



Universiteit  
Leiden

The Netherlands

**Recht, echt en on(r)echt in een steeds privater strafrecht:  
Of: de slinger van Tineke Cleiren**

Morra, W.J.; Altena, J.; Cnossen, J.; Crijns, J.; Schuyt, P.; Voorde, J. ten

**Citation**

Morra, W. J. (2021). Recht, echt en on(r)echt in een steeds privater strafrecht: Of: de slinger van Tineke Cleiren. In J. Altena, J. Cnossen, J. Crijns, P. Schuyt, & J. ten Voorde (Eds.), *In onderlinge samenhang: Liber Amicorum Tineke Cleiren* (pp. 789-802). Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/3464159>

Version: Publisher's Version

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

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/3464159>

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

# RECHT, ECHT EN ON(R)ECHT IN EEN STEEDS PRIVATER STRAFRECHT

*Of: de slinger van Tineke Cleiren*

*Wout Morra*

## 1 RECHT EN ECHT: CLEIREN REVISITED

Er valt een verborgen verbinding te ontwaren tussen het wetenschappelijk werk van Tineke Cleiren en dat van twee beroemde Foucaults. De eerste van hen is Michel (Foucault), die rijk gepubliceerd heeft over het fenomeen ‘waarheid’ en daarbij het standpunt innam dat waarheid een problematisch begrip wordt zodra beweerd wordt dat zij ‘objectief’ kan zijn. Waarheid is volgens Foucault een voorwaardelijk, ingebed concept, waarbij de inbedding en de voorwaarde(n) besloten liggen in het perspectief en de methode(n) van degene die de waarheid zoekt en beschrijft. De combinatie van materie en perspectief die wij als waarheid ervaren, noemde hij ‘épistèmè’. Waarheid is, zo beschouwd, meer uitkomst dan eigenschap, en zij zal als uitkomst vooral worden aanvaard door degenen die de geldigheid van het gebruikte perspectief en de gebruikte methoden onderschrijven.<sup>1</sup>

Op het eerste gezicht is deze visie op waarheid wezensvreemd aan het strafrecht. De grote ambitie van het strafrecht is immers dat het draait om waarheidsvinding, om ‘de materiële waarheid’. Dat waarheid of in ieder geval de strafrechtelijke waarheid besloten zou liggen in materie, drukt de objectiviteitsclaim al uit.<sup>2</sup> Maar wat is waarheid, althans: wat is de waarheid waarnaar het strafrecht zoekt? Wie het Wetboek van Strafrecht of Strafvordering daarop naslaat, zal lang en vergeefs zoeken naar een definitie van waarheid. Misschien is dat de beste illustratie van het gegeven dat (ook) de strafrechtelijke waarheid niet een eigenschap is maar een uitkomst, namelijk de uitkomst van de toepassing van middelen en methoden zoals voorgeschreven door het Wetboek van Strafvordering. Het resultaat is dan in de eerste plaats ‘de strafrechtelijke waarheid’, waarvan (het streven naar) de materiële waarheid een centraal onderdeel uitmaakt, maar waarbij (rechtsstatelijke)

---

1 Zie onder meer M. Foucault, *De woorden en de dingen. Een archeologie van de menswetenschappen*, Amsterdam: Boom 1970, en het daar ontwikkelde concept ‘épistèmè’ dat deze conditionele en situationele waarheidsbeleving uitdrukt.

2 In opmerkelijk contrast met die claim staat de constatering dat strafrecht een grote obsessie heeft voor ‘opzet’, terwijl weinig concepten zo immaterieel (en subjectief) zijn als opzet. Dat terzijde en daarom in een voetnoot.

eisen die worden gesteld aan de opsporing en aan de bewijslevering, ook beperkingen opleggen aan hetgeen als strafrechtelijke waarheid wordt aanvaard. Een wetenschapper die strafrechtelijke waarheidsvinding op deze ‘Foucaultiaanse’ wijze heeft benaderd is, is Tineke Cleiren. In 2001 schreef zij, tot slot van een artikel over waarheidsvinding, dat:

‘(1) andere wetenschappelijke disciplines, (2) materieelrechtelijke regels en (3) procesrechtelijke regels over feitenonderzoek deel uitmaken van het proces van waardering van feiten door de rechter. Dat op alle drie van deze componenten ontwikkelingen en verschuivingen zichtbaar zijn, bevestigt dat het recht een boodschap heeft aan “de werkelijkheid” en “de werkelijkheid” aan het recht’.<sup>3</sup>

Recht en echt zijn altijd onlosmakelijk met elkaar verbonden geweest en tegelijkertijd voortdurend met elkaar in strijd. Recht beweert, ambieert en pretendeert altijd iets te zeggen over ‘echt’. Recht dat niet de ambitie heeft zich uit te strekken tot echt, heeft geen bestaansrecht. ‘Verificatie van het tenlastegelegde vormt primair de inzet van het strafgeding. De waarheidsvinding is daarmee min of meer een ultiem doel van het strafproces’, aldus Cleiren in hetzelfde artikel.<sup>4</sup> Paradoxaal genoeg kan juist het recht behoorlijk dwarsliggen in de zoektocht naar echt. Cleiren daarover:

‘De functie van het strafrecht wordt in het licht daarvan ook steeds dubbelzijdig geformuleerd: aan de ene kant het vinden van de waarheid teneinde overtreders van het materieel strafrecht te bestraffen, en aan de andere kant de bescherming van de burgers daarbij tegen een vergaande overheidsinmenging en inbreuken op grondrechten, waaronder begrepen het voorkomen dat er onschuldigen worden gestraft. Anders gezegd, in het strafrecht draait het om waarheid en het vinden daarvan, maar niet tot elke prijs.’<sup>5</sup>

Aan deze kernpassage ontleende het artikel zijn titel. Eén van de verdiensten van het artikel is dat het inzichtelijk maakt dat de balans tussen bestraffen en beschermen verbonden is aan het onderzoek ter zitting – het oordeel van de actieve strafrechter bepaalt de balans tussen bestraffen en beschermen. Verder was het artikel zowel eigentijds als voorspellend, oftewel tijdloos. Cleiren overzag de opkomst van nieuwe opsporingsmethoden, voorzag

---

3 C.P.M. Cleiren, ‘Waarheid in het strafrecht: niet tot elke prijs’, in: C.P.M. Cleiren, R.H. de Bock & C.J.M. Klaassen (red.) *Het procesrecht en de waarheidsvinding* (Procesrechtelijke reeks Nederlandse Vereniging voor Procesrecht, no. 13), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2001, p. 10.

4 Cleiren 2001, p. 16.

5 Cleiren 2001, p. 18.

de opkomst van het slachtoffer en concludeerde dat de toekomstige strafrechter misschien wel voor een onmogelijke taak zou komen te staan.<sup>6</sup> De slotzin van het artikel luidt:

‘Het op een of andere wijze aanbrengen van een splitsing in ’s rechters beoordeling van de wijze van bewijsgaring door politie en Openbaar Ministerie en de beoordeling van het vermoedelijk gepleegde feit door de verdachte, zou wellicht aan het evenwicht kunnen bijdragen’.

Deze bijdrage beoogt de observaties van Cleiren naast de strafrechtpraktijk van nu te leggen. Een inleidende stelling zal zijn dat de twee grote ontwikkelingen sinds dat artikel – een compleet nieuwe omgang met artikel 359a Sv enerzijds, en de opkomst van het slachtoffer anderzijds – verschijningsvormen van dezelfde perspectiefverandering zijn: naar een minder publiek, en een meer privaat en persoonlijk strafrecht. De vervolgvraag is waar en door wie de prijs van deze nieuwe balans wordt betaald. Vanuit deze basis zal mijn bijdrage enkele vragen stellen bij het onderzoek ter zitting, omdat dat – zoals Cleiren heeft geïllustreerd – het forum is (was) waar de bestraffende maar ook de beschermende rechter zich manifesteerde. Tot slot van mijn (persoonlijke) observatie dat het strafrecht steeds persoonlijker en privater wordt, zal ik enkele voorstellen doen die beogen dat het strafrecht vormvrijer kan omgaan met haar in toenemende mate private karakter, en enkele consequenties schetsen voor de rol van de verdachte in deze nieuwe dynamiek.

## 2 WAARHEIDSVINDING – TOT (W)ELKE PRIJS?

De centrale bepaling omtrent rechtsbescherming is uiteraard artikel 359a Sv. Wat Cleiren ooit zei over artikel 1 Sv, geldt voor die bepaling onverminderd: de geslotenheid van de wet, de openheid van het recht. De huidige jurisprudentiële invulling van die bepaling is diametraal anders dan toen Cleiren in 2001 haar artikel afrondde. De jaren negentig waren toen net achter de rug, dé jaren van de niet-ontvankelijkheid van het Openbaar Ministerie en de bewijsuitsluiting. Het was een zeer Foucaultiaans strafrecht, in die zin dat de strafrechtelijke waarheid een heel andere kon zijn dan de materiële waarheid. De gemiddelde burger werd daar niet heel blij van, want die wil niet steeds in de krant lezen dat een rechter na enig denkwerk weggooit wat de politie na veel spuurwerk had aangetroffen (al dan niet in een afvoerpijp). Echt werd geofferd ten behoeve van (een groter) recht. Bewijsuitsluiting is, zo beschouwd, misschien nog wel een verdergaande uitspraak dan

<sup>6</sup> ‘Naar mijn idee moet daarbij niet bij voorbaat de conclusie worden uitgesloten dat de rechter ter terechtzitting in de complexiteit van rollen en verantwoordelijkheden die hem toebehoren nimmer in staat zal zijn daarin een evenwicht te bewaren’, zie Cleiren 2001, p. 31.

niet-ontvankelijkheid van het Openbaar Ministerie, in die zin dat op een strafblad ‘vrij-spraak’ een materieel oordeel suggereert terwijl niet-ontvankelijkheid dat in het midden laat. Hoe dan ook: van een ruimhartige toepassing van artikel 359a Sv, zijn we terechtgekomen in een terughoudende. Bewijsuitsluiting komt alleen nog aan de orde in de zeer uitzonderlijke situaties van ofwel een schending van artikel 6 EVRM, ofwel een uit objectieve gegevens blijkende herhaling van het vormverzuim die de bevoegde autoriteiten bovendien niet voldoende hebben getracht te voorkomen.<sup>7</sup> Hoe strikt de Hoge Raad is in de toetsing aan deze toch al hoge drempel, heeft de jurisprudentie omtrent de dynamische verkeerscontrole aangetoond.<sup>8</sup> De lijn van de jurisprudentie is daarmee helder: de opsporing wordt steeds minder gecontroleerd. Wat de verdachte aan rechtsbescherming heeft ingeleverd, krijgt de ‘doorsnee’ burger erbij aan criminaliteitsbestrijding, zo luidt de gedachte. Daarmee heeft het strafrecht een plek ingeruimd voor een ‘burgerperspectief’: op de wip van de machtsverdeling zitten niet meer aan de ene kant de overheid en aan de andere kant de verdachte, maar over de balk loopt ook, zichtbaar, de burger – en zijn loop bepaalt hoe de balans uitvalt. Die hernieuwde aandacht voor het burgerbelang in de machtsbalans maakt het strafrecht in zekere zin persoonlijker. De klassieke benadering van overheid tegenover burger, waarbij de opsporing de overheid vertegenwoordigt en de rechtsbescherming het individu, is vervangen door een gelaagder model waarin ook aan de opsporingszijde burgerbelangen zichtbaarder worden meegewogen. Strafrecht is in toenemende mate een instrument, een forum, geworden waarin rechtsverhoudingen tussen burgers een rol spelen – op een veel bredere en diepere manier dan uitsluitend via hetgeen zij verklaren of vorderen. Die individuele belangen en verhoudingen zijn strafrechtelijke normen gaan invullen op een wijze die het strafrecht persoonlijker en privater maakt. Dat komt deels tot uiting in de toepassing van artikel 359a Sv, maar het meewegen van de proceshouding bij de strafoplegging is er evengoed een voorbeeld van.

Natuurlijk houdt die verschuiving, ook als het gaat om de toepassing van artikel 359a Sv verband met die andere grote ontwikkeling sinds de jaren negentig: de opkomst van het slachtoffer. Bij uitstek aan het slachtoffer is bewijsuitsluiting niet uit te leggen: zijn of haar schade en leed worden daarmee terzijde geschoven. Als het leed zich ter zitting komt manifesteren, kan de rechter niet doen alsof het zijn eigen neus is die bloedt. Dat is voorbij wereldvreemd, dat is beschamend. Cleiren constateerde al in 2001 dat vele vormen van buitengerechtelijke afdoening invloed hebben op het proces van strafrechtelijke waarheidsvinding. Maar als symbool van, en als forum voor, alle verhoudingen die binnen het strafrecht een rol spelen, blijft de zitting de blauwdruk. In die zin verklaart de opkomst

---

7 HR 19 februari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY5321, NJ 2013/308, m.nt. B.F. Keulen, met name r.o. 2.4.6.; HR 30 maart 2004, ECLI:NL:PHR:2004:AM2533, NJ 2004/376, m.nt. Y. Buruma.

8 HR 1 november 2016, ECLI:NL:HR:2016:2454, NJ 2017/84, m.nt. B.F. Keulen; HR 9 oktober 2018, ECLI:NL:HR:2018:1886.

van het slachtoffer het wegvallen van rechtsbescherming, en is de uitkomst: een privater en persoonlijker strafrecht. ‘Waarheidsvinding, maar niet tot elke prijs’ is een conclusie die anno nu veel minder toepasselijk is.

### 3 WINNAARS EN VERLIEZERS IN DE NIEUWE MACHTSBALANS

Dat in de nieuwe situatie geen prijs wordt betaald voor de machtsbalans is uiteraard een illusie. De tragiek van recht is dat het niet alleen op onrecht *reageert*, maar dit onvermijdelijk ook *creëert*. In de wat mij betreft rechtsstatelijk lovenswaardige uitspraak ‘liever tien schuldigen vrij dan één onschuldige vast’ ligt veel onrecht besloten, want tien daders blijven onbestraft en tien slachtoffers blijven met lege handen achter. Andersom heeft ieder huis zijn kruis – wie alle misdaden wil opsporen, moet alle huizen en alle huishoudens doorlichten. Dat is even onuitvoerbaar als onwenselijk. Een verdenkingscriterium moet hier enige structuur en beperking in brengen.

Zo’n criterium biedt echter geen enkele bescherming tegen controlebevoegdheden, en het biedt ook geen enkele bescherming aan hen die het niet tot de strafrechter schoppen, simpelweg omdat de ‘verdenking’ ongegrond bleek. Maar het is wel hun auto die is doorzocht, hun matras die is opengesneden, hun parkiet die is gevisiteerd – met alle stigmatisering van dien. Om Marco Borsato te parafraseren: waarom nou zij? Natuurlijk kan de strafrechter hier gemakkelijk aan voorbij gaan want hij ziet ‘hen’ nooit. Voor de strafrechter is het geen kwestie van ‘tot welke prijs’ maar van ‘altijd prijs’. De aanwending van bevoegdheden zonder resultaat blijft voor de rechter ongezien – en dus kan de rechter gemakkelijk menen dat aan rechtsbescherming weinig behoefte bestaat. Illustratief voor de rol van de strafrechter en de onverminderde symboliek van de zitting, is dat voor de nieuwe slachtoffers van artikel 359a Sv hetzelfde geldt als (voorheen) voor de oude: ze verschijnen niet ter zitting want ze hebben daar geen rol. Maar het maatschappelijke onbehagen is er evengoed. Er woedt momenteel een groot maatschappelijk debat over de vermeende selectiviteit van de inzet van controle- en opsporingsbevoegdheden, omdat die zich disproportioneel vaak zou richten tot burgers van niet-westerse komaf. Iedere strafrechtadvocaat weet dat dat zo is. Ik heb bijna twintig jaar mijn rijbewijs en ben nog nooit gecontroleerd. Vanuit mijn praktijk ken ik mensen die het dagelijks overkomt. Wat moet ik tegen hen zeggen?

In kringen van de Hoge Raad is de suggestie gedaan dat, ter compensatie van het wegvallen van rechtsbescherming door de strafrechter, de onrechtmatige aanwending van bevoegdheden via (een vorm van) tuchtrecht bestraft zou moeten gaan worden. Persoonlijk lijkt mij dat vooral een feest voor juristen. Maar welke burger heeft daar zin in en tijd voor na de zoveelste controle? Opnieuw Marco Borsato zong een waarschijnlijker variant: ‘Even

slikken en gewoon weer doorgaan.<sup>9</sup> Of doorrijden. En bovendien – wat zou de kans van slagen zijn in zo'n beoogde tuchtprocedure als de bevoegdheden zo ruim zijn als ze zijn? Iedere agent kan zijn optreden rechtvaardigen, met (nog meer) frustratie en secundaire victimisatie tot gevolg.

Er zijn twee oplossingen. De ene is simpel: scherp de toepassing van artikel 359a Sv toch weer aan. Op de valreep van het afsluiten van deze bijdrage deed advocaat-generaal Bleichrodt daar een erudiete en onderbouwde oproep toe.<sup>10</sup> In het recht zou daarmee veel ten goede veranderen, maar of dat in het echt ook zo is, betwijfel ik. Trekt de politie zich echt zoveel aan van die jurisprudentie? De problematische zijde van rechtsbescherming zit veel meer in de aard van de bevoegdheden – en misschien nog wel het meest in die van de controlebevoegdheden. Preventief fouilleren levert wapens op, maar raakt ook velen die ten onrechte worden gefouilleerd omdat ze in een bepaald profiel vallen. Ook hier blijft het worstelen met recht en onrecht. Waar de ene krant schrijft dat preventief fouilleren om die reden moet worden afgeschaft, schrijft de andere krant dat dit 'niet is uit te leggen aan slachtoffers van wapengeweld'. Voor een meer algemene bepaling als artikel 160 lid 4 WVV is dat niet anders. Ook een gemiddelde burger kan zich best afvragen wat het maatschappelijk nut is van een 'knipperlicht- en koelvloeistofpolitie' als diezelfde WVV al tot een APK verplicht. En als de knipperlichtpolitie in feite een bontkraagjespolitie is, wordt de vraag of het middel niet erger is dan de kwaal. En om de bewijslast die de Hoge Raad oplegt eens bewijsvrij om te draaien: in mijn praktijk heb ik nog nooit een verkeerscontrole gezien die (toegegeven – op mij) de indruk wekte daadwerkelijk om naleving van de WVV te zijn gegaan.

Ben ik naïef? Ik probeer van niet. Recht brengt zijn eigen onrecht mee, en trekt het deels ook aan. De rechtsstaat is ook voor criminelen een heilstaat. Gewone burgers willen niet zomaar gecontroleerd worden en criminelen profiteren mee. Niet zomaar huiszoekingen, een nuttige idioot die deze bijdrage schrijft, prachtig. De rechtsstaat Nederland is volgens velen inmiddels een narcostaat – waarin vervolgingen van corrupte gezagsdragers helaas ook niet meer zeldzaam zijn.<sup>11</sup> Dan, zelfs dan, moet erkend worden: een rechtsstaat zonder rechtsbescherming bestaat niet. Laten we ons daarom voor nu niet afleiden of vertragen door de invulling maar ons beperken tot de conclusie: in een persoonlijker en privater (zittings)strafrecht moet rechtsbescherming plaatsvinden door het afschaffen of inperken van controle- en opsporingsbevoegdheden. *Welke*, daarover valt te discussiëren.

9 M. Borsato, 'Waarom nou jij', tekst van J. Ewbank: Polydor 1994.

10 PHR 30 juni 2020, ECLI:NL:PHR:2020:655.

11 Zo waren er geruchtmakende strafzaken tegen een 'politiemol' (Hof 's-Hertogenbosch 4 mei 2020, ECLI:NL:GHSHE:2020:1514) en tegen een corrupte douanier (Hof Den Haag 18 mei 2020, ECLI:NL:GHDHA:2020:919) terwijl beide zaken exemplarisch zijn voor soortgelijke aanhangige vervolgingen of veroordelingen.

Hoe dan ook blijft de verwachting gerechtvaardigd dat rechtsbescherming niet snel als groot strafrechtelijk zittingsthema zal terugkeren. Zoals Cleiren in 2001 schetste, heeft dat veel implicaties voor het onderzoek ter zitting – want juist in de actieve rechter die het vooronderzoek toetste en controleerde, onderscheidde het strafrecht zich van het civiele recht.

#### 4 SCENARIODENKEN: CIVIELRECHTELIJKE BEWIJSREDENERINGEN IN STRAFZAKEN

(Wellicht) niet toevallig is dat strafrechtelijk bewijsrecht ook al veel meer langs civielrechtelijke lijnen lijkt te lopen. Het tegenwoordig dominante model van het ‘alternatieve scenario’ is in die zin civielrechtelijk, dat het tot uitgangspunt neemt dat twee scenario’s worden voorgelegd die in het licht van de bewijsmiddelen op waarschijnlijkheid worden beoordeeld. Dat is een direct gevolg van het wegvallen van de bescherming van artikel 359a Sv – in een strafproces waar (ook) het overheidsoptreden ter discussie staat, kan de zwijgende verdachte nog wel eens de lachende derde zijn. Die tijd is voorbij. Of dat vooruitgang is, is een vraag met veel antwoorden. Wat in mijn optiek in ieder geval geen vooruitgang is, is de normvrije bewijswaardering die besloten ligt in de meetlat van het alternatieve scenario. Daarin weegt sterk mee wat de feitenrechter als een normale(re) gang van zaken beschouwt, waartegen het alternatieve scenario het vervolgens aflegt. De indruk die de praktijk mij echter heeft gegeven, is dat *truth is stranger than fiction*. Een vraag die moet worden gesteld, is waar over twintig jaar de herzieningsverzoeken vandaan komen. De verwachting dat die zullen samenhangen met een al te civielrechtelijke benadering van het strafrechtelijke waarheidsbegrip, is niet buitenissig.

Tegelijk hoeven we geen twintig jaar te wachten om te zien waar de convergentie tussen strafrecht en civiel recht schuurt – dat is namelijk het geval op vrijwel iedere zitting waar het spreekrecht wordt uitgeoefend. Het is de moeite waard om ook die wrijving te bezien vanuit de frictie tussen recht en echt.

De zitting is een symbool, een verschijningsvorm van hoe de staatsmacht is verdeeld en hoe volgens het Wetboek van Strafvordering met die verdeling der machten moet worden omgegaan. Lange tijd nam de verdachte daarin een dubbelrol in: hij zat er altijd als de a priori onschuldige burger die rechtsbescherming verdiende, en vaak als de gebleken schuldige burger die bestraffing verdient. De verdachte symboliseerde zowel de schuld als de onschuld. Anno nu is niet zijn persoonlijkheid gespleten maar de persoon zelf: de verdachte symboliseert slechts nog de schuld en het aanwezige slachtoffer bij voorbaat de onschuld. En op zitting komen zij heel verschillende dingen doen.

## 5 HET DOEL VAN DE ZITTING: WAARHEIDSVINDING OF WEDEROPSTANDING?

Cleiren schreef in 2001 dat waarheidsvinding het ultieme doel van de zitting is. Ik betwist het niet maar beleef het anders. Het ultieme doel van de zitting is mens worden. Wederopstanding in de cultureel-christelijke traditie. Overdrijf ik daarmee? Laat ik het tenminste toelichten. Net als de kerk beweert het strafrecht zich bezig te houden met goed en kwaad. Dan zijn er vervolgens de gewaden, het opstaan bij binnenkomst, de afstand van de rechter tot het volk, en het onbegrijpelijke Latijn of wel de ondoorgrondelijke wetteksten. Tussen al deze formaliteiten, al dit recht, door, moet de verdachte een mens van vlees en bloed worden in wie de rechter zichzelf kan herkennen. Sterker nog: ter zitting moet de verdachte herschape worden naar het evenbeeld van de rechter. Niet te veel natuurlijk, verschil moet er blijven voor het comfort van de rechter – maar de rechter moet tenminste de overtuiging hebben dat de verdachte op hem (m/v) wil lijken. Onder het mom van waarheidsvinding vindt dit transformatieproces vooral plaats in taal. Of daarbij veel waarheid wordt gevonden vraag ik me vaak af. Misschien bij toeval. Ook voor de advocaat geldt dat hij zijn taak invult op basis van zijn mensbeeld – ik voel me doorgaans prima tussen de hoeren en de tollenaars. En, blijvend bij de religieuze vergelijking: velen worden advocaat omdat ze in het recht geloven. Mijn stelling is dat ze het blijven omdat ze er niet meer in geloven (of stoppen omdat ze zich dat realiseren). Hoe dan ook: tot slot van dit reinigingsritueel van de zitting, die bizarre paringsdans, mag de verdachte, verlicht en gereinigd, de geleerde lessen samenvatten in een laatste woord. Op basis van dit soort mystiek en rituelen beslist de rechter of de verdachte aan het einde van zitting kan opstaan en weer heen mag gaan (om zich al dan niet te vermenigvuldigen). Er volgt een uitspraak en dan blijkt de rechter, net als God, onmiddellijk of anders twee weken later te straffen.<sup>12</sup> Of de verdachte daarbij enigszins wordt gespaard hangt af van het betoonde berouw en de bereidheid tot boetedoening, want alleen berouw en boetedoening leiden in onze christelijke culturele traditie tot wederopstanding. Een zitting draait daarmee om mens worden en wederopstanding. Sinds het geloof in een hiernamaals er niet meer is, is er geen doodstraf meer. Of dat de volgorde was, weet ik niet. Wel denk ik het omgekeerde: dat het geloof in een hiernamaals lange tijd de doodstraf heeft gedragen. Oftewel de marteling die bij dood plaatsvond volgde eeuwigdurend in de hel, ofwel werd gecompenseerd door het eeuwig paradijs. Maar echt gedood werd er niet. Er werd alleen getransformeerd. In een hiernamaals gelooft de gemiddelde Nederlander (die als wetgever het strafrecht vormgeeft) niet meer.<sup>13</sup> Straffen die wederopstanding in het aardse leven uitsluiten – zoals onze uitzonderlijke, klassieke interpretatie van de levenslange gevangenisstraf – zijn om die reden als uitgangspunt een zeldzaamheid; zelfs de deur van levenslang staat inmiddels op een kier. De sleutel is door

---

12 Althans, in ruim 90% van de gevallen.

13 En banger voor de dood zijn we ook nooit geweest. Is dat wel of niet paradoxaal?

de Hoge Raad echter gelegd bij nota bene de civiele rechter die over een gratieverzoek te oordelen heeft.<sup>14</sup>

De verdachte die echt wil worden, die een mens wil worden, heeft het tegenwoordig echter moeilijk. De reden daarvoor ligt, noodzakelijk en paradoxaal tegelijk,<sup>15</sup> in het recht. Meer precies: in zijn eigen rechten en in die van het slachtoffer.

Te beginnen met zijn eigen rechten:

‘Als voorbeeld kan dienen het uitgangspunt dat de verdachte voor onschuldig wordt gehouden en in het vervolg daarop niet wordt verplicht tot medewerking. Hij krijgt ook in het vooronderzoek de cautie. Aan de andere kant moet hij inbreuken dulden in het belang van het onderzoek en heeft hij bijvoorbeeld bij het politieverhoor nog geen recht op bijstand van een raadsman.’<sup>16</sup>

Hoe anders is dat nu – consultatie- en verhoorbijstand zijn de nieuwe standaard. Rechter zeggen dat verschil te zien: veel vaker dan voorheen wordt, in hun beleving, een beroep gedaan op het zwijgrecht.<sup>17</sup> Ook wanneer dat niet zo is, wordt de verdachte gezien als iemand die zich minder naïef, minder onschuldig misschien ook, en daarmee in zekere zin: minder ‘echt’ presenteert. Zie hier opnieuw de paradox: meer recht leidt soms tot minder ‘echt’. Daar komt bij dat in een veel eerder stadium dan voorheen dossierstukken beschikbaar zijn, en een verklaring die ‘formeler’ tot stand is gekomen stuit intuïtief op meer reserves. Een ander onderdeel van de nieuwe werkelijkheid ligt in opsporingstechnieken. Cleiren voorzag in 2001 al de aanzienlijke mogelijkheden van bewijsgaring middels telecommunicatie. De grote verrassing is echter niet dat de overheid ons zo goed kan opnemen, maar dat wij – en ook verdachten – dat zelf zijn gaan doen. Er is geen grote strafzaak meer denkbaar zonder PGP-berichten waarin de verdachte aan het woord komt over zijn eigen daden.<sup>18</sup> En daar ligt voor de zwijgende verdachte het probleem: hij moet het tegen zichzelf opnemen. Kortom: fijn dat er nu Salduz-jurisprudentie is, maar het komt te laat. Het voorwerk is gedaan, niet zelden door de verdachte. Verhoren door de politie hebben veel meer een representatiefunctie gekregen dan een functie ter waarheidsvinding – en zijn daarmee sterk gaan lijken op verhoren ter zitting. Er ligt al een sterk,

14 HR 19 december 2017, ECLI:NL:HR:2017:3185, NJ 2019/326, m.nt. P.H.P.H.M.C. van Kempen; Rb. Den Haag 24 juni 2020, ECLI:NL:RBDHA:2020:5554.

15 We zagen hiervoor immers dat recht onvermijdelijk onrecht creëert.

16 Cleiren 2001, p. 17.

17 P. de Graaf, ‘Is beroepen op het zwijgrecht beter dan liegen?’, *De Volkskrant* 29 november 2019.

18 Met als recent hoogtepunt het kraken van encryptiedienst Encrochat, met honderden aanhoudingen in Nederland en Europa tot gevolg; J. Meeus & W. Laumans, ‘Hack van aanbieder PGP-telefoons leidt tot een hausse aan strafzaken’, *NRC* 1 juli 2020.

‘authentiek’ beeld van zijn persoonlijkheid. Verdachten bespreken dat een liquidatie het beste vanachter kan worden gepleegd, ‘anders onthoud je zijn laatste kop’. Mijns inziens is het een uitspraak die eerder de aanwezigheid dan de afwezigheid van een geweten aantoonst – maar het gaat erom dat het een thema is waarover veel rechters graag het gesprek met een verdachte zullen aangaan. En allicht toont het de verdachte als iemand die mogelijk óók hulp nodig heeft. Want wie wil zoiets nou écht doen? Dat een taboe noemen, is wegkijken. Tientallen twintigers en dertigers hebben de laatste jaren levenslang gekregen. Dat zij dat allemaal gaan uitzitten, ligt niet voor de hand. Wel doen zij er goed aan zich te realiseren dat zij hun straf uitzitten in een systeem dat al vroeg selecteert. De deur gaat niet voor iedereen open, en (het meest) waarschijnlijk wel voor degene die het snelste weer ‘mens’ wordt. Begrijp deze boodschap alstublieft niet omgekeerd. Het is geen pleidooi om te bekennen, het is geen oproep om geen bewijsverweren te voeren. Het is een illustratie dat het probleem van de rechter zoals Cleiren dat voorzag (om een juiste balans tussen alle belangen te kunnen treffen), inmiddels ook het probleem van de verdachte is. Zoveel tegengestelde taken tegelijk te moeten uitvoeren – met ook nog druk en potentiële dreiging vanuit medeverdachten – in een situatie waarin je leven op het spel staat, is een *unfairness* op zichzelf. En de wetgeving die zich richt op straffen en de tenuitvoerlegging daarvan, is de laatste jaren sterk in beweging geweest. De tendens: alles wordt voorwaardelijker, alles kan langer duren. Voorwaardelijke invrijheidstelling kan worden uitgesteld of afgenomen, detentiefasering is afhankelijk van gedrag, en insteek van de Top600 ligt veel meer bij persoonlijk gedrag (werk, relaties) dan bij crimineel gedrag. Het patroon is duidelijk: het strafrecht richt zich steeds meer op het gedrag van de verdachte dat los staat van het tenlastegelegde/bewezenverklaarde.

## 6      VORMVAST STRAFRECHT EN VORMVRIJ CIVIEL RECHT: BOTSSENDE WERELDEN

Van daaruit is het verleidelijk om verder te filosoferen over de consequenties van een strafrecht dat zich meer richt op gedrag (en minder op bewijs). En waarom zou in een feestbundel een verleiding moeten worden afgeslagen? Hier gaat dus de steen de vijver in: in een strafrecht dat enerzijds privater en persoonlijker wordt, en anderzijds zich meer richt op gedrag, gaat de delictsomschrijving knellen. In het burgerlijk recht is dat al een wezensvreemd concept. Het civiele recht kent één bepaling die alles dekt (de onrechtmatige daad), het strafrecht kent heel veel bepalingen die nog steeds heel veel niet dekken. Op zichzelf hoeven strafrechtjuristen niet bang voor te zijn voor meer vormvrijheid. De *common law* laat al eeuwen zien dat een relatieve vormvrijheid ook in het strafrecht mogelijk is, en laat de invulling van abstractere normen daarbij over aan de jurisprudentie. De inhoud van die jurisprudentiële normen blijkt vervolgens erg overeen te komen met die van onze delictsomschrijvingen. Gek is dat niet: overal ter wereld beschermt het materiële strafrecht

het leven, het lichaam, en de eigendom. Voor het formele strafrecht geldt hetzelfde. De opsomming van bewijsmiddelen somt vooral de bronnen en zintuigen van het menselijk kenvermogen op. Welke zekerheid ontlene we daaraan?

‘[...] people have an intuitive sense of evidence. This is because [...] people have built-in hardware in their brains that includes some rudimentary ways of interpreting evidence. [...] It is well to remember that in a society like ours, the legal system is, in a sense, a polite gesture granted collectively by millions of people – and it can be overridden just as easily as a river can overflow its banks.’<sup>19</sup>

Het terrein van het strafrecht is de mens, en het recht wordt deels in het hoofd maar vooral in de onderbuik gevonden. Rechtsvinding is primair een fysiek, menselijk proces. Zo’n gekke of nieuwe beschouwing is dat niet, en het bestaansrecht van delictsommschrijvingen is al vaker ter discussie gesteld. Cleiren verdedigde al in 2001 de opvatting dat:

‘in ieder geval [voor] de strafbepalingen uit het commune strafrecht geldt dat de materiële norm niet in het Wetboek van Strafrecht wordt omschreven, maar de bepalingen slechts een sanctienorm formuleren voor overtreding van ongeschreven normen en bijvoorbeeld rechtsverhoudingen uit ons burgerlijk recht’.<sup>20</sup>

Niet ondenkbaar is dat ergens in de ontwikkeling en convergentie het vormvaste strafrecht zal vastlopen op het vormvrije civiel recht – en zich opnieuw zal uitvinden.

Een potentieel breekpunt daarin is – à la O.J. Simpson – de als onterecht beleefde vrijspraak. Zijn vrijspraak was erg Foucaultiaans;<sup>21</sup> zijn nabestaanden begonnen vervolgens een civiele zaak wegens onrechtmatige daad en wonnen die glansrijk. (Ook) in het Nederlandse strafrecht is het zo, dat de strafrechter die vrijspreekt met het strafrechtelijke kind in beginsel ook het civielrechtelijke badwater weggooit. De belastingbetalende burger – hij/zij weer – mag daar best bezwaar tegen hebben. Want het is toch vanuit een ‘echt’, een normschending, een gebeurtenis, dat de staat de opsporing op zich neemt? Maar blijkt die strafrechtelijk onbewijsbaar dan ligt de scheidslijn opeens niet meer in het echt maar in

19 D.R. Hofstadter, *Gödel, Escher, Bach: an eternal golden braid*, Hassocks: Harvester Press 1979, p. 693-694.

20 Cleiren 2001, p. 14.

21 De vergelijking is lastig omdat een jury haar oordeel niet motiveert, maar het aankaarten van systematisch racisme bij de politie van Los Angeles, los van het concrete politie-optreden in deze zaak of het concrete gedrag van O.J., speelde een grote rol. In ons motiverende strafrecht zou dat een bewijsuitsluiting of niet-ontvankelijkverklaring zijn geworden.

het recht. De civielrechtelijke verbazing dat na een vrijspraak slechts een zwart gat rest, is terecht. Er zijn toch feiten vastgesteld? De vraag waarin het civiele recht zich onderscheidt van het strafrecht, zal steeds luider worden gesteld. Is het een materieel verschil? En ligt dat dan ergens anders dan in opzet? Of ligt het verschil in opsporing? Maar als de staat zich vanuit een vermeend onrecht de opsporing aantrok, waarom dan niet de civielrechtelijke oplossing daarvan?

De omgekeerde constatering – civielrechtelijke verbazing na een strafrechtelijke veroordeling – mag er ook zijn, en dan bij de verdachte/veroordeelde. Diens verbazing is minstens zo terecht. Het is verbazingwekkend dat civielrechtelijke concepten als medeschuld of de plicht tot matiging van de schade nauwelijks een rol spelen in het oordeel van de strafrechter over de vordering benadeelde partij, en dat de verdachte vervolgens (desgevenst) niet uitsluitend mag appelleren tegen de beslissing omtrent de vordering benadeelde partij. Terwijl hij ook nog eens jarenlang met het CJIB te maken krijgt – wat veel, ironisch genoeg vaak kapitaalkrachtige partijen, ertoe beweegt hun civiele conflicten steeds meer in het strafrecht te gaan uitvechten. De perverse prikkel om civiel recht onder te brengen in het strafrecht. Nogmaals – recht *reageert* niet alleen op onrecht, het creëert het ook.

## 7 OPNIEUW DE ZITTING

Hoe daarmee om te gaan? Dat is – vaak – een meer civielrechtelijke benadering van de kwestie ter zake. Cleiren deed in 2001 in een voetnoot de oproep tot een tweefasenproces. Die oproep mag inmiddels worden gepromoveerd naar de hoofdtekst, en misschien is een nog veel vormvrijere benadering nodig dan destijds werd voorzien.

Gedacht kan worden aan een ‘ronde tafel-model’ waarin de benadeelde partij, afhankelijk van het type zaak en vordering, kan kiezen voor een voorgerecht of een nagerecht bij de strafrechtelijke hoofdmaaltijd – waar mogelijk tussen partijen voor een veel steviger civielrechtelijk voortraject wordt gekozen. Dit moet leiden tot een overeenkomst tussen Openbaar Ministerie, benadeelde partij en verdachte over zowel straf als vordering benadeelde partij. Die overeenkomst wordt op grond van artikel 51h Sv aan de rechter voorgelegd; het leidt tot een zitting waarin verdachte en slachtoffer niet langs elkaar heen praten maar nader tot elkaar zijn gebracht. De rechter kan uitvoering van de overeenkomst als voorwaarde opleggen en daarbij de gebruikelijke proeftijd van twee jaar hanteren. Komt de verdachte dat na, kan op die zitting de zaak worden afgedaan met de huidige sepotcode ‘tussen partijen opgelost’. Komt de verdachte de overeenkomst niet na, dan wordt hij alsnog bestraft.

In complexere zaken wordt de vordering niet een voorgerecht maar een nagerecht. Het onderzoek ter zitting kan zich richten op feitenvaststelling. Daarna volgt de civielrechtelijke

ronde. Was het hoedgerecht een veroordeling, dan komt vordering benadeelde partij daarna aan bod en kan dan het spreekrecht worden uitgeoefend. Was het hoedgerecht een vrijspraak, dan oordeelt de rechter over de vordering benadeelde partij.

In andere zaken moet geconcludeerd worden dat de zitting steeds minder zin heeft, omdat zowel rechtsbescherming als slachtofferschap daar geen thema zijn. Opiumwetonderzoeken zijn daarvan een voorbeeld. Tegelijk vreten deze onderzoeken wel zittingscapaciteit. Overwogen moet worden om in die zaken te experimenteren met de mogelijkheid van overeenkomsten tussen Openbaar Ministerie en verdachte over een gevangenisstraf, ook wanneer dat een gevangenisstraf van jaren is, en die – omwille van transparantie, openbaarheid en grondwettelijke noodzaak – aan de rechter wordt voorgelegd. De feitenpresentatie in het kader van de ING-schikking kan als model dienen voor wat zo'n zitting heeft in te houden, namelijk: openbaarheid ten aanzien van zowel echt als recht.

Al deze ontwikkelingen vertaal ik, tot slot, naar een aantal voorstellen, waarvan sommige direct en andere indirect volgen uit het besprokene:

1. Herstel rechtsbescherming door het inperken van controle- en opsporingsbevoegdheden.
2. Creëer een tweefasenproces waarin de vordering benadeelde partij het voorgerecht of het nagerecht wordt, en (uitsluitend) het strafrecht het hoedgerecht blijft; althans.  
2A. Maak mogelijk dat de strafrechter tot een uitspraak komt 'bewijsbeslissing niet nodig',  
OF: maak mogelijk dat een eenmaal ter zitting aangevangen zaak alsnog buitengerechtelijk kan worden afgedaan.  
2B. Maak het voor de verdachte mogelijk uitsluitend tegen de beslissing omtrent de vordering benadeelde partij hoger beroep in te stellen.  
2C. Laat ook de vrijsprekende strafrechter opsommen welke feiten hij vaststelt tegen de verdachte.
3. Experimenteer met straffkorting op basis van proceshouding in een vroeg stadium, zonder direct in kroongetuigensferen te belanden.
4. Experimenteer met transacties en schikkingen in grote Opiumwetonderzoeken.
5. Maak van de enkelband een hoofdstraf.

## 8 DE SLINGER VAN TINEKE CLEIREN

Dat gezegd hebbende kom ik aan het echte slot – de aangekondigde tweede Foucault. Dat is de natuurkundige Léon Foucault, die in 1851 aan het plafond van het Pantheon in Parijs een slinger hing, en tegelijkertijd de vloer met zand had bestrooid. De slinger trok een streep door het zand, en al binnen een uur was zichtbaar dat het slingervlak van stand was veranderd ten opzichte van de vloer: onder de slinger draaide de aarde door. Het experiment

toonde daarmee in een gesloten ruimte de draaiing van de aarde aan. De slinger van Tineke Cleiren heeft gedurende haar loopbaan altijd haarscherp de draaiing van het recht gedemonstreerd en voorspeld: van formeel naar materieel, met waarheidsvinding als verenigend thema. Het verschil met Léon Foucault is dat het werk van Cleiren niet in een gesloten ruimte tot stand kwam, maar juist in alle openheid. De geslotenheid van de wet, de openheid van het recht. Tineke Cleiren heeft in allerlei hoedanigheden – Directeur-Generaal, raadsheer, CEAS, hoogleraar – aan dat strafrechtelijk debat deelgenomen en zich in iedere hoedanigheid onderscheiden. Daar komt nu een hoedanigheid bij: *emeritus* hoogleraar. Ik twijfel er niet aan dat de slinger in beweging blijft.

Beste Tineke. Ik wens jou en de jouwen nog vele goede en gezonde jaren toe. Dank voor je openheid en vertrouwen. Het ga je goed.