

De strafrechter kan niet alleen goochelen met abstracte normen maar heeft ook de plicht om de individuele uitzondering op de normatieve hoofdregel te zoeken. En: ‘de verdediging heeft de taak ervoor te zorgen dat elke strafzaak blijft schuren langs de rechterlijke ziel’. Tom Schalken illustreert zijn stellingen aan de hand van de besluitvorming over de voorlopige hechtenis.<sup>1</sup>

# De rechtsorde moet geregeld

## Over abstracte normen, concrete uitzonderingen en de noodzaak

.....  
**Prof. mr. T.M. Schalken**  
emeritus hoogleraar Strafrecht VU Amsterdam  
.....

Uit de rechtspraak van de Hoge Raad van de laatste 25 jaar over de positie van de verdediging in strafzaken wordt duidelijk dat we niet ver meer verwijderd zijn van de situatie waarin de verdachte het als een voorrecht moet beschouwen dat hij in volle omvang wordt verdedigd. Het principe van de *equality of arms* is allang en onmiskenbaar ten koste van de verdediging in het voordeel van de vervolging omgebogen. Natuurlijk, ook de Hoge Raad richt zich naar de Straatsburgse jurisprudentie en maakt daar soms ook uitdrukkelijk melding van. Maar de wijze waarop de Hoge Raad Straatsburgse normen en criteria in zijn eigen rechtspraak incorporeert, laat de indruk achter dat dit niet altijd van harte gebeurt, ofschoon de ruimhartigheid de laatste tijd toeneemt.

Een sprekend voorbeeld is de tergend langzame wijze waarop de Hoge Raad bereid bleek de Straatsburgse rechtspraak met betrekking tot de verdediging van de afwezige verdachte in zijn eigen jurisprudentie te implementeren. Eerst mocht de raadsman bij verstek niet ter zitting optreden, later, in de jaren tachtig, alleen wanneer de niet-verschenen verdachte over ‘klemmende redenen’ beschikte, en pas na de *Lala-* en *Pelladoah-*arresten uit 1994, waarbij

.....  
**Verwijzing naar Straatsburgse jurisprudentie door de Hoge Raad lijkt meer schijngenerositeit dan ruimhartige adaptatie van Europese rechtsnormen**  
.....

Nederland werd veroordeeld, ging de Hoge Raad overstag. Uiteindelijk paste ook de wetgever zich aan door in artikel 279 Sv de mogelijkheid te creëren dat de niet-verschenen verdachte zich door een uitdrukkelijk gemachtigd raadsman kon laten bijstaan (1998).

Wat echter oorspronkelijk bedoeld was als een bevoegdheid en ook zo in

de wet geformuleerd staat – met het doel namelijk om afdoening bij verstek mogelijk te maken en zwevende vonnissen te voorkomen – werd al gauw uitgelegd als een imperatief voorschrift: bij niet-verschijnen is verdediging *uitsluitend* door een gemachtigd raadsman toegestaan. *Mogen* werd *moeten*, het minimum werd maximum. Ongehoorzame pogingen van lagere rechters om de niet-gemachtigde raadsman toch nog in de gelegenheid te stellen iets ter verdediging op te merken, werden onmiddellijk door de Hoge Raad afgestraft als ‘in strijd met het systeem van de wet’ (NJ 2002, 338).

### Onwelkome kritiek

Er zijn nog wel meer voorbeelden te noemen waaruit blijkt hoe de Nederlandse rechtspraak slechts schoorvoetend in de richting van het Europese Hof opschuift. Ik denk nu even aan de problematiek met betrekking tot het oproepen van getuigen. De wetgever laat niet na om het horen van getuigen zoveel mogelijk te ontmoedigen,<sup>2</sup> ter

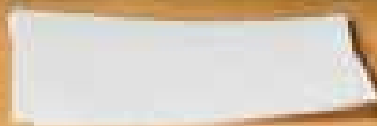
.....  
<sup>1</sup> Dit is de (verkorte) tekst van de rede die de auteur heeft uitgesproken bij de opening van het Haarlemse kantoor van Spong Advocaten d.d. 15 maart 2007.

.....  
<sup>2</sup> Vgl. de laatste wetwijziging waarbij de raadsman beter reeds bij het instellen van het hoger beroep, hoewel hij op dat moment nog niet over



# worden geschokt

van voorlopige hechtenis



wijl de ruimte die de Hoge Raad vervolgens heeft om de getuigenproblematiek verdragsconform te benaderen, niet aansluit bij de decennialang consistente koers in de rechtspraak van het EHRM. De verdediging moet niet alleen de gelegenheid tot ondervraging krijgen, zij heeft er recht op dat de getuige ook daadwerkelijk antwoord geeft.<sup>3</sup> Verwijzing naar Straatsburgse jurisprudentie in arresten van de Hoge Raad heeft iets weg van schijngenerositeit in plaats van ruimhartige adaptatie van Europese rechtsnormen. Hoe valt een dergelijk verschijnsel te verklaren?

Daarvoor kunnen twee redenen worden aangewezen. In de eerste plaats zijn wij niet zo gemakkelijk in het accepteren van kritiek op ons rechtssysteem. Wij vinden dat wij een goed systeem hebben. Als daarop vanuit het buitenland kritiek wordt uitgeoefend, is dat lastig en onwelkom. Dat is ook de reden dat Nederland geen traditie kent van luisteraren. We hebben een lange traditie van expansie en een grote mond, maar niet van zelfkritisch luisteren naar wat anderen over ons te vertellen hebben. We vinden dat wel interessant, en knikken minzaam, maar vervolgens doen we er niets mee.

Het beste voorbeeld laat onze wetgever zien: die vraagt – liefst binnen een paar weken – advies aan de meest gereede instanties die met de benen in het grondwater staan, en daarna gaat hij volledig zijn eigen gang. Vergelijk de gang van zaken bij de zojuist in werking getreden Wet stroomlijning hoger beroep: in plaats van invoering van een effectieve, aparte procedure voor strafmaatappellen (waartoe de Nederlandse Orde van Advocaten had geadviseerd) komt er een verlostelsel waarom niemand gevraagd heeft en dat alleen maar contraproductieve effecten zal genereren.

De tweede reden die voor de verschillen met Straatsburg wordt aangevoerd be-

.....

het uitgewerkte vonnis beschikt, getuigen kan oproepen, omdat de verdachte anders een nog zwaardere barrière moet nemen om een getuige op de zitting te krijgen.

3 Zie ook het mooie artikel van advocaat Jebbink in het *NJB*, die de principiële verschillen nog eens op een rij zet, *NJB* 2007, p. 208.

treft de wijze van toetsen. De Hoge Raad kijkt naar de wijze waarop het recht wordt toegepast, de aanpak van het EHRM, veel casuïstischer. Echter, die tegenstelling is grotendeels schijn. Ook het Europese Hof toetst aan het recht, die het zelf eerst in ‘general principles’ vastlegt en daarna uitgebreid aan de feiten toetst. Die wijze van rechtstoepassing heeft gevolgen voor de inrichting van ons cassatiesysteem. De Hoge Raad wordt gedwongen, ook bij de selectie en waardering van bewijsmateriaal, traditioneel het domein van de feitenrechter, om zich steeds meer en steeds dieper met de feiten bezig te houden, hetgeen deze cassatierechter dan ook steeds vaker doet. De vraag is dus hoe lang de Hoge Raad kan blijven volhouden dat hij alleen bekijkt of het recht goed is toegepast.<sup>4</sup>

### Concreet geschokte rechtsorde

De rechtsbeoefening wordt ingewikkeld door de weerspannige verhouding tussen de abstracte norm en de individuele toepassing. Hoe lastig rechtstoepassing in een strafzaak kan zijn, wordt geïllustreerd door een strafzaak waarin

.....

**Rechtens dienen voordat zij de algemene regel toepassen de redelijkheid van de afwijking te onderzoeken, want niet de conformiteit maar de uitzondering is uitgangspunt**

.....

de Haarlemse rechtbank een moedige beslissing nam. Met verwijzing naar Straatsburgse jurisprudentie overwoog de raadkamer, oordelend over de noodzaak van voorlopige hechtenis bij een Surinaamse drugskoerierster, dat er van een geschokte rechtsorde geen sprake was. Het OM had gedwongen door capaciteitsnood gedurende geruime tijd drugskoeriers op Schiphol met minder

.....

4 Achter het verschil tussen de Hoge Raad en het Europese Hof gaat nog een ander probleem schuil, namelijk de verhouding tussen norm en feit. In hoeverre is het eigenlijk wel mogelijk om in het recht norm en feit van elkaar te scheiden? Kan aan een norm inhoud worden gegeven zonder feitelijke invulling? Daarmee raken we aan een algemeen rechtstheoretisch en rechtsfilosofisch probleem.



dan drie kilo cocaïne maar zonder strafblad gewoon naar huis gestuurd, zelfs zonder dagvaarding. Waarom zou dan, toen de overmachtssituatie voorbij was, de rechtsorde wel ineens zijn geschokt? Nee dus, concludeerde de raadkamer, en stelde de verdachte in vrijheid. Het Amsterdamse hof was het daar niet mee eens. Het feit dat er van een overmachtssituatie sprake is, betekent nog niet dat de rechtsorde niet geschokt kan zijn. Dus blijft voorlopige hechtenis bij drugskoeriers op die grond gerechtvaardigd. Wie heeft er nu gelijk, de Haarlemse rechtbank of het Amsterdamse hof? Beide, zou ik menen. Het Amsterdamse hof heeft het gelijk aan zijn zijde door een geschokte rechtsorde ook tijdens een tijdelijke nood situatie te blijven aannemen. Maar de Haarlemse raadkamer zat op het goede spoor door het criterium van de geschokte rechtsorde verdragsconform uit te leggen, namelijk door op basis van de casuïstiek te bekijken of de vrijlating van deze drugskoerierster zou leiden



twalfjaarsgrond plus een geschokte rechtsorde zonder feitelijke en individuele onderbouwing, in strijd is met het EVRM.<sup>5</sup>

### Alternatieven onderzoeken

Sterk bewijs voor mijn opvatting baseer ik op het vaste uitgangspunt in de Straatsburgse jurisprudentie over artikel 5 EVRM dat vrijheid regel is en vrijheidsbeneming uitzondering (onder anderen *Letellier*, 1991). Uit dit solide uitgangspunt vloeit de harde rechtsplicht van de voorlopige hechtenis-rechter voort om, alvorens de vrijheidsbeneming te bevelen, eerst alternatieven te onderzoeken die het risico van 'public disorder' kunnen ondervangen. Als een zodanig alternatief voorhanden is, staat het de rechter niet meer vrij om puur op grond van de ernst van het feit en de op basis daarvan veronderstelde geschonden rechtsorde, de verdachte zijn vrijheid te ontnemen (*Czarnecki*, 2005). Hij zal dat zelfs ambtshalve moeten onderzoeken en daarover uitdrukkelijk in zijn beslissing verantwoording moeten afleggen (*Jablonski*, 2000).

Als de rechter op de eerste dag van de voorgeleiding het aangeboden alter-

bewaring, dat mede gegrond is op een of meer van de gevaarscriteria, zonder dat de rechter uitlegt waarom het aangeboden alternatief ontoereikend is om aan het veronderstelde gevaar tegemoet te komen, eveneens in strijd met het EVRM.

Hoe ver staat dit niet af van de Nederlandse praktijk waartegen advocaten vruchteloos te hoop lopen, omdat de voorlopige hechtenis-cultuur hoofdzakelijk is terug te voeren op een puur abstracte invulling van het begrip geschokte rechtsorde, terwijl het afwijzen van aangeboden, met name financiële alternatieven voornamelijk is gebaseerd op een even abstracte en dus nietszeggende interpretatie van het zogenaamde gelijkheidsbeginsel. Ik zie niet in waarom een naar persoonlijke draagkracht vastgestelde borgsom, in strijd zou zijn met dit gelijkheidsbeginsel. De Nederlandse praktijk van voorlopige hechtenis is in het licht van de Straatsburgse rechtspraak aan een grondige herbezinning toe.

De voorlopige hechtenis bij drugsdelicten drukt ons met de neus op de feiten. Is het voorarrest of de veroordeling slechts het resultaat van een klinische toepassing van wettelijke normen, OM-richtlijnen of interne oriëntatiepunten (bij zoveel kilo past zoveel gevangenisstraf)? Of is er nog ruimte voor een afweging naargelang de concrete omstandigheden van de zaak en de persoon van de verdachte? Mijn stelling is dat de rechter verplicht is in elke zaak die ruimte te zoeken. Elke afwijking van de norm, geboden door de verschillen in feitelijke en persoonlijke omstandigheden, is in overeenstemming met het dragende principe van de rechtsgelijkheid.

### Trekken aan een dood paard

Rechters dienen dan ook, voordat zij de algemene regel toepassen, eerst de redelijkheid van de afwijking te onderzoeken. Niet de conformiteit, maar de uitzondering dient uitgangspunt te zijn. Het Straatsburgse Hof heeft veel minder last van nationale gevoeligheden en kent veel meer gewicht toe aan de feiten en de betekenis die zij hebben in relatie tot de toepasselijke normen. Dat

.....

### Van productiedruk gaat een conformerende werking uit

.....

natief nog niet accepteert, is dat, zoals uit de Engelse zaak *McKay* (2006) blijkt, nog niet fataal. Het is voldoende dat dit op de tweede dag, in elk geval binnen vier dagen, gebeurt. Ook bij onze rechtmatigheidstoetsing op de derde dag kan het aangeboden alternatief dus niet vrijblijvend door de rechter-commissaris gepasseerd worden, zodra het alternatief een bepaalde vrees (zoals voor herhaling of voor vlucht) kan wegnemen. Naar mijn opvatting is een bevel

.....

<sup>5</sup> Een andere vraag is welke eisen het EHRM stelt aan die feitelijke en individuele onderbouwing (zie daarover nader Matthias Borgers, *Ade*, maart 2007, p. 245). Het is niet onwaarschijnlijk dat het EHRM de lat hoger legt naarmate de termijnen, anders dan in Nederland, in beginsel onbeperkt, in elk geval erg lang zijn.

tot 'public disorder' (criterium ontleend aan onder andere de Straatsburgse zaak *Smirnova*, NJ 2005, 550). Dat betekent dat het antwoord op de vraag naar de 'public disorder' pas kan worden gegeven na analyse van de feiten en omstandigheden in de concreet voorliggende strafzaak en niet op basis van een louter normatieve en dus abstracte en fictieve invulling van het begrip 'geschokte rechtsorde'. Zo gezien is de beslissing van de Hoge Raad dat enkel uit de ernst van het feit geen geschokte rechtsorde mag worden afgeleid (NJ 2006, 246), wellicht niet opzienbarend maar wel een ondersteuning van mijn opvatting. De twalfjaarsgrond is namelijk op zichzelf niet voldoende om een geschokte rechtsorde aan te nemen, zodat die geschoktheid ergens anders uit moet blijken. Die moet blijken uit de verstoring van de 'public order', een begrip dat feitelijk en individueel moet worden geïnterpreteerd.

Ik meen dat in Nederland een bevel bewaring, uitsluitend op basis van de

is in wezen de kern van een casuïstische wetsinterpretatie.<sup>6</sup> Rechtsbeoefenaren mogen niet alleen van het rechtssysteem profiteren om daaraan gemakargumenten te ontlelen teneinde een casus op de simpelste manier, via algemeen vastgestelde normen of richtlijnen, op te lossen. Zij moeten het systeem ook voeden met de aan casuïstiek te ontlelen creativiteit, om het daarmee levend te houden. Anders wordt rechtsbeoefening op den duur trekken aan een dood paard.

Daarom heb ik veel respect voor de poging van de Haarlemse raadkamer om op basis van de feiten van het concrete geval te blijven zoeken naar een rechtvaardiging om van de algemene norm af te wijken.<sup>7</sup> Daarvoor is moed nodig, omdat de dagelijkse routine het gemakkelijker maakt om tegen het abstracte algemene belang aan te leunen dan om het individuele belang als afwijking van de norm te accepteren. Het algemeen belang behoeft geen motivering meer, de uitzondering wel.

Het is de taak, zelfs de dure rechtsplicht van advocaten om strafrechters aan die publieke functie van niet-mechanische rechtstoepassing te blijven herinneren. Ook rechters hebben externe prikkels nodig om bij hun taakuitoefening alert te blijven, zeker als zij van rechtspreken hun beroep hebben gemaakt.<sup>8</sup>

### Hoogdrempelig

Terwijl de strafrechtadvocatuur over de nodige ruimte moet beschikken om haar publieke bijdrage aan de rechtspleging te kunnen leveren, wordt er voor haar een steeds hogere drempel opgeworpen. Die drempel bestaat uit drie lagen.

6 Verruiming van strafbaarstellingen kan daarom problematisch worden wanneer de wetgever al te ruime normen formuleert zonder daarbij verantwoording af te leggen ten opzichte van criteria uit de rechtspraak. Deze moeten juist een duidelijke afbakening vormen van een ruime strafbepaling (zie hierover uitgebreid Klaas Rozemond, 'De casuïstische grenzen van het materiële strafrecht', in *Delikt en Delinkwent*, mei 2007).

7 Zie recent Rb Haarlem 13 april 2007, LJN: BA2938 (toegestane schorsing van voorarrest).

8 Het is vermeldenswaard dat de inbreng van leden in de Angelsaksische systemen met hun juryrechtspraak niet alleen de functie heeft van democratische legitimatie van de rechtspleging, maar vooral bedoeld is als waarborg tegen de willekeur van de rechter.

De eerste laag ligt in het vooronderzoek, waarin politie en OM een structurele voorsprong hebben. Die voorsprong is legitiem omdat het algemeen belang bij de opsporing van strafbare feiten voorrang voor zichzelf mag opeisen. Sinds de opkomst van de criminele organisatie en het internationaal terrorisme is die voorrangpositie nog groter geworden, als het gaat om verstrekkende bevoegdheden en geheimhouding van informatie. Van belang hierbij is dat de overheid die voorsprong onder voorwaarden is toegekend: zij moet fatsoenlijk te werk gaan en haar voorrechten slechts tijdelijk uitoefenen. De mogelijkheden om daarop controle uit te oefenen, zijn beperkt en worden steeds beperkter.

De tweede drempellaag wordt op de zitting gelegd. In het vooronderzoek is al een dossier opgebouwd waarop de verdediging slechts in beperkte mate invloed kon uitoefenen. Het is niet de verdediging die bepaalt wat in haar belang is, maar het OM, de tegenpartij, en de rechter-commissaris, die daarbij hetzelfde criterium als het OM hanteert. Op de zitting is het de rechter die, geholpen door wetgever en Hoge Raad, bepaalt wat goed is voor de verdediging. Terwijl de rechter, die door de in het dossier opgebouwde schuldconstructie al op een bepaald been is gezet, door de verdediging moet worden overgehaald om ook even op het andere been te gaan staan. Niet elke rechter kan die welwillendheid opbrengen. Van de verdediging wordt steeds meer een actieve proceshouding verwacht, maar ook dan komt zij nog vaak voor een gesloten deur te staan. Om nog maar te zwijgen over de druk van het productiemanagement, dat de verdediging liefst zo weinig mogelijk tijd gunt. Dan is een te normatieve toepassing van het recht, met weinig oog voor de door de feiten gerechtvaardigde uitzondering, wel erg gemakkelijk. Dat is inmiddels ook empirisch vastgesteld: van de productiedruk gaat een sterk conformerende werking uit, zeker nu de meeste rechters zelden of nooit afwijken van inhoudelijke en procedurele afspraken (*NJB* 2007, p. 549). Wie moet opereren vanuit een dergelijke achterstandspositie, waarin de verdediging als een vorm van gunstbetoon wordt gezien, krijgt

al snel het gevoel tegen de grenzen van het systeem aan te lopen. Sommigen noemen dat 'chicaneus' of verwarren dat met 'zand in de machine'.

Als de raadsman uiteindelijk bij de Hoge Raad aanklopt, wordt hij geconfronteerd met de derde drempellaag: de koude douche van artikel 81 RO. Want dan blijkt de advocatuur ook de publieke taak te hebben om de werklust van de Hoge Raad te verminderen. De advocaat, die de cassatierechter misschien wel als laatste reddingsboei ziet, roept bij raadsheren meer irritaties dan warme gevoelens op als hij aan die opgedrongen zeeffunctie geen boodschap heeft.<sup>9</sup> Dit terwijl de Hoge Raad aanzienlijk meer tijd heeft dan de advocatuur, die aan strikte termijnen is gebonden.

### Schuren langs rechterlijke ziel

Steeds weer moeten in het Nederlandse rechtssysteem barrières worden overwonnen om van algemeen naar bijzonder te komen, van abstract naar concreet, van fictief naar reëel, van norm naar feit. Het is bij uitstek de taak van de verdediging in strafzaken om die feitelijke context, de individuele uitzondering op de normatieve hoofdregel, te benadrukken. In die zin levert ook de advocatuur een publieke bijdrage aan de voeding van het rechtssysteem. Soms is het lastig om dat te blijven zien bij advocaten die rondrijden in auto's die op een Ferrari lijken, die prikkelende columns schrijven of die in RTL Boulevard optreden. Maar het optreden achter die *Spielerei* moet zakelijk en op eigen merites worden beoordeeld. Uiteindelijk draait het steeds om de vraag of in een individuele zaak recht is gedaan. De verdediging heeft de permanente taak ervoor te zorgen dat elke strafzaak blijft schuren langs de rechterlijke ziel. Het recht is nu eenmaal geen rustig bezit en mag dat ook nooit worden. Een rechtsorde die niet regelmatig geschokt wordt, verwordt tot een steriel en inhuamaan systeem.

9 Aldus A.J.A. van Dorst en J. de Hullu, 'Warme gevoelens en irritaties in cassatie', *Strafblad* 2007, p. 39.