

Hoe groot is de *strafrechte(r)lijke* vrijheid?

Inleiding

Vranken's boek is inspirerend.

Rechtsvinding in het burgerlijk recht toegankelijk en boeiend maken voor lezers die niet allemaal overlopen van rechtstheoretische belangstelling en voor lezers uit een ander rechtsgebied is knap. De behandeling aan de hand van concrete en actuele casus, het uitdrukkelijk aanwezige realiteitsbesef en het ontbreken van onnodig gecompliceerde terminologie draagt daar beslist aan bij.

Dat hij ook de belangrijkste procesrechtelijke klippen die het pad van de rechtsvinding kruisen of versperren in kaart brengt vormt een welkome aanvulling op de rechtsvindingsliteratuur. Met name voor een strafrechtjurist biedt deze behandeling van processuele aspecten nieuwe aanknopingspunten voor inspiratie door het burgerlijk recht. Het roept op tot nieuwe argumenten en geeft aanleiding tot vergelijking op diverse onderdelen. De ontwikkelingen in de strafrechtspraak vertonen namelijk heel veel overeenkomsten met tendenzen in de rechtspraak door de burgerlijke rechter. Dit geldt zowel de aspecten die Vranken behandelt in deel A over procesrechtelijke drempels en grenzen in de rechtsvinding, als aspecten in deel B over de orgelpunten, cirkels en keuzen in de rechtsvinding.

Het valt daarom wel te betreuren dat Vranken in zijn boek geen overeenkomsten signaleert met het strafrecht, maar zich beperkt tot een enkele verwijzing naar overeenkomsten met het bestuursrecht. Door in het navolgende de aandacht te richten op een vergelijking tussen aspecten van burgerlijk recht en strafrecht zullen enkele van die overeenkomsten worden opgelicht.

Een van de belangrijkste centrale thema's in het boek van Vranken is de vraag naar de gebondenheid van de rechter aan wet en recht. Het is u allen genoegzaam bekend dat de gebondenheid van de rechter aan de wet voor het strafrecht essentieel is. Wij kennen immers zowel voor het materieel strafrecht als voor het strafprocesrecht een legaliteitsbeginsel. Als het op

* C.P.M. Cleiren is hoogleraar straf(proces)recht aan de Erasmus Universiteit Rotterdam.

vergelijken aankomt ligt een keuze voor materieel strafrecht minder in de rede. Ik kies er daarom voor om enkele strafprocessuele kwesties aan u voor te houden. Op dat vlak rijzen namelijk binnen de huidige strafrechtspleging zelfs meer en dwingender vragen van rechtsvinding.

Maar, er is nog een reden die wellicht iets minder in de verwachting ligt. Naar mijn idee vallen er goede overeenkomsten te signaleren tussen het (materiële) burgerlijk recht en het strafprocesrecht, die ook doorwerken op de methoden van rechtsvinding. Ik zal u dat — mede door een voorzichtige vergelijking — proberen te illustreren.

De strafvorderlijke rechtsbetrekking in ontwikkeling

De bepalingen van het Wetboek van Strafvordering zijn gericht op het opsporen van strafbare feiten, het recht om te vervolgen, het voeren van de procedure voor de rechter en de executie. Daartoe worden de justitiële organen in dat Wetboek bevoegdheden toegekend. Het Wetboek van Strafvordering is daarmee doortrokken van een publiekrechtelijk karakter. Een belangrijk verschil met (vele) regels van het burgerlijk procesrecht is daarmee dat (in beginsel) niet de burgers, maar de justitiële organen — waaronder de strafrechter — normadressaat zijn van de bepalingen.

Het strafgeding voor de rechter zelf is er uiteindelijk op gericht het tenlastegelegde gedrag van de verdachte en zijn persoon te beoordelen. Het is vanuit dit perspectief tamelijk opvallend dat de actuele discussies in de strafrechtswetenschap en de strafrechtspraktijk niet primair zijn gericht op de beoordeling van die kwestie, maar op — in oorsprong — meer secundaire vragen, zoals bijvoorbeeld de vraag naar de rechtmatigheid van het opsporingsonderzoek en de vraag hoe het openbaar ministerie en de verdachte zich in het strafrecht ten opzichte van elkaar hebben te gedragen. Bij die laatste vraag staan tegenover elkaar het recht van het Openbaar Ministerie om te vervolgen en het recht van de verdachte om geen inbreuk te laten maken op zijn vrijheden (tenzij) en zijn recht om bepaalde rechten ook in het proces uit te mogen oefenen. Precies op het punt van die rechtsbetrekking valt een vergelijking te maken met het burgerlijk recht, waar de vraag aan de orde is hoe de burgers zich ten opzichte van elkaar dienen te gedragen.

Wat mij opvalt en wat ik u wil voorleggen is dat de wijze van redeneren door de strafrechter rondom de vraag hoe het Openbaar Ministerie en de verdachte zich moeten gedragen veel overeenkomst vertoont met de wijze van redeneren van de burgerlijke rechter. Dit is opmerkelijk. Immers, er

is in het strafrecht sprake van een publiekrechtelijke rechtsbetrekking tussen Openbaar Ministerie en verdachte die naar verwachting toch door andere normen dan een privaatrechtelijke rechtsbetrekking zal worden beheerst. Daarnaast is de rol van de wet in het strafproces als gevolg van het legaliteitsbeginsel veel groter dan in het burgerlijk recht. Dankzij dit legaliteitsbeginsel ligt de uitdrukkelijke basis voor de processuele rechtsvinding van de strafrechter in de strafvorderlijke wetgeving. Dat wil zeggen, met name in het Wetboek van Strafvordering vindt hij de normen waaraan hijzelf in zijn optreden is gebonden, maar ook — en dat is heel belangrijk — liggen daarin de procesposities van alle procesdeelnemers in essentie als gegeven besloten. Van die posities en de daaruit volgende verhouding tussen partijen kan en mag de rechter niet zomaar afwijken.

Heel beknopt en beslist te grof aangegeven zijn de verhoudingen als volgt. De rol van het Openbaar Ministerie is tamelijk dominant. Het is de initiator van het onderzoek ter zitting, het bepaalt het thema van het onderzoek ter zitting ('op de grondslag van de tenlastelegging') en het is een stellende en eisende partij. De beperking in de vervolgingsmogelijkheden van het Openbaar Ministerie zijn gegeven met de eis van een verdenking van een strafbaar feit (en dus in de materieelrechtelijke legaliteitsgedachte) en met het bestaan van een vervolgingsrecht (afwezigheid van niet-ontvankelijkheidsgronden). De rol van de rechter is — anders dan in oorsprong in het burgerlijk proces — een bedrijvende en actieve, zowel waar het de waarheidsvinding betreft als waar het de leiding van het onderzoek ter terechtzitting betreft. De rol van de verdachte is die van de ter verantwoording geroepene. Zijn gedragingen en zijn persoon vormen het object van het onderzoek ter terechtzitting, maar dit alles onder de waarborg van een behoorlijke rechtsbescherming. De verdachte zijn daarom bij de wet wel uitdrukkelijk rechten toegekend, waaronder het recht op inzage in het procesdossier, het recht om te zwijgen, het recht op tegenspraak, het recht getuigen de (doen) dagvaarden enz. Verplichtingen legt de wet hem in deze rol niet op. Hij heeft immers geen publieke functie.

Ondanks een breed scala aan rechten is de verhouding tussen Openbaar Ministerie en verdachte er niet een van volledig gelijkwaardige procespartijen. De verdachte stapt er niet vrijwillig in; hij kan het proces niet louter op eigen initiatief voorkomen enz. Hij is in zoverre erg afhankelijk. Men zou zelfs kunnen zeggen: de enige echte aanspraak die de verdachte in het strafgeding heeft is zijn procespositie en die bestaat en ontstaat slechts bij gratie van een procesrechtelijk optreden van de overheid.

De mogelijkheden en initiatieven van de verdachte ten behoeve van het onderzoek zijn beperkt tot die, waartoe de wet hem expliciet rechten heeft

toegekend. Voor het overige behoren initiatieven eerder aan de bedrijvende rechter. Zowel Openbaar Ministerie als verdachte hebben in principe de vrijheid om zelf hun proceshouding te bepalen in overeenstemming met dit wettelijk stelsel.

Hoe hebben Openbaar Ministerie en verdachte zich te gedragen ten opzichte van elkaar?

Laten we eerst kijken naar de zijde van het Openbaar Ministerie. Diverse gedragingen van het Openbaar Ministerie ten opzichte van de verdachte komen bij de rechter ter terechtzitting aan de orde, waaronder de vervolgingsbeslissing. De rechter beoordeelt de ontvankelijkheid van het Openbaar Ministerie in zijn vordering niet louter op basis van de vraag of het Openbaar Ministerie daartoe volgens de wet bevoegd is. Hij toetst de vervolgingsbeslissing daarnaast aan beginselen van behoorlijke strafrechtspleging. Die beginselen omvatten onder meer het gelijkheidsbeginsel, het beginsel van opgewekt vertrouwen, het beginsel van evenredigheid en het verbod van *détournement de pouvoir*.¹ Vervolgt het Openbaar Ministerie bijvoorbeeld in afwijking van een gepubliceerde vervolgingsrichtlijn, dan heeft het wat uit te leggen aan de rechter. Deze beginselen komen overeen met de criteria aan de hand waarvan de burgerlijke rechter concludeert tot misbruik van recht en die Vranken aanduidt als de Zedelijkheidspostulaten van het recht.² Op dit punt is er dus een opvallende overeenkomst in de rechtsvinding door burgerlijke rechter en strafrechter. In het verlengde van het vertrouwensbeginsel kan ook worden gewezen op het door Vranken genoemde arrest Plas-Valburg en de vertrouwensbescherming.³ Soortgelijke bescherming van verwachtingen op grond van onderhandelingen over bijvoorbeeld een schikking of dading in het strafproces is goed denkbaar.

De vragen die natuurlijk rijzen zijn waar de strafrechter deze rechtsnormen vindt en wat ze precies inhouden, hoe hij ermee om kan gaan en van welke factoren dat afhangt. Deze normen zelf zijn fundamentele rechtsbeginselen die in hun abstractie niet afwijken van diezelfde beginselen in het burgerlijk recht. Maar, in de concretisering van deze normen heeft de rechter natuurlijk andere oriëntatiepunten en afwegingsmomenten dan de burgerlijke rechter. Voor het Openbaar Ministerie geldt dan bijvoorbeeld dat deze normen moeten worden geconcretiseerd met het oog op de functie van de vervolging en het belang daarvan voor de samenleving. Dat wil

1 C.P.M. Cleiren, *Beginselen van een goede procesorde*, Arnhem 1989, Hoofdstuk III, par. 3.4.

2 Idem, Hoofdstuk V, par. 2; J.B.M. Vranken, par. 83 en par. 137-140.

3 J.B.M. Vranken, par. 123.

zeggen: in overeenstemming met de strekking van deze publieke bevoegdheid. In samenhang met het niet-absolute karakter van rechtsbeginselen brengt dat bijvoorbeeld mee dat de eis om te voldoen aan het vertrouwensbeginsel soms moet wijken voor hogere maatschappelijke belangen. Deze conclusie volgde bijvoorbeeld in de Menten-zaak, waar Menten zich beriep op een toezegging om niet te worden vervolgd.⁴ Bij zo een (grove) vergelijking tussen de burgerrechtelijke rechtsbetrekking en de strafrechtelijk rechtsbetrekking (tussen Openbaar Ministerie en verdachte) blijft natuurlijk de vraag wat de oriëntatiepunten zijn van de rechter. Want juist als voor zowel de private als de publieke rechtsbetrekking dezelfde gedragsnormen gelden, kan de grond daarvoor niet slechts worden gevonden in de publieke taak van het Openbaar Ministerie. Zo bezien ligt het ook in de rede deze beginselen te duiden als zedelijkheidspostulaten, die dankzij hun algemene gelding ontsnappen aan een scheiding van rechtsgebieden.

Laten we dan de zijde van de verdachte bekijken. Die is wellicht het meest interessant omdat op dit terrein nog veel nieuwe ontwikkelingen zichtbaar zijn.

Volgens het stelsel van de wet kunnen aan het gedrag van de verdachte weinig eisen worden gesteld. Hij heeft het recht om te zwijgen en heeft hij geen plicht tot actieve medewerking. Er staan in de wet ook geen beperkingen genoemd voor de uitoefening van de aan hem toegekende rechten. Zo staat bijvoorbeeld nergens aangegeven dat hij belang moet hebben bij een bepaald verzoek of rechtsmiddel, of blijkt nergens uit dat hij niet op eigen gekozen wijze 'zand in de machine' mag gooien.

De rechtspraak neigt evenwel naar een andere kant. Ik noem enkele voorbeelden. Allereerst zijn daar de gevallen waarin de verdachte iets vraagt wat nergens toe kan leiden en alleen tot vertraging leidt. Bijvoorbeeld vragen om het oproepen van getuigen waarvan hij zelf weet dat het zinloos is. Deze aanspraken worden soms terzijde geschoven met de opmerking: geen redelijk belang.

Daarnaast zijn er de gevallen waarin de rechtspraak de mogelijkheid aanwezig acht dat de verdachte misbruik maakt van zijn rechten. Dit speelt bijvoorbeeld een enkele maal bij het instellen van een rechtsmiddel dat zonder redelijk belang lijkt (point d'interet, point d'action), of als de verdachte anderszins 'zand in de machine' lijkt te gooien. Als voorbeeld uit de rechtspraak noem ik u het geval waarin cassatie geen ander doel diende dan te voorkomen dat het hof aan een beoordeling van de zaak zou toekomen (HR 22 februari 1994, NJ 1994, 306 jo Hof Amsterdam 15

4 HR 29 mei 1978, NJ 1978, 358.

april 1993, NJ 1993, 478): 'Niet kan blijken van enig in rechte te respecteren belang'. Overigens kunt u ook denken aan het dermate optimaal benutten van de mogelijkheden tot het indienen van verzoeken en het instellen van rechtsmiddelen dat het proces nooit tot een einde lijkt te kunnen komen. Bij deze voorbeelden moet worden benadrukt dat de wet de verdachte in die gevallen uitdrukkelijk een recht heeft toegekend. Desondanks voelt de rechter zich blijkbaar vrij zo een aanspraak van de verdachte uit de wet, die uit zijn procespositie voortvloeit en deze mede bepaalt, niet te realiseren onder vermelding van de overweging dat verdachte geen redelijk belang heeft bij het middel of zijn procesrechten misbruikt.

Naast de genoemde gevallen kan ik ook wijzen op de tendens in de rechtspraak om van de verdachte impliciet of expliciet een actieve proceshouding te eisen. Deze eis komt veelal tot uitdrukking door negatieve gevolgen te verbinden aan het feit dat verdachte iets niet heeft gedaan, terwijl de wet, noch het wettelijk stelsel hem daartoe ook maar enigszins verplicht. Als voorbeeld kan dienen dat verdachte een verweer pas voert in tweede feitelijke instantie of in cassatie. De wet laat hem die ruimte maar volgens de rechter kan de verdachte dit recht blijkbaar 'verliezen' of 'verwerken'. Net als de vervolgingsbeslissing van het Openbaar Ministerie worden de gedragingen van de verdachte dus getoetst aan aanvullende normen.

Het lijkt erop alsof de roep vanuit de advocatuur in de zeventiger jaren om de verdachte als volwaardige partij te behandelen omslaat in zijn nadeel. De burger heeft blijkbaar ook binnen zijn rol als verdachte verantwoordelijkheden naar het Openbaar Ministerie en naar de samenleving.

Rechterlijke vrijheden?

Wat zitten er nu zoal voor rechtsnormen achter deze rechtspraak? Waar haalt de rechter die vandaan en waarnaar verwijzen zij? Heeft de strafrechter de vrijheid de belangenafweging die de wetgever heeft gemaakt over te doen en in bepaalde gevallen de verdachte rechten te ontzeggen en waar haalt hij dan die vrijheid vandaan? Voor de beantwoording van deze vragen stuiten we wel op een probleem. De motivering bij zo goed als al deze gesignaleerde rechtspraak is veelal uiterst beknopt en biedt nauwelijks aanknopingspunten voor het achterhalen van de achterliggende normen en waarderingen. In zekere zin ontkomen we dus niet aan gissen en is voorzichtigheid in conclusies geboden. Toch zal ik het maar wagen enkele oriëntatiepunten die aan deze rechtspraak ten grondslag lijken te liggen te

noemen, waarvoor deels aanknopingspunten worden gevonden in de conclusies en annotaties bij de betreffende arresten. Aan de orde zijn onder meer: doelmatigheid, proceseconomie, afkeer van gechicaneer, de gedachte van eigen schuld dikke bult, de publieke functie van de strafrechtspraak, de mondige verdachte en de idee van geen belang/geen recht of rechtsingang (point d'interet, point d'action). Daarnaast wordt soms gesteld dat deze eisen aan de verdachte voortvloeien uit de rechtspraak van het Europese Hof.⁵ De wijze van redeneren kan bovendien zijn ingegeven doordat de strafrechtsavocatuur steeds verder is geprofessionaliseerd als gevolg waarvan men wellicht hogere eisen aan hun optreden zou kunnen of willen stellen. Maar ook de sterke druk vanuit de samenleving tegen te sterke rechtsbescherming van de verdachte en bijvoorbeeld een zekere aversie tegen de kapitaalkrachtige verdachte die alles eruit haalt wat er te halen valt kan mede van invloed zijn op deze tendenzen in de rechtspraak. In feite betreft het dan — hoe vaag ook — gedachten over 'rechtvaardigheid', over 'goed burgerschap' en over 'gelijkwaardigheid'.

De gedachte van een in essentie niet volledige gelijkwaardigheid van de procespartijen in het strafgeding lijkt door de rechtspraak niet meer volledig te worden gedeeld. Eisen die worden gesteld aan de verdachte wijken niet meer wezenlijk af van de eisen die men stelt het publieke orgaan, het Openbaar Ministerie. De rechter behandelt ze — in ieder geval onder bepaalde omstandigheden — langzamerhand als gelijkwaardige procespartijen. Vanuit deze optiek valt de hierboven gesignaleerde overeenkomst tussen de gedragsnormen in een burgerrechtelijke rechtsbetrekking en de publiekrechtelijke rechtsbetrekking tussen verdachte en Openbaar Ministerie wellicht ook beter te begrijpen.

Heeft de strafrechter de vrijheid deze aspecten in zijn oordeel te verwerken? De strafrechter is — mede door het legaliteitsbeginsel — toch sterk gebonden aan de door de wetgever gemaakte belangenafweging? Daartegenover staat evenwel dat de strafrechter een eigen actieve rol heeft gekregen van de wetgever. Hierop kan hij wellicht bepaalde vrijheden baseren.

Onder omstandigheden lijkt het geoorloofd misbruik van recht 'af te straffen' door het aan de verdachte toekomende recht — zijn aanspraak — uit te leggen naar de strekking van de wet. Dit kan kan met zich meebrengen dat een aanspraak op een recht door verdachte met een ander doel dan de wetgever bij de toekenning van dat recht voor ogen stond, door de rechter

5 De meest uitdrukkelijke opvatting in deze zin vindt men terug in het betoog van L.C.M. Meijers, *Verdrag en strafproces, Gedachten over een methode van werken*, Zwolle 1993.

niet wordt gehonoreerd.⁶ Die rechter beperkt dan de rechten van de verdachte niet, maar interpreteert ze in het licht van zijn eigen taak en verantwoordelijkheid naar hun strekking. Daarmee waakt hij voor een afweging van belangen in het geding overeenkomstig de wil van de wetgever. Zo een stijl van rechtsvinding kan niet in strijd worden geacht met de gebondenheid aan de wet. Wel verdient mijns inziens de motivering in dit type gevallen meer aandacht en met name waar het een precisering van de veronderstelde strekking van de wet betreft.

Moeilijker ligt het evenwel voor de gevallen waarin de rechter van de verdachte een actieve proceshouding van de verdachte vraagt. Deze stijl van redeneren past niet in het stelsel van de wet. Zij is gebaseerd op een andere waardering van de rol van de verdachte in het strafproces; zij beziet hem als mondige burger, met onderwerpt hem aan eisen van burgerschap en wellicht zelfs ten dele aan eisen van publieke verantwoordelijkheid. De rechter stelt zichzelf in deze gevallen — gezien vanuit zijn strafrechtelijke rol — daarenboven uiterst lijdelijk op. In zoverre nadert hij ook de rol van de burgerlijke rechter.⁷

Een dergelijke vorm van rechtsvinding lijkt mij voornamelijk slechts geoorloofd als men de verdachte daartegenover dan ook in volle omvang rechten en bevoegdheden toekent en in die zin zijn gehele procespositie in relatie tot het Openbaar Ministerie herijkt. Waar een dergelijke wijze van rechtsvinding wordt verklaard of zelfs wordt geacht voort te vloeien uit het Europees verdragsrecht, zoals door Meijers wordt betoogd, rijzen wat mij betreft toch wel enige vragen.⁸ Een beroep op rechtspraak van het Europese Hof is natuurlijk een volstrekt legitiem en aanvaard middel van rechtsvinding. Maar voor de onderhavige kwestie vraagt zo een stijl van rechtsvinding wel enige voorzichtigheid. De Europese verdragsrecht-spraak is niet louter op ons type rechtsstelsel georiënteerd, maar vindt zijn basis noodzakelijkerwijs mede in een *commom law* traditie. Voor het strafproces wijkt die traditie — juist waar het betreft de verhouding van procespartijen tot elkaar, alsmede de rol van de rechter tot die partijen — sterk af van het stelsel dat ligt verwerkt in ons nationale Wetboek van Strafvordering. Een verwijzing naar de Europese rechtspraak verwijst daarmee impliciet mede naar een tamelijk anders geïntendeerde strafrechtscultuur. Juist met het oog op de strekking van het legaliteitsbeginsel en

6 Zie uitvoeriger C P M Cleiren, 'Een grensoverschrijdende verdachte?' in *Grensoverschrijdend strafrecht*, Arnhem 1990, p 141-164, m n par 4 3

7 Die inmiddels — zoals Vranken ook bespreekt — op zijn beurt al lang niet meer zonder meer een lijdelijke rechter kan worden genoemd

8 L.C M. Meijers, *a w*

de beschermende oriëntatie van het Europees Verdrag rijst de vraag in hoeverre onze nationale strafrechter op basis van de Europese verdragspraak wordt genoodzaakt of er goed aan doet zich in zo'n sterke mate los te weken van een fundament van ons nationale strafprocesrecht.