

University of Groningen

Afscheid van nietigheden?

Keulen, B.F.

Published in:
 Delikt en Delinkwent

IMPORTANT NOTE: You are advised to consult the publisher's version (publisher's PDF) if you wish to cite from it. Please check the document version below.

Document Version
 Publisher's PDF, also known as Version of record

Publication date:
 2016

[Link to publication in University of Groningen/UMCG research database](#)

Citation for published version (APA):
 Keulen, B. F. (2016). Afscheid van nietigheden? *Delikt en Delinkwent*, 2016(9), 679-688. Artikel DD 2016/62.

Copyright

Other than for strictly personal use, it is not permitted to download or to forward/distribute the text or part of it without the consent of the author(s) and/or copyright holder(s), unless the work is under an open content license (like Creative Commons).

The publication may also be distributed here under the terms of Article 25fa of the Dutch Copyright Act, indicated by the "Taverne" license. More information can be found on the University of Groningen website: <https://www.rug.nl/library/open-access/self-archiving-pure/taverne-amendment>.

Take-down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

Downloaded from the University of Groningen/UMCG research database (Pure): <http://www.rug.nl/research/portal>. For technical reasons the number of authors shown on this cover page is limited to 10 maximum.

Afscheid van de nietigheden?²

DD 2016/62

1. Inleiding

Twintig jaar geleden, op 2 november 1996, trad de Wet vormverzuimen in werking.³ Die wet gaf een vervolg aan een aantal aanbevelingen van de Commissie herijking Wetboek van Strafvordering (oftewel de Commissie Moons) die waren neergelegd in het rapport 'Recht in vorm'.⁴ Zo werd in een aantal strafvorderlijke bepalingen de zinsnede 'op straffe van nietigheid' geschrapt. Daarbij werd als 'ordenend beginsel' gehanteerd 'dat de wetgever alleen de sanctie op overtreding van een vormvoorschrift bepaalt als "de gereede verwachting bestaat dat zich geen, ook niet het lichtste, geval laat denken waarin nietigheid als een te zware sanctie wordt ervaren".⁵

Het aantal formele nietigheden werd aldus door de Wet vormverzuimen teruggebracht, maar het concept bleef behouden. Indien het onderzoek ter terechtzitting daartoe aanleiding geeft, spreekt de rechter nog altijd de nietigheid van de dagvaarding uit (artikel 349 lid 1 Sv). Uit artikel 358 lid 5 en artikel 359 lid 8 Sv volgt dat het vonnis de in deze artikelen omschreven beslissingen en motiveringen 'op straffe van nietigheid' dient te bevatten. En weigering of verzuim om te beslissen over een vordering of een verzet van de officier van justitie of een verzoek of verzet van de verdachte, strekkend tot het gebruikmaken van een bevoegdheid of van een recht dat door de wet wordt toegekend, heeft nietigheid ten gevolge (artikel 330 Sv).

Ligt het in de rede om het concept van de nietigheden in het gemoderniseerde Wetboek van Strafvordering te behouden? En dient, bij een bevestigend antwoord, het 'ordenend beginsel' dat bij de Wet vormverzuimen geformuleerd werd, leidend te blijven?

2. Strafvordering 2001

In het afsluitende rapport van het onderzoeksproject Strafvordering 2001 hebben Groenhuijsen en Knigge kritiek geleverd op de benadering van nietigheden die de wetgever met de Wet vormverzuimen in het voetspoor van de Commissie Moons heeft gekozen.⁶ Zij maakten onderscheid tussen twee groepen gevallen waarin van de rechter kan worden gevraagd een handeling nietig te verklaren of een beslissing te vernietigen wegens een daaraan klevend gebrek. De eerste groep betreft gevallen waarin de rechter een beslissing moet nemen over de vraag of de procespartijen rechtsgeldig zijn gedagvaard of opgeroepen. De tweede groep behelst gevallen waarin tegen een beslissing een rechtsmiddel is aangewend en de rechter moet beoordelen of de bestreden beslissing wegens verzuim van vormen moet worden vernietigd.

1 Hoogleraar straf(proces)recht aan de Rijksuniversiteit Groningen en redacteur van dit tijdschrift.

2 Citeerwijze: B.F. Keulen, 'Afscheid van de nietigheden?', DD 2016/62.

3 Wet van 14 september 1995, Stb. 441; Besluit van 21 oktober 1996, Stb. 522.

4 Zie G.J.M. Corstens (red.), *Rapporten herijking strafvordering 1993*, Arnhem, Gouda Quint B.V. 1993. Meest bekend is het wetsvoorstel vanwege de invoering van artikel 359a Sv. Daar wordt in deze bijdrage geen aandacht aan besteed.

5 *Kamerstukken II 1993/94*, 23705, 3, p. 4. Op p. 5 geeft de minister aan: 'Het hiervoor voorgestelde ordenend beginsel wordt als een juist uitgangspunt beschouwd.'

6 Algemeen deel, p. 67-76 in: M.S. Groenhuijsen & G. Knigge (red.), *Afronding en verantwoording. Eindrapport onderzoeksproject Strafvordering 2001*, Deventer: Kluwer 2004.

De nietigverklaring of vernietiging is in deze beide groepen gevallen, zo schreven zij, 'een soort tussenstap'. De 'sanctie' van nietigheid staat niet op zichzelf; zij heeft consequenties die afhankelijk zijn van de procedurele context waarin de nietigheid wordt vastgesteld. Als de dagvaarding nietig wordt verklaard, moet de verdachte bijvoorbeeld opnieuw worden gedagvaard. De vraag of een vormverzuim tot nietigheid moet leiden, maakt in de benadering van Groenhuijsen en Knigge deel uit van 'de veel bredere vraag welke gevolgen in welke gevallen adequaat zijn als reactie op onregelmatigheden in de procesgang'. Nietigverklaring of vernietiging is in hun ogen een adequate reactie op een geconstateerde onregelmatigheid als 'een nieuwe dagvaarding of oproeping, dan wel een nieuwe behandeling van de zaak in de gegeven omstandigheden aangewezen is' (p. 67-69).

Uit deze beschrijving van de functie die nietigheden in het wettelijk stelsel hebben, vloeit eigenlijk al voort dat Groenhuijsen en Knigge kritiek hadden op het door de Commissie Moons geformuleerde 'ordenend beginsel'. Dat ordenend beginsel brengt mee dat aan de rechter iedere beoordelingsvrijheid is ontnomen 'in de gevallen waarin de wet de niet-naleving van het voorschrift met nietigheid "bedreigt" '. Dat kwam Groenhuijsen en Knigge niet wenselijk voor, en spoorde naar hun oordeel ook niet met het geldend recht. Zo wezen zij erop dat het verzuim om op een verweer in de zin van artikel 358 lid 3 Sv te reageren niet tot cassatie behoeft te leiden als dat verweer slechts kon worden verworpen, terwijl de Hoge Raad de gewenste uitleg kan verschaffen. En Groenhuijsen en Knigge merkten op dat de rechtsonzekerheid wordt vergroot als de wet niets bepaalt over de consequenties van een vormverzuim. Zowel in de gevallen waarin de sanctie van nietigheid behouden is als in de gevallen waarin zij is geschrapt, is het er zo bezien na de inwerkingtreding van de Wet vormverzuimen niet beter op geworden. Groenhuijsen en Knigge zagen het formuleren van nietigheden als een belangrijke taak van de wetgever: 'Met het verbinden van nietigheid aan de niet-naleving van essentiële zittingsvoorschriften' geeft de wetgever 'aan dat die fout moet worden hersteld door een nieuwe behandeling van de zaak. Dat is een niet geringe ingreep in de normale procesgang, en het is daarom in de eerste plaats de wetgever die moet bepalen in welke gevallen een dergelijke ingreep aangewezen is' (p. 70-74).

De onderzoeksgroep Strafvordering 2001 stelde dan ook voor 'te breken met de systematiek van de Wet vormverzuimen'. Daarvoor in de plaats zou een stelsel moeten komen waarin de wetgever aan voorschriften 'nietigheid dient te verbinden als de niet-naleving ervan *in de regel* meebrengt dat de dagvaarding of de behandeling van de zaak moet worden overgedaan'. Aan de rechter kan worden overgelaten om bij voorschriften waarvan schending in uitzonderingsgevallen tot nietigverklaring of vernietiging dient te leiden tot die nietigheid te besluiten. Het stelsel van in de wet geregelde nietigheden zou de rechter houvast bieden bij het beantwoorden van de vraag wanneer een dergelijk uitzonderingsgeval zich voordoet.⁷ Groenhuijsen en Knigge bespraken vervolgens welke rol de wetgever zou dienen te spelen bij het regelen van de gevallen waarin een uitzondering op de regel van nietigheid kan worden gemaakt. De beoordeling van de geldigheid van de dagvaarding of oproeping is aan verschillende rechtbanken en hoven in handen gegeven; normering door de wetgever van relativering van nietigheden die aan de dagvaarding kleven zou tegen die achtergrond (zo begrijp ik beide auteurs) in de rede kunnen liggen. De relativering van nietigheden die het onderzoek ter terechtzitting betreffen ligt daarentegen in één hand; die van de Hoge Raad. Nu de rechtseenheid daar niet in het geding is, zou inmenging van de wetgever hier minder voor de hand liggen (p. 74-75).

7 Het wettelijk stelsel van nietigheden is in hun ogen derhalve ook van belang bij de erkenning van substantiële nietigheden.

Naar mijn mening valt de benadering van Groenhuijsen en Knigge te prefereren boven de benadering die twintig jaar geleden met de Wet vormverzuimen is gekozen. Het ligt inderdaad op de weg van de wetgever om te bepalen dat een fout moet worden hersteld door een nieuwe dagvaarding of een nieuwe behandeling van de zaak. Dat kan door aan die fout nietigheid te verbinden. De enkele omstandigheid dat er gevallen zijn waarin de betreffende fout niet tot een nieuwe behandeling behoeft te leiden, brengt niet mee dat de wetgever ervan zou moeten afzien nietigheid aan die schending te verbinden.

Er kunnen wel enkele kanttekeningen worden gemaakt bij de benadering van Groenhuijsen en Knigge. Zo is het onderscheid tussen regels waarvan niet-naleving in de regel tot nietigheid dient te leiden en regels waarbij dat slechts in uitzonderingsgevallen aan de orde zou zijn, niet messcherp. En de enkele omstandigheid dat de Hoge Raad bij de relativisering van nietigheden die het onderzoek ter terechtzitting betreffen voor rechtseenheid kan zorgen, brengt nog niet mee dat de wetgever afwegingen ter zake integraal aan de Hoge Raad zou moeten overlaten. Dat doet er echter niet aan af dat deze benadering bij de modernisering van het Wetboek van Strafvordering nog steeds waardevolle aanknopingspunten biedt.

Een complicatie bij het bepalen van de mogelijke rol van nietigheden in het gemoderniseerde wetboek is evenwel dat de tijd na de afronding van het onderzoeksproject Strafvordering 2001 niet heeft stilgestaan. Het recht dat de aan schending van voorschriften betreffende de dagvaarding en zittingsvoorschriften te verbinden consequenties betreft, is sterk gewijzigd sinds 2004.

3. Nietigheid van de dagvaarding

Als gemeld volgt uit artikel 349 lid 1 Sv nog steeds, net als in 1926, dat de rechter de nietigheid der dagvaarding uitspreekt indien het in artikel 348 Sv bedoelde onderzoek daartoe aanleiding geeft. De gevallen waarin de rechter tot deze formele einduitspraak kan komen zijn in de loop der tijd evenwel nogal gewijzigd.

Een deel van deze wijzigingen heeft al voor 2004 zijn beslag gekregen. In het Wetboek van Strafvordering zoals dat in 1926 in werking trad, bepaalde artikel 265 lid 1 Sv, net als thans, dat tussen de dag waarop de dagvaarding aan de verdachte is betekend en die der terechtzitting (behoudens een nader omschreven uitzondering) een termijn van tien dagen moest verlopen.⁸ De 'straf van nietigheid' die in 1926 nog aan dit voorschrift gekoppeld was, is aan het begin van de jaren '90 evenwel geschrapt.⁹ Sindsdien is voorgeschreven dat de rechter bij dagvaarding op te korte termijn het onderzoek schorst, indien de verdachte niet is verschenen. En ook artikel 261 Sv, dat eisen stelt aan de tenlastelegging, is aangepast. Artikel 261 lid 1 Sv bepaalde in 1926, net als thans, dat de dagvaarding een opgave behelst van het feit dat ten laste wordt gelegd, met vermelding omstreeks welke tijd en waar ter plaatse het begaan zou zijn. Die eis geldt sinds de inwerkingtreding van de Wet vormverzuimen echter niet langer 'op straffe van nietigheid'.¹⁰

Anders dan bij het dagvaarden op te korte termijn is bij schending van artikel 261 lid 1 Sv echter niet uitgesloten dat de rechter de nietigheid van de dagvaarding uitspreekt. En

8 Waarbij ook destijds al bepaald werd dat vrijwillige verschijning van de verdachte deze nietigheid dekte (vgl. A.J. Blok en L.Ch. Besier, *Het Nederlandsche strafproces*, tweede deel, Haarlem: Tjeenk Willink & Zoon 1925, p. 21).

9 Wet van 27 november 1991, *Stb.* 663.

10 Het jurisprudentie-onderzoek dat Stamhuis voor de Commissie Moons uitvoerde bood voor deze wijziging overigens geen (stevige) basis; Stamhuis vermeldde terecht dat de formele nietigheid van artikel 261 Sv in de jurisprudentie niet was gerelativeerd (*Vormvoorschriften. Een overzicht van rechtspraak*, Arnhem: Gouda Quint 1995, p. 254).

het is moeilijk voorstelbaar dat aan een schending van deze eisen een ander rechtsgevolg verbonden wordt dan nietigheid van de dagvaarding.¹¹ Een tenlastelegging die niet aan de minimale eisen van duidelijkheid voldoet, is ongeschikt als basis voor het onderzoek ter terechtzitting en verdere beraadslaging en beslissing.

De belangrijkste grond voor nietigverklaring van de dagvaarding is evenwel gelegen in betekeningstekorten. Vooral in de eisen die aan de betekening en, breder, de bekendmaking van de verdachte met de dagvaarding worden gesteld, is veel veranderd in de loop der jaren. Voor de inwerkingtreding van de Wet vormverzuimen was de regeling betrekkelijk eenvoudig. Uit artikel 590 lid 1 Sv volgde dat niet-naleving van de voorschriften van artikel 588 lid 1 en 3 alsmede artikel 589 Sv tot nietigheid van de dagvaarding diende te leiden. Op die regel maakte artikel 590 lid 2 Sv twee uitzonderingen. De nietigheid moest voor gedekt worden gehouden als de verdachte ter terechtzitting verschenen was en als bleek dat de niet verschenen verdachte met de terechtzitting op de hoogte was. De Wet vormverzuimen leidde er evenwel toe dat artikel 590 Sv uit de wet verdween. Dat is kort daarna in zoverre gerepareerd dat enkele jaren later een nieuw artikel 590 Sv werd ingevoerd, waarin bepaald werd dat de rechter, indien de uitreiking niet had plaatsgehad overeenkomstig het bepaalde in artikel 588 lid 1 en 3 alsmede artikel 589 Sv, de *betekening* nietig kan verklaren.¹² De duidelijkheid die artikel 590 lid 1 Sv voor de invoering van de Wet vormverzuimen bood, keerde evenwel niet terug.¹³ Daar komt bij dat de verhouding tussen artikel 590 Sv en artikel 278 Sv sinds de Wet vormverzuimen onduidelijk is. Terwijl artikel 590 Sv bepaalt dat de rechter de *betekening* nietig kan verklaren, volgt uit artikel 278 Sv dat de rechter de nietigheid van de *dagvaarding uitspreekt* als de dagvaarding niet op geldige wijze is uitgereikt. En de mogelijkheid die artikel 590 lid 2 Sv vroeger bood om nietigverklaring van de dagvaarding achterwege te laten als de verdachte met de terechtzitting op de hoogte was, staat niet langer in de wet.¹⁴

Al spoedig na de afronding van het grondslagenonderzoek Strafvordering 2001 werd de wettelijke regeling van de kennisgeving van dagvaardingen verder gecompliceerd door de introductie van een nieuw artikel 588a Sv.¹⁵ Daarin is bepaald dat in een aantal gevallen een afschrift van de dagvaarding of oproeping van de verdachte om op de terechtzitting of nadere terechtzitting te verschijnen wordt toegezonden aan een door de verdachte opgegeven adres. Dat kan bijvoorbeeld het adres in Nederland zijn dat de verdachte bij zijn eerste verhoor in de desbetreffende strafzaak met dat doel aan de verhorende ambtenaar heeft opgegeven. Het niet voldoen aan deze verplichting leidt evenwel niet tot nietigheid van de dagvaarding. Een nieuw derde lid van artikel 590 Sv bepaalt dat de rechter de schorsing van het onderzoek ter terechtzitting beveelt indien aan deze verzendplicht niet of niet tijdig is voldaan. Dat behoeft alleen niet indien zich een omstandigheid heeft voorgedaan waaruit voortvloeit dat de dag van de terechtzitting of nadere terechtzitting de verdachte tevoren bekend was. En het behoeft ook niet als zich anderszins een omstandigheid heeft voorgedaan waaruit voortvloeit dat de verdachte kennelijk geen prijs stelt op berechting in zijn

11 Vgl. B.F. Keulen en G. Knigge, *Strafprocesrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2016, dertiende druk, p. 415.

12 Wet van 15 januari 1998, *Stb.* 35.

13 Groenhuijsen en Knigge, *a.w.*, p. 71, vestigen er daarbij de aandacht op dat artikel 588 lid 2 Sv niet wordt genoemd in artikel 590 lid 1 Sv en vragen zich af of dit wil zeggen dat de rechter aan het niet naleven van dat artikellid geen nietigheid kan verbinden. Die vraag is op het niveau van de wet nog steeds actueel.

14 Zie over deze wetshistorische verwikkelingen nader H.M.E. Laméris-Tebbenhoff Rijnenberg, *Dagvaarding en berechting in aanwezigheid. De Nederlandse betekeningregeling in rechtshistorisch en Europees perspectief*, Amsterdam: Thesis Publishers 1998, p. 112-115.

15 Zie de Wet van 23 maart 2005, *Stb.* 175. De invoering van dit nieuwe artikel 588a Sv strekte in belangrijke mate tot codificatie van rechtspraak van de Hoge Raad, in het bijzonder HR 12 maart 2002, ECLI:NL:HR:2002:AD5163, NJ 2002/317, m.nt. Schalken. Vgl. *Kamerstukken II* 2004/05, 29805, 3, p. 4.

tegenwoordigheid. Samengevat komt deze wijziging van de wet erop neer dat, in het voetspoor van jurisprudentie van de Hoge Raad, een tweede regeling is geïntroduceerd waarin verplichtingen zijn opgenomen die ertoe strekken de verdachte over de dagvaarding te informeren, terwijl het niet naleven van die verplichtingen andere rechtsgevolgen heeft. En er is thans een wetswijziging aanhangig waarin de wetgever op het in 2005 ingeslagen pad voortgaat.¹⁶ De regeling betreffende de kennisgeving van gerechtelijke mededelingen verhuist door dit wetsvoorstel naar het Eerste boek, artikel 36a-36n Sv. In deze regeling wordt, net als in het geldend recht, onderscheid gemaakt tussen kennisgeving van gerechtelijke mededelingen aan natuurlijke personen door betekening, toezending en mondelinge mededeling. Betekening van een gerechtelijke mededeling geschiedt, zo wil het wetsvoorstel regelen, door uitreiking of (en dat is nieuw) elektronische overdracht (concept-artikel 36b Sv). Daarnaast blijft de mogelijkheid behouden dat een afschrift van de dagvaarding of oproeping van de verdachte om op de terechtzitting of nadere terechtzitting te verschijnen wordt toegezonden aan een door de verdachte opgegeven adres (concept-artikel 36g Sv). Wat de rechtsgevolgen betreft, bepaalt de wet dat de rechter de betekening nietig kan verklaren 'indien de uitreiking niet is geschied overeenkomstig het bepaalde in deze afdeling' (artikel 36n lid 1 Sv). De 'kan'-formulering die thans in artikel 590 lid 1 Sv staat, wordt derhalve gehandhaafd; het artikel blijft verder voorschrijven dat de 'betekening' en niet de dagvaarding nietig wordt verklaard. In een processuele sanctie voor het geval er bij de elektronische overdracht iets fout gaat, is, als ik het goed zie, niet voorzien.¹⁷ Indien aan de verzendplicht ingevolge artikel 36g Sv niet of niet tijdig is voldaan, blijft gelden dat de rechter de schorsing van het onderzoek beveelt tenzij de verdachte met de dag van de (nadere) terechtzitting bekend was of zich een omstandigheid heeft voorgedaan waaruit blijkt dat hij kennelijk geen prijs stelt op berechting in zijn tegenwoordigheid. Over de voorgestelde regeling valt veel te zeggen.¹⁸ In deze context beperk ik mij tot de regeling van de processuele sancties. Die is naar het mij voorkomt voor verbetering vatbaar. Groenhuijsen en Knigge schreven eerder over de wijziging van artikel 265 Sv:

"Tot 1992 was de tien dagen-termijn van art. 265 Sv op straffe van nietigheid voorgeschreven. Die nietigheid werd gedekt door de vrijwillige verschijning ter zitting (art. 265 lid 3 Sv-oud). Het niet in acht nemen van die termijn betekende dus dat een nieuwe dagvaarding moest worden uitgebracht, tenzij de verdachte was verschenen. De Wet van 27 november 1991, *Stb.* 1991, 663 veranderde de regeling. Thans geldt dat het onderzoek moet worden geschorst als de verdachte niet is verschenen, hetgeen meebrengt dat die verdachte voor de nadere terechtzitting moet worden opgeroepen. Erg groot is het verschil tussen de ene en de andere regeling niet. In beide gevallen wordt aangegeven wat de procedurele consequenties zijn van het verzuim."¹⁹

Bij schending van voorschriften die ertoe strekken de verdachte op de hoogte te brengen met de dagvaarding is het niet anders. Er is geen groot verschil tussen een regeling die de rechter voorschrijft om de dagvaarding nietig te verklaren en een regeling die bij schending van hetzelfde voorschrift tot een nieuwe oproeping verplicht. In beide gevallen wordt op-

16 *Kamerstukken II* 2014/15 e.v., 34086, Wetsvoorstel herziening tenuitvoerlegging strafrechtelijke beslissingen.

17 In dat geval is geen sprake van betekening door 'uitreiking'. De memorie van toelichting meldt over artikel 36n Sv dat het enkel wordt 'gecorrigeerd voor verwijzingen naar verplaatste en hernummerde artikelen' (*Kamerstukken II* 2014/15, 34086, 3, p. 60).

18 Zie eerder, over het conceptwetsvoorstel, B.F. Keulen, 'Een voorstel voor een nieuwe regeling van de betekening', *Trema* 2014, p. 42-51.

19 Groenhuijsen en Knigge, *a.w.*, p. 73.

nieuw een document aan de verdachte betekend teneinde hem met de (volgende) terechtzitting op de hoogte te brengen.

Tegen die achtergrond verdient het de voorkeur om bij het regelen van de rechtsgevolgen van schending van voorschriften die ertoe strekken de verdachte op de hoogte te brengen met een dagvaarding, een duidelijke keuze te maken. Schending van deze voorschriften leidt ofwel tot nietigheid van de dagvaarding, ofwel tot een nieuwe oproeping. Dat zou het geldend recht op dit punt al aanmerkelijk vereenvoudigen. En de winst wordt nog groter als niet alleen de rechtsgevolgen maar ook de gronden voor relativering van die rechtsgevolgen in de wet gelijk worden getrokken. Zoals wij zagen zijn die gronden voor de voorschriften die ertoe verplichten de verdachte een afschrift van de dagvaarding te sturen in de wet uitgeschreven. Bij de nietigheid van de dagvaarding was dat vroeger ook zo, maar die regeling is door de Wet vormverzuimen ongelukkig genoeg verdwenen. Consequentie is dat artikel 278 Sv nu een absolute regel lijkt te bevatten die nietigheid voorschrijft en die de 'kan'-formulering van artikel 590 Sv opzij zet.

Welke keuze daarbij gemaakt wordt, is mij eigenlijk om het even. Een regeling waarin de nietigheid van de dagvaarding centraal staat, is helder en daarmee onverminderd aantrekkelijk.²⁰ Maar een regeling die kiest voor het opnieuw oproepen, is ook verre te prefereren boven een stelsel dat op twee benen hinkt. En een vereenvoudiging in deze richting is vermoedelijk beter te realiseren vanwege het odium van vormfouten en tijdverlies dat aan de formele einduitspraak 'nietigheid van de dagvaarding' kleeft.

4. Nietigheden die aan de bestreden beslissing kleven; het hoger beroep

De tweede groep gevallen waarin nietigheid een rol speelt, zo bleek, zijn gevallen waarin tegen een beslissing een rechtsmiddel is aangewend en de rechter moet beoordelen of de bestreden beslissing wegens schending van strafvorderlijke voorschriften moet worden vernietigd. De vaststelling dat een voorschrift is geschonden waarvan de schending met nietigheid is bedreigd, is in dit geval een tussenstap die de rechter in hoger beroep of in cassatie zet in verband met de beslissing die hij over de bestreden beslissing moet nemen. In deze paragraaf wordt het belang van deze tussenstap voor de appelrechtspraak onder de loep genomen; in de volgende paragraaf het belang voor de cassatierechtspraak.

Het processuele kader waarin de rechter in hoger beroep oordeelt, is sinds 2004 eveneens sterk veranderd. In hoger beroep was in 2004 nog regel dat het vonnis waartegen hoger beroep was ingesteld werd vernietigd. De Hoge Raad casseerde als het vonnis ten onrechte door het hof was bevestigd. En ernstige vormverzuimen begaan bij het onderzoek ter terechtzitting in eerste aanleg stonden aan het bevestigen van het vonnis in de weg.²¹ In deze jurisprudentie is evenwel verandering gebracht door HR 13 juli 2010, ECLI:NL:HR:2010:BM0256, NJ 2011/294, m.nt. Mevis. De Hoge Raad refereerde in dat arrest aan de voorkeur die in de memorie van toelichting bij de Wet stroomlijnen hoger beroep was uitgesproken voor bevestigen in plaats van vernietigen. Door standaard te vernietigen zou de appelrechter een belangrijk instrument uit handen geven om de rechtsontwikkeling te sturen en de rechtseenheid te bevorderen. De Hoge Raad gaf vervolgens aan op welke wijze in het vervolg toepassing kon worden gegeven aan artikel 423 Sv. Een vonnis dient te worden vernietigd indien en voor zover het hof zich niet kan verenigen met door de eerste rechter op de voet van artikel 358

20 Een praktische complicatie bij een keuze voor de oproeping is bovendien dat het Openbaar Ministerie de dagvaarding niet kan intrekken nadat het onderzoek op de zitting is aangevangen (artikel 266 Sv). Maar daar laat zich ongetwijfeld een oplossing voor bedenken.

21 Zie A.E. Hartevelt, 'Bevestigen of vernietigen', in: B.F. Keulen, G. Knigge en H.D. Wolswijk (red.), *Pet af* (liber amicorum D.H. de Jong), Nijmegen: WLP 2007, p. 103-104.

in verbinding met de artikelen 348 en 350 Sv genomen beslissingen. Een vonnis waarmee de appelrechter zich alleen voor wat de gronden betreft niet kan verenigen, leent zich wel voor bevestiging, zij het met aanvulling of verbetering van die gronden. Bevestiging van het vonnis is voorts slechts mogelijk indien het onderzoek ter terechtzitting in eerste aanleg is gevoerd met inachtneming van alle daarvoor geldende procedureregels. De Hoge Raad merkte daarbij evenwel, verwijzend naar de memorie van toelichting, op dat zulke verzuimen 'bij een voortbouwend appel doorgaans door de behandeling in appel zijn hersteld en daarom nadien niet meer relevant zijn'.

Daarmee heeft de Hoge Raad voor het leerstuk van de nietigheden in relatie tot de appelrechtspraak een gecompliceerde boodschap afgegeven. Enerzijds kan de appelrechter door een vonnis te bevestigen of te vernietigen de rechtsontwikkeling in eerste aanleg bevorderen. Dat doet de gedachte opkomen dat deze bevoegdheid ook kan worden gehanteerd bij vormverzuimen die in eerste aanleg zijn begaan. Als de rechter in eerste aanleg op een ter terechtzitting gedaan verzoek ten onrechte niet heeft beslist, kan dat reden zijn om het vonnis niet te bevestigen. Maar de Hoge Raad geeft ook aan dat schendingen van procedureregels in eerste aanleg 'doorgaans' door de behandeling in appel zullen zijn hersteld. Dat is niet eenvoudig te begrijpen. Een vormverzuim dat in eerste aanleg is begaan wordt door de behandeling in hoger beroep niet hersteld. Als op een verzoek door de rechtbank ten onrechte niet is beslist blijft dat zo, ook als de appelrechter wel beslist op het verzoek dat daarna in appel herhaald wordt. Mogelijk doelt de Hoge Raad op een abstractere vorm van 'herstel'; als de appelrechter dezelfde fout niet weer heeft gemaakt is 'het recht' hersteld. In die benadering valt evenwel moeilijk in te zien in welke gevallen een in eerste aanleg gemaakte fout wel tot vernietiging aanleiding zou moeten geven, buiten de gevallen waarin de zaak naar de rechtbank teruggewezen moet worden.²²

Voor de vormgeving van de appelrechtspraak in het gemoderniseerde Wetboek van Strafvordering is van belang dat in de Contourennota een voorkeur is uitgesproken voor een versterking van het voortbouwende karakter van de appelrechtspraak.²³ Centraal staan de in eerste aanleg genomen beslissingen en de bezwaren die daartegen worden ingebracht. Beslissingen van de rechtbank waar het gerechtshof het mee eens is en waar geen bezwaren tegen worden ingebracht, hoeft het niet over te doen. Bij een dergelijk model zou kunnen passen dat de modaliteit van het bevestigen wordt ingeruild voor een beslissing die er in de kern op neerkomt dat de bezwaren die tegen het vonnis naar voren zijn gebracht, worden verworpen.²⁴ Maar er zijn ook andere uitwerkingen denkbaar. Bij al die uitwerkingen ligt het niet in de rede dat teruggekeerd wordt naar een situatie waarin gerechtshoven minutieus gaan controleren of de rechtbank alle strafvorderlijke voorschriften heeft nageleefd. Dat wil niet zeggen dat het gerechtshof in een gemoderniseerd appelprocesrecht geen rechtsgevolgen zal kunnen of moeten verbinden aan schendingen van strafvorderlijke voorschriften tijdens de berechting in eerste aanleg. Zo ligt het in de rede dat de wet gaat bepalen in welke gevallen gerechtshoven de zaak naar de rechtbank moeten terugwijzen. Terugwijzing moet thans op basis van rechtspraak van de Hoge Raad volgen in situaties waarin zich een zodanig gebrek heeft voorgedaan in de samenstelling van het gerecht dat de behandeling van de zaak niet heeft plaatsgevonden door een onpartijdige rechter in

22 Zie over deze passage uit het arrest van de Hoge Raad ook W.H. Vellinga, 'De appelrechter en het voorgestelde art. 80a Wet RO: een grensverleggend arrest?', in: F.W. Bleichrodt, J.A.W. Lensing en P.C. Vegter, *De rechter in het geding* (liber amicorum J.P. Balkema), Deventer: Kluwer 2011, p. 75.

23 *Kamerstukken II* 2015/16, 29279, 278, p. 88.

24 B.F. Keulen, 'Het Nederlandse stelsel van rechtsmiddelen in strafzaken', preadvies Nederlands-Vlaamse vereniging voor Strafrecht 2012, Nijmegen 2012, p. 40.

de zin van artikel 6 EVRM.²⁵ En terugwijzing moet soms ook volgen wanneer één van de personen die een kernrol vervullen bij het onderzoek op de terechtzitting daar niet is verschenen.²⁶ Denkbaar is dat het gemoderniseerde wetboek, in aanvulling daarop, ook gaat bepalen bij schending van welke strafvorderlijke voorschriften in eerste aanleg de beslissingen van de rechtbank niet in stand mogen blijven zonder dat terugwijzing behoeft te volgen. Maar een stelsel van wettelijke nietigheden lijkt met het oog op deze te ontwerpen bepalingen geen functie van betekenis te kunnen vervullen.

5. Nietigheden die aan de bestreden beslissing kleven; cassatie

Het processuele kader waarin de Hoge Raad beoordeelt of schending van strafvorderlijke voorschriften bij de berechting in feitelijke aanleg tot cassatie van de bestreden beslissing dient te leiden, is eveneens veranderd. In 2004 lagen de zaken nog betrekkelijk eenvoudig. Artikel 79 RO bepaalde dat de Hoge Raad arresten, vonnissen en beschikkingen vernietigt 'wegens verzuim van vormen voor zover de niet-inachtneming daarvan uitdrukkelijk met nietigheid is bedreigd of zodanige nietigheid voortvloeit uit de aard van de niet in acht genomen vorm' en 'wegens schending van het recht met uitzondering van het recht van vreemde staten'. De Hoge Raad kon de nietigheid waarmee de schending van voorschriften bedreigd was relativeren. Van relativering van nietigheid was sprake als de Hoge Raad 'in de omstandigheden van het geval aanleiding (vond) om aan te nemen dat de belangen die door het overtreden voorschrift worden beschermd, niet geschaad waren en dat daarom toepassing van de wettelijk voorgeschreven (formele) of de door de rechtspraak geïndiceerde (substantiële) nietigheidssanctie achterwege diende te blijven.'²⁷ Maar dat was een eenvoudige correctie op een duidelijke hoofdregel.

In die stand van zaken is wijziging gebracht toen op 1 juli 2012 artikel 80a RO is ingevoerd.²⁸ Daarin is neergelegd dat de Hoge Raad het beroep in cassatie niet-ontvankelijk kan verklaren 'wanneer de aangevoerde klachten geen behandeling in cassatie rechtvaardigen, omdat de partij die het cassatieberoep instelt klaarblijkelijk onvoldoende belang heeft bij het cassatieberoep of omdat de klachten klaarblijkelijk niet tot cassatie kunnen leiden'. Hoe ruim de mogelijkheden zijn om ondanks rechtsschending of vormverzuim cassatie achterwege te laten, kan worden afgeleid uit een reeks arresten van 11 september 2012 en inmiddels uit een arrest van 7 juni 2016, waarin een overzicht is gegeven van de situaties waarin de Hoge Raad artikel 80a RO wil toepassen respectievelijk heeft toegepast.²⁹

Gevolg van de invoering van artikel 80a RO is dat de betrekkelijk eenvoudige taakverdeling tussen wetgever en Hoge Raad die Groenhuijsen en Knigge schetsten, niet langer bestaat. Het is niet langer zo dat de wetgever, door aan schending van een voorschrift nietigheid te verbinden, bereikt dat de bestreden uitspraak in cassatie wordt vernietigd behoudens in het geval het door het voorschrift beschermde belang niet is geschonden. Bij wijze van voorbeeld kan worden gewezen op artikel 358 lid 4 jo. lid 4 Sv. Daarin wordt schending van de verplichting om in geval van oplegging van straf of maatregel de wettelijke voorschriften te vermelden waarop deze is gegrond met nietigheid bedreigd. De Hoge Raad heeft beslist dat het belang van de verdachte bij vernietiging in geval van schending van dit

25 De Hoge Raad heeft daarmee gelijk gesteld een berechting in eerste aanleg door een strafkamer waarvan een rechter eerder als rechter-commissaris in de zaak enig onderzoek heeft verricht (HR 11 januari 2000, NJ 2000/196).

26 Vgl. HR 7 mei 1996, NJ 1997/557, m.nt. 't Hart.

27 A.J.A. van Dorst, *Cassatie in strafzaken*, zesde druk, Deventer: Kluwer 2009, p. 148.

28 Wet van 12 maart 2012, *Stb.* 116; Besluit van 18 april 2012, *Stb.* 175.

29 Zie HR 11 september 2012, NJ 2013/241-245, m.nt. F.W. Bleichrodt; HR 7 juni 2016, ECLI:NL:HR:2016:1005.

voorschrift geen cassatie rechtvaardigt. Daarmee heeft de Hoge Raad meteen ook artikel 441 Sv tot een dode letter gemaakt. Dat artikel bepaalt dat de Hoge Raad, in het geval de wetsartikelen waarop de oplegging van straf of maatregel berust niet in het vonnis of arrest zijn vermeld, ermee kan volstaan dit alleen te dien aanzien te vernietigen en te doen wat de rechter had behoren te doen. Een ander voorbeeld betreft artikel 359 lid 8 jo. lid 1 Sv. Daarin wordt schending van het voorschrift dat het vonnis de tenlastelegging en de vordering van de officier van justitie bevat, met nietigheid bedreigd. De Hoge Raad heeft beslist dat het verzuim om het ten laste gelegde dan wel de vordering van de officier van justitie (zelfs maar) aan de uitspraak te hechten geen cassatie rechtvaardigt.

De Hoge Raad kan het strafprocesrecht dat de wet creëert door de keuze om schendingen op grond van artikel 80a RO al dan niet tot cassatie te laten leiden in wezenlijke mate hervormen. Bij wijze van voorbeeld kan worden gewezen op rechtspraak van de Hoge Raad inzake het voorschrift van artikel 322 lid 3 Sv. In dat artikellid is voorgeschreven dat de rechtbank beveelt dat het onderzoek op de terechtzitting opnieuw wordt aangevangen in het geval de samenstelling van de rechtbank bij de hervatting gewijzigd is, tenzij de officier van justitie en de verdachte instemmen met hervatting in de stand waarin het onderzoek zich op het tijdstip van de schorsing bevond. De Hoge Raad heeft uit de wetsgeschiedenis afgeleid dat dit voorschrift ertoe strekt, te garanderen dat 'het vereiste van de herhaling, indien en voor zover dat door de verdachte als een zijn rechten beschermend vereiste wordt beleefd', in stand blijft.³⁰ Tegen die achtergrond blijft cassatie achterwege als de verdachte er niet in slaagt hard te maken dat hij door de hervatting in de stand waarin het onderzoek zich bevond in zijn belang is getroffen. Daarmee is het vereiste van instemming dat de wet stelt, deels ontkracht.

Het wettelijk stelsel van nietigheden is door deze ontwikkeling in belangrijke mate van zijn effect beroofd. Het is niet langer zo dat schending van een voorschrift dat met nietigheid is bedreigd ertoe leidt dat gecasseerd wordt, behoudens in het geval de belangen die door het voorschrift beschermd worden niet geschaad zijn. De Hoge Raad maakt op basis van artikel 80a RO een eigen afweging. Die afweging kan ertoe leiden dat de nietigheid geen enkel effect meer sorteert. Zij kan er ook toe leiden dat de Hoge Raad het cassatieberoep niet-ontvankelijk verklaart omdat een misslag door een herstelbeslissing van de feitenrechter ongedaan kan worden gemaakt.³¹ En zij kan ertoe leiden dat het niet vragen van instemming waar de wet dat wel eist, zonder gevolgen blijft als de verdachte niet hard maakt dat hij goede argumenten had om zijn instemming te onthouden. Bij deze stand van zaken valt er naar het mij voorkomt veel voor te zeggen om afscheid te nemen van het huidige wettelijk stelsel van nietigheden. Van behoud zou de (gelet op artikel 80a RO) onterechte suggestie kunnen uitgaan dat enkel aan de hand van de inhoud van het voorschrift bepaald kan worden of aan schending rechtsgevolgen verbonden dienen te worden. Of, van de andere kant benaderd: een wettelijke sanctie van nietigheid zegt te weinig meer over de gevolgen die de schending van het voorschrift *in concreto* heeft.

Daarmee is niet gezegd dat de wetgever zich bij deze moderniseringsoperatie niet bezig zou moeten houden met de rechtsgevolgen die verbonden worden aan schendingen van in het nieuwe wetboek op te nemen voorschriften. De voorgestelde normering krijgt slechts betekenis door de rechtsgevolgen die aan schending van die normering verbonden worden. De kop-staartpraktijk, die *contra legem* was totdat zij uiteindelijk door de artikelen

30 HR 28 januari 2014, ECLI:NL:HR:2014:180, NJ 2014/289, m.nt. Van Kempen. Vgl. over dit voorschrift en artikel 80a RO ook HR 3 februari 2015, ECLI:NL:HR:2015:194, NJ 2015/134, m.nt. Van Kempen. In beide gevallen concludeerde A-G Knigge in andere zin.

31 Zie HR 8 maart 2016, ECLI:NL:HR:2016:251.

365a e.v. Sv gelegaliseerd is, vormt daar nog altijd een sprekend voorbeeld van.³² Het is tegen die achtergrond goed voorstelbaar dat de wetgever iets zal willen regelen inzake de rechtsgevolgen die aan schending van strafvorderlijke voorschriften verbonden worden. Dat kan de wetgever naar het mij voorkomt evenwel beter doen door artikel 80a RO bij de voorgenomen modernisering te betrekken dan door vast te houden aan het huidige stelsel van nietigheden.

Denkbaar is in de eerste plaats dat in de memorie van toelichting bij de bepalingen waarbij dat in de rede ligt, wordt uiteengezet welke belangen daardoor gediend worden, en eventueel ook hoe de Hoge Raad artikel 80a RO in verband met deze bepaling zou kunnen hanteren. Daarmee zou de wetgever de toepassing van artikel 80a RO tot op zekere hoogte kunnen sturen. Verder zou de mogelijkheid tot het wijzen van herstelbeslissingen door de feitenrechter, die nauw met de rechtspraak inzake artikel 80a RO in verband staat, in de wet geregeld kunnen worden.³³ Daarbij kan verduidelijkt worden in welke gevallen deze modaliteit soelaas biedt. Denkbaar is ten slotte dat het Wetboek van Strafvordering zelf (in de regeling van het cassatieberoep) in aanvulling op artikel 80a RO gaat verduidelijken in welke gevallen aangevoerde klachten geen behandeling in cassatie rechtvaardigen. Daarmee kan een situatie worden hersteld waarin consequenties van schendingen van strafvorderlijke voorschriften in een samenspel van wetgever en Hoge Raad worden vastgesteld. Dat lijkt mij, om de door Groenhuijsen en Knigge aangegeven redenen, onverminderd aantrekkelijk.

6. Tot besluit

Kort samengevat is in het voorgaande betoogd dat er goede redenen zijn om schending van voorschriften die van toepassing zijn op de berechting in eerste aanleg of hoger beroep in het gemoderniseerde wetboek niet langer met nietigheid te bedreigen. Indien de wetgever iets wil regelen in verband met de rechtsgevolgen die aan schendingen van voorschriften verbonden worden, ligt het meer in de rede dat hij artikel 80a RO bij de modernisering van het Wetboek van Strafvordering betreft. Betoogd is voorts dat bij schending van voorschriften die op de betekening van de dagvaarding zien, de sanctie van nietigheid in beginsel zou kunnen worden ingeruild voor een verplichting om de verdachte opnieuw op te roepen. Voor een aanpassing in deze richting is iets te zeggen als zo een stelsel tot stand kan worden gebracht waarin de verschillende verplichtingen om de verdachte te informeren meer in samenhang geregeld zijn.

Wat naar het mij voorkomt kan blijven, is de nietigheid van de dagvaarding die volgt in het geval de omschrijving van het feit niet aan de eisen van artikel 261 Sv voldoet. Dat zou, op termijn, een mooi overblijfsel kunnen zijn van een strafprocesrecht waarin het normaal werd gevonden dat een dagvaarding of berechting over werd gedaan als daarbij een wezenlijk voorschrift was geschonden.

32 De verplichting om de bewijsmiddelen in het vonnis of arrest op te nemen kon een dode letter worden omdat het niet naleven van deze verplichting niet (langer) tot cassatie leidde (vgl. onder meer HR 28 juni 1983, NJ 1984/98; HR 15 oktober 1985, NJ 1986/314).

33 Dit voornemen is al in de Contourennota opgenomen (*Kamerstukken II 2015/2016*, 29279, 278, p. 86).