

Geen straf zonder proces

De Academische Boekengids 22, augustus 2000, pp. 11-12.

Een prestigieus *Praemium Erasmianum* was de verdiende hoofdprijs voor Rozemonds proefschrift. Ook verder heeft het boek opzien gebaard. Het wordt beschouwd als een doorbraak, na een tijd waarin er althans in Nederland niet veel belangstelling was voor strafrechtstheorie en grondslagen van strafrecht. Voor de praktijk was die belangstelling er noodgedwongen wél: niet alleen de Enquêtemissie opsporingsmethoden (de commissie-Van Traa) heeft laten zien dat er nogal wat mis was (is?) met strafrechtspleging. Afgezien daarvan zijn nogal wat strafrechterlijke beslissingen alleen al door gebrek aan motivering volstrekt onbegrijpelijk. Rozemond toont aan dat die problemen niet zonder theoretische en principiële doordenking kunnen worden opgelost.

Inhoud

Rozemonds onderwerp is in het bijzonder de strafvordering, het geheel van procedures om materieel strafrecht te verwerklijken. In dat materiële strafrecht worden straffen gesteld op wederrechtelijk gedrag. Dergelijke straffen vooronderstellen een eerlijk proces. In de ingewikkelde regels van dat strafprocesrecht wil Rozemond samenhang en eenheid scheppen. De kernvraag van zijn boek luidt: hoe moeten strafrechters antwoorden vinden op moeilijke rechtsvragen in het strafproces? De wet biedt niet altijd duidelijke en bevredigende antwoorden, ook de meest precieze juridische taal kan nooit volstrekt eenduidig zijn en wetgeving wordt altijd achterhaald door maatschappelijke ontwikkelingen (hoofdstuk I).

In hoofdstuk II blijkt *constructivistische* rechtsvinding de oplossing te zijn: uitleg, aanpassing en toepassing van het recht in het licht van de *zin* of de *betekenis* van recht. Volgens Rozemond is de zin van strafprocesrecht bestrijding van de misdaad én bescherming van burgers tegen willekeurige machtsuitoefening door de overheid. Constructivistische rechtsvinding leidt in alle moeilijke gevallen tot *één juist antwoord*. In beginsel berust dat antwoord op afweging van alle mogelijke factoren ter zake, waaronder de zin van het strafproces, rechtsbeginselen, verdragen, wetten, rechtspraak, maatschappelijke ontwikkelingen en de feiten van het geval. In de praktijk moet het niet altijd bereikbare ene juiste antwoord zo goed mogelijk worden benaderd.

Uitleg van moeilijke gevallen in het strafprocesrecht laat de noodzaak van constructivistische rechtsvinding zien (hoofdstuk III). Bijvoorbeeld: gebruik van nieuwe DNA-technieken in bewijslevering moet door de rechter worden beoordeeld, ook al is de wetgever er nog niet aan toegekomen. Daaruit blijkt ook dat de rechter niet alleen rekening moet houden met de wet, maar ook met steeds verdergaande Europese regelgeving, bijvoorbeeld met het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens (EVRM).

In dat licht komen in hoofdstuk IV drie belangrijke beginselen van strafvordering aan de orde. Dergelijke beginselen zijn uitwerkingen van de achterliggende zin en betekenis van het strafprocesrecht (zie hoofdstuk II). Het *legaliteitsbeginsel* is uitgedrukt in artikel 1 van het Wetboek van Strafvordering: 'Strafvordering heeft alleen plaats op de wijze bij de wet voorzien.' Dat lijkt een eenduidige regel, maar in een constructivistische uitleg daarvan heeft de rechter in de loop der tijd terecht allerlei uitzonderingen toegelaten. Zo werd ten gunste van rechtsbescherming van burgers en verdachten onrechtmatig verkregen bewijs uitgesloten, al was een dergelijke uitsluiting in strijd met de wet en dus ook in strijd met het legaliteitsbeginsel.

Het *onmiddellijkheidsbeginsel* schrijft voor dat getuigen hun belastende verklaringen op de terechtzitting afleggen, in het belang van betrouwbare waarheidsvinding. Maar ook die schijnbaar eenduidige regel moest worden gekwalificeerd, bijvoorbeeld ter bescherming van bedreigde getuigen en getraumatiseerde slachtoffers. Al verschijnen zij niet ter zitting, omdat hun belangen daardoor te veel zouden worden geschaad, toch kunnen hun verklaringen een rol spelen. Weer gaat het om afweging van verschillende belangen. Hetzelfde geldt voor het *nemo tenetur* beginsel: een verdachte is niet gehouden om aan bewijsvoering tegen zichzelf mee te werken. Toch kunnen verdachten bijvoorbeeld worden verplicht om mee te werken aan alcoholonderzoeken op basis van de Wegenverkeerswet.

Afweging en toepassing van beginselen kunnen niet louter instrumenteel worden bepaald door de strijd tegen de misdaad. Dan zouden ook onschuldigen namelijk mogen worden bestraft, als daardoor de afschrikwekkende werking van strafrecht zou toenemen. Dat is in strijd met Rozemonds onvoorwaardelijke beginsel dat alle burgers een gelijke aanspraak hebben op *bescherming van hun vitale belangen*, waaronder bescherming tegen onschuldige veroordeling. Op grond van dat beginsel moet worden gestreefd naar een eerlijk evenwicht tussen de verschillende belangen die in het geding zijn. Burgers moeten worden beschermd tegen misdaad, maar ook tegen onrechtmatige strafvordering (hoofdstuk V).

Tot slot krijgt de Hoge Raad, de hoogste Nederlandse rechter, er zachtjes van langs. In belangrijke

beslissingen van de Hoge Raad ontbreken vaak dragende motiveringen, aldus Rozemond. Dat heeft geleid tot kritiek van de Enquêtecommissie opsporingsmethoden en tot veroordelingen door de Europese rechter wegens strijd met het EVRM. De Hoge Raad zou dan ook constructivistischer te werk moeten gaan (hoofdstuk VI).

De stelling van het ene juiste antwoord is de meest uitdagende van het hele boek. Het gaat ver om te zeggen dat in de strafvordering uiteindelijk geen enkel verschil van mening mogelijk is. Daarin heeft Rozemond dan ook geen gelijk. Om dat te laten zien is enige uitleg nodig. Rozemond stelt: 'Het is niet de taak van de rechter om te laten zien dat het recht incoherent is en dat hij daarom vrij is naar eigen inzicht een beslissing te nemen. Het is juist de taak van de rechter om eenheid in het recht aan te brengen. Deze taak vloeit voort uit het doel van een rechtssysteem dat mede is gericht op het tegengaan van rechterlijke willekeur.' (p. 50).

Dat is een mooi streven, maar is het ook mogelijk? Rozemond beroept zich op Dworkin, die Rawls' notie van *reflective equilibrium* nader heeft uitgewerkt voor het recht.¹ In die opvatting is normatieve oordeelsvorming het construeren van eenheid in afzonderlijke normatieve oordelen. Mensen kunnen proberen hun afzonderlijke, concrete oordelen over schijnbaar uiteenlopende kwesties te ordenen met behulp van beginselen die een rechtvaardiging vormen voor die oordelen. Wanneer een tegenstelling ontstaat tussen concrete oordelen en algemene beginselen, kunnen oordelen en beginselen worden bijgesteld en aangevuld totdat een reflectief evenwicht ontstaat.

Kroongetuigen

Kroongetuigen bijvoorbeeld kunnen minder straf krijgen, als zij belastende verklaringen tegen anderen afleggen. Zij lijken dus verklikkers (concreet oordeel) en hun behandeling lijkt niet eerlijk vergeleken met die van anderen die dezelfde strafbare feiten hebben begaan en wél zonder meer worden gestraft (gelijkheidsbeginsel). Anderzijds kunnen kroongetuigen nodig zijn in de strijd tegen de (georganiseerde) misdaad. Toetsing en afweging van dergelijke oordelen moet leiden tot een afgewogen oordeel over kroongetuigen, als onderdeel van het strafprocesrecht als theoretisch geordend geheel in *reflective equilibrium*.

Zo kan nadere argumentatie laten zien dat kroongetuigen minder op valse verklikkers lijken dan op mensen die hun burgerplicht nakomen door justitie van misdrijven in kennis te stellen. Ook is het de vraag of gelijkheidsbeginselen zonder meer gelden in de strafvordering. Zo kan justitie in individuele gevallen afzien van vervolging om redenen van algemeen belang (volgens artikel 167 lid 2 van het Wetboek van Strafvordering, het zogeheten opportuniteitsbeginsel) en moet dan ook worden onderzocht in welke mate een kroongetuige het algemeen belang van bestrijding van misdaad dient. Zulke feitenkwesties zijn dus medebepalend voor een overdacht evenwicht. Door wederzijdse aanpassing van algemene beginselen en concrete oordelen moet de kwestie van de kroongetuige kunnen worden opgelost, net als alle kwesties in de strafvordering.

Omstreden zin van straf

Dit bescheiden voorbeeld laat al zien dat een overdacht evenwicht in de strafvordering niet makkelijk te bereiken is, zelfs niet als het gaat om een antwoord op een ondergeschikte deelvraag. Een overtuigend *reflective equilibrium* vooronderstelt dat alle mogelijke factoren ter zake deel uitmaken van de theorie die op alle mogelijke vragen het betere antwoord geeft. De beste theorie van strafvordering wordt dus mede bepaald door materieel strafrecht. Strafvordering is immers waarheidsvinding ter verwerkelijking van materieel strafrecht.

Opvallend is dat Rozemond het materiële strafrecht bewaarde voor het op één na laatste hoofdstuk van zijn boek en dat hij ervan uitgaat dat de grondslagen ervan onomstreden zijn. 'Achter de doelen van het strafproces gaan de doelen schuil die aan het materiële strafrecht kunnen worden toegeschreven: de bescherming van rechtsgoederen. Deze rechtsgoederen bestaan uit vitale belangen van burgers. Deze belangen (leven, bezit, vrijheid) zijn noodzakelijke voorwaarden om een menselijk leven te kunnen leiden.' (p. 362, 403) Bij Rozemond is straf geen vergelding van het verleden, maar bescherming door preventie voor de toekomst.

Rozemonds preventieve opvatting van straf kan niet op algemene instemming rekenen. Knigge beweert zelfs dat strafrechtspleging uiteindelijk meer leed veroorzaakt dan voorkomt.² Dat is op zich al niet zo best en voor Rozemonds stelling over het ene juiste antwoord in de strafvordering nog minder. Regels, beginselen en theorieën van strafvordering zijn immers niet onafhankelijk van opvattingen van materieel strafrecht. De zin van straf kan ook worden gezien in vergelding. In een dergelijke opvatting is leed door straf het verdiende loon voor de dader en doet preventieve werking er eigenlijk niet toe. De terugkeer van vergelding hangt samen met de opmars van genoegdoening voor slachtoffers in het strafrecht (en met verharding van de strafrechtspleging?).

Vergelding in plaats van preventie als doel van straf kan leiden tot andere afwegingen in de strafvordering. Omstreden is bijvoorbeeld wat de gevolgen van onrechtmatig verkregen bewijs moeten zijn. Tot voor kort werd dergelijk bewijs uitgesloten en daardoor gingen schijnbaar schuldige daders wel eens vrijuit, tot verontwaardiging van het grote publiek. Door de recente Wet Vormverzuimen is die bewijsuitsluiting afgezwakt of volgens sommigen eigenlijk afgeschaft. Zo kan tegenwoordig op niet al te ernstige onrechtmatigheid tegen burgers en verdachten ook strafvermindering volgen, in plaats van géén

straf.

Rozemond houdt er te weinig rekening mee dat bijvoorbeeld de ratio van (gedeeltelijke) vrijwaring van straf als sanctie op procedurefouten samenhangt met opvattingen van materieel strafrecht. Als strafrechtspleging dient ter bescherming tegen misdaad van vitale belangen van burgers, dan is strafvermindering ten gevolge van procedurefouten in een enkel geval een onbeduidende aantasting van die bescherming, zolang er in het algemeen voldoende wordt gestraft (afgezien van de dringende noodzaak om blijvend gevaarlijke daders vast te zetten). Anderzijds is het een signaal aan de overheid (dat die zich moet houden aan het legaliteitsbeginsel) en een zekere schadevergoeding voor de verkeerd behandelde burger.

In opvattingen van straf als vergelding gaat het echter niet in de eerste plaats om preventie door voldoende straf, maar om rechten van slachtoffers en anderen op straf tegen daders. Strafvermindering als sanctie op procedurefouten als onrechtmatige bewijsverkrijging is daarmee niet goed verenigbaar. Slachtoffers zullen zeggen: onrechtmatig verkregen bewijs moet op andere manieren worden aangepakt, want strafvermindering voor daders is schending van onze rechten op genoegdoening.

Dient strafrecht alleen algemene belangen, dan moeten die algemene belangen worden afgewogen tegen rechten van verdachten om gevrijwaard te blijven van onrechtmatig bewijs. Dan zullen dergelijke rechten de doorslag geven, zoals individuele rechten in het algemeen een marginale aantasting van algemene belangen kunnen rechtvaardigen. Gaat het evenwel om rechten op vergelding, dan moeten verschillende rechten tegen elkaar worden afgewogen en dan wordt het moeilijker.

De zin van straf staat niet in de wet

Ten gunste van zijn preventieve opvatting zou Rozemond nog kunnen stellen dat de Memorie van Toelichting bij het Wetboek van Strafvordering in 1914 stelde dat het doel van de strafvordering is de *krachtige repressie van de misdaad ter bescherming van de gemeenschap* (onder andere p. 360). Maar hij laat ook overtuigend zien dat historische documenten alleen zin hebben in een door rechtsbeginselen bepaalde uitleg. Een dergelijke uitleg kan leiden tot andere dan historisch gegeven afwegingen en prioriteiten.³

Ook kan Rozemond stellen dat nogal wat in het wetboek zelf erop wijst dat preventie van aantasting van vitale belangen het achterliggende doel is. Zo stelt het eerder genoemde opportuniteitsbeginsel dat vervolging achterwege kan blijven als daarmee algemene belangen worden gediend, bijvoorbeeld als vitale belangen van burgers daardoor beter worden beschermd. Maar ook vergelding als genoegdoening voor slachtoffers is steeds vaker te vinden in datzelfde Wetboek van Strafvordering en in de rechterlijke uitleg daarvan. Zo kunnen slachtoffers sinds enige tijd in strafzaken (beperkte) schadevergoeding vragen en kunnen zij doelmatiger klagen over het uitblijven van vervolging.

Onduidelijkheid en onenigheid over doelstellingen van materieel strafrecht is dus medebepalend voor onduidelijkheid over strafvordering en die is niet verenigbaar met Rozemonds stelling van het ene juiste antwoord op alle strafvorderlijke vragen.

Dat maakt het boek natuurlijk niet onbruikbaar. Er blijven genoeg goede antwoorden over. Bovendien is het een uitdaging om ook het materiële strafrecht theoretisch te doordenken. (Wie weet is Rozemond er al mee bezig.) Het is tenminste verplichte stof voor strafrechters die hun beslissingen beter moeten motiveren en zo kan Rozemonds theorie bijdragen aan verbetering van de strafrechtspraktijk.

Noten

1 Zie J. Rawls, *A Theory of Justice*, Belknap Press of Harvard University Press, [1971] 1999, en R.M. Dworkin, *Law's Empire*, Harvard University Press, 1986.

2 Zie Knigge, *Het irrationele van de straf*, introerede, Gouda Quint, 1988.

3 Zo werken Groenhuijse en Knigge in opdracht van het ministerie van Justitie aan een nieuw Wetboek van Strafvordering, waarin rechten van slachtoffers een grotere rol spelen.

Hendrik Kaptein is universitair docent Rechtsfilosofie aan de Faculteit der Rechtsgeleerdheid aan de Universiteit van Amsterdam.

Besproken boeken:

Klaas Rozemond, *Strafvorderlijke Rechtsvinding*, proefschrift Vrije Universiteit, handelseditie Gouda Quint, 1998), 454 p.