

Platform Modernisering Strafvordering

Een inhoudelijk kompas voor een uit koers geraakte voorlopige hechtenispraktijk

Mr. N. Hajjari

1 Inleiding

De wijze waarop in de praktijk wordt omgegaan met voorlopige hechtenis staat reeds lang ter discussie. Het vrijheidsbenemende dwangmiddel zou in strijd met zijn ultimiumremediumkarakter te vaak en nogal routineus worden toegepast. Een van de gevolgen van deze ruime toepassingspraktijk is dat jaarlijks circa 1400 onschuldigen voor weken dan wel maanden preventief van hun vrijheid worden beroofd.¹ Afgezien van het aanzienlijke bedrag aan schadevergoeding dat aan deze ex-verdachten moet worden uitgekeerd, is dit gegeven vanuit rechtsstatelijk en humaan perspectief zorgwekkend. Vrijheidsberoving zet een mensenleven op zijn kop en brengt veelal ernstige persoonlijke en relationele schade teweeg. Desondanks onderschrijft de wetgever, die op de hoogte is van de breed gedeelde en aanhoudende kritiek, de noodzaak van een grondige hervorming van de voorlopige hechtenisregeling niet; het probleem zou veeleer liggen op het niveau van de uitvoering.² Daarmee wordt miskend dat het huidige normatieve kader de rechtspraktijk nauwelijks inhoudelijke sturing biedt. De wettelijke voorwaarden zijn bijzonder ruim geformuleerd en nauwelijks nader gespecificeerd; dit geldt in het bijzonder voor de rechtvaardigingsgronden.³ Ook in de jurisprudentie en literatuur zullen de beslissers in de rechtspraktijk vergeefs zoeken naar inhoudelijke handvatten. De Hoge Raad bemoeit zich slechts zijdelings met de toepassing van voorlopige hechtenis en in de literatuur blijft het veelal bij de algemene aanbeveling om beslissingen beter te motiveren en vaker te kiezen voor alternatieven.⁴ Voorts ontbeert de huidige wettelijke regeling een heldere en consistente theoretische grondslag als gevolg van de uitbouw die de afgelopen decennia heeft plaatsgevonden teneinde in steeds meer gevallen een direct optreden (lik-op-stuk) mogelijk te maken; het ultimium remediumkarakter van voorlopige hechtenis komt er onvoldoende in tot uiting.⁵ De recente uitbreiding van de rechtvaardigingsgronden met de snelrechtgrond is illustratief voor deze ontwikkeling.⁶ Ook in het huidige conceptwetsvoorstel is de tweeslachtigheid zichtbaar. Enerzijds worden rechters dwingender aangemoedigd om vaker

alternatieven toe te passen, anderzijds wordt het toepassingsbereik van het dwangmiddel verruimd door een uitbreiding van de ‘gevallen’.⁷

Het gebrek aan inhoudelijke sturing maakt het oordeel over de toepassing van voorlopige hechtenis in hoge mate afhankelijk van de perceptie van de individuele beslissers en kwetsbaar voor externe invloeden – vanuit de politiek, het Openbaar Ministerie en de publieke opinie – die het belang van veiligheid sterk op de voorgrond plaatsen.⁸ Ook brengt het een aanzienlijk risico op rechtsongelijkheid met zich mee; in min of meer gelijke gevallen wordt wezenlijk anders beslist.⁹ De beproefde manier om systematisch weerstand te bieden aan ongewenste externe invloeden en te grote subjectiviteit (of rechtsongelijkheid) is een zekere mate van protocollering van de besluitvorming aan de hand van operationele toetsingskaders die de beslissers in de praktijk concrete handvatten aanreiken waarop zij zich in de besluitvorming en motivering kunnen oriënteren en waarop de motivering van de beslissing inhoudelijk kan worden gecontroleerd.¹⁰ Adequate toetsingskaders maken het nemen van moeilijke beslissingen ook veiliger. Een ruime discretionaire vrijheid impliceert immers ook een grote(re) persoonlijke verantwoordelijkheid voor de gevolgen van de beslissing. Dat die gevolgen ver kunnen reiken, heeft de recente ophef omtrent de schorsing van Gökmen T. genoegzaam aangetoond.¹¹ In plaats van te stellen dat het huidige normatieve kader de rechtspraktijk een hoge mate van beoordelingsruimte laat (wat positief klinkt), is het wellicht beter om te stellen dat het huidige normatieve kader de rechtspraktijk in hoge mate in het luchtledige laat; het heeft een hoog zoek-het-allemaal-maar-zelf-uit-gehalte. In dit artikel zal worden getracht een inhoudelijk en operationeel normatief kader te formuleren dat uitgaat van een consistente theoretische grondslag. Alvorens daartoe over te gaan ga ik in vogelvlucht in op het huidige normatieve kader en de invulling die daar in de praktijk aan wordt gegeven, en sta ik kort stil bij de toepassing van voorlopige hechtenis op onschuldigen. Doel van de bijdrage is het inspireren van de wetgever om het moderniseringsproject te baat te nemen om de voorlopige hechtenisregeling grondig(er) te hervormen. Het huidige normatieve kader biedt te weinig inhoudelijke sturing, terwijl de praktijk wel dringend behoefte heeft aan een helder normatief kompas wil het (weer) op koers geraken. Deze bijdrage is mede geïnspireerd door mijn eigen – ongewenste doch *eye opening* – ervaring als verdachte met de voorlopige hechtenispraktijk. Ik ben in 2018 een ‘kleine’ zes maanden voorlopig gehecht geweest om vervolgens volledig te worden vrijgesproken van het mij ten laste gelegde. Uit eigen ervaring kan ik stellen dat de ‘efficiënte’ koekjesfabriek nog op volle toeren draait.

2 Het huidige normatieve kader voor de toepassing van voorlopige hechtenis

De toepassing van voorlopige hechtenis is in de huidige regeling gebonden aan vijf

cumulatieve voorwaarden. De eerste voorwaarde ziet op de ernst van het delict (gevallentoets). De wettelijke hoofdregel is dat er sprake moet zijn van verdenking van een misdrijf waarop een gevangenisstraf van minimaal vier jaar is gesteld (art. 67 lid 1 onder a Sv). Strekking van dit vierjaarscriterium is dat voorlopige hechtenis, gezien de ingrijpende aard van het dwangmiddel, bewaard zou moeten blijven voor relatief ernstige delicten.¹² In strijd met deze strekking is in artikel 67 lid 1 onder b en c Sv een groot aantal relatief lichte delicten opgenomen (ruim 50) – waaronder eenvoudige mishandeling, bedreiging en vernieling – waarvoor ook voorlopige hechtenis kan worden bevolen.¹³ Als gevolg van deze waslijst aan uitzonderingen op het vierjaarscriterium komt de gevallentoets in de praktijk nauwelijks beperkende waarde toe; bijna elk misdrijf levert een ‘geval’ op.¹⁴

De tweede voorwaarde ziet op de verdenkingsgraad (ernstigebezwarentoets). Voorlopige hechtenis kan enkel worden toegepast als er sprake is van ‘ernstige bezwaren’, waarmee tot uitdrukking wordt gebracht dat er meer is vereist dan enkel een redelijk vermoeden van schuld (art. 67 lid 3 Sv). Waar dat meerdere uit moet bestaan en hoe de verdenkingsgraad concreet moet worden vastgesteld in een fase waarin het onderzoek nog gaande is, is noch in de wet noch in de jurisprudentie nader gespecificeerd.¹⁵ In de praktijk wordt de bewijslat in de bewaringsfase laag gelegd, omdat het onderzoek zich – zo wordt vaak gesteld – nog in een prille fase bevindt. Het idee is dat naarmate het voorarrest langer voortduurt er steeds strengere eisen worden gesteld aan de kwaliteit en kwantiteit van het belastende bewijs. Daar komt in de praktijk echter weinig van terecht; het oordeel omtrent het bestaan van ernstige bezwaren wordt in latere fasen van het voorarrest nauwelijks heroverwogen. Het gevolg van deze invulling van de ernstigebezwarentoets is dat de bewijslat over de gehele duur van het voorarrest laag ligt.¹⁶

De derde voorwaarde betreft de eigenlijke rechtvaardiging om voorlopige hechtenis toe te passen (grondentoets). De rechtvaardigingsgronden staan limitatief opgesomd in artikel 67a lid 1 en 2 Sv; zij blijven in het conceptwetsvoorstel onaangeroerd. De gronden zijn, voorzichtig uitgedrukt, nogal ruim geformuleerd. Zo kan voorlopige hechtenis worden bevolen indien dit noodzakelijk is voor het ‘aan de dag brengen van de waarheid’ of als er sprake is van één antecedent in de afgelopen vijf jaar met betrekking tot een hele reeks in de wet opgesomde veelvoorkomende misdrijven. De ruime redactie van de rechtvaardigingsgronden maakt dat zij altijd wel kunnen worden beredeneerd; ook zijn zij in hoge mate inwisselbaar.¹⁷ De grondentoets heeft in de praktijk dan ook nauwelijks sturende of beperkende waarde.

De vierde voorwaarde ziet op de proportionaliteit van de inzet van het dwangmiddel. Toepassing van voorlopige hechtenis blijft op grond van artikel 67a lid 3 Sv achterwege als te verwachten valt dat de verdachte, in geval van veroordeling, geen onvoorwaardelijke vrijheidsbenemende sanctie zal worden

opgelegd (anticipatiegebod). Hoewel het anticipatiegebod helder is geformuleerd, wordt nergens duidelijk gemaakt hoe de te verwachten sanctie moet worden bepaald in een fase waarin de omvang en slaagkans van de beschuldiging vaak nog onhelder zijn, en welke factoren de rechter daar wel en niet bij mag betrekken. In de praktijk wordt het anticipatiegebod eerder opgevat als een (extra) legitimering om vooruit te lopen op de uiteindelijke sanctie dan als een beperkende voorwaarde.¹⁸ De laatste voorwaarde betreft de subsidiariteit van de inzet van het dwangmiddel. Hoewel de huidige wettelijke regeling geen expliciete subsidiariteitstoets kent, gaat de rechter, nadat hij heeft besloten om de voorlopige hechtenis te bevelen op grond van de eerste vier voorwaarden, wel standaard na of het bevel kan worden geschorst onder algemene dan wel bijzondere voorwaarden. Daarbij maakt hij een afweging tussen het gemeenschapsbelang bij het toepassen van voorlopige hechtenis en de persoonlijke belangen van de verdachte om het onderzoek in vrijheid te mogen afwachten.¹⁹ Het gaat hier dus niet om een volwaardige subsidiariteitstoets. Een volwaardige subsidiariteitstoets impliceert dat de rechter, ongeacht de persoonlijke belangen van de verdachte, nagaat of het beoogde doel ook kan worden bereikt door middel van minder ingrijpende maatregelen dan vrijheidsberoving.²⁰

3 De toepassing van voorlopige hechtenis op onschuldigen

In 2016 is aan 6.222 ex-verdachten schadevergoeding toegekend omdat zij een zekere tijd in voorarrest hebben doorgebracht, terwijl de strafzaak tegen hen is geëindigd zonder oplegging van een straf of maatregel. Het totale bedrag aan schadevergoeding wegens 'onterecht' ondergaan voorarrest en daaraan gerelateerde rechtsbijstandskosten bedroeg in dat jaar ruim 23 miljoen euro.²¹ Het leeuwendeel van deze schadevergoedingen betrof ex-verdachten die enkel in verzekering waren gesteld; circa 22,5% betrof ex-verdachten die ook een periode in voorlopige hechtenis hebben doorgebracht, in absolute aantallen waren dat er 1.399. Het aantal toegekende schadevergoedingen aan gewezen voorlopig gehechten is over de periode 2005-2016 vrij stabiel gebleven.²² Koppelen we het gemiddelde aantal schadevergoedingen dat jaarlijks aan gewezen voorlopig gehechten wordt toegekend aan het gemiddelde aantal verdachten dat jaarlijks in voorlopige hechtenis wordt gesteld, dan blijkt ruim 10% van de verdachten die in een huis van bewaring belanden achteraf onschuldig te zijn.²³ Dit percentage toont ons aan dat het benadrukken van het belang van de onschuldpresumptie in de voorfase niet slechts een academische kwestie is.²⁴

4 Een helder en consistent normatief kader voor de toepassing van voorlopige hechtenis

4.1 Het ultimumremediumkarakter van voorlopige hechtenis

Een van de centrale doelen van het strafproces(recht) in een democratische rechtsstaat is om onschuldigen zo veel mogelijk te ontzien bij de uitoefening van repressieve bevoegdheden.²⁵ Volledige vrijwaring van onschuldigen is echter onhaalbaar. De overheid beschikt nu eenmaal niet over het vermogen om direct en met absolute zekerheid vast te stellen wat er is gebeurd en wie de dader is. De waarheid moet worden 'gevonden' en in dat proces kunnen onschuldigen als verdachte in beeld komen. Wel dient er een hoge risicoaversie te bestaan met betrekking tot het onderwerpen van onschuldigen aan ingrijpende bevoegdheden, in het bijzonder als het ingrijpen resulteert in irreparabele schade.²⁶ Voorlopige hechtenis, oftewel intramurale gevangenneming, is een zeer ingrijpend dwangmiddel. De verdachte wordt uit zijn sociale omgeving gerukt en in een prikkelarme omgeving ondergebracht waar hij het grootste deel van de dag alleen in zijn cel doorbrengt, waar zijn autonomie volledig aan banden wordt gelegd door de onderwerping aan een beperkt en vaststaand dagprogramma, waar hij afhankelijk is van de gunsten en stemming van de bewaarders, waar hij de ruimte moet delen met personen die kampen met ernstige psychische stoornissen en verslavingsproblemen, en waar hij systematisch met groot wantrouwen wordt behandeld (zo wordt hij na elk bezoekmoment 'gevisiteerd': een nogal eufemistisch werkwoord voor een hoogst vernederende handeling). In zijn uitwerking (gevolgen en beleving) is het dwangmiddel op zijn minst even ingrijpend als de zwaarste straf die ons wetboek kent.²⁷ De schade die een verdachte lijdt als gevolg van de inzet van het dwangmiddel valt nauwelijks te compenseren met een financiële vergoeding: de baan gaat verloren, de onderneming gaat failliet, de goede naam raakt besmeurd, relaties gaan stuk en de gezondheid raakt aangetast.²⁸ Daar komt bij dat voorlopige hechtenis, in het bijzonder als de vrijheidsbeneming voortduurt tot aan de inhoudelijke zitting, de mogelijkheden van de verdachte om zichzelf effectief te verdedigen vergaand beperkt. De verdachte is veelal de enige persoon die over de bereidheid en het vermogen beschikt om falsificatoir onderzoek te verrichten en ontlastende bevindingen aan te dragen; hij verkeert bovendien in de beste informatiepositie om dat te doen.²⁹ De mogelijkheden van een verdachte om vanuit een huis van bewaring bij te dragen aan het onderzoek zijn uiterst beperkt. Ook wordt een geïnterneerde verdachte door de vrijheidsbeneming ontmoedigd om tijdrovende onderzoeksvoorstellen in te dienen. Bij elk onderzoeksvoorstel heeft de verdediging acht te slaan op de gevolgen van het verzoek voor de duur van de preventieve vrijheidsbeneming. Hoe langer het voorgestelde onderzoek in beslag zal nemen – dit kan maanden duren bij deskundigenonderzoek – hoe groter de kans dat de verdediging van het verzoek af zal zien.³⁰

Bovenstaande overwegingen nopen tot de hoofdregel dat een verdachte het strafrechtelijke onderzoek in vrijheid zou moeten kunnen afwachten; de inzet van voorlopige hechtenis vereist een bijzondere rechtvaardiging en dient, waar

mogelijk, te worden vermeden. Alvorens in te gaan op de vraag wanneer afwijking van de hoofdregel gerechtvaardigd is, sta ik hier nog kort stil bij de (onderschatte) rol van perceptie en representatie bij de afweging van het instrumentele nut van de inzet van een dwangmiddel tegen het belang van rechtsbescherming. De objectieve en gepercipieerde kans om onterecht als verdachte dan wel als slachtoffer in een strafproces te worden betrokken is niet voor iedereen gelijk. Iemand die opgroeit in een welgesteld milieu waarin het niveau van repressieve overheidscontrole doorgaans laag ligt, ontwikkelt een andere perceptie van de risico's en gevaren van ingrijpende strafvorderlijke bevoegdheden en zal zich doorgaans sterker aangetrokken voelen tot het slachtofferperspectief en het belang van veiligheid dan iemand die opgroeit in een achterstandsbuurt waar het niveau van repressieve overheidscontrole doorgaans hoog ligt en de kans om onterecht als verdachte te worden aangemerkt of als zodanig te worden behandeld (denk aan etnisch profileren, samenscholingsverboden en preventief fouilleren) aanzienlijk is. Uiteraard is het mogelijk om via allerlei vormen van sociaal leren een glimp op te vangen van de sociale realiteit en perceptie van andere (groepen) individuen, maar er bestaat nog altijd een wereld van verschil tussen indirect sociaal leren en persoonlijke ondervinding.³¹ In een (liberale) rechtsorde waarin de vrijheid van ieder individu in beginsel even zwaar weegt, behoort de normering van ingrijpende strafvorderlijke bevoegdheden dan ook zo veel mogelijk te gebeuren vanachter een Rawlsiaanse *veil of ignorance*³² waarbij het slachtofferperspectief en het onschuldigeverdachteperspectief in beginsel even zwaar wegen. Hoewel geen eenvoudige opgave, is dit gedachte-experiment wel een manier om de invloed van meerderheidsdynamieken (of het meerderheidsperspectief) in ieder geval enigszins te mitigeren.³³

4.2 Afwijking van de hoofdregel

Toepassing van voorlopige hechtenis is enkel gerechtvaardigd indien is voldaan aan drie cumulatieve voorwaarden: er dient sprake te zijn van een ernstige strafzaak, de strafrechtelijke aansprakelijkheid van de verdachte moet met een hoge mate van waarschijnlijkheid vaststaan, en de inzet van het dwangmiddel dient noodzakelijk te zijn om effectief te kunnen reageren op reeds gepleegde misdrijven dan wel om nieuwe (of voortgezette) misdrijven te voorkomen.³⁴ Deze voorwaarden zijn nog wel in de huidige wettelijke regeling te ontwaren, maar zij zijn nauwelijks nader gespecificeerd – en daardoor van beperkte normatieve waarde – of in hoge mate verwaterd als gevolg van de uitbouw die de afgelopen decennia heeft plaatsgevonden teneinde in steeds meer gevallen een direct ingrijpen mogelijk te maken.

4.2.1 Een voldoende ernstige strafzaak

De eis dat er sprake moet zijn van een ernstige strafzaak vloeit voort uit het proportionaliteitsbeginsel. Hoe ingrijpender het dwangmiddel, hoe strenger de eisen die aan de ernst van het delict worden gesteld.³⁵ Omdat voorlopige hechtenis een zeer ingrijpend dwangmiddel is, behoort de inzet ervan bewaard te blijven voor relatief ernstige misdrijven. Dit was ook de insteek van de wetgever bij de formulering van het vierjaarscriterium.³⁶ De vele uitzonderingen die daar de afgelopen decennia op zijn geformuleerd vallen evident niet te verenigen met de *ultimumremediumgedachte*; zij gaan ook uit van een andere theoretische grondslag.³⁷ Het in ere herstellen van het vierjaarscriterium zou een goede eerste stap zijn, maar op zichzelf beschouwd wordt daarmee de noodzaak om de toepassing van voorlopige hechtenis te beperken tot ernstige misdrijven onvoldoende tot uiting gebracht. De ernst van het misdrijf is immers niet louter afhankelijk van de wettelijke strafbedreiging, ook de verwijtbaarheid van de verdachte en zijn aandeel in het misdrijf spelen een belangrijke rol.³⁸ Teneinde het proportionaliteitsbeginsel beter te verankeren in de wettelijke regeling zou – naast een hoge drempeltoets op basis van de wettelijke strafbedreiging – de aanvullende eis kunnen worden gesteld dat alleen tot voorlopige hechtenis kan worden overgegaan als te verwachten valt dat de verdachte, in geval van veroordeling, een vrijheidsbenemende sanctie van minimaal zes maanden krijgt opgelegd.³⁹ Deze nadere proportionaliteitseis – die feitelijk neerkomt op een aanscherping van het huidige anticipatiegebod – heeft als bijkomend voordeel dat hij een drempel opwerpt tegen het opwaarderen van wettelijke strafbedreigingen enkel om voorlopige hechtenis mogelijk te maken. Daarnaast zou, in lijn met de invulling die aan het proportionaliteitsbeginsel is gegeven in Denemarken,⁴⁰ de eis kunnen worden gesteld dat de duur van de vrijheidsbeneming niet langer mag zijn dan twee derde van de te verwachten vrijheidsbenemende sanctie. Verwacht de rechter een vrijheidsbenemende sanctie van zes maanden dan laat hij het voorarrest niet langer voortduren dan vier maanden. Zo kan ook worden voorkomen dat zittingsrechters in de straftoemeting voor voldongen feiten worden gesteld.⁴¹ Bij het bepalen van de te verwachten sanctie wordt telkens acht geslagen op de in de landelijke oriëntatiepunten (LOVS) opgenomen delictspecifieke criteria⁴² en algemene strafbepalende factoren (ernst van het delict, rol en verwijtbaarheid van de verdachte, leeftijd, strafblad en in het verleden opgelegde sancties).

4.2.2 Een hoge verdenkingsgraad

De wettelijk vereiste verdenkingsgraad weerspiegelt het risico dat de wetgever bereid is te nemen op het blootstellen van onschuldigen aan een bepaalde repressieve bevoegdheid; hoe hoger de bewijslat wordt gelegd, hoe kleiner de kans immers is dat de verdachte die aan de bevoegdheid wordt blootgesteld (achteraf) onschuldig blijkt te zijn. Omdat voorlopige hechtenis een zeer ingrijpend

dwangmiddel is met doorgaans ernstige (onherstelbare) gevolgen, behoort uit te worden gegaan van een hoge verdenkingsgraad; de strafrechtelijke aansprakelijkheid van de verdachte moet met een hoge mate van waarschijnlijkheid vaststaan.⁴³ Deze eis kan rechtstreeks worden afgeleid uit het (sub)hoofddoel van het strafproces om onschuldigen zo veel te ontzien bij de inzet van ingrijpende bevoegdheden (met name als de gevolgen irreparabel zijn). Hij kan ook worden afgeleid uit de onschuldpresumptie, mits dat beginsel dynamisch wordt opgevat. Hoe ingrijpender het dwangmiddel, hoe meer gewicht de onschuldpresumptie in de schaal legt, hoe waarschijnlijker de strafrechtelijke aansprakelijkheid van de verdachte moet zijn om de inzet van het dwangmiddel te kunnen rechtvaardigen. Deze dynamische opvatting van de onschuldpresumptie impliceert niet dat de normatieve waarde van het beginsel afhankelijk wordt gesteld van de sterkte van de verdenking in de concrete zaak; zij stelt slechts dat de bewijslat hoger wordt gelegd (valspositieven wegen zwaarder) naarmate een repressieve bevoegdheid ingrijpender is.⁴⁴ Deze gedachtegang lijkt ook centraal te hebben gestaan bij de wettelijke normering van de dwangmiddelen; voor de inzet van voorlopige hechtenis vereist de wet een hogere verdenkingsgraad (ernstige bezwaren) dan voor de inzet van minder ingrijpende dwangmiddelen (redelijk vermoeden van schuld). Ook in de rechtspraak lijkt te worden uitgegaan van een dynamische opvatting van de onschuldpresumptie, zij het dat daarbij wel een directe link wordt gelegd tussen de normatieve waarde van de onschuldpresumptie en de sterkte van de verdenking in de concrete zaak; voorbij een bepaalde grens verliest de onschuldpresumptie haar normatieve waarde.⁴⁵

Alvorens nader in te gaan op de verdenkingseis, sta ik kort stil bij de discussie in de rechtswetenschap over de rol van de onschuldpresumptie in de voorfase van het strafproces, omdat deze discussie een dieperliggend rechtsfilosofisch (of ethisch) meningsverschil blootlegt. In essentie komt de discussie mijns inziens neer op de vraag of wordt uitgegaan van een intentionele of consequentialistische benadering van repressieve bevoegdheden. Gaat men uit van de intentie, dan valt er een helder onderscheid te maken tussen de voorlopige hechtenis en gevangenisstraf; voorlopige hechtenis wordt (net als andere dwangmiddelen) niet met een punitief motief opgelegd, de gevangenisstraf wel. De rol van de onschuldpresumptie in de voorfase beperkt zich in deze benadering dan ook hoofdzakelijk tot het voorkomen van een punitieve toepassing en tenuitvoerlegging van dwangmiddelen.⁴⁶ Vanuit intentioneel perspectief is er ook geen reden om strengere eisen te stellen aan de verdenkingsgraad naarmate een dwangmiddel ingrijpender is; de ernstigebezwaretoets kan worden geschrapt.⁴⁷ In een consequentialistische benadering doet het er niet toe welk etiket er op een repressieve bevoegdheid wordt geplakt of met welk motief er wordt ingegrepen; het gaat om de reële gevolgen van de inzet van een bevoegdheid. Vanuit dat perspectief valt er geen helder

onderscheid te maken tussen de gevangenisstraf en voorlopige hechtenis; beide impliceren intramurale vrijheidsbeneming.⁴⁸ Sterker nog, voorlopige hechtenis is in meerdere opzichten ingrijpender (en schadelijker) dan de gevangenisstraf, met name vanwege de onzekerheid over de duur van de vrijheidsbeneming en het uiterst sobere regime. Vanuit een consequentialistisch perspectief wijkt voorlopige hechtenis ook fundamenteel af van andere dwangmiddelen, ook van ‘huisarrest’ (het intramurale aspect maakt voorlopige hechtenis wezenlijk anders). Ik meen dat als het onschuldigeverdachteperspectief werkelijk serieus wordt genomen, de meesten – vanachter een *veil of ignorance* – zouden opteren voor een benadering waarbij de gevolgen van het repressieve overheidsingrijpen centraal staan. Een rechtssubject heeft immers weinig aan de bescherming van de onschuldpresumptie in de eindfase als zijn leven in de voorfase reeds naar de Filistijnen is geholpen; dat is mosterd na de maaltijd.⁴⁹

De huidige eis van ‘ernstige bezwaren’ brengt wel adequaat tot uiting dat er sprake moet zijn van een sterke verdenking, maar is op zichzelf te vaag om als helder richtsnoer te kunnen fungeren; hij behoeft nadere invulling. Zo kunnen de nadere eisen worden gesteld dat het belastende bewijs moet voortkomen uit meerdere bronnen van bewijs (een bewijsminimumregel)⁵⁰ en dat het bewijs moet zien op de directe betrokkenheid van de verdachte bij het centrale ten laste gelegde delict, niet slechts op enige betrokkenheid. Bij het bepalen van de waarschijnlijkheid van de strafrechtelijke aansprakelijkheid van de verdachte behoort ook acht te worden geslagen op de (a priori) slaagkans van een strafuitsluitingsverweer. Als een strafuitsluitingsverweer een reële kans van slagen heeft, behoort in beginsel niet tot voorlopige hechtenis over te worden gegaan; er bestaat dan immers een reële kans dat de verdachte uiteindelijk niet zal worden veroordeeld. Er is in beginsel geen reden om in de bewaringsfase uit te gaan van een lagere bewijslat vanuit het idee dat het onderzoek zich nog in een ‘prille’ fase bevindt; de beslissing om tot arrestatie over te gaan betreft in de regel immers een tactische keuze. Het is aan het Openbaar Ministerie om een voldoende sterke zaak op te bouwen alvorens tot arrestatie en het vorderen van voorlopige hechtenis over te gaan.⁵¹

4.2.3 De inzet van voorlopige hechtenis moet noodzakelijk zijn

De laatste voorwaarde is dat de toepassing van voorlopige hechtenis noodzakelijk moet zijn om effectief te kunnen reageren op reeds gepleegde misdrijven (strafvorderlijke gronden) dan wel om nieuwe of voortgezette misdrijven te voorkomen (gevaarzettingsgronden). Er kan geen sprake kan zijn van een noodzaak om tot voorlopige hechtenis over te gaan als het beoogde doel ook met minder ingrijpende maatregelen kan worden bereikt. De subsidiariteitstoets zit dus reeds verweven in de noodzakelijkheidseis, al zou deze toets – uit pragmatische overwegingen – ook kunnen worden opgevat als een zelfstandige (vierde)

voorwaarde. Hieronder zal worden ingezoomd op de gronden die kunnen nopen tot voorlopige hechtenis en de subsidiariteitstoets. In paragraaf 4.3 zullen de gronden nader worden geoperationaliseerd.

4.2.3.1 Strafvorderlijke gronden

De overheid beschikt, zoals gezegd, niet over het vermogen om direct en met absolute zekerheid vast te stellen wat er is gebeurd en wie de dader is. De waarheid moet worden gevonden en de verdachte moet worden opgespoord. Om vast te kunnen stellen of een bepaalde verdachte het delict heeft gepleegd, is het van belang dat het onderzoek naar de waarheid zuiver verloopt. En om schuldige verdachten vervolgens effectief ter verantwoording te kunnen roepen, is het van belang dat de berechting⁵² en de tenuitvoerlegging van mogelijke sancties – inclusief het ontnemen van het wederrechtelijk verkregen voordeel – reeds in de voorfase worden gewaarborgd. De effectiviteit van de strafrechtspleging zou ernstig worden aangetast indien de overheid structureel zou worden gedwarsboemd in haar zoektocht naar de waarheid, dan wel structureel zou falen in het ter verantwoording roepen van schuldigen. Dat (schuldige) verdachten een belang hebben bij het belemmeren van de rechtsgang is evident en dat zij hiertoe in staat zijn, heeft de praktijk vaak genoeg uitgewezen. Om de effectiviteit van de strafrechtspleging te kunnen waarborgen, dienen deze reële gevaren voor de rechtsgang, waar zij zich voordoen, tot aanvaardbare proporties te worden beperkt. In bepaalde gevallen kunnen zij enkel tot aanvaardbare proporties worden teruggebracht door de verdachte de vrijheid te benemen.

Toepassing van voorlopige hechtenis kan dus noodzakelijk zijn als het de enige manier is om te voorkomen dat de verdachte het onderzoek actief zal frustreren of zich aan de rechtsgang zal onttrekken. Deze strafvorderlijke rechtvaardigingsgronden zijn in zowat elk (liberaal) rechtsstelsel en door het EHRM erkend. Zij worden veelal aangeduid met de pakkende doch niet volledig dekkende termen ‘vluchtgevaar’ en ‘collusiegevaar’. Vluchtgevaar is een te beperkte term omdat een verdachte zich ook aan de rechtsgang kan onttrekken zonder een bewuste vluchtpoging te ondernemen; dit speelt met name bij verdachten zonder vaste woon- of verblijfplaats in Nederland. Een betere doch minder pakkende term is onttrekkingsgevaar. Collusiegevaar is een te beperkte term omdat het onderzoek ook op andere manieren kan worden gefrustreerd dan door te collideren met anderen. De verdachte kan bewijs vernietigen, getuigen bedreigen of omkopen, vermogensactiva verbergen enzovoort. Dat heeft met collusie weinig van doen. De veelvuldig in de literatuur en jurisprudentie gebezigde term ‘onderzoeksgrond’ en de huidige wettelijke definitie ‘indien de voorlopige hechtenis in redelijkheid noodzakelijk is voor het (...) aan de dag brengen van de waarheid’ (zie art. 67a lid 2 onder 5 Sv) zijn weer veel te ruim. Zij brengen onvoldoende tot uiting dat het om

een actief frustreren van het onderzoek moet gaan. Vrijheidsberoving enkel omdat het onderzoek nog loopt of omdat het onderzoekstechnisch ‘handiger’ is om de verdachte voorhanden te hebben, valt evident niet te rijmen met het ultimiumremediumkarakter van voorlopige hechtenis. Bovendien is een verdachte niet verplicht om (actief) mee te werken aan het onderzoek, ook niet aan een reclasseringsonderzoek. Een adequate doch minder pakkende term is onderzoeksfrustratiegevaar.⁵³

4.2.3.2 Gevaarzettingsgronden

Toepassing van voorlopige hechtenis kan voorts noodzakelijk als het de enige manier is om nieuwe of voortgezette misdrijven te voorkomen. Het delictsgevaar kan voortkomen uit de verdachte of uit de gemeenschap (al dan niet gericht tegen de verdachte). De ruimte om tot voorlopige hechtenis over te gaan wegens delictsgevaar afkomstig van de verdachte is beperkt, omdat dit ingrijpen berust op een dubbel vermoeden. Er bestaat onzekerheid over de strafrechtelijke aansprakelijkheid van de verdachte met betrekking tot de reeds gepleegde delicten waaruit het toekomstige delictsgevaar wordt afgeleid (historisch vermoeden) en het is onzeker of de verdachte, ware hij de dader, zijn misdadige gedrag zal voortzetten als hij het onderzoek in vrijheid zou mogen afwachten (toekomstig vermoeden).⁵⁴ Voor dit ingrijpen bestaat enkel ruimte indien het delictsgevaar evident en voldoende ernstig is; alleen dan kan er sprake zijn van een voldoende zwaarwegend maatschappelijk belang dat afwijking van een principiële hoofdregel – met potentieel ingrijpende gevolgen voor de verdachte – kan rechtvaardigen.⁵⁵ De ruimte om een verdachte van zijn vrijheid te beroven vanwege delictsgevaar afkomstig van de gemeenschap is nog beperkter. Feitelijk wordt de vrijheid van een verdachte dan opgeofferd omdat de gemeenschap niet bereid is – althans dat vreest men – rekening te houden met de mogelijkheid dat de verdachte onschuldig is. Voor dit ingrijpen bestaat enkel ruimte als er sprake is van een reëel en actueel gevaar voor (voldoende ernstige) maatschappelijke ongeregelheden dan wel ernstig fysiek geweld tegen de verdachte. Toepassing van voorlopige hechtenis louter vanwege de ernst van het delict of de geschoktheid van de rechtsorde (zie art. 67a lid 2 onder 1 Sv) valt evident niet te rijmen met het ultimiumremediumkarakter van het dwangmiddel.⁵⁶ Juist bij schokkende delicten (denk aan moord of verkrachting) zijn de gevolgen voor de verdachte en diens relationele kring doorgaans bijzonder ernstig en onherstelbaar als gevolg van de sterk stigmatiserende werking van het wereldkundig worden van de verdenking; de *communis opinio* met betrekking tot voorarrest is dat iemand toch niet ‘zomaar’ van zijn vrijheid wordt beroofd (waar rook is, moet vuur zijn). Van dat stigma komt de verdachte, ook als hij wordt vrijgesproken of de vervolging wordt gestaakt, niet meer af.⁵⁷ Bovenstaande gevaarzettingsgronden, die doorgaans worden omschreven als

recidivegevaar en gevaar voor *public disorder*, zijn wel door het EHRM, maar niet in alle (liberale) rechtsstelsels erkend.⁵⁸ Zij behoren met terughoudendheid te worden toegepast, omdat het afleiden van toekomstig delictsgevaar uit een reeds gepleegd delict, waarvan onzeker is of de verdachte de dader is, een ruime toepassing van voorlopige hechtenis in de hand werkt. Bij het gebruik van gevaarzettingsgronden wordt eerder genoeg genomen met een lage verdenkingsgraad onder het motto *better safe than sorry*. Ook lenen gevaarzettingsgronden zich minder goed voor alternatieven en vallen zij eenvoudiger te misbruiken als middel om de publieke opinie te sussen na een schokkend delict (zondebokken van een verdachte). Landen met een relatief ruime voorlopigehechtenispraktijk kenmerken zich dan ook door een ruim gebruik van de gevaarzettingsgronden. Zo wordt in Nederland in ruim 90% van de bevelen een beroep gedaan op de recidivegrond,⁵⁹ in Duitsland gebeurt dit in slechts 9% van de bevelen.⁶⁰ Het toewerken naar een beperktere toepassing van voorlopige hechtenis vereist een striktere inkadering van de gevaarzettingsgronden. Deze nadere inkadering staat centraal in paragraaf 4.3. Hieronder wordt eerst nog kort stilgestaan bij de subsidiariteitstoets.

4.2.3.3 Subsidiariteitstoets

Het ultimimumremediumkarakter van voorlopige hechtenis noopt tot een volwaardige subsidiariteitstoets waarbij wordt onderzocht of een bepaald gevaar op minder ingrijpende wijze tot aanvaardbare proporties kan worden beperkt. Dit betreft een ambtshalve onderzoeksplicht van zowel het Openbaar Ministerie als de rechterlijke macht. Welke alternatieve maatregelen in het concrete geval in aanmerking komen, is afhankelijk van het gevaar dat men beoogt af te wenden. Zo kan onttrekkingsgevaar in het leeuwendeel van de gevallen tot aanvaardbare proporties worden beperkt door het afnemen van de reisdocumenten van de verdachte in combinatie met borgstelling en een meldplicht. Onderzoeksfrustratiegevaar dat op getuigenbewijs ziet, kan, nadat de initiële verklaringen zijn geverbaliseerd en geverifieerd, doorgaans voldoende worden beperkt met gebieds- en contactverboden.⁶¹ Het gevaar voor geweld tegen de verdachte vanuit de gemeenschap kan doorgaans aanzienlijk worden gereduceerd door de verdachte tijdelijk elders onder te brengen (bij afwezigheid van relaties bij wie hij kan verblijven) gecombineerd met een verbod om de eigen woonplaats te betreden. De keuze voor alternatieven wordt 'veiliger' naarmate zij beter uitgedacht en uitgewerkt zijn en er meer ervaring mee wordt opgedaan. Het is aan de rechtswetenschap en -praktijk om hier werk van te maken door het ontplooiën van initiatieven met adequate feedbackmechanismen en door het bestuderen van succesvolle praktijken in andere landen.

4.3 Operationalisering van de rechtvaardigingsgronden

In paragraaf 4.2.3 zijn een viertal gronden geformuleerd die de toepassing van voorlopige hechtenis kunnen rechtvaardigen. In deze paragraaf zullen zij worden geoperationaliseerd. Of een bepaalde grond in het concrete geval noopt tot voorlopige hechtenis is telkens afhankelijk van de waarschijnlijkheid dat het gevaar zich zal verwezenlijken als de verdachte het onderzoek in vrijheid zou mogen afwachten en de ernst van de gevolgen indien het gevaar zich daadwerkelijk verwezenlijkt. Beide factoren dienen inhoudelijk te worden getoetst en gemotiveerd aan de hand van discriminerende (contra-)indicaties ontleend aan algemene ervaringsregels en concrete bevindingen. Alle relevante indicatoren behoren in de afweging te worden betrokken.

4.3.1 Onderzoeksfrustratiegevaar

De grootte van het onderzoeksfrustratiegevaar is in eerste instantie afhankelijk van de waarschijnlijkheid dat het gevaar zich zal verwezenlijken als de verdachte het onderzoek in vrijheid zou mogen afwachten. De waarschijnlijkheid wordt bepaald door een inschatting te maken van de bereidheid en het vermogen van de verdachte om het onderzoek actief te frustreren. Bij het beoordelen van de bereidheid is de te verwachten sanctie de belangrijkste (contra-)indicatie. Hoe meer de verdachte te verliezen heeft – in termen van vrijheid, status, welzijn en vermogen – hoe eerder hij bereid zal zijn het onderzoek te dwarsbomen.⁶² Het vermogen van de verdachte om het onderzoek te frustreren hangt sterk af van de beïnvloedbaarheid van de nog te verrichten onderzoekshandelingen. Als er redelijkerwijs geen mogelijkheid bestaat om de resterende onderzoekshandelingen in negatieve zin te beïnvloeden, kan er geen reëel onderzoeksfrustratiegevaar in het spel zijn. Denk aan het vasthouden van een verdachte enkel omdat de resultaten van een DNA-onderzoek nog niet binnen zijn of enkel omdat er nog onderzoek moet worden gedaan naar de aanwezigheid van vervalste documenten op een in beslag genomen gegevensdrager. Relevante (contra-)indicaties bij het beoordelen van het vermogen van de verdachte om beïnvloedbare onderzoekshandelingen te frustreren zijn: de financiële middelen waarover hij naar alle waarschijnlijkheid vrij kan beschikken, zijn relatie tot de bronnen van het belastende bewijs (denk aan belastende getuigen) en zijn sociale netwerk (denk aan banden met een criminele organisatie). Uiteraard wordt ook acht geslagen op historische ervaringen met de bereidheid en capaciteit van de verdachte om het onderzoek actief te frustreren en concrete aanwijzingen die wijzen op een mogelijke poging daartoe.

De grootte van het onderzoeksfrustratiegevaar is in tweede instantie afhankelijk van de ernst van de gevolgen indien de verdachte erin zou slagen bepaalde onderzoekshandelingen te frustreren. De toegevoegde waarde van de nog te verrichten (beïnvloedbare) onderzoekshandelingen is daarbij doorslaggevend. Zo is de toegevoegde waarde van het horen van een derde ooggetuige, als er reeds twee

getuigenverklaringen voorhanden zijn die een helder en betrouwbaar beeld verschaffen van wat er is gebeurd, niet bijster groot.⁶³ Het is aan de officier van justitie om helderheid te verschaffen over de resterende onderzoekshandelingen, hun beïnvloedbaarheid en hun toegevoegde waarde voor het onderzoek. Waar de officier zich in de beginfase om strategische redenen nog wel enige vaagheid kan veroorloven met betrekking tot het lopende onderzoek – het kan immers zijn dat de verdachte van bepaalde onderzoekshandelingen onwetend moet blijven – dient de rechter naarmate het onderzoek vordert steeds strenger te toetsen op de noodzaak van het voortduren van de vrijheidsbeneming ter bescherming van het onderzoek. Ook heeft de rechter erop toe te zien dat beïnvloedbare onderzoekshandelingen met prioriteit worden verricht, al was het maar omdat het onderzoek ook kan worden gefrustreerd op initiatief van het sociale netwerk van de verdachte dat vroeg of laat – veelal vroeg – op de hoogte raakt van de arrestatie van de verdachte. Dit is met name het geval bij de meer beroepsmatig en in groepsverband opererende delinquenten.⁶⁴

4.3.2 Onttrekkingsgevaar

De grootte van het onttrekkingsgevaar is in eerste instantie afhankelijk van de waarschijnlijkheid dat het gevaar zich zal verwezenlijken als de verdachte het onderzoek in vrijheid zou mogen afwachten. De waarschijnlijkheid wordt bepaald door een inschatting te maken van de bereidheid en het vermogen van de verdachte om zich aan de rechtsgang te onttrekken. Bij het beoordelen van de bereidheid zijn de te verwachten sanctie en de sociale binding van de verdachte met Nederland en andere landen de belangrijkste (contra-)indicaties. Een verdachte die een gevangenisstraf van tien jaar boven het hoofd hangt, zal eerder bereid zijn zich aan de rechtsgang te onttrekken dan een verdachte die een gevangenisstraf van een jaar te wachten staat. En een verdachte die hier zijn hele hebben en houwen heeft, zal minder snel geneigd zijn zich onvindbaar te maken dan een verdachte die zijn leven zonder al te hoge (sociale) kosten elders of ondergedoken kan voortzetten. De (sociale) kosten zijn doorgaans geringer voor verdachten zonder vaste woon- of verblijfplaats in Nederland en verdachten die sterke sociale banden hebben in andere landen; zij hebben doorgaans minder te verliezen en/of kunnen zonder al te hoge (sociale) kosten hun huidige leven in Nederland achter zich laten.⁶⁵ (Contra-)indicaties bij het beoordelen van het vermogen van de verdachte om zich aan de rechtsgang te onttrekken zijn: de financiële middelen waarover hij naar alle waarschijnlijkheid vrij kan beschikken, het hebben van meerdere nationaliteiten, zijn historische reis- en verblijfsgedrag (veel reizen, geregeld zonder officieel verblijfsadres zitten enz.), het bestaan van samenwerkings- en uitleveringsverdragen met de landen waarvan de verdachte de nationaliteit bezit,⁶⁶ en het sociale netwerk van de verdachte. Uiteraard wordt ook acht geslagen op

historische ervaringen met de (on)vindbaarheid van de verdachte en concrete aanwijzingen die duiden op een mogelijke onttrekkingspoging (internetzoekgedrag, het bezit van valse identiteitspapieren enz.).

De grootte van het onttrekkingsgevaar is in tweede instantie afhankelijk van de ernst van de gevolgen indien de verdachte erin zou slagen zich aan de rechtsgang te onttrekken. De ernst van het delict is daarbij de belangrijkste factor. De effectiviteit van de strafrechtspleging wordt in hogere mate aangetast wanneer een verdachte van een ernstig levens- of zedendelict (van het kaliber Saban B.) de dans weet te ontspringen dan wanneer het een verdachte van een eenvoudige winkeldiefstal betreft. Naast de ernst van het delict zou ook acht kunnen worden geslagen op de frequentie waarmee verdachten van bepaalde delicten zich aan de tenuitvoerlegging van sancties weten te onttrekken (denk aan internationaal opererende zakkenrollers).⁶⁷

4.3.3 Evident delictsgevaar afkomstig van de verdachte

De grootte van het recidivegevaar is afhankelijk van de waarschijnlijkheid dat het gevaar zich zal verwezenlijken indien de verdachte het onderzoek in vrijheid zou mogen afwachten en de ernst van de gevolgen als het gevaar zich verwezenlijkt. Bij het bepalen van de waarschijnlijkheid gaat het om de kans dat de verdachte gedurende de onderzoeksperiode (periode van arrestatie tot berechting) zal recidiveren, niet om de kans dat hij binnen een bepaald aantal jaren zal recidiveren. Deze nogal belangrijke nuance wordt in de huidige praktijk onvoldoende gemaakt.⁶⁸ Afgezien van de relatief beperkte duur van de onderzoeksperiode, heeft het feit dat de verdachte door de arrestatie op de hoogte is geraakt van de tegen hem lopende vervolging grote invloed op zijn handelingsoriëntatie en gedrag. Verdachten die verwachten dat zij in de gaten zullen worden gehouden zijn in de regel uiterst risicoavers, waardoor de kans op (voortzetting van) delinquent gedrag gering is. Voor het leeuwendeel van de verdachten zal de toepassing van de recidivegrond dan ook niet kunnen worden gerechtvaardigd, omdat het bij voorbaat onwaarschijnlijk (althans niet evident) is dat het delictsgevaar zich gedurende de onderzoeksperiode zal verwezenlijken.⁶⁹ Dit is enkel anders ten aanzien van verdachten van (ernstige) misdrijven die een hoge mate van impulsiviteit doen vermoeden en verdachten die kennelijk in hoge mate afhankelijk zijn van de voordelen die zij genieten van het plegen van delicten. De hoge mate van impulsiviteit die het gepleegde delict doet vermoeden en de hoge mate van afhankelijkheid van de voordelen die de delicten opleveren, maken het waarschijnlijk dat deze verdachten zullen recidiveren ondanks de hogere (gepercipieerde) pakkans, omdat zij zich niet goed kunnen beheersen of zich daar anderszins toe genoodzaakt zien. De toepassing van de recidivegrond zou zich, in lijn met de inkadering van deze grond in Duitsland,⁷⁰ strikt moeten beperken tot deze twee categorieën verdachten. Hieronder wordt

nader ingezoomd op deze categorieën.

4.3.3.1 Recidivegevaar vanwege het daderprofiel

De eerste categorie verdachten waarop de recidivegrond toepasbaar is, betreft verdachten van (ernstige) misdrijven die een hoge mate van impulsiviteit doen vermoeden. Het gaat hierbij om misdrijven die *an sich* dan wel vanwege hun stelselmatigheid of de wijze waarop zij zijn gepleegd evident duiden op een zekere psychopathie of hoge mate van impulsiviteit. Denk aan een persoon die wordt verdacht van een reeks willekeurige brandstichtingen of van een ernstig zedendelict waarbij het slachtoffer hoogstwaarschijnlijk willekeurig gekozen is. De recidivekans wordt bij deze categorie verdachten afgeleid uit het profiel van de *dader*, niet uit de persoon van de *verdachte*. Het gaat ook altijd om de waarschijnlijkheid van speciale recidive: gevaar voor herhaling van een soortgelijk delict uitgaande van het daderprofiel. Uiteraard kunnen bevindingen over de persoon van de verdachte wel in de analyse worden betrokken (denk aan een bepaalde psychische stoornis of gewelddadige antecedenten), maar zij zijn niet doorslaggevend. Het is heel goed mogelijk dat een verdachte op basis van het daderprofiel in voorlopige hechtenis wordt gesteld, ondanks de afwezigheid van een strafblad en bekende stoornissen. Wel dient er gewaakt te worden voor de (diepgewortelde) cognitieve neiging om intern te attribueren bij gewelddadige delicten, met name als er sprake is van ernstige verwondingen en het geweld gedetailleerd wordt beschreven en uitgebeeld in het procesdossier.⁷¹ Het idee is al gauw dat er bij iemand die tot zo iets in staat is, wel een draadje los moet zitten. Zo wordt de recidivegrond in de huidige praktijk aangenomen omdat de verdachte blijkbaar ‘disproportioneel reageert op een geringe aanleiding’ of ‘niet schroomt om (disproportioneel) geweld te gebruiken indien geprovoceerd’.⁷² Dergelijke gemeenplaatsen zijn te zwak om evident delictsgevaar aan te kunnen nemen op basis van het daderprofiel. Dat de verdachte eerder is veroordeeld voor een geweldsdelict maakt dat niet anders.

De grootte van het recidivegevaar is, behalve van de recidivekans, ook afhankelijk van de ernst van de gevolgen indien de verdachte daadwerkelijk recidiveert. Van belang om hier te benadrukken is dat het speciale recidivegevaar enkel bestaat indien de verdachte ook daadwerkelijk de dader is. Aangezien het bij het afleiden van delictsgevaar uit het daderprofiel om een vermoeden gaat dat diametraal tegengesteld is aan de onschuldpresumptie, dient de toepassing van deze (sub)recidivegrond strikt te worden beperkt tot zeer ernstige misdrijven, in het bijzonder ernstige schendingen van de fysieke integriteit van personen (levens- en zedendelicten).⁷³

4.3.3.2 Recidivegevaar vanwege de persistentie van delinquent gedrag

De tweede categorie verdachten waarop de recidivegrond toepasbaar is, betreft verdachten die vanwege hun indrukwekkende strafblad en huidige persoonlijke en/of sociale problematiek blijk geven van een hoge mate van afhankelijkheid van de voordelen die zij genieten van het plegen van delicten. Deze kennelijke afhankelijkheid vergroot de kans dat zij zullen recidiveren indien zij het onderzoek in vrijheid mogen afwachten, ondanks de bekendheid met de tegen hen lopende vervolging. Bij het bepalen van de recidivekans bij deze categorie verdachten wordt niet uitgegaan van het daderschap van de verdachte met betrekking tot de ten laste gelegde delicten; de strafrechtelijke aansprakelijkheid van de verdachte staat immers nog niet vast. Er is dan ook geen ruimte voor het betrekken van redeneringen zoals ‘de schaal en duur van de aan verdachte verweten gedragingen’ of ‘de aard en omvang van de verdenking’.⁷⁴ De waarschijnlijkheid van het toekomstige delictsgevaar wordt afgeleid uit hetgeen op het moment van beslissen reeds vaststaat: de delictsgeschiedenis van de verdachte (het verleden) en zijn huidige persoonlijke en sociale omstandigheden (het heden). In de volgende subparagraaf wordt nader ingegaan op deze twee factoren, hieronder sta ik eerst nog kort stil bij de ernst van de gevolgen bij deze categorie verdachten. De ernst van de gevolgen komt bij deze categorie verdachten niet zozeer voort uit de ernst van de schending(en) waarvan zij verdacht worden als wel uit de persistentie van het delinquente gedrag. Het gaat om delinquenten die vele delicten plegen alvorens zij tegen de lamp lopen; doorgaans betreft het (gekwaliceerde) vermogens- en drugsdelicten, zogenoemde verwervingscriminaliteit.⁷⁵ Omdat de strafrechtelijke aansprakelijkheid van de verdachte in de lopende strafzaak echter nog niet vaststaat en omdat veelplegers (als *usual suspects*⁷⁶) doorgaans een groter risico lopen om onterecht als verdachte te worden aangemerkt, ligt het in de rede om de toepassing van deze (sub)recidivegrond te beperken tot relatief ernstige veelplegersdelicten: woninginbraken, overvallen, oplichting en de verkoop van harddrugs.⁷⁷

De delictsgeschiedenis

Bij de analyse van de delictsgeschiedenis van de verdachte wordt acht geslagen op het aantal en soort delicten waarvoor de verdachte in het verleden veroordeeld is, de recentheid van het laatste antecedent en de delictsdichtheid. Het aantal antecedenten is van belang omdat de kans op herhaling groter is naarmate het aantal antecedenten groter is. Het soort delict is relevant omdat de recidivekans groter is indien de verdachte eerder is veroordeeld voor soortgelijke delicten (speciale recidive). De relevantie van de recentheid van het laatste delict spreekt voor zich. De delictsdichtheid is vooral van belang omdat zij iets zegt over het vermogen van de verdachte om zich in ieder geval voor een bepaalde duur – zolang het onderzoek loopt – te kunnen redden zonder delicten te plegen. Hoe sneller de

veroordelingen zich hebben opgevolgd, hoe groter de kans dat de verdachte gedurende de onderzoeksperiode zal recidiveren.⁷⁸ Bij het bepalen van de recentheid van het laatste antecedent en de delictsdichtheid wordt uitgegaan van de pleegdatum, niet van de datum van veroordeling. Het gaat immers om de vraag hoe het (delinquente) gedrag van de verdachte zich over de tijd ontwikkeld heeft. Dat de verdachte nog in een proeftijd verkeert, doet niet ter zake. Afgezien van het feit dat de periode tussen de pleegdatum van het laatste delict en het einde van de proeftijd vele jaren kan beslaan, is het nog verkeren in een proeftijd enkel relevant indien wordt uitgegaan van de strafrechtelijke aansprakelijkheid van de verdachte in de lopende zaak.

Het is ondoenlijk om aan te geven hoeveel antecedenten er minimaal moeten zijn, hoe recent het laatste antecedent moet zijn en wat de minimale delictsdichtheid moet zijn om van persistente delinquentie te kunnen spreken. Het woord persistentie impliceert wel per definitie de aanwezigheid van meerdere antecedenten, een zekere delictsdichtheid en een relatief recent antecedent.⁷⁹ Waar het in essentie om gaat, is dat er sprake is van een zekere continuïteit van delinquent gedrag over een langere periode waaruit een hoge mate van afhankelijkheid blijkt van de voordelen die het delinquente gedrag de verdachte oplevert.⁸⁰ Uiteraard dient daarbij rekening te worden gehouden met de empirische realiteit dat het leeuwendeel van de gepleegde delicten niet wordt opgehelderd.⁸¹ Deze leemte kan grotendeels worden opgevuld door na te gaan wat er zoal is veranderd in het leven van de verdachte sinds de laatste veroordeling, voor zover relevant in het licht van de (vermoedelijke) achterliggende oorzaken van het delinquente gedrag. Als de achterliggende oorzaak vooral ligt op het gebied van een problematische socialisatie, kan worden nagegaan of er iets is veranderd in de inkomenssfeer of relationele sfeer (heeft de verdachte inmiddels een baan die inkomen en structuur biedt en/of een stabiel sociaal leven?). Als de achterliggende oorzaak meer te maken heeft met een psychische stoornis of verslavingsproblematiek, kan worden nagegaan of de verdachte daar in de tussentijd aantoonbaar aan heeft gewerkt. Ook de factor leeftijd kan relevant zijn bij het opvullen van de leemte, in het bijzonder indien de antecedenten zich hoofdzakelijk hebben voorgedaan in de periode van de adolescentie. Het is een bekend gegeven dat de meeste delinquenten na hun adolescentie (ergens in het derde levensdecennium) de stoute schoenen opbergen.⁸² Is er in de tussenperiode niets veranderd dan is er eerder reden om aan te nemen dat het delictloze gat niet voortkomt uit een gewijzigde levensstijl of positieve carrièreswitch, maar een gevolg is van het feit dat de pakkans nu eenmaal laag is.

Persoonlijke en sociale omstandigheden

Bij de analyse van de persoonlijke en sociale omstandigheden van de verdachte wordt acht geslagen op de factoren die recidive in de hand werken of daar juist tegen beschermen. Relevante persoonlijke (contra-)indicaties zijn: verslavingsproblemen, psychische stoornissen waarvan bekend is dat zij een *trigger* kunnen vormen voor delinquent gedrag⁸³ en ernstig tekortschietende sociale vaardigheden.⁸⁴ Relevante sociale (contra-)indicaties zijn: schulden- en huisvestingsproblemen, het al dan niet beschikken over een stabiel en dekkend inkomen, het al dan niet hebben van werk of een andere activiteit die structuur geeft aan het dagelijkse leven, het arbeidsverleden⁸⁵ en de aanwezigheid van positieve sociale bindingen (familie, vrienden, partner).⁸⁶ De relevantie van een bepaalde indicator in het concrete geval hangt sterk af van de (vermoedelijke) achterliggende oorzaken van het delinquente gedrag. Ook is de discriminerende waarde van de bovenstaande indicatoren niet gelijk, er zijn sterkere en zwakkere indicaties. De focus dient zo veel mogelijk te liggen op indicatoren waarvan de discriminerende waarde empirisch is aangetoond, teneinde de objectiviteit van het oordeel zo veel mogelijk te waarborgen. Toepassing van de recidivegrond enkel omdat een verdachte geen aantoonbare bron van inkomen heeft – al dan niet in combinatie met de constatering dat het delict een ‘lucratief’ karakter heeft – is veel te mager. Hetzelfde geldt voor het aannemen van evident recidivegevaar enkel omdat sprake is van verslavingsproblemen.⁸⁷ Er dient altijd sprake te zijn van een combinatie van een persistent historisch delictspatroom én discriminerende persoonlijke en/of sociale omstandigheden die erop wijzen dat de verdachte het historische delictspatroom zal voortzetten.

4.3.4 Reëel en actueel delictsgevaar afkomstig van de gemeenschap

De grootte van het gevaar voor *public disorder* is afhankelijk van de waarschijnlijkheid dat de invrijheidstelling van de verdachte tot maatschappelijke ongeregeldheden dan wel fysiek geweld tegen de verdachte zal leiden en de ernst van de gevolgen indien het gevaar zich verwezenlijkt. Het gevaar dient reëel en actueel te zijn. Relevante (contra-)indicaties bij het bepalen van de waarschijnlijkheid van *public disorder* zijn de ernst van het delict, het aantal slachtoffers, de persoon van het slachtoffer en de vermoedelijke intentie van de dader. Het moet gaan om een verdenking van een ernstig misdrijf dat sterke negatieve emoties oproept bij een grote groep mensen. Denk aan delicten met een groot aantal slachtoffers, levens- of zedendelicten gepleegd tegen kinderen en ideologisch gemotiveerde levensdelicten.⁸⁸ Uiteraard wordt bij het bepalen van de waarschijnlijkheid van het delictsgevaar ook acht geslagen op concrete aanwijzingen die duiden op gevaar voor ongeregeldheden of fysiek geweld tegen de verdachte. Denk aan oproepen daartoe op sociale (of *dark*) media of ongeregeldheden die reeds vóór de bewaringszitting hebben plaatsgevonden. Het

ontbreken van dergelijke concrete aanwijzingen levert een belangrijke contra-indicatie op.

De grootte van het gevaar voor *public disorder* neemt doorgaans sterk af als gevolg van tijdsverloop. De emotionele schok die (het kennisnemen van) een schokkend delict teweegbrengt, ebt veelal snel weg en de aandacht van het brede publiek en de media verplaatsen zich veelal rap naar de volgende waan van de dag. Deze grond, die meer weg heeft van een tijdelijke noodmaatregel,⁸⁹ kan dan ook hoogstens voor korte duur (enkele weken) worden gerechtvaardigd. Bovendien kan het gevaar zich ook effectueren binnen de muren van een detentie-inrichting. Met name verdachten van levens- of zedendelicten gepleegd tegen kinderen kunnen binnen detentie-inrichtingen rekenen op de nodige animositeit.

4.4 Enige nuancering van de hoofdregel

Het principiële uitgangspunt dat een verdachte het strafrechtelijke onderzoek in vrijheid zou moeten kunnen afwachten valt evident niet te rijmen met de inzet van voorlopige hechtenis om reeds in de voorfase punitieve doelen na te streven. Uit kwalitatief empirisch onderzoek blijkt echter dat punitieve motieven wel een rol spelen in de besluitvorming omtrent voorlopige hechtenis. Dat geldt niet alleen voor de Nederlandse voorlopige hechtenispraktijk; uit Europese landenrapportages blijkt dat motieven van voorbestrafing in zowat alle onderzochte landen een rol spelen. Als de verwachting bestaat dat de verdachte uiteindelijk toch een onvoorwaardelijke gevangenisstraf opgelegd zal krijgen, laten rechters zich bij de beslissing omtrent voorlopige hechtenis (mede) leiden door het streven om de verdachte direct de consequenties van zijn gedrag te laten voelen en/of door de gedachte dat het in het belang van de verdachte is om de straf direct uit te zitten.⁹⁰ Hieruit zou de conclusie kunnen worden getrokken dat de ultimumremediumgedachte in de praktijk van veel Europese landen blijkbaar niet (meer) gedeeld wordt en dat de roep om terughoudendheid dus niet 'realistisch' is. Afgezien van de vraag of principiële uitgangspunten moeten worden losgelaten of gerelativeerd enkel omdat zij in de praktijk onvoldoende worden waargemaakt of nageleefd, legt de worsteling met de ultimumremediumgedachte mijns inziens vooral bloot dat er tot op heden geen adequate oplossing is gevonden voor de omgang met strafzaken waarin de strafrechtelijke aansprakelijkheid van de verdachte reeds in de voorfase buiten iedere redelijke twijfel vaststaat. Van rechters eisen dat zij ook in klip-en-klare strafzaken uit moeten gaan van de theoretische onschuld van de verdachte is een cognitief lastige (zo niet onmogelijke) opgave. Daar waar normatieve regels botsen met het gezonde verstand en het eigen basale rechtsgevoel, ontstaat doorgaans de neiging om te zoeken naar rationale escaperoutes om toch in overeenstemming met het gezonde verstand en basale

rechtsgevoel te kunnen handelen.⁹¹ Bovendien valt het niet goed uit te leggen om een verdachte van een ernstig delict, waarvan buiten redelijke twijfel vaststaat dat hij de dader is, het onderzoek in vrijheid te laten afwachten. Het is ook hoofdzakelijk met het oog op (ernstige) klip-en-klare strafzaken dat de twaalfjaarsgrond in het leven is geroepen. Ter rechtvaardiging van deze ruime rechtvaardigingsgrond – waar veel kritiek op was – werd tijdens de parlementaire discussie het voorbeeld opgevoerd van de man die zijn echtgenote heeft vermoord én direct bekend heeft. In dergelijke gevallen zou de samenleving het zeer slecht verdragen als de verdachte vrij rond zou mogen blijven lopen; ook zou het in dergelijke gevallen in het belang van de ‘dader’ zelf zijn om direct uit de samenleving te worden verwijderd.⁹²

Bovenstaande kanttekeningen bij de ultimumremediumgedachte in geval van bewijstechnisch evidente strafzaken zijn niet nieuw. Reeds tijdens de NJV-vergadering van 1871 stelde de Groningse hoogleraar Gratama voor om het nastreven van punitieve doelen wettelijk toe te staan in geval van heterdaad. Daar werd tegen ingebracht dat de oplossing voor zulke zaken niet moeten worden gezocht in het overgaan tot executie alvorens de verdachte berecht is, maar in een snellere afdoening.⁹³ Het laatste is vanuit theoretisch oogpunt inderdaad de zuiverste (meest consistente) oplossing. De realiteit is echter dat er ook in klip-en-klare strafzaken vaak nog nadere onderzoekshandelingen moeten worden verricht ten behoeve van de bepaling van de sanctie dan wel ter vaststelling van de schade of het wederrechtelijk verkregen voordeel. Deze onderzoekshandelingen nemen nu eenmaal de nodige tijd in beslag. De vraag blijft: wat te doen met de verdachte in deze tussenperiode? Een oplossing zou kunnen zijn om de bewijs- en sanctiefase te scheiden in ernstige klip-en-klare strafzaken, waarbij eerst een oordeel wordt geveld over de strafrechtelijke aansprakelijkheid van de verdachte om vervolgens op een later moment de sanctie te bepalen (waarbij eventuele slachtoffers ook hun zegje kunnen doen). Welke oplossing men ook kiest, duidelijk is dat er *een* oplossing moet komen voor de omgang met dergelijke strafzaken, wil de ultimumremediumgedachte weer (of meer dan thans het geval is) een levend uitgangspunt worden dat geen cognitieve dissonantie oproept.⁹⁴

5 Conclusie

In deze bijdrage heb ik gepoogd een inhoudelijk en operationeel normatief kader te formuleren voor de toepassing van voorlopige hechtenis dat als basis kan dienen voor een grondige(re) hervorming van de voorlopige hechtenisregeling. Daarbij ben ik consistent uitgegaan van de opvatting van voorlopige hechtenis als ultimum remedium. Tegelijkertijd heb ik betoogd dat er een oplossing moet komen voor de omgang met ernstige klip-en-klare strafzaken, omdat het vasthouden aan de ultimumremediumgedachte in dergelijke zaken de nodige cognitieve dissonantie

oproept en ook niet goed valt uit te leggen. Deze ogenschijnlijk tegengestelde opvattingen kunnen met elkaar worden verenigd als de focus bij de normering en toepassing van voorlopige hechtenis – in lijn met het hoofddoel van het strafproces – komt te liggen op het zo veel mogelijk ontzien van onschuldigen. Dat doel kan worden bereikt door de toepassing van voorlopige hechtenis te beperken tot die gevallen waarin (a) de strafrechtelijke aansprakelijkheid van de verdachte met een hoge mate van waarschijnlijkheid vaststaat en (b) vrijheidsbeneming daadwerkelijk de enige reële manier is om een voldoende groot (erkend) gevaar tot aanvaardbare proporties te beperken. Het vasthouden aan de ultimatumremediumgedachte in strafzaken waarin de strafrechtelijke aansprakelijkheid van de verdachte reeds in de voorfase buiten redelijke twijfel vaststaat, draagt geenszins bij aan dat doel; de kans dat de verdachte achteraf onschuldig blijkt te zijn is immers nagenoeg nihil. Wel moet worden voorkomen dat verdachten – ongeacht de bewijstechnische complexiteit van de strafzaak – zwaarder worden bestraft dan zij ‘verdienen’ als gevolg van de toepassing van voorlopige hechtenis. Dat doel kan worden gerealiseerd door (c) uit te gaan van een strenge proportionaliteitstoets. Tot slot, een helder normatief kompas is een noodzakelijke voorwaarde voor het realiseren van een goede praktijk, maar geen voldoende voorwaarde. Men kan een nog zo fraai normatief kader optuigen, als de procedures zo zijn vormgegeven dat het de praktijkbeoefenaars ontbreekt aan de tijd, ruimte en middelen om zorgvuldige afwegingen te kunnen maken – wat thans het geval is – dan zullen zij blijven kiezen voor de weg van de minste weerstand. Om de noodzaak van voorlopige hechtenis zorgvuldig te kunnen beoordelen dient de beslissers in de rechtspraak dan ook voldoende tijd en ruimte ter beschikking te worden gesteld voor het onderzoek naar de waarschijnlijkheid van de strafrechtelijke aansprakelijkheid van de verdachte, de grootte van het gevaar en de opportuniteit van alternatieven.

Noten

1 Algemene Rekenkamer, ‘Voorarrest: verdachten in de cel. Een kwantitatieve analyse van inverzekeringstelling en voorlopige hechtenis’, 2017, p. 26-31. Op de berekening van dit aantal kom ik nog terug.

2 Conceptmemorie van toelichting bij het Voorstel van wet tot vaststelling van Boek 2 van het nieuwe Wetboek van Strafvordering, p. 34.

3 In gelijke zin G.P.M.F. Mols, ‘Modernisering van het voorarrest: op weg naar vrijheidsbeneming als ultieme maatregel’, *Strafblad* 2015/2, p. 6. Mols spreekt van rubberachtige gronden die een vruchtbare voedingsbodem bieden voor een cultuur waarin zekerheid het wint van terughoudendheid.

4 Het gebrek aan sturing door de Hoge Raad komt grotendeels voort uit het feit dat alleen het OM in cassatie kan gaan tegen voorlopige hechtenisbeslissingen (vgl. art. 446 Sv en art. 445 jo. 71 Sv). Beslissingen van feitenrechters worden in de regel karig gemotiveerd. Zie College voor de Rechten van de Mens, ‘Tekst en uitleg. Onderzoek naar de motivering van voorlopige hechtenis’, maart 2017.

5 In gelijke zin J. uit Beijerse, ‘Naar een bij onschuldpresumptie passend systeem van voorlopige hechtenis. De lessen van Europa en van de klassieke rechtsgeleerden’, *Strafblad* 2008/5, p. 466.

6 Zie *Kamerstukken II* 2012/13, 33360, nr. 3, p. 1-2.

7 Zie art. 2.5.4.1.1 lid 2 en 2.5.4.1.2 van het conceptwetsvoorstel tot vaststelling van Boek 2 van het nieuwe Wetboek van Strafvordering.

8 Zie over de invloed van externe druk op de rechterlijke oordeelsvorming J.W. de Keijser, H. Elffers & H. van de Bunt, ‘Responsive but misunderstood: Dutch Judges on their Relationship to Society’, in: H. Kury (red.), *Fear of Crime – Punitivity. New developments in Theory and Research*, Bochum: Universitätsverlag Brockmeyer 2008, p. 471-488.

9 Vanuit de advocatuur is meermalen de vergelijking gemaakt met een loterij. Zie N. van der Laan, ‘De voorlopige hechtenis lotto. Een pleidooi voor motiveren en publiceren’, *NJB* 2009, 1853 en P. Plasman, ‘De voorlopige hechtenis als tombola’, te raadplegen via <http://ivorentoga.nl/archieven/3221>.

10 Zie over het belang van (in zekere mate) geprotocolleerde besluitvorming E. Rassin, ‘“Het is wettig en overtuigend bewezen, althans de kans is 99%’. Overwegingen bij het kwantificeren van de strafrechtelijke overtuiging’, *Expertise en Recht* 2017-1, p. 4-5. Zie ook J. Boonstra e.a., ‘Veranderen van maatschappelijke organisaties’, *Business contact* 2017, p. 146-147.

11 Zie voor de (disculperende) reactie van de president van het Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden <https://nos.nl/artikel/2276684-dat-gokmen-t-niet-vastzat-juridisch-juist-menselijk-verschrikkelijk.html>.

12 B.F. Keulen & G. Knigge, *Strafprocesrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2016, p. 356. Zie ook Uit Beijerse 2008, p. 477.

13 In het conceptwetsvoorstel wordt het toepassingsbereik van het dwangmiddel verder opgerekt onder het mom van ‘vereenvoudiging verdenkingscriteria’. Zie art. 2.5.4.1.2 lid 2 en 3 (nieuw) Sv.

14 In gelijke zin J.H. Janssen, F.W.H. van den Emster & T.B. Trotman, 'Strafrechters over de praktijk van de voorlopige hechtenis', *Strafblad* 2013, p. 432.

15 In gelijke zin Uit Beijerse 2008, p. 478. 'In de literatuur is er weinig aandacht voor de 'ernstige bezwaren' als derde voorwaarde voor toepassing en dit leerstuk is dan ook niet erg ontwikkeld'.

16 Janssen, Van den Emster & Trotman 2013, p. 433.

17 M. Boone, P. Jacobs & J. Lindeman, *DETOUR- Towards Pre-trial Detention as Ultimo Ratio - 2nd Dutch National Report on Expert Interviews*, Wenen: Institute for the Sociology of Law and Criminology 2017, p. 20 en 41. Zie ook Janssen, Van den Emster & Trotman 2013, p. 434.

18 Janssen, Van den Emster & Trotman 2013, p. 437-438.

19 Boone, Jacobs & Lindeman 2017, p. 51-53.

20 In het conceptwetsvoorstel is wel voorzien in een expliciete en volwaardige subsidiariteitstoets. Zie art. 2.5.4.1.1 lid 2 (nieuw) Sv.

21 In totaal werd circa 8 miljoen uitgekeerd aan ex-verdachten en ruim 15 miljoen aan rechtsbijstandverleners. Zie CBS 2017 (strafzaken; bijzondere procedures).

22 Algemene Rekenkamer 2017, p. 30-31.

23 Combinatie cijfers WODC Criminaliteit en rechtshandhaving 2017 (bijlagen tabel 7.1) en Algemene Rekenkamer 2017, p. 30 (figuur 9). Over de periode 2010-2016 werden jaarlijks gemiddeld 15.679 verdachten voorlopig gehecht en kregen – conservatief ingeschat – jaarlijks gemiddeld 1.600 gewezen voorlopig gehechten schadevergoeding toegekend ($15.679/1.600 = 10,2\%$). Ik ga uit van een gemiddelde over een langere periode (7 jaar), omdat het jaar van toekenning van schadevergoeding uiteraard niet samen hoeft te vallen met het jaar dat de verdachte in voorlopige hechtenis is gesteld.

24 Merkwaardig genoeg houdt het CBS – vanwege het 'wegvallen van financiering' – de frequentie en omvang van schadevergoedingen die aan ex-verdachten wordt toegekend per 1 januari 2018 niet meer bij, terwijl dit toch uitermate relevante data betreft. Zie https://opendata.cbs.nl/statline/portal.html?_catalog=CBS&_la=nl&tableId=37632&_theme=904.

25 De klassieke formulering van het doel van het strafprocesrecht luidt: 'Een goed

ingericht strafprocesrecht moet zoveel mogelijk bevorderen de toepassing van de strafwet op den werkelijk schuldigen dader, en tevens de veroordeling, kan het zijn, de vervolging van den niet-schuldigen naar vermogen verhinderen.’ Zie hierover ook G.J.M. Corstens, *Het Nederlands strafprocesrecht*, bewerkt door M.J. Borgers en T. Kooijmans, negende druk, Deventer: Wolters Kluwer 2018, p. 8-9, en Keulen en Knigge 2016, p. 2.

26 In gelijke zin Keulen & Knigge 2016, p. 311-312. Zie ook Corstens 2018, p. 51.

27 In gelijke zin J. uit Beijerse, *Op verdenking gevangengezet. Het voorarrest tussen beginselen en praktische behoeften* (diss. Rotterdam), Nijmegen: Ars Aequi Libri 1998, p. 1: ‘Het is een voorzorgsmaatregel en geen straf, maar wordt in zijn tenuitvoerlegging als ingrijpender ervaren dan de zwaarste straf, de gevangenisstraf.’ Zie ook Corstens 2018, p. 464.

28 Zie over de schadelijke gevolgen van detentie voor de gedetineerde en diens relationele kring A.J.E. Dirkzwager, P. Nieuwbeerta & J.P.S. Fiselier, ‘Onbedoelde gevolgen van vrijheidsstraffen: een literatuurstudie’, *Tijdschrift voor Criminologie* 2009, 51(1), p. 21-41.

29 Opsporingsambtenaren zijn in de praktijk hoofdzakelijk gericht op het vergaren van zo veel mogelijk belastend bewijs (zie R. Salet, *Opsporing, tegenspraak en veranderende frames* (diss. Nijmegen), Den Haag: Boom Lemma uitgevers 2015, p. 112-116) en de raadsman of -vrouw beperkt zich doorgaans tot het aanvechten van de belastende bevindingen, met name als er op toevoegingbasis wordt gewerkt. Het verrichten van falsificatoir onderzoek vergt nu eenmaal veel meer tijd, middelen en inspanningen dan het simpelweg ter discussie stellen van het reeds beschikbare belastende bewijs.

30 Zie hierover P.W. van der Kruijs, ‘Tijdsbeelden van de voorlopige hechtenis (en enige voorstellen)’, in: A.H. Klip, A.L. Smeulers & M.W. Wolleswinkel, *Krities (liber amicorum prof. mr. E. Prakken)*, Deventer: Kluwer 2004, p. 209.

31 De geschiedenis van de cellulaire opsluitingspraktijk is daar illustratief voor. Ondanks aanhoudende en vernietigende kritiek van deskundigen bleef het cellulaire stelsel meer dan een halve eeuw in stand. Pas nadat vele welgestelde burgers tijdens de Duitse bezetting zelf aan den lijve mochten ondervinden wat het betekent om langdurig cellulair te worden opgesloten, kwam er een eind aan deze deprimerende strafpraktijk. Zie S. van Ruller, ‘Geschiedenis van de vrijheidsbeneming’, in: E.R. Muller & P.C. Vegter (red), *Detentie. Gevangen in Nederland*, Alphen aan den Rijn: Kluwer 2009, p. 36-37.

32 Een denkbeeldige setting waarbij de participanten hun maatschappelijke positie (sociale klasse, geslacht, etniciteit enz.) niet kennen, maar wel beschikken over de kennis van de risico's die de verschillende sociale groepen lopen om onterecht als verdachte dan wel als slachtoffer in een strafproces te worden betrokken. Zie J. Rawls, *A theory of justice: revised edition*, Oxford: Oxford University Press 1999, p. 118-130.

33 Zie over de waarde van dit gedachte-experiment voor het strafprocesrecht ook A.A. van Dijk, *Strafrechtelijke aansprakelijkheid heroverwogen. Over opzet, schuld, schulduitsluitingsgronden en straf* (diss. Groningen), Apeldoorn: Maklu 2008, p. 125-137.

34 Zie over deze 'drievoet' Uit Beijerse 2008, p. 477-479.

35 In gelijke zin Keulen & Knigge 2016, p. 311-312.

36 Zie Keulen & Knigge 2016, p. 356 en Uit Beijerse 2008, p. 477.

37 Uit Beijerse 2008, p. 477.

38 In gelijke zin Corstens 2018, p. 473. Bovendien zegt de wettelijke strafbedreiging doorgaans weinig over de ernst van het delict; zo levert de diefstal van een appel op grond van het vierjaarscriterium een 'geval' op.

39 Een soortgelijke regel is terug te vinden in het Duitse recht, waar de recidivegrond (bij relatief lichte delicten) enkel kan worden aangenomen als redelijkerwijs te verwachten valt dat de verdachte in geval van veroordeling een vrijheidsbenemende sanctie van minimaal een jaar krijgt opgelegd. Zie A.M. van Kalmthout, M.M. Knapen & C. Morgenstern (eds.), *Pre-trial Detention in the European Union*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2009, p. 414.

40 Kalmthout, Knapen & Morgenstern 2009, p. 277.

41 Zie hierover L. Stevens, 'Voorlopige hechtenis en vrijheidsstraf. De strafrechter voor voldongen feiten?', *NJB* 2010, nr. 24, p. 1524.

42 In de LOVS zijn voor de meest voorkomende delicten specifieke criteria geformuleerd voor het bepalen van de sanctie; zo speelt het benadelingsbedrag een doorslaggevende rol bij fraudedelicten en zo spelen de duur en regelmaat van het dealen een cruciale rol bij (bepaalde) harddrugsdelicten. Zie <https://www.rechtspraak.nl/SiteCollectionDocuments/Orientatiepunten-en-afspraken-LOVS.pdf>

43 In gelijke zin Keulen en Knigge 2016, p. 311-312 en 363.

44 Zie over deze opvatting J.H.B. Bemelmans, *Totdat het tegendeel is bewezen. De onschuldpresumptie in rechtshistorisch, theoretisch, internationaalrechtelijk en Nederlands strafprocesrechtelijk perspectief* (diss. Nijmegen), Deventer: Wolters Kluwer 2018, p. 140-142. Bemelmans wijst een dynamische opvatting van de onschuldpresumptie af zonder een onderscheid te maken tussen de opvatting waarbij het beginsel zwaarder weegt naarmate het dwangmiddel ingrijpender is en de opvatting waarbij de normatieve waarde van het beginsel afhankelijk wordt gesteld van de sterkte van de verdenking in de concrete zaak. Zijn tegenargumenten zien louter op de laatste opvatting.

45 Zie L. Stevens, 'Voorlopige hechtenis in tijden van risicomanagement. Lijdende of leidende beginselen', *DD* 2012/36, p. 391-392. De ene rechter legt de grens bij een sterke verdenking (ernstige bezwaren), de ander bij een bekende verdachte.

46 Zie voor deze benadering Bemelmans 2018, p. 144-148 en 169-170, en E. van Sliedregt, *Tien tegen één. Een hedendaagse bezinning op de onschuldpresumptie* (oratie Amsterdam VU), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2009, p. 32-37.

47 Zie Bemelmans 2018, p. 147-148. Hij meent dat de onschuldpresumptie niet voorschrijft dat 'zonder verdenking geen behandeling als verdachte mag plaatsvinden of dat naarmate dwangmiddelen ingrijpender zijn altijd een hogere mate van verdenking is vereist.'

48 Zie voor deze benadering Y. Buruma, 'Boekbespreking (bespreking van E. van Sliedregt, *Tien tegen één. Een hedendaagse bezinning op de onschuldpresumptie* (oratie VU), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2009)', *DD* 2009, 62, p. 855-859 en *Uit Beijerse* 1998, p. 1-2.

49 In gelijke zin Buruma 2009, p. 858-859. Hij vergelijkt de argumentatie achter de beperkte opvatting van de onschuldpresumptie (zoals o.a. aangedragen door Van Sliedregt) met een neoclassicistisch kunstwerk dat ons een geïdealiseerd beeld voorschotelt waarbij de onrustbarende kanten van de realiteit buiten beeld worden gelaten.

50 In Hof Amsterdam 28 juni 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:2672 wordt uitgegaan van een soortgelijke bewijsminimumregel bij het vaststellen van ernstige bezwaren: 'Voor wat betreft de 67b-vordering is het hof van oordeel dat er thans onvoldoende ernstige bezwaren tegen de verdachte bestaan, nu de verdenking tegen de verdachte slechts van één bron afkomstig lijkt te zijn.'

51 Uiteraard zijn er ook gevallen waarin het onverantwoord is om de arrestatie van een verdachte uit te stellen totdat er een voldoende sterke zaak tegen hem is. Denk aan ernstige gewelds- of zedendelicten waarbij er een groot risico op recidive of eigenrichting bestaat. In de regel is dat echter niet zo, al was het maar omdat het leeuwendeel van de strafzaken vermogensdelicten zonder geweld betreft; zie CBS 2018 (geregistreerde criminaliteit; soort misdrijf).

52 Hoewel een verdachte in Nederland ook bij verstek kan worden veroordeeld, is dat uiteraard hoogst onbevredigend, in het bijzonder als het om een ernstig delict gaat.

53 In gelijke zin Uit Beijerse 2008, p. 471-472. Ik sluit me ook, zij het in iets andere bewoordingen, aan bij de herformulering van de onderzoeksgrond die zij voorstelt: 'indien voorlopige hechtenis noodzakelijk is om te voorkomen dat de verdachte het onderzoek actief zal frustreren'. Deze redactie komt ook beter overeen met de formulering van de grond door het EHRM: 'the risk that the accused, if released, would take action to prejudice the administration of justice'. Zie EHRM 24 juli 2003, appl.nrs. 46133/99 en 48183/99, NJ 2005, 550 (*Smirnova*), par. 13.

54 'Zijn eerste misdrijf is nog niet bewezen; ook het tweede wordt nog slechts vermoed, en op grond van twee vermoedens zal men hem kerkeren! Dat gaat te ver.' Citaat van Modderman, aangehaald in Uit Beijerse 2008, p. 472.

55 Zie over de normering van ingrijpend overheidsoptreden vanwege gevaarzetting E.F. Stamhuis, *Gemeen gevaar* (oratie Open Universiteit), Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2006, p. 5-6. Volgens Stamhuis is dit ingrijpen enkel gerechtvaardigd als er sprake is van 'een toestand waarin de kans op een zich voordoen van een concrete onwenselijke gebeurtenis onaanvaardbaar groot is'.

56 In gelijke zin Uit Beijerse 2008, p. 474-476. Ik sluit me ook, zij het in iets andere bewoordingen, aan bij haar voorstel tot herformulering van deze grond: 'indien voorlopige hechtenis noodzakelijk is ter afwending van het reële en actuele gevaar dat de invrijheidstelling van de verdachte tot maatschappelijke ongeregelheden dan wel tot ernstig gevaar voor de verdachte zal leiden'. Deze redactie sluit ook beter aan bij hoe het EHRM de grond opvat; zie bijv. EHRM 9 december 2014, appl. nr. 15911/08, NJ 2015/281 (*Geisterfer/Nederland*): 'However, this ground can be regarded as relevant and sufficient only provided that it is based on facts capable of showing that the accused's release would actually disturb public order'.

57 In gelijke zin Uit Beijerse 1998, p. 1: 'Ook voor de buitenwereld is het voorarrest nauwelijks van de gevangenisstraf te onderscheiden met als gevolg dat de

“verdachte” door het publiek al gauw wordt aangemerkt als “schuldige”.’

58 Kalmthout, Knapen & Morgenstern 2009, p. 71-72.

59 Zie College voor de Rechten van de Mens 2017, p. 28 en W. Hammerschick e.a., *DETOUR- Towards Pre-trial Detention as Ultimo Ratio* – vergelijkend rapport, Wenen 2017, p. 13-16.

60 Kalmthout, Knapen & Morgenstern 2009, p. 415.

61 De mogelijkheden van een verdachte om de bewijswaarde van een eenmaal geverbaliseerde (en geverifieerde) getuigenverklaring teniet te doen zijn in de Nederlandse context nagenoeg nihil. De rechter kan de eerste verklaring voor het bewijs bezigen en de tweede als onbetrouwbaar terzijde schuiven.

62 Daar staat echter tegenover dat een verdachte ook iets te verliezen heeft indien hij ervoor kiest het onderzoek actief te frustreren. Hij kan de verdenking tegen zich versterken door (nieuwe) belastende bevindingen te creëren of opsporingsambtenaren op het spoor brengen van reeds bestaand(e) belastend bewijs of vermogensactiva.

63 In het algemeen kan worden gesteld dat het beschermen van onderzoekshandelingen gericht op de waarheidsvinding meer gewicht in de schaal legt dan het beschermen van onderzoekshandelingen gericht op het achterhalen van het wettelijk verkregen voordeel.

64 Bovendien is het niet bepaald een *mission impossible* om in een huis van bewaring een mobieltje te bemachtigen of boodschappen door te geven tijdens bezoekenmomenten. Zie bijv. <https://nos.nl/artikel/2173746-controle-op-drugs-en-mobieltjes-in-gevangenissen-moet-veel-beter.html>.

65 Het ontbreken van een vaste woon- of verblijfplaats in Nederland vergroot ook de kans dat een verdachte onbedoeld onvindbaar zal zijn; de kans hierop is geringer indien de verdachte beschikt over een postadres waar hij aantoonbaar de post regelmatig ophaalt.

66 Het moet wel gaan om verdragen die in concreto kunnen worden ingeroepen; uitleveringsverdragen bevatten namelijk vaak strafminima. Zo kan een Europees Aanhoudingsbevel alleen worden uitgevaardigd indien de opgelegde vrijheidsstraf minimaal vier maanden bedraagt. Zie bijv. Hof Amsterdam 14 september 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:3954.

67 Zie hierover Boone, Jacobs & Lindeman 2017, p. 42.

68 Zo maakt de reclassering bij haar adviezen gebruik van gestandaardiseerde meetinstrumenten (in het bijzonder RISC, StatRec en QuickScan) die zich richten op de kans op algemene recidive binnen een periode van vier jaar uitgaande van normale omstandigheden (dus zonder acht te slaan op de invloed van de bekendheid met de lopende vervolging). Zie hierover B. Wartna, N. Tollenaar & S. Bogaerts, 'StatRec: inschatting van het recidivegevaar van verdachten van een misdrijf', *Tijdschrift voor Criminologie* 2009, nr. 3, p. 286-290.

69 In gelijke zin schrijft de Rotterdamse rechter Janssen over zijn ervaring met verdachten die onder algemene voorwaarden zijn geschorst: 'Tot aan de terechtzitting waar inhoudelijk zal worden beslist is er geen vuiltje aan de lucht. (...) Uitzonderingen daargelaten leert de praktijk van alledag ons dat het zelden voorkomt dat de op deze wijze geschorste verdachten tussentijds in de fout gaan. Ze kijken wel uit.' Zie J. Janssen, 'Een waarschuwend strafrechter', *Platform Modernisering Strafvordering* 2018, p. 71.

70 Zie Kalmthout, Knapen & Morgenstern 2009, p. 415.

71 Zie hierover L.F. van Dillen & G. Vanderveen, 'Gruwelijke beelden van plaatsen delict: kijkstrategieën, opgewekte emoties en oordeelsvorming', *Tijdschrift voor Criminologie* 2017, nr. 1-2, p. 177.

72 Zie Janssen, Van den Emster & Trotman 2013, p. 436.

73 In de Duitse invulling van deze (sub)recidivegrond is de toepassing beperkt tot ernstige zedendelicten en ernstige vormen van belaging. Zie Kalmthout, Knapen & Morgenstern 2009, p. 414.

74 Zie bijv. Hof Amsterdam 28 juni 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:2672 en R. Robroek, 'De motivering van de voorlopige hechtenis in Nederland en het EVRM', *DD* 2017/7, p. 11.

75 Om met Modderman te spreken: 'De maatschappelijke veiligheid wordt dikwijls veel minder in gevaar gebracht door de zweepslag van een enkel zwaar misdrijf dan door de dagelijkse speldenprikken van recidivisten'. Citaat ontleend aan J. uit Beijerse 1998, p. 24.

76 Boone, Jacobs & Lindeman 2017, p. 24.

77 Dit is in lijn met de Duitse invulling van deze (sub)recidivegrond. In de Duitse

invulling wordt voorts nog de eis gesteld dat redelijkerwijs te verwachten moet zijn dat de verdachte in geval van veroordeling een vrijheidsbenemende sanctie van minimaal een jaar krijgt opgelegd. Zie Kalmthout, Knapen & Morgenstern 2009, p. 414.

78 Zie over de discriminerende waarde van deze criteria Wartna, Tollenaar & Bogaerts 2009, p. 282.

79 Met de beste wil van de wereld kan bij *één* soortgelijk antecedent in de afgelopen vijf jaar niet worden gesproken van een persistent of continue delictspatroom (zie art. 67a lid 2 onder 3 Sv). Feitelijk kan een verdachte als gevolg van deze redactie als persistente delinquent worden aangemerkt zonder ooit aantoonbaar gerecidiveerd te hebben. De zgn. kleinerecidivegrond behoort dan ook te worden geschrapt.

80 Eventueel zou aansluiting kunnen worden gezocht bij de definitie van een stelselmatige dader in art. 38m lid 1 onder 2 Sr (minimaal drie veroordelingen in de afgelopen vijf jaren), aangevuld met de eis dat de pleegdatum van het recentste antecedent van niet langer dan twee jaar geleden dateert.

81 Van slechts 24% van alle ondervonden misdrijven wordt aangifte gedaan; het ophelderingspercentage voor geregistreerde misdrijven ligt rond de 26%. Zie WODC 2017, p. 79.

82 Zie R.P.W. Jennissen, *Criminaliteit, leeftijd en etniciteit. Over de afwijkende leeftijdsspecifieke criminaliteitscijfers van in Nederland verblijvende Antillianen en Marokkanen*, WODC 2009, p. 23.

83 R.R. den Bak e.a., *Inventarisatie van psychosociale criminogene factoren en neurobiologische kenmerken bij mannelijke gedetineerden*, WODC 2018, p. 31.

84 Sociale vaardigheden zijn o.a. van belang omdat zij iets zeggen over het vermogen van de verdachte om niet toe te geven aan sociale druk. Zie hierover Den Bak e.a. 2018, p. 32-33.

85 Arbeidsverleden is van belang omdat het iets zegt over het vermogen van de verdachte om – in ieder geval gedurende de onderzoeksperiode – zijn brood legaal te verdienen.

86 Zie over het belang van het meewegen van beschermende factoren M. de Vries Robbé e.a., *Positieve Ontwikkelingsdomeinen. Het belang van beschermende factoren in de strafrechtelijke- en civielrechtelijke keten*, Eindrapport VIV JJ Research & Development 2017.

87 Er zijn allerlei informele manieren, anders dan het plegen van vermogensmisdrijven, waarop mensen (tijdelijk) financieel kunnen overleven of in hun verslaving kunnen voorzien: financiële steun vanuit de sociale omgeving, ‘informele’ bijverdiensten (waaronder zwartwerken, prostitutie en bedelen), zeer zuinig leven (voedselbank, kringloopwinkels, leger des heils), enzovoort.

88 Dat er sprake is van een gewelddelict gepleegd tegen een persoon met een publieke taak (zie art. 67a lid 2 onder 4 Sv) is op zichzelf onvoldoende om gevaar voor *public disorder* aan te nemen; de zgn. snelrechtgrond behoort dan ook te worden geschrapt. Wel zijn de ernst van het delict en de persoon van het slachtoffer relevante indicatoren bij het bepalen van de grootte van het gevaar voor *public disorder*.

89 Zie hierover ook Uit Beijerse 2008, p. 471.

90 Hammerschick e.a. 2017, p. 23-24.

91 De worsteling met de ultimumremediumgedachte in klip-en-klare strafzaken en de invloed van die worsteling op de omgang met de wettelijk geboden ruimte komt duidelijk naar voren in de in de literatuur veelbesproken strafzaken tegen op heterdaad betrapte drugsmokkelaars. Zie hierover M.J. Borgers, ‘De ernstig geschokte rechtsorde, een vervolg’, *AA* 2007/10, p. 798-805.

92 Zie hierover K.J. van Dijk, ‘De ernstig geschokte rechtsorde als grond voor voorlopige hechtenis in het licht van het arrest-Lettelier’, *DD* 2002, 32, p. 556-557 en Uit Beijerse 1998, p. 85-87.

93 Zie Uit Beijerse 2008, p. 474.

94 De beschikbaarheid van snelle afdoeningsmodaliteiten in de ernstigere klip-en-klare zaken (denk aan *plea bargaining*) is ook een van de redenen waarom voorlopige hechtenis terughoudender wordt toegepast in Angelsaksische landen. Zie hierover F.W. Bleichrodt, P.A.M. Mevis & B.W.A. Volker, *Vergroting van de slagvaardigheid van het strafrecht; een rechtsvergelijkend perspectief*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2012.

Trefwoorden: **voorlopige hechtenis, onschuldpresumptie, ultimum remedium, theoretische grondslagen**

