Universiteit
Leiden
The Netherlands

De openheid van de wet, de geslotenheid van het recht

Cleiren, C.P.M.

Citation
Cleiren, C. P. M. (1992). De openheid van de wet, de geslotenheid van het recht.
Retrieved from https://hdl.handle.net/1887/3085

Version: Not Applicable (or Unknown)
License:
Downloaded from: https://hdl.handle.net/1887/3085

Note: To cite this publication please use the final published version (if applicable).

De openheid van de wet, de geslotenheid van het recht

Een onderzoek naar de betekenis van artikel 1 Sv voor onze huidige strafrechtspleging

Rede

uitgesproken bij de aanvaarding van het ambt van gewoon hoogleraar in het straf- en strafprocesrecht aan de Erasmus Universiteit Rotterdam op donderdag 18 juni 1992

door

mr. C.P.M. Cleiren

Gouda Quint - Arnhem
(S. Gouda Quint - D. Brouwer & Zoon)
1992

Illustratie op het omslag Franz Kafka

CIP-GEGEVENS KONINKLIJKE BIBLIOTHEEK, DEN HAAG

Cleiren, C P M

De openheid van de wet, de geslotenheid van het recht
Een onderzoek naar de betekenis van artikel 1 Sv voor onze huidige strafrechtspleging
C P M Cleiren – Arnhem Gouda Quint, inaugurele rede Rotterdam
ISBN 90 387 0046 6, NUGI 694
Trefw strafprocesrecht, Nederland

© 1992, C P M Cleiren

Alle rechten voorbehouden Niets uit deze uitgave mag worden verveelvoudigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand, of openbaar gemaakt, in enige vorm of op enige wijze, hetzij elektronisch, mechanisch, door fotocopieen, opnamen, of enige andere manier, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de uitgever

Voor zover het maken van kopieen uit deze uitgave is toegestaan op grond van artikel 16B Auteurswet 1912 jo het Besluit van 20 juni 1974, Stb 351, zoals gewijzigd bij het Besluit van 23 augustus 1985, Stb 471 en artikel 17 Auteurswet 1912, dient men de daarvoor wettelijk verschuldigde vergoedingen te voldoen aan de Stichting Reprorecht (Postbus 882, 1180 AW Amstelveen) Voor het overnemen van gedeelte(n) uit deze uitgave in bloemlezingen, readers en andere compilatiewerken (artikel 16 Auteurswet 1912) dient men zich tot de uitgever te wenden

Zeer gewaardeerde toehoorders,

Ter inleiding

Ons Wetboek van Strafvordering opent met een beginselverklaring. Artikel 1 luidt:
Strafvordering heeft alleen plaats op de wijze bij de wet voorzien.

Deze woorden creëren de aangename illusie dat er in de strafrechtspleging recht wordt gedaan, dat de maatschappij wordt beschermd en dat de machtsuitoefening is gereglementeerd. Toch schijnen deze op het eerste gezicht ondubbelzinnige woorden niet te kunnen ontsnappen aan het lot van vele teksten. Soms lijkt er een belofte in besloten, andermaal een verbod. Bij de ene gelegenheid openen deze woorden een schitterend panorama op de bescherming van burgers tegen een repressieve overheid, bij een andere gelegenheid presenteren zij een excuus voor zeer ingrijpend optreden door diezelfde overheid.

Niet alleen de tekst van artikel 1, maar ook de daaraan gerelateerde praktijk van de strafvordering ontkomt niet aan deze ogenschijnlijk tegengestelde wendingen. Op het eerste gezicht suggereert artikel 1 Sv dat strafvorderlijk optreden buiten de wet is uitgesloten. Met andere woorden, voor elk optreden dat als strafvordering moet worden aangeduid, zou de eis gelden dat dat moet plaatsvinden op de wijze bij de wet voorzien. Bezien we echter de heersende praktijk, dan lijkt het voorschrift een dergelijke beperkende werking te ontberen. Het is bijvoorbeeld voor een ieder duidelijk dat niet iedere handeling van politie of justitie ten opzichte van een verdachte gedetailleerd is omschreven in een wettelijke bevoegdheid. Zo geeft de wet niet aan op welke manier deze

naar het politiebureau moet worden gebracht geboeid, te voet of met de auto? Maar evengoed worden handelingen verricht die op generlei wijze in een wettelijke regeling van strafvordering vallen terug te vinden Politie en justitie maken bijvoorbeeld bij het opsporen van strafbare feiten gebruik van technisch zeer hoogwaardige opsporingsmethoden, waarvan de wetgever bij het tot standkomen van ons Wetboek van Strafvordering in 1926 niet had durven dromen Zo is door het gebruik van telefoontaps, richtmicrofoons en andere ontvangstapparatuur zelfs de zorgvuldig door muren, deuren en het huisrecht beschermde woning van iedere burger geworden tot een glazen kastje, waarin alles 'zichtbaar' kan worden

Maar, de praktijk van de strafrechtspleging omvat meer Zo vormt de tekst van artikel 1 Sv blijkbaar geen belemmering om de verdachte op andere momenten meer waarborgen te bieden dan waartoe de letter van de wet noopt het uitsluiten van onrechtmatig verkregen bewijsmateriaal en het ontvankelijk achten van een tardief ingesteld beroep zijn illustratief

De strafrechtspleging staat – mede als gevolg van deze praktijk – voortdurend in de belangstelling, maar ook onder druk van zware kritiek Justitiele organen slaken vaak de verzuchting dat zij onvoldoende zijn toegerust om de hedendaagse vormen en omvang van criminaliteit het hoofd te bieden Zij zouden te weinig bevoegdheden hebben en de wel geregelde bevoegdheden vormen te grote handenbinders Daar staat evenwel tegenover dat zij zichzelf in het dagelijks werk vele vrijheden veroorloven ten opzichte van de wettelijke bevoegdheden Het gemak waarmee de burger die taakinvulling accepteert staat in schril contrast met de maatschappelijke onrust en opwinding die ontstaat als verdachten door vormfouten van justitie de dans ontspringen

Blijkbaar heeft artikel 1 Sv noch voor de justitiele organen, noch voor de burger een belangrijke symboolwerking [1] Het voorschrift draagt nauwe-

1 Ik gebruik de term symboolwerking' in de zin zoals beschreven door W J Witteveen in Evenwicht van machten Zwolle 1991 p 74 e v en in De jacht op de wet, P van Seters en G van Roermund (red), Wat maakt de wet symbolisch, Zwolle 1991, p 115-136

lijks bij aan een verhoging van het respect voor de wettelijke bepalingen van strafvordering. Haar gezag, en daarmee dat van wettelijke bepalingen van strafvordering, lijkt te vervluchtigen.

Het zou niet verstandig zijn als wetenschappers – om dit tij te keren – louter een strak legistisch standpunt zouden innemen. Om te beginnen leren zowel de geschiedenis als de huidige praktijken in autoritaire en totalitaire stelsels ons dat een rechtspleging die zich strikt houdt aan de eigen wetten, nog geen behoorlijke rechtspleging hoeft te zijn.[2] Maar er is nog een bezwaar. Met een dergelijke, ver van de praktijk verwijderde legistische opvatting, zal men zich niet snel bekommeren om het blootleggen en ontwikkelen van andere dan wettelijke grenzen of richtlijnen voor het optreden van justitiële organen. Zo'n houding vergroot de kans dat de strafrechtspleging zich in de toekomst nog verder zal losweken van de wet en van de daaraan ten grondslag liggende beginselen. Velen juristen zullen dat laatste rechtvaardigen met de constatering dat dat verschijnsel zich in zo goed als alle rechtsgebieden voordoet. Een soortgelijke rechtsontwikkeling ligt dan zeker voor de hand als het een schijnbaar verouderd wetboek betreft.

Ik wil geen genoegen nemen met die blote constatering. Mocht het zo zijn dat aan de strafvorderlijke wetten niet die meerwaarde toekomt die door artikel 1 Sv op het eerste gezicht wordt gesuggereerd, dan nog zal strafvorderlijk optreden door politie en justitie op enigerlei wijze moeten worden genormeerd. De vraag is echter wél door wie, met welke normen en hoe. Ik heb mij daarom ten doel gesteld u mee te nemen op een speurtocht naar de betekenis van artikel 1 van ons Wetboek van Strafvordering voor onze huidige strafrechtspleging. Onderweg zullen we ons moeten buigen over enkele vragen die in de loop van de geschiedenis bij herhaling opduiken. Ik noem er enkele. Mogen organen van strafrechtspleging alle handelingen verrichten welke niet zijn verboden? Geldt dit ook voor handelingen die kunnen leiden tot een inbreuk op de persoonlijke vrijheid?[3]

2 Václav Havels geschriften hebben ons recentelijk nog treffend doordrongen van de blote macht van de wet. Zie onder meer Poging om in waarheid te leven, Amsterdam 1990.

3 Zie o.a. J.C. VOORDUIN, Geschiedenis en beginselen der Nederlandsche Wetboeken, Utrecht 1839; J. DE BOSCH KEMPER, Wetboek van Strafvordering Deel I, Amsterdam 1840, m.n. Inleiding, Hoofdstuk I, par. 2, p. xiv; A. DE PINTO, bewerkt door A.A. DE PINTO, Zwolle 1882, m.n. p. 17; J.B.H.M. SIMMELINK, De rechtsstaatgedachte achter art. 1 Sv, gedachten over de betekenis van art. 1 Sv voor het handelen van de overheid in de opsporingsfase, Arnhem 1987; G. KNIGGE, Van opsporing en strafvordering, DD 20 (1990), p. 195-213, m.n. par. 5 en 6.

En, mogen die organen ook afwijken van vormvoorschriften?[4] In het verlengde hiervan ligt de vraag of bepalingen uit het Wetboek van Strafvordering moeten worden beschouwd als richtsnoer, als bevel, als veroorloving of als gelimiteerde bevoegdheid.[5]

Ook het thema van het gebrek aan bevoegdheden en middelen van organen van strafrechtspleging om de criminaliteit te bestrijden blijkt niet alleen van onze tijd. Zo schreven Blok en Besier in 1925 over het Wetboek van 1886: 'Ook was bij de herziening geen rekening gehouden met de verandering in de maatschappelijke toestanden sedert de invoering van het Wetboek, tengevolge waarvan al spoedig bleek, dat het Wetboek niet meer berekend was op een krachtdadige bestrijding van de criminaliteit in de moderne maatschappij.'[6] En bij hun bespreking van de totstandkoming van ons huidig wetboek: 'Doch anderszijds heeft men aan de met opsporing en vervolging belaste ambtenaren, voor zoover dit met eerbiediging van de rechtmatige belangen van den verdachte en derde doenlijk was, al die bevoegdheden willen toemeten, welke zij ter ontdekking der waarheid behoefden. Ook ten aanzien van het laatste punt – en daarmee komen we tot de tweede grief, die tegen het vorige Wetboek werd aangevoerd – liet de regeling van het vorige Wetboek te wensen over. De maatschappij, voor welke de wet was geschreven, had zich zoodanig gewijzigd, dat met de bevoegdheden die vroeger toereikend waren, niet meer kon worden volstaan, en dit had weer aanleiding gegeven, dat de overheid zich gerechtigd was gaan achten handelingen te verrichten, welke in het Wetboek geen grondslag vonden, en waarvan de toelaatbaarheid aan twijfel onderhevig was.'[7]

De thema's van onze huidige strafrechtelijke discussies stonden dus ook al onder de vorige wetboeken centraal. De rol van artikel 1 Sv is dan ook niet slechts nu actueel, maar was het steeds. Dit besef is van invloed bij het bepalen van de betekenis van artikel 1 Sv voor onze huidige strafrechtspleging. Het toont namelijk niet alleen het spanningsveld waar-

4 Zie hierover reeds uitdrukkelijk A. DE PINTO, bewerkt door A.A. DE PINTO, o.c. Inleiding; C.P.M. CLEIREN, Beginselen van een goede procesorde, Een analyse van rechtspraak in strafzaken, Arnhem 1989, hoofdstuk III, par 7.1. en de aldaar aangehaalde literatuur.

5 Op dit thema gaat reeds De Pinto rechtstreeks in discussie met De Bosch Kemper. Zie A. DE PINTO, bewerkt door A.A. DE PINTO, o.c. Inleiding. Zie ook G.E. MULDER, Geen strafproces zonder wet, in Strafrechtspleging onder spanning, Arnhem 1981.

6 A.J. BLOK en L.CH. BESIER, Het Nederlandse strafproces, Haarlem 1925, p. 8.

7 Idem, p. 13-14.

binnen het strafprocesrecht zich bevindt, maar benadrukt in het bijzonder dat deze spanning inherent is aan onze strafrechtspleging

Uiteindelijk zal op onze speurtocht zichtbaar moeten worden of uit artikel 1 Sv grenzen en normen voorvloeien voor het optreden van organen van strafrechtspleging, welke de inhoud van die normen zou kunnen zijn en op welke wijze die normering in de strafrechtspleging gestalte kan krijgen

Het legaliteitsbeginsel en de rechtsstaat

Artikel 1 Sv bevat een tamelijk concrete regel, maar ze vormt tevens de neerslag en uitdrukking van een dieperliggend beginsel, het legaliteitsbeginsel Kort gezegd geeft het voorschrift allereerst uitdrukking van een opdracht aan de wetgever om strafvordering bij wet te regelen [8] Daarnaast richt het zich tot de uitvoerende organen en de rechterlijke macht Hun optreden dient plaats te vinden overeenkomstig de wet Door realisering van deze opdrachten worden elementen van het legaliteitsbeginsel geconcretiseerd Zo vloeit de codificatie van strafvordering in ons Wetboek van Strafvordering en in bijzondere wetten rechtstreeks voort uit het voorschrift van artikel 1 Sv [9] Tegelijkertijd wordt dankzij deze codificatie bijvoorbeeld voldaan aan het uit het legaliteitsbeginsel voortvloeiende algemeenheidsvereiste en aan het vereiste dat overheidsmaatregelen die ingrijpen in rechten en op vrijheden van de burger moeten berusten op de wet

Maar, artikel 1 Sv behelst meer dan louter concretisering van eisen van het legaliteitsbeginsel Het geeft immers ook uitdrukking aan het bijzondere belang van het principe van gebondenheid aan de wet Men zou kunnen zeggen dat het voorschrift de waarde van het legaliteitsbeginsel voor het strafproces benadrukt door de daarin tot uitdrukking gebrachte intentie om het stelsel van strafvordering te beschouwen als een door de wet gesloten stelsel

8 Art 1 Sv sluit daarmee tevens aan bij art 107 van de Grondwet

9 Legaliteit en codificatie vallen niet vanzelfsprekend samen Zie o a R FOQUÉ en A C 'T HART, Instrumentaliteit en rechtsbescherming, Arnhem 1990, m n p 108-110, J F NIJBOER in De doolhof van de Nederlandse strafwetgeving, Groningen 1987, hoofdstuk 5 en 6

Uiteindelijk zijn zowel de concrete regel van artikel 1 Sv als het legaliteitsbeginsel te herleiden tot principes van de rechtsstaat [10] Deze correlatie ligt ook reeds besloten in de zienswijze van De Bosch Kemper op bepalingen van strafvordering, waar hij stelt: 'Eene derde hoofdvereischte der strafvordering vloeit voort uit hare bedoeling, om de persoonlijke vrijheid te beschermen tegen willekeur, overijling en onkunde, welke in het vervolgen der misdrijven zoude kunnen plaats hebben. Zij is de naauwgezette nakoming van alles, wat de wetgever ter bescherming der persoonlijke vrijheid heeft vastgesteld... De grenzen, binnen welke het regt der persoonlijke vrijheid kan beperkt worden, zijn bij eenen grondwettigen regeringsvorm door de wet bepaald De persoonlijke vrijheid der burgers is de algemene regel; de bepalingen der wet zijn slechts uitzondering op denzelven.'[11]

Een korte uitweiding over de rechtsstaat en het daarmee verbonden legaliteitsbeginsel is daarom wenselijk. Ik beperk me daarbij tot een weergave van goeddeels algemeen aanvaarde opvattingen die van invloed kunnen zijn op de interpretatie van het voorschrift van artikel 1 Sv.[12]

Ondanks de verhoogde aandacht voor en de vertrouwdheid met het begrip 'rechtsstaat', blijkt het niet mogelijk een door een ieder gedeelde omschrijving te geven. Zo leidt Scheltema een artikel over de rechtsstaat in met de volgende woorden. 'De rechtsstaat is langzamerhand een verzamelbegrip geworden, waarin ieder de door hem gewenste uitgangspunten kan onderbrengen. Het begrip heeft een magische overtuigingskracht, maar brengt onvoldoende duidelijkheid.'[13] Men zou het begrip rechtsstaat ook kunnen aanduiden als een ideaal, als een verzameling van principes voor de inrichting van de samenleving, of met de woorden van P. Ricoeur als een 'l'effectuation de l'intention ethique dans la sphere du politique '[14] De overtuigingskracht van het begrip kan ten dele worden verklaard uit de algemeen aanvaarde gedachte dat de rechtsstaat geen voor alle tijden geldende inhoud heeft, maar evolueert.

10 Deze rede biedt niet de ruimte voor een uitvoerige bespreking van deze relatie Zie hiervoor met name MONTESQUIEU, De l'esprit des lois, 1748, voor een toespitsing op de strafrechtspleging R FOQUE en A C 'T HART, o c

11 J DE BOSCH KEMPER, o c deel I, p VIII IX

12 Zie met name de bundel Rechtsstaat en sturing onder redactie van M A P BOVENS, W DERKSEN en W J WITTEVEEN, Zwolle 1987, de bundel De rechtsstaat herdacht onder redactie van J W M ENGELS e a , Zwolle 1989, I C VAN DER VLIES, Het wetsbegrip en beginselen van behoorlijke regelgeving, Amsterdam 1984, F NEUMANN, The Rule of Law, Leamington Spa 1986, N ACHTERBERG, Allgemeines Verwaltungsrecht, Heidelberg 1986

13 M SCHELTEMA, De rechtsstaat, in De rechtsstaat herdacht, o c , p 11-26

14 P RICOEUR, Ethique et Politique, in Du texte a l'action Essais d'hermeneutique II, Paris 1986, p 403

Het concept van de klassieke liberale rechtsstaat is ontwikkeld in reactie op de willekeur en de niet aan beperkingen gebonden macht onder het 'ancien regime'. Hoewel er geen eenstemmigheid bestaat over de fundamentele beginselen van de rechtsstaat, wordt vrij algemeen aanvaard dat daaronder in ieder geval moet worden begrepen het bestaan van een constitutie, het bestaan van individuele vrijheidsrechten en een scheiding van machten. Uit deze beginselen worden kenmerkende eisen afgeleid als de centrale rol van wetgeving, gelijkheid van de burgers voor de wet, beoordeling van overheidsoptreden door onafhankelijke rechters en het vereiste dat alle overheidsmaatregelen die ingrijpen in rechten of vrijheden van burgers direct of indirect moeten berusten op de wet. Dit laatste vereiste, dat ook wordt aangeduid als het *legaliteitsbeginsel*, vervult een centrale rol in het concept van de rechtsstaat.[15] Met behulp daarvan beoogt men de individuele vrijheid van de burger te waarborgen en wel door de overheidsbemoeienis met het doen en laten van de burgers te beperken.[16] Deze idee wordt onder meer geconcretiseerd door de eis dat de bevoegdheid tot het maken van inbreuken op rechten en vrijheden van de burger bij wet moet worden bepaald: *de eis van legaliteit*.

De eis van legaliteit heeft een formeel karakter in die zin, dat deze geen bemoeienis heeft met de inhoud van de wettelijke bepalingen, maar wel met de vorm en de wijze van totstandkoming. Legaliteit op zichzelf kan dan ook binnen het procesrecht niet voldoende waarborgen bieden voor realisering van de grondidee van de rechtsstaat. De wettelijke regelingen en de afwegingen daarachter kunnen niet uit zichzelf vrijheid, gelijkheid en rechtszekerheid teweegbrengen. Legaliteit vormt 'slechts' een juridische garantie die bescherming in een maatschappelijke context mogelijk maakt. Zij kan echter ook verworden tot een rituele frase die iedere bescherming ontluistert. Om de rechtsstaatgedachte te realiseren zijn daarom naast de formele waarborgen die de wet biedt materiële waarborgen vereist.[17] Deze kunnen slechts als zodanig functioneren indien hun inhoud en functie – met inachtneming van de historische dimen-

15 In dit beginsel vloeien meer elementen van de rechtsstaatgedachte samen, zoals de scheiding van machten en de gelijkheid van de burgers voor de wet. Zie hierover onder meer F.R. BOHTLINGK en J.H.A LOGEMANN, Het wetsbegrip in Nederland, Alphen aan den Rijn 1966 en R FOQUÉ en A.C. 'T HART, o.c..

16 Zie m.n E.M H HIRSCH BALLIN, Het grondrecht op vrijheid en de wet, Alphen aan den Rijn 1989, par. 2.

17 Een soortgelijke onderscheid vindt men bij J.A DAMEN, Ongeregeld en ondoorzichtig bestuur, Deventer 1987, p. 5 en enigszins anders bij N ACHTERBERG, Allgemeines Verwaltungsrecht, o.c p.101-119. De laatste maakt bij de bespreking van rechtsstatelijkheid onderscheid tussen materiele kenmerken, die de inhoud van de taakvervulling door de overheid betreffen en formele kenmerken, die op juridische institutionalisering zien, o.a erkenning van grondrechten, functie-ordening en legaliteitsbeginsel. De noodzaak van materiele waarborgen ligt ook besloten in het betoog van R FOQUÉ en A.C. 'T HART, o.c.

sie — wordt bepaald binnen en in afstemming op de maatschappelijke constellatie waarop zij van toepassing zijn. Zij zijn derhalve tijdgebonden en moeten steeds worden geactualiseerd.

Als materiële waarborgen voor realisering van de rechtsstaatgedachte worden onder meer genoemd het democratiebeginsel, grondwettelijke waarborging van individuele vrijheidsrechten en sociale grondrechten, deugdelijke rechtsbescherming tegen overheidsbeslissingen en de norm dat overheidsoptreden dient plaats te vinden in overeenstemming met algemene beginselen van behoorlijke bestuur.[18] Ook zorgvuldig gespecificeerde materiële wettelijke normen en de ontwikkeling van overheidsbeleid kunnen een bijdrage leveren aan realisering van elementen van het legaliteitsbeginsel en de grondidee van de rechtsstaat.

Het strafprocesrecht en artikel 1 Sv zijn nauw verbonden met de principes van onze rechtsstaat en het legaliteitsbeginsel. De functies van het strafprocesrecht nopen namelijk enerzijds tot aantasting van vrijheden en rechten van burgers, anderzijds tot beperking en normering van die inbreuken. Reeds op voorhand kan worden geconstateerd dat de uit het legaliteitsbeginsel voortvloeiende waarborgen hun werking uitstrekken tot ons strafprocesrecht. Zo formuleert artikel 1 Sv de eis van legaliteit voor strafvordering. Maar, bovendien ligt een waarborg voor bescherming van vrijheidsrechten verankerd in de grondwettelijke bepalingen 10, 11, 12, 13, 15 en 16 van hoofdstuk 1 van de Grondwet, in de artt. 5 en 8 EVRM en — minder vergaand — in artikel 17 IVBPR.[19]

Wil het legaliteitsbeginsel in het procesrecht evenwel daadwerkelijk bescherming kunnen bieden, dan zal deze institutionele bescherming bovendien moeten worden gecompleteerd met materiële waarborgen. Voor ons strafproces wordt hieraan onder meer tegemoet gekomen door de werking van de 'verdenkingseis'. De uitoefening van strafvorderingsbevoegdheden is veelal gebonden aan de wettelijke voorwaarde dat er sprake is van een verdachte of van een verdenking. Als gevolg van die

18 Zie o a I.C. VAN DER VLIES, o.c. en E.M.H. HIRSCH BALLIN, De mens in de sociale rechtsstaat, in: Overheidsbemoeienis, Deventer 1982, idem, Rechtsstaat, grondrechten en subsidieverhoudingen, Preadvies Rechtsstatelijke subsidieverhoudingen, Geschriften van de vereniging voor Administratief recht XCIX, Alphen aan den Rijn 1988; idem, Vertrouwen op het recht, oratie, Alphen aan den Rijn 1982; N VERHEIJ, Alleen de wet heerst over ons, Publiek domein 1989, p. 188-197; M SCHREUDER-VLASBLOM, NTB 1991, p. 133-141.

19 Hirsch Ballin spreekt in relatie daarmee van een partiele codificatie van het legaliteitsbeginsel dat steun geeft aan de in de jurisprudentie en rechtsleer aanvaarde opvatting van een gesloten systeem van vrijheidsbeperkingen. E.M.H. HIRSCH BALLIN in: Regelen op afstand als vereiste van een sociale rechtsstaat, in de bundel Sturing en samenleving, o.c. p. 92.

koppeling vervult de begripsomschrijving van de verdachte in artikel 27 Sv een dominante rol in ons strafproces De strafvorderlijke rechtsbetrekking mag pas worden aangegaan als er sprake is van een 'redelijk vermoeden van schuld aan enig strafbaar feit' Het hanteren van zo'n 'geconcretiseerde' vorm van rechtssubjectiviteit als voorwaarde voor overheidsoptreden biedt een garantie tegen het onbeperkt en als pure formaliteit toepassen van wettelijke bevoegdheden op onverschillig welke burger [20] Dankzij deze materiele waarborg krijgt het legaliteitsbeginsel een beschermende lading die verder gaat dan de eis om te voldoen aan de formaliteiten van de wet De koppeling van strafvorderingsbevoegdheden aan het verdenkingscriterium leidt bovendien ook nog tot een andere materiele waarborg Met de woorden 'redelijk vermoeden van schuld aan enig strafbaar feit' wordt een directe relatie gelegd tussen strafvordering en delictsomschrijvingen uit het Wetboek van Strafrecht en bijzondere wetten [21] Dankzij deze koppeling biedt ook het in artikel 1 van het Wetboek van Strafrecht geformuleerde legaliteitsbeginsel — vanwege het daaronder begrepen lex certa-beginsel — een zekere materiele waarborg voor 'subjecten' van strafvordering

In de rechtspraktijk blijkt realisering van de grondgedachte van de rechtsstaat bovendien niet te zijn beperkt tot dergelijke in het wettelijk stelsel besloten waarborgen Beginselen van behoorlijke strafrechtspleging vormen een illustratie van ongeschreven materiele waarborgen om aan die grondgedachte bij te dragen [22]

De geschetste stand van zaken heeft consequenties voor de vraag of artikel 1 Sv in de weg staat aan rechtsontwikkelingen die de verdachte meer waarborgen bieden dan het wettelijk stelsel van strafvordering eist Men kan hiervoor denken aan het uitsluiten van onrechtmatig verkregen bewijsmateriaal of aan het niet-ontvankelijk verklaren van de Officier van Justitie wegens schending van beginselen van behoorlijke strafrechtspleging De wet laat zich niet uit over deze werkwijzen Een dergelijke verhoogde bescherming van de verdachte is niet in strijd met de rechts-

20 Zie hiervoor met name A L MELAI, Fouillering en onrechtmatig verkregen bewijs, in Praesidium Libertatis Arnhem 1975, p 153-165, T M SCHALKEN in annotatie bij het Cautie II arrest, AA 1982, p 316-320, R FOQUÉ, Het belang van het recht, Ontwikkelingen in de continentale rechtstheorie, in Recht en legitimiteit, Zwolle 1987 en R FOQUÉ en A C 'T HART, o c , met name hoofdstuk 3 en 10a

21 Veelal wordt ervan uitgegaan dat die relatie in het Wetboek van 1838 werd gelegd door de woorden 'in de gevallen' die in art 1 Sv zelf waren opgenomen Zie hierover J DE BOSCH KEMPER, o c deel I, p 15, A DE PINTO, bewerkt door A A DE PINTO, o c p 14 en G J M CORSTENS, De wet als bron van strafprocesrecht, in Naar eer en geweten, Arnhem 1987, p 93 104, par 2

22 Zie M S GROENHUIJSEN, Straf en wet, Arnhem 1987, Hoofdstuk VII en C P M CLEIREN, o c , m n Hoofdstuk III, par 3 4 1 en Hoofdstuk V, par 4

staatgedachte en met het daaruit voortvloeiende legaliteitsbeginsel. Integendeel, het past daarbinnen en vormt de uitdrukking van een materiële waarborg om die gedachte te realiseren. Vanuit deze optiek kunnen zulke beslissingen nooit in strijd zijn met artikel 1 Sv.[23] Dat artikel beoogt immers met de eis van legaliteit een bijdrage te leveren aan realisering van diezelfde rechtsstaatgedachte.

Het zojuist betoogde vormt slechts een reactie op één aspect dat in de vraagstelling rondom artikel 1 Sv aan de orde is gesteld. Er resten nog vele vragen. Ik richt me in het navolgende eerst op de inhoud, reikwijdte en functie van de concrete legaliteitseis in artikel 1 Sv. Voor de bepaling en de interpretatie daarvan zal ik echter voortdurend te rade moeten gaan bij de aan deze eis ten grondslag liggende rechtsstaatgedachte en het daaronder begrepen legaliteitsbeginsel.

Het legaliteitsvereiste in artikel 1 Sv

De eisen die liggen besloten in de rechtsstaatgedachte richten zich primair op het optreden van de overheid. Artikel 1 Sv richt zich bijgevolg eveneens tot de overheid en haar publieke organen.[24] Het voorschrift heeft, zo zou men kunnen stellen, drie normadressaten: de wetgevende macht, de uitvoerende macht en de rechterlijke macht.[25]

Allereerst is het voorschrift gericht tot *de wetgever*. Het is aan hem om strafvordering te regelen, waarmee de exclusiviteit van de wet wordt benadrukt. Deze 'indirecte' opdracht aan de wetgever brengt een verbod met zich mee om strafvordering op andere wijze dan bij wet te regelen. De wetgever heeft deze tot hem gerichte opdracht uitgevoerd. Hij heeft strafvordering bij de wet voorzien.[26] Het Wetboek van Strafvordering vormt het voornaamste produkt en tevens het skelet voor ieder straf-

23 Hierbij moet worden opgemerkt dat een dergelijke verhoogde rechtsbescherming vaak wordt vereist door de verplichtingen die voortvloeien uit het EVRM en het IVBPR

24 Het is van belang er op deze plaats op te wijzen dat de normadressaten van art 1 Sv niet automatisch identiek (hoeven te) zijn aan de normadressaten van wettelijke bepalingen van strafvordering

25 De terminologie uitvoerende macht wordt — hoewel mogelijk niet helemaal zuiver — op deze plaats gebruikt ter aanduiding van politie en OM bij hun optreden in het kader van 'strafvordering' en de term rechterlijke macht uitsluitend voor de zittende magistratuur Deze rede biedt geen ruimte voor afzonderlijke behandeling en nuancering met het oog op de vraag of en in welke mate het OM behoort tot de rechterlijke macht of tot het bestuur

26 Het begrip wet in artikel 1 Sv duidt op wet in formele zin. Zie hierover uitvoerig G J M CORSTENS, o c

vorderlijk optreden.[27] In bijzondere wetten zijn bovendien specifieke strafvorderlijke bevoegdheden opgenomen.

Daarnaast richt het voorschrift zich tot *de uitvoerende en de rechterlijke macht*. Hun optreden dient plaats te vinden overeenkomstig de wet. Strafvorderingshandelingen zijn dus slechts geoorloofd op basis van wettelijke bevoegdheidverlenende normen, die als gevolg van die voorwaarde *constitutief* zijn voor de bevoegdheid Dit vereiste van bevoegdheidstoekenning bij de wet vloeit voort uit een van de belangrijkste functies die aan regelingen van strafprocesrecht toekomt in samenhang met elementen van het legaliteitsbeginsel. Regelingen van strafprocesrecht strekken er namelijk in de eerste plaats toe om handhaving van het materiele strafrecht mogelijk te maken. Zij dienen er dus toe om op deugdelijke wijze vast te stellen of in een concreet geval strafoplegging gerechtvaardigd is. Dit doel brengt met zich mee dat aan de uitvoerende en rechterlijke macht bevoegdheden moeten worden toegekend, die het hen mogelijk maken tegen burgers op te treden. Veel van die bevoegdheden moeten zelfs machtigen tot inbreuken op grondrechten van burgers. Zoals gezegd eiste het legaliteitsbeginsel onder meer dat alle overheidsmaatregelen die ingrijpen op rechten en vrijheden van burgers direct of indirect moeten berusten op de wet. De norm die artikel 1 Sv richt tot de uitvoerende en rechterlijke macht vormt dus een concretisering van dat aspect van het legaliteitsbeginsel.

Het legaliteitsbeginsel verlangt bovendien dat strafvorderingsbepalingen niet slechts als bevoegdheidstoekenningen — en dus als constitutief — moeten worden beschouwd, maar tevens als bevoegdheidsgrenzen en daarmee ook als *limitatief*.[28] Het stelsel van strafvordering heeft als gevolg van deze beide voorwaarden het karakter van een gesloten stelsel van bevoegdheidverlenende normen. Deze karakterisering geldt — als gevolg van het legaliteitsbeginsel — in ieder geval voor zover het bevoegdheidverlenende normen betreft die inbreuken op rechten en vrijheden mogelijk maken. Dit limitatieve karakter van strafvorderingsbepalingen

27 Dit resultaat sluit aan bij art 107 Grondwet

28 Zie o a E M H HIRSCH BALLIN, Het grondrecht op vrijheid en de wet, o c p 8

brengt bovendien met zich mee dat zij zoveel mogelijk zullen moeten worden *gespecificeerd*. Zo zal duidelijk moeten zijn welk orgaan bevoegd is en onder welke omstandigheden of voorwaarden. Bevoegdheidsuitoefening moet dus niet alleen plaatshebben op basis van een wet, maar ook 'op de wijze bij de wet voorzien'.

Het voorafgaande maakt duidelijk dat wettelijke regelingen van strafvordering rechtstreeks voortvloeien uit het doel van de strafvordering in samenhang met eisen die het legaliteitsbeginsel stelt om dat doel te kunnen realiseren. Door het creëren van strafvorderlijke bevoegdheden in de wet wordt de mogelijkheid geschapen voor een adequate handhaving van het materiële strafrecht. Aan de andere kant brengt het limitatieve en gespecificeerde karakter van die bevoegdheden een bescherming mee van de 'willekeurige' burger en een waarborg voor een behoorlijk niveau van rechtsbescherming van de verdachte. De wettelijke regeling van strafvordering behelst dus – mede als gevolg van de doorwerking van het legaliteitsbeginsel – een compromis van deze beide belangen.[29]

Het gegeven dat de wetgever bij wet strafvorderlijke bevoegdheden heeft gecreëerd die tevens limitatief en genormeerd zijn, sluit aan bij de in artikel 1 Sv uitgedrukte intentie om het stelsel van strafvordering als een gesloten stelsel te beschouwen. Die vaststelling geeft echter nog geen uitsluitsel over de vraag of elk optreden buiten die wettelijke regeling ongeoorloofd is. En precies die vraag vormde een belangrijke aanleiding om ons te beraden op de betekenis van artikel 1 Sv voor onze huidige strafrechtspleging. Ik spits de vraag nog even toe met concrete voorbeelden. Mag de politie gebruik maken van niet in de wet genoemde opsporingsmethoden zoals richtmicrofoons en het afnemen van lichaamsmateriaal voor een DNA-onderzoek? Mag de Officier van Justitie zonder wettelijke regeling zaken ad informandum aan de rechter voorleggen? En, heeft de rechter de vrijheid om af te wijken van wettelijk voorgeschreven vormvereisten?

29 MvT, TK 1913-1914, 286.3, p. 55. Ook binnen deze context geldt dat instrumentaliteit en rechtsbescherming niet los van elkaar kunnen worden gedacht. Zie uitvoerig R. FOQUÉ en A.C. 'T HART, o.c.

De vrijheid die de rechtstoepasser toekomt wordt in belangrijke mate bepaald door de aard en de omvang van de geslotenheid van het stelsel De implicaties van de gelimiteerde en genormeerde bevoegdheidstoekenning kunnen dus pas goed worden overzien als is vastgesteld hoe gesloten het door de wetgever gecreeerde stelsel van strafvordering is Voor een verantwoorde beschouwing over de betekenis van artikel 1 Sv is een nader onderzoek naar de aard van de geslotenheid van het stelsel van strafvordering dan ook onontkoombaar Die geslotenheid zal voor een deel afhankelijk zijn van de wijze waarop dat voorschrift in het licht van de rechtsstaatgedachte, de trias politica en het legaliteitsbeginsel moet worden geïnterpreteerd Zo vloeit daaruit – zoals gezegd – voort dat de formele waarborgen die de wet biedt moeten worden gecompleteerd met materiele waarborgen Maar, dit gezichtspunt alleen kan nog geen afdoende antwoord bieden op de gestelde vragen Die geslotenheid wordt immers mede beïnvloed door de wettelijke bepalingen die, als uitvloeisel van de in artikel 1 Sv besloten opdracht aan de wetgever, zijn opgenomen in het Wetboek van Strafvordering en bijzondere wetten Door leemten en beslissingsruimte in die wettelijke bepalingen en in het stelsel als geheel kunnen aan de rechtstoepasser ook vrijheden toekomen Dit gegeven vormt aanleiding om het stelsel van strafvordering ook vanuit een andere invalshoek te bekijken Een intern-systematische analyse van de structuur en bepalingen van het stelsel van strafvordering kan mogelijk nieuwe gezichtspunten opleveren over de aard van de geslotenheid [30]

Openheid en geslotenheid als structuurkenmerk van een rechtsgebied

De openheid of geslotenheid van een rechtsgebied is een kenmerk van de formele structuur van dat rechtsgebied Omdat deze structuur niet alleen

30 Ik baseer me voor deze beschouwing op de heldere uiteenzetting over het thema van openheid en gesloten heid van rechtsordes door P W BROUWER, Openheid van en in rechtsordes, in Rechtsfilosofie en rechtstheorie 1979 p 128 149 Zie in dit verband ook R J JUE, Notabeleid en recht, Een rechtstheoretisch onderzoek naar het rechtskarakter van beleidsnota's, in het bijzonder de planologische kernbeslissing, Deventer 1982, m n p 150 156

wordt bepaald door artikel 1, maar ook door de overige wettelijke bepalingen van strafvordering, is het verhelderend enkele structuurkenmerken van het stelsel van strafvordering en de daarin aanwezige niveau's van regelgeving te onderscheiden. Een kleine uitstap naar rechtstheoretisch georiënteerde analyses van rechtsregels en structuurkenmerken van rechtsgebieden kan hierbij van dienst zijn.

In navolging van Brouwer zou ik voor dit doel willen aansluiten bij het door Hart gemaakte onderscheid tussen 'primary rules of obligation' en 'secondary rules'.[31] De 'primary rules' hebben betrekking op handelingen die individuen moeten, mogen of niet mogen verrichten. De 'secondary rules' hebben betrekking op de 'primary rules', in die zin dat ze er (onder andere) toe dienen om 'primary rules' vast te stellen, te wijzigen, toe te passen of op te heffen. Brouwer neemt dit onderscheid als aanknopingspunt om te verduidelijken dat binnen een rechtsgebied normen van meer niveau's bestaan. Het primaire niveau bestaat uit normen die menselijk gedrag impliciet of expliciet normeren. Het secundair niveau wordt gevormd door normen over de primaire normen. Het onderscheid van de verschillende lagen in een rechtsgebied is noodzakelijk om inconsistenties te voorkomen.

Brouwer benut het gemaakte onderscheid om het begrip 'geslotenheid' van een rechtsgebied nader te preciseren. Geslotenheid van een rechtsgebied kan zich volgens hem zowel voordoen op het primaire als op het secundaire niveau, hetgeen verschillende consequenties heeft.[32] Een rechtsgebied is gesloten op primair niveau als voor iedere menselijke gedraging een impliciete of expliciete juridische normering bestaat. Met andere woorden, daarbinnen komen geen leemten voor. Dit betekent niet dat binnen dat rechtsgebied geen bevoegdheid bestaat tot interpretatie van de wetstekst. Een dergelijke interpretatieruimte is immers voor elk rechtsgebied onvermijdelijk.[33] In een primair gesloten rechtsgebied is evenwel alles wat niet geboden uit te voeren gedrag is, toegestaan achterwege te laten gedrag; of alles wat niet geboden achterwege te

31 P.W. BROUWER, o.c. p. 139; Zie voorts H.L.A. HART, The concept of law, Oxford 1961.

32 R.J. JUE maakt geen onderscheid tussen geslotenheid op primair en secundair niveau, hetgeen tot consequentie heeft dat hij een stelsel van publieke bevoegdheidverlenende normen door de werking van de rechtsstaatgedachte en het legaliteitsbeginsel zonder meer als gesloten moet beschouwen. R.J. JUE, o.c. p. 155.

33 Als voorbeeld kunnen dienen de bepalingen van het Wetboek van Strafrecht. Art. 1 Sr verbiedt wel analogie, maar kan niet voorkomen dat de rechter de deliktsomschrijvingen zal moeten interpreteren. Ondanks deze onvermijdelijke interpretatieruimte bevat het Wetboek van Strafrecht geen leemten en formuleert art. 1 Sr in de opvatting van Brouwer het negatieve rechtsprincipe. P.W. BROUWER, o.c. p. 135 en 141 e.v. Zie voor een overzicht van opvattingen over beoordelingsruimte en interpretatie van vage termen R. DE LANGE, Publiekrechtelijke rechtsvinding, Zwolle 1991, hoofdstuk 2.

laten gedrag is, is toegestaan uit te voeren gedrag [34] Dit principe wordt wel aangeduid als het negatieve rechtsprincipe en kortweg weergegeven als 'alles wat niet verboden is, is toegestaan' Artikel 1 van het Wetboek van Strafrecht 'Geen feit is strafbaar dan uit kracht van een daaraan voorafgegane wettelijke strafbepaling' wordt genoemd als voorbeeld van een negatief rechtsprincipe. Dat wat niet krachtens wettelijke bepalingen verboden is — is voor zover het strafrecht betreft — toegestaan Het Wetboek van Strafrecht kan vanuit dit perspectief worden aangeduid als een primair gesloten systeem

Is een rechtsgebied niet op primair niveau gesloten dan is aan de rechtstoepasser een grotere mate van vrijheid gelaten bij het geven van zijn oordeel. Deze regel moet echter worden genuanceerd. Want in zo'n geval kan volgens Brouwer sluiting alsnog op secundair niveau plaatsvinden.[35] Dit geschiedt dan onder meer door normen die voorzien in het scheppen van een juridische normering. Hij duidt deze normen aan als metanormen van een bepaald soort en benoemt ze als sluitingsregels. Sommige van deze regels volstaan ermee om de opvulling van lacunes in het recht verplicht te stellen, andere geven bovendien aanwijzingen over of maatstaven voor de daarbij te volgen procedure [36] De rechter heeft allereerst de plicht te bepalen of er sprake is van een leemte en in geval zich dat voordoet zal hij die moeten opvullen door het creeeren van een juridische normering.

Wat biedt deze rechtstheoretische uitstap over openheid en geslotenheid van rechtsgebieden nu voor het inzicht in de betekenis van artikel 1 Sv?

De structuurkenmerken van open en gesloten rechtsgebieden kunnen worden geconcretiseerd om te bepalen of het stelsel van strafvordering als open of als gesloten kan worden gekwalificeerd. Bevat artikel 1 Sv bijvoorbeeld, evenals artikel 1 van het Wetboek van Strafrecht een negatief rechtsprincipe als gevolg waarvan het stelsel van strafvordering op primair niveau wordt gesloten? In dat geval hebben de rechtstoepassers

34 P W BROUWER, o c p 134

35 Hiermee brengt Brouwer o a nuances aan op de visie op volledigheid van normatieve sytemen van C E ALCHOURRON en E BULYGIN in Normative Systems, Wien-New York, 1971

36 Brouwer geeft onder andere aan dat artikel 13 van de Wet Algemene Bepalingen kan worden beschouwd als sluitingsregel voor de burgerlijke rechter Artikel 13 luidt 'De regter die weigert regt te spreken, onder voorwendsel van het stilzwijgen, de duisterheid of de onvolledigheid der wet, kan uit hoofde van regtsweigering vervolgd worden'

maar een tamelijk geringe vrijheid bij hun optreden. De huidige praktijk van de strafrechtspleging – met een brede waaier van niet bij wet geregeld optreden – staat daarmee beslist op gespannen voet. Maar stel dat het stelsel niet op primair niveau is gesloten, aan welke normen en grenzen zijn de organen van strafrechtspleging dan wél gebonden?

Voor het antwoord daarop moeten een aantal stappen worden gezet. Om de geslotenheid van het strafvorderlijk stelsel meer nauwkeurig te bepalen zal moeten worden vastgesteld of er sprake is van geslotenheid op het primaire, dan wel op het secundaire niveau. Daartoe moet echter eerst worden beoordeeld of het stelsel primaire en/of secundaire normen bevat, welke normen dat zijn en tot wie zij zich richten. En dat oordeel vergt, gezien de omschrijving van beide soorten normen, eerst een uitweiding over de functie(s) van de normen die het stelsel van strafvordering bevat en naar de normadressaten van deze normen.[37]

De normadressaten en functies van bepalingen van strafvordering

Wettelijke bepalingen van strafvordering zijn er in belangrijke mate op gericht om handhaving van normen van materieel strafrecht mogelijk te maken. Daartoe moeten bevoegdheden worden toegekend aan publieke organen van strafrechtspleging, die – gezien dat doel – voor vele gevallen de mogelijkheid bieden inbreuk te maken op rechten en vrijheden van de burger. Een belangrijk deel van de bepalingen van strafvordering vervult die rol door bevoegdheden te constitueren en tevens te limiteren. Die bevoegdheidverlenende bepalingen kunnen dan ook worden beschouwd als een rechtstreeks sequeel van dat doel en de uit het legaliteitsbeginsel voortvloeiende opdracht aan de wetgever om inbreuken op rechten en vrijheden van burgers bij wet te regelen. Zij bevatten met het oog daarop gedragsnormen voor het optreden van organen van strafrechtspleging.

37 De normadressa(a)t(en) van de bepalingen van 'strafvordering' behoeven natuurlijk niet identiek te zijn aan de normadressaten van artikel 1 Sv.
Bij de te geven 'typering' van het stelsel van strafvordering dient te worden opgemerkt dat deze niet moet worden begrepen als een resultaat van een historische analyse of als een logische conclusie op basis van een gereconstrueerde ideeëngeschiedenis.

Zowel op grond van die primaire functie van strafvordering als op grond van de rechtsstaatgedachte ligt het in de rede te stellen dat het merendeel van de bepalingen van strafvordering zich in eerste instantie richt tot publieke organen van strafrechtspleging.[38] Met andere woorden, vanuit dit gezichtspunt is primair de overheid en daarmee de uitvoerende en de rechterlijke macht normadressaat van de bepalingen van strafvordering.

De bepalingen van strafvordering vervullen echter niet alleen een functie naar de overheid, maar ook naar de verdachte en diens raadsman/raadsvrouw (en derden).[39] Zij ontlenen immers ook rechten en bevoegdheden aan het stelsel van strafvordering. Zo worden met de bepalingen van het Wetboek van Strafvordering grondrechten en (andere) burgerlijke vrijheden gewaarborgd en zijn bijzondere rechten en bevoegdheden aan de verdachte toegekend die zowel kunnen worden begrepen vanuit het perspectief van een gematigd accusatoir strafproces, als vanuit het perspectief van een 'partijen'proces.[40] Bij de eerstbedoelde rechten kan men bijvoorbeeld denken aan de bepalingen voor het binnentreden van woningen (artt. 120-123 Sv), voor de laatste aan het 'recht' op een openbare terechtzitting, aan het recht op rechtsbijstand (artt. 38-43 Sv), het recht op inzage in processtukken (artt. 30-34 en 51 Sv) en het recht om getuigen en deskundigen ter terechtzitting te doen dagvaarden (art. 263 Sv). Welke status moet aan die rechten en bevoegdheden worden toegekend?

De rechtsstaatgedachte en het daaruit voortvloeiende legaliteitsbeginsel maken het bestaan van strafvorderlijke bevoegdheden van overheidsorganen afhankelijk van bepalingen waarin duidelijk is omschreven welk orgaan (exclusief) bevoegd is tot welke soort handeling en binnen welke grenzen deze handelingen moeten blijven. In het licht van dit uitgangspunt kan men veel rechten en bevoegdheden van de verdachte beschouwen als dergelijke grenzen.[41] Zij vormen voorwaarden waaronder

38 Volgens Schalken zijn deze beide aspecten, en met name de beschermingsfunctie die in deze normering tot uitdrukking komt, beslissend voor het publiekrechtelijk karakter van het strafrecht T M SCHALKEN, Strafrecht als systeem van rechtsbetrekkingen, *Een ontwikkeling naar evenwicht?*, Arnhem 1987, p 9-10

39 De rechten en bevoegdheden van derden laat ik in deze beperkte typering terzijde

40 Zie hiervoor de discussie die voorafging aan de totstandkoming van ons huidige wetboek, met name de Notulen van de vergaderingen van de Commissie-Ort Zie in dit verband ook M S GROENHUIJSEN, De rol van de mensen- en burgerrechten in de herziening van het Wetboek van Strafvordering van 1926, DD 19(1989), p 505-523

41 Zo ook J M VAN BEMMELEN, Strafvordering, Leerboek van het Nederlandsche strafprocesrecht, 's Gravenhage 1940, Tweede vermeerderde druk, p 6 Zie uitvoeriger C P M CLEIREN, o c , Hoofdstuk II, par 2 4 1 en 2 4 2

de publieke organen van strafrechtspleging de hun bij de wet toegekende bevoegdheden mogen uitoefenen, ofwel – anders gezegd – de keerzijde van die voorwaarden. De gedragsnorm die voor het publieke orgaan in de bevoegdheidverlenende bepaling ligt besloten correspondeert met een subjectief recht van de verdachte op een bevoegdheidsuitoefening overeenkomstig die norm. Rechten en bevoegdheden van de verdachte kunnen dus als het ware worden 'vertaald' in een aanspraak van verdachte op naleving van de gedragsnormen.[42] Deze aanspraak kan bij schending van die gedragsnorm 'rechtens te gelde worden gemaakt' en resulteert uiteindelijk bijvoorbeeld in een vernietiging van het onderzoek ter terechtzitting door de appelrechter op grond van een formele of substantiële nietigheid.[43] Vanuit dit gezichtspunt liggen de rechten en bevoegdheden van de verdachte besloten in de tot de publieke organen gerichte bepalingen van strafvordering. Men zou dan ook kunnen stellen dat de verdachte *binnen het stelsel van strafvordering slechts afgeleide bevoegdheden* heeft in die zin, dat hij deze alleen kan effectueren als de overheid het initiatief tot het voeren van een strafproces heeft genomen. Deze stelling impliceert allerminst dat de positie van de verdachte en diens raadsman als ondergeschikt wordt beschouwd. Integendeel, zij is juist gebaseerd op de premisse van onvervreemdbare rechten en vrijheden van burgers in een rechtsstaat en op de idee dat áls deze al moeten worden ingeperkt, dit bij wet en gespecificeerd moet plaatsvinden. Het spreken van afgeleide bevoegdheden sluit bovendien aan bij de gedachte (en de realiteit) dat de rechtsbetrekking tussen de overheid en de burger in het strafproces niet een (volledig) wederkerige is.[44] Het asymmetrisch karakter van die rechtsbetrekking komt met name tot uitdrukking in het feit dat de overheid een burger onvrijwillig het strafproces binnenloodst. De mogelijkheid daartoe wordt wel beperkt door de eis dat het moet gaan om een burger met een bepaalde hoedanigheid, de verdachte. Ook als die burger eenmaal als zodanig is 'aangewezen' blijft de rechtsbetrekking overwegend asymmetrisch. De verdachte verkeert immers – ondanks het feit dat hem proces-

42 Een belangrijke deel van die gedragsnormen wordt vaak aangeduid als vormvoorschriften.

43 Men kan ook denken aan andere wettelijke sancties op niet-naleving van in de wet genoemde voorwaarden, zoals nietigheid van de dagvaarding en niet-ontvankelijkheid van de OvJ Uit de rechtspraak blijkt dat de rechter ook sanctioneert ingeval de wet daartoe niet (uitdrukkelijk) verplicht, zoals bij het verzuim om substantieel geachte vormen na te leven en bij schending van de beginselen van proportionaliteit en subsidiariteit

44 Zie over de wederkerige rechtsbetrekking bijvoorbeeld L J van Apeldoorn, Inleiding tot de studie van het Nederlands recht, Zwolle 1985, Hoofdstuk III, 1 h b par 4 Toegespitst op het strafrecht bij T M SCHALKEN, o c De positie van de verdachte wordt ook belicht in de Handelingen der Staten-Generaal, Bijlagen 1917-1918, Algemene beschouwingen, 77 1, p 3, 4 en 8

rechten en bevoegdheden zijn toegekend — ook gedurende de strafprocedure niet in een gelijkwaardige positie met de organen van strafrechtspleging Hij staat als het ware bloot aan de (rechts)gevolgen van de uitoefening van bevoegdheden Wel heeft hij het voordeel dat aan hem geen publieke functie toekomt De verdachte wordt in het algemeen tot niets verplicht en heeft veelal slechts te gedogen [45]

Dat de verdachte in deze lezing geen ondergeschikte positie heeft, wordt bovendien bewerkstelligd doordat de meest essentiele rechten die aan de rechten en bevoegdheden van de verdachte ten grondslag liggen, als 'zelfstandige' rechten zijn geformuleerd in de Grondwet Deze rechten worden immers niet geconstitueerd binnen het stelsel van strafvordering en kunnen ook buiten een strafprocedure worden geeffectueerd Ook het EVRM en het IVBPR bevatten tamelijk 'zelfstandig' geformuleerde rechten waaraan een verdachte bescherming kan ontlenen

Hoewel de positie van de verdachte vanuit het gekozen gezichtspunt dus niet als ondergeschikt mag worden beschouwd, is het wel van belang te benadrukken dat de verdachte aanspraak heeft op rechtsbescherming en deze ook behoeft De organen van strafrechtspleging zullen die aanspraken van de verdachte moeten effectueren De rechter heeft in het bijzonder de taak controle uit te oefenen op de naleving van de wettelijke gedragsnormen Ingeval deze voorwaarden niet of niet correct worden nageleefd zal hij daaraan gevolgen kunnen en vaak moeten verbinden en dusdoende de aanspraak van de verdachte juridisch tot gelding brengen Met het oog op die aanspraken en de manier waarop de verdachte deze juridisch tot gelding kan brengen is het contradictoire karakter van de procesvoering dan ook van bijzonder belang [46]

Deze typering van rechten en bevoegdheden van de verdachte in het stelsel van strafvordering als 'afgeleide' bevoegdheden bevestigt de stelling dat bepalingen uit het Wetboek van Strafvordering en bijzondere wetten zich primair richten tot de organen van strafrechtspleging, te weten de uitvoerende en de rechterlijke macht Deze conclusie recht-

45 Zie hierover A L MELAI, Polariteit en tegenspraak, in Commentaar op het Wetboek van Strafvordering, A L MELAI e a , Arnhem, losbladig, C P M CLEIREN, 'Een grensoverschrijdende verdachte?', in Grensoverschrijdend strafrecht, Arnhem 1990, p 141-164,
Een enkele keer bevat het wetboek verplichtingen voor de verdachte, bijvoorbeeld in de artt 106 en 160 Sv

46 Zie voor beschermende waarde van een contradictoire procedure A A G PETERS, Het rechtskarakter van het strafrecht, Deventer 1972 en TH A DE ROOS, Verdediging van belangen het belang van de verdediging, Arnhem 1991

vaardigt de keuze om die rechten en bevoegdheden niet zelfstandig te kwalificeren als primaire of secundaire normen

Het stelsel van strafvordering bevat nog andere normen Naast de besproken bevoegdheidverlenende normen wordt de bevoegdheid van de overheid in het Wetboek van Strafvordering gereguleerd door taakstellende organisatienormen.[47] De artikelen 140, 141, 142 en 148 Sv, waarin wordt aangegeven welk orgaan met welke taak wordt belast kunnen onder meer als zodanig worden gekwalificeerd De status en de functie van deze normen is een andere dan van de eerdergenoemde bevoegdheidverlenende normen. Taakstellende normen bevatten veelal regelingen over inrichting van ambten, de personele samenstelling daarvan en soms een specifiek geformuleerde taakstelling of functieomschrijving Zij verlenen nog geen bevoegdheid tot het nemen van beslissingen of het stellen van handelingen waaraan rechtskracht toekomt Het legaliteitsbeginsel eist immers, dat inbreuken op rechten en vrijheden van burgers slechts plaatsvinden op basis van een wettelijk genormeerde bevoegdheid die duidelijk moet zijn gedefinieerd en gespecificeerd [48] Een algemene publieke taakstelling creeert dus nog geen bevoegdheid. De taakstellende organisatienormen zijn daarom pas zinvol indien zij vergezeld gaan van de eerder besproken bevoegdheidverlenende normen Zij vormen als het ware nadere condities voor de uitoefening daarvan en kunnen in die zin als onzelfstandig worden gekwalificeerd Taakstellende en bevoegdheidverlenende normen vervullen bijgevolg ten opzichte van elkaar een onmisbare complementaire rol

De aard van de geslotenheid van het stelsel van strafvordering

De zojuist gegeven uitweiding over de functies en normadressaten van de bepalingen van strafvordering lijkt wellicht wat vergezocht, maar heeft

47 Deze onderscheiding en terminologie is ontleend aan R J JUE, o c p 200 e v

48 Ook uit de inleidende tekst op het Tweede Boek, Opsporingsonderzoek, van de MvT valt af te leiden dat de eerste afdeling niet meer behelst dan een algemene taakstelling en dat bevoegheden pas bestaan dankzij een nauwkeurige omschrijving in de tweede en derde afdeling Zie ook J B H M SIMMELINK, o c , p 38 Op p 42 lijkt hij deze positie enigszins te verlaten, P MEVIS, Van opsporing, strafvordering en legaliteit, o c , m n p 944 en J M REIJNTJES, Rondom DNA Over opsporing en bewijsvoering, Themis 1991, p 267 284, m n p 268, 269 en 273 Zie voor een rechtstheoretische benadering van deze opvatting R J JUE, o c , deel II, par 6 en voor een thematische behandeling C P J GOORDEN, Rechtsbevoegdheid in het bestuursrecht, Een rechtsvergelijkende studie naar het bevoegdheden vraagstuk in het bestuursrecht, Zwolle 1990, Hoofdstuk III, par 4
Afwijkend van het hier gestelde zijn de overwegingen

een doel. Zij moet de basis vormen voor het oordeel of het stelsel van strafvordering primaire en/of secundaire normen bevat, welke dat zijn en tot wie zij zijn gericht. Dat oordeel is immers weer bepalend voor de vraag of het stelsel van strafvordering op primair, dan wel of secundair niveau wordt gesloten.

De structuurkenmerken van open en gesloten rechtsgebieden worden daarom hierna, in samenhang met implicaties van de grondbeginselen van de rechtsstaat, geconcretiseerd om meer gefundeerd te bepalen of het stelsel van strafvordering als open of als gesloten kan worden gekwalificeerd. De daaruit voortvloeiende conclusies kunnen het inzicht in de betekenis en reikwijdte van het voorschrift van artikel 1 Sv verdiepen.

Geslotenheid op het primaire niveau?

Bevoegdheidverlenende bepalingen uit het Wetboek van Strafvordering en bijzondere wetten kunnen mijns inziens worden beschouwd als normen van het primaire niveau. Een korte toelichting.

Normen van het primaire niveau bestaan, zoals gezegd, uit normen die menselijk gedrag normatief bepalen. Zij hebben betrekking op handelingen die individuen moeten, mogen of niet mogen verrichten. De bevoegdheidverlenende bepalingen uit het Wetboek van Strafvordering en bijzondere wetten vervullen die rol. Immers, de rechtsstaatgedachte en het daaruit voortvloeiende legaliteitsbeginsel brengen met zich mee dat overheidsoptreden dat inbreuk maakt op rechten en vrijheden van burgers alleen is toegestaan bij gratie en binnen de grenzen van een wettelijke bevoegdheidstoekenning. Die bevoegdheidverlenende bepalingen zijn daarom — zo bleek hiervoor — niet alleen constitutief, maar ook limitatief voor bevoegd optreden van organen van strafrechtspleging ten opzichte van de burger. Omdat zij dientengevolge bepalen welke handelingen die organen mogen, moeten of niet mogen verrichten kunnen deze normen

van G. KNIGGE, in: Van opsporing en strafvordering, o.c. p. 195-213, m.n. p. 206. Zijn gedachtengang impliceert dat uit de taak een bevoegdheid voortvloeit.

worden gekwalificeerd als primaire normen, gericht tot de publieke organen van strafrechtspleging. Zoals gezegd worden de rechten en bevoegdheden van de verdachte binnen deze context beschouwd als daarvan 'afgeleide' bevoegdheden.

Het lijkt het meest aannemelijk de genoemde taakstellende organisatienormen – gezien hun complementaire functie en hun regulatief karakter – te beschouwen als secundaire normen.

Voor een beoordeling van de gesloten heid van het stelsel op het primaire niveau moet worden getoetst of het stelsel leemten bevat in die zin dat niet alle handelingen normatief zijn bepaald. De bevoegdheidverlenende bepalingen, die ik als primaire normen heb gekwalificeerd, zijn zeer divers.[49] De bepalingen bevatten bijvoorbeeld vage termen, die interpretatie door de uitvoerende en de rechterlijke macht vereisen. Men kan hierbij denken aan bevoegdheden die mogen worden uitgeoefend onder de voorwaarde dat er sprake is van 'ernstige bezwaren' of van 'dringende noodzakelijkheid' (bijv. de artt. 56 en 58 Sv). De wetgever heeft in zekere zin een interpretatieruimte opengelaten met betrekking tot feiten en omstandigheden.[50] Dergelijke bevoegdheden kan men echter niet kwalificeren als leemten in de bedoelde zin. De beoordelingsruimte kan weliswaar variëren van klein tot zeer groot, maar het principe van interpretatieruimte doet zich ook in elk primair gesloten rechtsgebied voor.

Daarnaast heeft de wetgever bij bepaalde bevoegdheden uitdrukkelijk een eigen beslissingsbevoegdheid aan de uitvoerende en rechterlijke macht gelaten of toegekend.[51] De bevoegdheid tot vervolgen in artikel 167 en 242 Sv en de bevoegdheid om een verdachte al of niet in verzekering te stellen uit artikel 57 lid 1 Sv zijn daarvoor illustratief. Hoewel de wet bijvoorbeeld met artikel 167 Sv geen bevoegdheid creëert om inbreuken te maken op rechten en vrijheden van de burger, brengt de daarin begrepen discretionaire bevoegdheid veel niet bij wet omschreven handelingen door het Openbaar Ministerie voort.[52] Men kan hierbij denken

49 Zie voor een uitvoeriger verantwoording C P.M CLEIREN, Beginselen van een goede procesorde, o.c. Hoofdstuk II, par. 2.4.3.

50 Dworkin duidt een dergelijke interpretatiebevoegdheid aan als een zwakke discretionaire bevoegdheid: de condities waarop de beslissing moet zijn gebaseerd kunnen niet mechanisch worden toegepast R.M DWORKIN, The Model of rules I, in: Taking Rights Seriously, London 1977, p. 31 e v.

51 Deze keuze wordt onder meer herleid tot de trias-gedachte, ten dele tot de 'onmacht' van de wetgever om voldoende concrete normen te stellen. Zie hiervoor onder andere H.D VAN WIJK, Voortgaande terugtred, in Besturen met recht, 's-Gravenhage 1974; G.J WIARDA, Drie typen van rechtsvinding, Zwolle 1988; R M. DWORKIN, The model of Rules I, in: Taking Rights Seriously, London 1977.

52 Dit geldt temeer nu de vervolgingsbevoegdheid wordt geïnterpreteerd vanuit de positieve visie op het opportuniteitsbeginsel

aan de ontwikkeling van richtlijnen voor opsporing en vervolging, aan een sepotbeleid, aan het 'standje' op het parket en de voeging ad informandum

Vele bepalingen van strafvordering omschrijven niet tot in detail welke handelingen zijn toegestaan of onder welke omstandigheden de bevoegdheid mag worden uitgeoefend. De bepaling van artikel 52 Sv formuleert bijvoorbeeld een bevoegdheid tot staande houden, terwijl niet duidelijk is aan welke fysieke gedragingen deze bevoegdheid is gebonden Mag je iemand alleen maar vragen te stoppen of mag je hem lichamelijk aanklampen, bijvoorbeeld door hem bij de schouders te pakken? En niet te vergeten de vraag of in artikel 52 Sv de bevoegdheid ligt begrepen een auto te laten stoppen?

Het beeld van een primair gesloten stelsel raakt behoorlijk aan het wankelen en bladdert vervolgens verder af door het gegeven dat de wetgever ook niet in staat is iedere mogelijke handeling binnen het kader van strafvordering (afdoende) te omschrijven Afgezien van de onmogelijkheid daartoe, is dat naar mijn mening — in tegenstelling tot het door Simmelink betoogde — ook nooit de bedoeling van de wetgever geweest [53] Deze gedachte vindt men reeds terug bij De Bosch Kemper, waar hij overweegt:' Bij strafvordering staat dus een groot gedeelte der regtswetenschap op zich zelve, afgescheiden van het wetboek, in zooverre, dat zij tot regtsbron heeft de algemeene regtsgeleerdheid, en slechts van de wet afhankelijk is, in die bijzondere aanwijzingen welke de wetgever in sommige gevallen aan de regtswetenschap heeft gegeven '[54]

Welke conclusies kunnen uit het voorgaande worden getrokken over de geslotenheid van het stelsel van strafvordering?

Het stelsel bevat allereerst in diverse bepalingen vergaande eigen beslissingsbevoegdheden Daarnaast is niet iedere feitelijk te stellen handeling in een wettelijke bevoegdheidverlenende bepaling neergelegd. Het stelsel van strafvordering bevat dus leemten in de hiervoor aangeduide

53 J B H M SIMMELINK, o c p 9 en 34 Hij concludeert mijns inziens ten onrechte uit de door hem geciteerde pagina uit de MvT dat de wetgever de opsporingsbevoegdheden van de overheid uitputtend heeft willen regelen Zie ook J M REIJNTJES, o c p 9

54 J DE BOSCH KEMPER, o c p XIII

betekenis. Met andere woorden, niet iedere handeling van organen van strafrechtspleging is impliciet of expliciet juridisch genormeerd en in die zin is het stelsel van strafvordering open.

Open bleek het stelsel bovendien in die zin dat noch de rechtsstaatgedachte, noch het legaliteitsbeginsel met zich meebrengen dat de rechter is beperkt in het creëren van meer 'rechten' of waarborgen voor de verdachte, noch in het gebruik van niet bij de wet voorziene sancties op schending van gedragsnormen door justitiële organen, zoals het uitsluiten van onrechtmatig verkregen bewijs. Dergelijk optreden tast om te beginnen geen rechten en vrijheden van burgers aan. Maar, bovendien vormt het uitdrukking van een poging de rechtsstaatgedachte en het legaliteitsbeginsel met behulp van materiële waarborgen te realiseren. Ook bezien vanuit het perspectief van de rechterlijke toetsing is het stelsel van strafvordering dus niet gesloten.

De grondgedachte van de rechtsstaat waarborgt echter wel dat inbreuken op rechten en vrijheden van de burger moeten berusten op een wettelijke bepaling. Indien voor dergelijke handelingen geen wettelijke bevoegdheid bestaat mag de behoefte daaraan niet worden vervuld met rechtsvorming door de uitvoerende en rechterlijke macht.

Het beeld van strafvordering dat voor ons opdoemt vertoont grote overeenkomst met de karakterisering van De Bosch Kemper: 'Uit de opgenoemde eigenaardigheden der strafvordering volgt, dat de regterlijke ambtenaren in het onderzoek alle handelingen kunnen verrigten, welke door de wet niet uitdrukkelijk zijn verboden; doch ten aanzien van zoodanige, welke tot beperking der persoonlijke vrijheid kunnen leiden, geene andere mogen ten uitvoer brengen, dan waartoe de wet hun uitdrukkelijk regt geeft.'[55]

De erkenning dat er leemten in het stelsel voorkomen impliceert de aanvaarding van openheid als eigenschap van dat stelsel.[56] Het voorafgaande leidt dus tot de conclusie dat het stelsel van strafvordering niet is gesloten op het primaire niveau. Voor de betekenis en reikwijdte van het

55 J. DE BOSCH KEMPER, o.c. p. XIV.

56 Zie P.W. BROUWER o.c.; J.W. JUE, o.c. p. 150-153.

voorschrift van artikel 1 Sv kan hieruit worden geconcludeerd dat dit voorschrift geen negatief rechtsprincipe formuleert. Voor de rechtstoepasser brengt dit alles een grotere mate van vrijheid mee bij het geven van een oordeel dan bij een gesloten systeem. De consistentie binnen het rechtsgebied vereist daarvoor echter wel dat dat rechtsgebied de bevoegdheid tot het opvullen van leemten verleent.[57]

Geslotenheid op het secundair niveau?

Indien een rechtsgebied niet is gesloten op primair niveau, kan – zoals gezegd – sluiting alsnog op secundair niveau plaatsvinden. Deze sluiting zou tot stand komen door sluitingsnormen die ervoor zorgen dat in de gevallen waarin juridische normering ontbreekt alsnog een normering tot stand komt. Zij verplichten tot opvulling van de lacunes in het rechtsgebied en geven soms zelf aanwijzingen voor de daarbij te volgen procedure.

Naar mijn mening wordt het stelsel van strafvordering gesloten op secundair niveau en wel door artikel 1 Sv zelf. Dat artikel kan namelijk als sluitingsregel in de bedoelde zin worden beschouwd.[58] Om deze stelling te verduidelijken moet worden teruggegrepen op de drie normadressaten van artikel 1 Sv: de wetgever, de uitvoerende macht en de rechterlijke macht.

De tekst van artikel 1 Sv geeft zonder twijfel uitdrukking aan de intentie tot een gesloten stelsel van strafvordering. De zojuist getrokken conclusie dat dat stelsel niet is gesloten op primair niveau, is terug te brengen tot de vaststelling dat één van de drie normadressaten, te weten de wetgever, er niet in is geslaagd en er (ten dele) voor heeft gekozen het wettelijk stelsel van bevoegdheidstoekenning niet volledig gesloten te maken.

Artikel 1 Sv richt zich – zoals gezegd – ook tot de uitvoerende en de rechterlijke macht. De opdracht in dat voorschrift brengt voor hen in

57 P.W BROUWER, o.c p. 129 en 139.

58 Hiertoe zou ook kunnen worden aangevoerd dat artikel 13 Wet Algemene Bepalingen voor het strafproces op dezelfde wijze functioneert als voor burgerlijke zaken. Zie hiervoor noot 37. Op deze plaats concentreer ik me echter op artikel 1 Sv.

ieder geval de plicht mee bij strafvordering te handelen overeenkomstig de wettelijke bepalingen Maar, nu blijkt dat het stelsel leemten en eigen beslissingsbevoegdheden bevat zal de wet niet op alle (rechts)vragen antwoord geven en evenmin op mechanische wijze kunnen worden toegepast Deze leemten mogen door de rechtstoepasser worden aangevuld of opgevuld, mits het stelsel daartoe de bevoegdheid verleent Het stelsel zou zelfs inconsistent zijn indien het geen norm (van een ander niveau dan het primaire) bevat die de bevoegdheid tot het opvullen van leemten verleent Welnu, artikel 1 Sv brengt de intentie van een door de wet gesloten stelsel van strafvordering tot uitdrukking Omdat deze intentie op het primaire niveau niet is gerealiseerd, is het aannemelijk dat de opdracht die voor de uitvoerende en rechterlijke macht uit artikel 1 Sv voortvloeit meer behelst dan handelen overeenkomstig de formele legaliteitseis Op hen rust tevens de plicht om de in artikel 1 tot uitdrukking gebrachte intentie van een gesloten stelsel zo veel mogelijk te voltooien Dat wil zeggen dat in artikel 1 Sv *een opdracht* ligt besloten om de ontbrekende normering aan te vullen of de lacunes op te vullen Deze vrijheid is niet ongebonden De aanvullende normering zal moeten worden ontleend aan de principes van het wettelijk stelsel in samenhang met eisen die voortvloeien uit de rechtsstaatgedachte en het legaliteitsbeginsel Die aanvullingen zullen dus moeten sporen met de doeleinden waarvoor de publieke organen de wettelijke bevoegdheden kregen toegekend [59] Zo bezien is artikel 1 Sv te beschouwen als een sluitingsregel in de bovenbeschreven betekenis Het stelsel van strafvordering wordt in deze gedachte gesloten op het secundaire niveau

59 Zie onder meer S F L VAN WIJNBERGEN, in Vrijheid en gebondenheid van het Openbaar Bestuur, Nijmegen 1955, p 7, J VAN DER HOEVEN, De magische lijn, Verkenningen op de grens van publiek en privaatrecht, in Honderd jaar rechtsleven, NJV 1870 1970, Zwolle 1970, p 217

Implicaties

De conclusie dat het open wettelijk stelsel van strafvordering moet worden gesloten op secundair niveau sluit aan bij de eerder besproken

gedachte dat de legaliteitseis niet meer dan een formele waarborg biedt voor realisering van de rechtsstaatgedachte en het daaruit voortvloeiende legaliteitsbeginsel. Naast deze formele waarborg zijn immers materiële waarborgen nodig, die – zoals bleek – tijdgebonden kunnen zijn en steeds kunnen worden geactualiseerd. Door artikel 1 Sv te beschouwen als een sluitingsregel in de bedoelde zin wordt een fundering gelegd voor een plicht van zowel de uitvoerende macht als de rechterlijke macht om materiële waarborgen voor de vervulling van de rechtsstaatgedachte en het legaliteitsbeginsel te bieden. De conclusie dat het stelsel van strafvordering niet is gesloten op primair niveau, maar wordt gesloten op secundair niveau heeft dus vergaande implicaties.[60] Ik zal de belangrijkste in grote lijnen schetsen.

De in artikel 1 Sv besloten opdracht om bij te dragen aan realisering van de rechtsstaatgedachte en het legaliteitsbeginsel wekt mogelijk de veronderstelling dat daaruit eenduidige aanwijzingen kunnen worden afgeleid voor het handelen van de normadressaten: de wetgevende macht, de uitvoerende macht en de rechterlijke macht. Deze zienswijze gaat niet op. 'De' rechtsstaat bleek immers niet te bestaan. Zij is een verzameling van idealen en gezichtspunten die geen voor alle tijden geldende inhoud heeft, maar evolueert en moet worden geactualiseerd. Bovendien wijzen diverse elementen van de rechtsstaatgedachte, zeker bij concretisering, in tegengestelde richting. Voor de strafrechtspleging bleek dit al bij de belangen die, (mede) krachtens de principes van de rechtsstaat, in het wettelijke procesrecht werden verwerkt. Aan de ene kant het creëren van strafvorderlijke bevoegdheden teneinde een adequate handhaving van het materiële strafrecht mogelijk te maken. Aan de andere kant die bevoegdheden limiteren en specificeren met het oog op de bescherming van de 'willekeurige' burger en ter waarborging van een behoorlijk niveau van rechtsbescherming van de verdachte. Het wettelijk stelsel van strafvordering bevat als gevolg daarvan een compromis van deze bei-

60 De bedoelde implicaties wijken veelal niet af van hetgeen door andere schrijvers op die punten wordt geconcludeerd. De gronden waarop deze berusten worden echter veelal niet geëxpliciteerd en voor zover dat wel het geval is ogen zij niet steeds consistent.

de – 'tegengestelde' – belangen, die enerzijds een instrumenteel, anderzijds een waarborgkarakter hebben. Bij het voltooien van het stelsel van strafvordering in het licht van de publieke taak en de eisen van de rechtsstaat zullen de organen zich dus rekenschap moeten geven van deze aan onze strafrechtspleging inherente spanning. Dit brengt met zich mee dat zij zich bij optreden in een concreet geval niet kunnen, maar ook niet mogen onttrekken aan een afweging tussen die 'tegengestelde' belangen. Noch de rechtsstaatgedachte, noch het legaliteitsbeginsel staat echter in de weg aan een concretisering of actualisering van de belangen en de belangenafweging die aan het Wetboek van Strafvordering ten grondslag ligt. Strafvorderlijke legaliteit leidt dus niet automatisch tot een starre tirannie van de letter van de wet.

Desalniettemin vloeien uit de rechtsstaatgedachte ook tamelijk 'harde' grenzen voort die de vrijheid tot het aanvullen van leemten en het invullen van discretionaire bevoegdheden beperkt. Om te beginnen is van belang te benadrukken dat de gegeven interpretatie van artikel 1 Sv geen enkele afbreuk doet aan de opdracht tot de uitvoerende en de rechterlijke macht om de formele waarborg van de legaliteitseis te realiseren. Deze eis houdt in dat de wet en de daarin gestelde voorwaarden zoveel als mogelijk moet worden nageleefd. Een tweede 'harde' grens die de rechtsstaatgedachte meebrengt, is dat leemten niet mogen worden opgevuld in die zin dat de uitvoerende en rechterlijke macht nieuwe bevoegdheden 'creëren' die inbreuken op rechten en vrijheden van de burgers mogelijk maken. Voor dergelijke inbreuken is een wettelijke voorziening vereist. De 'hardheid' van deze grens is materieel gezien zeer betrekkelijk. Wanneer immers is er sprake van een inbreuk op rechten en vrijheden van de burger? De mate van ingrijpendheid van de inbreuk zal daarvoor bepalend zijn, maar dit criterium laat een gebied van grensgevallen in stand.[61] Het is aannemelijk dat daaraan in ieder geval is voldaan bij aantasting van in de Grondwet gewaarborgde rechten (artt. 10, 11, 12,

61 Dit element van het legaliteitsbeginsel en het precaire karakter van het criterium wordt uitvoerig belicht door I C VAN DER VLIES, o c , m.n. par 5 2 3

62 Ik geef daarom in de context van het legaliteitsbeginsel de voorkeur aan de terminologie 'inbreuken op rechten en vrijheden van de burger' Dit in afwijking van Simmelink, die 'inbreuken op grondrechten' gebruikt Deze terminologie kan met het oog op het hier betoogde ten onrechte de indruk wekken van een noodzakelijke koppeling aan rechten die bij de grondwet of verdragen zijn geformuleerd Zie J B H M. SIMMELINK, o c , m n Hoofdstuk 3

63 Zo toetst Simmelink het op-

13 en 15) en bij schending van rechten en vrijheden die worden gewaarborgd in het IVBPR en het EVRM (art 17 IVBPR en artt 5, 6 en 8 EVRM) Inbreuken van een soortgelijke ingrijpendheid op de fysieke vrijheid en het huisrecht als die, welke zijn geregeld onder titel IV, Eenige bijzondere dwangmiddelen in het Wetboek van Strafvordering, zullen in deze opvatting bij wet moeten worden geregeld De catalogus aan te waarborgen rechten en vrijheden kan echter niet slechts worden afgeleid uit de in de Grondwet en Verdragen genoemde rechten en vrijheden De invulling daarvan is immers – evenals van het criterium 'ingrijpend' – open en de waardering ervan kan in een bepaalde tijd en constellatie varieren [62] Een door de overheid in het kader van de strafrechtspleging voor wenselijk gehouden inbreuk, die (nog) niet of niet expliciet door Grondwet of Verdrag wordt gewaarborgd zal dus moeten worden getoetst op de mate van ingrijpendheid Wordt de bevoegdheid – bijvoorbeeld na een politiek debat – als inbreuk op een recht of vrijheid van de burger gedefinieerd, dan moet deze bij wet worden geregeld Men kan in dit verband denken aan de discussies rondom de toelaatbaarheid van DNA-onderzoek zonder wettelijke voorziening, de reikwijdte van de bevoegdheid tot foullering aan het lichaam en die betreffende de aanvaardbaarheid van bepaalde opsporings-en infiltratietechnieken [63]

De consequenties van de opdracht die in artikel 1 Sv liggen besloten voor de drie normadressaten kunnen met enkele voorbeelden nader worden aangestipt [64]

a De bevoegdheid tot staande houden van een verdachte in artikel 52 Sv wordt in de praktijk vaak beschouwd als ontoereikend om een verdachte automobilist een stopteken te geven teneinde het staande houden feitelijk mogelijk te maken De in artikel 52 Sv geformuleerde bevoegdheid tot staande houden van een verdachte zou, historisch gezien, namelijk zijn bedoeld als lichamelijk aanklampen Deze opvatting leidt ertoe dat de

treden van de overheid bij in filtratie, observatie en massale opsporingsmethodieken in de opsporingsfase aan het criterium of grondrechten worden aangetast J B H M SIMMELINK a w , met name hoofdstuk 4, Zie eveneens C FIJNAUT, Observatie en infiltratie toe aan een wettelijke regeling, in Hercodificatie Wetboek van Strafvordering, Nijmegen 1991, p 71 84 Een soortgelijke toets wordt uitgevoerd voor de DNA proef door TH DE ROOS, Slachtoffer, verdachte en de DNA proef, Nemesis 1990, p 123-129 en J M REIJNTJES in Rondom DNA Over opsporing en bewijsvoering, RMThemis, 1991, p 267-284 Het foullieringsvraagstuk kwam aan de orde in HR 8 nov 1988, NJ 1989, 667 met noot Schalken, en naar aanleiding van dat arrest A H J SWART in Ars Aequi 1989, p 780-788 en J NAEYE in Rectaal foullieren?, NJB 1989, p 880-883

64 De geformuleerde consequenties kunnen veelal ook met behulp van andere – in hun grondslagen verwante – argumenten worden verdedigd

politie vaak 'oneigenlijk' gebruik maakt van de verkeerscontrolebevoegdheid uit de WVW om de verdachte te laten stoppen

Vanuit het gezichtspunt van artikel 1 Sv kan artikel 52 Sv echter zonder bezwaar worden geactualiseerd en daarmee worden begrepen als een bevoegdheid die mede omvat het laten stoppen van een verdachte die een auto bestuurt [65]

b Alle strafrechtelijke auteurs lijken het erover eens dat het Openbaar Ministerie de bevoegdheid heeft tot het ontwikkelen van een opsporings- en vervolgingsbeleid Als men echter de aan artikel 1 Sv toegekende betekenis in acht neemt, moet men zelfs verdergaande conclusies trekken De nauwelijks bij wet genormeerde discretionaire bevoegdheid tot vervolgen in art 167 Sv moet krachtens de opdracht van artikel 1 Sv door het Openbaar Ministerie worden aangevuld Artikel 1 Sv eist dus de ontwikkeling van beleid om de discretionaire bevoegdheid te normeren [66]

c Voor de rechterlijke macht in haar controlerende functie brengt de opdracht van artikel 1 Sv met zich mee dat zij niet alleen moet toetsen of de uitvoerende macht en rechterlijke macht (in haar handelende rol) de wettelijke gedragsnormen hebben nageleefd, maar tevens of deze terecht hebben geoordeeld dat er sprake was van een leemte in de wet of een eigen beslissingsbevoegdheid Zo ja, dan controleert zij of deze leemte is opgevuld in overeenstemming met de principes die aan het wettelijk stelsel ten grondslag liggen in samenhang met eisen vanuit de rechtsstaatgedachte en het legaliteitsbeginsel Toetsing aan beginselen van behoorlijke strafrechtspleging vormt een illustratie van deze wijze van controle De rechter dient het stelsel van strafvordering daarbij zelf te sluiten met materiele waarborgen die nodig zijn om die uitgangspunten te verwezenlijken Zo kan sluiting bijvoorbeeld plaatsvinden door het creeren van meer 'rechten' of waarborgen voor de verdachte dan uit diens wette-

65 Wel moet worden opgemerkt dat de verdachte die het bevel negeert artikel 184 Sr niet overtreedt Vellinga Schootstra verdedigt dezelf de conclusie Zij stelt eenvoudigweg "Immers, de bevoegdheid tot het geven van een stopteken vloeit recht streeks voort uit art 52 Sv " F VFLLINGA SCHOOTSTRA, Stop! In naam der wet, DD 12 (1982), p 762

66 Deze gedachte wordt ook voor andere rechtsgebieden verdedigd Zie onder andere W DUK, De zachte kern van het bestuursrecht RMThemis 1978, p 575 576 en Beoordelingsvrijheid en beleidsvrijheid, RMThemis 1988, p 156 169, I C VAN DER VLIES, o c p 149, Kobussen stelt met zoveel woorden dat uit het legaliteitsbeginsel een verplichting tot het voeren van beleid voortvloeit, M KOBUSSEN, Een privaatrechtelijke legaliteitseis? NTB 1989, p 97 109

lijke aanspraken voortvloeien, of door het toepassen van niet bij de wet voorziene sancties [67] De controlerende rechter kan zich zo rekenschap geven van de aan onze strafrechtspleging inherente spanning en een 'verstening' van het compromis dat in ons wetboek ligt besloten voorkomen [68]

Artikel 1 Sv staat de rechter niet toe af te wijken van uitdrukkelijk bij wet geregelde gedragsnormen Niet-naleven van vormvoorschriften met de argumentatie dat de verdachte niet in zijn belangen is geschaad is dus in strijd met artikel 1 Sv, tenzij de wet deze 'ontsnappingsformule' bevat [69] De keuze voor het creeren van een dergelijke mogelijkheid tot relativering van de wettelijke gedragsnormen behoort aan de wetgever

d Ook voor de wetgever vloeien uit de gegeven interpretatie van artikel 1 Sv consequenties voort De eis dat ingrijpen in rechten en vrijheden van de burger bij wet moet geschieden blijft als formele waarborg volledig onaangetast Daarmee is de taak van de wetgever echter nog niet volbracht Ook hij zal de rechtsstaatgedachte met behulp van materiele waarborgen moeten dienen Hierbij valt – afhankelijk van noodzakelijk of wenselijk geachte veranderingen – te denken aan het creeren van nieuwe bevoegdheden die ingrijpen op rechten en vrijheden van burgers en aan het aanvullen van beperkende gedragsnormen

Bovendien zou men kunnen stellen dat hij de plicht heeft te signaleren of door uitvoerende macht en rechterlijke macht inbreuken worden gemaakt die mogelijk een wettelijke voorziening vereisen, de discussie daarover in het parlement aan te gaan en zo nodig een wettelijke regeling te maken De relativering van vormvoorschriften door de feitenrechter komt daarvoor bijvoorbeeld in aanmerking Bij de concretisering van deze opdracht dient de wetgever naar mijn mening te voldoen aan beginselen van behoorlijke wetgeving [70] Deze brengen onder andere met zich mee dat hij zich bij het wetgevingsproces voortdurend rekenschap geeft van het compromis van belangen dat aan het Wetboek van Straf-

67 Deze weg komt in de recht spraak bijvoorbeeld tot uitdrukking door schending van beginselen van behoorlijke strafrechtspleging te sanctioneren met niet-ontvankelijkheid van het OM (bij bijvoorbeeld schending van het vertrouwensbeginsel of de redelijke termijn) of uitsluiting van onrechtmatig verkregen bewijsmateriaal

68 Zie A C T HART Recht als schild van Perseus, Arnhem/Antwerpen 1991

69 Zie bijvoorbeeld art 280 Sv, lid 4 en 6 In zeer uitzonderlijke gevallen kan hiervan misschien worden afgewe ken Zie C P M CLEIREN Een grensoverschrijdende ver dachte?, o c

70 Zie I C VAN DER VLIES, o c en J J OOSTENBRINK, Algemene beginselen van behoorlijke wetgeving, Deventer 1973

vordering ten grondslag ligt en de eisen die uit de rechtsstaatgedachte voortvloeien. Dit uitgangspunt noopt tot grote behoedzaamheid bij partiële herzieningen van het Wetboek van Strafvordering.[71]

Slot

De wet is 'open'. Zij behoeft interpretatie, actualisering, opvulling en aanvulling door uitvoerende en rechterlijke macht. Artikel 1 Sv staat daaraan niet in de weg, maar geeft daartoe zelfs opdracht. De hen toekomende vrijheid wordt evenwel door dat voorschrift gebonden aan hun publieke taak, aan principes van de rechtsstaat en aan het compromis van belangen dat ligt besloten in het wettelijk stelsel van strafvordering. Het optreden van justitiële organen zal daarom in overeenstemming moeten zijn of moeten sporen met de strekking van de wél in de wet omschreven bevoegdheden en – evenals die – moeten voldoen aan beginselen van behoorlijke strafrechtspleging. In deze zin is het recht 'gesloten'.

Het legaliteitsbeginsel wordt aldus gerealiseerd in een samenspel van de drie machten. Alle drie hebben de opdracht de in artikel 1 Sv uitgedrukte intentie te vervolmaken, hetgeen wordt gerealiseerd in een samenspel van formele en materiële waarborgen. De dominante rol van de wet wordt niet in zijn laatste fundament aangetast, maar moet wel worden 'verfijnd'. Een pas op de plaats van de wetgever vraagt om complementaire reacties van de andere machten; activiteiten van de uitvoerende macht roepen complementaire- of tegenreacties op van de rechter; de attentie van de wetgever daartegenover mag echter nimmer verslappen.

Deze 'moderne' interpretatie van artikel 1 Sv sluit aan bij huidige opvattingen over de betekenis van de Trias Politica.[72] De Trias Politica als strenge leer van scheiding van machten past niet meer in ons huidig concept van de rechtsstaat, maar kan worden geïnterpreteerd als een

71 Zie hierover uitgebreid D.R DOORENBOS, R.J VERWEIJ, Hercodificatie Wetboek van Strafvordering, o.c , met name de bijdragen van E M H. HIRSCH BALLIN en M S. GROENHUIJSEN, G.J M CORSTENS, D R. DOORENBOS, Hercodificatie van Strafprocesrecht, NJB 1991, p 1613-1618.

72 Hierbij moet worden aangetekend dat deze conclusie, hoewel hier gekarakteriseerd als een 'moderne' interpretatie van art 1 Sv, aansluit bij de reeds in 1838 door DE BOSCH KEMPER ontwikkelde opvattingen over de 'uitlegging van het wetboek van strafvordering'. J DE BOSCH KEMPER, o c. deel I, Inleiding, hoofdstuk I, par. 2, W. WITTEVEEN, Evenwicht van machten, Zwolle 1991, zie voor beschouwingen in dezelfde lijn de bijdragen in P B. CLITEUR, M.R RUTGERS (red) in De Trias onder spanning, Groningen 1990. Zie voorts de idee van de 'Integrity in law' bij R.M. DWORKIN, Taking Rights Seriously, o c , Idem, Law's Empire, Cambridge/ London 1986

scenario van evenwicht van machten. Een realisering van het legaliteitsbeginsel in een samenspel van de drie machten past binnen deze opvatting van de Trias Politica.

Ik dank U, leden van de benoemingscommissie, van het bestuur van de faculteit der rechtsgeleerdheid, en van het College van Bestuur voor het vertrouwen dat U met mijn benoeming in mij hebt gesteld.

Bij de mij toevertrouwde taken op het gebied van onderwijs en onderzoek hebt U mij geplaatst voor de verantwoordelijkheid het goede te bewaren, maar ook mede vorm te geven aan een nieuw gezicht van deze faculteit. De tijd die ik reeds temidden van U, collega 's, mocht doorbrengen geeft mij vertrouwen dat ik niet alleen sta voor deze boeiende maar lastige taak. Voor de ondervinding dat wij een gemeenschappelijke verantwoordelijkheid dragen in een sfeer van collegialiteit, overleg en discussie ben ik U dankbaar. Ik verheug mij op de verdere samenwerking met U.

In het bijzonder noem ik hier U, collega proximus de Doelder. U hebt mij ingewijd in de riten van de faculteit en de vakgroep. Daarvoor ben ik U zeer dankbaar. Ik heb U sedert het begin van onze samenwerking leren kennen als een zeer toegewijd beoefenaar van de strafrechtswetenschappen, als een kundig manager, een ware collega en een fijn mens. Uw vriendschap stel ik op hoge prijs. Voorts noem ik U collega Fijnaut. De hier door U gebaande paden veroorloven mij een iets bescheidener werktempo dan het Uwe.

Leden van de vakgroep,
Ik dank jullie voor de welwillende en hartelijke wijze waarop ik in de vakgroep ben ontvangen. Wij vormen een kleurrijk gezelschap waarin met enthousiasme wordt gewerkt aan zeer uiteenlopende strafrechtelijke vraagstukken. Onze kracht ligt in die veelzijdigheid. Als wij ons hoeden voor vrijblijvendheid en onverdraagzaamheid jegens elkaars interesses, zullen onze inspanningen vruchten afwerpen van goede kwaliteit en zeldzame kleur.

Het past hier ook stil te staan bij leermeesters; zij die mijn belangstelling voor het strafrecht hebben gevoed en een wetenschappelijke benadering daarvan hebben gestimuleerd.

U, hooggeachte Mulder, zette de sporen uit voor mijn interesse in beginselen van het strafrecht.

Hooggeachte Melai, U was mijn promotor. U heeft mij het besef bijgebracht van de belangen waarvoor de strafrechtsbedeling staat en van de verantwoordelijkheid die daaruit voor de wetenschap voortvloeit. De wijze waarop U mij de afgelopen jaren heeft gesteund en gevolgd wordt gekenmerkt door vrijheid, vertrouwen en inspiratie. Daarbij hebt U mij doordrongen van de waarde van distantie en betrokkenheid, de stijl en het woord. U was en bent voor mij meer dan een leermeester.

Hooggeachte 't Hart, uw omgang met het strafrecht heeft mij niet onberoerd gelaten. Zij leidt mij naar paden die ik niet graag onbetreden zou laten.

Leden van de Leidse vakgroep strafrechtelijke vakken,
Ik heb ruim negen jaar met U mogen samenwerken. De in Uw midden doorgebrachte jaren waren goede jaren, waaruit naar ik hoop blijvende vriendschap en samenwerking is gegroeid.

Ook de programmaraad en leden van het Leidse onderzoekscentrum Sturing en Samenleving wil ik danken. In Uw inspirerende omgeving was ik in de gelegenheid studie te maken van het thema waarover ik U vandaag heb verhaald.

Geachte leden van de strafkamers van de arrondissementsrechtbank te Roterdam,
U vormt mijn schakel naar de voor een wetenschapper onontbeerlijke rechtspraktijk. De deelname aan een zo belangrijke element van de strafprocedure verschaft mij niet alleen veel praktische kennis voor onderzoek en onderwijs, maar tevens de confrontatie met het maatschappelijk en menselijk leed dat voortdurend hand in hand gaat met de strafrechtspleging. Uw respect voor mijn bescheiden en tamelijk academische bijdrage stel ik bijzonder op prijs.

De allerbelangrijksten, die meer dan dank verdienen zijn jullie, Ton, Floortje en Thomas. Jullie bijdrage aan mijn persoonlijke vorming en werk valt met geen pen te beschrijven. Ook mijn ouders wil ik hier niet ongenoemd laten. Zonder jullie inspanningen had ik hier niet gestaan.

Dames en Heren studenten,
Het is mijn taak een bijdrage te leveren aan Uw vorming tot jurist. Gezien het wetenschappelijk karakter van Uw opleiding heb ik gemeend U vandaag te mogen confronteren met een zo abstract verhaal. Juist in het strafrecht, waar de overheid een monopolie heeft op het gebruik van dwangmiddelen, is besef van de daaraan ten grondslag liggende rechtvaardigingen en van de aan hun toepassing te stellen eisen onontbeerlijk.

Maar ik kan U geruststellen. Professor Leijten schreef in zijn afscheidsrede het volgende. Een hoogleraar heeft in zijn loopbaan twee keer tot taak een vrij opstel te schrijven. Het eerste, de oratie, is het verhaal waaruit moet blijken hoeveel de spreker weet en hoe geleerd hij is. Deze behoort minstens honderd noten te bevatten en dan niet gevuld met grappen en grollen, maar met degelijke vindplaatsen terug tot in de vroege Middeleeuwen. De afscheidsrede zal vooral duidelijk moeten maken hoeveel er onderweg is afgeleerd. Tussen deze beide verhalen liggen de colleges voor de student. Daarvoor geeft Leijten het advies het verhaal in ere te herstellen. Het recht komt niet tot leven in regels maar in verhalen die de regels in zich opnemen als wezenlijk element. "We need stories" zo stelt hij.

Het eerste opstel hebt U inmiddels getrotseerd. Voor de colleges zal ik proberen Leijtens roep om verhalen in praktijk te brengen.

Ik heb gezegd.