



Universiteit
Leiden
The Netherlands

Vergelding van vormfouten

Reijntjes, J.M.; Altena, J.; Cnossen, J.; Crijns, J.; Schuyt, P.; Voorde, J. ten

Citation

Reijntjes, J. M. (2021). Vergelding van vormfouten. In J. Altena, J. Cnossen, J. Crijns, P. Schuyt, & J. ten Voorde (Eds.), *In onderlinge samenhang: Liber Amicorum Tineke Cleiren* (pp. 803-817). Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/3464161>

Version: Publisher's Version
License: [Leiden University Non-exclusive license](#)
Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/3464161>

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

VERGELDING VAN VORMFOUTEN

Jan Reijntjes

1 INLEIDING

De reactie op vormfouten raakt het hart van het strafprocesrecht, namelijk zijn handhaving. De tekst van het wetboek is hier minder richtinggevend dan het maatschappelijke klimaat. Er wordt vooral gestreden over de vraag in hoeverre aan vormfouten in het strafproces zelf gevolgen moeten worden verbonden. Bewijsmateriaal dat door onzorgvuldige verkrijging onbetrouwbaar is, mag vanzelfsprekend niet worden gebruikt, en dit geldt ook wanneer de betrouwbaarheid niet met de vereiste zekerheid valt te bepalen. De waarheid is dan onvindbaar geworden. Maar zijn er meer gevallen waarin het strafproces moet worden doorkruist? Mag handhaving van de procesregels leiden tot straffeloosheid van ernstige misdrijven en meebrengen dat benadeelden met lege handen achterblijven?

Van verschillende zijden is signaleerd dat de manier, waarop in de rechtspraak met dit probleem wordt omgegaan, niet deugt.¹ 'De strafrechter laat (vormfouten) goeddeels ongecorrigeerd passeren. En wel op last van de Hoge Raad. Dat fenomeen wordt ook wel 'de reddende rechter' genoemd, de rechter die dus fouten afdekt. (A)an het publiek (zou niet) zijn uit te leggen dat vervolgingen worden gestaakt, verdachten lager worden bestraft of vrijgesproken, omdat politie of OM zélf de regels hebben overtreden.'² Fouten die worden afgedekt omdat een andere reactie niet valt uit te leggen; dat is toch niet te geloven? Zijn de argumenten voor het toekennen van procedurele gevolgen werkelijk zo zwak, dat zij door het grote publiek niet kunnen worden begrepen? Ofschoon al vaker is geprobeerd om op dit terrein orde te brengen,³ lijkt het zinvol om een nieuwe poging te wagen.

-
- 1 Samengevat in E. Devroe, M. Malsch & G. Minderman, *Toezicht op strafvorderlijk overheidsoptreden*, Den Haag: WODC 2017 (p. 133: 'De rol van de rechter in Nederland is te afstandelijk geworden, en zou moeten gerevitaliseerd worden (...). Vormfouten worden (...) inmiddels vrijwel nooit meer gesanctioneerd door de rechter').
 - 2 Folkert Jensma, 'Liever prosecco dan fouten bij politie en OM', *NRC/Handelsblad* 16/17 sept. 2017, O&D p. 9.
 - 3 Zo bijv. A.J.M. Machielse, 'De vorm van het strafrecht. Over de plaats en de functie van strafvorderlijke vormvoorschriften', *In zijn verdediging geschaad* (VU-bundel), Arnhem: Gouda Quint 1989, p. 17-35 en M.J. Borgers, 'De toekomst van artikel 359a Sv', *DD* 2012, p. 257-273.

2 OVERTREDING VAN PROCESREGELS

Wat is een vormfout? Iedere zonde tegen de ‘vormvoorschriften’, dat zijn *alle* regels van het formele recht. Het gaat beslist niet alleen om de ‘vorm’, om de ‘buitenkant’ der dingen, maar om materiële inhoud. Zelfs wanneer zij enkel bestaan uit een termijnverzuim of een betekenisgebrek zijn vormfouten handelingen tegen de waarborgen die (hier:) het strafprocesrecht biedt aan de onderliggende partij – de verdachte, of het slachtoffer. Tineke Cleiren heeft het zo gezegd: vormvoorschriften zijn geen obstakels, maar ‘rechtsstatelijke waarden die moeten worden afgewogen tegen de belangen van een efficiënt (...) apparaat.’⁴ Terecht zette zij zich af tegen wie in het strafprocesrecht slechts een (willekeurige en vrij inwisselbare) *methode* zien om de in het materiële recht neergelegde strafbedreigingen te realiseren. Zelden dienen de daar gegeven voorschriften alleen de efficiency (zoals in art. 272 lid 1 Sv: de voorzitter heeft de leiding van het onderzoek op de terechtzitting). Wel kan de waarborgfunctie goed met efficiency samengaan (art. 270 Sv: de voorzitter begint het onderzoek door de zaak te laten uitroepen). De afweging nu, waarover Cleiren sprak, maakt een belangrijk deel uit van het probleem. Abstracte waarden en concrete voordelen strijden dan om de voorrang. Nauwgezette naleving van de wet maakt het meestal moeilijker om op vlotte wijze een veroordeling te krijgen; iedere waarborg vergt een offer. Wie moet het een tegen het ander afzetten? De wetgever gaat voorop. Hij beperkt de burgerlijke vrijheden ten behoeve van een effectieve criminaliteitsbestrijding en zet de behoefte aan een behoorlijk procesniveau, ter bescherming van onschuldigen, af tegen de noodzaak om bestraffing van schuldigen mogelijk te maken. Het resultaat is in de procesregels zichtbaar. Maar bij deze algemene afweging kan het niet blijven. Niemand verlangt blinde naleving van de wet, en hoe dan ook wordt tegen de meeste regels wel eens gezondigd. Na iedere inbreuk op vormvoorschriften rijst daarom de vraag welk gevolg er in concreto aan moet worden verbonden – tenzij de wetgever ook die meteen heeft beantwoord. Dat laatste blijkt zelden het geval. Als het wel gebeurde blijkt daarmee het beslissende woord bovendien geenszins te zijn gesproken. De actie van de wetgever brengt dus als vanzelf een tweede mee, die is toevertrouwd aan de rechter.

3 DE VORM VAN DE REGEL

Globaal kunnen de regels van het strafprocesrecht worden verdeeld in dwingende en faciliterende, ‘moet’- en ‘kan’-bepalingen. De werkelijkheid is uiteraard ingewikkelder. Dit komt in de eerste plaats doordat zich achter veel ‘kan-bepalingen’ een ‘moeten’ ver-

4 C.P.M. Cleiren, in Melai/Groenhuijsen e.a., *Het Wetboek van Strafvordering*, Deventer: Kluwer, losbladig, aant. 1 op art. 1.

schuilt. Zie bijv. artikel 103 lid 1 Sv: ‘Beslag kan (...) slechts worden gelegd (...) krachtens schriftelijke machtiging (...)’ Het moeten gaat hier als kunnen vermomd. Soms luidt het echter anders: ‘De machtiging wordt door de officier (...) betekend (...)’ (art. 103 lid 2 Sv). Alweer is dit een keihard moeten. Anderzijds ziet artikel 103 lid 3 Sv (‘Beslag ... kan ... ook worden gelegd ...’) wel op een mogen! Er zijn ook voorschriften die alleen een bevoegdheid toekennen: ‘De rechter-commissaris is tot inbeslagneming (...) bevoegd’ (art. 104 lid 1 Sv). Is dit een louter kunnen? Geenszins. Bevoegdheden worden immers mede gekenmerkt door hun verplichtend karakter: wanneer de omstandigheden ernaar zijn *moeten* zij worden aangewend (bijv. opsporingsbevoegdheid, vervolgingsbevoegdheid, aanhoudingsbevoegdheid). Dat is geen uitvloeisel van bij verdrag vastgelegde ‘positieve verplichtingen’, maar eigen aan het wettelijke systeem. Echt ‘kunnen’ ontmoeten we in constructies als van artikel 108 lid 1 Sv: ‘De rechter-commissaris kan op verzoek van den belanghebbende bevelen (...)’ Hier mag hij evenmin naar willekeur handelen, maar zolang hem niets is gevraagd hoeft hij ook niets te doen. Pas de combinatie van kunnen en vragen beperkt hier de vrijheid.

Er zijn ook regels die alleen een wenselijke werkwijze weergeven, een *best practice*. Zo bijv. artikel 150b lid 3 Sv: ‘De rechter-commissaris beslist zo spoedig mogelijk (...)’ Hier moet hij wel iets, maar heeft armslag. Pas op: ook wat een wenselijke werkwijze lijkt, kan een dwingend voorschrift zijn. Kijk maar: ‘Indien de bewaarder niet aan de last tot teruggave kan voldoen (...), gaat (hij) over tot uitbetaling (...)’ (art. 119 lid 2 Sv). Kiezen mag hij niet. En: ‘Het onderzoek wordt onafgebroken voortgezet’ (art. 277 lid 1 Sv). Ook dat is een moeten. Alleen waar de verdachte of het slachtoffer rechten worden toegekend is het ‘kunnen’ echt vrijblijvend. Zie bijv. artikel 51c Sv: ‘Het slachtoffer kan zich doen bijstaan (...)’. Dit bevestigt nog eens dat artikel 53 lid 1 Sv (‘In geval van ontdekking op heterdaad (...) is een ieder bevoegd de verdachte aan te houden’) geen bevoegdheid inhoudt, maar een recht. Zelfs dit is betrekkelijk. Ook de verdachte ‘heeft het recht om zich (...) te doen bijstaan door een raadsman’ (art. 28 lid 1 Sv); wordt echter vermoed dat het met zijn geestvermogens slecht is gesteld, dan ontstaat voor de rechter een plicht (art. 509a Sv).

Dat in het wetboek iets dwingend is voorgeschreven betekent dat naleving wordt verlangd. Bij op efficiency gerichte voorschriften is dwang zelden nodig; het vlot verloop van de procedure vormt voldoende aansporing. Ook schending van regels die uitsluitend uniformiteit beogen (vertaald naar het verkeer: rechts houden, stoppen voor rood) vraagt geen overheidsreactie; zij handhaven zichzelf, en een intrinsieke waarde ontbreekt. Nog een voorbeeld: wie een verzoek of vordering onvoldoende motiveert, mag vaak niet rekenen op antwoord, en in geen geval op onderbouwing ervan. Meer is niet nodig.

Bij de meerderheid van de vormvoorschriften kan echter de *mogelijkheid* van dwang niet worden gemist. Soms is die dwang fysiek van aard, maar meestal neemt zij de vorm aan van een procedurele reactie. Bij schending van kwaliteitswaarborgen wordt dat, zoals we zagen, zonder meer aanvaard, maar ook als het de gemaakte fout herstelt, zoals bij een betekeningstekort. Op dat herstel komen we terug.

4 DE VORM EN HET VERZUIM

Hangt de reactie op vormfouten af van de vorm waarin de regel is gegoten? Dat op verzuim van ‘kan’-regels principieel anders moet worden gereageerd dan op het negeren van een ‘moeten’ is onaannemelijk; de formulering bleek immers vooral een kwestie van stijl. Alleen de wettelijk vastgelegde *best practice* onderscheidt zich. Afwijking van regels die uitsluitend resultaatgericht zijn kan worden aanvaard als het verlangde doel maar bereikt wordt. Misschien is het gekozen alternatief zelfs beter; het alleen naar de geest naleven van de wet verdient dan een premie.

De werkelijke problemen liggen bij de vormvoorschriften die een (‘rechtsstatelijke’) waarborg incorporeren zonder dat verzuim een ‘natuurlijke’ reactie vindt. Dan kunnen we spreken van een sanctie. Sommige voorschriften hebben een bijzondere betekenis. Het strafprocesrecht bestaat niet uit los van elkaar staande regels: er zit systeem in. De voorschriften die dat systeem bepalen ontlenen hun belang aan meer dan alleen hun concrete inhoud. De competentieregels bieden een voorbeeld, en ook de voorschriften die de procesdeelnemers gelegenheid bieden om de hen toegekende rechten uit te oefenen (in ultieme vorm: het laatste woord!). Soms is het ingewikkelder: naarmate een dwangmiddel dieper in het leven van burgers ingrijpt, worden hogere eisen gesteld aan de daartoe bevoegde functionaris, in een volgorde van opsporingsambtenaar, via hulpofficier en officier, tot rechter. De rechtmatigheid van het optreden is ervan afhankelijk of het gebeurt onder verantwoordelijkheid van een autoriteit die het juiste kwaliteitsniveau bezit. Ook dat wordt door systeemregels bewaakt. Maar: het onderscheid tussen systeemregels en andere voorschriften is vaak nogal arbitrair; er zijn hier vele tinten grijs. Hoe sterker de rol van een bepaald voorschrift is binnen het wettelijke systeem, des te zwaarder moet echter aan schending ervan worden getild, en des te meer ligt een procedurele reactie voor de hand. Zij valt het best te begrijpen wanneer zij nauw met de geschonden vorm samenhangt, en dus bestaat in bijv. de ongeldigheid van het onregelmatig verrichte en de onbruikbaarheid van wat onregelmatig is verkregen. Maar ook compenserende reacties zijn denkbaar, zoals strafvermindering en schadevergoeding.

5 BEGINSELEN

Het strafprocesrecht kent uiteraard ook beginselen, algemene uitgangspunten die aan het systeem ten grondslag liggen of erbij zijn ingelijfd. Beginselen kan men niet overtreden, maar wel schenden. Soms liggen zij in de wet zo stevig verankerd dat schending zich meteen uit in verzuim van concrete voorschriften, zoals bij hoor en wederhoor. Andere zijn meer richtinggevend dan strikt normerend; dan raakt de schending soms alleen de geest van het wetboek. Zij zijn op resultaat gericht zonder het karakter aan te nemen van

best practices; zij zijn niet minder bindend dan veel regels, maar juist méér. Dit komt ook hierin dat uitdrukking dat, wanneer schending van beginselen een sanctie oproept, bijna altijd wordt gedacht aan de zwaarst denkbare, de niet-ontvankelijkheid.

Alles overkoepelend is het beginsel dat het proces eerlijk moet zijn (artikel 6 EVRM). Eigenlijk is dat *louter* een doelstelling. Voor die eerlijkheid biedt het beginsel zelf geen enkele maatstaf. Denkbaar is dat de procesregels nauwkeurig worden nageleefd zonder dat het doel wordt gehaald, maar vaker komt het voor dat een proces, ondanks verzuim, toch eerlijk is. Toetsing alleen aan de naleving van de procesregels is dus niet voldoende; daarnaast is een *overall*-toetsing geboden, en die is beslissend. Maar wat is dan eerlijkheid? Ontbreekt het daaraan pas, wanneer voor de verdachte een concreet nadeel aanwijsbaar is? En moet hij dat nadeel zelf aannemelijk maken? In elk geval mag hij niet met een onoverkomelijk bewijsprobleem worden opgezadeld. Daarom heeft het EHRM een aantal verzuimen aangewezen die zo ernstig zijn dat zij *geacht* worden oneerlijkheid van het proces mee te brengen. Een *overall*-toetsing is dan niet meer nodig. De Hoge Raad zag zich genooddaakt om dit voorbeeld te volgen; zo nam ook hij aan dat, omdat de cautie een (belangrijke) waarborg is voor een eerlijk proces, na een cautieverzuim slechts ‘beperkte ruimte (bestaat om) *af te zien* van bewijsuitsluiting.’

6 RONDONDE NIETIGHEID

Aanvankelijk koos de wetgever voor een eenvoudig systeem, waarin van geval tot geval werd vastgelegd of vormverzuim tot een procedurele reactie moest leiden. Die reactie bestond in (formele) nietigheid: van de gerechtelijke mededeling, van het vonnis, en van het onderzoek ter terechtzitting wanneer het verzuim daar werd begaan. Slechts een enkele keer komt het tot onbruikbaarheid (art. 301 lid 4 Sv: niet ter sprake gebrachte stukken mogen niet tegen de verdachte worden gebruikt). De Hoge Raad erkende dat nietigheid ook waar zij niet is voorgeschreven toch geboden kan zijn, bij verzuim van vormen die behoren tot ‘het wezen van het strafproces’ (substantiële nietigheid). Het bekendste voorbeeld biedt het ter terechtzitting horen van onbeëdigde getuigen.⁵ Beide soorten nietigheden gelden pas nadat zij uitdrukkelijk zijn ingeroepen. Dit verschafte de rechter de gelegenheid om hen te ‘relativeren’, door aan onbetekenend vormverzuim voorbij te gaan. Hij doet dit omdat de nietigheid onder omstandigheden een te zware reactie kan zijn en te strakke toepassing schadelijk. De moderne definitie van substantiële nietigheid maakt dit zichtbaar: zij betreft fouten die zo sterk ingaan tegen de goede procesorde, dat nietigheid *moet* volgen.

5 Bijv. HR 12 januari 1993, ECLI:NL:HR:1993:ZC9183, NJ 1993/531. Ofschoon het strikt genomen een kwaliteitseis betreft, is onbruikbaarheid geen passende reactie, omdat onder ede ook een ontlastende verklaring kon zijn afgelegd.

Dat de wetgever slechts zelden voor schadevergoeding koos (dat gebeurde alleen bij vrijheidsbeneming, art. 89 e.v. Sv) zit waarschijnlijk hierin dat schade vaak moeilijk kan worden vastgesteld, en dikwijls zelfs ontbreekt. Daar ligt meteen ook een belangrijke vraag: in hoeverre zijn procedurele sancties aanvaardbaar (en misschien zelfs geboden) wanneer alleen het gezag van de wet in het geding is en de schade immaterieel?

De rechter vond intussen meer buitenwettelijke procedurele reacties: strafvermindering, bewijsuitsluiting⁶ en niet-ontvankelijkheid van het OM. Onder leiding van de Hoge Raad werden vele zonden tegen het strafprocesrecht aangewezen die, in beginsel, tot een procedurele reactie behoorden te leiden. De aanvankelijke tevredenheid hierover duurde niet lang. Toen de rechtspraak tekenen ging vertonen van een ongezond formalisme kon een omslag niet uitblijven.

7 DE WET VORMVERZUIMEN

De reactie richtte zich enerzijds tegen het wettelijke systeem zelf. Een aantal formele nietigheden werd geschrapt, omdat die alleen bestaansrecht zouden hebben wanneer nietigheid *altijd* geboden is.⁷ In theorie liet dit voor relativering geen ruimte meer. Onbedoeld nam hierdoor de rigiditeit verder toe; maar er was weinig dat de rechter ervan kon weerhouden om toch nog te relativeren. De nietigheden bleken echter zo goed gekozen, dat voor relativering zelden nog aanleiding bestond – behalve bij artikel 301 lid 4 Sv, dat niet als equivalent van een formele nietigheid herkend is.

Tegelijkertijd is geprobeerd om de procedurele reacties op orde te brengen. De wetgever vond dat die, als sancties, alsnog van een wettelijke grondslag moesten worden voorzien; over de nietigheden kon hij dus zwijgen. Maar legalisering van sancties was niet zijn eigenlijke doel; die dienden ook te worden terugdrongen. Aanknoppend bij artikel 199 en 256 Sv werd tot uitgangspunt gekozen dat vormverzuimen, waar mogelijk, moeten worden hersteld. Criteria voor de toepassing van de nieuwe sancties werden evenmin aangereikt als voor de substantiële nietigheid; waarschijnlijk is dat gewoon niet gelukt. Wel zijn aandachtspunten genoemd, het inmiddels befaamde drietal: het belang dat het geschonden voorschrift dient, de ernst van het verzuim en het daardoor veroorzaakte nadeel (art. 359a lid 2 Sv). De opsomming is geenszins limitatief; zij biedt vooral een bodemvoorziening. Maar alleen *door* verzuim verkregen bewijs kon nog voor uitsluiting in aanmerking komen, en voor niet-ontvankelijk-verklaring bleef slechts ruimte indien ten *gevolge* van het verzuim ‘een behandeling van de zaak die aan de beginselen van een behoorlijke procesorde voldoet’ onmogelijk was geworden. Het speelveld van de rechter werd dus beperkt.

6 HR 26 juni 1962, ECLI:NL:HR:1962:1, NJ 1962/470 (Bloedproef 2).

7 Wet van 14 september 1995, *Stb.* 441.

8 ONBEANTWOORDE VRAGEN

Gaat het bij ‘het belang dat het geschonden voorschrift dient’ om het belang dat daaraan toekomt binnen het strafvorderlijke systeem in het algemeen, of om het specifieke doel dat het *in het gegeven geval* heeft? Als een huisrecht is geschonden, moet het dan dat van de verdachte zijn, om gewicht in de schaal te leggen? Is ook voor ‘de ernst van het verzuim’ het *in het gegeven geval door de verdachte* geleden nadeel bepalend? Dit laatste zal niet de bedoeling zijn geweest – het veroorzaakte nadeel is immers afzonderlijk genoemd. Betreft de ernst van het verzuim dan in de eerste plaats de *mate waarin* het betreffende voorschrift is geschonden? Of wordt ook die ernst mede bepaald door het belang van het geschonden voorschrift binnen het strafvorderlijke systeem? En dan weer het nadeel: is dat alleen het nadeel van de concrete verdachte, of ook dat voor de gemeenschap? Deze vragen liet de wetgever onbeantwoord.

9 DE HOGE RAAD LEGT UIT

Het is overbodig om hier in detail te beschrijven hoe de Hoge Raad artikel 359a Sv heeft aangescherpt. Zijn formele opstelling smolt weg. Aan tijdens het vooronderzoek begane vormfouten wil hij alleen nog gevolgen verbinden als zij de verdachte hebben getroffen in een concreet belang dat door het geschonden voorschrift gediend wordt.⁸ Ook al is een vormverzuim bepalend voor de afloop van het strafproces (bijv. doordat bewijsmateriaal werd gevonden onder ernstige inbreuk op de rechten van derden), dan nog heeft de rechter zich volgens de Raad van een oordeel daarover te onthouden. Kennelijk gaat de handhaving van een behoorlijk procesniveau hem dan niet aan; over de grenzen van het concrete strafproces mag hij niet kijken. Zo is de rechter gekortwiek, maar dat verlichtte de werklast. Aan de stroom van rechtmatigheidsverweren kwam geen einde, maar de kans op succes was geminimaliseerd. De Raad benadrukte dat artikel 359a Sv een bevoegdheid verleent, en geen plicht oplegt, zodat de rechter, ook wanneer hij een verzuim constateert dat hem aangaat, zich eerst moet afvragen of dit werkelijk een sanctie behoeft. Dat is een open deur; uiteraard mag ook van dit soort bevoegdheden alleen met een goede reden gebruik worden gemaakt.⁹ Voor bewijsuitsluiting is die er alleen wanneer een *belangrijk* voorschrift of rechtsbeginsel in *aanzienlijke* mate is geschonden, en ook niet-ontvankelijkheid past alleen bij *ernstige* inbreuken. Ook dit was geen nieuws, maar het zette de toon. Als de Raad opmerkt dat strafvermindering ‘ook in het licht van het belang van het geschonden voorschrift en de ernst van het verzuim gerechtvaardigd’ moet zijn, herhaalt hij alleen de wet;

8 HR 30 maart 2004, ECLI:NL:HR:2004:AM2533, NJ 2004/376.

9 En we merkten al op dat, als die reden dringend is, van dat gebruik ook niet mag worden afgezien.

maar betekent het dat rechters het geleden nadeel moeten *compenseren* – zoals bewijsuitsluiting alleen materiaal mag betreffen dat door het vormverzuim zelf is verkregen? Dit stuit op dezelfde moeilijkheid als het door straf vergelden van schuld: dat van de onbepaaldheid, en de ongrijpbaarheid. *Hier* schiet uitleg al gauw tekort.

10 ABSTRACT TEGENOVER CONCREET

De formele opvatting werd meestal verdedigd met de noodzaak in algemene zin een behoorlijk procesniveau te handhaven. Dit is aangeduid als het constitutionele perspectief.¹⁰ Een abstracte benadering staat dan voorop; het is vooral het gezag van de geschonden regel, dat ingrepen rechtvaardigt. Hiervan wordt een tweede perspectief onderscheiden: dat van het concrete belang (ongeacht of dit de verdachte of een slachtoffer betreft). Beide worden vermoed¹¹ haaks te staan op een derde, dat van de criminaliteitsbestrijding. De Hoge Raad zet het beschermingsperspectief echter juist in om de werking van het constitutionele te begrenzen.

Tineke Cleiren sprak over de noodzaak om ‘rechtsstatelijke waarden’ af te wegen tegen ‘de belangen van een efficiënt strafrechtelijk apparaat’. Daarbij zou het belang van de criminaliteitsbestrijding worden afgezet tegen het constitutionele belang en de bescherming van de gegeven verdachte. Concrete belangen (die van de rechtstreeks door de vormfout geraakte) staan zo tegenover abstracte waarden; ook de criminaliteitsbestrijding blijft immers een abstractie. Dat valt tenminste te hopen; *in concreto* kan zij uitsluitend staan voor een probleemloze veroordeling van de gegeven verdachte. Is het bestaansrecht van een strafproces niet precies gelegen in het problematiseren daarvan?

We zagen echter dat de hier genoemde abstracte waarden door de wetgever al *zijn* gewogen. Worden zij in het strafproces nogmaals in het oordeel betrokken, dan dreigt het verlangen naar efficiënte bestraffing dubbel gewicht te krijgen. En zullen concrete belangen het in de strijd met abstracte waarden niet altijd verliezen? Uiteenlopende gemeenschapsbelangen: een behoorlijk procesniveau (naleving van het strafprocesrecht) en een efficiënte criminaliteitsbestrijding (naleving van het materiële strafrecht) laten zich, via een compromis, wel weer verenigen tot één enkel. Bij een botsing tussen abstracties en een concreet belang laat het eindresultaat zich echter veel moeilijker denken als een beetje van het een, en een beetje van het ander. Dat maakt een compromis moeilijk bereikbaar. Afweging van abstracte waarden leidt tot even abstracte, en dus algemene, antwoorden. Probeert men daarbij toch ‘ieder zijn deel’ te geven, dan kan dat resultaten bieden die door velen als

10 Borgers 2012, p. 260.

11 In elk geval voor zover het de belangen van de verdachte zijn, die voor bescherming in aanmerking worden gebracht.

lapmiddelen worden aangemerkt, zoals strafvermindering, en doekjes voor het bloeden, zoals het enkele vaststellen van een vormfout. De vraag is dan ook of het hier wel gaat om een afweging, en niet om de vertaling van een eerder gevonden compromis naar het concrete geval. Die vertaling lukt niet door herwaardering van abstracte waarden, maar alleen door beoordeling van een concreet belang in het licht van die waarden: dat van de verdachte bij bescherming, maar ook dat van de gemeenschap bij handhaving van het door de wetgever gevonden compromis.

Hiermee is helaas geen ontdekking gedaan die iets oplost. Achter afweging van waarden en belangen mag dan een ander concept schuilgaan dan achter de beoordeling van iemands positie, het betreft telkens een typisch rechterlijke activiteit met een sterk waarderend karakter, waarvoor moeilijk criteria zijn te geven en die zich daardoor lastig laat sturen. Steeds weer stuiten we dus op dezelfde moeilijkheid: het ontbreken van een harde maatstaf. Als de wetgever meent haar te bieden door aan vormfouten wettelijke nietigheden te verbinden, wordt dit doorkruist door ook nietigheden te erkennen die kunnen, en onder omstandigheden dus moeten, worden gerelativeerd. Kennelijk zag hij dat het ook met artikel 359a Sv niet zou lukken; maar niets wijst erop dat hij het 'constitutionele perspectief' wilde afsluiten. Waarom zou hij ook? De Hoge Raad heeft dit, op eigen gezag, gedaan door de Schutznorm-doctrine tot *enig* uitgangspunt te verheffen. Het belang, waarover artikel 359a lid 2 Sv spreekt, is zonder noodzaak gereduceerd tot dat van de verdachte, en het nadeel tot diens concrete nadeel. De rechter hoeft alleen nog te beslissen of criminaliteitsbestrijding (het belang van veroordeling) in het *gegeven* geval moet wijken voor de bescherming van dat hoogst individuele belang en de compensatie van dat hoogst individuele nadeel. De uitkomst is dan gemakkelijk voorspelbaar. Maar moet wie aanneemt dat het geen primaire taak is van de rechter om de politie te controleren, niet erkennen dat het evenmin diens taak is (en zelfs geen secundaire!) om de criminaliteit te bestrijden?

11 EEN IRRATIONEEL CRITERIUM

De ernst van een verzuim hangt uiteraard mede af van de omstandigheden waaronder het is begaan. Daartoe rekent de Hoge Raad ook de mate van verwijtbaarheid: voor niet-ontvankelijkheid geldt opzet of grove nalatigheid zelfs als voorwaarde. Dit zou voor de hand liggen wanneer het erom gaat of de personen, die het verzuim begingen, daarvoor moeten worden gestraft. *Hier* kan de ernst van het verzuim echter beter worden afgemeten aan de hand van het getroffen belang, de plaats die het overtreden voorschrift inneemt binnen het strafvorderlijke systeem, en de mate waarin het is geschonden. Zelfs met de gedachte, dat de positie van de concrete verdachte, en het hem toegebrachte nadeel, centraal moeten staan lijkt de door de Raad gekozen benadering slecht te verenigen; die houden immers

geen enkel verband met de intenties waarmee zijn rechten geschonden zijn. Plotseling wordt de integriteit van het overheidshandelen wel als maatstaf gebruikt!

12 MEER OVER HERSTEL

De Hoge Raad vindt dat met herstel van een verzuim de kous af is. Hiervoor kan in artikel 199, 256 en 359a Sv steun worden gevonden, maar met zoveel woorden staat het nergens. Moet dan aan min of meer langdurige misleiding, aan actief tegenwerken van de waarheidsvinding, voorbij worden gegaan als de waarheid eenmaal boven water is? In elk geval gebeurt dit als het OM heeft verzuimd om de rechter volledig over het vooronderzoek in te lichten,¹² en zelfs wanneer apert onjuiste voorlichting is verstrekt.¹³ Soms is het aan een doorvragende rechter, maar meestal aan de vasthoudendheid van de verdediging te danken dat hier geen ongelukken gebeuren. Sanctionering wordt in feite aan het OM zelf overgelaten – en als dit ergens toe leidt, wordt er zelden van vernomen. Borgers schreef: ‘een restrictieve toepassing van artikel 359a Sv is (...) verdedigbaar indien de bewaking van de integriteit van de opsporing anderszins is gewaarborgd.’¹⁴ Die andere waarborg ontbreekt.

Kan een proces, waarin de overheid met onbetamelijke middelen strijdt, dan nog als eerlijk worden aangemerkt? We zagen al dat daarvoor niet alleen het eindresultaat, maar ook het verloop bepalend is. Een probleem is dat vrijwel de enig denkbare sanctie ligt in de niet-ontvankelijkheid van het OM, en dat het vrijwel altijd zaken betreft waarin het hoogst onbevredigend is dat de verdachte vrijuit gaat – alleen daarin zal het OM zich immers zo grondig de vingers willen branden. De verdachte werd intussen voldoende beloond doordat de waarheid boven tafel kwam – maar hoe staat het met de reputatie van de strafrechtspleging?¹⁵ En met artikel 6 EVRM? Waarom na zulk een proces toch nog kan worden veroordeeld verdient in elk geval meer uitleg.

12 Bijv. HR 5 oktober 2010, ECLI:NL:HR:2010:BL5629, NJ 2011/169, m.nt. Schalken.

13 Bijv. HR 29 november 2011, ECLI:NL:HR:2011:BT7104, NJ 2012/146, m.nt. Borgers (Vals proces-verbaal en meineed), HR 5 januari 2016, ECLI:NL:HR:2016:9, NJ 2016/153, m.nt. Vellinga-Schootstra (Vals proces-verbaal) en HR 11 okt. 2016, ECLI:NL:HR:2016:2305, NJ 2016/456 (OM probeert lange tijd om onwettig vuurwapengebruik tegen een minderjarige af te dekken).

14 Borgers 2012, p. 270.

15 Zie ook K.M. Pitcher & M. Samadi, ‘Integriteit als perspectief bij de rechterlijke reactie op vormverzuimen’, *DD* 2018, p. 731-746.

13 BREVET VAN ONBEKWAAMHEID?

Streng is de Hoge Raad bij schending van sommige systeemregels. Wanneer het OM zich op de stoel van de rechter zet, heeft dit niet-ontvankelijkheid tot gevolg.¹⁶ Maar we zagen al dat systeemregels er zijn in soorten en maten; ook hier ontbreken heldere criteria. Een rechter, die juist was bevorderd tot raadsheer, zag bij het afdoen van een zaak over het hoofd dat hij tijdens de behandeling nog wel, maar op het moment van de uitspraak niet meer bevoegd was. De Hoge Raad redeneerde: een raadsheer die geen rechter-plaatsvervanger is kan niet als rechter gelden, dus is niet voldaan aan het in artikel 5 lid 2 RO neergelegde voorschrift dat vonnissen moeten worden gewezen door het wettelijk voorgeschreven aantal rechters (hier: drie), en verzuim wordt door de wet met nietigheid bedreigd.¹⁷ Toch was hier recht gedaan door twee rechters van de voorgeschreven soort plus een hoger gekwalificeerde, een raadsheer; is het gek dat de burger de sanctie dan niet begrijpt?

Anders liep het af toen een hulpofficier van justitie stiekem in functie bleef, ofschoon hij voor het daartoe noodzakelijke examen was gezakt. Het behalen van een examen is een kwalificatie-eis: wie zakt moet worden geacht de functie, waaraan die eis is verbonden, niet te kunnen uitoefenen, anders was geen examen nodig. Moet dit niet tot de conclusie leiden dat een hulpofficier, waarvan is gebleken dat hij de vereiste bekwaamheid mist, zijn functie niet kan, en dus ook niet mag, uitoefenen? We weten dat het verbod om bepaalde dwangmiddelen aan te wenden zonder machtiging van een hulpofficier, een belangrijke rol speelt binnen het wettelijke systeem. In het gegeven geval was binnengetrepen in een woning. De feitenrechter ontzegde de verleende machtiging de rechtsgeldigheid. De Hoge Raad verweet hem niet te hebben onderzocht of ‘aannemelijk is dat de machtiging door een wel gecertificeerde hulpofficier van justitie ook zou zijn verleend,’ en zo te hebben verzuimd de ernst van het verzuim en het daardoor veroorzaakte nadeel vast te stellen.¹⁸ De feitenrechter redeneerde in abstracto (wie zakt voor een examen is onbekwaam), de Hoge Raad daarentegen verlangde een oordeel in concreto: had de gezakte misschien toch de juiste beslissing genomen? Dit riep uiteraard de vraag op of het net zo had gelegen als de machtiging was gegeven door een gewone opsporingsambtenaar – of misschien niet eens was gevraagd.¹⁹

16 HR 1 juli 1999, ECLI:NL:HR:1999:ZD1143, *NJ* 1999/567, m.nt. Schalken.

17 HR 13 april 2018, ECLI:NL:HR:2018:604, *NJ* 2019/108, m.nt. Krans (civiel, in antwoord op een prejudiciële vraag).

18 HR 19 februari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY5321, *NJ* 2013/308, m.nt. Keulen.

19 Kan het verlangde onderzoek jaren na dato overigens nog ergens toe leiden? En is het dan niet consequent om ook nadat in strijd met de daarvoor ontworpen waarborgen bewijs is verkregen uit voor DNA-onderzoek bestemd celmateriaal, de vraag te beantwoorden of het misschien toch betrouwbaar was?

Het verschil in benadering in deze twee gevallen, dat van de (te) bekwame maar formeel onbevoegde rechter, en dat van de (naar formele maatstaven) *onbekwame* en dus onbevoegde hulpofficier, is frappant. Zij stemt slechts hierin overeen dat het resultaat telkens nogal onbevredigend is.

14 VEROUDERDE WETGEVING

Het wordt de Hoge Raad niet altijd gemakkelijk gemaakt. Opsporingsambtenaren mogen een verdachte tegen wie ernstige bezwaren bestaan pas na aanhouding aan zijn kleding onderzoeken (artikel 56 lid 4 Sv). Voor fouillering gelden zo dezelfde beperkingen als voor aanhouding – wat onbedoeld kan leiden tot meer vrijheidsbeneming in plaats van minder fouillering. Verzuim kent geen wettelijke sanctie, maar is lange tijd beantwoord met bewijsuitsluiting. Hiervan liet de Hoge Raad zich door twijfel aan de doelmatigheid van het voorschrift niet weerhouden; de wil van de wetgever is wet. Anders werd het toen tegen alle logica een *identiteitsfouillering* al na staande houding mogelijk werd gemaakt. Bij heterdaad leidt fouillering vóór aanhouding nu dan ook niet meer tot een sanctie.²⁰ Door falen van de wetgever is de Hoge Raad op de knieën gedwongen.

Of bevoegdheden, verleend ten behoeve van toezicht, ook voor opsporing mogen worden aangewend, is door de wetgever in het midden gelaten. De Hoge Raad, die kennelijk ook hier geen wetgever wilde zijn, wist lange tijd een helder antwoord te vermijden door goed te vinden dat een dergelijke bevoegdheid, mits zij primair voor toezicht wordt aangewend, ook de opsporing dient. Toen zich echter een geval voordeed waarin de politie in een controle van autopapieren voorzag, alleen om ter opsporing een auto tot stoppen te kunnen brengen, werd deze flagrante schijnhandeling door de Raad als legitimatie van het stopteken aanvaard. Het onthouden van gevolg aan een evident verzuim heeft hetzelfde gevolg als het gewoonweg ontkennen ervan: het respect voor de wet verdwijnt. Maar wie draagt hier schuld?

In het strafprocesrecht wordt schijn vaker voor werkelijkheid genomen. Waarborgt beëdiging werkelijk de kwaliteit van de afgelegde verklaring? Het gaat hier vooral om het ritueel, om de symboliek. Met de openbaarheid van de terechtzitting ligt het weinig anders. Zij vergt open deuren; maar publiek kan niet naar binnen worden gedwongen – als het maar naar binnen *kan*. Te veel rationaliteit moet men in de rechtspraak dan ook niet verlangen.

20 HR 7 januari 2014, ECLI:NL:HR:2014:36, NJ 2014/105, m.nt. Borgers.

15 HET PREVENTIESPOOK

De Hoge Raad heeft uiteengezet welk doel bewijsuitsluiting mag dienen: naast het verzeke- ren van een eerlijk proces ook *daarbuiten* het stimuleren van de naleving van andere belangrijke strafvorderlijke voorschriften of rechtsbeginselen, in gevallen waarin bewijsuit- sluiting *nodig* is ‘als middel om toekomstige vergelijkbare vormverzuimen die onrechtmatige bewijsgaring tot gevolg hebben te voorkomen en een krachtige stimulans te laten bestaan tot handelen in overeenstemming met de voorgeschreven norm.’ Bewijsuitsluiting ‘als rechtsstatelijke waarborg en als middel om (...) ambtenaren te weerhouden van onrecht- matig optreden kan in beeld komen als sprake is van (...) een zeer ingrijpende inbreuk op een grondrecht van de verdachte.’ Bewijsuitsluiting is bovendien toelaatbaar bij structurele schending, wanneer aannemelijk is dat ‘de beoogde normerende werking’ niet zal uitblij- ven.²¹ Is om de naleving van belangrijke strafvorderlijke voorschriften of beginselen te stimuleren een *algemene* bescherming tegen onrechtmatig overheidsoptreden niet veel doeltreffender dan de bescherming van een enkele concrete verdachte?

Kennelijk ziet de Hoge Raad alleen ruimte voor een procedurele sanctie wanneer die een aanwijsbaar positief effect heeft, dat dan ook nog tegen denkbare negatieve effecten moet worden afgewogen. Soms drukt hij dit genuanceerd uit: de rechter *kan* in zijn oordeel betrekken ‘of in de gegeven omstandigheden toepassing van bewijsuitsluiting opweegt tegen de daarvan te verwachten negatieve effecten en of aldus niet op onaanvaardbare wijze afbreuk wordt gedaan aan zwaarwegende belangen als de waarheidsvinding en de bestraffing van de dader van een – mogelijk zeer ernstig – strafbaar feit (...)’.²² Aan het EU- Hof te Luxemburg werd gevraagd of artikel 325 VWEU, dat een doeltreffende vervolging voorschrijft van btw-delicten, zich verzet tegen de uitsluiting van cruciaal bewijs dat is verkregen zonder de door het nationale recht voorgeschreven machtiging van een bevoegde rechter. Het antwoordde: dat doeltreffendheidsbeginsel moet worden afgewogen tegen de rechtsstatelijke belangen die op het spel staan; waar grondrechten in het geding zijn hoeft artikel 325 VWEU bewijsuitsluiting niet te beletten.²³ Maar eigenlijk hadden we dat ook van het EHRM al begrepen.

Valt wel een preventief effect te verkrijgen? De politieman die fouten heeft begaan zal zich om procedurele reacties weinig bekommeren – als hij er al van verneemt; voor hem is een zaak ‘af’ wanneer zijn proces-verbaal is ingeleverd. Moeten de pijlen dan worden gericht op de organisatie waartoe hij behoort? Bij structurele problemen lijkt dat een passend antwoord; maar zou het ook voldoende zijn? Gevoelig voor procedurele reactie is wel het

21 HR 19 februari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY5321, NJ 2013/308, m.nt. Keulen. Aan structurele schending kan verder voorbij worden gegaan omdat de Raad onneembare barrières heeft opgeworpen. Zie J.S. Nan & D. Bektesevic, ‘Structurele vormverzuimen: een structureel probleem?’, *DD* 2017, p. 197-213.

22 HR 19 februari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY5321, NJ 2013/308, m.nt. Keulen.

23 HvJEU 17 januari 2019, ECLI:EU:C:2019:30, C-310/16 (*Dzivev/Bulgarije*), § 41.

OM, dat voor de opsporing – en dus ook voor de daarbij gemaakte vormfouten – rechtstreeks verantwoordelijk is; maar ook dit orgaan is vaak buiten machte om die te voorkomen. Daarom kan de vraag of vormfouten door afschrikking vallen tegen te gaan beter onbeantwoord blijven. In ieder geval kennen we dat antwoord niet; ook de Hoge Raad heeft ervan afgezien om uit te leggen hoe het preventieve effect, dat hij beoogt, kan worden bereikt. Het is als in het hele strafrecht: wie wenst dat alleen straffen worden opgelegd indien aannemelijk is dat daardoor herhaling wordt voorkomen, kan beter omzien naar een ander middel tot sociale beheersing. De vergelijkbaarheid is niet volmaakt, maar ook bij vormfouten gaat het er vaak om dat zij, door een procedurele reactie, moeten worden *vergolden*, niet om herhaling tegen te gaan, maar ter wille van het vertrouwen in de rechtspleging.

16 TOT SLOT

Het was een tamelijk lange weg tot hier. De wetgever heeft procedurele sancties genoemd die aan vormverzuim kunnen worden verbonden, zonder heldere criteria te formuleren om te bepalen wanneer een reactie nodig is en welke dan past. Alleen bij de nietigheden staat de hantering voorop en neemt de rechter slechts bij uitzondering de vrijheid om haar achterwege te laten. Noch over de nietigheid als sanctie, noch over de relativering ervan vallen veel klachten te horen. Er bestaat dan ook weinig behoefte om de substantiële nietigheden te codificeren, noch om een maatstaf voor relativering te verzinnen – ofschoon zowel het een als het ander de duidelijkheid ten goede zou komen.

Ook de Hoge Raad is er niet in geslaagd om voor sanctionering bevredigende criteria te vinden. Die lieten zich evenmin door aandachtspunten en doelstellingen vervangen. Te vaak krijgen feitenrechters, die meenden dat een ernstig vormverzuim in een gegeven geval niet onbeantwoord mocht blijven, in cassatie te horen hun beslissing onvoldoende te hebben gemotiveerd. Hoogst zelden valt ronduit te vernemen dat de vastgestelde feiten de conclusie, dat een sanctie gerechtvaardigd is, niet kunnen dragen. Zo wordt uitgedragen dat de begane verzuimen beter kunnen worden meegewogen in de straf – ofschoon juist daarvan zeker is dat het ieder preventief effect ontbeert. Dit gebrek aan sturing leidt tot machteloosheid. Niet alleen het gebrek aan helderheid, maar ook aan rationaliteit en consequent handelen moet worden betreurd. Nodeloze beperkingen en een verbazingwekkend gebrek aan nuance wisselen elkaar soms af. De Raad heeft de hem door de wetgever geboden ruimte echter weten te benutten om aan het vroegere formalisme een einde te maken. Hier weegt veel tegen op. Het lijkt vooral raadzaam om de feitenrechter, wanneer het gezag van de wet en het vertrouwen in de rechtspraak op het spel staan, meer vertrouwen te schenken.

Dat de Hoge Raad eigener beweging zijn koers ingrijpend zal verleggen valt nauwelijks te verwachten. Het is zelfs de vraag of hij hiertoe wel bij machte is; bergaf rijdende wagens vallen moeilijk te remmen. Een bijdrage van de wetgever mag daarom niet uitblijven. In het ambtelijk ontwerp voor een nieuw Wetboek van Strafvordering, dat de minister heeft laten openbaren, is artikel 359a Sv verdwenen en vervangen door drie nieuwe voorschriften, over strafvermindering, bewijsuitsluiting en niet-ontvankelijkheid. De formulering verdient weliswaar geen schoonheidsprijs en kan gemakkelijk tot misverstand leiden, maar in ieder geval verdwijnen de oude aanknopingspunten voor de Schutznorm-doctrine. De goede rechtsbedeling en de goede rechtsorde vormen de nieuwe oriëntatiepunten. Opvallend is dat bij schending van systeemvoorschriften de mogelijkheid van een procedurele sanctie uitdrukkelijk en zonder beperking wordt geopend.²⁴ Gelukkig is er nu wel een uitgebreide memorie van toelichting, die tal van voorbeelden geeft. Dat daarin de verwijtbaarheid van een begaan verzuim als criterium voor sanctionering wordt afgewezen,²⁵ moet ook als winst worden gezien. Het antwoord op de hamvraag, in hoeverre de rechter ook verder abstracte rechtsstatelijke waarden mag en moet handhaven, had echter wel wat duidelijker onder woorden mogen worden gebracht.

Misschien verdient het aanbeveling om het hierbij niet te laten en om op enkele punten terug te keren naar het oude systeem, door bij het formuleren van procesregels vaker meteen de gevolgen aan te wijzen die aan verzuim dienen te worden verbonden, en vervolgens in de toelichting houvast te bieden bij de noodzakelijke relativering.

In ieder geval moet wetgever zijn invloed op de handhaving van de wettelijke regels zien te herwinnen. Voorkomen moet worden dat de strafrechter verder vervalt tot niet meer dan een gewone misdadbestrijder.

24 Zelfs in codificatie van het Tallon-criterium is voorzien (geen ontvankelijkheid in de vervolging van onder verantwoordelijkheid van de overheid zelf uitgelokte delicten).

25 Ontwerp MvT op boek 4, p. 94.