

'Kruisbestuiving': procesposities in strafrecht en privaatrecht

C P M Cleiren

1 INLEIDING

Overeenkomstige tendensen?

Het lijkt goed te gaan met de relaties in het recht. De harmonisatie van het procesrecht en de reorganisatie van de rechterlijke macht zijn illustratief. Ook de aandacht voor de relatie tussen strafrecht en privaatrecht is weer in opmars. De betrekkingen tussen deze beide rechtsgebieden kunnen, afhankelijk van het perspectief van de kijker, op diverse manieren worden begrepen en geduid. Zo kunnen ontwikkelingen op de beide terreinen soms worden begrepen als een vorm van een wederzijdse beïnvloeding. Hierbij kan men denken aan gevallen waarin het strafrecht civiele aspecten en karakteristieken opneemt, zoals in de transactie, de schadevergoedingsmaatregel en de plukze wetgeving. In hetzelfde spoor zou men de (vernieuwde) regeling voor de benadeelde (beledigde) partij en de schadevergoedingsregeling uit artikel 89 WvSv kunnen bezien als het strafrechtelijk verwerken van civielrechtelijke elementen. De schadevergoeding van artikel 89 WvSv wordt gebaseerd op de civielrechtelijke norm van billijkheid, de regeling voor de benadeelde partij ontlast in zekere zin de civiele rechter.¹ Maar ook omgekeerd zijn er tendensen waaruit blijkt dat het civiele recht strafrechtelijke aspecten opneemt, zoals punitieve damages en boetebedingen. Het is echter eveneens mogelijk bepaalde tendensen te beschouwen als een vorm van inmenging in elkaars rechtsgebied. Zo aarzelt het civiele recht niet om in kort geding strafrechtelijke kwesties aan te pakken.² De straatverboden en de schadevergoeding voor onrechtmatig toegepaste dwangmiddelen vormen hiervan een goed voorbeeld. Een soortgelijke tendens kan men onderkennen in de dadingexperimenten. Soms kan men zelfs spreken van regelrechte transplantatie. Een heel pregnant voorbeeld van vermenging vindt men in de zaak die leidde tot het Amsterdamse vonnis van 16 december 1993, KG 1994, 22. Het Openbaar Ministerie dagvaardde voor het eerst met succes een verdachte in kort geding.³

Ook waar het methoden van argumentatie en rechtsvinding betreft zien we grote overeenkomsten en een vorm van wederzijdse beïnvloeding. Als voorbeeld uit het strafrecht kan worden gewezen op het expliciet hanteren van de in oorsprong uit het civiele recht afkomstige relativiteitsleer en het *Schutznorm-criterium*.

¹ Billijkheid vindt men als norm voor de vergoeding van schade in artikel 6:106 BW.

Zie ook J. H. Blaauw, *Kort geding in strafzaken*, Zwolle 1992, hoofdstuk 2.

³ Zie hierover N. Frenk en P. R. Rodrigues, het OM als eisende partij in kort geding, NJB 1994, p. 805-811.

Er is evenwel niet alleen sprake van weloverwogen wederzijdse beïnvloeding, inmenging of transplantatie. Er zijn in de rechtspraktijk op de beide rechtsgebieden namelijk ook rechtsontwikkelingen aanwijsbaar die grote overeenkomsten vertonen, zonder dat deze voort lijken te vloeien uit een bewuste keuze van de betrokken rechtsvormers. In ieder geval worden in de praktijk van de rechtsvorming de beide rechtsgebieden niet vaak rechtstreeks op elkaar betrokken.

Veel rechtsbeoefenaren, maar ook de wetenschappers lijken zich niet steeds bewust van deze grote overeenkomsten in rechtsontwikkeling, kennen het andere rechtsgebied vaak niet voldoende en benutten de waardevolle aspecten daaruit dan ook niet of niet ten volle. Toch geven juist de bedoelde rechtsontwikkelingen aanleiding om de aloude gedachte van een discussie over eenheid van recht weer in ere te herstellen. Ik neem u daarom mee op een korte excursie naar enkele rechtsontwikkelingen in straf- en privaatrecht die mijns inziens vooral in deze laatste groep thuishoren. Bij de keuze tussen de vele overeenkomstige tendensen richt ik me op die, welke van invloed kunnen zijn op de verhouding tussen partijen of procesdeelnemers. De bril waardoor ik u laat kijken is - als gevolg van mijn achtergrond - een strafrechtelijke. Een blik vanuit de andere kant zou evenwel ook heel vruchtbaar kunnen zijn.

Ontwikkelingen in procesposities

De ontwikkelingen in het strafprocesrecht gaan snel en worden voor een belangrijk deel 'opgepikt' in het wetgevingsproces. Dat geldt niet voor alle ontwikkelingen. Sommige, zelfs zeer fundamentele verschuivingen lijken zich aan de veranderingsdrift van de strafwetgever te onttrekken. Een zeer belangrijke verschuiving in het strafproces die daar tot op heden in is geslaagd, is de verandering in de eisen die in de rechtspraktijk worden gesteld aan de in het proces betrokkenen, kort gezegd de veranderde opvatting over de positie van de partijen in het strafproces: het Openbaar Ministerie en de verdachte. Natuurlijk rijst onmiddellijk de vraag of een zo fundamentele verschuiving de aandacht van de wetgever niet juist wél verdient. Deze vraag komt hier slechts terzijde, namelijk louter in het licht van de relatie van het strafrecht tot het civiele recht, aan de orde.

Allereerst schenk ik aandacht aan de veranderde eisen die aan het Openbaar Ministerie - als partij in het strafgeding - worden gesteld, welke ontwikkelingen worden gerelateerd aan aspecten die de partij in het civiele recht betreffen. In de daarop volgende paragraaf zal de procespositie van de verdachte - wiens rol ik bij voorkeur niet aanduid als partij in het geding - centraal staan, waarbij wederom overeenkomsten met het civiele recht worden belicht.⁴

⁴ Zie over de verdachte als procespartij uitvoerig C.P.M. Cleiren, Een grensoverschrijdende verdachte? in J.L.M. Boekema (red.), Grensoverschrijdend strafrecht, Arnhem 1990.

2. DE POSITIE VAN PARTIJEN IN GEDING: HET OM EN DE PARTIJ IN HET CIVIELE RECHT

Het Openbaar Ministerie

Het strafprocesrecht wordt beheerst door het legaliteitsbeginsel, dat expliciet uitdrukking heeft gekregen in artikel 1 WvSv. Desalniettemin tekent zich sinds 1970 in de rechtspraak steeds duidelijker de tendens af dat eisen die worden gesteld aan het optreden van het Openbaar Ministerie niet meer zoals voorheen eenvoudig uit het stelsel van strafvorderlijke bepalingen zijn af te leiden. De eisen van een behoorlijke strafrechtspleging of beginselen van een goede procesorde waaraan het optreden van het Openbaar Ministerie moet voldoen, beperken de in de wet neergelegde en genormeerde bevoegdheden van het Openbaar Ministerie nader.⁵ Die bevoegdheden moeten volgens deze ongeschreven beginselen worden uitgeoefend in overeenstemming met het doel van de strafvordering. Dat brengt onder meer mee dat de vervolgingsbeslissing niet slechts mag worden gebaseerd op een op de wet gebaseerde bevoegdheid, maar ook moet aansluiten bij de taak van het Openbaar Ministerie om het recht te handhaven. Deze laatste eis vergt een afweging tussen de belangen van de vervolging en de belangen van de verdachte. Bij deze afweging zijn onder meer het verbod van willekeur, het verbod van détournement de pouvoir, het gebod tot evenredigheid in de belangenafweging en het verbod tot schending van het gelijkheids- en het vertrouwensbeginsel aan de orde.⁶

De partij in het civiele recht

Hoewel voor de partijen in het burgerlijk recht volstrekt andere rechten, bevoegdheden en eisen in het geding zijn dan het strafrecht kent, is er een overeenkomst zichtbaar tussen de eisen die aan het Openbaar Ministerie worden gesteld en die voor de civiele partijen gelden.⁷ De hier bedoelde overeenkomst betreft een overeenkomst met het materiële burgerlijk recht, niet met het burgerlijk procesrecht. Men kan dan denken aan misbruik van bevoegdheid zoals geformuleerd in artikel 3:13 BW en ook buiten het vermogensrecht van toepassing verklaard in schakelbepaling artikel 3:15 BW. Hoewel er formeel-wettelijk een bevoegdheid aanwezig is, mag die niet steeds worden uitgeoefend. Het betreft hier dus — evenals voor het Openbaar Ministerie — beperkingen aan de uitoefening van bevoegdheden door een partij, bijvoorbeeld van subjectieve rechten of van familierechtelijke bevoegdheden.

De criteria om misbruik van recht of bevoegdheid vast te stellen vertonen ook overeenkomst met die uit het strafrecht. Men treft onder meer als criterium aan uitoefening van een bevoegdheid met geen ander doel dan om te

⁵ Dit geldt overigens ook het optreden van de zittende magistratuur.

⁶ C.P.M. Cleiren, *Beginselen van een goede procesorde*, Een analyse van rechtspraak in strafzaken, Arnhem 1989, Hoofdstuk III, 3.

⁷ Zie uitgebreider C.P.M. Cleiren, *Beginselen van een goede procesorde*, a.w., hoofdstuk V, 2.

schaden, uitoefening van een bevoegdheid met een ander doel dan waarvoor de bevoegdheid werd verleend en onevenredigheid tussen het belang dat wordt gediend met de uitoefening en het belang dat daarmee wordt geschaad⁸

Ook in het burgerlijk procesrecht wordt beoordeeld of een van de partijen misbruik maakt van zijn procesbevoegdheden en worden daaraan consequenties verbonden⁹ In dit rechtsgebied geldt evenzeer als in het strafprocesrecht dat de waarborgen tegen onrechtmatig gebruik van procesrecht in beginsel in het geschreven procesrecht kunnen worden gevonden, maar dat op grond van ongeschreven eisen van een goede procesorde of regels van een goede procesvoering aanvullende eisen aan partijen worden gesteld¹⁰ Bovendien kan worden gewezen op het eerder genoemde leerstuk van misbruik van bevoegdheid uit artikel 3 13 BW dat ook misbruik van procesrecht bestrijkt Overeenkomstig dit artikel zal men een redelijk belang moeten hebben bij het gebruik van een processueel recht Daarnaast geldt het adagium 'geen belang, geen actie', als gevolg waarvan het instellen van een rechtsvordering zonder voldoende belang uitmondt in niet-ontvankelijkheid (zie onder meer artikel 3 303 BW)

Bevindingen

De eisen die aan een publiekrechtelijk orgaan — het Openbaar Ministerie — worden gesteld bij de uitoefening van zijn bevoegdheden, wijken dus in hun principe niet zo sterk af van de eisen die aan de burger in relatie tot zijn medeburger naar burgerlijk (proces)recht worden gesteld Daar komt bij dat — zoals gezegd — de strafrechter en de civiele rechter uitoefening van rechten en bevoegdheden toetsen aan sterk overeenkomende criteria Burgerlijk recht en strafrecht blijken op dit punt dus niet zo wezenlijk verschillend

3 DE PROCESPOSITIE VAN DE VERDACHTE

Inleiding

Men kan zich natuurlijk afvragen of in het verlengde van de zware eisen die aan het optreden van het Openbaar Ministerie worden gesteld, niet ook het optreden van de verdachte aan beperkingen mag worden onderworpen Gezien de tamelijk instrumentele benadering van het strafrecht in het huidige tijdsgewricht, verbaast

⁸ Zie onder meer P Rodenburg, *Misbruik van bevoegdheid*, Deventer 1985, voor verdere literatuur C P M Cleiren, *Beginselen van een goede procesorde*, a w , blz 241, noot 10 Het is evident dat deze criteria verwant zijn aan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur

⁹ Zie uitvoeriger C P M Cleiren, *Beginselen van een goede procesorde*, a w , Hoofdstuk V, 2, S Gerbrandy, *Gebruik en misbruik van procesrecht*, *Advocatenblad* 1959, Bijlage, blz 371 e v , J J Vriesendorp, *Een 'goede procesorde'*, *NJB* 1979, blz 763 765, J Ten Berg Koolen, *De goede procesorde in het burgerlijk procesrecht*, *NJB* 1986, blz 113 119, H J Snyders, *Inleiding Nederlands burgerlijk procesrecht*, Zwolle 1992, blz 13 en W Hugenholz en W H Heemskerk *Hoofdlijnen burgerlijk procesrecht*, Utrecht 1991, blz 15-16

¹⁰ Dit geldt ook het optreden van rechters

het dan ook niet dat dit punt inmiddels van vele zijden wordt opgeworpen. Ook in de strafrechtelijke procedure zelf komt de laatste jaren de procespositie van de verdachte steeds vaker aan de orde en ter discussie. Er worden aan de verdachte eisen gesteld, er wordt van hem een actieve houding verwacht. Hij mag niet afwachten, maar moet voor zijn rechten en belangen opkomen. Een passieve houding wordt als het ware afgestraft met een soort rechtsverwerking, zodat hij bijvoorbeeld de aanspraak die hij heeft op naleving van een bepaald recht niet meer te gelde kan maken.¹¹ Deze ontwikkeling staat — in ieder geval in zekere mate — op gespannen voet staat met de rol van de verdachte in het wettelijk stelsel.¹² In dat stelsel is het Openbaar Ministerie *dominus litis*: de verdachte wordt — onafhankelijk van en meestal tegen zijn wil in — voor de rechter gebracht. Hij heeft geen plicht om mee te werken¹³, hij mag zwijgen enz. Hij is dus in feite niet een gelijkwaardige procespartij in de strikte zin van dit begrip. Zo krijgt hij pas rechten en kan hij die slechts uitoefenen indien het Openbaar Ministerie heeft aangevangen zijn bevoegdheden uit te oefenen. Wel moet gezegd dat de gelijkwaardigheid van de positie van de verdachte groeit naarmate de strafprocedure vordert.¹⁴

De geschetste partijposities van de betrokkenen in het strafrecht (de verdachte en het Openbaar Ministerie) en hun onderlinge relatie staan natuurlijk niet los van de rol van de strafrechter. Deze rol wordt voor het strafgeding over het algemeen aangeduid als actief of bedrijvend.

Verschuiving in de procespositie?

Een eerste thema waarbij de verschuiving van de positie van verdachte in het strafgeding concreet aan de orde is, ligt in het verlengde van de eisen die aan het optreden van het Openbaar Ministerie worden gesteld. De vraag is namelijk gerezen of ook de verdachte de hem toekomende bevoegdheden kan misbruiken of kan handelen in strijd met beginselen van een goede procesorde. Juist gezien de niet-gelijkwaardigheid in de procesposities van de verdachte en het Openbaar Ministerie ligt een dergelijke redenering niet zonder meer voor de hand. Deze gedachte zou dan ook slechts in uitzonderingsgevallen te rechtvaardigen zijn.¹⁵ De rechtspraak bleef lange tijd zeer terughoudend. Op 13 mei 1991 stelde het Amsterdamse Hof dat de beginselen van een goede procesorde ook gelden voor de verdachte en zijn verdediging. Datzelfde Hof deed op 15 april 1993, NJ 1993, 478 de uitspraak dat het herhaald instellen van een rechtsmiddel door de

¹¹ Zie hierover Th A de Roos, *Herziening van het strafproces: de verdediging uitgespeeld?* Handelingen NJV 1994, Zwolle 1994 par 4.

¹² C P M Cleiren, *Een grensoverschrijdende verdachte?*, a w , blz 141 e v.

¹³ Zie uitgebreid A A Ansmink, *Het meewerken van de verdachte aan zijn veroordeling* en art 29 Sv, RM Themis 1981 blz 426-448.

¹⁴ Deze verschuiving in positie wordt veelal gerelateerd aan het meer inquisitoire vooronderzoek en het meer accusatoire eindonderzoek.

¹⁵ C P M Cleiren, *Een grensoverschrijdende verdachte?*, a w , par 4.

verdachte onder de concrete omstandigheden moest worden aangeduid als misbruik van procesrecht¹⁶ De Hoge Raad bevestigde voor het eerst een dergelijke mogelijkheid van misbruik van procesrecht voor de verdachte bij zijn uitspraak over deze zaak¹⁷ De verdachte werd niet-ontvankelijk verklaard in zijn cassatieberoep omdat noch uit het proces-verbaal van de zitting, noch uit hetgeen in de cassatieschriftuur door hem werd aangevoerd kon blijken van enig in rechte te respecteren belang van de verdachte bij het cassatieberoep

De geschetste verschuiving in de eisen die aan de verdachte en de verdediging worden gesteld, leidt ertoe dat de overeenkomst met het burgerlijk procesrecht groeit Ook daar geldt immers dat men — op straffe van niet-ontvankelijkheid — een redelijk belang moet hebben bij het gebruik van een processueel recht In het licht van de partijposities in het stelsel en de cultuur van onze strafrechtspleging blijft terughoudendheid en behoedzaamheid op dit punt evenwel geboden

Er zijn meer voorbeelden ten noemen waarin een verschuiving in de procespositie van de verdachte zichtbaar wordt Zo kan worden gewezen op de kwestie van het sanctioneren van vormverzuimen Zowel bij schending van vormvoorschriften die volgens de wet op straffe van nietigheid moeten worden nageleefd (formele nietigheden), als bij schending van vormvoorschriften die krachtens de rechtspraak tot nietigheid leiden (substantiele nietigheden) wordt de sanctie van nietigheid niet steeds uitgesproken De strafrechtelijke rechtspraak past veelal geen sanctie meer toe indien de verdachte door schending van een vormvoorschrift niet in zijn belangen of in zijn verdediging is geschaad Het met het vormvoorschrift corresponderende recht van de verdachte op naleving van het voorschrift kan in die concrete omstandigheden blijkbaar niet meer te gelde worden gemaakt Deze tendens wordt vaak aangeduid als relativering van vormvoorschriften¹⁸ Het ligt in de rede de grondslag voor deze relativering te zoeken in de beperking van de reikwijdte van het vormvoorschrift tot de Schutznorm van het desbetreffende voorschrift Soms wordt uitdrukkelijk naar de strekking van het desbetreffende vormvoorschrift verwezen, maar helaas geeft de strafrechter vaak weinig inzicht in de redenen die hem ertoe brengen te oordelen dat de verdachte niet in zijn belang of in zijn verdediging is geschaad Hij stelt veelal eenvoudigweg dat de verdachte door de vormfout niet in zijn belang of verdediging is geschaad

Zowel het gebruik van de strekking van de norm (Schutznorm) als de relativiteitsleer zijn niet vreemd aan het civiele recht, het strafrechtelijk gebruik

¹⁶ Zie over deze uitspraak J M Sjoerena en P W J van der Spek, Misbruik van strafproces recht door de verdediging? Over het aanwenden van rechtsmiddelen als verdragingsstrategie, *Advocatenblad* 1993, blz 632-634

¹⁷ HR 22 februari 1994, NJ 1994, 306

¹⁸ Zie uitgebreid over deze relativering T M Schalken e a (red.), In zijn verdediging geschaad Over vormverzuimen en het belang van de verdachte, Arnhem 1989, Th A de Roos, Verdediging van belangen het belang van de verdediging Arnhem 1991

lijkt er zelfs rechtstreeks uit afgeleid.¹⁹ In het civiele recht speelt de relativiteit onder meer een beperkende rol bij de bepaling van de onrechtmatigheid, terwijl de strekking van de geschonden norm (Schutznorm) als aanvullende correctie fungeert.²⁰ In het strafrecht is de functie van de relativiteitsleer eveneens een beperkende en wordt deze beperking veelal bereikt door de strekking van de geschonden norm als uitgangspunt van de redenering te nemen.²¹

Een actieve proceshouding?

Opvallend bij de zojuist voor het strafrecht gesignaleerde tendens is bovendien het volgende. Steeds vaker wordt aangenomen dat de verdachte niet in zijn belang is geschaad, zuiver en alleen omdat hij niet actief is geweest in het uiten van dat belang gedurende de procedure. Hij heeft zijn recht als het ware laten lopen. Zo komt men bijvoorbeeld de volgende overweging tegen: 'Niet blijkt dat de verdachte de wens te kennen heeft gegeven de getuige te willen horen.' In deze rechtspraak kan men heel duidelijk de verschuiving in de procespositie van de verdachte onderkennen. Een dergelijke actieve houding stoelt immers niet op de in het wettelijk stelsel verankerde rol van de verdachte of de verdediging.²² Evenmin stelt het wettelijk stelsel een negatieve sanctie op een passieve, lijdelijke of afwachtende houding van de verdachte. Naast de principiële problemen die aan deze rechtspraak zijn verbonden, blijkt een dergelijke argumentatiemethode soms tot opmerkelijke effecten te leiden. Zo is er een geval waarin sprake was van de vernietiging van tapjournalen vòòr de zaak ter terechtzitting in behandeling kwam.²³ De verdediging had geen inzage gehad in die documenten, die naar haar zeggen mogelijk in het belang van de verdachte hadden kunnen zijn. Het Hof overweegt: „Dat de inhoud van de gesprekken, zoals weergegeven in de inmiddels kennelijk vernietigde journalen, mogelijk ten voordele van de verdachte had kunnen zijn, omdat daaruit had kunnen blijken dat de verdachte met bepaalde ten laste gelegde feiten niets te maken had, is niet aannemelijk geworden". In zo'n overweging ligt besloten dat van de verdachte wordt geëist dat hij — actief — een redelijk (proces)belang aantoonst bij zijn wens om meer inzicht te krijgen in de strafrechtelijke voorgeschiedenis. Dat de verdachte daar in casu niet in slaagde is nogal wies; hij wist immers niet wat de inhoud van de vernietigde tapjournalen was.

Voor de opkomst van de rol van de actieve houding van de verdachte kan ook worden gewezen op de rechtspraak inzake de schending van de redelijke

¹⁹ A. Heijder, D. Schaffmeister, De wederrechtelijkheid is betrekkelijk, in: Bij deze stand van zaken, Arnhem 1983, blz. 441 e.v.

²⁰ Zie voor een overzicht G.H. Lankhorst, De relativiteit van de onrechtmatige daad, Deventer 1992.

²¹ Zie noot 18.

²² Zie L.C.M. Meijers, Verdrag en strafproces, Arnhem 1993; daarover ook de recensie door P van Dijk, in: RM Themis 1993, blz. 524 e.v., Th.A. de Roos, Herziening van het strafproces, a.w., par. 4.

²³ HR 20 april 1993, NJ 1994, 33 m.nt Sch.

termijn van artikel 6 lid 3 EVRM Om schending van dit verdragsartikel vast te stellen, wordt bekeken of er omstandigheden aanwezig zijn die een onwenselijke termijnoverschrijding metterdaad onredelijk maken.²⁴ De verdachte moet daartoe omstandigheden aanvoeren.²⁵ De actieve houding van de verdachte speelt dientengevolge, in laatste instantie, zelfs een rol bij de bepaling van de legitimiteit van de vervolgingsbeslissing van het Openbaar Ministerie. Tendenzen in de richting van verschuivende opvattingen over de proceshouding van de verdachte, vindt men onder meer ook in de rechtspraak over de raadsman bij verstekzaken en in de discussie over bezuinigingen op rechtsmiddelen. Voor dat laatste wordt bijvoorbeeld gedacht aan het instellen van een verplichte cassatieschriftuur voor de verdachte en zou de verdachte voor een hoger beroep wellicht worden verplicht om een gemotiveerd bezwaarschrift in te dienen. In de discussie over een aparte procedure voor de bekende verdachte wordt de actieve verdachte in zekere zin een belangrijk voordeel geboden, namelijk een verkorte, snelle procedure.

Verschuivingen in (proces)posities in het burgerlijk recht?

In het huidige burgerlijk recht komt de rol van de procespartijen natuurlijk ook aan de orde en blijken de verhoudingen tussen de procespartijen eveneens niet zo vast te liggen en voor eens en altijd bepaald door de wetgever. In het burgerlijk recht is niet een publiekrechtelijk orgaan de dominus litis, maar de partijen zelf. Dit brengt onder meer mee een bij die rol behorende partijautonomie, een verplichte procesvertegenwoordiging etc. Waar de rol van procespartijen in de literatuur aan de orde is, wordt die veelal ter sprake gebracht in relatie tot de lijdelijkheid van de rechter.²⁶ Deze karakterisering van de rol van de rechter in termen van lijdelijkheid stuit evenwel de laatste jaren op steeds meer kritiek omdat zij geen adequate uitdrukking zou geven aan de huidige rol van de civiele rechter. Veeleer lijkt in de rechtspraak sprake te zijn van een ontwikkeling waarbij de lijdelijkheid van de rechter wordt teruggedrongen.²⁷ Ook de activiteiten van de wetgever geven aanleiding voor conclusies in die richting. Zo bevat het Voorontwerp van wet voor de aanpassing van het Wetboek van Burgerlijke

²⁴ HR 23 september 1980, NJ 1981, 116 m nt GEM

²⁵ Halverwege de jaren tachtig verschuift de last van het moeten aanvoeren van bijzondere omstandigheden enigszins bij een bijzonder lang 'kaal' tijdsverloop moet het OM of de rechter aangeven waarom dat tijdsverloop niettemin als niet onredelijk lang moet worden aangemerkt, ook al voert de verdachte zelf geen bijzondere omstandigheden aan. Zie HR 21 januari 1986, NJ 1986, 418, HR 26 november 1985, NJ 1986, 461 en HR 3 december 1985, NJ 1986, 479

²⁶ Zie onder meer W Hugenholz en W H Heemskerk, a w , blz 12, H J Snyders, a w , blz 11-12, J G Princen, Fair Trial, Taken en verplichtingen voor rechter en partijen resulterend in een billijke bewijslastverdeling, Arnhem 1990, Hoofdstuk 4

²⁷ Zie onder meer J M J Chorus, De lijdelijkheid van de rechter, Historie van een begrip, Deventer 1987, J G Princen, Fair Trial, a w , Hoofdstuk 4, J E Bosch-Boesjes, Lijdelijkheid in geding, Deventer 1991, m n Hoofdstuk 10, A F M Brennkmeijer, E J Numann, K E Mollema, H Bolt, De lijdelijkheid van de rechter, in Trema 1994, no 9, blz 346 e v

Rechtsvordering in verband met de herziening van de rechterlijke organisatie de artikelen 1.3.2 en 1.3.3 die de rechter opdragen te waken tegen onnodige vertraging en hem de mogelijkheid bieden om partijen te bevelen stellingen toe te lichten of bescheiden over te leggen.

Bevindingen

De consequenties van deze ontwikkelingen in de strafrechtspraak zijn nog niet in volle omvang te overzien. Wel kan reeds nu op een aantal punten worden gewezen. In feite komt de zorg voor snelheid, voor realisering van de eigen procesrechten en voor een fair proces deels bij de verdachte zelf te liggen. Deze moet zelf initiatieven nemen om bepaalde procesrechten daadwerkelijk tot gelding te kunnen brengen. Daarmee worden aspecten van de in beginsel bedrijvende, actieve rol van de strafrechter aan de verdachte toebedeeld. Men kan zelfs stellen dat op de verdachte en de verdediging een zekere bewijslast komt te rusten, zoals bijvoorbeeld het aantonen van schending van zijn verdedigingsbelang. Het eisen van een dergelijke rol kan evenwel op problemen stuiten omdat het wettelijk 'instrumentarium' van rechten en bevoegdheden van de verdachte en verdediging niet op die rol is berekend.²⁸ Overigens ontstaat als gevolg van deze ontwikkeling ook de kans — maar daarmee eveneens een risico — dat zich een onderscheid ontwikkelt tussen de positie van verdachten die zich laten bijstaan door een raadsman en de positie van hen die dit niet doen. Zo valt niet uit te sluiten dat de verdachte zonder raadsman er 'slechter vanaf komt', omdat hij niet uitdrukkelijk zijn specifieke belangen naar voren heeft gebracht en de rechter niet snel tot ambtshalve onderzoek overgaat.²⁹ Anderzijds kan er op worden gewezen dat een verdachte met een niet-adequaat optredende raadsman wellicht een nog groter risico loopt om 'slachtoffer' te worden van de veronderstelling dat niet 'piepen' impliceert dat de verdediging geen belang heeft bij een betreffend recht.

De tendens in het civiele recht lijkt in zekere zin tegengesteld aan die in het strafproces. De zorg voor de procedure en een wenselijke oplossing ligt niet meer zo sterk bij partijen als vroeger, maar ook bij de rechter. In feite komt de burgerlijke rechter langzamerhand ook een meer bedrijvende rol toe.

4. ENKELE KRITISCHE EN WAARDERENDE OPMERKINGEN

Zoals gezegd is opvallend voor de strafrechtelijke benadering van de geschetste ontwikkelingen, dat zij zelden of nooit worden geschetst of vergeleken met het burgerlijk recht of burgerlijk procesrecht. Als er al sprake is van rechtsver-

²⁸ Zie Th A. de Roos, Verdediging van belangen, a.w.

²⁹ Tegenover de hier besproken tendens staat wel dat de rechter bij andere vormvoorschriften, zoals bijvoorbeeld bij het instellen van rechtsmiddelen, schending of niet juiste naleving van vormen door de verdachte herstelt en de zaak wel behandelt.

gelijkende noties, dan betreft het veeleer rechtsvergelijking in relatie tot andere strafrechtelijke stelsels en wel met name met de common law/anglo-amerikaanse stelsels. Veel van de gesignaleerde tendensen lijken op die typen rechtstelsels toegesneden. Dit neemt evenwel niet weg dat de bedoelde ontwikkelingen in het strafrecht ook wel — en soms uitdrukkelijk — worden verklaard vanuit en toegeschreven aan de invloed van het EVRM op het Nederlandse rechtstelsel.³⁰ Beide fenomenen kunnen moeilijk los van elkaar worden gedacht nu de Europese rechtspraak zich duidelijk rekenschap lijkt te geven van het belang van de karakteristieken van angelsaksisch georiënteerde rechtssystemen.³¹

Een tweede opvallend punt is dat de optredende verschuivingen in de procespositie van de verdachte en verdediging zelden uitdrukkelijk in relatie worden gebracht met de rol van de rechter.³² De discussie wordt veeleer gevoerd in termen van een meer accusatoir proces, een minder inquisitoir proces, of in termen van meer contradictoir. Steeds vaker wordt ook aangedrongen op een doorzetting van die ontwikkeling in die zin dat aan het accusatoire proces en een meer contradictoir proces de voorkeur wordt gegeven. Het valt te betreuren dat in deze discussies zo weinig aandacht wordt besteed aan de veranderingen die zo'n processtijl met zich meebrengt voor de rol van de rechter. Mogelijk hangt dat samen met de geringe aandacht vanuit strafrechtelijke hoek voor burgerlijk recht en burgerlijk procesrecht. Deze lacune is met name te betreuren nu de zorg voor de procedure en wenselijke oplossingen in het strafproces steeds meer komt te liggen bij de verdachte en diens raadsman en daarmee de tendens precies omgekeerd lijkt aan die op onderdelen van het burgerlijk recht. De stelsels groeien (weer) naar elkaar toe. Aandacht voor de rol van de rechter bij deze materie is belangrijk omdat de positie van partijen in een proces niet los kan worden gedacht van andere karakteristieken uit die procesvorm. In feite vormen dat communicerende vaten. Zo kan men voor het burgerlijk recht stellen dat de procesautonomie van de partijen rechtstreeks is gerelateerd aan de terughoudende, lijdelijke rol van de rechter, maar ook aan aspecten als bewijslastverdeling, getuigen à charge en decharge en de daarbij passende stijl van horen. Voor het strafproces kan de procespositie van de verdachte niet worden los gedacht van de op de Trias-leer georiënteerde taakverdeling tussen rechter en

³⁰ Zie L. C. M. Meijers, *Verdrag en strafproces*, Zwolle 1993.

³¹ Zie over deze fenomenen en de Europese rechtspraak onder meer J. F. Nijboer, *Strafrechtelijk bewijs van een andere kant bekeken*, DD 1991, blz. 332-344, idem, *The American Adversarial system in criminal cases: de achterkant van L. A. Law*, *Recht en Kritiek* 1992, blz. 8-26, idem, *De positie van de deskundige in het Amerikaanse strafprocesrecht: een voorbeeld om na te volgen?*, *Recht en Kritiek* 1992, blz. 259-274, H. M. ten Napel, *De veramerikanisering van de Nederlandse rechter*, in L. de Groot-van Leeuwen e. a. (red.), *Het gezag van de rechter*, Amsterdam 1994, blz. 33 e. v., Dorotheë Garé, *Het onmiddellijkheidsbeginsel*, Arnhem 1994, m. n. Hoofdstuk 4.

³² Uitzonderingen hierop vormen het preadvies van Th. A. de Roos, *Herziening van het strafproces, a. w. en A. C. 't Hart*, *Inquisitoir of accusatoir, Een maatstaf voor de positie van de bekende verdachte*, in *Een afzonderlijke procedure voor een bekende verdachte?*, Arnhem 1993.

Openbaar Ministerie, van de bedrijvende rol van de rechter ter terechtzitting, maar ook van de karakteristieken van het bewijsstelsel.

Waar de verdachte in een common law stelsel zijn bescherming bijvoorbeeld veelal haalt uit zijn meer gelijkwaardige positie in het proces en de mogelijkheden die hem dat biedt, zal onze Nederlandse verdachte zijn bescherming doorgaans moeten verkrijgen door middel van de hem bij wet toegekende rechten, uit het negatief wettelijk bewijsstelsel en door middel van de actieve, bedrijvende en leidende rol van de rechter. Verandert men de procespositie, in de gesignaleerde zin, dan zal dat bijvoorbeeld ook consequenties hebben en moeten hebben voor de rol van de rechter, de bewijsregels, de regeling van rechtsbijstand of vertegenwoordiging, de financiering van rechtsbijstand en de begeleiding van getuigen-slachtoffers.

De vergelijking van strafrecht en burgerlijk recht brengt ons op het vermoeden dat de grondbeginselen van beide gebieden veel meer overeenkomsten vertonen dan wij ons, gespleten wetenschappers, over het algemeen realiseren. Het lijkt gerechtvaardigd te veronderstellen dat veel van de geschetste ontwikkelingen in beide rechtsgebieden zijn te herleiden tot opvattingen en beginselen die eigen zijn aan onze rechtscultuur als geheel, zonder onderscheid naar rechtsgebied.

De Nederlandse strafrechter hoeft de opmars van common law en anglo-amerikaanse stelsel niet lijdelijk te ondergaan. Ons Nederlandse processtelsel heeft zijn eigen — onder meer door hem te beschermen — waarden, waaronder een balans tussen procesposities en de rol van de rechter. Juist om die waarden, in vergelijking met de waarden van de genoemde andere stelsels te kunnen schatten, zou de strafrechter er niet slecht aan doen actief, bedrijvend en ambts-halve de gebleken verwantschap in rechtscultuur tussen privaatrecht en strafrecht als inspiratiebron te erkennen en een plaats te geven.