

## Heer en knecht – aantekeningen over de verhouding tussen materieel en formeel strafrecht, proportionaliteit en artikel 359a Sv<sup>2</sup>

DD 2022/20

### 1. Inleiding

Naar aloude en wijdverbreide opvatting is de *ratio essendi* van het formele recht gelegen in zijn dienstbaarheid aan het materiële recht.<sup>3</sup> De eertijds binnen de *common law* gebruikelijke benaming ‘*adjective law*’ brengt die functionele onzelfstandigheid van het formele recht treffend tot uitdrukking. Daarover lezen we bij Bentham: “Of the adjective branch of the law, the only defensible object, or say end in view, is the maximization of the execution and effect given to the substantive branch of the law.”<sup>4</sup> In oudere teksten is het procesrecht dan ook wel betiteld als ‘dienstmaagd’ (*handmaid*) van de materiële gerechtigheid – een metaforische omschrijving waarin een voor hedendaagse oren weinig ‘verlicht’ mens- en maatschappijbeeld doorklinkt:

“‘Although I agree,’ said Collins, M. R., in a leading English case, ‘that a Court cannot conduct its business without a code of procedure, I think that the relation of rules of practice to the work of justice is intended to be that of a handmaid rather than mistress, and the Court ought not to be so far bound and tied by rules, which are after all only intended as general rules of procedure, as to be compelled to do what will cause injustice in the particular case.’ (...) The learned judge’s homely simile might be carried further. A handmaid, no matter how devoted, seems never averse to becoming mistress of a household should opportunity offer. Just so do rules of procedure tend to assume a too obtrusive place in the attentions of judges and lawyers – unless, indeed, they are continually restricted to their proper and subordinate role.”<sup>5</sup>

De strekking van de genoemde metafoor is duidelijk dat het formele recht zijn ondergeschikte plaats moet kennen, daaraan bij tijd en wijle desnoods moet worden herinnerd. Het mag zich dus vooral geen grotere betekenis aanmatigen dan verenigbaar is met het primaat van het materiële recht. Deze strekking lijkt – wat er verder zij van het wat seksistische

- 
- 1 Hoogleraar straf- en strafprocesrecht aan het Willem Pompe Instituut voor Strafrechtswetenschappen en het Utrecht Centre for Accountability and Liability Law (Ucall) van de Universiteit Utrecht.
  - 2 Citeerwijze: F. de Jong, ‘Heer en knecht – aantekeningen over de verhouding tussen materieel en formeel strafrecht, proportionaliteit en artikel 359a Sv’, *DD* 2022/20.
  - 3 Zie bijvoorbeeld A. Kollmann, *Begriffs- und Problemgeschichte des Verhältnisses von formellem und materiellem Recht*, Berlin: Duncker & Humblot 1996; W. Simshäuser, *Zur Entwicklung des Verhältnisses von materiellem Recht und Prozeßrecht seit Savigny. Eine Untersuchung am Beispiel rechtsfremder Klagen*, Bielefeld: Verlag Ernst und Werner Gieseking 1965, p. 71 e.v.; W. Zöllner, ‘Materielles Recht und Prozeßrecht’, *Archiv für die civilistische Praxis* 190 (1990) 5, p. 471-495; Th.O. Main, ‘The Procedural Foundation of Substantive Law’, *Washington University Law Review* 87 (2010), p. 801-841.
  - 4 J. Bentham, *Principles of Judicial Procedure*, in: J. Bowring (ed.), *The Works of Jeremy Bentham. Volume II*, Edinburgh: William Tait 1843, p. 6. Op dezelfde pagina omschrijft Bentham “the only defensible object” van het materiële recht als “the maximization of the happiness of the greatest number of the members of the community in question”. Zie ook G. Postema, ‘The Principle of Utility and the Law of Procedure: Bentham’s Theory of Adjudication’, *Georgia Law Review* 11 (1976), p. 1396.
  - 5 Ch.E. Clark, ‘The Handmaid of Justice’, *Washington University Law Quarterly* 23 (1938) 3, p. 297. Zie ook M.R. Damaška, *The Faces of Justice and State Authority. A Comparative Approach to the Legal Process*, New Haven/Londen: Yale University Press 1986, p. 148.

en standsbewuste werkelijkheidsbeeld dat in bovenstaand citaat aan de dag treedt – nog steeds actueel. Zo heeft het strafproces(recht), in de woorden van Corstens, Borgers en Kooijmans, “als hoofddoel de juiste toepassing van het materiële strafrecht te realiseren, opdat schuldigen (kunnen) worden gestraft en onschuldigen niet”.<sup>6</sup> Daaraan voegen zij toe: “Als dat hoofddoel niet vooropstaat, als het niet wordt nagestreefd, mag geen strafproces worden geëntameerd.”<sup>7</sup>

Het strafprocesrecht belichaamt echter ook *eigen*, niet tot het materiële recht herleidbare, daarmee soms zelfs strijdige doeleinden, die het eveneens te verwezenlijken zoekt. Mede hierin uit zich de relatieve zelfstandigheid van het strafprocesrecht. Toch lijkt het erop dat het strafprocesrecht in Nederland sinds enige decennia op onderdelen terrein verliest aan het materiële strafrecht, met dien verstande dat de toepassing van procedurele normen in toenemende mate afhankelijk wordt gesteld van een *belangenafweging* waarin (ook) de doelen van het materiële strafrecht dienen te worden betrokken.<sup>8</sup> Een duidelijk voorbeeld van de ingewikkelde balanceeroefeningen die met deze ontwikkeling gepaard kunnen gaan, biedt de rechterlijke beoordeling van vormverzuimen op grond van artikel 359a Sv. Voordat ik daarop inga (paragraaf 4), sta ik eerst wat langer stil bij de verhouding tussen materieel en formeel recht (paragraaf 2) en bij het verschijnsel belangenafweging (paragraaf 3).<sup>9</sup>

## 2. De verhouding tussen formeel en materieel (straf)recht

De gedachte dat procesrecht primair strekt tot verwezenlijking van in het materiële recht voorgetekende doeleinden, spreekt in zoverre nogal vanzelf, dat zonder die materieelrechtelijke doeleinden er ook helemaal niets te procederen valt. Ofwel: “Ohne materielles Recht gibt es kein Prozeßrecht.”<sup>10</sup> Maar het omgekeerde is natuurlijk evengoed waar: bij ontstentenis van regels van procesrecht is het materiële recht volstrekt vleugellam. Het materiële recht heeft dan wel het primaat, maar is voor zijn actualisering in concrete gevallen geheel afhankelijk van het formele recht. In zoverre kan het formele recht worden aangemerkt als de *ratio cognoscendi* van wat in materiële zin ‘rechtens’ is. Giesen verwoordt dit in relatie tot het burgerlijk procesrecht aldus:

“Het materiële recht heeft het formele procesrecht nodig om te kunnen worden verwezenlijkt, om niet als louter pretentie, als gepretendeerd recht te bestaan; en zonder materieel recht valt

6 G.J.M. Corstens, *Het Nederlands strafprocesrecht*, tiende druk bewerkt door M.J. Borgers & T. Kooijmans, Deventer: Wolters Kluwer 2021, p. 12.

7 Corstens/Borgers & Kooijmans 2021, p. 14. Als bekend, dient het strafprocesrecht ook verschillende ‘nevendoelelen’ of ‘nevenfuncties’ die evenwel afgeleiden vormen van de algemeen onderkende strafdoelen en in zoverre dus wél tot het materiële strafrecht te herleiden zijn. Zie Corstens/Borgers & Kooijmans 2021, p. 13-14, die onderscheiden: speciale en generale preventie, voorkomen van eigenrichting, orde scheppen en genoegdoening aan het slachtoffer.

8 Zie voor een analytische duiding van ontwikkelingen ten aanzien van de ‘prioriteitsverhoudingen’ tussen het strafprocesrecht en het materiële strafrecht binnen hedendaagse (Anglo-Amerikaanse) rechtssystemen O. Malcai & R. Levine-Schnur, ‘When Procedure Takes Priority: A Theoretical Evaluation of the Contemporary Trends in Criminal Procedure and Evidence Law’, *The Canadian Journal of Law & Jurisprudence* 30 (2017) 1, p. 187-213. Zie ook O. Malcai & R. Levine-Schnur, ‘Which Came First, the Procedure or the Substance? Justificational Priority and the Substance-Procedure Distinction’, *Oxford Journal of Legal Studies* 34 (2014) 1, p. 1-19.

9 Een ander voorbeeld is het in 2013 geïntroduceerde buitengewone rechtsmiddel van de herziening ten nadele van de gewezen verdachte (artikel 482a Sv) dat de betekenis van het strafvorderlijke *ne bis in idem*-beginsel heeft verkleind. Zie Corstens/Borgers & Kooijmans 2021, p. 1080-1091; T. Kooijmans, *In het belang van een goede rechtsbedeling* (afscheidsrede Tilburg), Tilburg: Tilburg University 2021, p. 27-39; W.F. van Hattum, ‘Hoeveel rechtsonzekerheid voor allen is de bestraffing van een enkeling ons waard? Kanttekeningen bij het wetsvoorstel “Herziening ten nadele”’, *NJB* 2012/398, p. 444-450.

10 O. Jauernig, ‘Materielles Recht und Prozeßrecht’, *Juristische Schulung* 11 (1971), p. 329.

er voor het civiele procesrecht niets te verwezenlijken. Het burgerlijk procesrecht staat dus niet op zichzelf en kan niet zelfstandig bestaan, is dus, in elk geval wat dit aspect aangaat, inderdaad ‘dienend’.”<sup>11</sup>

Deze observaties zijn van overeenkomstige toepassing op het strafprocesrecht. Tussen het formele en het materiële recht bestaan dus een *wederkerige* gezagsverhouding en een wederzijdse afhankelijkheid. In dit opzicht doet de relatie tussen formeel en materieel recht denken aan die tussen ‘heer en knecht’ in de bekende parabel die Hegel optekende in zijn *Phänomenologie des Geistes* uit 1807.<sup>12</sup> In deze allegorische en nogal raadselachtige vertelling staat de ‘heer’ voor de *abstracte*, onthechte kennis van de werkelijkheid die uitdrukking vindt in algemene begrippen; de ‘knecht’ vertegenwoordigt daarentegen het *concrete*, context-gebonden begrip van de geleefde werkelijkheid.

De heer is (of waant zich) volkomen zelfstandig; hoog en droog verheven boven de concrete ervaringswerkelijkheid, en dus gevrijwaard van alle dagelijkse beslommeringen daarbinnen, vat hij de werkelijkheid in een cerebraal geheel van algemene en onveranderlijke concepten. Voor de ‘knecht’ is dit abstracte perspectief niet weggelegd; daarvoor is hij te onzelfstandig, dat wil zeggen: te zeer verkleefd aan de concrete ervaringswereld en betrokken op de individuele ‘dingen’ waarmee hij al handelend en werkend in aanraking komt. Dat werken doet hij ten behoeve en op last van de heer, die de knecht in zoverre stevig in zijn macht heeft.

Althans, zo lijkt het. De machtsverhouding is namelijk wezenlijk instabiel. Allengs daagt bij de heer het besef dat hij zijn verheven, zelfstandige status en zijn daarmee verbonden macht niet aan zichzelf te danken heeft, maar enkel kan ontlenen aan de knecht. Heer is hij slechts doordat en voor zolang de knecht zich aan zijn gezag onderwerpt en hem daarmee als heer *erkent*. En in zijn rechtstreekse omgang met en bewerking van de concrete dingen, ontwikkelt de knecht gaandeweg een eigen begrip van de werkelijkheid. Allengs groeit daarmee zijn zelfstandigheid, tot het moment waarop hij zijn heer niet langer nodig heeft en de rollen kunnen worden omgedraaid.

Zonder nu de vergelijking op de spits te willen drijven, zou in de figuur van de ‘heer’ het materiële recht en in die van de ‘knecht’ het formele recht kunnen worden herkend. De normen en concepten van het materiële recht geven uitdrukking aan een boven de dagelijkse realiteit uitgetild, abstract en algemeen ‘theoretisch weten’.<sup>13</sup> Dit theoretische weten is *op zichzelf* – dat wil zeggen: los van enige binding met de empirische werkelijkheid – niet meer dan een dode letter; eerst binnen de context van een concrete procedure – en

11 I. Giesen, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. Procesrecht 1. Beginselen van burgerlijk procesrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2015, nr. 10. Zie ook A.C. van Schaick, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. Procesrecht 2. Eerste aanleg*, Deventer: Wolters Kluwer 2016, nr. 7.

12 G.W.F. Hegel, *Phänomenologie des Geistes* (G. Lasson, red.), Leipzig: Verlag der Dürr’schen Buchhandlung (1807) 1907, deel B, IV-A: ‘Selbständigkeit und Unselbständigkeit des Selbstbewußtseins; Herrschaft und Knechtschaft’, p. 123-131. Zie hierover R.B. Brandom, *A Spirit of Trust. A Reading of Hegel’s Phenomenology*, Cambridge, Massachusetts/Londen: Harvard University Press 2019, hoofdstuk 10, p. 313-362.

13 Vgl. J.F. Nijboer & L.T. Wemes, *Rechtspraak, dogmatiek en dogmatisme. De analytische waarde van het onderscheid tussen materieel en formeel strafrecht*, Arnhem: Gouda Quint 1990, p. 30: “Het materiële strafrecht figureert op een abstracter niveau dan het formele en is, in vergelijking tot het laatstgenoemde, statischer van aard. Het materiële recht veronderstelt een doorzichtige wereld.” Zie over het begrip ‘theoretisch (versus narratief) weten’ A.C. ‘t Hart, *Recht als schild van Perseus. Voordrachten over strafrechtstheorie*, Arnhem: Gouda Quint 1991, p. 46-56; R. Foqué & A.C. ‘t Hart, *Instrumentaliteit en rechtsbescherming. Grondslagen van een strafrechtelijke waarden-discussie*, Arnhem/Antwerpen: Gouda Quint/Kluwer 1990, p. 138-140.

daarmee van de idiosyncratische werkelijkheid van de casuïstiek – komt het tot leven.<sup>14</sup> Het materiële recht is dus voor zijn gelding afhankelijk van het formele recht.

Daaraan moet worden toegevoegd dat het formele recht, op grond van zijn voortdurende, rechtstreekse omgang met de steeds wisselende casuïstiek en daarmee verbonden vraagstukken,<sup>15</sup> een *eigen*, specifieke vorm van rationaliteit ontwikkelt. Deze in de ervaring verankerde, *prudentiële* rationaliteit<sup>16</sup> is dan ook niet zonder meer tot het bestaande materiële recht herleidbaar, doch belichaamt in wezen een soort *eigen* ‘materieel recht’ voor het procesrecht.<sup>17</sup> Voor het strafprocesrecht vinden we hiervan bij Corstens, Borgers en Kooijmans de volgende treffende omschrijving:

“Het strafproces is (...) de noodzakelijke schakel tussen het strafbaar feit en het door de rechter – en soms ook door de officier van justitie – op te leggen strafrechtelijke sanctie. (...) Het strafprocesrecht regelt die schakel. (...) Daarbij gaat het erom de strafwet toe te passen op schuldigen en toepassing ervan op onschuldigen te verhinderen. Een bekende uitlating in dit verband is dat het beter is tien schuldigen niet te veroordelen dan één onschuldige wel te veroordelen. Die uitlating prent de strafrechtspleging voorzichtigheid in. Het strafprocesrecht moet de structuur aanreiken op basis waarvan die voorzichtigheid wordt betracht.”<sup>18</sup>

Deze procesrechtelijke rationaliteit van omzichtigheid en terughoudendheid wil uiteraard niet enkel mooi in de oren klinken, maar wil vooral ook normatief gehandhaafd kunnen worden. Meest pregnant vindt ze uitdrukking in de verschillende (nationale en internationale) normen strekkende tot verzekering van het recht op een eerlijke procesvoering. De prudentiële rationaliteit van het procesrecht omvat daarnaast regels en beginselen die strekken tot verzekering van een (uit oogpunt van bejegening en/of integriteit) fatsoenlijke ofwel behoorlijke procesvoering.<sup>19</sup>

De prudentiële normen en beginselen van het formele recht zijn van (zeer) uiteenlopende aard, maar hebben gemeen dat zij ondersteunend zijn aan het primaire doel van het formele recht. Voor zover zij beogen bij te dragen aan een inhoudelijk juiste toepassing van het materiële recht (oftewel, in het strafprocesrecht: voor zover zij beogen te verzekeren dat enkel de werkelijk schuldigen worden bestraft en dat toepassing van de strafwet op onschuldigen dus zoveel mogelijk wordt voorkomen), staan zij volledig in het teken van die

14 Associaties met Wittgensteins denkbeelden over het ‘volgen van regels’ liggen hier voor de hand. Vgl. L. Wittgenstein, *Philosophical Investigations*, Londen: Basil Blackwell (1953) 1967, § 432: “Every sign by itself seems dead. *What gives it life?* – In use it *lives*. Is it there that it has living breath within it? – Or is the use its breath?”. Zie nader F. de Jong, ‘The End of Doctrine? On the Symbolic Function of Doctrine in Substantive Criminal Law’, *Utrecht Law Review* 7 (2011) 3, p. 8-45, vooral p. 28-34; en B. Brożek, *Rule-following. From Imitation to the Normative Mind*, Krakau: Copernicus Center Press 2013, p. 27-52.

15 Vgl. Nijboer & Wemes 1990, p. 30: “Het formele recht normeert primair onderzoek en bewijs etc. als menselijke activiteit in een ondoorzichtige, op te helderen wereld. Daarmee is ook het relatief dynamische karakter van het formele recht aangegeven.”

16 Prudentie (*prudentia*; *phronēsis*) is een vorm van praktische wijsheid die centraal staat in de filosofie van Aristoteles (met name in boek 6 van diens *Ethica Nicomachea*). Zie hierover P. Ricoeur, *Oneself as Another*, Chicago/Londen: University of Chicago Press 1992, p. 174-179 en (mede in relatie tot Hegel) 290-191; en A.W.M. Mooij, *Prudentie en evidentie* (afscheidsrede Utrecht), opgenomen in: F. de Jong (red.), *Strafrecht, psychiatrie en de menselijke conditie. Bespiegelingen van Antoine Mooij over menselijke verantwoordelijkheid en de waarden van de moderniteit*, Den Haag: Boom juridisch (2009) 2022, p. 95-127.

17 Zie ook Nijboer & Wemes 1990, p. 32.

18 Corstens/Borgers & Kooijmans 2021, p. 8-9. Zie ook B. van Roermund, *Het verdwijnpunt van de wet. Een opstel over symboolwerking van wetgeving*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1997, p. 69-80.

19 Waarbij voor het strafprocesrecht uiteraard onder meer aan het beginsel van redelijke en billijke belangenafweging moet worden gedacht. Zie Corstens/Borgers & Kooijmans 2021, p. 11-12, 42-44, 58-70; en zie de volgende paragraaf.

primaire doelstelling. Maar (volledige) verwerkelijking van het materiële recht wordt niet tegen iedere prijs nagestreefd. In voorkomende gevallen kunnen de normen en beginselen waarin de prudentiële rationaliteit van het formele recht zich uitdrukt, de primaire doelstelling van het procesrecht dan ook (al of niet stevig) in de weg zitten.<sup>20</sup>

De relatieve *zelfstandigheid* van het procesrecht is nu precies gelegen in zijn mogelijkheden om op grond van de eigen prudentiële normen de realisering van de materieelrechtelijke doelen de pas af te snijden. De vraag onder welke voorwaarden en in welke mate het procesrecht de desiderata van het materiële recht zou moeten kunnen overvleugelen, laat zich niet in algemene zin beantwoorden. Dit is afhankelijk van (uiteindelijk) rechtspolitieke opvattingen over de normatieve betekenis en het relatieve gewicht van de verschillende, door het procesrecht en het materiële recht behartigde belangen. Zo was Peters, als bekend, pleitbezorger van een in verhouding tot het materiële strafrecht maximaal geëmancipeerd strafprocesrecht. In zijn visie bestond zelfs zicht op een omkering van de gezagsverhouding tussen materieel en formeel strafrecht, tussen heer en knecht:

“De meest essentiële beginselen en regels van het strafrecht zijn die welke de procedure betreffen. Van de procedure zal het afhangen of de premissen van het materiële recht kunnen worden gerealiseerd. Maar ook het materiële recht zelf kan worden gezien, en kan zich ontwikkelen, als procesrecht. Immers, het materiële strafrecht bepaalt wat geldige argumenten zijn in het strafproces en zulke regels zijn processueel van aard. Ik zou het willen stellen in de vorm van een these: in rechtsontwikkeling zit een inherente tendens tot omvorming van kwesties van materieel recht in kwesties van procedure.”<sup>21</sup>

Maar zover is het nog niet, en zover zal het waarschijnlijk nooit komen. Toename van de zelfstandigheid van het (straf)procesrecht ten opzichte van het materiële (straf)recht wordt niet alleen toegejuicht, maar wordt ook met argusogen bekeken: “rules of procedure tend to assume a too obtrusive place in the attentions of judges and lawyers – unless, indeed, they are continually restricted to their proper and subordinate role.”<sup>22</sup> Oftewel: het gevoelen kan ontstaan dat het procesrecht zich te veel ‘opdringt’ en daarom dringend weer eens aan zijn ondergeschikte positie dient te worden herinnerd.<sup>23</sup> Dit kan zich voordoen wanneer rechtsbeschermende waarborgen uit het procesrecht de instrumentele doelen van het materiële recht (te veel) in de weg zitten. Overigens komt natuurlijk ook het omgekeerde

---

20 Vgl. A.A.G. Peters, ‘Individuele vrijheid en de positie van verdachten in het strafproces’, in: M. Gunning, C. Kelk & K. Schuyt (red.), *Recht als kritische discussie. Een selectie uit het werk van A.A.G. Peters*, Arnhem: Gouda Quint (1975) 1993, p. 79-106, p. 88-95, die in relatie tot het strafrecht een conceptueel onderscheid introduceert tussen het van nature op uitsluiting en onderdrukking van de delinquent gerichte ‘proces’ enerzijds en de kunstmatige, op rechtsbescherming en emancipatie van de delinquent gerichte ‘procedure’ anderzijds.

21 A.A.G. Peters, *Het rechtskarakter van het strafrecht* (oratie Utrecht), opgenomen in: M. Gunning, C. Kelk & K. Schuyt (red.), *Recht als kritische discussie. Een selectie uit het werk van A.A.G. Peters*, Arnhem: Gouda Quint (1972) 1993, p. 15-34, p. 34. Zie over de procedurele grondslag van het (straf)recht ook Van Roermund 1997, p. 69-73; De Jong 2011, p. 15-17 en 34-37; J. Waldron, *Law and Disagreement*, Oxford/New York: Oxford University Press 1999, p. 75-77; Malcai & Levine-Schnur 2017, p. 198; en Main 2010.

22 Zie voetnoot 5.

23 In dit verband valt te wijzen op de tendens tot ‘deformalisering’ die zich al enige decennia binnen het burgerlijk procesrecht aftekent. Zie bijvoorbeeld J.B.M. Vranken, *Mr. C. Asser’s Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. Algemeen deel*<sup>\*\*</sup>, Deventer: Kluwer 1995, nr. 9: “Meer en meer heeft het inzicht veld gewonnen dat het procesrecht een dienende functie heeft en dat de rechter zich niet onbetuigd behoeft te laten bij het vermijden of wegruimen van obstakels. Geconstateerd kan worden dat de rechter dit in toenemende mate ook doet.” Zie ook Giesen 2015, nr. 10; Van Schaik 2016, nr. 3; Th.B. ten Kate, ‘Procesregels naar de kern genomen’, in: W.H. Heemskerk e.a. (red.), *Een goede procesorde* (Haardt-bundel), Deventer: Kluwer 1983, p. 71-82.



voor, dat wil zeggen gevallen waarin het procesrecht de door het materiële recht geboden rechtsbescherming (te veel) ondergraaft. Zo schrijft Groenhuijsen:

“Het in ogenschouw nemen van de wisselwerking tussen materieel strafrecht en de strafverordering dient bijvoorbeeld te voorkomen dat met de ene hand wordt teruggenomen wat met de andere hand is gegeven. Rechtsbescherming op basis van begripsvorming op het niveau van de elementen en bestanddelen van het strafbaar feit mag niet ongedaan worden gemaakt door ficties of constructies in de procesrechtelijke toepassingspraktijk.”<sup>24</sup>

Spanning tussen de prudentiële rationaliteit van het procesrecht en de abstracte desiderata van het materiële recht kan, door de tijd heen, dus hoe dan ook op verschillende wijzen en in verschillende graden van intensiteit tot uiting komen, en vervolgens al dan niet aanleiding geven tot bijstelling van het recht. Het gegeven van die spanning zélf is evenwel van alle tijden en laat zich niet, in ieder geval niet zomaar, met een hegeliaans-dialectisch wondermiddel ‘opheffen’.<sup>25</sup> Zowel op het niveau van wetgeving als op dat van de rechtspraak dienen zich dan ook geregeld ingewikkelde vraagstukken aan met betrekking tot de onderlinge afbakening of prioritering van procesrechtelijke normen en materieelrechtelijke doeleinden.

Deze problematiek wordt voor het strafrecht nog eens bemoeilijkt door de omstandigheid dat niet alleen tussen het materiële strafrecht en het strafprocesrecht, maar ook *binnen* de prudentiële rationaliteit van het strafprocesrecht zélf verschillende, onderling conflicterende gezichtspunten om voorrang kunnen strijden. Daarbij moet uiteraard met name worden gedacht aan de belangen van de verdachte tegenover die van het slachtoffer en de nabestaande. Zoals opgemerkt in de inleiding, zijn er aanwijzingen dat het strafprocesrecht in Nederland terrein verliest aan het materiële strafrecht, met dien verstande dat de toepassing van procedurele normen in toenemende mate afhankelijk wordt gesteld van een belangenafweging waarin (ook) de doelen van het materiële strafrecht dienen te worden betrokken.

Voor zover dat inderdaad het geval mocht blijken te zijn, sluit deze ontwikkeling aan bij een binnen moderne rechtssystemen wel onderkende algemene tendens tot vergroting van “flexibility of procedural rules and extension of judicial discretion to deviate from those rules”.<sup>26</sup> Voordat (in de vierde paragraaf), bij wijze van voorbeeld van een van de bijzonder ingewikkelde balanceeroefeningen waartoe deze algemene tendens kan nopen, wordt ingegaan op de rechterlijke beoordeling van vormverzuimen uit het voorbereidend onderzoek op voet van artikel 359a Sv, worden eerst enige opmerkingen gewijd aan de teleologische structuur van het fenomeen ‘belangenafweging’ waarmee de beginselen van subsidiariteit en proportionaliteit onverbreekelijk samenhangen.

24 M.S. Groenhuijsen, ‘Materiële dogmatiek en de modernisering van het strafrecht’, in: M.S. Groenhuijsen, G.E. Mulder & J. Remmelink (red.), *De Schets nader bekeken. Beschouwingen naar aanleiding van de Schets materieel strafrecht van W. Nieboer*, Arnhem: Gouda Quint 1992, p. 1-19, p. 14.

25 Vgl. A. Norrie, *Justice and the Slaughter Bench. Essays on Law's Broken Dialectic*, Londen/New York: Routledge 2017, p. 21: “In Hegel's dialectical philosophy, the part and the whole, legal and ethical judgment, the rational and the real are connected by synthesis of the different elements in a rational totality. What is rational (or ideal) is real, and what is real (or actual) is rational. In the analysis presented here, that synthesis remains unachieved. (...) Law must live with and through antinomy, not by way of its dialectical resolution.”

26 Malcai & Levine-Schnur 2017, p. 188.

### 3. Het beginsel van proportionaliteit in abstracto<sup>27</sup>

De beginselen van subsidiariteit en proportionaliteit zijn in het strafrecht alomtegenwoordig.<sup>28</sup> Dat is niet verwonderlijk nu beide beginselen nauw zijn verweven met het oude en inmiddels wat verbleekte *ultimum remedium*-beginsel dat, zeer kernachtig weergegeven, voorschrijft dat het strafrecht pas in laatste instantie, dus zo min mogelijk, van stal gehaald moet worden. Daarbij moet 'het strafrecht' in wijde zin worden verstaan: het beginsel heeft betrekking op de domeinen van strafbaarstelling, opsporing, vervolging en berechting en de toemeting en tenuitvoerlegging van sancties. De aansporing tot een zo gering mogelijke inzet van het strafrecht geldt bovendien zowel 'in de breedte' (bijvoorbeeld ten aanzien van onnodig ruim geformuleerde of geïnterpreteerde strafbepalingen) als 'in de diepte' (onnodig strenge strafbedreigingen of strafopleggingen).<sup>29</sup>

Overkoepelende theoretische beschouwingen over het subsidiariteits- en het proportionaliteitsbeginsel zijn desondanks binnen de Nederlandse strafrechtswetenschappelijke literatuur vooralsnog betrekkelijk zeldzaam.<sup>30</sup> Binnen de constitutioneel- en mensenrechtelijke literatuur vormen zij daarentegen al enige decennia een wijd beoefend academisch specialisme. Daarbinnen gaat onder meer veel aandacht uit naar de *logische structuur* van de begrippen, waarbij de subsidiariteit veelal wordt beschouwd als onderdeel van het meeromvattende begrip proportionaliteit. De inzichten hierover zijn, zoals ik hieronder aannemelijk hoop te maken, eveneens van grote waarde voor het strafrecht.

De juridische beoordeling van (beweerde) inbreuken op fundamentele burgerlijke rechten en vrijheden vindt gemeenlijk plaats op basis van een tweeledige toets.<sup>31</sup> In een eerste stap wordt vastgesteld of een bepaalde gebeurtenis (bijvoorbeeld de invoering van een wet, de

27 Sommige passages uit deze paragraaf zijn ontleend aan F. de Jong & C. Kelk, 'Proportionaliteit als interpretatief principe', in: T. Kooijmans, J. Ouwerkerk, C. Rijken, & J. Simmelink (red.), *Op zoek naar evenwicht* (Groenhuisenbundel), Deventer: Wolters Kluwer 2021, p. 351-363.

28 Het nieuwe Wetboek van Strafvordering voorziet in een codificatie van de beginselen van subsidiariteit en proportionaliteit. Artikel 2.1.2 in de ambtelijke versie (juli 2020) van het Wetsvoorstel tot vaststelling van een nieuw Wetboek van Strafvordering luidt: "Een bevoegdheid wordt alleen uitgeoefend indien: a. het daarmee beoogde doel niet op een andere, minder ingrijpende wijze kan worden bereikt en b. de uitoefening daarvan in een redelijke verhouding staat tot het daarmee beoogde doel." Zie hierover P.H.P.H.M.C. van Kempen, 'Subsidiariteit, proportionaliteit en doelbinding als algemene beginselen: codificatie graag, maar meer volledig', *DD* 2018/8, p. 85-100; A. Das, 'De codificatie van rechtsbeginselen in het gemoderniseerde Wetboek van Strafvordering', *Tijdschrift Modernisering Strafvordering* 1 (2018) 1, p. 19-28; en M.J. Borgers, 'Het gemoderniseerde Wetboek van Strafvordering: beginselen en uitgangspunten', *RMTh* (2017) 6, p. 279-290. Zie daarnaast artikel 7 leden 1 en 7 Politiewet en in verband daarmee HR 16 februari 2021, ECLI:NL:HR:2021:211, *NJ* 2021/130, m.nt. J.M. Reijntjes (Fatale nekklem).

29 Zie P.H.P.H.M.C. van Kempen, 'Criminal Justice and the Ultima Ratio Principle: Need for Limitation, Exploration and Consideration', in: P.H.P.H.M.C. van Kempen & M. Jendly (red.), *Overuse in the Criminal Justice System. On Criminalization, Prosecution and Imprisonment*, Cambridge: Intersentia 2019, p. 3-22; in diezelfde bundel: P.A.M. Mevis, 'Tendencies of Overuse in Criminal Law Policy and Criminal Law Enforcement in the Netherlands', p. 431-448. Zie daarnaast R. Wendt, 'The Principle of "Ultima Ratio" and/or the Principle of Proportionality', *Oñati Socio-legal Series* 3 (2013) 1, p. 81-94; W. Wohlers, 'Strafrecht als *Ultima Ratio* – tragender Grundsatz eines rechtsstaatlichen Strafrechts oder Prinzip ohne eigenen Aussagegehalt?', in: A. von Hirsch, K. Seemann & W. Wohlers (red.), *Mediating Principles*, Baden-Baden: Nomos 2006, p. 54-69.

30 Belangrijke verhandelingen zijn er natuurlijk wel degelijk. Zie voor het strafprocesrecht bijvoorbeeld C.P.M. Cleiren, *Beginselen van een goede procesorde. Een analyse van rechtspraak in strafzaken* (diss. Leiden), Arnhem: Gouda Quint 1989; P.A.M. Mevis, *Constitutioneel strafrecht* (oratie Rotterdam), Deventer: Gouda Quint 1998; M.S. Groenhuijsen & G. Knigge (red.), *Afronding en verantwoording. Eindrapport onderzoeksproject Strafvordering 2001*, Deventer: Kluwer 2004. En zie voor het strafrechtelijke sanctierecht bijvoorbeeld P.M. Schuyt, *Verantwoorde straftoemeting* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 2010.

31 Zie F.J. Urbina, *A Critique of Proportionality and Balancing*, Cambridge: Cambridge University Press 2017, p. 4-8; Wendt 2013, p. 86; D. Duarte & J.S. Sampaio, 'Introduction', in: D. Duarte & J.S. Sampaio (red.), *Proportionality in Law. An Analytical Perspective*, Heidelberg: Springer 2018, p. v-viii.

afkondiging van een besluit of de toepassing van een bevoegdheid) inderdaad heeft gecolliedeerd met een bepaald grondrecht. Het antwoord op de vraag of dat in een concreet geval zo is, hangt uiteraard af van de interpretatie (eng of breed) van het betrokken grondrecht; het proportionaliteitsbeginsel heeft hier nog geen recht van spreken. Dat laatste verandert in de tweede stap, waarin wordt beoordeeld of een eenmaal vastgestelde inmenging met een grondrecht in het gegeven geval ook *gerechtvaardigd* is geweest. De maatstaf hiervoor wordt veelal aangeduid als proportionaliteit ‘in wijde zin’.

De beoordeling in de tweede stap bestaat dan weer uit vier verschillende onderdelen. Ten eerste moet worden vastgesteld of met de inmenging met het desbetreffende grondrecht enig *juridisch erkend belang* (ofwel een *gerechtvaardigd doel*) is gediend. Ten tweede moet worden vastgesteld of de handeling waarmee de inbreuk wordt gemaakt, op zichzelf *geschikt* is om het juridisch erkende belang te dienen. In de derde plaats moet komen vast te staan dat dit belang niet (minstens) even doeltreffend kan worden gediend met een handeling die met een *minder ingrijpende* inmenging met het desbetreffende grondrecht gepaard gaat.<sup>32</sup> En ten slotte moet worden beoordeeld of de handeling waarom het gaat, de afrondende toets van een *redelijke en billijke belangenafweging* kan doorstaan: *weegt* het belang in dienst waarvan de inbreuk op het grondrecht wordt gemaakt, voldoende *op tegen de negatieve effecten* van die inbreuk?

Met name over dit laatste onderdeel – veelal aangeduid als proportionaliteit in ‘enge zin’ – bestaan vele, soms diepe doctrinaire controversen.<sup>33</sup> Daaraan moet hier uiteraard goeddeels voorbij worden gegaan. Volstaan wordt met de opmerking dat de afweging van belangen – voor rechters, voor officieren van justitie en andere opsporingsambtenaren en in voorkomende gevallen ook voor burgers – een onontkoombare *rechtsplicht* is.<sup>34</sup> Degenen op wie deze plicht drukt, moeten van de vervulling ervan, desverlangd, dus ook rekenschap kunnen afleggen. En rekenschap kan men alleen geven indien er inderdaad iets ‘te rekenen’ is geweest. Daarmee is (uiteraard) niet gezegd dat belangen – als waren zij numerieke eenheden – met mathematische precisie kunnen worden gemeten of gewogen. Maar deze onmogelijkheid impliceert nog niet dat achter iedere belangenafweging een vorm van ‘decisionisme’ schuil gaat.<sup>35</sup>

Een zeer prominente vertegenwoordiger van de opvatting dat een afweging van (juridisch beschermde) belangen wel degelijk aan objectieve maatstaven kan worden getoetst, is de Duitse rechtstheoreticus Alexy. Elk van de in een afweging betrokken belangen – Alexy spreekt van ‘*principles*’<sup>36</sup> – vertegenwoordigt een ‘waarde’. Een objectieve vaststelling van

32 Een bekend voorbeeld biedt artikel 8 lid 2 EVRM. Inmenging “van enig openbaar gezag” met de uitoefening van het in lid 1 gegarandeerde recht op respect voor het privéleven, het familie- en gezinsleven, de woning en correspondentie is slechts gerechtvaardigd voor zover zij “bij de wet is voorzien en in een democratische samenleving noodzakelijk is in het belang van de nationale veiligheid, de openbare veiligheid of het economisch welzijn van het land, het voorkomen van wanordelijkheden en strafbare feiten, de bescherming van de gezondheid of de goede zeden of voor de bescherming van de rechten en vrijheden van anderen”. De eis dat de inmenging met het recht op privacy “bij de wet is voorzien” is een eis van legaliteit.

33 Zie bijvoorbeeld J.S. Sampaio, ‘Proportionality in its Narrow Sense and Measuring the Intensity of Restrictions on Fundamental Rights’, in: D. Duarte & J.S. Sampaio (red.), *Proportionality in Law. An Analytical Perspective*, Heidelberg: Springer 2018, p. 71-110.

34 Zie ook Sampaio 2018, p. 86.

35 Vgl. Urbina 2017; J. Habermas, *Between Facts and Norms. Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy*, Cambridge: Polity Press 1996, p. 259; B. Schlink, ‘Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit’, in: P. Badura & H. Dreier (red.), *Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht*, Tübingen: Mohr Siebeck 2001, p. 445-465.

36 Zie R. Alexy, ‘The Construction of Constitutional Rights’, *Law & Ethics of Human Rights* 4 (2010) 1, p. 19-32; R. Alexy, ‘Constitutional Rights, Balancing, and Rationality’, *Ratio Juris* 16 (2003[a]) 2, p. 131-140; R. Alexy, ‘On Balancing and Subsumption. A Structural Comparison’, *Ratio Juris* 16 (2003[b]) 4, p. 433-449; R. Alexy, *A Theory of Legal Argumentation. The Theory of Rational Discourse as Theory of Legal Justification*, Oxford: Oxford University Press 1989.



het soortelijk gewicht van de waarde van onderling conflicterende belangen is niet mogelijk. Maar dit laat volgens Alexy de mogelijkheid van een objectieve toetsing van de *afweging* van belangen onverlet. Die toetsing is dus niet zozeer inhoudelijk als wel *procedureel* van aard. Daarbij gaat het in de grond om de beoordeling van de logische – of liever: teleologische – structuur van de redenering die aan de belangenafweging ten grondslag ligt. Om dit te verduidelijken keren we terug naar de ‘tweede stap’ uit het eerder beschreven beoordelingsschema.

Het eerste onderdeel van de beoordeling van de proportionaliteit ‘in wijde zin’ betreft het ‘gerechtvaardigd doel’: iemand deelt een vuistslag uit ter ‘verdediging van eigen lijf’ tegen een ogenblikkelijke wederrechtelijke aanranding; een opsporingsambtenaar doorzoekt een plaats ‘ter aanhouding van de verdachte’; een rechter verlengt de maatregel terbeschikkingstelling ter bescherming van ‘de veiligheid van anderen’. Deze kwesties zijn vooral van definitieve aard en bieden doorgaans weinig aanleiding tot discussie. Dat geldt ook voor het tweede onderdeel (de ‘geschiktheid’ of ‘adequatie’): de handeling in kwestie moet een zinnige bijdrage kunnen leveren aan de behartiging van het nagestreefde belang.<sup>37</sup> Aan die maatstaf wordt dus *niet* voldaan door een handeling die bestaat in “the adoption of means obstructing the realisation of at least one principle without promoting any principle or goal for which they were adopted”.<sup>38</sup>

De twee laatste onderdelen van het proportionaliteitsbeginsel ‘in wijde zin’ leiden veel vaker tot discussie. Het derde onderdeel betreft de subsidiariteit. Deze eis houdt met betrekking tot de afweging van twee belangen of ‘principles’ ( $P_1$  en  $P_2$ ) in “that of two means promoting  $P_1$  that are, broadly speaking, equally suitable, the one that interferes less intensively in  $P_2$  ought to be chosen”.<sup>39</sup> Het meest controversieel is – als gezegd – het vierde onderdeel: de proportionaliteit ‘in enge zin’. Deze wegingsfactor houdt in dat “the greater the degree of nonsatisfaction of, or detriment to, one principle, the greater the importance of satisfying the other”.<sup>40</sup> Dat we van doen hebben met een complexe aangelegenheid, blijkt al zodra we alleen nog maar een blik werpen op de in dit verband door Alexy geïntroduceerde ‘Weight Formula’:

37 J. de Hullu, *Materieel strafrecht. Over algemene leerstukken van strafrechtelijke aansprakelijkheid naar Nederlands recht*, achtste druk, Deventer: Wolters Kluwer 2021, p. 297-298, noemt het voorbeeld van HR 29 maart 1988, ECLI:NL:HR:1988:AD0260, NJ 1989/162 (Noodrem), over een verdachte die in de trein aan de noodrem had getrokken, beweerdelijk teneinde te ageren tegen de aanwezigheid van kruisraketten in Nederland. De Hoge Raad oordeelde dat het beroep van de verdachte op noodtoestand terecht was verworpen nu zijn handelwijze “niet ten doel kon hebben het door verdachte beoogde rechtsbelang (...) te beschermen”.

38 Alexy 2003(a), p. 135. Zie ook G. Sartor, ‘The Logic of Proportionality: Reasoning with Non-Numerical Magnitudes’, *German Law Journal* 14 (2013) 8, p. 1419-1456, die de voorwaarde van geschiktheid als volgt formaliseert (p. 1447): “A choice  $\alpha$  demoting a normative value  $v_n$  in order to pursue a goal-value  $v_g$  is unsuitable if it fails to promote  $v_g$ . An unsuitable choice is Pareto-inferior to the status quo, i.e., to the null action  $\emptyset$ . This may depend on the fact that the chosen action is incapable of promoting the pursued goal – its adoption is based on mistaken factual assumptions – or on the fact that the pursued goal is impermissible, and thus irrelevant according to a value-norm.” Over de betekenis van de notie ‘Pareto-efficiëntie’ voor proportionaliteitsoordelen, zie R. Alexy, *A Theory of Constitutional Rights*, Oxford/New York: Oxford University Press (1985) 2002, p. 67-69; Alexy 2010, p. 27-28; Alexy 2003(a), p. 135-136.

39 Alexy 2003(a), p. 135. In zijn noot onder HR 12 december 1978, ECLI:NL:HR:1978:AC2751, NJ 1979/142 (Braak bij binnentreden) merkt G.E. Mulder over het subsidiariteitsbeginsel op: “alvorens dwang te gebruiken, dient men de gelegenheid tot vrijwillige medewerking te verlenen, zoals ook het geval is bij inbeslagneming, waaraan een uitnodiging tot vrijwillige afgifte vooraf dient te gaan (...)” Zie over dit arrest A.A. Franken, ‘Proportionaliteit en subsidiariteit in de opsporing’, *DD* 2009/8, p. 79-92. Zie ook Sartor 2013, p. 1448, die de subsidiariteitseis als volgt formaliseert: “A choice  $\alpha$  demoting a normative value  $v_n$  in order to pursue a goal-value  $v_g$  is unnecessary if there exists an alternative choice  $\beta$ , which is superior to  $\alpha$  relatively to  $v_n$  and non-inferior relatively to  $v_g$ . Thus the unnecessary  $\alpha$  is Pareto-inferior to the  $\beta$  relatively to  $\{v_g, v_n\}$ .”

40 Alexy 1989, p. 102. Zie ook Alexy 2003(a), p. 135; en Alexy 2010, p. 28.

$$W_{ij} = \frac{I_i \cdot W_i \cdot R_i}{I_j \cdot W_j \cdot R_j}$$

In deze formule staat  $W_{ij}$  voor het *concrete, relatieve gewicht* van het door de beoordeelde handeling geschonden belang ( $P_2$ ) ten opzichte van het met die handeling behartigde belang ( $P_1$ ).<sup>41</sup> Bij een  $W_{ij}$  van hoger dan 1 weegt de door de handeling gemaakte inbreuk zwaarder dan het daarmee gediende belang en is de handeling bijgevolg disproportioneel. Voor de bepaling daarvan kan niet worden volstaan met een ‘simpele’ vergelijking van de *abstracte waarde* van het geschonden belang ( $W_i$ ) met dat van het behartigde belang ( $W_j$ ). Uiteindelijk gaat het erom of de *mate* waarin het behartigde belang wordt bevorderd, opweegt tegen de *mate* waarin op het andere belang inbreuk wordt gemaakt. Dit betekent dat rekening moet worden gehouden met de *intensiteit* van de inmenging met het geschonden belang ( $I_i$ ) en van de bevordering van het nagestreefde belang ( $I_j$ ), alsook met de *betrouwbaarheid* van de empirische veronderstellingen die aan de inschatting van die intensiteit ten grondslag liggen ( $R_i$  en  $R_j$ ).

En hier, bij de beoordeling van één en ander in concrete gevallen, beginnen de problemen natuurlijk pas goed.<sup>42</sup> Want hoe bepaalt men het ‘gewicht’ ( $W$ ) van zoiets onstoffelijks en onmeetbaars als een (rechts)belang? Hoe bepaalt men de ‘intensiteit’ ( $I$ ) van de (aantastende of bevorderende) inmenging met een belang? En hoe kwantificeert men de ‘betrouwbaarheid’ ( $R$ ) van de veronderstellingen waarvan daarbij wordt uitgegaan? De informatiepositie van de beoordelaar is per definitie gebrekkig, alleen al doordat het ‘gewicht’ van abstracte, non-numerieke grootheden als waarden en belangen zich nooit, doch hooguit bij benadering laat bepalen.<sup>43</sup>

#### 4. Artikel 359a Sv en de verhouding tussen vorm en inhoud in het strafrecht

In het licht van zijn vaak gebrekkige informatiepositie is het ‘niet onbegrijpelijk’ dat vaak aan de feitenrechter een zekere discretionaire ruimte wordt gelaten om bij de afweging van belangen bepaalde (on)zekerheidsmarges in acht te nemen, waardoor de intensiteit van de beoordeling – afhankelijk van de aard en het gewicht van de in het geding zijnde

41 Zie Alexy 2010, p. 30; Alexy2003(b). Zie ook A. Barak, ‘Proportionality and Principled Balancing’, *Law & Ethics of Human Rights* 4 (2010) 1, p. 1-18; A. Barak, *Proportionality. Constitutional Rights and Their Limitations*, Cambridge: Cambridge University Press 2012; D. Martinez-Zorrilla, ‘Some Thoughts about the Limits of Alexy’s Conception of Principles and Balancing’, in: D. Duarte & J.S. Sampaio (red.), *Proportionality in Law. An Analytical Perspective*, Heidelberg: Springer 2018, p. 171-192. En zie Sartor 2013, p. 1448-1449, die de eis van proportionaliteit ‘in enge zin’ als volgt tweeledig formaliseert: “3.1. *Unbalanced choice-1*. A choice  $\alpha$  demoting a normative value  $v_n$  and promoting a goal-value  $v_g$  is unbalanced if  $\alpha$  is inferior to  $\emptyset$  relatively to  $\{v_g, v_n\}$ . This means that  $\alpha$ ’s positive utility concerning  $v_n$  is outweighed by its disutility concerning  $v_g$ . 3.2. *Unbalanced choice-2*. A choice  $\alpha$  demoting a normative value  $v_n$  and promoting a goal-value  $v_g$  is unbalanced if there exists an alternative choice  $\beta$  such that  $\beta$  is superior to  $\alpha$  relatively to  $v_n$ , and is superior to  $\alpha$  also relatively to  $\{v_g, v_n\}$ .”

42 Vgl. Alexy 2010, p. 32: “As an inferential scheme expressed by the Weight Formula, balancing is a formal structure that contains, as such, no substance whatever. The application of the Weight Formula, however, requires that content made explicit by judgments about the intensity of interference, abstract weight, and the reliability of empirical assumptions is substituted for the variables of the Weight Formula. For this reason, one can say that balancing is procedurally substantive.”

43 Zie Sartor 2013, p. 1433-1434; zie ook A. Vermeule, *Judging under Uncertainty. An Institutional Theory of Legal Interpretation*, Cambridge, Massachusetts/Londen: Harvard University Press 2006, p. 154-156.

belangen – uiteen kan lopen van sterk marginaal (is sprake van *aperte* disproportionaliteit?)<sup>44</sup> tot zeer strikt.<sup>45</sup> Daarmee is een volgend type moeilijkheid in beeld: hoe bepaalt men de *graad van striktheid* die bij de toetsing aan het proportionaliteitsvereiste dient te worden betracht? Bij uitstek in dit verband geldt dat het achteraf doorgaans makkelijk(er) oordelen is.<sup>46</sup> Ten aanzien van de rechterlijke toetsing van politieke geweldsuitoefening heeft Van Kempen dan ook terecht opgemerkt:

‘Mijns inziens zal er rekening mee moeten worden gehouden dat het voor opsporingsambtenaren die zich bijvoorbeeld in een hectische of bedreigende situatie bevinden, niet mogelijk zal zijn om altijd zo te handelen dat dit ook achteraf als optimaal kan worden aangemerkt. Niettemin dient daarbij wel een *Garantenstellung* te gelden en het zou nuttig zijn indien de Hoge Raad duidelijk maakt dat en hoe die moet worden toegepast.’<sup>47</sup>

En precies bij de rechterlijke beoordeling van onregelmatigheden uit het vooronderzoek worden de moeilijkheden die de toets aan het proportionaliteitsbeginsel (in ‘wijde zin’, dus inclusief het subsidiariteitsbeginsel) aankleven nog eens verdubbeld. Nadat eerst het optreden van de desbetreffende opsporingsambtenaar of opsporingsambtenaren aan de toets van het proportionaliteitsbeginsel is onderworpen, moet – indien dit optreden inderdaad onrechtmatig wordt geoordeeld – vervolgens de vraag worden beantwoord of aan de vastgestelde onrechtmatigheid op voet van artikel 359a Sv ook enig rechtsgevolg moet worden verbonden en, zo ja, welk rechtsgevolg dit dan zou dienen te zijn. De beantwoording van die laatste vraag vergt een complexe afweging van verschillende procedurele belangen én aan de doelen van het materiële strafrecht gerelateerde belangen.

De procedurele ofwel de in het strafprocesrecht verankerde belangen hebben vooral betrekking op de bescherming van de subjectieve rechten van de in de strafzaak terechtstaande verdachte, de bevordering van normconform handelen tijdens het voorbereidend onderzoek door opsporingsambtenaren en de bewaking van de integriteit van het

44 Zo wordt de proportionaliteit van de vervolgingsbeslissing bijzonder terughoudend getoetst. Zie HR 2 juli 2013, ECLI:NL:HR:2013:7, *NJ* 2013/563, m.nt. P.H.P.H.M.C. van Kempen (Checkpoint), r.o. 2.4.3 (cursivering toegevoegd, *Fj*): “Een uitzonderlijk geval [waarin plaats is voor een niet-ontvankelijkverklaring van het openbaar ministerie in de vervolging op de grond dat het instellen of voortzetten van die vervolging onverenigbaar is met beginselen van een goede procesorde] doet zich ook voor wanneer de vervolging wordt ingesteld of voortgezet terwijl *geen redelijk handelend lid van het openbaar ministerie heeft kunnen oordelen* dat met (voortzetting van) de vervolging enig door strafrechtelijke handhaving beschermd belang gediend kan zijn. In het geval van een zodanige, *aperte onevenredigheid* van de vervolgingsbeslissing is de (verdere) vervolging onverenigbaar met het verbod van willekeur (dat in de strafrechtspraak in dit verband ook wel wordt omschreven als het beginsel van een redelijke en billijke belangenafweging). Zoals overwogen in het (...) arrest van 6 november 2012 [ECLI:NL:HR:2012:BX4280, *NJ* 2013/109, m.nt. T.M. Schalken] dienen aan het oordeel dat het openbaar ministerie om deze reden in de vervolging van een verdachte niet-ontvankelijk moet worden verklaard zware motiveringseisen te worden gesteld.” Zie ook het vervolg op deze zaak: HR 26 april 2016, ECLI:NL:HR:2016:742, *NJ* 2016/388, m.nt. B.F. Keulen (Checkpoint II); en vgl. Y. Buruma, ‘Flutzaken: een pleidooi voor rechterlijke toetsing van vervolgingsbeslissingen’, *DD* 2006/22, p. 364 e.v.

45 Zie over de beoordelingsvrijheid van de feitenrechter ten aanzien van de toepassing van artikel 359a Sv bijvoorbeeld de noot van M.J. Borgers onder HR 4 november 2014, ECLI:NL:HR:2014:3109, *NJ* 2015/288. Zie ook punten 69-75 in de conclusie van A-G F.W. Bleichrodt voor HR 1 december 2020, ECLI:NL:PHR:2020:654, *NJ* 2021/169, m.nt. N. Jörg (Geweld bij insluiting).

46 Zie ook Malcai & Levine-Schnur 2017, p. 201: “There seems to be a gap between the *ex-ante* perspective – when the law aims to deter unlawful police conduct in order to minimize the violation of rights of the presumably innocent – and the *ex-post* perspective – when it is proven that the defendant has committed the crime.”

47 P.H.P.H.M.C. van Kempen, ‘Politiegeweld en -racisme als (structureel) vormverzuim. Een pleidooi voor meer betrokkenheid van de Hoge Raad bij een belangwekkende maatschappelijke kwestie’, *DD* 2021/9, p. 102. Zie ook M. Samadi, M.J. Dubelaar & K.M. Pitcher, ‘Korte metten met politiegeweld? Een kritische reflectie op de lijn van de Hoge Raad inzake toepassing van artikel 359a Sv bij excessief politiegeweld’, *NJB* 2021/792, p. 822-828.

opsporingsapparaat.<sup>48</sup> Ten aanzien van deze procedurele belangen moeten bovendien de in het tweede lid van artikel 359a Sv vermelde wegingsfactoren (het door het geschonden voorschrift gediende belang, de ernst van het verzuim en de daardoor aan de verdachte toegebrachte nadeel)<sup>49</sup> in de afweging worden betrokken.<sup>50</sup> Tot de aan het materiële strafrecht gerelateerde belangen worden gerekend de “waarheidsvinding, de onder meer door art. 2, 3 en 8 EVRM beschermde belangen van slachtoffers bij effectieve vervolging en bestraffing van daders, en de belangen van de samenleving bij rechtshandhaving”.<sup>51</sup> Ten aanzien van dit alles overweegt de Hoge Raad in zijn derde overzichtsarrest inzake artikel 359a Sv:

“In het strafproces staat centraal dat de rechter, met inachtneming van de regels van een eerlijk proces, zoveel mogelijk een inhoudelijk oordeel velt over de beschuldiging die jegens de verdachte wordt geuit en zo recht spreekt in de concrete zaak. (...) [O]p de strafrechter [rusten] niet de taak en verantwoordelijkheid de rechtmatigheid en de integriteit van het optreden van politie en justitie als geheel te bewaken. De strafrechter is daartoe ook niet in staat.

Toepassing van artikel 359a Sv kan ertoe strekken dat het recht van de verdachte op een eerlijk proces als bedoeld in artikel 6 van het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (...) wordt gewaarborgd. Daarnaast berust de beantwoording van de vraag of een rechtsgevolg aan een vormverzuim moet worden verbonden, en zo ja de wijze waarop dat gebeurt, in de kern op een *afweging van belangen*. Daarbij gaat het om de *met vervolging en berechting van strafbare feiten gemoeide belangen* – waaronder de belangen van *waarheidsvinding en van de bestraffing van de daders van strafbare feiten* – en de belangen die verband houden met de *handhaving van grondrechten en de bevordering van een normconform verloop van het voorbereidend onderzoek*.

Artikel 359a Sv formuleert een bevoegdheid en niet een plicht om rechtsgevolgen te verbinden aan vormverzuimen bij het voorbereidend onderzoek, en biedt de mogelijkheid te volstaan met de constatering dat een vormverzuim is begaan. Aan de rechtspraak over de verschillende in artikel 359a Sv genoemde rechtsgevolgen ligt als uitgangspunt ten grondslag dat *het rechtsgevolg in verhouding moet staan tot de aard en de ernst van het vormverzuim en het door de verdachte als gevolg van het vormverzuim geleden nadeel*. Dat betekent tevens dat, *waar mogelijk, wordt volstaan met het* – vanuit het perspectief van de met vervolging en berechting van strafbare feiten gemoeide

48 Zie punten 54–63 in de conclusie van A-G F.W. Bleichrodt voor HR 1 december 2020, ECLI:NL:PHR:2020:654, NJ 2021/169, m.nt. N. Jörg (Geweld bij insluiting). Corstens/Borgers & Kooijmans 2021, p. 869 onderscheiden in dit verband het ‘integriteitsargument’, het ‘reparatieargument’, het ‘demonstratieargument’, het ‘effectiviteitsargument’ en het ‘rechtsontwikkeling-argument’. Zie over het belang van de bewaking van integriteit voorts K.M. Pitcher & M. Samadi, ‘Integriteit als perspectief bij de rechterlijke reactie op vormverzuimen’, *DD* 2018/59, p. 731–746; en R. Kuiper, *Vormfouten. Juridische consequenties van vormverzuimen in strafzaken* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 2014, p. 44–45.

49 Volgens vaste rechtspraak is het belang van de verdachte dat het gepleegde feit niet wordt ontdekt niet een rechtens te respecteren belang dat een nadeel in de zin van artikel 359a lid 2 Sv oplevert; zie T. Kooijmans, ‘Elk nadeel heb zijn voordeel? Artikel 359a Sv en de ontdekking van het strafbare feit’, *DD* 2011/78, p. 1091–1108.

50 Niet in alle gevallen moet de rechter de factoren van artikel 359a lid 2 Sv in zijn beoordeling betrekken. Daarbij gaat het bijvoorbeeld om gevallen waarin de aard van het vastgestelde vormverzuim de rechter geen andere mogelijkheid laat dan toepassing van de sanctie van bewijsuitsluiting; zie HR 13 september 2011, ECLI:NL:HR:2011:BQ8907, NJ 2011/556, m.nt. T.M. Schalken.

51 Conclusie A-G Bleichrodt voor HR 1 december 2020, ECLI:NL:PHR:2020:654, NJ 2021/169, m.nt. N. Jörg (Geweld bij insluiting), punt 65; Bleichrodt stelt hier voorts: “Daarnaast kan men het (overmatig) profijt voor de verdachte als een zelfstandig nadeel beschouwen.” Vgl. Corstens/Borgers & Kooijmans 2021, p. 872–873.

belangen bezien – *minst verstrekken rechtsgevolg*. Ook aan dit (...) *uitgangspunt van subsidiariteit* houdt de Hoge Raad vast.<sup>52</sup>

In gevallen waarin oplegging van een procedurele sanctie noodzakelijk is (op grond van de Straatsburgse rechtspraak inzake artikel 6 EVRM) en dus eigenlijk onontkoombaar is ter verzekering van het recht van de verdachte op een eerlijk strafproces, bestaat voor een belangenafweging nauwelijks tot geen ruimte.<sup>53</sup> In andere gevallen vergt de rechterlijke vaststelling van een passende reactie op een vormverzuim wél een belangenafweging en dus een toetsing aan het proportionaliteitsbeginsel. De hierboven geciteerde overweging van de Hoge Raad biedt in dit verband een illustratie van de bepalende betekenis van de *normatieve oriëntatie* die aan een belangenafweging (en aan een beoordeling daarvan) ten grondslag wordt gelegd.

De teleologische structuur van de door de Hoge Raad voorgeschreven belangenafweging kan aan de hand van de in de vorige paragraaf kort besproken ‘*Weight Formula*’ van Alexy als volgt worden weergegeven. Een op grond van artikel 359a lid 1 Sv overwogen sanctie moet een relevant belang behartigen (een belang dat verband houdt met “de handhaving van grondrechten en de bevordering van een normconform verloop van het voorbereidend onderzoek”); bovendien moet de mate waarin dit belang door de sanctie (naar verwachting) zal worden bevorderd, opwegen tegen de te verwachten afbreuk aan “de met vervolging en berechting van strafbare feiten gemoeide belangen – waaronder de belangen van waarheidsvinding en van de bestraffing van de daders van strafbare feiten”. Of het

52 HR 1 december 2020, ECLI:NL:HR:2020:1889, NJ 2021/169, m.nt. N. Jörg (Geweld bij insluiting), r.o. 2.1.3 (cursivering toegevoegd, FJ). Zie over dit arrest M. Samadi, ‘Een nieuw beoordelingskader voor de sanctionering van vormverzuimen: een stap in de goede richting?’, *Nederlands Tijdschrift voor Strafrecht* 2022/5, p. 23-30; Van Kempen 2021; Corstens/Borgers & Kooijmans 2021, p. 881-887. De twee eerdere overzichtsarresten zijn die van HR 30 maart 2004, ECLI:NL:HR:2004:AM2533, NJ 2004/376, m.nt. Y. Buruma (Afvoerpip) en HR 19 februari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY5321, NJ 2013/308, m.nt. B.F. Keulen (Onbevoegde hulpofficier).

53 In dergelijke gevallen is veelal bewijsuitsluiting de aangewezen sanctie, tenzij bij hoge uitzondering de niet-ontvankelijkverklaring van het openbaar ministerie in beeld komt. Zie Corstens/Borgers & Kooijmans 2021, p. 897. De Hoge Raad beschouwt de in artikel 359a lid 1 Sv genoemde sanctie van bewijsuitsluiting onder meer als een middel ter *preventie* van toekomstige vormverzuimen. In zijn eerder genoemde arrest van 1 december 2020, ECLI:NL:HR:2020:1889, NJ 2021/169, m.nt. N. Jörg (Geweld bij insluiting), formuleert de Hoge Raad in dit verband een in verhouding tot zijn eerdere rechtspraak globaler en minder complex beoordelingskader. Zie r.o. 2.4.4 (cursivering toegevoegd, FJ): daarbij gaat het om “gevallen waarin sprake is van een vormverzuim waarbij het recht van de verdachte op een eerlijk proces in de zin van artikel 6 EVRM niet (rechtstreeks) aan de orde is, maar waarbij het gaat om de schending van een ander strafvorderlijk voorschrift of rechtsbeginsel. In die gevallen geldt als belangrijk uitgangspunt dat de omstandigheid dat de verkrijging van onderzoeksresultaten gepaard is gegaan met een vormverzuim (...) niet eraan in de weg staat dat die resultaten voor het bewijs van het tenlastegelegde feit worden gebruikt. Is echter sprake van een *ernstige schending van een strafvorderlijk voorschrift of rechtsbeginsel*, dan kan onder omstandigheden toepassing van bewijsuitsluiting noodzakelijk worden geacht als rechtsstatelijke waarborg en als middel om met de opsporing en vervolging belaste ambtenaren te weerhouden van onrechtmatig optreden en daarmee als middel om te voorkomen dat vergelijkbare vormverzuimen in de toekomst zullen plaatsvinden. Of daartoe grond bestaat, beoordeelt de rechter aan de hand van de in artikel 359a lid 2 Sv genoemde beoordelingsfactoren en met inachtneming van het (...) uitgangspunt van subsidiariteit. In het bijzonder dient de rechter te beoordelen of het vormverzuim zodanig ernstig is dat niet met strafvermindering kan worden volstaan, maar bewijsuitsluiting gerechtvaardigd is. Daarbij moet acht worden geslagen op de negatieve effecten die aan bewijsuitsluiting zijn verbonden, gelet op de zwaarwegende belangen van waarheidsvinding, van de vervolging en berechting van (mogelijk zeer ernstige) strafbare feiten, en in voorkomend geval van de rechten van slachtoffers. Voor het bepalen van de ernst van het vormverzuim kan mede betekenis toekomen aan het verwijt dat aan politie en justitie kan worden gemaakt en aan de omstandigheid dat een vormverzuim zich bij herhaling blijkt voor te doen, maar ook aan de omstandigheid dat door politie en justitie al maatregelen zijn getroffen om (verdere) herhaling tegen te gaan..” Opvallend is dat in HR 19 februari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY5321, NJ 2013/308, m.nt. B.F. Keulen (Onbevoegde hulpofficier) werd gesproken van “gevallen waarin (...) sprake is van een ander *belangrijk* (strafvorderlijk) voorschrift of rechtsbeginsel dat in *aanzienlijke mate* is geschonden” (r.o. 2.4.5; cursivering toegevoegd, FJ).



gediende voldoende tegen het geschade belang opweegt, hangt dan weer mede af van “de aard en de ernst van het vormverzuim en het door de verdachte als gevolg van het vormverzuim geleden nadeel”.<sup>54</sup>

Tot zover niets aan de hand. Maar dan neemt de overweging van de Hoge Raad een venijnige wending. De procedurele, rechtsbeschermende belangen worden aan de instrumentele, met vervolging en berechting van strafbare feiten gemoeide belangen ondergeschikt gemaakt. Deze prioritering van de “belangen van waarheidsvinding en van de bestraffing van de daders van strafbare feiten” boven de “belangen die verband houden met de handhaving van grondrechten en de bevordering van een normconform verloop van het voorbereidend onderzoek” wordt daarbij bijna terloops (“Dat betekent tevens ...”) als de uitkomst van een logisch dwingende redenering gepresenteerd. De regel “dat, waar mogelijk, wordt volstaan met het – vanuit het perspectief van de met vervolging en berechting van strafbare feiten gemoeide belangen bezien – minst verstrekkende rechtsgevolg” wordt aangemerkt als een “uitgangspunt van subsidiariteit” dat voortvloeit uit het aan artikel 359a Sv ten grondslag liggende principe “dat het rechtsgevolg in verhouding moet staan tot de aard en de ernst van het vormverzuim en het door de verdachte als gevolg van het vormverzuim geleden nadeel”. Nu bestaan er zeker goede gronden voor de opvatting dat men bij het verbinden van een rechtsgevolg aan een vormverzuim enige spaarzaamheid moet betrachten, maar logisch dwingend is de in die opvatting uitmondende redenering van de Hoge Raad niet. Hier lijkt het paard toch echt achter de wagen te worden gespannen. Om te beginnen wordt de subsidiariteitstoets voorgesteld als sluitstuk van de gehele belangenafweging; in de vorige paragraaf zagen we evenwel dat ná de uitvoering van de subsidiariteitstoets het ‘echte toetsingswerk’ (met betrekking tot de proportionaliteit ‘in enge zin’) nog moet beginnen. Daar komt bij dat de Hoge Raad door deze omdraaiing een voorschot neemt op de invulling en vooral weging van de variabelen die bij de beoordeling van de proportionaliteit ‘in enge zin’ betrokken zijn: eerst bij de overschrijding van een hoge drempelwaarde van disproportionaliteit komt een sanctie genoemd in artikel 359a lid 1 Sv in beeld.<sup>55</sup>

## 5. Besluit

Het procesrecht is weliswaar ‘knecht’ (of ‘dienstmaagd’ dus, zo men wil) van het materiële recht, maar dat betekent niet dat het louter slippendrager is van het materiële recht. Het

54 In de voorgestelde artikelen 4.3.13, 4.3.14 en 4.3.15 (over resp. strafvermindering, bewijsuitsluiting en niet-ontvankelijkverklaring) van het nieuwe Wetboek van Strafvordering keren de beoordelingsfactoren van het huidige artikel 359a lid 2 Sv niet terug. Voor de sancties strafvermindering en bewijsuitsluiting introduceert de voorgestelde regeling een nieuw hoofdcriterium: het belang van een goede rechtsbedeling. Kritisch hierover: Kooijmans 2021, p. 48-58. Kooijmans spreekt in verband met de verdwijning van de factoren van artikel 359a lid 2 Sv van een “verschraling (...) van de wettelijke regeling” (p. 54).

55 In de literatuur is veelvuldig kritiek geuit op de terughoudende rechterlijke controle op een rechtmatige gang van zaken tijdens het voorbereidend onderzoek. Zie M. Samadi, *Normering en toezicht in de opsporing. Een onderzoek naar de normering van het strafvorderlijk optreden van opsporingsambtenaren in het voorbereidend onderzoek en het toezicht op de naleving van deze normen* (diss. Leiden), Den Haag: Boom juridisch 2020, p. 360-368 en 373-375; M. Samadi, ‘Policing the police: het toezicht op de opsporing’, *DD* 2016/37, p. 406-418; M. Samadi, ‘Het toezicht op de strafvorderlijke overheid: een modern artikel 359a Sv?’, *Tijdschrift Modernisering Strafvordering* 1 (2018) 1, p. 41-51; S. Brinkhoff, ‘De toepassing van artikel 359a Sv anno 2016. Een pleidooi voor herstel van balans en de terugkeer naar echte rechterlijke vrijheid’, *DD* 2016/2, p. 101-116; M. Malsch, ‘Is het totaal meer dan de som der delen? Toezichtsvormen op strafvorderlijk overheidsoptreden’, *NJB* 2017/2278, p. 3132-3137; M. Malsch, ‘Het verhullende proces-verbaal en ander ondeugdelijk gedrag van de politie’, *NJB* 2022/460, p. 556-561; en N. Jörg in zijn noten onder HR 1 december 2020, ECLI:NL:HR:2020:1889, *NJ* 2021/169 (Geweld bij insluiting), en onder HR 1 december 2020, ECLI:NL:HR:2020:1890, *NJ* 2021/170. En vgl. Vgl. M.J. Borgers & T. Kooijmans, ‘Alternatieven voor rechterlijke controle op vormverzuimen’, in: M.S. Groenhuijsen e.a. (red.), *Roosachtig strafrecht* (De Roos-bundel), Deventer: Kluwer 2013, p. 17-36.

formele recht strekt primair tot verwerkelijking van in het materiële recht voorgetekende doeleinden; daarin is zijn *ratio essendi* gelegen. Maar anders dan Bentham beweerde, is dienstbaarheid aan het materiële recht niet het *exclusieve* doel (“the only defensible object, or say end in view”)<sup>56</sup> van het formele recht. Het procesrecht zoekt, zo bleek hierboven, ook eigen, niet tot het materiële recht te herleiden doeleinden te verwezenlijken.

Het strafprocesrecht lijkt niettemin sinds enige decennia op onderdelen terrein te verliezen aan het materiële strafrecht, in die zin dat de toepassing van procedurele normen in toenemende mate afhankelijk wordt gesteld van een *belangenafweging* waarin (ook) de doelen van het materiële strafrecht dienen te worden betrokken. Hierboven werd dit geïllustreerd aan de hand van de rechtspraak van de Hoge Raad over de rechterlijke beoordeling van vormverzuimen op voet van artikel 359a Sv. De bespreking leverde op dat het strafprocesrecht zich hier best wat minder serviel zou mogen opstellen.

---

<sup>56</sup> Zie voetnoot 4.