

**Bespreking van: R. Kuiper, Vormfouten. Juridische consequenties van vormverzuimen in strafzaken (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 2014****De doel-middel benadering van vormfouten<sup>2</sup>**

DD 2017/41

**1. Inleiding**

Op 2 juli 2014 promoveerde Reindert Kuiper op het proefschrift *Vormfouten. Juridische consequenties van vormverzuimen in strafzaken*. Een kloek werk van 602 pagina's, de samenvatting in het Engels en de registers niet meegerekend. Deze omvangrijke wetenschappelijk studie heeft inmiddels ook in de rechtspraak terecht een plaats verworven als *het* naslagwerk voor de jurisprudentie van de Hoge Raad op het gebied van de sanctionering van vormverzuimen. Vormfouten worden door de auteur gedefinieerd als de fouten die in het voorbereidend onderzoek zijn begaan onder verantwoordelijkheid van politie of OM.<sup>3</sup> In met name de hoofdstukken 7 en 8 van het boek geeft Kuiper een welhaast encyclopedische analyse van de wijze waarop de rechterlijke controle op vormfouten is vormgegeven en bespreekt hij het huidige toepassingsbereik van de verschillende in artikel 359a Sv genoemde reacties op vormverzuimen. Het zijn in het bijzonder deze twee hoofdstukken (die samen meer dan twee derde van het boek uitmaken) die voor de praktijk van waarde zijn.

Voor de gedachtenvorming over de zo complexe, gevoelige, ja niet zelden emotioneel beladen vraag of, hoe en waarom de strafrechter consequenties zou moeten verbinden aan door hem geconstateerde vormfouten zijn echter vooral de hoofdstukken 2 tot en met 6 van belang. Deze hoofdstukken zijn meer betogend dan beschrijvend van karakter. De auteur steekt zijn persoonlijke opvattingen nergens in het boek onder stoelen of banken, maar voornamelijk in dit eerste deel krijgt het werk op onderdelen soms wel iets van een pamflet. Dat neemt niet weg dat het alleszins de moeite waard is om de gedachten die door Kuiper in dit deel van het proefschrift worden ontwikkeld samen te vatten.

**2. De doel-middel benadering**

In de inleiding van het boek schets Kuiper het strijdperk. Uit de rechtsstaatgedachte vloeit voort dat politie en OM binnen de grenzen van hun bevoegdheden dienen te acteren, dat burgers aanspraak kunnen maken op rechterlijke controle op (on)rechtmatig overheidsoptreden en, indien daar aanleiding toe is, op rechterlijke sanctionering daarvan, teneinde rechtmatig overheidsoptreden af te dwingen en compensatie voor rechtsinbreuken te verschaffen. Anderzijds is rechterlijke controle op strafvorderlijk overheidsoptreden kostbaar en kan sanctionering van vormverzuimen het onwenselijke gevolg hebben dat een dader ten onrechte vrijuit gaat of wordt beloond met strafvermindering, waardoor slachtoffers in de kou gezet kunnen worden en onbegrip en onvrede in de samenleving wordt gekweekt. De opdracht die Kuiper zich in zijn proefschrift stelt is geen geringe: hij beoogt een aanpak, een benaderingswijze, een beoordelings- en beslissingsmodel aan te dragen waarbij aan

1 Advocaat in Den Haag en bijzonder hoogleraar *Verdediging in Strafzaken aan de Universiteit Maastricht*.

2 Citeerwijze: D.V.A. Brouwer, 'Bespreking van: R. Kuiper, *Vormfouten. Juridische consequenties van vormverzuimen in strafzaken* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 2014. *De doel-middel benadering van vormfouten*', DD 2017/41.

3 *Vormfouten. Juridische consequenties van vormverzuimen in strafzaken*, p. 1.

de nuttige en noodzakelijke functies van sanctionering van vormverzuimen ruimte wordt geboden, onder minimalisering van de negatieve effecten van zulke sanctionering.

Naar de kern samengevat, en in mijn eigen woorden, komt de door de auteur aangedragen oplossing hier op neer: dat als meer overeenstemming zou bestaan over de vraag *waarom* vormfouten gesanctioneerd zouden moeten worden, in een concrete casus de vraag *of en hoe* gesanctioneerd zou moeten worden tot een eenduidiger beantwoording kan komen. De gunstige effecten daarvan liggen dan in consistentere rechtspraak en beter gemotiveerde en daardoor beter te verteren rechterlijke beslissingen. Dit wordt door de auteur uitgewerkt in een model dat hij de 'doel-middel' benadering noemt.

In hoofdstuk 2 bespreekt de auteur de historische ontwikkeling van de nationale wetgeving en rechtspraak vanaf de totstandkoming van het Wetboek van Strafvordering 1926 tot en met de voorstellen van de onderzoeksgroep Strafvordering 2001. In de laatste twee paragrafen van dat hoofdstuk (m.n. p. 59-82) legt Kuiper vervolgens de theoretische fundamenteen voor zijn opvatting. Na een beknopte bespreking van de vele verschillende opvattingen die in het bekende debat tussen *due process* en *crime control* kunnen worden onderscheiden, kiest Kuiper als uitgangspunt dat het rechtsgevolg dat aan een vormfout wordt gehecht steeds evenredig moet zijn met de vormfout waarop dat rechtsgevolg een reactie vormt. Die evenredige reactie zou dan bewerkstelligd moeten worden door een 'gestructureerde belangenafweging'.<sup>4</sup> Een belangrijk concept om aan die belangenafweging gestalte te geven is vervolgens de 'instrumentaliteit', waaronder Kuiper de vraag verstaat 'of het middel dat wordt gekozen om bepaalde doelstellingen te bereiken daartoe op zichzelf een redelijk middel is'.<sup>5</sup> Het bereiken van evenredigheid in de toepassing van rechtsgevolgen van vormverzuimen vereist dan o.m. 'duidelijkheid over de doeleinden die de strafrechter nastreeft en oog voor de effectiviteit van de middelen waarmee hij dat doet',<sup>6</sup> alsmede een strikte weging van subsidiariteit en de voor- en nadelen van de toepassing van rechtsgevolgen.<sup>7</sup>

Kuiper schuift vervolgens (p. 71-75) alle principiële en dogmatische argumenten die in de tegenstelling *due process* – *crime control* worden gewisseld met een ferme zwaai terzijde: het gewicht van die argumenten is vooral afhankelijk van persoonlijke opvattingen en voorkeuren. Zij kunnen daarom niet dienen om een gemeenschappelijke basis te vinden om een vruchtbaar debat aan te gaan en te komen tot een goede vormgeving van de rechtspraak over vormfouten. Tegenover principes en dogmatiek stelt Kuiper een 'pragmatische benadering', die hij vindt in 'concentratie op de feitelijke doeleinden van de taakuitoefening door de strafrechter en op de vraag wat er voor nodig is en wat het beste werkt om deze doeleinden te verwezenlijken'.<sup>8</sup> Die feitelijke doeleinden voor het sanctioneren van vormverzuimen vindt hij in i) het verzekeren van het recht op een eerlijk proces als bedoeld in artikel 6 EVRM; ii) het bevorderen van normconforme opsporing door een rechterlijke reactie die onrechtmatig optreden in de toekomst ontmoedigt en iii) het bieden van compensatie voor andere inbreuken dan die op het recht op een eerlijk proces.<sup>9</sup> De instrumentele benadering die Kuiper voorstaat, brengt dan mee dat sanctionering van vormfouten alleen plaatsvindt indien dat nodig en noodzakelijk is om te deze doelstellingen te dienen.

4 *Vormfouten. Juridische consequenties van vormverzuimen in strafzaken*, p. 67.

5 *Vormfouten. Juridische consequenties van vormverzuimen in strafzaken*, p. 69.

6 *Vormfouten. Juridische consequenties van vormverzuimen in strafzaken*, p. 71.

7 Kuiper besteedt in zijn werk in ruime mate aandacht aan de afzonderlijke vraag wat de aard en de omvang van de controle van de strafrechter op vormfouten kan of moet zijn. Immers, ook daarin liggen ruime sturingsmogelijkheden. In verband met de beperkingen die inherent zijn aan een boekbespreking laat ik deze kwestie verder rusten.

8 *Vormfouten. Juridische consequenties van vormverzuimen in strafzaken*, p. 74.

9 *Vormfouten. Juridische consequenties van vormverzuimen in strafzaken*, p. 75.

De consequenties van de pragmatisch-instrumentele benadering van Kuiper tonen zich het meest pregnant in de daaropvolgende besprekingen naar aanleiding van de hiervoor als tweede genoemde doelstelling, het bevorderen van normconforme opsporing. Het bevorderen van normconformiteit is volgens Kuiper in de eerste plaats een taak van de politieorganisatie en het OM zelf, en eerst als er concrete aanleiding bestaat te denken dat die controle door de eerstverantwoordelijke autoriteiten tekortschiet, kan er voor de strafrechter reden bestaan deze leemte in te vullen.<sup>10</sup> Er zijn veel andere wegen om de rechtmatigheid van de opsporing te bevorderen – Kuiper noemt o.m. (interne) klachtprocedures, parlementair en ministerieel toezicht, Ombudsman, Rijksrecherche en Inspectie Veiligheid en Justitie – die veelal genuanceerdere en effectievere instrumenten kunnen hanteren om vormfouten te bestrijden dan de ‘botte bijlen’ die de strafrechter ter beschikking staan.<sup>11</sup> De negatieve neveneffecten die kleven aan de instrumenten die de strafrechter ter beschikking staan, dwingen steeds tot het beantwoorden van de vraag ‘of niet met minder ingrijpende of met andere middelen kan worden volstaan om de politie en het OM tot normconformiteit te bewegen’.<sup>12</sup> En zo hangt het er maar van af wat de aard, oorzaak en frequentie van het betreffende type fout is of een ‘disciplinerende reactie van de strafrechter’ noodzakelijk is, of dat de kans op herhaling van de vormfout zo gering is dat sanctionering geen toegevoegde waarde zou hebben.<sup>13</sup>

Met de identificatie van de doeleinden die in de rechtspraak over vormfouten centraal moeten staan, is echter nog niets gezegd over de wijze waarop die rechtspraak dan vorm moet krijgen. Volgens Kuiper is van belang dat in die vormgeving wordt bewerkstelligd dat de inhoudelijke doeleinden van het controleren van en reageren op vormfouten effectief en efficiënt worden bereikt, met zoveel mogelijk rechtseenheid en een begrijpelijke en overtuigende motivering.<sup>14</sup> De omstandigheid dat de controle en reactie op vormfouten afhankelijk is van een belangenafweging van de rechter veronderstelt dan weer dat in een concreet geval uitdrukkelijk wordt gekozen welke doeleinde(n) met de reactie op de vormfout worden nagestreefd, dat het rechtsgevolg een geschikt middel is om de daarmee nagestreefde doel te dienen en dat aan de toepassing een beargumenteerde afweging van voor- en nadelen ten grondslag ligt.

“Om [...] te komen tot een evenredige, consistente en goed gemotiveerde toepassing van reacties op vormfouten moet de strafrechter dus vaststellen welke doeleinden worden nagestreefd, welke middelen geschikt zijn om die doeleinden te bereiken en zijn beslissingen te gronden en te beargumenteren op basis van de aan die middelen verbonden voor- en nadelen: de doel-middel benadering.”<sup>15</sup>

Deze benadering heeft volgens Kuiper veel voordelen. Zij dwingt er toe oog te hebben voor de verschillende uiteenlopende belangen die met het reageren op vormverzuimen zijn gemeoid, omdat deze in rechtstreeks verband staan met de te expliciteren doeleinden. Door duidelijk te maken welke belangen de strafrechter wel, en welke hij niet in zijn afweging betreft en welke doeleinden hij wel en niet beoogt te dienen, wordt duidelijk wat van de strafrechter verwacht kan worden, en waarvoor men bij anderen moet aankloppen. Naar de mate waarin blijkt dat anderen dan de strafrechter bepaalde belangen en doelen reeds voldoende dienen – denk aan het bieden van compensatie aan de verdachte voor inbreuken op zijn in artikel 8 EVRM beschermde rechten – kan dan de taak van de strafrechter ter zake krimpen. Deze benadering zou voorts meer handvaten bieden voor empirisch onderzoek.

10 *Vormfouten. Juridische consequenties van vormverzuimen in strafzaken*, p. 79.

11 *Vormfouten. Juridische consequenties van vormverzuimen in strafzaken*, p. 94-96.

12 *Vormfouten. Juridische consequenties van vormverzuimen in strafzaken*, p. 97.

13 *Vormfouten. Juridische consequenties van vormverzuimen in strafzaken*, p. 97.

14 *Vormfouten. Juridische consequenties van vormverzuimen in strafzaken*, p. 155.

15 *Vormfouten. Juridische consequenties van vormverzuimen in strafzaken*, p. 156-157.

“De doel-middel benadering [tilt] de uitoefening van de taak van de rechter, en het (wetenschappelijk) debat daarover, door de gerichtheid op de daadwerkelijke verwezenlijking van de geëxpliciteerde doeleinden, van het niveau van min of meer persoonlijke overtuigingen, naar het niveau van de vraag wat voor het bereiken van de met de uitoefening van die taak nagestreefde doeleinden nodig is en wat in dat verband werkt. (...) Toepassing van rechtsgevolgen is niet ingegeven door min of meer abstracte dogmatische uitgangspunten, maar kan feitelijk nuttig en noodzakelijk zijn of niet.”<sup>16</sup>

Het spreekt dan ook welhaast voor zich dat de auteur de beoordeling van de proportionaliteit en subsidiariteit van zowel de besteding van rechterlijke capaciteit aan het onderzoeken van vormfouten als van een rechterlijke reactie op een geconstateerde vormfout, koppelt aan de vraag wat er feitelijk gebeurt binnen de opsporing. Niet dogmatische argumenten, maar de feitelijke vraag of de functies van het reageren op vormfouten (elders) adequaat zijn belegd bepaalt of een rechterlijke reactie noodzakelijk is. Hoe minder het waarborgen van normconform politie handelen afhankelijk is van het optreden van de zittingsrechter, hoe minder de toepassing van ingrijpende sancties op vormfouten gerechtvaardigd is.<sup>17</sup>

In deze samenvatting moet noodzakelijkerwijs voorbij worden gegaan aan veel interessante en verrijkende observaties en gedachten die zijn ontleend aan met name de jurisprudentie van het United States Supreme Court (USSC) en Amerikaanse literatuur, waar Kuiper zich bij de ontwikkeling van de door hem voorgestelde aanpak sterk door heeft laten inspireren. Zo bespreekt de auteur het verschijnsel *remedial equilibration*, dat kort gezegd inhoudt dat naar de mate waarin de rechtsgevolgen op een geconstateerd vormverzuim ernstiger zijn en dwingender zijn voorgeschreven, de rechter zich in concrete zaken steeds meer in bochten zal wringen om te kunnen komen tot het oordeel dat er (nog net) geen sprake is van het betreffende vormverzuim, om aldus de toepassing van de op het vormverzuim voorgeschreven (door de rechter voor het voorliggende geval te draconisch geachte) sanctie in de voorliggende casus te vermijden.<sup>18</sup> Dat verschijnsel is – zoals Kuiper terecht stelt – ook in Nederland te onderkennen. Ik ben er alleen nog niet uit of rechters dan geprezen moeten worden omdat zij het recht bijbuigen om tot een redelijke uitkomst te komen, of dat zij bekritiseerd moeten worden omdat zij het recht verbuigen om tot de door henzelf gewenste uitkomst te komen. Ook deze medaille heeft twee kanten. Nog weer een andere vraag is in hoeverre men in de vormgeving van het *recht* moet capituleren voor deze neiging van de *rechter*. Niet alles wat de rechter doet is welgedaan.<sup>19</sup>

16 *Vormfouten. Juridische consequenties van vormverzuimen in strafzaken*, p. 165.

17 *Vormfouten. Juridische consequenties van vormverzuimen in strafzaken*, p. 170.

18 *Vormfouten. Juridische consequenties van vormverzuimen in strafzaken*, p. 130-134.

19 Ik volsta hier met de voetnoot dat juist op dit punt de Amerikaanse juridische cultuur heel anders is dan de continentaal-Europese. Heel schematisch en (te) versimpeld: in de VS staat de beslissing in de zaak voorop, en groeit die beslissing met andere precedents als het ware *bottom up* uit tot het recht. Dat maakt dat in Amerikaanse zaken het debat gaat over het meest bruikbare precedent en dat daarnaast vooral rechtspolitieke argumenten een rol spelen. In Nederland komt het recht “van boven”, en kleurt de rechter in zijn beslissing dat reeds bestaande recht alleen nog wat bij. In het Nederlandse juridische debat worden dan ook vooral rechts- en wetshistorische en systematische argumenten gewisseld. Dat leidt vervolgens ook tot een heel andere waardering van de invloed die de persoon van de rechter op de rechtsontwikkeling heeft of mag hebben. In Amerika is het recht volgens sommigen ‘*what the judge had for breakfast*’ en is zijn politieke voorkeur een verklarende variabele. In Nederland is het tot nu toe in de academische wereld *not done* om bepaalde rechterlijke beslissingen te verklaren uit de personele samenstelling van de betreffende kamer of uit de politieke affiliatie van de rechter. De transplantatie van de Amerikaanse aanpak die Kuiper voorstelt, kan mijns inziens dan ook slechts gepaard gaan met een toenemende veramerikanisering van het debat waar het de persoon van de Nederlandse rechter en zijn of haar persoonlijke (politieke) opvattingen betreft.

### 3. Reactie

Het zal niet zonder reden zijn dat de redactie van dit tijdschrift een advocaat heeft aangezocht om het boek van Kuiper te bespreken. Want, naar een Engelse uitspraak, *'where one stands in this debate depends on where one sits'*. Dat wordt mijns inziens mede veroorzaakt door de verschillende indrukken van de werkelijkheid die men, afhankelijk van het perspectief van de waarnemer, opdoet. Het beeld dat advocaten hebben van de Nederlandse opsporings- en vervolgingspraktijk is bepaald grimmig: de magistratelijheid is uit het openbaar ministerie weggelekt en verregaand vervangen door bureaucratische regeltoepassing.<sup>20</sup> Het strafrecht is in de handhaving inmiddels van *ultimum remedium* tot *optimum remedium* geworden.<sup>21</sup> Het aantal strafrechtelijke vervolgingen van opsporingsambtenaren voor het valselijk opmaken van ambtsedige processen-verbaal blijft verre achter bij het aantal incidenten waarin de rechter in een strafzaak tegen een burger vaststelt dat van zulke valsheid sprake was. Interne klachtprocedures van opsporingsorganen zijn een wassen neus en worden op een wijze gehanteerd die vooral ten doel heeft klachten ongegrond te verklaren. En met dank aan de Hoge Raad wordt op de werkvloer van het strafrecht door opspoorders en OM-ers alleen nog maar lacherig gedaan over vormfouten – ze leiden toch nooit tot ongelukken.

Het is niet gezegd dat dit advocatenperspectief een *juist* beeld is van de werkelijkheid. Maar dat kan evenmin gezegd worden van het perspectief waar Kuiper vanuit zijn ervaringen – zijn CV is in het boek opgenomen (p. 673) – ook tot op zekere hoogte toe veroordeeld is: zolang het tegendeel niet overtuigend is aangetoond, is de Nederlandse politieagent professioneel en integer, de officier van justitie dito en ook nog eens magistratelijk, en gaat er helemaal niet zoveel fout.<sup>22</sup>

We worden allen gevormd door onze ervaringen. Het daaruit voortvloeiende verschil in waarneming en perspectief maakt dat reeds het vinden van een gemeenschappelijk vertrekpunt om te spreken over de sanctionering van vormverzuimen een krachttoer is. Gemeenschappelijk is, meen ik, het inzicht dat de rechterlijke reactie op vormfouten altijd een genuanceerde moet zijn. Een onbenullige fout – bijvoorbeeld een ontbrekende handtekening van de bevoegde autoriteit op een machtiging, terwijl die autoriteit wél op voorhand met de toepassing van het dwangmiddel heeft ingestemd – behoort niet zonder meer te leiden tot fatale gevolgen in een vervolging wegens een ernstig strafbaar feit. De grote verdienste van Kuiper is dat hij onderzoekt hoe deze noodzakelijk genuanceerde rechterlijke reactie van een bruikbare routekaart kan worden voorzien, dat hij daartoe belangrijke inzichten en voorbeelden uit het buitenland toegankelijk maakt en dat hij een beoordelings-schema aandraagt dat ertoe kan bijdragen om de discussie over de wenselijke rechterlijke reactie van handvatten te voorzien. Maar daarmee heeft Kuiper mij nog niet overtuigd van de door hem voorgestane doel-middel benadering.

De vragen beginnen al bij de selectie van de doeleinden die volgens Kuiper door een rechterlijke reactie op vormfouten mogen worden gediend. Dat het recht op een eerlijk proces

20 Vgl. J.M.W. Lindeman, *Officieren van justitie in de 21<sup>e</sup> eeuw* (diss. Utrecht), Den Haag: Boom 2017.

21 Vgl. het Protocol aanmelding en afdoening van fiscale delicten en delicten op het gebied van douane en toelagen (Protocol AAFD, nr. BLKB/2015/572M), overweging b): dat “de laatste jaren een ontwikkeling gaande is met betrekking tot de wijze waarop het strafrecht wordt ingezet, waarbij het strafrecht niet langer wordt gezien als een geïsoleerd, repressief sluitstuk van de handhavingssketen (*'ultimum remedium'*), maar als een instrument dat in verbinding staat met andere vormen van handhaving, toezicht en nalevingsbevordering. In de richtlijn was hierover opgenomen dat het strafrecht ‘steeds meer [zal] worden ingezet ter ondersteuning van en in samenwerking met het toezicht om zo de rechtshandhaving te stimuleren en compliance te bevorderen”; Zie ook: [www.bijzonderstrafrecht.nl/home/videoboodschap-opstelten-bij-lancering-tbsh-het-strafrecht-als-optimum-remedium](http://www.bijzonderstrafrecht.nl/home/videoboodschap-opstelten-bij-lancering-tbsh-het-strafrecht-als-optimum-remedium); [www.vgn.nl/artikel/23441](http://www.vgn.nl/artikel/23441).

22 *Vormfouten. Juridische consequenties van vormverzuimen in strafzaken*, p. 135, p. 167-168.



als bedoeld in artikel 6 EVRM moet worden gewaarborgd spreekt voor zich, maar waarom wordt meteen aangesloten bij die absolute ondergrens? Waarom valt een fout die de eerlijkheid van het geding negatief beïnvloedt maar nog niet een schending van artikel 6 EVRM oplevert noodzakelijkerwijs buiten het veld van rechterlijke reactie? Waarom is het bevorderen van normconforme opsporing onmiddellijk gekoppeld aan het toekomstige effect van de rechterlijke reactie? Waarom kan niet een doeleinde van de rechterlijke reactie zijn het herstel van de rechtmatige toestand, in die zin dat aan de partij die de fout heeft gemaakt de voordelen van die fout worden ontnomen? Hier wreekt zich dat Kuiper nauwelijks onderscheid maakt tussen de doeleinden die – naar we kunnen waarnemen – in de rechtspraak aan de sanctionering van vormverzuimen worden verbonden, en de doeleinden die daar aan verbonden zouden moeten worden. De onderbouwing van deze laatste keuze schiet tekort.

Dat is dan weer het gevolg van de wijze waarop Kuiper de Gordiaanse knoop van de elkaar bestrijdende principiële opvattingen denkt door te kunnen hakken: tegenover elk principieel argument kun je weer een ander argument plaatsen. Zij heffen elkaar volgens Kuiper dus op en worden daarom door hem buiten de discussie geplaatst.<sup>23</sup> Los van de persoonlijke bekentenis dat ik aan enkele van die argumenten toch wel een beetje was gehecht, lijkt dit te veel op een kunstgreep. Op deze wijze overtuig je de antipoden in het Palestijns-Israëliëse conflict ook niet van de onbruikbaarheid van hun persoonlijke theologisch of principieel gefundeerde opvattingen – voor wat betreft de gehardheid van de stellingen doet de discussie over de sanctionering van vormfouten daar toch niet veel voor onder. Voor mij persoonlijk wordt met het buiten de vergelijking plaatsen van principes en ethiek het hart uit het recht gesneden.

Daarbij doet Kuiper ten onrechte voorkomen dat zijn pragmatisch-instrumentele aanpak niet-principieel, en dus als zodanig neutraal en waardenvrij zou zijn. Voor hen die aan het strafrecht vooral een beschermende functie toekennen, is het etiket “instrumenteel” reeds een diskwalificatie. Maar belangrijker is dat de rechtspraak van het Amerikaanse USSC waar Kuiper zich op baseert een exponent is van een conservatieve tegenreactie op het liberale Warren-court.<sup>24</sup> Sinds het afscheid van Warren eind jaren '60 zijn 17 nieuwe rechters in het Supreme Court benoemd, 12 daarvan op voordracht van Republikeinse presidenten.<sup>25</sup> De ‘pragmatische’ rechtspraak van het USSC is *crime control* onder een andere naam. De ‘evenredige’ reactie die Kuiper voorstaat – ik paraphraseer: alleen sanctioneren als praktisch gezien nut en noodzaak daartoe is aangetoond – is daarmee vooral minimalistisch, wat niet hetzelfde is als genuanceerd.

De *körperfremdheit* van de pragmatisch-instrumentele benadering van Kuiper blijkt ook als wij haar spiegelen aan die andere situatie waarin een rechterlijk sanctie-oordeel wordt verlangd: de strafoplegging. Daarin spelen pragmatische overwegingen toch meestal een tamelijk ondergeschikte rol. In het klassieke strafrecht is dat vaak vanzelfsprekend, maar wat te denken van de rechtspersoon in het economisch ordeningsrecht? Een transport-onderneming die wordt vervolgd omdat één van haar chauffeurs vergeten is het juiste vinkje op een ladingsbrief te zetten? Er bestaan in zulke gevallen veel genuanceerde en effectieve instrumenten om intern de naleving van regels te bevorderen – denk aan interne cursussen en opleidingen, *toolboxmeetings*, interne toezichthouders, brancheverenigingen, klokkenluidersregelingen, *etcetera*. Geen rechter vraagt zich echter af of zulke maatregelen voldoende effectief zijn om herhaling van de fout te voorkomen. Strafopleg-

23 *Vormfouten. Juridische consequenties van vormverzuimen in strafzaken*, p. 75.

24 *Vormfouten. Juridische consequenties van vormverzuimen in strafzaken*, p. 157 e.v.

25 <https://supreme-court-justices.insidegov.com>.

ging vindt plaats op grond van algemene overwegingen van – bijvoorbeeld – normbevestiging, ongeacht de vraag of met de straf – en die normbevestiging – feitelijk nog enig nuttig doel wordt bereikt. Het geloofsartikel dat in de strafoplegging wordt uitgevent is dat sanctionering bewerkstelligt dat de organisatie en het management intern prioriteit geven aan de noodzaak om in de uitoefening van de maatschappelijke activiteiten van de organisatie wetten en regels na te leven. De visie van Kuiper staat daar haaks op. Die gaat er – zonder nadere verklaring of toelichting – van uit dat *bepaalde* organisaties van goede wil zijn, en dat sanctionering dan ook in beginsel achterwege kan blijven – tenzij aangetoond wordt dat alternatieven voor sanctionering tekort schieten. Daarmee ontstaat voor beide vraagstukken een wezenlijk verschil in benadering, terwijl (zo is mijn stelling) te dezen geen wezenlijk verschil te onderkennen is tussen een particuliere organisatie en bijvoorbeeld een politieorganisatie. Particuliere organisaties zijn (als uitgangspunt) niet minder van goede wil dan overheidsorganisaties, en mensen op alle werkvloeren houden zich, ondanks alle inspanningen van de organisatie en des zelfs management, niet altijd aan de regels.<sup>26</sup>

Een problematisch aspect van de opvatting van Kuiper is tenslotte – men moet toch ergens tot een afronding komen – dat de last om de noodzaak van een rechterlijke reactie aannemelijk te maken uit de aard der zaak op de schouders van de verdediging wordt gelegd. Op grond van artikel 10a Advocatenwet is de opdracht van de raadsman (slechts) om onafhankelijk, partijdig, deskundig, integer en vertrouwelijk zorg te dragen voor de rechtsbescherming van zijn cliënt. ‘Zorg voor de rechtsstaat’ staat niet in dit rijtje. Anders dan Kuiper lijkt te menen kan aan de raadsman of de advocaat dan ook geen zelfstandige rol worden toebedeeld waar het betreft het waarborgen van de rechtsstatelijkheid van de opsporing. De raadsman is in dezen slechts verlengstuk van zijn cliënt, hetgeen geïllustreerd wordt in de gevallen waarin de raadsman (binnen grenzen van wet en tucht) de belangen van zijn cliënt *ten detrimente van de rechtsstaat* bevordert. Ook dát kan goed advocatenwerk zijn.<sup>27</sup> Dit betekent dat alleen in het geval de (verdachte) cliënt een *eigen belang* ontwaart in het aanklaarten van een vormfout in de opsporing, zo’n vormfout door de raadsman zal worden onderzocht en onder de aandacht van de rechter zal worden gebracht. De controle op de rechtmatigheid van de opsporing is daarmee zo goed als geheel afhankelijk van de – door de verdachte cliënt betaalde – *particuliere* inspanningen. Het is particuliere handhaving.

Maar zo goed als ongeacht de ernst van de vermoedelijk begane vormfout, kan ik in het huidige tijdsgewricht mijn cliënten in gemoede niet meer adviseren om de kosten te maken die nodig zijn om de vormfout te onderzoeken en om een verweer in de door de Hoge Raad voorgeschreven vorm te voeren: de kans op enig voor de cliënt gunstig resultaat van die exercitie is inmiddels zó klein, dat de kosten die er mee gemoeid zijn al snel prohibitief zijn. Met de nieuwe terugvorderingsregel voor ambtshalve toevoegingen (artikel 43 lid 3

26 Hooguit verschilt het eigen belang van de werknemers en de organisaties: op het private terrein is dat meer economisch voordeel, in het publieke domein ziet dat meer op het vermijden van kosten van allerlei aard. Maar dat zulke (onderscheiden) eigen belangen bij niet-normconform handelen betrokken *kunnen* zijn, hebben beide organisaties dan weer gemeen.

27 De advocaat die zichzelf ‘hoeder van de rechtsstaat’ noemt, leidt dan ook aan zelfoverschatting – heeft in elk geval zijn prioriteiten niet op orde. De politicus, rechter of wetenschapper die de advocaat een taak terzake opdraagt heeft de rolverdeling in het strafproces onvoldoende scherp op het netvlies. En in deze zin heeft de advocaat die Kuiper toevoegde: ‘Fuck de rechtsstaat, ik zit er voor het belang van mijn cliënt’ (Kuiper, ‘De nieuwe benadering van vormfouten: “Mag ik het zo samenvatten”’, *Strafblad* 2015(1) 5) volledig gelijk. Met Kuiper (a.w.) ben ik het dan weer van harte eens dat er uiteindelijk maar één hoeder van de rechtsstaat is, en dat is de rechter. Het probleem ligt dan ook op diens bordje – en nergens anders.

WRB) zal dit kostenaspect ook voor toevoegingszaken een relevante en limiterende rol gaan spelen.<sup>28</sup>

Als wij aan de controle op de rechtmatigheid van de opsporing een algemeen maatschappelijk en rechtsstatelijk belang toekennen – en ik meen dat ook Kuiper dat doet – dan kan niet voorbij worden gegaan aan het bijzondere particuliere karakter van bijvoorbeeld het feitenonderzoek dat voor die controle essentieel is. In de opvatting van Kuiper ontbreekt de sensitiviteit voor wat noodzakelijk is om het systeem van particuliere handhaving te laten functioneren. In de Verenigde Staten (daar kijken we immers vooral naar) staat particuliere handhaving op min of meer gelijke voet met publieke handhaving, en worden particuliere handhavingsinspanningen gestimuleerd en beloond door instrumenten als *punitive damages*, *triple damages* en vergoedingen voor klokkenluiders van tot wel 30% van de door de overheid aan de wetsovertreder opgelegde sanctie. Als we de instrumentaliteit van de rechterlijke reactie op vormfouten mede beoordelen in het licht van de vraag of daarmee het systeem van particuliere handhaving voldoende voeding krijgt, komt men misschien tot heel andere conclusies. Dan kan onder omstandigheden een reactie die genuanceerd maar (ik durf het te zeggen!) onevenredig is met het geconstateerde vormverzuim desondanks in de voorliggende zaak de juiste zijn, omdat daarmee wordt bewerkstelligd dat de rechter ook in de toekomst *überhaupt* kennis kan blijven nemen van (beweerde) onrechtmatigheden in de opsporing. Dan is consistente rechtspraak zeker niet het hoogste goed. Dan getuigt het misschien zelfs van wijs beleid om de jachthonden af en toe maar gewoon een bot toe te werpen, om te zorgen dat ze ook in de toekomst voor je jagen. Maar dit lijkt mij een thema voor een ander proefschrift.

#### 4. Besluit

Kuiper heeft een in alle opzichten indrukwekkend werkstuk afgeleverd. Zijn analyse van de wijze waarop de rechterlijke controle op vormfouten is vormgegeven en het huidige toepassingsbereik van de verschillende in artikel 359a Sv genoemde reacties op vormverzuimen zijn voor de rechtspraktijk van grote waarde. Zijn presentatie van de argumenten die in het debat over de sanctionering van vormverzuimen in binnen- en buitenland zijn gewisseld en de jurisprudentie van de USSC zijn verrijkend, leerzaam en geven voeding aan de discussie die – noodzakelijk – ook in Nederland blijvend zal worden gevoerd, ook in het kader van de modernisering van het Wetboek van Strafvordering.

Over de doel-middel benadering die Kuiper voorstaat valt nog heel veel meer te zeggen. Ontegenzeggelijk is zij aantrekkelijk in deze zin, dat daarmee een vocabulaire en een verzameling argumenten wordt aangereikt waarmee de rechter in een voorkomende zaak zijn probleem ('hoe moet ik in deze zaak reageren op de aan mij voorgelegde vormfout?') kan oplossen. Als de tekenen niet bedriegen, dan zal de jurisprudentie zich ook wel langs de door Kuiper geschetste lijnen verder ontwikkelen. In heel veel gevallen zullen de beslissingen waartoe de rechter komt die zich van de doel-middel benadering bedient ook zonder meer redelijk en aanvaardbaar zijn. Maar de uiterste consequentie van de opvatting van Kuiper is, dat de rechter in een voorkomend geval een ernstige vormfout constateert, maar deze vervolgens ongesanctioneerd laat om de enkele reden dat sanctionering niet bijdraagt aan het voorkomen van vergelijkbare fouten *in de toekomst*. Naar mijn stellige overtuiging zou de rechter daarmee zijn rechtsstatelijke verantwoordelijkheid *in de voorliggende* zaak echter tekort doen.

<sup>28</sup> Dit is ook de reden waarom andere controlemechanismen – denk bijvoorbeeld aan klachtprocedures – nimmer de plaats van controle in het kader van het strafproces zullen kunnen innemen: bij gebrek aan een aanwijsbaar voordeel voor de burger dat in deze procedure zou kunnen worden verkregen, kan niet worden ingezien waarom de burger de voor het doorlopen van de procedure noodzakelijke kosten zou willen maken.