeling is in zo'n situatie pas mogelijk nadat is onderzocht of die detentie voortduurt ten tijde van de behandeling van het beroep en deze op enigerlei wijze aan zijn verschijning ter terechtzitting in de weg staat.⁴⁷ Blijkt tijdens dat onderzoek dat de verdachte ten tijde van de behandeling van de zaak nog gedetineerd is, dan dient de behandeling te worden geschorst om hem in de gelegenheid te stellen om alsnog bij het onderzoek ter terechtzitting aanwezig te zijn, tenzij hij uitdrukkelijk afstand heeft gedaan van zijn aanwezigheidsrecht. Wanneer bij de betekening van de appèldagvaarding is gebleken dat de verdachte toen niet meer was gedetineerd, kan zo'n nader onderzoek achterwege blijven.

2.3.3 Rechtspraak van EHRM en Hoge Raad vergeleken

Wanneer men de sterk op de casus toegesneden rechtspraak van het EHRM vergelijkt met die van de Hoge Raad valt op dat de laatste eerder geneigd lijkt afstand van het aanwezigheidsrecht aan te nemen dan het EHRM. Uit het hierboven besproken 'kader'-arrest van de Hoge Raad blijkt immers dat afstand van het aanwezigheidsrecht in beginsel ook mag worden aangenomen zonder dat de verdachte

⁴⁷ Zo ook al HR 14 oktober 1997, NJ 1998, 136.

nadrukkelijk afstand heeft gedaan. Slechts indien duidelijke aanwijzingen van het tegendeel voorhanden zijn ligt dit anders. In de literatuur zijn dan ook kanttekeningen geplaatst bij de verenigbaarheid van de Nederlandse rechtspraak met de Straatsburgse normen.⁴⁸

⁴⁸ J.D. den Hartog, Artikel 6 EVRM: grenzen aan het streven de straf eerder op de daad te doen volgen, Antwerpen-Apeldoorn 1992, p. 167/168 en uitgebreid H.M.E. Laméris-Tebbenhoff Rijnenberg, Dagvaarding en berechting in aanwezigheid. De Nederlandse betekenisregeling in rechtshistorisch en Europees perspectief, Amsterdam 1998, p. 8-24 en dezelfde auteur in M.S. Groenhuijsen en G. Knigge (red.), Het onderzoek ter terechtzitting, eerste interimrapport onderzoeksproject Strafvordering 2001, Groningen 1999, p. 107-109.

Vaststaat dat het EHRM weliswaar geen moeite heeft met ondubbelzinnige afstand van het aanwezigheidsrecht, maar over de vraag wanneer precies sprake is van zo'n ondubbelzinnige afstand bestaat geen echte duidelijkheid. Zo volgt uit het reeds genoemde De Groot-arrest dat voor rechtsgeldige afstand van het aanwezigheidsrecht noodzakelijk is dat de verdachte een 'notification in person' heeft ontvangen.⁴⁹ Wat zo'n berichtgeving dan moet inhouden is niet geheel duidelijk. Mogelijk dient men deze eis op te vatten als een harde voorwaarde dat de verdachte van de zittingsdatum op de hoogte moet zijn gebracht. In een andere uitleg zou de bekendmaking dat tegen de verdachte een strafvervolgning is ingesteld voldoende zijn als uit andere omstandigheden ondubbelzinnig blijkt dat verdachte afziet van verschijning ter zitting. Tegen deze achtergrond rijst de vraag of een mislukte aanbieding op het GBA-adres wel als een 'notification in person' kan worden gezien met daaraan gekoppeld de vraag of in die situatie wel sprake kan zijn van een 'waiver' wanneer de verdachte bij de politie een ander adres heeft achtergelaten. Vergelijkbare, hier niet nader te bespreken, kanttekeningen kunnen worden geplaatst – ondanks de strengere eisen – bij de benadering van de Hoge Raad in hoger beroep.⁵⁰

2.3.4 Contradictoire procedure?

Het recht op tegenspraak – dat als belangrijk onderdeel van een contradictoire behandeling moet worden gezien – bestaat niet alleen uit het recht van de verdachte om in zijn aanwezigheid te worden berecht, maar ook uit het recht zich tijdens de behandeling door een raadsman te laten bijstaan. In art. 279 Sv ligt de fictie besloten dat een verdediging door een gemachtigd raadsman heeft te gelden als een contradictoire behandeling. Daarmee wordt volgens sommige auteurs miskend dat de aanwezigheid van de verdachte ter zitting een onmisbare voorwaarde vormt voor een contradictoire behandeling.⁵¹ Van de andere kant wordt wel de vraag opgeworpen of de aanwezigheid van de verdachte wel zo'n onmisbaar onderdeel is van de contradictoire behandeling. Immers, het Nederlandse recht kent, behoudens na een bevel tot medebrenging, geen aanwezigheidsplicht voor de verdachte. In deze visie is de regeling een duidelijke verbetering ten opzichte van de situatie vóór 1998 in de gevallen waarin de verdachte er zelf nadrukkelijk voor kiest om niet op de zitting te verschijnen en bewust aan zijn raadsman

⁴⁹ EHRM 23 februari 1999, NJ 1999, 641.

⁵⁰ Zie uitgebreid M.S. Groenhuijsen en G. Knigge (red.), *Het onderzoek ter terechtzitting, eerste interimrapport onderzoeksproject Strafvordering 2001*, Groningen 1999, p. 107/108.

⁵¹ J. de Hullu en M.J.A. Plaisier, *Een contradictoir geding bij verstek?*, DD 1996, p. 623-625 en T. Spronken, *Verdediging*, Deventer 2001, p. 305-306.

de verdediging overlaat. Er is dan volop de gelegenheid om aan de rechter de visie van de cliënt voor te leggen met betrekking tot het ten laste gelegde feit. Daarnaast kan de raadsman reageren op standpunten van de officier van justitie. Dit is ook de bedoeling van de wetgever geweest.⁵² In deze zin opgevat is sprake van een uitbreiding, namelijk voor de groep die bewust afziet van het aanwezigheidsrecht en een raadsman machtigt tot het voeren van de verdediging.

Een en ander betekent dat de rechter verzoeken tot uitstel van verdachten, die wel graag persoonlijk ter zitting willen verschijnen, maar dit op de vastgestelde zittingsdag niet kunnen, op hun inhoudelijkheid moet onderzoeken. In beginsel zal uitstel moeten worden toegestaan. Een uitzondering is denkbaar wanneer de (latere) effectuering van het aanwezigheidsrecht conflicteert met het belang van berechting binnen redelijke termijn.

⁵² Zie de opmerkingen van de minister n.a.v. vragen van D66 en GPV: Kamerstukken II 1996/97, 24 692, nr. 6, p. 8.

Orie merkt in dit verband op dat de praktijk inzake de ‘klemmende redenen-jurisprudentie’⁵³ leerde dat de rechter – zelfs indien substantiële vrijheidsstraffen of vrijheidsbenemende maatregelen aan de orde waren – zelden aanleiding vond om over te gaan tot oproeping van de verdachte, al dan niet onder het uitvaardigen van een bevel tot medebrenging. Waarom zou de rechter dan onder de nieuwe wetgeving op dit terrein anders gaan opereren, zo vraagt Orie zich af.⁵⁴ In het volgende hoofdstuk (par. 3.3) zal bij de bespreking van de praktijkervaringen nog op verzoeken tot aanhouding in verband met de effectuering van het aanwezigheidsrecht worden ingegaan.

2.3.5 Machtiging

Reden en reikwijdte

In de rechtspraak van het EHRM is nergens sprake van een machtigingsvereiste voor de gevallen dat de raadsman de verdediging van de afwezige verdachte wil voeren. Sterker nog, uit de Lala-zaak volgt dat de verdediging niet afhankelijk mag worden gesteld van ‘onnodige formalistische vereisten’. Het verbaast dan ook niet dat deze voorwaarde tijdens de parlementaire behandeling tot de nodige discussies heeft geleid. De minister achtte de vaststelling van de omstandigheid dat de raadsman gemachtigd is tot het voeren van de verdediging gewenst in verband met de daaraan verbonden gevolgen.

⁵³ De praktijk van vóór 1998.

⁵⁴ A.M.M. Orie, To be or not to be (re)present(ed), that’s the question, DD 1996, p. 1014.

Uit de machtiging kan volgens de wetgever immers in de eerste plaats impliciet worden afgeleid dat de verdachte kennelijk met de inhoud van de tenlastelegging en de datum van de zitting bekend is. In de rechtspraak is dit recent nog eens onderstreept.⁵⁵ Er is dan sprake van een fictieve toerekening. Dus ook in het geval er feitelijk geen contact heeft plaatsgevonden tussen raadsman en cliënt wordt de verdachte geacht met de zittingsdatum op de hoogte te zijn. Op deze vergaande fictie is kritiek geleverd. Er zijn immers tal van situaties denkbaar waarbij wel sprake is van een machtiging maar door omstandigheden

⁵⁵ HR 8 januari 2002, NJ 2002, 339, m.nt. Sch onder HR 23 april 2002, NJ 2002, 338. Enigszins anders E.S.G.N.A.I. van de Griend en A.M. van Woensel, *De gemachtigd raadsman ter terechtzitting*, Trema 1999, p. 46-52, m.n. p. 47/48 die stellen dat de raadsman zich dan over de bekendheid van zijn cliënt met de zittingsdatum zou moeten uitlaten. In laatste zin ook P. Ingelse, *Onrust over de gemachtigde raadsman*, NJB 2002, p. 2188 die uit NJ 2002, 339 afleidt dat de Hoge Raad *geen* fictie hanteert. Hij stelt dat zo'n fictie niet uit de overweging 'Uit het hiervoor weergegevene moet worden afgeleid dat de betrokkene tevoren bekend was met de terechtzitting van 11 februari 1997' kan worden afgeleid. Volgens hem is de Hoge Raad van oordeel dat de raadsman die meedeelt te zijn gemachtigd daarmee – in ieder geval in deze zaak – te kennen geeft dat hij met zijn cliënt over de zitting heeft gesproken. Schrijvers dezes hebben in de overwegingen van de Hoge Raad evenwel geen omstandigheden kunnen ontdekken die ook maar enigszins in de richting wijzen van contact over de zitting.

de zittingsdatum, of na aanhouding de voortgezette zittingsdatum, niet bij de verdachte bekend is.⁵⁶

Gevolg van de fictie is dat in beginsel de korte appèltermijn van art. 408 lid 1 Sv van toepassing is. Dit zou op zich een reden kunnen zijn waarom de gemachtigd raadsman ervan afziet namens zijn afwezige cliënt de verdediging te voeren. Overigens kan men zich afvragen of de raadsman zich doorgaans door dit soort juridische afwegingen zal laten leiden. Immers, het enkele feit dat de advocaat voor zijn optreden ter zitting een (forse)⁵⁷ financiële vergoeding tegemoet kan zien zal menigeen er mogelijk al toe doen besluiten gewoon ter zitting te verschijnen.

De korte appèltermijn is kennelijk niet van toepassing wanneer de zitting wordt geschorst en er geen nader contact tussen de raadsman en de verdachte meer plaatsvindt en de verdachte ook anderszins niet op de hoogte is geraakt van het moment waarop het onderzoek wordt voortgezet. Ook de minister merkt onder verwijzing naar de rechtspraak op dat dan de appèltermijn pas begint te lopen bij het bekend worden met het vonnis.⁵⁸ Kennelijk gaat de fictieve toerekening voor de eerste zittingsdag dus niet zo ver dat ook bij schorsing van de behandeling de verdachte geacht wordt te hebben vernomen wanneer de zitting zal worden voortgezet.

⁵⁶ J. de Hullu en M.J.A. Plaisier, Een contradictoir geding bij verstek?, DD 1996, p. 629 en T. Spronken, Verdediging, Deventer 2001, p. 311.

⁵⁷ Zeker de gekozen raadsman.

⁵⁸ Handelingen II 1996/97, p. 4511,

Ingelse gaat nog een stap verder. Hij leidt uit het arrest van HR 8 januari 2002, NJ 2002, 339 af dat de Hoge Raad overwoog dat de verdachte slechts *in dat specifieke geval* geacht kon worden op de hoogte te zijn met de nadere zitting en verwerpt daarmee de algemene fictie dat de machtiging impliceert dat de verdachte wordt geacht op de hoogte te zijn van de zittingsdag. Hij stelt dan ook dat de raadsman die meedeelt te zijn gemachtigd daarmee, in ieder geval in de betreffende zaak, te kennen geeft dat hij met zijn cliënt over de zitting heeft gesproken. Maar dat is, zo oordeelt hij, voor tegenspraak vatbaar.⁵⁹ In zijn visie kan de machtigingsvraag dus steeds worden losgekoppeld van de vraag of de verdachte op de hoogte was van de zittingsdag. Het zal duidelijk zijn dat deze benadering gevolgen heeft voor de vraag of verdachte tijdig gebruik heeft gemaakt van het openstaande rechtsmiddel.

Een tweede gevolg van de machtiging is dat de aan de verdachte toekomende rechten en bevoegdheden bij afwezigheid van de verdachte door de gemachtigde raadsman kunnen worden uitgeoefend. Daaronder viel in het oorspronkelijk ontwerp ook het afstand doen van het aanwenden van rechtsmiddelen. Echter in een latere fase is het wetsvoorstel op dit punt aangepast. Art. 364 Sv is aangevuld met een tweede lid. Dit bepaalt dat de verdachte die niet op de zitting aanwezig is pas na kennisneming van de uitspraak zijn raadsman kan machtigen af te zien van het instellen van een rechtsmiddel.⁶⁰ Het gaat hier eigenlijk om een niets toevoegende bepaling aangezien art. 454 jo. 450 sub a Sv deze mogelijkheid om buiten de zitting als gemachtigd raadsman afstand te doen al lang kent.

Ten derde blijkt uit de wetsgeschiedenis dat de machtiging het ook mogelijk maakt een aanbod tot het ondergaan van een taakstraf te doen of aan te geven dat de verdachte met een taakstraf zou instemmen.⁶¹ De Rechtbank Amsterdam heeft verder onlangs beslist dat de machtiging tevens impliceert

⁵⁹ P. Ingelse, Onrust over de gemachtigde raadsman, NJB 2002, p. 2188. In zijn noot bij het betreffende arrest stelt Schalken zich overigens op het standpunt dat de Hoge Raad wel van een fictieve toerekening uitgaat.

⁶⁰ Kamerstukken II 1995/96, 24 692, nr. 3, p. 13 en i.v.m. art. 364 Sv: Kamerstukken II 1996/97, 24 692, nr. 6, p. 7.

⁶¹ Kamerstukken II 1995/96, 24 692, nr. 3, p. 13 en HR 8 januari 2002, NJ 2002, 340.

dat de raadsman kan instemmen met een psychiatrisch onderzoek van zijn cliënt.⁶²

⁶² Rechtbank Amsterdam XXX.

Een vierde punt in verband met de reikwijdte van de machtiging betreft de vraag of een verdachte de raadsman kan machtigen voor allerlei op het moment van het verlenen van de machtiging nog onbekende incidenten die zich later in het proces voordoen. Spronken leidt uit de wetsgeschiedenis af dat de raadsman over alle bevoegdheden kan beschikken die aan de verdachte toekomen.⁶³ Ingelse stelt in dit verband de vraag aan de orde of de verdachte aan zijn raadsman ook een *bepaalde* machtiging kan geven. Hij stelt zich op het standpunt dat dit zou moeten kunnen en dat een dergelijke beperking dan ook externe werking moet hebben. Bovendien ziet hij niet in dat de machtiging ex art. 279 Sv impliceert dat de raadsman intern, dus jegens zijn cliënt, onder alle omstandigheden bevoegd is met wijzigingen van de tenlastelegging in te stemmen en op andere wendingen te reageren. Van het toestemmingsvermogen van de verdachte zou anders wel erg veel worden gevraagd.⁶⁴ Wat er van deze bedenkingen ook zij, het toestaan van een partiële machtiging kan gemakkelijk een voedingsbodem voor chicanes gedrag opleveren. Zo is denkbaar dat een partiële machtiging gemakkelijk kan leiden tot verzoeken om aanhouding omdat de raadsman aangeeft dat de machtiging zich niet uitstrekt tot het procespunt dat op enig moment aan de orde komt. Ook is voorstelbaar dat de vraag of de raadsman iets heeft gedaan waartoe hij niet was gemachtigd een apart discussiepunt in de procedure kan worden. Zo zou bijvoorbeeld de verdachte kunnen aanvoeren dat de verdediging ten onrechte (buiten de machtiging om) heeft afgezien van het horen van bepaalde getuigen. Vanuit een oogpunt van helderheid lijkt daarom een regeling waarin de gemachtigd raadsman ook inderdaad alle procesbevoegdheden van de verdachte kan en mag uitoefenen meer duidelijkheid te verschaffen. Gevolg van deze ‘alles of niets’ benadering is uiteraard wel dat deze een zekere druk legt op de raadsman. Hij zal immers tijdig de consequenties van een machtiging aan zijn cliënt duidelijk moeten maken. Als zijn cliënt dit te risicovol inschat zal dit voor hem aanleiding kunnen vormen om van een machtiging af te zien.

Tot slot verdient vermelding wat nadrukkelijk *niet* toelaatbaar is. Aangezien de machtiging gekoppeld is aan de behandeling van de zaak tijdens het onderzoek ter terechtzitting mag men aannemen dat de wetgever niet heeft bedoeld de machtigingsregeling te betrekken op andere fasen van het strafproces. Zo zal de machtiging ter verdediging geen betrekking hebben op het optreden van de raadsman tijdens het gerechtelijk vooronderzoek of tijdens raadkamerprocedures. De wetsgeschiedenis maakt voorts duidelijk (zie hierboven paragraaf 2.2) dat machtiging geen vertegenwoordiging impliceert. Het gevolg hiervan is dat een verklaring van een gemachtigd raadsman, afgelegd bij afwezigheid van de verdachte, niet als bewijsmiddel tegen de verdachte mag worden gebruikt. Een andere benadering zou tot een met het doel en karakter van verdediging strijdige gevolg kunnen leiden dat de cliënt het aan zijn raadsman te

⁶³ T. Spronken, *Verdediging*, Deventer 2001, p. 310, Kamerstukken II 1995/96, 24 692, nr. 6, p. 6/7.

⁶⁴ P. Ingelse, *Onrust over de gemachtigde raadsman*, NJB 2002, p. 2183-2188, m.n. p. 2186.

danken heeft dat hij wordt veroordeeld.⁶⁵ Dat de verklaring van de raadsman niet als bewijsmiddel tegen de verdachte mag worden gebruikt betekent uiteraard niet dat zijn verklaring daarmee ook geen enkele invloed heeft op de uitkomst van het strafproces. Denkbaar is immers dat de opmerkingen van de raadsman wel degelijk van invloed zijn op de rechterlijke *overtuiging*. Gezien de gekozen benadering van de wetgever ligt het voor de hand dat het ook niet mogelijk is dat een gemachtigd raadsman namens zijn cliënt erkent dat ad informandum gevoegde feiten zijn gepleegd.⁶⁶ Wat dit laatste betreft wordt verwezen naar par. 3.6 waarin aan de orde komt hoe de rechter in dit soort situaties met ad informandum gevoegde feiten omgaat.

Wanneer is sprake van een gemachtigd raadsman?

⁶⁵ Schalken in zijn noot onder HR 8 januari 2002, NJ 2002, 339.

⁶⁶ Zo ook E.S.G.N.A.I van de Griend en A.M. van Woensel, *De gemachtigd raadsman ter terechtzitting*, Trema 1999, p. 48. Hoe de zittende magistratuur hier in de praktijk mee omgaat komt in par. 3.6 aan de orde.

Uit de wetsgeschiedenis kan worden afgeleid dat het aan de verantwoordelijkheid van de raadsman wordt overgelaten te beoordelen in welke gevallen hij zich in staat acht de verdediging adequaat te voeren.⁶⁷ Ook zonder daarover nadrukkelijke afspraken met de cliënt te hebben gemaakt, kan de raadsman derhalve aangeven gemachtigd te zijn. In dat geval wordt hij op zijn woord geloofd. Van belang is dat de raadsman voldoende contact heeft gehad met zijn cliënt om de verdediging door te spreken en de procespositie te bepalen, waaronder het verstrekken van een machtiging. Dit impliceert ook een nadrukkelijke verantwoordelijkheid voor de verdachte: een opdracht tot verdediging betekent dat de verdachte de relevante informatie moet verstrekken en niet zonder meer mag aannemen dat de raadsman wel goed zijn best zal doen. Indien er onvoldoende contact is geweest tussen raadsman en verdachte over de zaak, de wens om op de terechtzitting aanwezig te zijn en de mogelijkheid van machtiging, kan de raadsman zich in gemoede niet gemachtigd achten.

Deze op het eerste gezicht heldere benadering kan de raadsman in de praktijk voor (grote) problemen stellen. Denkbaar is dat hij zijn cliënt tijdens de inverzekeringstelling heeft bijgestaan en bij die gelegenheid van zijn cliënt de machtiging ter verdediging heeft verkregen, maar daarna geen contact meer met hem heeft kunnen krijgen. Mag deze raadsman er, ondanks het feit dat er dan geen gelegenheid is geweest relevante processtukken – zoals de dagvaarding – met de cliënt te bespreken, vanuit gaan dat de vroege machtiging impliceert dat hij alles mag doen wat in het belang van de verdediging is? Indien deze ‘gemachtigde’ raadsman geen kennis heeft van de visie van de verdachte over de toedracht van het tenlastegelegde feit zullen zijn mogelijkheden als raadsman beperkt zijn. Hij zal mogelijk slechts enkele juridische kanttekeningen kunnen maken, bijvoorbeeld inzake onrechtmatig verkregen bewijs. In feite hebben raadsman en cliënt dan de mogelijkheden van art. 279 Sv maar heeft hij te weinig informatie verkregen om adequaat de verdediging te kunnen voeren. Men kan zich dan afvragen of in zo’n geval aanhouding moet plaatsvinden ten einde de raadsman in de gelegenheid te stellen de zaak in al zijn facetten met zijn cliënt te bespreken. Zonder nadere informatie van cliënt zal in die gevallen vaak relevante gegevens voor het verantwoord bepleiten van de zaak – bijvoorbeeld de persoonlijke omstandigheden van de cliënt – niet bekend zijn waardoor het voeren van een onderbouwd strafmaatverweer bepaald lastig wordt.

Maar ook tijdens de behandeling ter zitting kunnen allerlei situaties ontstaan die dringend overleg tussen raadsman en cliënt vereisen: onverwachte getuigen die verschijnen, nieuwe stukken die aan het dossier

⁶⁷ Kamerstukken II 1996/97, 24 692, nr. 6, p. 5-6.

worden toegevoegd, wijziging tenlastelegging etc.⁶⁸

⁶⁸ A.M.M. Orie, To be or not to be (re)present(ed), that's the question, DD 1996, p. 1009 en T. Spronken, Rechtsbijstand in verstekzaken II, Advocatenblad 1998, p. 668-669.

Het kost weinig fantasie om deze voorbeelden uit te breiden naar de behandeling in hoger beroep. Zo besliste het Hof Den Haag dat de raadsman die door zijn cliënt uitdrukkelijk is gemachtigd hoger beroep in te stellen en bepaalde getuigen voor die appèlbehandeling op te roepen, maar daarna geen contact meer met de cliënt heeft kunnen krijgen en daardoor niet uitdrukkelijk is gemachtigd tot het voeren van de verdediging in hoger beroep, niet op basis van art. 279 Sv het woord ter verdediging mag voeren.⁶⁹ Zonder machtiging geen verdediging, zo lijkt het Hof te oordelen.

Recent heeft de Hoge Raad, waar het gaat om de opstelling van de raadsman inzake het kenbaar maken van de machtiging, nog een relevant arrest gewezen.⁷⁰ Van de machtiging dient te blijken uit het proces-verbaal van de terechtzitting. Indien dit daaromtrent niets inhoudt, moet het er in cassatie voor worden gehouden dat de raadsman door de verdachte niet uitdrukkelijk is gemachtigd tot het voeren van de verdediging. De Hoge Raad overwoog voorts dat de gemachtigde raadsman dient *te bevorderen* dat zijn verklaring schriftelijk vast komt te liggen. Dit kan geschieden doordat hij hetzij een pleitnota of een schriftelijk stuk overlegt waarin zo'n verklaring is vervat, hetzij overeenkomstig het bepaalde in art. 326 lid 4 Sv verzoekt dat van die verklaring aantekening zal worden gedaan in het proces-verbaal van de terechtzitting. De Hoge Raad geeft in dit arrest overigens aan mild te willen zijn voor zaken die zijn behandeld voor het Bouterse-arrest van 23 oktober 2001.⁷¹ Hij overweegt dat het de Raad bekend is dat tot dat arrest onzekerheid heeft bestaan over de toepassing van art. 279 Sv en dat dat kennelijk ook in deze zaak speelde. Het proces-verbaal van de terechtzitting in hoger beroep van 13 juli 2001 hield namelijk slechts in dat de verdachte niet was verschenen en dat de raadsman ter zitting aanwezig was en het woord ter verdediging voerde. Omdat de raadsman in deze zaak niet bekend kon zijn met de uitleg van art. 279 Sv in het Bouterse-arrest bespreekt de Hoge Raad het ingediende cassatiemiddel. A

⁶⁹ Hof Den Haag 3 december 2001, parketnr. 22/001397-01.

⁷⁰ HR 12 november 2002, LJN AE 9028.

⁷¹ Dit arrest wordt later uitvoerig besproken in paragraaf 2.3.6.

contrario volgt uit het arrest dat raadslieden die na het Bouterse-arrest niet hebben bevorderd dat de machtiging schriftelijk is vastgelegd erop kunnen rekenen dat de Hoge Raad de middelen niet zal behandelen.

Betwisting machtiging

Denkbaar is dat tijdens de behandeling van de zaak discussie ontstaat over de vraag of de verdachte zijn raadsman inderdaad wel heeft gemachtigd de verdediging te voeren. Deze situatie kan zich voordoen indien de behandeling van de zaak op enig moment wordt aangehouden om getuigen op te roepen. Wanneer de verdachte dan na die aanhouding ter zitting verschijnt kan hij stellen dat hij zijn raadsman niet had gemachtigd tot het voeren van de verdediging. Ook is denkbaar dat in hoger beroep of in cassatie het bestaan van de machtiging door de verdachte wordt betwist. Daarbij valt niet uit te sluiten dat sommige verdachten volstrekt te kwader trouw dit punt naar voren brengen louter om de zaak te traineren.

Volgens de minister heeft de verdachte de mogelijkheid om door later te verschijnen alsnog zijn bedenkingen in verband met de gevoerde verdediging aan de rechter voor te leggen. Voor zover dit in eerste aanleg niet meer lukt, kan dat in hoger beroep. Is ook dit laatste niet mogelijk dan zal anderszins corrigerend kunnen worden opgetreden. Belangrijk is dat de minister zich op het standpunt stelt dat betwisting van de machtiging voor de strafzaak zelf geen gevolgen heeft en verder tuchtrechtelijk moet worden afgedaan. Hierbij maakt ze een vergelijking met de machtigingsregeling bij het instellen van rechtsmiddelen. De minister merkt daarbij op dat de consequenties van de beslissing om zich in zijn afwezigheid door een raadsman te laten verdedigen behoren tot het procesrisico van de verdachte. Voorts geeft de minister er blijk van geen voorstander te zijn van een désaveu-procedure. Een succesvol désaveu heeft immers tot gevolg dat de handelingen waartoe de raadsman niet was gemachtigd alsnog als niet verricht worden aangemerkt. Introductie van zo'n procedure zou de raadsman mogelijk terughoudender maken met te stellen dat hij gemachtigd is.⁷² Ingelse daarentegen bepleit de verdachte een of andere vorm van désaveu te gunnen. Naar zijn idee is het tuchtrecht een ontoereikende voorziening.⁷³

In de literatuur is opgemerkt dat de vergelijking die de minister maakt met de regeling inzake de machtiging tot het instellen van rechtsmiddelen niet klopt omdat daar het eigenmachtig handelen van de raadsman doorgaans zonder nadelige gevolgen voor de verdachte blijft. Tot aan de zitting kan de verdachte immers het ingestelde rechtsmiddel intrekken.⁷⁴ Voorts is het nog maar de vraag of de

⁷² Kamerstukken II 1996/97, 24 692, nr. 6, p. 6/7, Kamerstukken I 1996/97, 24 692, nr. 228b, p. 3.

⁷³ P. Ingelse, *Onrust over de gemachtigde raadsman*, NJB 2002, p. 2185.

⁷⁴ E.S.G.N.A.I van de Griend en A.M. van Woensel, *De gemachtigd raadsman ter terechtzitting*, Trema 1999, p. 50/51.

opvatting van de minister in overeenstemming is met het EVRM. Van de Griend en Van Woensel wijzen in dit verband op de zaak Pakelli.⁷⁵ Uit de beslissing van het EHRM in deze zaak kan worden afgeleid dat de verdragsstaten gehouden zijn in te grijpen indien een falen van de raadsman bij het verlenen van rechtsbijstand aan het licht komt of voldoende onder de aandacht wordt gebracht. Deze lijn doortrekkend redeneren zij dat de verdachte in de strafprocedure zelf de mogelijkheid dient te hebben om (de reikwijdte van) de machtiging te betwisten.

Een aan deze oplossing gekoppeld probleem is vervolgens wat de gevolgen zijn van het optreden van een (naar achteraf blijkt) niet gemachtigd raadsman. Volstaan wordt op deze plaats met het geven van een aantal voorbeeldsituaties waarbij de machtigingsvraag ter discussie kan staan.

Indien de betwisting na schorsing van het onderzoek ter terechtzitting, maar wel in dezelfde aanleg plaatsvindt, is bijvoorbeeld de vraag wat een succesvolle betwisting voor consequenties heeft voor het onderzoek dat aan de schorsing voorafging. Dient in zo'n geval het onderzoek opnieuw aan te vangen? In feite is dan voor de schorsing immers van een 'verstekbehandeling' sprake geweest omdat de raadsman ten onrechte als gemachtigd raadsman is opgetreden. Wanneer er van een echte verstekbehandeling sprake was geweest, zou de latere verschijning van de verdachte betekenen dat ingevolge art. 280 lid 3 Sv het verstek vervallen zou worden verklaard en het onderzoek opnieuw moet aanvangen, zij het dat de rechtbank kan bepalen dat bepaalde onderzoekshandelingen niet opnieuw zullen plaatsvinden.

⁷⁵ EHRM 25 april 1983, Publ. Ser. A, vol. 64, par. 31 (Pakelli).

Indien de succesvolle betwisting in hoger beroep plaatsvindt zal gelet op het arrest van HR 12 maart 2002, NJ 2002, 317 met de nieuwe tweede feitelijke behandeling voldoende rekening worden gehouden met de belangen van de verdachte. Een uitzondering hierop is wellicht de situatie dat verdachte niet in eerste aanleg is verschenen en de verdachte niet op de wettelijk voorgeschreven wijze op de hoogte is gebracht van de terechtzitting in eerste aanleg en hij ook overigens niet op de hoogte was van de zittingsdatum. In dat geval is denkbaar dat de appèlrechter de zaak terugwijst op grond van de uitbreiding die in de rechtspraak aan art. 423 lid 2 Sv is gegeven.⁷⁶

Denkbaar is ook dat het machtigingsvraagstuk aan de orde komt wanneer de veroordeelde tijdens een grenscontrole bij het verlaten van het Nederlands grondgebied wordt geconfronteerd met een onherroepelijk vonnis, waarvan hij de onherroepelijkheid betwist omdat de raadsman ten onrechte zich als gemachtigd raadsman heeft gepresenteerd. Doorgaans wordt in zo'n situatie het vonnis al na veertien dagen onherroepelijk, terwijl de verdachte zal betogen dat hij in het geheel nog niet op de hoogte was van de rechterlijke beslissing en dus vanaf dat moment nog veertien dagen de tijd heeft om een rechtsmiddel aan te wenden en het vonnis derhalve nog niet executabel is. De rechter die dan vervolgens de ontvankelijkheid van het rechtsmiddel beoordeelt dient dan tegelijkertijd ook te bezien of er in de vorige instantie al dan niet sprake was van een machtiging.

Vanwege de aard van de cassatierechtspraak zal de Hoge Raad zelf niet kunnen beoordelen of aannemelijk is dat de raadsman niet gemachtigd was tot het voeren van de verdediging. Uiteraard kan hij, indien het dossier duidelijke aanwijzingen bevat voor de juistheid van de betwisting, de zaak verwijzen om de feitenrechter nader feitelijk onderzoek naar die betwisting te laten verrichten.

⁷⁶ Voor deze jurisprudentiële uitbreiding raadplege men HR 7 mei 1996, NJ 1996, 557, m.nt. 'tH.

In de rechtspraak zijn – voor zover bekend – nog geen situaties aan de orde geweest waarin van bovengenoemde betwisting sprake was.⁷⁷

Wanneer is volgens de raadsman sprake van een machtiging ter verdediging?

Een belangrijke vraag die in hoofdstuk 3 aan de orde komt is wanneer de raadsman zich gemachtigd voelt de verdediging te voeren. Hierbij wordt bedoeld op de situatie dat er contact is geweest tussen raadsman en cliënt en de raadsman op basis van hetgeen aan de orde is geweest zich gemachtigd acht, *zonder dat daarbij de machtiging expliciet punt van bespreking is geweest.*

Op deze plaats wordt slechts kort stilgestaan bij de verwachtingen in de literatuur.

Plaisier stelt dat het niet denkbeeldig is dat een raadsman zich vrij snel gemachtigd zal achten. Zekerheidshalve appèlleren in de hoop het contact met de cliënt te kunnen herstellen is wellicht een te verwachten optie, zo merkt hij op.⁷⁸ Anderen wijzen op het risico om zich als gemachtigd raadsman te presenteren omdat dit doorgaans⁷⁹ zal betekenen dat de fictie geldt dat de verdachte op de hoogte is van de zittingsdag waardoor de korte appèltermijn van art. 408 Sv van toepassing is.⁸⁰ Of in de praktijk ook daadwerkelijk ‘strategisch’ gebruik wordt gemaakt van de machtiging komt zoals gezegd in hoofdstuk 3 aan bod.

⁷⁷ De betwisting van de machtiging is wel meegenomen in de interviews en de enquête. In par. 3.2 komen de reacties aan de orde.

⁷⁸ M.J.A. Plaisier, *Het verstek in strafzaken*, Deventer 1999, p. 230.

⁷⁹ Wanneer het onderzoek wordt geschorst ligt dit blijkens de wetsgeschiedenis anders, zie hierboven. Zoals reeds eerder besproken (par. 2.3.5) stelt Ingelse zich op het standpunt dat de machtiging aan de raadsman niet automatisch tot een fictie van bekendheid met de zittingsdag leidt.

⁸⁰ O.a. J. Wöretshofer, *Verdediging bij afwezige verdachte*, DD 1998, p. 1049-1050 en T. Spronken, *Verdediging*, Deventer 2001, p. 311.

2.3.6. Niet gemachtigd raadsman

Nu uit de wetsgeschiedenis kan worden afgeleid welke bevoegdheden de gemachtigd raadsman heeft, rest de niet onbelangrijke vraag wat de bevoegdheden/mogelijkheden van de niet gemachtigde raadsman zijn, wanneer de verdachte niet ter zitting verschijnt. De memorie van toelichting merkt hierover op dat dan aan deze raadsman bij aanvang van de zitting het woord kan worden verleend bijvoorbeeld ter opheldering van de afwezigheid van de verdachte of voor het bepleiten van schorsing van het onderzoek. In de literatuur⁸¹ en ook tijdens de parlementaire behandeling van het wetsvoorstel⁸² is de verenigbaarheid van deze benadering met de Straatsburgse rechtspraak aan de orde gesteld.

Wetsgeschiedenis

De minister stelt in dit kader dat de regeling niet voorziet in ‘het maken van zinvolle opmerkingen’ of het voeren van ‘een beetje verdediging’ door de raadsman van de afwezige verdachte, als hij daartoe geen machtiging heeft ontvangen.

Aldus geeft de minister er blijk van dat de mogelijkheden van verdediging *bij verstek* die sinds de Lala-rechtspraak waren verruimd weer worden beperkt. Zij stelt zich op het standpunt dat de uitdrukkelijke machtiging noodzakelijk is om te kunnen vaststellen dat de raadsman ook inderdaad aanwezig is met de kennelijke bedoeling (‘apparent purpose’) om de verdediging te voeren.⁸³ Later is haar visie wat gewijzigd:

‘Je zou kunnen zeggen dat het in de praktijk wel mogelijk is dat de raadsman een paar opmerkingen maakt, maar dan in de marge van de behandeling. Dit is altijd de onduidelijkheid en het probleem dat er is geweest. Je mag als advocaat niet iets zeggen tijdens het onderzoek ter terechtzitting. Daar ben je namelijk niet toe gerechtigd.’⁸⁴

⁸¹ G. Knigge, Over inzichtelijke wetssystematiek; opmerkingen naar aanleiding van wetsontwerp 24 692, DD 1996, p. 1000; W. Wedzinga en J.L. van der Neut, Rechtsbijstand in verstekzaken, *Advocatenblad* 1998, p. 615; J. Boksem en W. Wedzinga, Het optreden van de raadsman bij verstek, *Advocatenblad* 1998, p. 1277-1278; T. Spronken, Rechtsbijstand in verstekzaken II, *Advocatenblad* 1998, p. 667-669 en M.J.A. Plaisier, Het verstek in strafzaken, Deventer 1999, p. 223-227.

⁸² O.a. Kamerstukken II 1996/97, 24 692, nr. 6, p. 6; Handelingen II 1996/97, p. 4504-4505.

⁸³ Kamerstukken II 1996/96, 24 692, nr. 6, p. 8

⁸⁴ Handelingen II 1996/97, p. 4504-4505.

Ook is duidelijk dat de minister er niet geheel gerust op is dat de regeling geheel in overeenstemming is met de Straatsburgse rechtspraak. Ze merkt op dat als er sprake is van verstek – en de raadsman in het geheel niets mag zeggen – dit wel eens in strijd zou kunnen komen met het EVRM.

‘Dat zou kunnen, en vandaar dat ik het ook normaal vind dat als een advocaat verschijnt, hij wel een aantal dingen mag aanvoeren.’⁸⁵

Naast deze juridische aarzeling in verband met de verenigbaarheid met het EVRM wijst de minister nog op een praktisch gevaar van verdediging zonder machtiging daartoe. Ze stelt dat denkbaar is dat er mogelijk slechts summier contact met de cliënt heeft plaatsgevonden waardoor de raadsman weliswaar de zaak kent maar onvoldoende weet over de situatie van zijn cliënt. In een dergelijk geval zou er uit de verdediging een duidelijk nadeel voor de cliënt kunnen ontstaan.

Literatuur

⁸⁵ Handelingen II 1996/97, p. 4504-4505.

Knigge legt een relatie tussen het volmachtsvereiste en de ‘fulfilment of unduly formalistic conditions’. Volgens het Lala-arrest mag het verdedigingsrecht van een afwezige verdachte immers niet daarvan afhankelijk worden gemaakt. Hieraan voegt het EHRM toe dat een raadsman die ‘attends trial for the apparent purpose of defending the accused in his absence’ daartoe de gelegenheid moet krijgen. Knigge wijst erop dat als ‘apparent purpose’ volstaat, de eis van een uitdrukkelijke volmacht als een ‘unduly formalistic condition’ moet worden aangemerkt.⁸⁶ Ook andere auteurs komen tot een vergelijkbare conclusie.⁸⁷ Spronken heeft op grond van de hierboven geciteerde passages uit de wetsgeschiedenis geconcludeerd dat in de nieuwe regeling verdediging bij verstek mogelijk blijft.⁸⁸

Onder andere naar aanleiding van EHRM 16 oktober 2001, app. no. 38055/97 (Eliazer) heeft Myjer betoogd dat art. 279 Sv de toets van art. EVRM kan doorstaan. Uit de bewoordingen ‘The legislature must accordingly be able to discourage unjustified absences’ leidt hij af dat dit betekent dat in elk geval geen beloning moet worden gesteld op het verstek laten gaan. Het EHRM billijkt volgens Myjer in elk geval dat er rechtsgevolgen verbonden kunnen zijn aan het niet ter terechtzitting verschijnen van een verdachte, zeker als hij alle verdedigingsrechten heeft kunnen uitoefenen. In art. 279 Sv is dat – zo stelt

⁸⁶ G. Knigge, Over inzichtelijke wetssystematiek; opmerkingen naar aanleiding van wetsontwerp 24 692, DD 1996, p. 1000.

⁸⁷ W. Wedzinga en J.L. van der Neut, Rechtsbijstand in verstekzaken, *Advocatenblad* 1998, p. 615; J. Boksem en W. Wedzinga, Het optreden van de raadsman bij verstek, *Advocatenblad* 1998, p. 1277-1278 en R.C.P. Haentjens, De niet gemachtigde advocaat is geen onmachtige raadsman, *Trema* 2002, p. 173-181.

⁸⁸ T. Spronken, Rechtsbijstand in verstekzaken II, *Advocatenblad* 1998, p. 667-669.

hij – het rechtsgevolg dat is verbonden aan een procedure op tegenspraak.⁸⁹

Rechtspraak

⁸⁹ B.E.P. Myjer, De man en zijn verzet, NJCM-Bulletin 2002, p. 163-167, reeds eerder heeft Myjer erop gewezen dat wie van de lusten van de verdediging (bij machtiging) wil profiteren ook de lasten van de procedure op tegenspraak moet dragen; zie zijn: Eindelijk duidelijkheid: het arrest Bouterse en de verdediging van een verstoken verdachte, NJCM-Bulletin 2001, p. 1046-1049.

Gelet op de allerm minst heldere uitspraken van de minister omtrent de positie van de raadsman bij verstek, verbaast het niet dat in de rechtspraak op dit punt aanvankelijk wisselende uitspraken zijn gedaan. In de lijn van Spronken was de politierechter te Leeuwarden onder verwijzing naar art. 6 EVRM van mening dat noch de wetsgeschiedenis van deze bepaling, noch de tekst van het artikel uitsluit dat een niet gevolmachtigde raadsman in een verstekprocedure optreedt.⁹⁰ Het Hof Amsterdam oordeelde dat het niet de gelegenheid geven het woord te voeren aan de verschenen niet gemachtigde raadsman tot nietigheid van het onderzoek in eerste aanleg dient te leiden.⁹¹ Ook het Hof Den Haag zag geen beletsel voor een verdediging bij verstek, zij het onder enige restricties.⁹² De verdachte mocht volgens dit Hof namelijk geen verzoeken tot de rechter richten, tenzij deze betrekking hadden op de voorlopige hechtenis en ook geen toestemming of instemming met betrekking tot een bepaalde door het Hof te nemen beslissing geven of onthouden. Wel was het bijvoorbeeld voor de raadsman mogelijk om getuigen te ondervragen voorzover althans het Hof de oproeping van deze getuigen op grond van het noodzakelijkheids criterium toestond.

De Hoge Raad heeft zich in het Bouterse-arrest verre gehouden van de differentiatie die het Hof Den Haag had aangebracht.⁹³ Hij bepaalde dat:

‘4.8. (...) het in artikel 279 Sv besloten liggen stelsel aldus moet worden verstaan: 1. dat de raadsman die a. de ter terechtzitting aanwezige verdachte bijstaat, of b. ter terechtzitting uitdrukkelijk verklaart dat hij door de aldaar niet verschenen verdachte bepaaldelijk is gemachtigd tot het voeren van de verdediging, alle hem bij de wet toegekende rechten en bevoegdheden kan uitoefenen, dus met inbegrip van de bevoegdheden bedoeld in artikel 331, eerste lid Sv; in deze gevallen geldt de behandeling van de zaak als een procedure op tegenspraak; 2. dat de raadsman die ter terechtzitting niet uitdrukkelijk verklaart dat hij door de aldaar niet verschenen verdachte bepaaldelijk is gemachtigd tot het voeren van de verdediging, geen van de hem bij de wet

⁹⁰ Rb. Leeuwarden 17 juli 1998, NJ 1999, 14.

⁹¹ Hof Amsterdam 1 juli 1999, NJ 1999, 605.

⁹² Hof Den Haag 25 oktober 1999, rolnr. 22000684.99 en Hof Den Haag 30 juni 2000, LJN AA 6306.

⁹³ HR 23 oktober 2001, NJ 2002, 77, m.nt. JR.

toegekende rechten en bevoegdheden kan uitoefenen, behoudens het voeren van het woord ter toelichting van de afwezigheid van de verdachte en het verzoeken om aanhouding van de behandeling van de zaak met het oog op de effectuering van het aanwezigheidsrecht van de verdachte of ten behoeve van het alsnog verkrijgen van een machtiging als hiervoor bedoeld; bij gebreke van een zodanige machtiging geldt de behandeling van de zaak als een procedure bij verstek.

4.9. Niet uitgesloten is dat op grond van voormelde verdragsvoorschriften in uitzonderlijke gevallen anders moet worden geoordeeld.

4.10. Het hof heeft vastgesteld dat de hiervoor onder 4.8. onder 1. bedoelde gevallen zich hier niet voordoen. Voorts moet uit de feitelijke omstandigheden die het hof heeft vastgesteld, worden afgeleid dat zich evenmin een uitzonderlijk geval voordoet als bedoeld in 4.9. Dit betekent dat het hof de raadsman onverplicht in de gelegenheid heeft gesteld meer aan te voeren dan hiervoor onder 4.8. sub 2 is vermeld’.

In overweging 4.6. oordeelt de Hoge Raad naar aanleiding van het derde cassatiemiddel:

‘Het machtigingsvereiste steunt op de gedachte dat de verdachte, alvorens een machtiging te verstrekken, een keuze maakt, onder meer wat betreft de persoon van de raadsman alsmede de aard en omvang van de handelingen die deze namens hem dient te verrichten. Dit betekent dat de verdachte gehouden kan worden aan hetgeen de raadsman ingevolge de verstrekte machtiging namens hem heeft gedaan en nagelaten’.

In overweging 4.7. wordt daar nog aan toegevoegd:

‘Tegen deze achtergrond bezien moet strikt de hand worden gehouden aan het in art. 279 Sv neergelegde machtigingsvereiste. Een strikte toepassing van artikel 279 Sv zal in de regel niet in strijd zijn met de eisen die voortvloeien uit art. 6, eerste lid en derde lid aanhef en onder c EVRM. Laatstgenoemd verdragsvoorschrift houdt immers in dat de verdachte het recht heeft om zich bij zijn verdediging te laten bijstaan door een raadsman van zijn keuze, doch verzet zich er niet tegen dat van die keuze dient te blijken uit een daartoe door de verdachte verleende machtiging’.

Aldus trachtte de Hoge Raad klip en klaar aan te geven hoe de nieuwe verstekvoorschriften dienen te worden uitgelegd. De verdediging kan wel of niet worden toegestaan, maar ‘een beetje verdediging’ is niet mogelijk. Aan het machtigingsvereiste moet strikt de hand worden gehouden. De niet gemachtigd raadsman mag slechts opmerkingen maken inzake de afwezigheid van zijn cliënt of aanhouding verzoeken ter effectuering van het aanwezigheidsrecht van de verdachte of om alsnog een machtiging te verkrijgen. Niet meer en niet minder.

Met het oog op het eerder besproken overzichtsarrest van de Hoge Raad inzake de betekenisvoorschriften ligt hier nog wel een probleem.⁹⁴ Uit dit arrest volgt namelijk (r.o. 3.26) dat wanneer de raadsman⁹⁵ niet klaagt over een schending van een betekenisvoorschrift, de verdachte

⁹⁴ HR 12 maart 2002, NJ 2002, 317, m.nt. Sch.

⁹⁵ De Hoge Raad maakt geen onderscheid tussen de gemachtigd en niet gemachtigd raadsman.

geacht wordt vrijwillig afstand te hebben gedaan van zijn aanwezigheidsrecht. Dit lijkt erop te wijzen dat de niet gemachtigde raadsman het betekeningsverzuim wel moet koppelen aan een verzoek tot aanhouding ter effectuering van het aanwezigheidsrecht of om alsnog een machtiging te verkrijgen, omdat uit het Bouterse-arrest voortvloeit dat de spreekruimte van de niet gemachtigde raadsman tot deze twee thema's beperkt blijft. Of geldt de beperkte spreekruimte pas *nadat* de rechter heeft geconstateerd dat de dagvaarding goed is betekend en/of de verdachte anderszins op de hoogte is geraakt van het feit wanneer en waarvoor hij zich bij de rechter moet verantwoorden?⁹⁶

Uit de gehouden vraaggesprekken (hoofdstuk 3) is onder meer gebleken dat de rechterlijke macht aanvankelijk niet unaniem de Bouterse-uitleg wenste te volgen. Wellicht is dat de reden waarom de Hoge Raad in zijn arrest van 23 april 2002 (Post-Bouterse-arrest) de gelegenheid aangreep om zijn standpunt uit de Bouterse-zaak nog eens in een voorafgaande beschouwing te herhalen.⁹⁷ In zijn conclusie bij dit arrest concludeerde advocaat-generaal Jörg dat de situatie in de Lala-zaak niet vergelijkbaar is met het vereiste van een machtiging zoals de wet nu stelt. Volgens hem volgt uit de Lala-zaak dat in een situatie waarin de raadsman het recht heeft de verdediging te voeren en kennelijk met dat doel is verschenen, de uitoefening van dat recht niet afhankelijk mag worden gemaakt van het *vragen van toestemming aan de rechter*. In deze uitleg is het afhankelijk maken van de toestemming van de rechter 'unduly formalistic'. Hij ziet de machtiging dan ook puur als een materiële voorwaarde om bij afwezigheid van de verdachte het recht ter verdediging te kunnen uitoefenen. Onder verwijzing naar de wetsgeschiedenis concludeert hij dat art. 279 Sv is ontworpen op basis van de veronderstelling dat er sprake is van een bewuste keuze van de verdachte om niet te verschijnen en wel zijn raadsman te laten optreden. Hij merkt dan ook op:

⁹⁶ In laatste zin: B.E.P. Myjer, Eindelijk duidelijkheid: het arrest Bouterse en de verdediging van een verstoken verdachte, NJCM-Bulletin 2001, p. 1046-1049.

⁹⁷ HR 23 april 2002, NJ 2002, 338, m.nt. Sch. Over dit arrest o.a. B.E.P. Myjer, De verdediging van een verstoken verdachte (2), Nieuwsbrief Strafrecht 2002, p. 337-339 en M.J.A. Plaisier, De raadsman en de afwezige verdachte, NJCM-Bulletin 2002, p. 693-698.

‘Ik kan niet inzien dat in die omstandigheden er enige relevante beperking van het recht op verdediging optreedt als gevolg van het bepaalde in art. 279 Sv. De verdachte die ervoor kiest niet te verschijnen, heeft - anders dan in de oude door het EHRM gewraakte regeling - de mogelijkheid om een raadsman voor hem te laten optreden. De eis dat hij die raadsman daartoe uitdrukkelijk machtigt, beperkt die mogelijkheid op geen enkele wijze’.

Even verder voegt hij daaraan toe dat het overigens wel de vraag is of deze regeling ook aanvaardbaar is, indien de veronderstelling dat de verdachte uitdrukkelijk ervoor heeft gekozen om niet te verschijnen en wel zijn raadsman de verdediging te laten voeren, niet zonder meer opgaat. Zo wijst hij op de verdachte zonder vaste woon- of verblijfplaats, waarvan duidelijk wordt dat deze de zittingsdatum niet kent, de betekening ter griffie heeft plaatsgevonden en er verder ook geen contact met de raadsman is geweest.⁹⁸ Betekent in zo’n geval het ontbreken van een machtiging ook afstand doen van het aanwezigheidsrecht? De Hoge Raad vindt van wel. Het gevolg hiervan was dat de verdachte in deze zaak die geen vaste woon- of verblijfplaats hier ten lande had en in eerste aanleg noch in hoger beroep bij de behandeling aanwezig was geweest verstoken bleef van verdediging van de aanwezige raadsman omdat deze niet uitdrukkelijk daartoe was gemachtigd.

Schalken vraagt zich af of die ‘afstand’ dan – gelet op het EVRM – niet *uitdrukkelijk* moet geschieden. Anders kan er twijfel ontstaan over de vrijwilligheid die is vereist om afstand van een essentieel onderdeel van het recht op een eerlijk proces te mogen aannemen.⁹⁹ Annotator stelt zich op het standpunt dat de Hoge Raad er ten onrechte vanuit gaat dat aan het niet gemachtigd zijn een bewuste keuze ten grondslag ligt. Het EHRM heeft weliswaar geen moeite met het ontmoedigen van ongewenste afwezigheid¹⁰⁰, maar een daarop gerichte voorziening mag niet zo ver gaan dat de verdachte zijn fundamentele aanwezigheidsrecht zomaar verspeelt door niet ter zitting te verschijnen. Schalken vraagt zich dan ook af of hij dit recht wel verspeelt door zijn raadsman niet te machtigen. Hij vindt dat de fictie van de Hoge Raad dat niet verschijnen een bewuste keuze is, pas bestaansrecht krijgt als ze door de omstandigheden van het geval wordt bevestigd.

Een tweede punt dat Jörg in zijn conclusie aansneet is de vraag of de ‘Bouterse-leer’ slechts geldt voor de gekozen raadsman (zoals in die zaak aan de orde was) of dat deze benadering ook van toepassing is

⁹⁸ Ook J.M. Reijntjes vraagt zich af of in die situatie toch de raadsman het woord ter verdediging niet moet worden gegund, J.M. Reijntjes, Boekbeschuwing ‘Het verstek in strafzaken’, RM Themis 2000, p. 273. Zie ook J. de Hullu, Problemen rond het verstek in strafzaken, AA 1995, p. 621, die zich afvroeg of een berechting bij verstek in zowel eerste als tweede aanleg wel in overeenstemming is met het EVRM.

⁹⁹ Noot onder HR 23 april 2002, NJ 2002, 338.

¹⁰⁰ Zie recentelijk nog EHRM 13 februari 2001, NJB 2001, p. 809 (Krombach vs Frankrijk).

op de toegevoegd raadsman. Voor een onderscheid zou aanleiding kunnen worden gevonden in de omstandigheid dat de wetgever het belang van rechtsbijstand zo groot achtte dat in bepaalde gevallen ambtshalve en op kosten van de Staat een raadsman wordt toegevoegd. Wanneer zo'n toegevoegd raadsman ter zitting verschijnt en vervolgens te horen krijgt dat hij niet mag optreden omdat zijn cliënt niet verschenen is en hij niet kan verklaren uitdrukkelijk door zijn cliënt te zijn gemachtigd, zal de raadsman om met de woorden van Jörg te spreken 'licht het gevoel kunnen krijgen in een slecht geschreven toneelstuk verzeild te zijn geraakt'. Het initiatief om een raadsman toe te voegen ligt immers geheel bij de Staat.

De Hoge Raad wil van een dergelijk onderscheid evenwel niets weten. Kon daar in het Bouterse-arrest nog onenigheid over bestaan, in het Post-Bouterse-arrest stelt de Hoge Raad in overweging 3.2. de toegevoegd en gekozen advocaat expliciet op één lijn.

Uitzonderlijke gevallen?

Reeds in zijn eerste (Bouterse-)arrest waarin de Hoge Raad aangaf hoe strikt art. 279 Sv diende te worden toegepast, maakte hij duidelijk dat het geschetste systeem gold behoudens *uitzonderlijke gevallen*. In dat soort situaties zou de raadsman ondanks het ontbreken van de machtiging daartoe in verband met de geldende verdragsvoorschriften toch de verdediging van de afwezige cliënt mogen voeren.

Advocaat-generaal Jörg merkt in zijn conclusie bij het Post-Bouterse-arrest op dat hij het niet uitgesloten acht dat een betekening ter griffie (vanwege onbekende vaste woon- of verblijfplaats) gevolgd op een veroordeling in eerste aanleg bij 'echt' verstek als een uitzonderlijk geval als bedoeld in de Bouterse-zaak kan worden beschouwd. Bij een betekening in persoon en op het GBA-adres kan men redeneren dat justitie zich zodanige inspanningen heeft getroost om de verdachte te bereiken zodat de vraag aan de ter zitting aanwezige raadsman of hij van zijn cliënt een machtiging heeft om op te treden – in de woorden van Jörg – 'niet te veel hoeft te zijn'. Maar in geval van een zvwvpl betekening van de appèldagvaarding zou volgens Jörg een dergelijke vraag aan de raadsman in het licht van het belang van de mogelijkheid tot verdediging en gezien de veelvuldig in cassatie blijkende onjuistheid van een betekening ter griffie wegens zvwvpl wel eens als 'unduly formalistic' kunnen worden geacht. Voor zover dit bij de zvwvpl-verdachte niet 'unduly formalistic' zou zijn, zou volgens Jörg het niet geven van de gelegenheid tot verdediging aan de wel aanwezige raadsman die daadwerkelijk de verdediging wenst te voeren als een inbreuk op de waarborg van een eerlijk proces kunnen worden gezien.¹⁰¹

De Hoge Raad volgde de redenering van zijn advocaat-generaal niet en zag in de geschetste situatie geen 'uitzonderlijk geval'. Mogelijke reden hiervoor is dat de Hoge Raad de redenering van Myjer volgt dat ook van de appellerende zvwvpl verdachte mag worden verwacht dat hij duidelijke afspraken maakt met

¹⁰¹ Conclusie bij HR 23 april 2002, NJ 2002, 338, m.nt. Sch, punt 14 en 17.

zijn raadsman.¹⁰²

¹⁰² B.E.P. Myjer, NJCM-Bulletin 2000, p. 155 en in gelijke zin M.J.A. Plaisier, Het verstek in strafzaken, Deventer 1999, p. 344.

Gezien de strenge opstelling van de Hoge Raad mag worden aangenomen dat de categorie ‘uitzonderlijke gevallen’ uiterst beperkt zal blijven. Zo zal waarschijnlijk ook het cassatieberoep tegen een arrest van het Hof Den Haag weinig kans maken. Het Hof oordeelde dat de raadsman die door zijn cliënt uitdrukkelijk is gemachtigd hoger beroep in te stellen en bepaalde getuigen voor die appèlbehandeling op te roepen, maar daarna geen contact meer met de cliënt heeft kunnen krijgen en daardoor niet uitdrukkelijk is gemachtigd tot het voeren van de verdediging in hoger beroep, niet op basis van art. 279 Sv het woord ter verdediging mag voeren.¹⁰³

Onverplichte verdediging

Wat is het gevolg wanneer de rechter de raadsman de volledige verdediging toestaat terwijl achteraf wordt vastgesteld dat dit in strijd met het systeem is geschied? Ook op deze vraag geeft het Post-Bouterse-arrest een antwoord. In deze zaak had de raadsman een onrechtmatig verkregen bewijs verweer gevoerd waarop door het hof was gereageerd. Advocaat-generaal Jörg was van oordeel dat de Hoge Raad de reactie op dit verweer integraal zou moeten toetsen. Weliswaar is dan sprake van een reactie ten overvloede, maar een onverplicht gegeven reactie kan wel degelijk een grond bevatten waarop de bestreden beslissing berust. Als de raadsman eenmaal de mogelijkheid heeft gekregen om de verdediging te voeren, dan dient hij volgens Jörg het volle pond te krijgen. Van een volwaardige verdediging is geen sprake indien de raadsman alles mag aanvoeren en elk verzoek mag doen, terwijl de feitenrechter dan niet gehouden is op de verzoeken gemotiveerd te beslissen, zo stelt hij.

Ook op dit onderdeel wijkt de Hoge Raad af van het door zijn advocaat-generaal bepleite standpunt. De Hoge Raad stelt dat het door de raadsman gevoerde (bewijs)verweer geen betrekking heeft op de onderwerpen waarover de raadsman ondanks het ontbreken van een machtiging van de verdachte het woord mag voeren.¹⁰⁴

‘Dat betekent dat het Hof de raadsman in strijd met het wettelijk systeem in de gelegenheid heeft gesteld meer aan te voeren dan hiervoor onder 3.2 sub 2 is vermeld, zodat het verweer geen behandeling behoefde (...). Het middel moet dus buiten bespreking blijven’

Ook op dit punt hakt de Hoge Raad de knoop dus door. Een rechter die onverplicht de raadsman meer verdediging toestaat dan de wet mogelijk maakt, krijgt in cassatie te horen dat dit niet conform het wettelijk systeem is. Deze ‘geste’ van de feitenrechter heeft evenwel geen nietigheid van zijn onderzoek

¹⁰³ Hof Den Haag 3 december 2001, parketnr. 22/001397-01. Haentjens heeft erop gewezen dat deze casus mogelijk als ‘uitzonderlijk geval’ kan worden gezien: R.C.P Haentjens, *De niet gemachtigde raadsman is geen onmachtige raadsman*, Trema 2002, p. 181.

¹⁰⁴ In verband met een verzoek tot aanhouding ter effectuering van het aanwezigheidsrecht van de verdachte of om alsnog een machtiging te verkrijgen.

ter terechtzitting tot gevolg. Wanneer de feitenrechter evenwel niet alleen naar aanleiding van het onverplicht gevoerde verweer *maar tevens ambtshalve* een overweging opneemt naar aanleiding van een bepaald punt zal hij daarmee wel een vonnis of arrest wijzen dat cassabel is.

De benadering van de Hoge Raad behoeft er overigens niet noodzakelijkerwijs toe te leiden dat feitenrechters de niet gemachtigde raadslieden de mond zullen snoeren. Sommige opmerkingen van de raadsman kunnen immers in het licht van een vlotte voortgang van de procedure of in verband met de kwaliteit van de oordeelsvorming bepaald nuttig zijn.¹⁰⁵ Door het scheppen van deze ruimte kan mogelijk het instellen van een rechtsmiddel worden voorkomen.¹⁰⁶ Maar als de rechter de raadsman toestaat extra punten naar voren te brengen dan heeft de feitenrechter geen responsieplicht. En over deze punten kan de raadsman, zo blijkt nu, niet met succes klagen bij Hoge Raad.

2.4 Afrondende opmerkingen

In de voorafgaande paragrafen zijn de diverse onderdelen van de nieuwe verstekregeling aan de orde gesteld. Daarbij is een overzicht gepresenteerd van de rechtspraak en de wetenschappelijke commentaren op de belangrijkste onderdelen van de regeling. Als belangrijkste bevindingen zijn daarbij de volgende punten naar voren gekomen.

Allereerst kan worden vastgesteld dat de kernbepaling in de nieuwe regeling – art. 279 Sv – tot diverse

¹⁰⁵ In deze zin bijv. P. Ingelse, Onrust over de gemachtigde raadsman, NJB 2002, p. 2184.

¹⁰⁶ Sommigen hebben de vrees uitgesproken dat het gecombineerde gezag van de wetgever en de Hoge Raad onvoldoende zal blijken om feitenrechters – ook wanneer de omstandigheden daar niet toe nopen – ervan te weerhouden verdediging bij verstek toe te staan, R.C.P Haentjens, De niet gemachtigde raadsman is geen onmachtige raadsman, Trema 2002, p. 173-181 en Reijntjes in zijn annotatie bij het Bouterse-arrest (HR 23 oktober 2001, NJ 2002, 77). In hoofdstuk 3 zal op dit punt aan de hand van de praktijkgegevens nog worden teruggekomen.

vraagpunten aanleiding heeft gegeven, waarbij misschien nog wel als belangrijkste kwestie kan worden gewezen op de vraag wat de niet gemachtigde raadsman ter terechtzitting voor bevoegdheden kan uitoefenen. De wetsgeschiedenis geeft hier geen eenduidig antwoord op. Bovendien bleek dat ook de wetgever zelf zich realiseerde dat er mogelijk situaties zijn waarbij de ontworpen regeling niet voldoet aan de vereisten van het EVRM. Dat kan ertoe leiden dat ook de niet gemachtigde raadsman in uitzonderlijke gevallen de gelegenheid moet krijgen het woord ter verdediging te voeren. Daar kwam dan nog bij dat het machtigingsvereiste in de literatuur nogal eens als ‘unduly formalistic’ werd betiteld. Deze aarzelingen hebben aanvankelijk geleid tot wisselende benaderingen van de machtigingseis bij de feitenrechters.

In de tweede plaats is gebleken dat de Hoge Raad met het Bouterse-arrest, nog eens expliciet bevestigt in het post-Bouterse-arrest, pas veel van de onduidelijkheden heeft weggenomen. De Hoge Raad heeft aangegeven dat de spreekruimte van de niet gemachtigde raadsman slechts is beperkt tot het verzoeken om aanhouding ter effectuering van het aanwezigheidsrecht of ter verkrijging van de machtiging ter verdediging.¹⁰⁷

Ten derde is duidelijk geworden dat het EHRM in het bijzonder waarde hecht aan het aanwezigheidsrecht. In verband met de verstekregeling is dan met name relevant welke uitzonderingen op het aanwezigheidsrecht volgens het EHRM door de beugel kunnen en wanneer de verdachte kan worden geacht afstand te hebben gedaan van zijn aanwezigheidsrecht. De benadering van het EHRM is maatgevend voor de vraag of de rechter wel mag toekomen aan een afhandeling van de zaak bij verstek. Het overzichtsarrest van de Hoge Raad inzake de betekeningsvoorschriften afgezet tegen de rechtspraak van het EHRM leert dat de Hoge Raad wat eerder geneigd lijkt om afstand van het aanwezigheidsrecht aan te nemen dan het EHRM.

Tot slot kan worden vastgesteld dat de wetgever inspanningen van de raadsman én de verdachte verlangt daar waar het gaat om het regelen van de machtiging. Uit de rechtspraak volgt dat de Hoge Raad de lat hoog legt. Geen contact (meer) tussen raadsman en cliënt inzake de machtiging, bijvoorbeeld omdat het gaat om een zwerver, betekent dat (ook) de (toegevoegd) raadsman geen gelegenheid wordt geboden het woord ter verdediging te voeren.

¹⁰⁷ Hierbij kan men ook denken aan een klacht over schending van betekeningsvoorschriften omdat de Hoge Raad als uitgangspunt neemt dat mag worden aangenomen dat indien de verschenen (niet) gemachtigde advocaat hierover niet klaagt, de verdachte vrijwillig afstand heeft gedaan van zijn aanwezigheidsrecht (HR 12 maart 2002, NJ 2002, 317). Maar in zo’n geval zal de klacht samenvallen met een verzoek tot aanhouding ter effectuering van dat aanwezigheidsrecht.

