



Universiteit  
Leiden  
The Netherlands

## Meer nadruk op grondrechten, minder rechtsbescherming

Altena, J.; Pitcher, K.; Altena, J.; Cnossen, J.; Crijns, J.; Schuyt, P.; Voorde, J. ten

### Citation

Altena, J., & Pitcher, K. (2021). Meer nadruk op grondrechten, minder rechtsbescherming. In J. Altena, J. Cnossen, J. Crijns, P. Schuyt, & J. ten Voorde (Eds.), *In onderlinge samenhang: Liber Amicorum Tineke Cleiren* (pp. 23-35). Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/3464055>

Version: Publisher's Version

License: [Leiden University Non-exclusive license](#)

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/3464055>

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

# MEER NADRUK OP GRONDRECHTEN, MINDER RECHTSBESCHERMING

*Judit Altena en Kelly Pitcher*

## 1 INLEIDING

In deze bijdrage staat centraal de op het eerste gezicht wellicht contra-intuïtieve gedachte dat de nadruk op grond- dan wel mensenrechten<sup>1</sup> de rechtsbescherming niet per definitie ten goede hoeft te komen. De aanleiding voor de keuze van dit thema is een observatie van Cleiren en Mevis in hun artikel ‘Het dubbelzijdig karakter van onrechtmatig strafvorderlijk overheidsoptreden’ uit 1996.<sup>2</sup> Zij stelden dat rechtsbescherming niet ten volle wordt gerealiseerd, wanneer in het kader van de beoordeling van onrechtmatig strafvorderlijk overheidsoptreden de strafrechter de aard van de onrechtmatigheid slechts of primair zoekt in het al dan niet geschonden zijn van de individuele rechten van de verdachte in de concrete strafzaak. Zij pleiten voor een benadering, waarin de aard van de onrechtmatigheid niet wordt gezocht in de schending van individuele, subjectieve rechten die een burger toekomen, maar in de strijd met de eigen rechtsplicht van de strafvorderlijke overheid en de inbreuk op het algemene recht van de burger *als zodanig* (en dus niet: als drager van individuele rechten) op naleving van strafvorderlijke normen door de overheid. Ook andere auteurs hebben gewezen op de mogelijke schaduwzijde van een op grondrechten georiënteerde beoordeling door de strafrechter van onrechtmatig strafvorderlijk overheidsoptreden.<sup>3</sup> Dit in het artikel van Cleiren en Mevis besloten liggend argument dat de nadruk op individuele rechten de rechtsbescherming niet per definitie ten goede hoeft te komen, heeft onzes inziens een bredere strekking; niet slechts in de context van de beoordeling door de strafrechter van onrechtmatig strafvorderlijk overheidsoptreden kleven er mogelijke bezwaren aan een benadering van het strafrecht die de bescherming van grondrechten te zeer centraal stelt. Ook in een andere context die in ons eigen onderzoek centraal staat, te

---

1 In het hiernavolgende spreken we kortheidshalve van grondrechten.

2 C.P.M. Cleiren & P.A.M. Mevis, ‘Het dubbelzijdig karakter van onrechtmatig strafvorderlijk overheidsoptreden’, in: C.P.M. Cleiren e.a. (red.), *Voor risico van de overheid? Vooruitzichten van de aansprakelijkheid van de overheid in bestuurs-, straf- en civielrechtelijk perspectief*, Deventer: Gouda Quint 1996, p. 187-205.

3 Zie bijvoorbeeld E. Prakken, ‘De strafprocessuele Schutznormleer gerelativeerd?’, *NJB* 1999(6), p. 245-250; K.M. Pitcher, ‘Rights-Analysis in Addressing Pre-Trial Impropriety: An Obstacle to Fairness?’, in: J. Jackson & S. Summers (red.), *Obstacles to Fairness in Criminal Proceedings. Individual Rights and Institutional Forms*, Oxford: Hart Publishing 2018, p. 273-300.

weten het legaliteitsbeginsel, herkennen wij het door Cleiren en Mevis beschreven mechanisme waarbij bij het bepalen van de reikwijdte van de rechtsbescherming die binnen het strafproces aan de verdachte toekomt, volgens ons ten onrechte exclusief acht wordt geslagen op het al dan niet geschonden zijn van diens grondrechten in het concrete geval.

In deze bijdrage bespreken we twee contexten – de beoordeling door de strafrechter van onrechtmatig strafvorderlijk overheidsoptreden en de omgang van de strafrechter met het legaliteitsbeginsel – waarin grondrechten van verdachten centraal worden gesteld, en plaatsen we daarbij enkele kritische kanttekeningen die verband houden met de gedachte dat de nadruk op grondrechten de rechtsbescherming niet per definitie ten goede komt. In het hiernavolgende wordt eerst nader ingegaan op het argument van Cleiren en Mevis (§ 2). Vervolgens bespreken we andere literatuur waarin kritiek wordt geuit op de op grondrechten georiënteerde beoordeling door de strafrechter van onrechtmatig strafvorderlijk overheidsoptreden en de rechtspraak van de Hoge Raad die een dergelijke benadering propageert, omdat met die grondrechtenbenadering paradoxaal genoeg vooral de instrumentaliteit van het strafrecht gediend lijkt te zijn (§ 3). In de volgende paragraaf gaan we aan de haal met het argument van Cleiren en Mevis en trekken we de parallel met de rechtspraak over het *lex certa*-beginsel (§ 4). Vervolgens bespreken we welke mogelijke bezwaren kleven aan de besproken rechtspraak (§ 5). In de laatste paragraaf relateren we het door Cleiren en Mevis aangedragen argument en de gedachte die daarin besloten ligt aan meer recente discussies over de rol van grondrechten bij het nastreven van rechtsbescherming en instrumentaliteit, en pleiten we voor een bredere discussie over grondrechtenbescherming in het strafrecht (§ 6).

## 2 HET CENTRAAL STELLEN VAN DE SUBJECTIEVE RECHTEN VAN DE VERDACHTE BIJ DE REACTIE VAN DE STRAFRECHTER OP ONRECHTMATIG STRAFVORDERLIJK OVERHEIDSOPTREDEN

Cleiren en Mevis richten zich op de vraag wat bij onrechtmatig strafvorderlijk overheids-optreden als de *aard* van de onrechtmatigheid heeft te gelden. Hun antwoord op die vraag baseren zij op het uitgangspunt dat de plicht tot het naleven van geschreven en ongeschreven strafvorderlijke normen voortvloeit uit het publiekrechtelijke karakter van strafvorderlijk overheidsoptreden.<sup>4</sup> Daaruit leiden zij af dat schending van strafvorderlijke normen resulteert in een schending van de eigen rechtsplicht van de overheid.<sup>5</sup> Dat betekent dat strafvorderlijk overheidsoptreden onrechtmatig kan zijn, ook waar dit niet resulteert in schending van een aan een burger (meestal de verdachte) toekomend individueel recht.

---

4 Cleiren & Mevis 1996, p. 189.

5 Cleiren & Mevis 1996, p. 190.

Wel vormt iedere schending van strafvorderlijke normen een inbreuk op het aan alle burgers toekomende recht op normconform handelen van de overheid. Dat betreft echter een recht van burgers *als zodanig*, dat wil zeggen los van hun (eventuele) ‘hoedanigheid van verdachte of [...] drager van individuele rechten’.<sup>6</sup> De normschending wordt door Cleiren en Mevis uiteindelijk gekarakteriseerd als ‘tweeledig’, in die zin dat zij bestaat uit een strijd met een eigen rechtsplicht en een inbreuk op een recht.<sup>7</sup>

Cleiren en Mevis koppelen de aard van de onrechtmatigheid aan de sanctionering ervan. Zij constateren dat sanctionering vaak achterwege blijft indien de geconstateerde onrechtmatigheid de verdachte niet in zijn belangen heeft geschaad, ofwel omdat het vormverzuim niet jegens de verdachte onrechtmatig was (dat wil zeggen, niet aan de Schutznormleer is voldaan),<sup>8</sup> ofwel omdat de norm weliswaar strekt tot bescherming van de belangen van de verdachte, maar deze in het concrete geval geen nadeel zou hebben ondervonden van de onrechtmatigheid. Met name met die eerste meer abstracte benadering wordt volgens Cleiren en Mevis het belang van alle burgers bij normnaleving en de schending van de eigen rechtsplicht onvoldoende onderkend, al geldt hun kritiek ook voor de concrete benadering.<sup>9</sup> Het reageren op onrechtmatig overheidsoptreden louter vanuit het perspectief van een mogelijke schending van subjectieve rechten leidt tot onvoldoende rechtsbescherming van burgers als zodanig, en tot onvoldoende erkenning van het gegeven dat een dergelijke onrechtmatigheid ook altijd een schending inhoudt van de eigen rechtsplicht van de overheid. Daarmee doen beide benaderingen onvoldoende recht aan het publiekrechtelijk karakter van strafvorderlijke normen. Hun argument is aldus deels gestoeld op grondrechten, maar dan in ruimere zin dan de exclusief op de subjectieve rechten van de verdachte gerichte benadering die in de rechtspraktijk gangbaar is, en beschouwt *naast* de schending van (grond)rechten in ruime zin ook de schending van de rechtsplicht van de overheid als grondslag van een mogelijke reactie op een vormverzuim.

Onzes inziens is de kritiek van Cleiren en Mevis terecht en gaat deze kritiek op voor de rechtspraktijk van zowel toen als nu. Wij zien (met hen) de bescherming van de rechten en belangen van de verdachte in de individuele strafzaak als een belangrijke taak van de strafrechter. Om die reden spreekt voor zich dat de vraag of en in welke mate aan die rechten en belangen in het voorbereidend onderzoek tekort is gedaan een belangrijke rol speelt in de afweging van de strafrechter om al dan niet een gevolg te verbinden aan het

6 Cleiren & Mevis 1996, p. 191.

7 Cleiren & Mevis 1996, p. 190-192.

8 In de Schutznormleer ligt nog een ander (abstract) argument besloten om niet aan sanctionering toe te hoeven komen, namelijk dat de norm niet de bescherming van een *mogelijke* verdachte beoogt te beschermen. Zie in dit verband M.C.D. Embregts, *Uitsluitel over bewijsuitsluiting. Een onderzoek naar de toelaatbaarheid van onrechtmatig verkregen bewijs in het strafrecht, het civiele recht en het bestuursrecht* (diss. Tilburg), Deventer: Kluwer 2003, p. 124-132, waar gesteld wordt dat de Schutznormleer tweeledig is.

9 Cleiren & Mevis 1996, p. 191-192 en 198.

vormverzuim. Wij delen echter niet de suggestie die van de huidige rechtspraktijk uitgaat dat daarmee de rechtsbescherming *uitputtend* zou zijn gewaarborgd, laat staan dat daarmee alle redenen om te reageren op vormverzuimen zijn uitgeput. Om die reden plaatsen wij vraagtekens bij een benadering van de beoordeling van onrechtmatig overheidsoptreden die de aard van de onrechtmatigheid exclusief in de schending van grondrechten van de verdachte zoekt (ook wanneer die grondrechten ruimhartiger zouden worden uitgelegd dan in 2020 het geval is).<sup>10</sup>

### 3 DE RECHTSBESCHERMINGSPARADOX: MEER NADRUKE OP GRONDRRECHTEN, MINDER RECHTSBESCHERMING

Cleiren en Mevis beschrijven hoe, in de context van onrechtmatig strafvorderlijk overheids-optreden, een focus op de bescherming van de grondrechten van de verdachte kan leiden tot een tekort aan rechtsbescherming. Hun argument richt zich op de aard van de onrechtmatigheid. Naast Cleiren en Mevis hebben diverse andere auteurs kritiek geuit op de rechtspraak van de Hoge Raad die aanstuurt op een op grondrechten georiënteerde beoordeling van onrechtmatig strafvorderlijk overheids-optreden door de strafrechter. Die kritiek richt zich echter meer op de minder ruimhartige sanctionering die met een dergelijke beoordeling gepaard gaat. Die minder ruimhartige sanctionering wordt geacht geen toevallig bijeffect te zijn van een principiële keuze om bij de beoordeling van onrechtmatig overheids-optreden door de strafrechter het belang van grondrechtenbescherming voorop te stellen; geïmpliceerd wordt dat de Hoge Raad de subjectieve rechten van de verdachte centraal stelt als gevolg van een prioritering van instrumentele doeleinden boven rechtsbescherming. Dit levert de situatie op dat een benadering die ogenschijnlijk is gericht op het bieden van rechtsbescherming, toch geen optimale rechtsbescherming oplevert. Om die reden kan volgens ons met recht van een ‘rechtsbeschermingsparadox’ worden gesproken. In deze paragraaf lichten wij deze kritiek nader toe.

Reeds in 1990 heeft Doorenbos kritische kanttekeningen geplaatst bij een absolute relativiteitsleer (oftewel Schutznormleer), inhoudende dat in alle gevallen waarin sprake is van onrechtmatig verkregen bewijs aan de leer dient te worden getoetst. Een dergelijke absolute toepassing van de leer kan volgens hem tot gevolg hebben dat een bewijsmiddel dat door middel van grove normschendingen is verkregen gewoon tot het bewijs mag meewerken, hetgeen tegen het rechtsgevoel indruist.<sup>11</sup> Illustratief in dit verband zijn volgens hem de zaken waarin het bewijs jegens een medeverdachte onrechtmatig is verkregen.<sup>12</sup>

---

10 De vraag hoe rechtsbescherming dan *wel* uitputtend (of omvattender) dient te worden gewaarborgd, laten wij hier open.

11 D.R. Doorenbos, ‘Een absolute relativiteitstheorie?’, *DD* 1990(1), p. 33.

12 Doorenbos 1990, p. 28.

Voorts betoogt hij dat het voor de feitenrechter ‘zeer verleidelijk’ kan zijn om de Schutznormleer toe te passen ‘met het oog op de *meest gewenste* uitkomst in de te beoordelen (concrete) zaak’ en dat de leer een instrument biedt waarmee ‘in concrete gevallen op theoretisch aanvaardbare wijze de *meest wenselijke resultaten* kunnen worden bereikt,’ waarbij met de ‘meest wenselijke’ uitkomst wordt bedoeld op een veroordeling van de verdachte [cursivering JA/KP].<sup>13</sup> Hiermee brengt Doorenbos tot uitdrukking dat aan de toepassing van de Schutznormleer een rechtspolitieke keuze ten grondslag kan liggen die voorrang geeft aan het instrumentele doel van criminaliteitsbestrijding boven het doel van rechtsbescherming. De toepassing van de Schutznormleer dient immers in de sleutel van ‘relativering van de principiële strengheid van de exclusionary rule’ te worden geplaatst.<sup>14</sup>

Ook Prakken relateert de toepassing van de Schutznormleer aan de wens om het toepassingsbereik van de bewijsuitsluitingsregel in te perken. In een artikel uit 1999 verzucht zij dat de Hoge Raad niet bereid is om bij de vraag naar de (on)rechtmatigheid het belang van de verdachte ‘dat in de strafzaak tegen hem de strafvordering volgens de regels verloopt’ mee te laten wegen, en dat de (on)rechtmatigheid vooral wordt gezocht in het al dan niet geschonden zijn van een subjectief (grond)recht van de verdachte, waarbij ‘hoe het recht luidt dat is geschonden’ bovendien vaak ‘erg krap bemeten’ wordt.<sup>15</sup> Wat dit laatste punt betreft spreekt Prakken van een ‘enge interpretatie van grondrechten’, die in combinatie met toepassing van de Schutznormleer en het ‘onder omstandigheden op een schending van rechten een mindere sanctie [...] stellen dan bewijsuitsluiting’<sup>16</sup> tot uitholling van de bewijsuitsluitingsregel leidt. Aldus herkent ook zij in deze op subjectieve rechten gestoelde benadering van het vraagstuk van de uitsluiting van onrechtmatig verkregen bewijs (en de inzet en invulling van de mechanismen die hieraan ten grondslag liggen) een rechtspolitieke afweging die voorrang geeft aan het doel van criminaliteitsbestrijding.

Deze kritiek gaat onzes inziens ook op voor het huidige kader dat op de beoordeling van onrechtmatig overheidsoptreden van toepassing is, bestaande uit artikel 359a Sv en het daarop van toepassing zijnde jurisprudentiële kader<sup>17</sup> (al erkennen wij dat dit kader

13 Doorenbos 1990, p. 32-33.

14 Doorenbos 1990, p. 33. Zie ook p. 28. Ten tijde van zijn artikel kon inderdaad nog van een *exclusionary rule*, dat wil zeggen algemene bewijsuitsluitingsregel, worden gesproken, als gevolg waarvan onrechtmatig verkregen bewijs niet tot het bewijs mocht meewerken (al was ook toen al een tendens tot relativering waar te nemen). Inmiddels is het niet meer gepast om van een bewijsuitsluitingsregel te spreken, nu het kader dat op het vraagstuk van uitsluiting van onrechtmatig verkregen bewijs van toepassing is (zie HR 19 februari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY5321, NJ 2013/308, m.nt. B.F. Keulen; HR 1 december 2020, ECLI:NL:HR:2020:1889; HR 1 december 2020, ECLI:NL:HR:2020:1890) aanstuurt op het *niet* uitsluiten van het bewijs (enkele uitzonderingen daargelaten).

15 Prakken 1999, p. 245.

16 Prakken 1999, p. 245.

17 In de eerste plaats bestaande uit: HR 30 maart 2004, ECLI:NL:HR:2004:AM2533, NJ 2004/376, m.nt. Y. Buruma; HR 19 februari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY5321, NJ 2013/308, m.nt. B.F. Keulen; HR 1 december 2020, ECLI:NL:HR:2020:1889; HR 1 december 2020, ECLI:NL:HR:2020:1890.

mede dient te worden begrepen in het licht van de vraag wie belast is dan wel moet worden met het toezicht op het strafvorderlijk overheidsoptreden<sup>18</sup>). Ook nu wordt (zo men wil: nog) gebruik gemaakt van mechanismen die in de sleutel van grondrechtenbescherming kunnen worden geplaatst, maar die tegelijkertijd het vermogen van de strafrechter om aan onrechtmatig overheidsoptreden rechtsgevolgen te verbinden, aanzienlijk beperken.<sup>19</sup> Anno 2020 neemt de Schutznormleer een prominente plaats in binnen het jurisprudentiële kader dat op artikel 359a Sv van toepassing is.<sup>20</sup> Van een absolute relativiteitsleer is weliswaar geen sprake; uitgangspunt is wel dat in de regel aan de relativiteitsleer wordt getoetst en dat deze toetsing slechts bij wijze van uitzondering achterwege mag blijven.<sup>21</sup> Binnen dat jurisprudentiële kader is de omgang met de subjectieve rechten van de verdachte bovendien selectief dan wel restrictief te noemen; de nadruk ligt op het recht op een eerlijk proces,<sup>22</sup> waarbij aansluiting wordt gezocht bij (de minimumnormen voortvloeiende uit) de rechtspraak van het EHRM inzake artikel 6 EVRM (die – zo lijkt wel – voor maximumnormen worden aangezien<sup>23</sup>). Tot slot is de beoordeling van het al dan niet aanwezig zijn van concreet nadeel voor de verdachte geen vrijblijvende aangelegenheid meer, maar eerder een verplichting.<sup>24</sup> Bij deze stand van zaken kan worden gesteld dat in de individuele strafzaak de bescherming van de verdachte in zijn rechten centraal staat, terwijl het algemene belang bij normnaleving slechts een zeer beperkte rol speelt in de strafrechtspraak.<sup>25</sup>

---

18 Zie in dit verband uitgebreid M. Samadi, *Normering en toezicht in de opsporing. Een onderzoek naar de normering van het strafvorderlijk optreden van opsporingsambtenaren in het voorbereidend onderzoek en het toezicht op de naleving van deze normen* (diss. Leiden), Den Haag: Boom juridisch 2020.

19 Zie ook de bijdrage in deze bundel van Reijntjes, par. 9, waar hij stelt dat de Hoge Raad het beschermingsperspectief inzet om de werking van het constitutionele perspectief te begrenzen.

20 De arresten HR 1 december 2020, ECLI:NL:HR:2020:1889 en HR 1 december 2020, ECLI:NL:HR:2020:1890 lijken hier geen verandering in te brengen. In het project Modernisering Strafvordering is voorzien in diverse wijzigingen in het wettelijke kader (zie de ambtelijke versie juli 2020 van het conceptwetsvoorstel tot vaststelling van het nieuwe Wetboek van Strafvordering, te raadplegen via [rijksoverheid.nl](http://rijksoverheid.nl)). Een bespreking hiervan valt buiten het bestek van deze bijdrage, wel merken we op dat in ieder geval de Schutznorm bij bewijsuitsluiting ‘onverminderd van belang blijft’, volgens de concept-Memorie van toelichting, p. 748. Zie voorts p. 752 over het Schutznormvereiste bij strafvermindering.

21 Samadi 2020, p. 213.

22 Opgemerkt moet echter worden dat een focus op het recht op een eerlijk proces niet per se nadelig hoeft uit te pakken voor de rechtsbescherming van de verdachte; dat recht kan immers breder worden uitgelegd dan nu in de jurisprudentie gebeurt. Zie K.M. Pitcher & M. Samadi, ‘Integriteit als perspectief bij de rechterlijke reactie op vormverzuimen’, *DD* 2018(9), p. 731-746.

23 Zie noot van T.M. Schalken onder HR 30 juni 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH3079, *NJ* 2009/349.

24 Vgl. T. Kooijmans, ‘Elk nadeel heb z'n voordeel? Artikel 359a Sv en de ontdekking van het strafbare feit’, *DD* 2011(9), p. 1091-1108.

25 M. Samadi, ‘Het toezicht op de strafvorderlijke overheid: een modern artikel 359a Sv?’, *Platform Modernisering Strafvordering* 2018(6).

#### 4 HET CENTRAAL STELLEN VAN DE SUBJECTIEVE RECHTEN VAN DE VERDACHTE BIJ DE VRAAG OF STRAFBEPALINGEN VOLDOENDE BEPAALD ZIJN

Zoals in de inleiding gezegd, doet de rechtsbeschermingsparadox zich ook in een andere context voor. Ook waar het de omgang van de strafrechter met het legaliteitsbeginsel betreft, kan worden waargenomen dat de rechter de nadruk legt op de subjectieve rechten die de verdachte aan artikel 7 EVRM kan ontleen, waarbij de opdracht om de kwaliteit van het recht te waarborgen, die ook in het legaliteitsbeginsel besloten ligt, naar de achtergrond verdwijnt.

Wanneer de rechter in het kader van de kwalificatievraag moet toetsen of de van toepassing zijnde strafbepaling voldoet aan het *lex certa*-vereiste, kan hij twee benaderingen kiezen: hij kan de bepaling op zichzelf beschouwen en zich de vraag stellen of deze voldoende duidelijk is om te worden toegepast als strafbepaling. Dit is een abstracte benadering, waarin de nadruk ligt op – in termen van Cleiren en Mevis – de rechtsplicht van de overheid om heldere strafwetgeving te creëren, en de algemene aanspraak van burgers op duidelijkheid over de reikwijdte van strafrechtelijke aansprakelijkheid. De strafrechter kan ook de vraag stellen of toepassing van de strafbepaling in het concrete geval voor de verdachte voorzienbaar is geweest.<sup>26</sup> Die laatste vraag maakt het mogelijk de hoedanigheid van de verdachte te verdisconteren in de strengheid van de toets: een (rechts)persoon handelend als professionele marktdeelnemer wordt geacht zich te oriënteren op de grenzen van de (straf)wet en kan zich bij bewustheid van de risico's van zijn handelen niet snel beroepen op onduidelijkheid van de strafbepaling. De toets aan het *lex certa*-vereiste in concrete zin noopt tot een beoordeling van de vraag wat de verdachte in de concrete omstandigheden van het geval kon voorzien.<sup>27</sup>

Het verschil in benadering kan worden geïllustreerd met een tweetal arresten van de Hoge Raad over leklichtheidsvoorschriften bij koelinstallaties.<sup>28</sup> In de wet is een zorgplicht opgenomen die verbiedt te werken met een koelinstallatie die onvoldoende lek dicht is.<sup>29</sup>

26 In de dissertatie van Altena zijn deze benaderingen gerelateerd aan de objectieve en subjectieve benadering van rechtszekerheid, zie J.G.H. Altena-Davidsen, *Het legaliteitsbeginsel en de doorwerking van Europees recht in het Nederlandse materiële strafrecht*, Deventer: Kluwer 2016, p. 42-43 en 139-142.

27 Zie HR 9 oktober 2012, ECLI:NL:HR:2012:BX4096, NJ 2012/593, waarin de Hoge Raad oordeelde dat in cassatie niet voor het eerst kon worden geklaagd over een bepaaldheidsgebrek in de regeling dat zou hebben geleid tot onvoorziene aansprakelijkstelling, 'aangezien zulks mede een onderzoek van feitelijke aard zou vergen' (r.o. 3.3).

28 HR 18 januari 2005, ECLI:NL:HR:2005:AR6579, JM 2005/37, m.nt. F.A.J. Koopmans; HR 29 maart 2005, ECLI:NL:HR:2005:AS5435. Deze twee zaken zijn eerder besproken in Altena 2016, p. 187-188. De tekst van deze passage is daar ook gedeeltelijk aan ontleend.

29 Artikel 15 Besluit inzake stoffen die de ozonlaag aantasten 1995, dat nader uitgewerkt wordt door Voorschrift 6.1.1 uit de bijlage bij de Regeling leklichtheidsvoorschriften koelinstallaties 1997: 'De beheerder van een koelinstallatie dient zorg te dragen voor een zodanig beheer van deze installatie dat verlies van koudemiddel voorkomen wordt.' Deze bepalingen zijn gebaseerd op artikel 15 lid 1 Verordening (EG) 3093/94 van de

In de uitvoeringsmaatregelen is bewust geen maximum aan toelaatbaar verlies van vloeistoffen opgenomen.<sup>30</sup> Het is dus onduidelijk wanneer deze zorgplicht geschonden moet worden geacht. Echter, in beide zaken is duidelijk dat bij de rechtspersonen enorme percentages van de gebruikte koelvloeistof weglekten, tussen de 16 en 113 procent. De Hoge Raad oordeelt dat het voor de verdachte (rechtspersoon) duidelijk moet zijn geweest dat de lekverliezen die zich voordeden in strijd waren met het voorschrift, daarom is de toepassing daarvan niet in strijd met het bepaaldheidsgebod zoals dat besloten ligt in artikel 1 lid 1 Sr, artikel 7 EVRM en artikel 15 lid 1 IVBPR.<sup>31</sup> Het arrest maakt duidelijk dat het benadrukken van een subjectief recht van de verdachte om gevrijwaard te blijven van onvoorzienbare strafrechtelijke aansprakelijkstelling maakt dat het *lex certa*-vereiste niet in de weg hoeft te staan aan de toepassing van een op zichzelf vage strafbaarstelling. Vanuit een abstracte benadering is een dergelijke strafbepaling veel moeilijker te verhapstukken. Daarin kan namelijk niet worden voorbijgegaan aan het gegeven dat de bepaling niet alleen een functie heeft in een concrete strafzaak, maar ook niet-verdachte burgers de mogelijkheid moet bieden hun gedrag af te stemmen op de strafwet. De geschetste subjectieve benadering, waarbij uitsluitend vanuit het perspectief van de verdachte in de concrete omstandigheden van het geval wordt beoordeeld of aan het bepaaldheidsgebod is voldaan, leidt dus tot minder strikte eisen aan het bepaaldheidsgebod.

Dat een strafrechter zich in een concrete strafzaak beperkt tot beantwoording van de vragen van artikel 348 en 350 Sv kan haar niet worden verweten (zij het dat de kwalificatievraag mogelijk wel ruimte biedt om een oordeel te vellen over de strafbepaling dat de concrete strafzaak overstijgt<sup>32</sup>). Het neemt niet weg dat ook anderen dan de verdachte die reeds voor de strafrechter staat aan het legaliteitsbeginsel een aanspraak zouden moeten kunnen ontlenen op een strafwet die de grenzen van strafrechtelijke aansprakelijkheid voldoende duidelijk maakt. Het is niet duidelijk waar deze aanspraak nu kan worden gehonoreerd.

De hier geschetste redenering is uiteraard niet volledig dezelfde als de door Cleiren en Mevis bekritiseerde redenering, aangezien de context verschilt. Voor Cleiren en Mevis stond de vraag centraal hoe op een schending van een strafvorderlijke norm moet worden gereageerd. Het antwoord op die vraag zoeken zij in de aard van die strafvorderlijke norm. In de context van het legaliteitsbeginsel gaat het om de schending van een metanorm, gericht aan de wetgever, met een ander karakter dan strafvorderlijke normen. Het legali-

---

Raad van de Europese Unie van 15 december 1994 betreffende stoffen die de ozonlaag afbreken, dat lidstaten verplicht 'alle uitvoerbare voorzorgsmaatregelen' te nemen om lekkage te voorkomen en artikel 23 lid 1 Verordening (EG) 1005/2009 van het Europees Parlement en de Raad van 26 september 2009 betreffende de ozonlaag afbrekende stoffen, dat daaraan toevoegt 'of tot een minimum te beperken'.

30 Zo blijkt uit de conclusie van A-G N. Jörg bij HR 29 maart 2005, ECLI:NL:HR:2005:AS5435, punt 7.

31 HR 18 januari 2005, ECLI:NL:HR:2005:AR6579, JM 2005/37, m.nt. F.A.J. Koopmans, r.o. 3.4.

32 Altena 2016, p. 183-184.

teitsbeginsel, meer precies het *lex certa*-vereiste, formuleert een streven voor de overheid, waarbij niet ter discussie staat dat dit streven nooit ten volle kan worden gerealiseerd. Hier is dus meer de vraag óf de norm geschonden is, en niet zozeer de vraag welke reactie moet volgen op een reeds vastgestelde schending. Dat het *lex certa*-vereiste mede dient ter bescherming van de belangen van de verdachte staat daarbij niet ter discussie. In zoverre is de situatie meer te vergelijken met de – door Cleiren en Mevis minder problematisch geachte – ‘concrete benadering’ bij de beoordeling van vormverzuimen: dat de geschonden norm het belang van de verdachte beoogt te beschermen staat vast, maar de vraag is of de verdachte *in concreto*, dat wil zeggen in de omstandigheden van het voorliggende geval, ook in dat belang is geschaad. Niettemin geldt ook hier dat deze benadering niet tot een volledig antwoord leidt op de vraag of rechten afdoende zijn beschermd – *in casu* het recht van alle burgers op heldere afbakening van het strafrecht – en of de overheid afdoende tegemoet is gekomen aan haar verplichtingen.<sup>33</sup> Ook hier is dus volgens ons sprake van een rechtsbeschermingsparadox. We verwachten dat die paradox in nog meer contexten te herkennen is.

## 5 HET PROBLEMATISCH KARAKTER VAN DE RECHTSBESCHERMINGSPARADOX

In het voorgaande zijn parallellen getrokken tussen de rechtspraak over vormverzuimen en die over het *lex certa*-vereiste. In beide gevallen is een eenzijdige opvatting van grondrechtenbescherming waarneembaar, waarbij de subjectieve rechten van de verdachte in de omstandigheden van het concrete geval centraal worden gesteld. De centraal staande normen worden daarmee uitsluitend opgevat als waarborgnormen voor de verdachte in de concrete strafzaak. Het algemene belang van burgers bij normnaleving van strafvorderlijke normen (in het geval van vormverzuimen) of bij heldere strafwetgeving (in het geval van het legaliteitsbeginsel) speelt nauwelijks tot geen rol, laat staan de eigen rechtsplicht van de overheid. Daar komt bij dat deze subjectieve rechten restrictief worden uitgelegd. Tezamen leidt dit er in beide geschetste contexten toe dat de centraal staande normen eenzijdig worden belicht, terwijl andere normen (en daarmee bepaalde doelen) naar de achtergrond verdwijnen. Volgens Cleiren en Mevis is als genoemd zelfs sprake van miskenning van het publiekrechtelijke karakter van strafvorderlijke normen.<sup>34</sup>

Zoals eerder opgemerkt in deze bijdrage, achten wij het centraal stellen van grondrechten niet inherent problematisch. Wat we waarnemen is dat de rechtspraktijk nu soms volstaat met het exclusief beoordelen of de verdachte in het concrete geval is geschaad door een

33 Een vraag die zich uiteraard ook kan voordoen, is of slachtoffers in deze contexten – vormverzuimen en legaliteit – wellicht rechten hebben. Deze vraag laten wij hier open, maar moet wat ons betreft wel deel uitmaken van de discussie over grondrechten die wij bepleiten in paragraaf 5.

34 Cleiren & Mevis 1996, p. 191-192.

schending van diens – restrictief uitgelegde – grondrechten. Deze wijze van omgang met grondrechten baart ons wel zorgen. Die zorgen hebben betrekking op a) het niveau van rechtsbescherming (waarover reeds het een en ander is gezegd); en b) het gebrek aan transparantie over de rechtspolitieke keuzes die ten grondslag liggen aan beslissingen over rechtsbescherming.

a. Tekort aan rechtsbescherming?

Onzes inziens maken subjectieve rechten onmiskenbaar deel uit van het systeem van rechtsbescherming en vormen zij een logisch aanknopingspunt bij het bieden van rechtsbescherming door de strafrechter. Maar zoals wij met bovenstaande voorbeelden hebben willen laten zien, bestaat het risico dat deze rechten, in het leven geroepen om de macht van de staat aan banden te leggen, in de praktijk worden ingezet op een wijze die juist niet die begrenzing tot gevolg heeft. Niet-naleving van strafvorderlijke normen of niet-naleving van het *lex certa*-gebod wordt immers niet van een reactie voorzien, tenzij daarmee de individuele rechten van de terechtstaande verdachte zijn geschonden. Ons probleem hiermee is dat de suggestie wordt gewekt dat daarmee uitputtend is gereageerd op het mogelijk tekortschietende handelen van de overheid, terwijl ook andere reacties denkbaar zijn. Het is aldus denkbaar dat subjectieve rechten op zo een manier worden ingezet dat zij dienstig zijn of dienstig kunnen worden gemaakt aan repressieve doeleinden, met als gevolg dat aan de verdachte minder rechtsbescherming toekomt dan met een andere benadering het geval zou zijn geweest.

b. Tekort aan transparantie?

Tegen de observatie dat de nadruk op subjectieve rechten tot een mindere mate van rechtsbescherming dan mogelijk is leidt, kan worden ingebracht dat grondrechtenbescherming en instrumentele doeleinden tot op zekere hoogte naast elkaar kunnen bestaan en met elkaar kunnen overlappen. In de eerste context die wij hier besproken hebben – de beoordeling door de strafrechter van onrechtmatig strafvorderlijk overheidsoptreden – geldt bovendien dat het de rechter tot op zekere hoogte vrij staat om hierin een rechtspolitieke keuze te maken.

Daargelaten de context en het antwoord op de vraag of van een legitieme rechtspolitieke keuze gesproken kan worden, geldt hoe dan ook dat de keuze voor een benadering waarbij de subjectieve rechten van de verdachte centraal worden gesteld, in de rechtspraak niet altijd wordt geëxpliciteerd, laat staan van een motivering voorzien. Ter illustratie hiervan merken we het volgende op. Ten aanzien van de huidige benadering van de beoordeling van onrechtmatig strafvorderlijk overheidsoptreden kan worden gesteld dat hieraan een

rechtspolitieke keuze ten grondslag ligt waarbij voorrang wordt gegeven aan het doel van criminaliteitsbestrijding.<sup>35</sup> Niettemin wordt die benadering vanwege deze mechanismen in de literatuur vaak in de eerste plaats geduid in termen van de bescherming van de subjectieve rechten van de verdachte dan wel de waarborging van het recht van de verdachte op een eerlijk proces, en daarmee in de sleutel van rechtsbescherming geplaatst (al moet worden toegegeven dat deze duiding meestal gepaard gaat met de observatie dat de toepassing van artikel 359a Sv die de Hoge Raad voor ogen heeft (zeer) restrictief is). Het gebruik van de term rechtsbescherming is onzes inziens op zijn minst incompleet (nu deze niet de hele lading dekt) en op zijn ergst misleidend. Dergelijke bewoordingen vertroebelen dus het debat, niet in de laatste plaats omdat de notie van grondrechten(bescherming) retorisch zeer krachtig is vanwege het legitimerend effect dat daarvan kan uitgaan. Als een benadering (mede) beoogt grondrechten te beschermen, of dergelijke rechten daadwerkelijk beschermt, kan de vraag rijzen wat dan het probleem is. De bewoordingen leiden met andere woorden mogelijk af van de rechtspolitieke keuze die gemaakt is en daarmee van datgene dat verloren gaat wanneer een bepaald doel voorop wordt gesteld. Wanneer die rechtspolitieke keuze niet wordt benoemd, kan men op het verkeerde been worden gezet, temeer wanneer de reactie wordt gestoeld op de grondrechten van de verdachte. Begrijpelijkerwijs worden dergelijke rechten immers doorgaans opgevat als mechanismen waarmee de macht van de overheid aan banden wordt gelegd, en in eerste instantie niet geassocieerd met (het nastreven van) repressieve doeleinden. Wat ons zorgen baart, is derhalve het gebrek aan transparantie dat vaak gepaard gaat met het centraal stellen van de grondrechten van de verdachte.

Onzes inziens komt een dergelijk gebrek de maatschappelijke en wetenschappelijke discussie niet ten goede. Van belang is immers dat de (rechtspolitieke) afweging die aan een bepaalde benadering ten grondslag ligt, kenbaar wordt gemaakt. Slechts dan kunnen heldere en betekenisvolle discussies worden gevoerd over wat er gewonnen wordt en wat er verloren gaat wanneer bepaalde doeleinden vooropgesteld worden; slechts dan kan over eventuele oplossingen worden nagedacht.

## 6 TOT BESLUIT: EEN BREDERE DISCUSSIE OVER GRONDRECHTEN IN HET STRAFRECHT

In beide hier beschreven voorbeelden ging het om het centraal stellen van de rechten van de verdachte. Kritiek op het gehalte van individuele rechtsbescherming in het strafrecht is er eveneens, zo niet meer, wanneer de rechten van het slachtoffer centraal worden gesteld. Het belang hechten aan de rechten van het slachtoffer kan immers onder omstandigheden

---

35 Zie echter de tekst bij voetnoot 18.

eveneens dienstig zijn of dienstig worden gemaakt aan het nastreven van instrumentele doeleinden van het strafproces. Het meest tot de verbeelding sprekende voorbeeld hiervan zijn wellicht de positieve verplichtingen tot de inzet van het strafrecht voortvloeiende uit het EHRM, door Van Kempen prikkelend bestempeld als ‘repressie door mensenrechten’.<sup>36</sup> Hij ziet in die positieve verplichtingen een conceptuele verschuiving in het karakter van mensenrechten, die immers traditioneel gericht zijn op het afweren van staatsmacht.<sup>37</sup> Door uit mensenrechten een plicht af te leiden tot inzet van het strafrecht tegen particulieren die de rechten van anderen hebben geschonden, wordt de potentie van mensenrechten om overheidsmacht te controleren en beperken, bedreigd.<sup>38</sup> Ook in de context van de beoordeling van onrechtmatig strafvorderlijk overheidsoptreden en in discussies over het legaliteitsbeginsel speelt de wens tot realisering van de rechten van het slachtoffer (al dan niet in de vorm van positieve verplichtingen) een rol.<sup>39</sup> In dit verband kan ook worden gewezen op de kritiek die in de literatuur is geuit op de benaderingen van strafbaarstelling<sup>40</sup> en de interpretatie van strafbaarstellingen<sup>41</sup> die de noodzaak tot bescherming van grondrechten van slachtoffers (exclusief) tot uitgangspunt nemen, omdat dergelijke benaderingen reductionistisch zouden zijn.

De vraag hoe positieve verplichtingen tot bescherming van rechten die het slachtoffer toekomen een rol moeten en kunnen spelen in het strafproces is nog niet definitief beantwoord. Met name de vragen wie in de verdragsstaat de eindverantwoordelijkheid draagt voor de verwezenlijking van die rechten, en in hoeverre de strafrechter een bevoegdheid tot het maken van een eigen afweging tussen rechten van verdachten en slachtoffers toekomt, verdienen nog nadere doordenking. Maar de discussie over en het onderzoek naar grondrechten in het strafrecht en de verhouding tussen grondrechtenbescherming en de doelen van instrumentaliteit en rechtsbescherming is breder dan een discussie over slachtofferrechten. Met deze bijdrage hebben wij willen laten zien dat ook daar waar de

---

36 P.H.P.H.M.C. van Kempen, *Repressie door mensenrechten. Over positieve verplichtingen tot aanwending van strafrecht ter bescherming van fundamentele rechten* (oratie Nijmegen), Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2008.

37 Van Kempen 2008, p. 65-66.

38 Van Kempen 2008, p. 86-88. Op p. 66 spreekt hij van de positieve verplichting tot inzet van het strafrecht ‘in verhoudingen waarvan men geen deel uitmaakt’. De verplichte inzet van het strafrecht bij mensenrechtenschendingen door overheidsfunctionarissen en -organen moet anders worden gewaardeerd, zie daarvoor p. 88-89.

39 Met betrekking tot de context van de beoordeling van onrechtmatig strafvorderlijk overheidsoptreden, zie K.M. Pitcher, ‘Coercive Human Rights and Unlawfully Obtained Evidence in Domestic Criminal Proceedings’, in: L. Lavrysen & N. Mavronicola (red.), *Coercive Human Rights. Positive Duties to Mobilise the Criminal Law under the ECHR*, Oxford: Hart Publishing 2020, p. 267-291.

40 Zie onder meer J.W. Ouwkerk, ‘Fundamental Rights-Oriented Repression in the EU? Exploring the Potential and Limits of an Impunity Rationale to Justify Criminalisation in the EU Legal Order’, in: L. Marin & S. Montaldo (red.), *The Fight Against Impunity in EU Law*, Oxford: Hart Publishing 2020, p. 47-61.

41 B. Jansen, ‘Dworkin’s Rights Conception of the Rule of Law in Criminal Law’, *Netherlands Journal of Legal Philosophy* 2017(2), p. 160-176.

rechten van de verdachte centraal staan, de rechtsbescherming niet zonder meer afdoende is gewaarborgd. ‘Repressie door mensenrechten’ is dus als begrip mogelijk op meer van toepassing dan alleen de repressieve inzet van slachtofferrechten, in die zin dat ook het centraal stellen van rechten die de verdachte toekomen indirect een toenemende repressie tot gevolg kan hebben.<sup>42</sup> Bovendien leidt de nadruk op individuele rechten onzes inziens af van het algemene belang van normnaleving door de overheid en de algemene aanspraak die burgers hierop hebben (en mogelijk ook andere beginselen en regels die het strafproces normeren).

We komen tot een afronding. De aanleiding voor deze bijdrage was gelegen in een observatie van Cleiren en Mevis uit 1996. De wijze waarop wij met deze observatie aan de haal zijn gegaan, zal wellicht niet steeds op de volledige instemming van de ontvanger van dit liber kunnen rekenen. Toch hopen wij dat dit stuk iets laat zien van de intellectuele erfenis die Tineke nalaat aan collega’s (i.c. Pitcher) en promovendi (i.c. Altena). Hoewel Tineke niet onsympathiek staat tegenover het afwegen van belangen van slachtoffers en verdachten waar het de omgang met het legaliteitsbeginsel betreft, bepleit zij openheid over de keuzes die daaraan ten grondslag liggen en maskeert zij de implicaties daarvan voor de verdachte niet.<sup>43</sup> Ons bezwaar tegen een gebrek aan transparantie in de rechtspraak is daar mede door geïnspireerd. In de genuanceerdheid waarmee Tineke het afwegen van belangen van slachtoffers en verdachten benadert (en de aandacht die ze daarbij heeft voor ‘onderliggende waarden en normen’) zien wij bovendien bevestiging dat de rol van grondrechten in het strafrecht een brede en fundamentele discussie verdient: een discussie waarin de rechten van de verdachte en slachtofferrechten beide en zo nodig tezamen tegen de achtergrond worden gezien van de context van het geheel van straf- en strafprocesrecht, alsmede de doelen en fundamentele uitgangspunten daarvan.

---

42 Opgemerkt moet worden dat de toenemende rol van de positieve verplichtingen tot de inzet van het strafrecht (en van slachtofferrechten in meer algemene zin) gepaard lijkt te gaan met een verzwakking van de rechten (van de verdachte) die bescherming bieden tegen de inzet het strafrecht. Zie onder meer F. Tulkens, ‘The Paradoxical Relationship between Criminal Law and Human Rights’, *Journal of International Criminal Justice* 2011(3), p. 593-594.

43 Zie C.P.M. Cleiren, ‘Het legaliteitsbeginsel’, in: C.P.M. Cleiren, T.A. de Roos & M.A.H. van der Woude, *Jurisprudentie Strafrecht Select*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2008, p. 305-306, waar zij schrijft: ‘Bezien naar de onderliggende waarden en normen wordt [door de Hoge Raad in het *Mensenroof*-arrest, JA/KP] een keuze gemaakt voor bescherming van het slachtoffer ten detrimente van het belang van rechtszekerheid voor de verdachte. (...) Zo’n afweging wil ik – ondanks vele terechte bezwaren – wél voor mijn rekening nemen, alsmede de implicaties die daar voor de strafrechtelijke rechtsvinding in de toekomst uit voortvloeien.’