VAN AFWEZEND GEBLEVEN BEKLAAGDEN *

1. Inleiding

"Tegen den verdachte die in gebreke blijft op de aan hem gedane dagvaarding op de terechtzitting te verschijnen (), wordt", zo bepaalt art. 271 Sv, "verstek verleend". Lange tijd heeft vrijwel onbetwist gegolden, dat die verstekverlening met zich meebrengt, dat de raadsman van de verdachte niet mag "optreden". Tegenwoordig echter heeft dat standpunt veel van zijn vanzelfsprekendheid verloren. Door een aantal schrijvers is betoogd, dat daarvoor geen steun is te vinden in de wet. Bovendien zou deze uitsluiting van verdediging redelijke grond missen en in strijd zijn met het in art. 6 EVRM gegarandeerde recht op een behoorlijke verdediging[1].

Nu is in het Wetboek van Strafvordering inderdaad nergens met zoveel woorden uitgedrukt, dat na verstekverlening verdediging uitgesloten is. Dat is alleen anders indien men aanneemt, dat die uitsluiting in de term "verstekverlening" zelf besloten ligt. Door Blok en Besier is er op gewezen, dat verstek komt van *versteken*, dat is: beroven van, uitsluiten van. Etymologisch gezien betekent verstekverlening derhalve, dat de verdachte "verstoken" is van verdediging[2]. Daarbij kan worden opgemerkt, dat tot op de dag van vandaag wordt gesproken van een "contradictoire behandeling" of van een "behandeling op tegenspraak" als de verdachte wèl is verschenen. Daarin klinkt door dat de verdachte zich alleen kan verdedigen - kan tegenspreken - als hij aanwezig is. "Op tegenspraak" en "bij verstek" vormen een zuivere tegenstelling, die taalkundig bezien samenvalt met die tussen wel en geen verdediging.

Josephus Jitta heeft dit etymologisch argument als een "bon mot" weggehoond. Hij sprak van een "vondst van Blok en Besier", die hem als grond voor de uitsluiting van verdediging "niet overtuigend, om niet te zeggen lachwekkend" voorkwam[3]. De vraag is of men zich er op deze wijze niet te gemakkelijk vanaf maakt. De etymologie staat niet op zich zelf, maar verwijst naar de rechtshistorie, waarvan het huidige Wetboek van Strafvordering een

---

* Dit opstel vormt een uitwerking van en aanvulling op een rede, in 1988 uitgesproken ter gelegenheid van het tienjarig bestaan van het advocatenkantoor Bosma & De Wal.

1. Zie A.N.A. Josephus Jitta, "Verdediging bij verstek" in *NJB* 1970, p.909 e.v.(zie ook zijn reactie op de kritiek van H. Niemeijer, *NJB* 1970, p. 1173 en 1326); G.E. Langemeijer, conclusie bij HR 23 november 1971, NJ 1972, 293; C. Bronkhorst, noot onder hetzelfde arrest; J.P. Balkema en J.A.W Lensing, "Bijstaan van een afwezige verdachte" in *Advocatenblad* 1985, p. 499 e.v.; A.C.'t Hart en J.B.H.M. Simmelink, "De verdachte en zijn raadsman: ontkoppeling van een koppel" in: *Naar eer en geweten, Liber amicorum J. Remmelink,* Arnhem 1987, p. 165 e.v.
2. Blok-Besier II, p. 30. Reeds eerder, in gelijke zin, R. van Boneval Faure, *Het Nederlandsche burgerlijk procesrecht*, tweede deel, Leiden 1900, p. 225. Zie ook *Franck's Etymologisch woordenboek der Nederlandsche taal,* 2e druk door N. van Wijk, Den Haag 1971 (onveranderde herdruk, 1e druk 1912).
3. T.a.p., p. 1327.

online publication GROM IX (1992)

produkt is. De wetgever van 1926 bouwde voort aan het voordien geldende recht. Het kan zijn dat daarin de verklaring ligt voor het feit, dat in het wetboek niet is aangegeven, wat de consequenties van verstekverlening zijn. Misschien sprak het voor de wetgever nog van zelf, dat die beslissing inhoudt dat de verdachte van verdediging is verstoken.

In dit opstel zal worden geschetst, hoe het procesrecht met betrekking tot "afwezend gebleven" verdachten zich heeft ontwikkeld. Nagegaan zal worden welke functie verstekverlening in het vóór 1926 geldende recht had. De meeste aandacht zal daarbij uitgaan naar de periode vanaf 1838, het jaar waarin de Code d'Instruction Criminelle plaats maakte voor een "eigen" Wetboek van Strafvordering. Dit wetboek, dat in 1886 werd herzien, is tot 1926 van kracht gebleven.

2. *Contumax pro confesso habetur*

In het middeleeuwse procesrecht waren de gevolgen voor de verdachte die van de terechtzitting wegbleef, niet mals. Het zou, gelet op de verscheidenheid aan procedures en de ontwikkelingen die zich daarin hebben voorgedaan, te ver voeren daarop uitgebreid in te gaan[4]. Heel globaal gesproken kwam het er op neer, dat tegen degene die de dagvaarding naast zich neerlegde, en ook na twee keer herhaalde aanmaning niet verscheen, de banstraf werd uitgesproken. Dat betekende verbanning, en daarnaast een meerdere of mindere mate van rechteloosheid. In de vroege middeleeuwen was dikwijls sprake van vogelvrij-verklaring. Soms ook werd de woning van de verbannene verwoest. Daarnaast werd, ook in de latere middeleeuwen, het gehele vermogen verbeurd verklaard.

De grote gestrengheid kwam voort uit machteloosheid. De verbanning bezegelde doorgaans de feitelijke toestand: de verdachte was gevlucht en had zich daarmee aan de berechting onttrokken. Daarbij moet bedacht worden, dat de procedure alleen betrekking lijkt te hebben gehad op de zwaarste misdrijven, die met de dood werden bestraft. Bij lichtere vergrijpen is vermoedelijk steeds minder furieus op wegblijven gereageerd.

Het rechtskarakter van de banstraf is niet eenduidig. Enerzijds werd het negeren van de dagvaarding zelf hoog opgenomen en beschouwd als een vredebreuk, die verbanning rechtvaardigde, anderzijds werd die verbanning ook gezien als straf op de door de voortvluchtige gepleegde misdaad. Daarbij werd - zeker in de vroege middeleeuwen, toen de accusatoire procesvorm overheerste en

4. Een uitvoerig overzicht geeft H.J.H. Modderman, *De wijze van gedingvoering tegen afwezig gebleven beklaagden*, diss. Leiden, 's Gravenhage 1881. Voor een gedetailleerde uiteenzetting van de ontwikkeling van (alleen) het middelvlaamse procesrecht zij gewezen op R.C. van Caenegem, *Geschiedenis van het strafprocesrecht in Vlaanderen van de XIe tot de XIVe eeuw*, Brussel 1956, p. 246 e.v.

de bewijsvoering "subjectief" en "irrationeel" was[5] - uitgegaan van de gedachte, dat wie vluchtte, zichzelf veroordeelde. *Contumax pro confesso habetur*: het naast zich neerleggen van de dagvaarding werd aangemerkt als een bekentenis.

Naarmate de inquisitoire procesvorm, waarin de materiële waarheid centraal terrein won, kreeg men meer moeite met met de veroordeling op basis van een fictie[6]. Dat uitte zich niet alleen in het voorschrijven van (aanvullende) bewijsvoering, maar ook in een welwillender houding ten aanzien van bannelingen die vrijwillig terugkeerden of alsnog werden gevat. Zij werden opnieuw berecht. Daarmee verloor de banstraf haar onherroepelijk karakter en werd zij meer een sanctie op het negeren van de dagvaarding dan een straf op het begane misdrijf.

3. Code d'Instruction Criminelle

De Code d'Instruction Criminelle, die hier met enige aanpassingen[7] tot 1838 heeft gegolden, draagt nog duidelijk de sporen van het middeleeuwse strafprocesrecht. Voor de zwaarste misdrijven (crimes) gold de volgende regeling[8]. De instructie werd op de gewone wijze gehouden. Er werd een bevel tot gevangenneming uitgevaardigd en de acten van verwijzing naar de terechtzitting en van beschuldiging werden opgemaakt. De beschuldigde werd, na een "notification" aan zijn woonplaats, een termijn van tien dagen gegund om te verschijnen. Verscheen hij niet, dan werd een "ordonnance de contumace" uitgevaardigd (art. 465). Daarbij werd de beschuldigde opnieuw een termijn van tien dagen gesteld en hem tevens aangezegd, dat hij bij opnieuw niet verschijnen "sera déclaré rebelle à la loi". Deze wederspannigverklaring aan de wet had onder meer ten gevolge, dat de burgerschapsrechten van de beschuldigde werden opgeschort en dat zijn gehele vermogen onder gerechtelijke bewaring werd gesteld (sequestratie). Bovendien kon dan het proces buiten zijn aanwezigheid

---

5. M. van de Vrugt, *Aengaende Criminele Saken, Drie hoofdstukken uit de geschiedenis van het strafrecht,* Deventer 1982, p. 4 e.v.

6. Ik waag te veronderstellen, dat de formule *contumax pro confesso habetur* afkomstig is uit inquisitoire koker. In het inquisitoire proces kwam de bekentenis centraal te staan. Veroordeling zonder bekentenis behoefde rechtvaardiging, die werd gevonden in de gelijkstelling van de vlucht met een schuldbekentenis.

7. Zie het Gesel en worgbesluit, K.B. van 11 december 1813, S. 10, waarbij de jury weer werd afgeschaft.

8. Zie de artt. 465-478. Vergelijk M. Carnot, *De l'Instruction Criminelle, considérée dans ses rapports généraux et particuliers avec les lois nouvelles et la jurisprudence de la cour de cassation*, Parijs 1812; G. Belinfante, "De strafvervolging tegen afwezigen en voortvluchtigen" in *Themis* 1875, p. 274 e.v.; H.J.H. Modderman, t.a.p., p. 64 e.v. en C.H. Beekhuis, "De verstekprocedure" in *De derde rechtsingang nader bekeken* (Bronkhorstbundel), Arnhem 1989, p. 11 e.v.

worden voortgezet. Er werd al het mogelijke gedaan om de beschuldigde van de ordonnance in kennis te stellen. Voorgeschreven was afkondiging "à son de trompe ou de caisse" (met trompetgeschal of trommelslag) en aanplakking aan de woning van de afwezige, aan die van de burgemeester en aan de deur van het gerechtsgebouw (art. 466). Verscheen de beschuldigde ondanks dit alles niet, dan volgde wederspannigverklaring en berechting buiten aanwezigheid.

Aandacht verdient, dat het onderzoek op de zitting uitermate summier was. Getuigen of deskundigen werden niet gehoord. Volstaan werd met de voorlezing van het arrest van verwijzing, van de acte van betekening van de ordonnance en van de processen-verbaal van bekendmaking en aanplakking. Daarna kreeg het O.M. het woord en volgde onmiddellijk uitspraak[9]. Uitdrukkelijk was bepaald, dat geen procureur of advocaat mocht optreden (art.468 lid 1). Wel was het de familie of vrienden toegestaan, de afwezige te verontschuldigen. Indien inderdaad sprake was van een geldige reden van verhindering, dan werd het proces voor bepaalde tijd uitgesteld.

Het onderzoek ter zitting concentreerde zich dus op de vraag, of alle formaliteiten in acht waren genomen. Als dat het geval was volgde doorgaans veroordeling[10]. Dat past in de gedachte *contumax pro confesso habetur*. Als in de enkele afwezigheid het bewijs van de schuld wordt gezien, is nader onderzoek overbodig.

De gevolgen van de veroordeling bleven overigens beperkt. Weliswaar werd overgegaan tot executie "par effigie" (letterlijk: voltrekking van het vonnis aan een beeltenis van de veroordeelde[11], maar veel bloed vloeide daar uiteraard niet bij. De sequestratie duurde nog vijf jaar voort, maar daarna werd het vermogen aan de erfgenamen teruggegeven. Belangrijk was, dat als de "contumax" alsnog werd gevat (al dan niet na vrijwillige terugkeer), de veroordeling *van rechtswege* haar kracht verloor. Er volgde dan een nieuwe behandeling van de zaak, waarbij de beschuldigde op de gewone wijze werd berecht[12]. Kennelijk durfde men alleen in de schuld van de afwezige te geloven zolang deze voortvluchtig was.

---

9. Zie art. 470. De jury kwam daar niet aan te pas: "le tout sans assistance ni intervention de Jurés". Als gezegd werd bij ons de jury-rechtspraak in 1813 afgeschaft.

10. Vrijspraak of ontslag van rechtsvervolging - en dus een inhoudelijke beoordeling van de schuld - lijkt niet geheel en al te zijn uitgesloten. Zie Belinfante, t.a.p., p.281,282. Vergelijk Carnot (t.a.p., tome second, p.518 en 538), die de vraag behandelt of een contumax die na vrijspraak of ontslag van rechtsvervolging terugkeert, opnieuw kan worden vervolgd. Hij beantwoordt die vraag ontkennend.

11. Zie art. 472: de veroordeling moest binnen drie dagen worden "affiché par l'exécuteur des jugements criminels à un poteau qui sera planté au milieu de l'une des places publique de la ville chef-lieu de l'arrondissement où le crime aura été commis. Vanaf deze "exécution" begon een termijn van vijf jaar te lopen, die van belang was voor de duur van de séquestratie en voor de rechtsgevolgen van een contumaciële veroordeling die "la mort civile" met zich meebracht (artt. 471 en 476).

12. Zie art. 476. Art. 478 bepaalde dat de beklaagde altijd, dus ook als hij alsnog werd vrijgesproken, veroordeeld moest worden in de kosten, door zijn contumacie veroorzaakt.

Voor de daadwerkelijke tenuitvoerlegging van een op een fictie gebaseerd vonnis schrok men terug.

De conclusie die mijns inziens uit dit alles kan worden getrokken, is, dat de veroordeling van de afwezige weliswaar formeel een straf was voor het begane misdrijf, maar in feite de sanctie was op het naast zich neerleggen van de dagvaarding. De berechting en veroordeling vormde een pressiemiddel om verschijning af te dwingen. Daarbij - en bij het algeheel verlies van burgerschapsrechten - paste, dat de beschuldigde het recht om zich te verdedigen verloor. De uitsluiting van verdediging was een onderdeel van de straf op de wederspannigheid. Formeel zal hebben gegolden dat het toestaan van verdediging niet te rijmen was met de fictie, dat wie wegbleef schuld bekende, in feite was voor verdediging geen plaats omdat niet het misdrijf werd gesanctioneerd, maar het weg blijven.

Als gezegd gold dit alles alleen voor de zwaarste misdrijven, de crimes. "Il n'y a de vrais *contumax* qu'en matière *criminelle*"[13]. Bij de berechting van correctionele zaken (wanbedrijven) en overtredingen werden aan het wegblijven van de verdachte geen bijzondere consequenties verbonden. Het proces tegen de verdachte werd voortgezet "comme s'il était présent"[14]. Dat betekende, dat een zo volledig mogelijk onderzoek werd gehouden, waarbij de normale bewijsregels golden. De keerzijde van deze medaille was, dat een vonnis, dat op een dergelijk onderzoek naar de materiële waarheid was gebaseerd wel degelijk in kracht van gewijsde kon gaan. Het verstekvonnis moest de veroordeelde worden betekend, zo mogelijk in persoon, maar desnoods ook door aanplakking ervan aan het gerechtsgebouw[15]. Vanaf de betekening begon een termijn van vijf dagen te lopen, waarbinnen de veroordeelde verzet kon doen. Liet hij dit na, dan was het vonnis onherroepelijk[16] [17].

Het was dus mogelijk, dat het vonnis vatbaar werd voor tenuitvoerlegging zonder dat de verdachte van de dagvaarding en de veroordeling op de hoogte

---

13. Carnot, t.a.p., tome second, p.517. Hij voegt er aan toe, dat in correctionele zaken en in zaken betreffende politieovertredingen de niet verschijnende verdachte "n'est que défaillant".

14. Idem, p. 517.

15. Op de betekening werden de artt. 68 en 69 van de Code de procédure civile van overeenkomstige toepassing geacht. Zie M. Faustin Helié, *Traité de l'Instruction Criminelle*, Parijs 1867, deel VI, no. 2572 (p. 216) en no. 2830 (p. 549 e.v.).

16. Art. 187 Code d'I. Crim.; als de verdachte ver weg woonde was de termijn langer ("outre un jour par cinq myriamètres"). Bij politie-overtredingen was de termijn drie dagen (art 151).

17. Vanaf het tijdstip van betekening begon tevens de termijn van hoger beroep te lopen, die tien dagen bedroeg. Volgens vaste jurisprudentie had de verdachte de keuze tussen verzet en appèl. Zie René Garraud/Pierre Garraud, *Traité théorique et pratique d'Instruction Criminelle*, deel V. Parijs 1928, p. 142 e.v.

was. In dit opzicht kwam de regeling overeen met die in civiele zaken[18]. Ook in andere opzichten was sprake van een civielrechtelijke inslag. De verdachte die wegbleef werd niet wederspannig geoordeeld (il n'y a de vrais contumax). De verdachte werd de keuze gelaten om al dan niet te verschijnen. Voorts was in geval van afwezigheid verdediging niet altijd uitgesloten. Als op het feit geen gevangenisstraf was gesteld kon de verdachte zich namelijk doen vertegenwoordigen door een advocaat[19]. Aandacht verdient ook, dat het verstekvonnis niet van rechtswege verviel, zoals in criminele zaken het geval was. Het verzet was een rechtsmiddel, waarvan geen gebruik behoefde te worden gemaakt. Ook dat is sterk civielrechtelijk gedacht: de verantwoordelijkheid werd gelegd bij de verdachte als volwaardige procespartij.

De civielrechtelijke inslag van de procedure behoeft niet te verbazen. Van oudsher was de accusatoire procesvorm de normale, "ordinaire" manier van procederen, die zowel in civiele zaken als in strafzaken werd gevolgd. In de loop der tijd maakte deze procesvorm in criminele zaken meer en meer plaats voor een "extra-ordinaire", inquisitoire wijze van procederen. Geheel verdrongen werd de accusatoire procesvorm echter niet. Met name bij lichtere vergrijpen bleef ze van betekenis, zij het dat voor de private klager dikwijls een openbare aanklager in de plaats trad. Elementen van dit "civiele" proces bleven in de Code behouden.

In één opzicht was de procedure niet accusatoir. Naar wij zagen moest ook in geval van verstek een onderzoek worden ingesteld naar de materiële waarheid. Een op het eerste gezicht opmerkelijk verschil met de procedure in criminele zaken, waarin de oude accusatoire gedachte, dat wie wegbleef voor schuldig

---

18. De regeling in civiele zaken was overigens aanmerkelijk soepeler. Zie *Code de procédure civile, édition officielle / Wetboek der civiele regtsvordering, officiële uitgave*, op de keizerlijk drukkery, voor rekening van Joh. Allart en Immerzeel en comp., Amsterdam en Rotterdam, 1811. In zaken die door de vrederechter werden berecht moest weliswaar binnen drie dagen na de betekening verzet worden gedaan (art. 20), maar art. 21 kwam de gedaagde die "doet blijken () dat hij door afwezigheid of wigtige ziekte, van de regtsvordering niet onderricht heeft kunnen worden", verregaand tegemoet. In andere zaken gold, dat verstekvonnissen niet ten uitvoer gelegd konden worden dan na verloop van acht dagen na de betekening van het vonnis (ingeval de gedaagde geen procureur had gesteld) "in persoon of te zijner woonstede" (art. 155). Verzet was ontvankelijk "tot aan de uivoering van het vonnis toe" (art.158). Ingeval de gedaagde een "praktizijn" (procureur) gesteld had - die zich echter niet ten dage dienende ter rolle had aangeboden - gold overigens een andere, strengere regeling. Het vonnis moest betekend worden aan de procureur, waarna binnen acht dagen verzet moest worden gedaan (zie artt. 149,155 en 157).
Ook in civiele zaken gold, dat tevens hoger beroep open stond. De appèltermijn bedroeg drie maanden, en begon te lopen vanaf de dag waarop het verzet niet meer ontvankelijk was (art.443, 455).

19. Zie art. 185, dat betrekking had op correctionele zaken. Ingeval van overtredingen was steeds vertegenwoordiging toegestaan (art. 152).

moest worden gehouden, nog voortleefde. Als het er op aan kwam durfde men echter niet aan deze "fictie" vast te houden. Wanneer de veroordeelde verscheen moest het onderzoek naar de materiële waarheid alsnog plaats vinden.

4. Codificatiepogingen vóór de invoering van de Franse wetgeving

Reeds vóór de inlijving van ons land bij het Franse keizerrijk waren enkele pogingen ondernomen om tot een eigen codificatie van het strafprocesrecht te geraken. In 1799 zag de "Algemeene manier van Procedeeren in civiele en crimineele zaken" het licht. Dit wetboek, dat nooit in werking is getreden, was geënt op het oud-vaderlandse procesrecht, zoals dat met name voor het Hof van Holland werd gepraktiseerd[20]. In 1809 verscheen onder koning Lodewijk Napoleon het eveneens niet in werking getreden "Wetboek op de regterlijke instellingen en regtspleging in het koningrijk Holland". Dit Wetboek kan worden gezien als een herziene versie van het eerdere wetboek van 1799[21].

In Boek III, Titel IX ("Van het procederen tegen beschuldigden die absent gebleven of ontvlugt zijn") van het wetboek van 1809 wordt in de artt. 1157-1165 de contumaciële gedingvoering geregeld[22]. Deze regeling, waarin "het beginsel (wordt) uitgewerkt, dat toen op het stuk der contumacie hier te lande geldende was"[23], is opmerkelijk, omdat daarin een principieel onderscheid wordt gemaakt tussen de sanctie op wegblijven enerzijds, en de strafoplegging voor het begane feit anderzijds. Als de gedaagde, na drie keer te zijn gedagvaard, "telkens is weggebleven", zal de rechter, als aan alle formaliteiten blijkt te zijn voldaan, "den gedaagde uit hoofde zijner contumatie bannen uit het departement, en tevens condemneren in alle kosten () aan de zijde der justitie tot dien dag toe gevallen" (artt. 1161 en 1162). De verbanning werd dus uitsluitend wegens de wederspannigheid opgelegd. Daarnaast bleef de openbare aanklager verplicht "zijne informatiën over de misdaad () zoo veel doenlijk, tot volkomen-

---

20. Zie J. de Bosch Kemper, *Wetboek van Strafvordering, naar deszelfs beginselen ontwikkeld, en in verband gebragt met de algemeene regtsgeleerdheid*, Amsterdam 1838-1840 (drie delen), Deel I, p.CXXIII e.v. Aan het ontwerp waren in 1734 en 1774 twee andere voorafgegaan. Van het ontwerp 1774 zegt De Bosch Kemper (p.CXXXIII; vgl. p. CXXXVII), dat het, "behalve dat hetzelve tot grondslag heeft verstrekt tot de manier van procederen in criminele zaken van 1798, die belangrijkheid (heeft), dat hetzelve niet zoozeer eene nieuwe wijze van procederen behelst, dan wel die, welke bij het Hof van Holland gebruikelijk was, en welke men gaarne zag, dat ook bij de lagere regtbanken werd ingevoerd".

21. Volgens De Bosch Kemper, t.a.p., p.CXL, heeft het "geene de minste overeenkomst met de Fransche wetgeving (). De manier van procederen van 1798, ofschoon verkort en verduidelijkt, is er geheel in gevolgd ()".

22. Deze regeling kwam in grote lijnen overeen met die uit 1799 (deel III, artt. 144-151). Vergelijk Modderman, t.a.p., p.87 e.v.

23. Modderman, t.a.p., p.91,92.

heid te brengen" (art. 1163). De gedaagde bleef bevoegd zich tegen de aanklacht te verdedigen, mits hij de gemaakte kosten betaalde en zich dadelijk stelde "in gevangenis of besloten gijzeling". Tegen "zoodanigen gevangenen (zal) worden voort geprocedeerd, even als of hij zich niet verwijderd had" (art. 1163,1164).

De verzelfstandiging van de straf op wederspannigheid bleek ook uit art. 1165. Zelfs in het geval waarin de beschuldigde, na zijn terugkeer, "van de tegen hem ingebragte beschuldiging geheel werd vrijgesproken" bleef de straf van verbanning voortduren. Dat was alleen anders indien "de beschuldigde mogt kunnen bewijzen, dat hij door wettige redenen is verhinderd geworden, op de gedane citatiën te compareren".

Aandacht verdient, dat het wetboek het in de Franse wetgeving gemaakte onderscheid tussen misdaden en wanbedrijven niet kende. De regeling van de contumacie had dus betrekking op alle criminele zaken. Daarbij moet echter in het oog worden gehouden, dat niet in alle strafzaken extra-ordinair werd geprocedeerd. Overtredingen van politie werden als ik het goed zie niet als criminele zaken aangemerkt[24]. Bovendien handhaafde het wetboek de mogelijkheid om criminele zaken op ordinaire wijze af te doen. Art. 1166 bepaalde dat "in alle zaken, waarin door den regter aan den openbaren aanklager is verleend de derde regts-ingang, of last tot gewone dagvaarding, zal worden geprocedeerd op dezelfde wijze, als in gewone civiele zaken is voorgeschreven"[25]. In zaken waarin alleen geldboeten waren bedreigd, werd

---

24. In het Tweede Boek (Regtspleging of manier van procederen in civiele zaken) is in het 15e hoofdstuk van titel V een regeling gegeven voor "kleine zaken". Het daarin geplaatste art. 790 luidt:

"Ook zal de schout, of zoodanig ander persoon, als met de calanges tot geldboeten wegens overtreding van wetten, keuren en reglementen, tot onderhoud van goede politie, zal zijn belast, de boeten op dezelfde wijze kunnen vorderen, mits dezelve niet te bovengaan de som van vijftig guldens".

Opgemerkt zij nog, dat het *Crimineel* Wetboek voor het koningrijk Holland geen betrekking had op overtredingen van policie.

25. In het stelsel van het wetboek was steeds nodig, dat de rechter rechtsingang verleende (art. 1043 e.v.). Dat kon in strafzaken op drie manieren, teweten door "aantasting aan den lijve, door den regter gelast of goedgekeurd" (decreet van apprehensie of reële citatie oftewel bevel tot gevangenneming), door "dagvaarding in persoon" (decreet van personele comparitie oftewel bevel tot persoonlijke verschijning) of door "gewone dagvaarding ter criminele rolle" (decreet van gewone citatie). De twee eerstgenoemde decreten luiden de extra-ordinaire procedure in, de "derde regts-ingang" behoorde bij het ordinaire, civiele proces. Zie De Bosch Kemper, t.a.p., deel I, p. CXXXVIII; vergelijk deel II, p.2 e.v.

steeds de derde rechtsingang verleend[26]. Daarin gold dus bij niet verschijnen de "gewone" verstekregeling.

5. Wetboek van Strafvordering 1838

Nadat in 1813 de onafhankelijkheid was herkregen, werden de pogingen om tot een eigen codificatie te geraken, voortgezet[27]. De beide eerste ontwerpen, van 1815 en van 1819, verschilden weinig van de in het wetboek van 1809 gegeven regeling. Het derde, in 1828 ingediende ontwerp daarentegen was, op aandrang van de Tweede Kamer, op Franse leest geschoeid. Vele bepalingen uit de Code d'Instruction Criminelle waren daarin letterlijk overgenomen. Op het ontwerp kwamen zoveel aanmerkingen, dat in 1829 een herziene versie werd ingediend. Naar wij nog zullen zien werd daarbij het contumaciële proces ingrijpend gewijzigd. Het herziene ontwerp werd in 1830 aangenomen. Na enkele wijzigingen in 1836, trad het Wetboek van Strafvordering in 1838 in werking.

Aan de Franse invloed zal zijn toe te schrijven, dat het strafprocesrecht in een afzonderlijk wetboek was geregeld en niet, zoals in 1809, in een wetboek dat ook betrekking had op de manier van procederen in civiele zaken. Daarmee hing samen, dat in strafzaken niet langer ordinair kon worden geprocedeerd. De rechter moest ook bij de lichtere vergrijpen op zoek naar de materiële waarheid.

Toch waren ook Hollandse invloeden te bespeuren. Hier van belang is, dat aan het onderscheid tussen misdaden en wanbedrijven, in het oud-vaderlandse recht onbekend, minder betekenis werd toegekend. Anders dan in de Code, waarin naar wij zagen voor correctionele zaken en overtredingen van policie een aparte, civielrechtelijk gekleurde regeling was getroffen, stond de manier van procederen ten aanzien van misdaden model voor de lichtere zaken. Dat model gold behoudens afwijkingen[28].

De combinatie van Franse en Hollandse invloeden resulteerde in een regeling, die ook ten aanzien van de lichtere misdrijven en overtredingen een sterk inquisitoir karakter had. De ordinaire procesvorm was uitgebannen; de criminele procesvorm stond model. Op het punt van de afwezigheid echter bleef het

---

26. Art. 1052 luidde: "De derde regtsingang zal verleend worden, wanneer de beschuldiging is over zoodanige misdaad, waartegen de wet geene de minste lijfstraf of bannissement voorschrijft".
Aangenomen mag worden dat het wetboek de praktijk uit die tijd weerspiegelde. Vergelijk De Bosch Kemper, deel III, p. 2. Overigens lijkt de accusatoire procesvorm niet alleen afhankelijk te zijn geweest van de ernst van het vergrijp, maar ook van de ingewikkeldheid ervan. Als onzeker was of het feit wel strafbaar was had de verdachte "recht" op een ordinaire procesvoering. Zie De Bosch Kemper, deel I, p.XC/XCI.
27. Zie J.C. Voorduin, *Geschiedenis en Beginselen der Nederlandsche Wetboeken,* deel VI, Utrecht 1839, p.III e.v.
28. Vergelijk De Bosch Kemper, deel III, m.n. p. 4. Vergelijk deel I, p. 36 e.v.

verschil in processuele regeling bestaan. Voor de lichtere delicten was geen sprake van contumacie, maar gold de aan de Code ontleende regeling van verstek en verzet. Hier bleef dus een civielrechtelijk element behouden.

In het ontwerp 1828 waren, wat het contumaciële proces betreft, de artt. 465 e.v. uit de Code op de voet gevolgd. Toch waren er enkele opmerkelijke verschillen[29]. Eén daarvan betrof het onderzoek, dat aan de veroordeling van de wederspannige moest vooraf gaan. De Code beperkte dat onderzoek tot de vraag, of de formaliteiten in acht waren genomen. Volgens het ontwerp moest het hof, "dit alles in orde bevonden hebbende, de getuigen hooren, en aan dezelve (des noodig zijnde) de stukken vertoonen, tot overtuiging dienende". Hier wordt afstand genomen van de gedachte *contumax pro confesso habetur*. Kennelijk achtte men ook bij afwezigheid een onderzoek naar de materiële waarheid noodzakelijk[30].

Een ander verschil was, dat de sequestratie verviel. Daar stond tegenover, dat een teruggekeerde contumax altijd, "ook zelfs dan, wanneer hij van de beschuldiging mogt worden ontheven", niet alleen in alle kosten moest worden veroordeeld "door zijn wederspannig achterblijven veroorzaakt", maar ook "in eene geldboete van ten hoogste f500, bij lijfsdwang te verhalen". Hier werd dus voorgesteld om, evenals in het wetboek van 1809 het geval was geweest, de wederspannigheid *als zodanig*, zij het niet meer met verbanning, te bestraffen. Daartegen rees bezwaar. Waarom iemand straffen die onschuldig was gebleken, en die goede redenen kon hebben gehad om weg te blijven?[31].

Het ontwerp 1829 bracht een verrassende koerswijziging. Voorgesteld werd om de beschuldigde niet te berechten, maar te volstaan met een wederspannigverklaring aan de wet, en een veroordeling in de kosten. In de MvT werd de volgende toelichting gegeven. "De beregting van eenen *contumax*", zoals in het eerdere ontwerp voorgedragen, "konde met grond geacht worden tot geene noodzakelijke resultaten (aucun résultat satisfaisant, aldus de Franse tekst) te leiden, omdat, de beklaagde niet zijnde gehoord, er bijna geen voorbeeld van vrijspraak zoude zijn aan te halen; terwijl van de andere zijde, het arrest van veroordeeling dadelijk van regtswege verviel, zoodra de *contumax* zich in hechtenis bevond". Inderdaad moet gezegd worden dat in het ontwerp 1828 een zekere tegenstrijdigheid school. Enerzijds werd immers een veroordeling gevorderd die was gebaseerd op een zo volledig mogelijk onderzoek, anderzijds

---

29. Zie Voorduin, deel VII, p. 293 e.v.

30. Voorduin, deel VII, p. 304,305. Aan het voorgestelde wetsartikel was, in afwijking van de Code, nog toegevoegd, dat de procureur-generaal vervolgens gehoord zal worden "ter ontwikkeling van de middelen, dienende tot staving der beschuldiging". Daarop werd aangemerkt, dat een onpartijdig O.M. ook de middelen naar voren moest brengen die de beschuldigde konden ontlasten (p. 307).

31. Voorduin, deel VII, p. 308. Als voorbeeld werd genoemd een beschuldigde die was gevlucht "pour laisser passer le temps des passions politiques".

verviel die veroordeling zodra de beschuldigde werd gevat. Wat was daarvan de zin? Een vonnis "hetwelk weder vervalt wanneer de voortvlugtige aangehouden wordt, verdient" aldus Sijpkens, lid van de redactiecommissie, "dien naam niet"[32].

De voor de hand liggende stap, om de veroordeling niet van rechtswege te laten vervallen, durfde men kennelijk niet te zetten. Daarvoor achtte men de kans, dat de beklaagde "niet zijnde gehoord" ten onrechte werd veroordeeld, te groot. Die vrees sprak ook uit het bijkomende argument, dat in de MvT werd aangevoerd. Een nadeel van de eerder voorgestelde wijze van procederen was nog, "dat, door de executie *in effigie*, een beklaagde, die uit hoofde van wettige redenen kon zijn afwezend geweest, en later van zijne onschuld deed blijken, toch steeds gedrukt bleef door de schande, dat zijn naam openlijk aan een' schandpaal was aangeplakt geweest". Sijpkens sprak van een "onuitwischbare vlek".

Het voorstel ondervond veel tegenkanting. Men vreesde dat de belangen van de maatschappij tekort werden gedaan. De schande had de beklaagde, door te vluchten, aan zich zelf te wijten[33]. Maar die redenering sprak de meerderheid niet meer aan. De afwezige kon duidelijk op meer begrip rekenen dan in vroeger tijden het geval was geweest. Dat neemt niet weg, dat sprake was van een uiterst moeizaam compromis. De Minister van Justitie stelde dat het hier om een vraagstuk ging, "dat ten allen tijde aan de beoefenaren van het strafregt als hoogst moeijelijk en bijna onoplosbaar voorgekomen is". Ook het voorgedragen stelsel werd door hem dan ook "geenszins als volmaakt" beschouwd[34]. Dat maakt begrijpelijk, dat het stelsel zich beperkte tot misdaden. Bij wanbedrijven tilde men aan een veroordeling bij verstek minder zwaar.

Bij de beraadslaging stelde Van Reenen, dat het "in de wetgeving van alle beschaafde volken een vast beginsel (behoort) te zijn, dat niemand ongehoord veroordeeld wordt". Volgens hem was dat beginsel door de wetgever gevolgd[35]. Op deze uitspraak is later in de literatuur veelvuldig een beroep gedaan, waarbij werd veronachtzaamd, dat het ging om een *afweging*. Het horen van de verdachte oordeelde de wetgever steeds van het grootste belang, maar alleen bij misdaden een noodzakelijke voorwaarde.

Het wetboek van 1838 volgde ten aanzien van wanbedrijven en overtredingen het Franse stelsel van berechting bij verstek met de mogelijkheid van verzet. Anders dan in de Code echter waren de daarop betrekking hebbende bepalingen niet ingebed in de regeling van het correctionele rechtsgeding en dat wegens politie-overtredingen, maar ondergebracht in dezelfde titel, waarin ook het voor de misdaden geldende contumaciële proces zijn regeling vond. Deze titel droeg als

---

32. Voorduin, deel VI, p. XIX. Zie ook deel VII, p. 312.
33. Voorduin, deel VII, p. 310 e.v.
34. Idem, p.314.
35. Idem, p. 313,314.

opschrift: "Van beklaagden of beschuldigden, welke afwezend zijn gebleven, niet hebben kunnen achterhaald worden of ontvlugt zijn". Deze wetssystematiek bracht tot uitdrukking, dat de berechting bij afwezigheid voor de wetgever van 1838 in geen geval een zaak was, die in het normale patroon paste.

In de ontwerpen van 1828 en 1829 begon de verzettermijn van 14 dagen te lopen vanaf het moment van de betekening van het vonnis, "aan hem, of te zijner woonstede gedaan[36]". Dat betekende dat het vonnis, evenals onder de Franse wetgeving het geval was, onherroepelijk kon worden zonder dat de verdachte van iets wist. Daartegen rees, mede omdat in correctionele zaken gevangenisstraf (tot een maximum van vijf? jaar) kon worden opgelegd, van meet af aan bezwaar[37]. Bij de openbare beraadslaging in de Tweede Kamer bracht de heer Luzac de bedenkingen als volgt onder woorden. Het wetsvoorstel "moet tot veel ongelegenheden aanleiding geven in een Land, hetwelk zoo veel scheepvaart heeft, als het onze, en waarin zoo vele schippers en matrozen zijn, die geen vast verblijf hebben, en zich dan hier, dan elders bevinden; hoe kan men aan zulke lieden een vonnis beteekenen; en is het regtvaardig, dat men een' persoon, zonder hem gehoord te hebben, en welligt zonder dat hij van zijne beschuldiging kennis draagt, tot eene gevangenisstraf veroordeelt, waarin hij zich goedwillig zal moeten onderwerpen, zoo hij niet in de gelegenheid geweest is, om binnen den bepaalden tijd, zijn verzet tegen het uitgesproken vonnis te beteekenen?".

De regering wilde aanvankelijk van een wijziging niet weten, omdat daardoor "de zaak in het oneindige (zou) kunnen worden gerekt". Pas in 1836, bij de herziening van het wetboek, ging zij om. Betekening van het verstekvonnis bleef voorgeschreven, maar had op de termijn van verzet geen invloed meer. Beslissend werd het tijdstip waarop met de tenuitvoerlegging van het vonnis een aanvang werd genomen. Volgens het nieuwe art. 272 Sv verviel het verstekvonnis indien de veroordeelde verzet deed "uiterlijk binnen den tijd van veertien dagen, nadat het vonnis is ten uitvoer gelegd door de gevangenneming van den beklaagde, of gedaagde, of in het geval eener opgelegde boete door den ten uitvoer gelegden lijfsdwang of door een op zijne goederen gelegd beslag". Naar de MvT meedeelt zijn hier "dezelfde regelen, als bij de executie van burgerlijke vonnissen bij verstek, gevolgd". Dat betekende dat het vonnis kon worden tenuitvoergelegd vóór het onherroepelijk was. De van niets wetende verdachte kon daar echter alleen nog maar de dupe van worden als het ging om een geldboete die door beslaglegging werd geëxecuteerd[38].

---

36. De mogelijkheid om van verstekvonnissen in appèl te gaan, verviel. Zie art. 241 Sv-oud.
37. Voorduin, deel VII, p. 284 e.v.
38. Vergelijk de - aan de artt. 155 en 157 van de Code de procédure civile ontleende - artt. 80 en 81 Rv. Art. 80 lid 1 luidde destijds: "De vonnissen bij verstek gewezen, zullen niet ten uitvoer gelegd kunnen worden, dan na verloop van acht dagen na de beteekening aan de partij in persoon of te zijner woonplaats ()".

6. Tussenstand

De wordingsgeschiedenis van het wetboek van 1838 laat zien, dat de houding ten aanzien van afwezigen welwillender was geworden. In een gesloten en overzichtelijke samenleving als waarvan in de middeleeuwen wellicht nog sprake was, lag de veronderstelling min of meer voor de hand dat de verdachte van de beschuldiging op de hoogte was. Daarvan uitgaande was het niet onredelijk dat deze de rekening voor zijn wegblijven kreeg gepresenteerd. In een moderne samenleving "waarin zoo vele schippers en matrozen zijn", was die veronderstelling echter niet langer houdbaar. Men liet daarom de gedachte *contumax pro confesso habetur* los en verruimde de mogelijkheid om verzet te doen.

In alle strafzaken gold voortaan, dat niet veroordeeld mocht worden dan op basis van een onderzoek naar de materiële waarheid. Het horen van de verdachte maakte van dat onderzoek deel uit. De wetgever zag zich dan ook voor een moeilijk dilemma geplaatst: of de vervolging op de lange baan schuiven, of veroordelen op grond van een incompleet onderzoek. De oplossing werd gevonden in een compromis, dat voortbouwde op een onderscheid - tussen misdaden en wanbedrijven - dat hier te lande niet aansprak.

De wettelijke regeling ontmoette scherpe kritiek. De wederspannigverklaring werd gezien als een loos gebaar, dat nauwelijks rechtsgevolgen had[39]. De Pinto sprak van "eene ijdele, inderdaad eene kleingeestige, eene belagchelijke vertooning, welke alleen uitmuntend geschikt is, om de zwakheid der justitie () tegen over den misdadiger, in al hare naaktheid ten toon te stellen"[40]. Belinfante betitelde de wederspannigverklaring als een "scherp snijdend zwaard, dat nooit treft"[41]. Voorts werd, ook vrijwel eenstemmig, het onderscheid in de manier van procederen ten aanzien van criminele zaken en correctionele zaken als willekeurig verworpen. Voor het overige echter liepen de standpunten uiteen. Belinfante onderschreef, met een beroep op het romeinse recht, ten volle het uitgangspunt, dat niemand onverhoord mocht worden veroordeeld: nemo inaudita causa damnari potest[42]. Hij wees veroordeling bij verstek dan ook in beginsel

---

Art. 81 bepaalde vervolgens, dat ook verzet na de termijn van acht dagen gedaan ontvankelijk zal zijn "tot dat het vonnis zal zijn tenuitvoergelegd". Bij wet van 23 december 1886, S 230 werd art. 81 gewijzigd en kreeg het zijn huidige redactie.

39. De wederspannige werd veroordeeld in de kosten. Daarnaast had de wederspannigverklaring gevolgen voor de verjaring.

40. A. de Pinto, "Over de wijze van procederen tegen voortvlugtige of afwezige beschuldigden" in *Themis* 1843, p. 63.

41. T.a.p., p.285.

42. Als ik het goed zie, is hier sprake van een eigen, zeer stellige weergave van "den romeinschen rechtsregel" (t.a.p., p. 277). Zie ook Modderman, t.a.p., p. 4 en p. 7 e.v.

af[43]. De Pinto daarentegen verdedigde, dat steeds bij verstek moest kunnen worden veroordeeld[44]. Het is dit standpunt, dat uiteindelijk zegevierde.

De invoering van het Wetboek van Strafrecht in 1886, waarbij het onderscheid tussen misdaden en wanbedrijven verviel, werd aangegrepen om de processuele positie van afwezigen in alle strafzaken gelijk te schakelen. De manier van procederen in correctionele zaken werd de normale. Daarom zal in het onderstaande verder alleen aandacht worden besteed aan die manier van procederen. De vraag is daarbij, hoe het van huisuit civielrechtelijke instituut van de verstekverlening werd ingepast in het strafproces.

In burgerlijke zaken geldt, dat het de gedaagde vrijstaat om al dan niet te verschijnen. Laat hij verstek gaan, dan dient de vordering, die dan immers niet wordt betwist, in beginsel te worden toegewezen. In strafzaken daarentegen dient de rechter de materiële waarheid te onderzoeken. De verdachte kon daarbij node worden gemist. Of het hem vrijstond om weg te blijven, is dan ook de vraag.

In het burgerlijk procesrecht berust de verstekregeling op een belangenafweging[45]. Het belang van de eiser bij een spoedige voorziening wordt daarbij afgewogen tegen het belang van de gedaagde, zich tegen de vordering te verweren. Die afweging leidt tot een verdeling van risico's. Als de dagvaarding geldig is betekend, en de eiser dus alles heeft gedaan wat van hem gevergd wordt, komt onbekendheid met die dagvaarding voor rekening van de gedaagde. Hij loopt het aanvaardbaar geachte risico, dat een verstekvonnis, waarvan hij geen weet heeft, wordt geëxecuteerd. De vraag is, of in strafzaken het recht om zich te verdedigen niet te allen tijde dient te zijn gewaarborgd.

Er kan dus een zekere spanningsverhouding worden geconstateerd tussen de uitgangspunten van de verstekprocedure en die van het strafproces. Daarmee is de probleemstelling aangegeven, van waaruit de ontwikkelingen met betrekking tot de verstekverlening in strafzaken zullen worden geschetst. De wijze van behandeling is daarbij niet een strikt chronologische, maar een thematische.

---

43. De grens tussen zwaardere en lichtere misdrijven zocht Belinfante in het al dan niet voorgeschreven zijn van instructie. Daarbij bracht hij nog deze verfijning aan, dat een behandeling bij verstek ook was toegestaan als de verdachte tijdens de (voorgeschreven) instructie was gehoord en op het feit minder dan drie jaar gevangenisstraf was gesteld (t.a.p., p.299). Een soorgelijk standpunt was eerder al verdedigd door J. de Bosch Kemper, "Het Wetboek van Strafvordering aan ervaring en wetenschap getoetst" in *Nederlandsche Jaarboeken voor Regtsgeleerdheid en Wetgeving*, verzameld en uitgegeven door C.A. den Tex en J. van Hall, deel IX, Amsterdam 1847, m.n. p.58, die de toelaatbaarheid van verstekverlening wilde laten afhangen van de vraag, of "de beklaagde is gedaagde in persoon". Was de gevangenneming bevolen (maar de beklaagde voortvluchtig), dan was wederspannigverklaring aangewezen. Veel radicaler betoonde zich Modderman, die alleen ingeval van overtreding van verstekverlening wilde weten (t.a.p., p.143).

44. T.a.p., p. 71.

45. T.A.W. Sterk, "Verstek en verzet" in *Een goede procesorde* (Haardtbundel), Deventer 1983, p. 193 e.v.

Enige overlapping zal, vanwege de onderlinge samenhang van de te behandelen thema's, voor lief moeten worden genomen.

7. Nemo inaudita causa damnari potest

Voor de hedendaagse beschouwer is misschien niet direct inzichtelijk, waarom veroordeling bij afwezigheid zo principieel werd afgewezen. Natuurlijk moet de verdachte de reële mogelijkheid worden geboden zich te verdedigen, maar waarom zou hij niet veroordeeld kunnen worden als hij - door moedwillig wegblijven - te kennen geeft van die mogelijkheid geen gebruik te willen maken? De verklaring is hierin gelegen, dat met het beginsel dat niemand onverhoord kon worden veroordeeld niet alleen, en misschien wel niet in de eerste plaats, het belang van de verdediging werd gediend.

"Het verhoor van den beschuldigde", schrijft De Bosch Kemper, "is te allen tijde als eene der gewigtigste handelingen van de strafvordering beschouwd". Dat geldt zowel als de verdachte bekent als ontkent. Ingeval van bekentenis biedt het verhoor de rechter de gelegenheid, "om de beweegredenen van het gepleegde feit op te sporen, en, naar aanleiding van dezelve, over het meer of minder strafwaardige van de daad te oordeelen". Ook in geval van "halsstarrige ontkentenis" is het verhoor het beste middel "om den persoon van den beschuldigde te leeren kennen". Maar er is meer. Weliswaar dienen strikvragen te worden vermeden, maar "aan den anderen kant behoort () de regter alles aan te wenden, wat verstand en ondervinding hem aan de hand geven, om op eene waardige wijze eene bekentenis van den beschuldigde te verkrijgen; waartoe hij bij dezen zoodanige gemoedsstemming behoort te weeg te brengen, waarin hij met volkomen' vrijen wil genoopt wordt het misdrijf te bekennen". Zo moet de rechter, als de beschuldigde behoort tot de "zoodanigen (), die niet van alle gevoel en Godsdienstigheid ontbloot zijn, () hem opmerkzaam maken op het zedelijk ongeoorloofde, om, indien men een misdrijf gepleegd heeft, in de ontkentenis daarvan halsstarrig te volharden, en de waarheid voorhouden, dat de Voorzienigheid aan boetvaardigen vergiffenis schenkt, doch den ontboetvaardige strengelijk straft"[46].

Het verhoor diende vooral de oordeelsvorming van de rechter. Het beginsel *nemo inaudita causa damnari potest* had zogezien een sterk inquisitoir karakter. Weliswaar was de pijnbank afgeschaft, maar een deugdelijk onderzoek naar de materiële waarheid werd zonder verhoor van de verdachte niet mogelijk geacht. In dit verband dient erop te worden gewezen, dat de verdachte geen zwijgrecht had. Art. 199 Sv-oud bepaalde dat indien "de beschuldigde weigert of in gebreke blijft op de aan hem gedane vragen te antwoorden", het hof zal bevelen "dat desniettemin met de zaak zal worden voortgegaan, nadat de president aan den

---

46. T.a.p., deel II, p. 519 e.v.

beschuldigde zijne verpligting om te antwoorden zal hebben onder het oog gebragt"[47][48]. Een sanctie op het niet naleven van deze verplichting bestond overigens niet. Art. 201 bepaalde uitdrukkelijk, dat de raadsman "niettemin" met de verdeging bleef belast.

Verhoor is alleen mogelijk, als de verdachte persoonlijk verschijnt. Daarin is dan ook de reden gelegen voor het slechts in beperkte mate toestaan van vertegenwoordiging. Art. 226 Sv-oud bepaalde, in navolging van art. 185 Code d'I Cr, dat de beklaagde zich in zaken, "betreffende misdrijven op welke geene gevangenisstraf is bedreigd, kan () laten vertegenwoordigen door eenen advocaat of procureur (); ten ware de regtbank mogt bevelen, dat hij in persoon verschijne". In zijn commentaar op deze bepaling stelt De Bosch Kemper voorop, dat de ondervraging van de beschuldigde "een middel (is) voor den regter, om van de schuld of onschuld overtuigd te worden". Echter, zo gaat hij verder, bij correctionele zaken is tegenwoordigheid van de beschuldigde "door den Wetgever niet zoo noodig geacht". Vandaar dat bij verstek kon worden veroordeeld, vandaar ook dat "de verpligting (van de beklaagde), om voor den regter in persoon te verschijnen om zijne verdediging voor te dragen" zich niet uitstrekte tot misdrijven waarop geen gevangenisstraf was gesteld[49].

Het gewicht dat aan het verhoor van de verdachte werd toegekend stond in criminele zaken aan een veroordeling bij verstek in de weg. Illustratief in dit verband is de reactie van de Raad van State op het Ontwerp wetboek van strafvordering van 1862. In dit ontwerp werd voorgesteld de contumaciële gedingvoering af te schaffen en ook in criminele zaken veroordeling bij verstek mogelijk te maken. De Raad van State verklaarde zich vierkant tegen. Aangevoerd werd, dat het "met de waardigheid van het regterlijk ambt strijdt () dat de regter buiten volstrekte noodzakelijkheid verpligt zij om op onvolledig onderzoek over schuld of onschuld te beslissen. Wil men dat zijne uitspraken voor waarheid gehouden worden, dan moet hij niet gedwongen zijn een oordeel te vellen, tenzij hij over alle middelen waartoe hij bevoegd is kunne beschikken om tot de ontdekking der waarheid te geraken". De Raad wees daarbij op het gevaar, dat de rechter, "oordeelende op zoodanig onvolledig onderzoek" wegens ongenoegzaam bewijs zou moeten vrijspreken, hoewel "bij de openbare gedingvoering aan een ieder zal gebleken zijn dat de beklaagde, ware hij niet afwezig geweest, hoogst waarschijnlijk, zoo niet zeker tot de welverdiende straf zou zijn veroordeeld". Dergelijke "voorbarige" vrijspraken deden het vertrouwen in de justitie geen goed. Maar ook veroordelingen deden dat niet. Immers, "niet

---

47. In A. de Pinto, *Handleiding tot het wetboek van strafvordering*, tweede herziene druk door A.A. de Pinto, Zwolle 1882, p. 189 e.v. en p. 361, wordt min of meer ontkend, dat van een verplichting sprake is.

48. De laatste zinsnede verviel zonder enige toelichting in 1886. A.A. de Pinto (*Het herziene wetboek van strafvordering, deel II*, Zwolle 1888, p. 146) spreekt van een "toenadering tot de beginselen van het accusatoire proces".

49. Deel III, p. 26.

altijd zal de verdenking achterwege blijven", dat de rechter, "om niet genoodzaakt te zijn den beklaagde vrij te spreken, minder angstvallig de deugdelijkheid van het bewijs zijner schuld heeft onderzocht". Aan een veroordeling bij verstek zal dan ook, als het zware misdrijven geldt, "nimmer () dezelfde kracht en hetzelfde vertrouwen" geschonken worden als aan een vonnis, gewezen op tegenspraak. "Dit is zoo waar, dat het schier niet denkbaar is dat men ooit een *doodvonnis* bij verstek gewezen, indien de veroordeelde, zijne schuld ontkennende, om de eene of andere reden daartegen geen verzet mogt willen doen, zal durven ten uitvoer leggen"[50].

De argumentatie van de Raad laat zien, hoe zeer destijds het horen van de verdachte werd gezien als middel om de waarheid te achterhalen. De inquisitoire gedachtengang blijkt ook uit het feit, dat de mogelijkheid van verzet als correctie op het onvolledige onderzoek niet toereikend werd geacht. Het onderzoek naar de materiële waarheid werd daarmee immers afhankelijk gemaakt van de opstelling van de verdachte.

De reactie van de Raad laat overigens ook zien, dat het beginsel *nemo inaudita causa damnari potest* moet worden begrepen tegen de achtergrond van de zware straffen die onder de gelding van de Code Pénal konden worden opgelegd. Bij de herziening van het wetboek in 1886 stuitte de toelating van de veroordeling bij verstek voor alle misdrijven op weinig tegenstand meer. Wellicht was daaraan niet vreemd, dat inmiddels de doodstraf was afgeschaft.

8. Verschijnplicht

Wie in criminele zaken de dagvaarding naast zich neerlegde werd wederspannig aan de wet verklaard. Daaruit blijkt, dat de verdachte verplicht was om te verschijnen. Art. 173 Sv-oud bracht dit als volgt tot uitdrukking: "De beschuldigde zal ten gestelden en hem () beteekenden dage, op de teregtzitting verschijnen. Wanneer hij zich in hechtenis bevindt, zal hij vergezeld zijn van bewaarders, om zijne ontkoming te beletten".

Een dergelijke verplichting gold onder de Code d'Instruction criminelle niet in correctionele zaken. De verdachte werd de keuze gelaten om al dan niet te verschijnen. De wetgever van 1838 lijkt echter een andere weg te zijn ingeslagen. De wijze van procederen in criminele zaken stond naar wij zagen model voor de correctionele gedingvoering. Dat bracht mee, dat genoemd art. 173 - nu in de artt. 222 e.v. niet anders was bepaald - ook op het correctionele proces van toepassing was. Bevestiging daarvan is te vinden in art. 228 Sv-oud, dat - volgens De Bosch Kemper ten overvloede[51] - de hoofdpunten van de procedure nog eens op een rijtje zette: "De beklaagde, zoo hij zich in hechtenis

---

50. Bijl. Hand. II, 1863-1864, p. 801. Tevens, als bijlage, te vinden bij Belinfante, t.a.p., p. 303 e.v.
51. Deel III, p. 40.

bevindt, zal voor den regter worden gebragt". Enige keuze lijkt de verdachte hier niet te worden gelaten.

Aandacht verdient, dat art. 226 Sv-oud, dat zoals wij zagen in beperkte mate vertegenwoordiging toestond, werd gezien als een uitzondering op de regel van art. 173. Een eerdere versie van art 226 laat wat dat betreft aan duidelijkheid weinig te wensen over. In het ontwerp 1829 luidde deze bepaling: "In zaken betreffende misdrijven op welke geene gevangenisstraf is gesteld, is de beklaagde niet verpligt in persoon te verschijnen, ten ware het hof of de regtbank zulks mogt gelasten".

Gelet op het voorgaande is het mijns inziens niet toevallig, dat art. 270 Sv-oud, waarin de verstekverlening werd geregeld, minder neutraal was geredigeerd dan de vergelijkbare bepalingen uit het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering. Volgens de artt. 75 en 76 Rv-oud moet verstek verleend worden als de eiser of de gedaagde niet *verschijnt*. Art. 270 bepaalde dat verstek werd verleend "indien de beklaagde () *in gebreke blijft*, op de aan hem gedane dagvaarding ter teregtzitting te verschijnen, of zich, in de gevallen bij de wet voorzien, door eenen advocaat of procureur () te laten verdedigen".

Hoewel art. 270, anders dan art. 76 Rv, niet uitdrukkelijk bepaalde dat alleen ingeval van een geldige dagvaarding verstek kon worden verleend, werd daarvan wel uitgegaan. Het argument was daarbij veelal, dat de verplichting tot verschijnen niet bestond als de dagvaarding nietig was. Van in gebreke blijven kon dan geen sprake zijn[52].

Of de Hoge Raad in correctionele zaken een verschijnplicht aannam is niet geheel duidelijk. In 1870 en in 1872 wees het college arresten, die op het tegendeel lijken te wijzen[53]. Het eerste arrest had betrekking op art 228 Sv-oud. De gedetineerde verdachte was ten onrechte niet voor de rechter gebracht, waarna de rechtbank die overbrenging alsnog had gelast. De Hoge Raad ging daarmee accoord, aangezien niet was gebleken, "dat die bevolen overbrenging is geweest tegen den wil van den bekl." Het tweede arrest had betrekking op de geldigheid van de dagvaarding als voorwaarde voor verstekverlening. De Hoge Raad overwoog, kennelijk aansluiting zoekend bij art 76 Rv, dat alle termijnen en formaliteiten in acht diende te zijn genomen, "met dien verstande, dat daardoor de verpligting van den ged. ontstaat om, wil hij niet gevaar loopen om onverhoord te worden veroordeeld, in regten te verschijnen". Zo geformuleerd is natuurlijk geen sprake van een verplichting: aangegeven wordt, dat wegblijven op een geldige dagvaarding dezelfde consequenties heeft als in civiele zaken.

Opmerkelijk is dat de Hoge Raad zo nadrukkelijk aansluiting zoekt bij het civiele recht. Een voorzichtige conclusie zou kunnen zijn, dat niet het instituut

---

52. Zo bijvoorbeeld F.B. Coninck Liefsting, "Over de vraag of een beklaagde in correctionele zaken, waarin gevangenisstraf bedreigd is, bij verstek kan veroordeeld worden, indien hij zelf niet kunnende verschijnen, door zijnen verdediger billijke redenen van verschooning doet aanvoeren?", *Themis* 1856, m.n. p. 704.

53. HR 1 februari 1870, W 3188 en HR 17 juni 1872, W 3483.

van de verstekverlening werd aangepast aan de eigenaardigheden van het strafproces, maar dat omgekeerd, het strafproces zich voegde naar civielrechtelijk model. Zogezien werd met de verstekverlening een paard van Troje in het strafproces binnengehaald: dat instituut dwong er toe de verdachte te zien, niet als object van onderzoek, maar als partij in het proces.

Bij de herziening van het wetboek in 1886 werd de manier van procederen ten aanzien van alle misdrijven gelijk getrokken. Dat bracht op het punt van de verschijnplicht geen duidelijke verandering. De regering had aanvankelijk voorgesteld, om in rechtbankzaken in het geheel geen vertegenwoordiging meer toe te laten. In art. 181 van het ontwerp werd daartoe de regel van art. 173 Sv-oud opgenomen zonder enige uitzondering: "De beklaagde moet ten dage en ure, in de dagvaarding uitgedrukt, ter teregtzitting verschijnen"[54]. De Raad van State meende dat naar de bedoeling van de bepaling gegist moest worden. Zoals het artikel er lag zou het niet verschijnen ter zitting "allicht" aangemerkt kunnen worden als een strafbaar feit, vallend onder art.184 Sr. Beter ware het stellig uit te drukken, dat vertegenwoordiging niet was toegestaan. De bepaling werd daarop aangepast: "De beklaagde kan zich ter teregtzitting niet door eenen gemagtigde doen vervangen". De commissie van rapporteurs meende vervolgens, dat de bepaling geheel gemist kon worden. "Uit den aard der zaak" zou voldoende blijken, "dat de beklaagde ter terechtzitting in persoon aanwezig moet zijn".

In een later stadium van de parlementaire behandeling kwam de regering terug op de gedachte, dat aan vertegenwoordiging geen behoefte bestond. De voorgestelde bepaling werd vervangen door één, die sterk deed denken aan art. 226 Sv-oud: "In zaken, betreffende strafbare feiten, op welke geene gevangenisstraf is bedreigd, kan de beklaagde zich laten vertegenwoordigen door eenen advocaat of procureur, bepaaldelijk daartoe door hem gevolmachtigd, ten ware de regtbank mogt bevelen, dat hij in persoon verschijne".

Deze wetsgeschiedenis getuigt niet van een principieel andere benadering. Wel kan daarin een zekere halfslachtigheid worden bespeurd. De plicht tot verschijnen lijkt door de regering nog steeds als vanzelfsprekend te worden voorondersteld. Het resultaat van de gedachtenwisseling is echter geweest, dat niet langer met zoveel woorden was bepaald, dat de verdachte aanwezig diende te zijn. Dat maakte de weg vrij voor een andere interpretatie: de verdachte moest in persoon verschijnen *als hij zich wenste te verdedigen* (tenzij vertegenwoordiging was

---

54. Zie A.A. de Pinto, t.a.p., deel II, p. 52 e.v. Vergelijk E.A. Smidt en H.J. Smidt, *Wetboek van Strafvordering met de geschiedenis der wijzigingen daarin gebracht bij de invoering van het nieuwe Wetboek van Strafrecht, deel I,* Haarlem 1886, p.477 e.v. In het ontwerp 1862, zoals dat naar aanleiding van de uitgebrachte adviezen is gewijzigd en in 1863 is ingediend, kwam dezelfde bepaling voor, maar daarop werd in een tweede lid wel een uitzondering gemaakt. Zie Bijl. Hand. II 1863-1864, p. 679.

toegestaan). In deze meer accusatoire gedachtengang wordt de verdachte de keuze gelaten om weg te blijven en daarmee van verdediging af te zien[55].

In het nieuwe Wetboek van Strafvordering, dat in 1926 in werking trad, was gepoogd het strafproces op meer accusatoire leest te schoeien. De MvT stelde uitdrukkelijk, dat de verdachte niet verplicht was te verschijnen. Dat was alleen anders als de rechtbank de aanwezigheid ter zitting had bevolen. Nieuw was daarbij dat de medebrenging kon worden gelast[56].

Ondanks het gewijzigde uitgangspunt werd de bepaling met betrekking tot vertegenwoordiging vrijwel ongewijzigd in art. 270 overgenomen[57]. Dat past bij het zoëven opgemerkte: de wetstekst liet vanaf 1886 een meer accusatoire interpretatie toe.

9. Proceskosten

Naar wij zagen werd in het ontwerp van 1828 voorgesteld de wederspannige zelfs ingeval van een latere vrijspraak te veroordelen tot een geldboete van max. f 500,-. Uiteindelijk werd volstaan met een veroordeling in de proceskosten, door het wegblijven veroorzaakt. Een *straf* op het niet-verschijnen was die

---

55. Ook een andere wijziging bood ruimte voor de gedachte, dat de verdachte kon kiezen. Art. 148 introduceerde het begrip "vrijwillige verschijning", waardoor de nietigheid van de dagvaarding werd gedekt. Dat betekende in ieder geval, dat er geen plicht tot verschijnen was als de dagvaarding nietig was. Uitdrukkelijk stelde de regering dat de verdachte die op te korte termijn was gedagvaard de keuze had al dan niet te verschijnen (E.A. Smidt en H.J. Smidt, p. 471 e.v.). Dat betekende evenwel, dat de verdachte de vrijheid moest worden gelaten zelf zijn positie te bepalen: hij kon wegblijven als hij *meende* dat de dagvaarding nietig was. Het verschil in benadering was vooral voor de gedetineerde verdachte van belang. De minister had nog geoordeeld dat preventief gedetineerden "eigenlijk nooit gezegd worden *vrijwillig* te verschijnen, want zij worden, zoo ze gedagvaard zijn, voor den rechter gebracht". Dat laatste echter was in het gewijzigde wetboek echter niet meer met zoveel woorden voorgeschreven. Daarom kon in HR 5 maart 1900, W 7407 geoordeeld worden, dat een gedetineerde die niet had geprotesteerd, geacht moest worden vrijwillig te zijn verschenen. Dat impliceerde, dat de verdachte niet tegen zijn wil voor de rechter mocht worden gebracht. Nieuw was dit standpunt overigens niet. Naar wij zagen gaf ook HR 1 februari 1870, W 3188 daarvan blijk.

56. Art.272 Sv. De medebrenging is vooral van belang als de verdachte gedetineerd is. Aan de nieuwe bevoegdheid ontstond behoefte, toen niet langer werd voorgeschreven dat de gehechte voor de rechter werd gebracht.

57. De laatste zinsnede (ten ware de regtbank mogt bevelen, dat hij in persoon verschijne) werd veranderd in: ten ware de rechtbank vertegenwoordiging niet mocht toelaten. Ook in dit geval wordt de verdachte in beginsel de keuze gelaten verstek te laten gaan. Persoonlijke verschijning is alleen vereist, als daartoe ex art 272 het bevel is gegeven.

veroordeling niet. In civiele zaken, waarin van een verplichting om te verschijnen geen sprake is, gold (en geldt overigens nog steeds) een vergelijkbare regeling. De gedaagde moest, ook als hij na gedaan verzet in het gelijk werd gesteld, de kosten van de verstekbehandeling betalen. De enige uitzondering die art. 89 Rv-oud daarop maakte, had betrekking op het geval, dat het verstek ten onrechte is verleend, omdat (achteraf) blijkt dat de dagvaarding nietig had moeten worden verklaard. Fouten in de betekening kwamen voor rekening van de eiser, onbekendheid met een (geldige) dagvaarding of verhindering daarop te verschijnen lagen in de risicosfeer van de gedaagde. De extra kosten die daarvan het gevolg waren, dienden daarom steeds voor zijn rekening te komen.

Evenals in civiele zaken gold destijds in strafzaken, dat de proceskosten ingeval van veroordeling voor de gedaagde (de verdachte) waren. Dat was uiteraard niet anders ingeval bij verstek werd veroordeeld. Met betrekking tot het door de veroordeelde gedane verzet bepaalde art. 272 Sv-oud het volgende:

> "Niettegenstaande zijne vrijspraak, blijven alle de kosten, door het verstek veroorzaakt, ten zijnen laste, ten ware de dagvaarding mogt zijn nietig verklaard, of hij mogt bewijzen in de onmogelijkheid te zijn geweest van te kunnen verschijnen".

Deze regeling verschilt op één punt van die in civiele zaken. Als de verdachte verhinderd blijkt te zijn geweest, behoeft hij de proceskosten niet te betalen. Kennelijk werd het alleen redelijk geacht de verdachte voor de extra kosten te laten opdraaien, als hij het niet-verschijnen aan zich zelf te wijten had. Hier kan een rol hebben gespeeld dat bij de belangenafweging niet een andere burger, maar de overheid partij was. Verder lijkt niet zonder betekenis, dat de verdachte, anders dan de gedaagde in civiele zaken, niet "bij procureur" mocht verschijnen. Overmachtssituaties deden zich in strafzaken dus eerder voor.

Naar wij nog zullen zien speelde art. 272 Sv-oud een rol in de discussie over de vraag, op welke gronden verstek mocht of moest worden verleend. Moet, als achteraf blijkt dat de verdachte verhinderd was, geoordeeld worden dat het verstek ten onrechte was verleend? Mocht of moest de rechter, die vooraf van de verhindering op de hoogte was, het verstek weigeren?

In 1896 werd, bij wet van 15 april 1896, S. 70, de kostenveroordeling in strafzaken geheel afgeschaft. Dat is niet zonder gevolgen gebleven. De veroordeling in de proceskosten moge dan geen straf zijn geweest, een prikkel om te verschijnen ging er wel van uit. Het wegvallen van die prikkel is vermoedelijk mede debet geweest aan het ontstaan van de "verzetplaag". Zie daarover nader hierna, paragraaf 14.

10. Verdediging in persoon

Vertegenwoordiging was in correctionele zaken in beginsel uitgesloten. De verdachte diende persoonlijk te verschijnen. Het civiele proces gaf een precies tegenovergesteld beeld te zien. De gedaagde diende in de regel te compareren bij

procureur. Verscheen hij in persoon (zonder procureur), dan moest verstek worden verleend. Er was immers niemand verschenen om de gedaagde op de bij de wet voorgeschreven wijze te verdedigen. Op dezelfde wijze werd in strafzaken geredeneerd: als de verdachte niet, zoals de wet voorschreef, was komen opdagen om zich persoonlijk te verdedigen, moest verstek worden verleend. Dat was alleen anders in die gevallen, waarin vertegenwoordiging was toegestaan. Dan volgde, als de verdachte bij gemachtigde verscheen, een contradictoire behandeling[58].

Aandacht verdient het geval, waarin weliswaar de wet vertegenwoordiging toestond, maar waarin de rechter de persoonlijke verschijning had bevolen. Als de verdachte aan dat bevel niet voldeed en dus wegbleef, diende volgens De Bosch Kemper alsnog verstek te worden verleend. In dat geval is de verdachte "als een afwezend beklaagde aan te merken, verliest hij het voorregt, om afwezend te worden verdedigd, en behoort tegen hem, bij verstek, het regtsgeding gevoerd te worden"[59].

Het recht "om afwezend te worden verdedigd" bestond dus alleen, als de wet en de rechter het optreden van een gemachtigde toelieten. Juist omdat de wet voorschreef dat de verdachte zich in persoon diende te verdedigen, moest het optreden van een raadsman in een verstekprocedure uitgesloten worden geacht. Deze gedachtengang vindt steun in HR 17 december 1861, W. 2348. Overwogen werd dat "naar luid van die bepaling (art. 226 - GK), de raadsman van den bekl. kan zijn òf zijn vertegenwoordiger òf zijn geregtelijke bijstand; dat in het eerste geval de bekl., zonder dat tegen hem verstek kan worden verleend, bij zijne niet-verschijning ter teregtzitting, dien raadsman voor en namens hem kan doen verschijnen, ten einde zijne plaats bij de behandeling der zaak in te nemen, en hem aldaar te vertegenwoordigen; dat echter in het tweede geval, bij bedreigde gevangenisstraf (), van geene plaatsinneming of vertegenwoordiging sprake is, omdat alsdan tegen den ged., die niet in persoon verschijnt, verstek wordt verleend, en zijn raadsman als geregtelijke bijstand niet kan worden toegelaten buiten zijne tegenwoordigheid, daar, bij eene tegenovergestelde opvatting, juist die vertegenwoordiging zoude plaats vinden, die door den wetgever in dat geval is buiten gesloten".

In Frankrijk legde la Cour de Cassation de Code d'Instruction zó uit, dat de eis van vertegenwoordiging in persoon geen betrekking had op préliminaire verweren. De gedachte daarbij was dat de persoon van de verdachte bij excepties "qui sont indépendantes du fond", geen rol speelde. Het ging om vragen "qui ne sont que des points du droit". "Pourquoi", aldus Faustin Hélie, "déroger à la règle générale qui permet au défendeur comme au demandeur de se

58. Zie HR 1 april 1845, W. 665: De Hoge Raad oordeelt dat vertegenwoordiging niet is toegestaan en dat derhalve ten onrechte geen verstek is verleend.
59. T.a.p., deel III, p. 26. Onomstreden was dit overigens niet. Anders bijvoorbeeld oordeelde A. de Pinto, Handleiding, p. 415.

faire représenter en justice?"[60]. In gelijke zin oordeelde De Bosch Kemper. Weliswaar moet de verdachte in strafzaken persoonlijk verschijnen, "doch de strafzaak bestaat eerst dan, wanneer de regter de declinatoire exceptiën heeft verworpen. Daarenboven is de tegenwoordigheid van den beklaagde () eerst dan noodig, wanneer zijne schuld onderzocht wordt"[61].

Voorzover ik heb kunnen nagaan heeft de Hoge Raad zich niet met zoveel woorden over de kwestie uitgelaten. Uit het navolgende moge echter blijken de Hoge Raad zich op een ander, verwant punt weinig van de Franse jurisprudentie aantrok. Veel ruimte voor een genuanceerde benadering van de eis van persoonlijke verdediging lijkt er daardoor niet te zijn geweest.

11. Verstek of tegenspraak

Volgens vaste rechtspraak van de Cour de Cassation stond verschijning ter terechtzitting niet aan verstekverlening in de weg. Dat gold zowel in civiele als in strafzaken. Uitgangspunt daarbij was een inhoudelijke uitleg van de term "comparaître": beslissend was niet of de gedaagde was verschenen, maar of hij zich had verdedigd. Dat betekende bijvoorbeeld, dat verstek moest worden verleend ingeval de zaak was aangehouden en de verdachte op de nadere zitting niet meer verscheen. Men onderscheidde dan ook "deux sortes de défaut: le défaut faute de comparaître et le défaut faute de plaider". Van de laatste vorm van verstek was sprake als *ten aanzien van de hoofdzaak* geen verweer was gevoerd. "Il y a défaut faute de plaider lorsque la partie comparaît devant le tribunal, mais refuse de se défendre, ou lorsque, après avoir élevé des exceptions préjudicielles, elle ne se présente pas pour débattre le fond". Zo kon de verdachte verstek laten gaan na een tevergeefs beroep op de onbevoegdheid van de rechter. De achterliggende gedachte was, dat "le droit de faire défaut est un droit de la défense", dat "librement exercer" moest kunnen worden[62].

In Nederland gaf deze kwestie na de invoering van de nationale wetboeken in 1838 aanleiding tot enige pennestrijd[63]. Een aantal schrijvers wenste vast te

---

60. M. Faustin Hélie, *Traité de l'Instuction Criminelle,* Parijs 1867, deel VI, no. 2856 (p. 576 e.v.). Het beroep op de algemene regel past in een opvatting, waarin het strafproces als extra-ordinair, als uitzondering op het normale civiele proces werd behandeld. Tegen die opvatting zette De Bosch Kemper zich af (deel I, p. XXX; vergelijk deel III, p. 139).

61. T.a.p., deel III, p. 28; vergelijk p. 154 waar ten aanzien van de wederspannigverklaring in criminele zaken eenzelfde standpunt wordt ingenomen: "De verpligting om te verschijnen is eerst dan stellig, wanneer () de regter om te oordeelen zich bevoegd heeft verklaard". Zie ook F.B. Coninck Liefsting, t.a.p., p. 702 e.v.

62. Zie Faustin Hélie, t.a.p., no's 2954 e.v. (p. 696 e.v.); zie ook no. 2709 (p. 393 e.v.).

63. Zie wat het burgerlijk procesrecht betreft de discussie tussen Schmolck, die het Franse standpunt verdedigde, en Van den Honert in het *Regtsgeleerd Bijblad, behoorende tot de Nederlandsche Jaarboeken*, deel I, Amsterdam 1839, p. 161 e.v., p. 170 e.v., (zie ook p.

houden aan de Franse benadering. Zo verdedigt C.J. Pické nog in 1859 dat het verstek een recht is voor de verdachte, "die zich nog niet behoorlijk ter zijner verdediging heeft kunnen voorbereiden en van den regter geen uitstel kan erlangen". Dat recht mag hij niet verliezen omdat hij "bij ongeluk of onvoorzichtigheid één voet in de geregtszaal heeft gezet"[64].

De Hoge Raad echter was eerder al een andere weg ingeslagen. Daarbij lijkt geen rol te hebben gespeeld, dat een recht op verstek zich niet goed verdroeg met de verschijnplicht die in strafzaken wellicht gold. Het is juist het burgerlijke procesrecht dat hier richtinggevend lijkt te zijn geweest. In HR 8 oktober 1841, W 231 werd overwogen "dat, wanneer eenmaal een gedaagde in een geding procureur heeft gesteld, en deze ten dienenden dage, dat is op den bij de dagvaarding beteekenden regtsdag is verschenen, de uitspraak altijd als contradictoir moet beschouwd worden, al mogt ook die procureur op latere teregtzittingen niet verschijnen". Deze letterlijke uitleg van de betrokken bepalingen uit het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering zou steun vinden in "de over dat Wetboek gehoudene beraadslagingen". Inderdaad kan uit de wetsgeschiedenis worden afgeleid, dat de wetgever het "zoogenaamde defaut tegen den procureur" niet heeft gewild[65].

In strafzaken werd - zij het aanvankelijk niet consequent[66] - in gelijke zin geoordeeld. Van verstekverlening kon geen sprake zijn als de verdachte was verschenen, een exceptie had voorgedragen en zich daarna "eigendunkelijk" had verwijderd[67]. In HR 24 juli 1863, W 2508 was de verdachte verschenen, maar de behandeling van de zaak werd verdaagd. Op de nadere zitting echter verscheen de verdachte niet. Naar het oordeel van de Hoge Raad had het hof, nu

---

193 en p. 505 e.v.); deel II, Amsterdam 1840, p. 138 e.v. (bijdrage van P.J. v.d. B.), p. 337 e.v. en p. 353 e.v.

64. Zie "Het regtsgeding bij verstek, volgens het Nederlandsche Wetboek van Strafvordering", *Themis* 1859, m.n. p. 433. In gelijke zin A. de Pinto, Handleiding, p. 478 e.v.

65. Zie Joan van den Honert, Thz, *Handboek voor de Burgerlijke Regtsvordering*, Amsterdam 1839, m.n. p.289. In HR 24 mei 1850, W 1128 werd de lijn doorgetrokken: tegen de eiser, die op een tweede rechtsdag niet was verschenen, kon geen verstek meer worden verleend "daar onze Nederlandsche wet geen verstek tegen procureur admitteert". De lagere rechtspraak voegde zich slechts moeizaam in het gareel. Zo hield mr. F.A.T. Weve als kantonrechter (Ktr 's-Gravenhage, 15 september 1856, W 1793) vast aan zijn tegendraads standpunt, verdedigd in "Beantwoording van eenige vragen, naar aanleiding van art. 273 van het Wetboek van Strafvordering", *Themis* 1849, m.n. p. 559 e.v.; zie ook zijn "Verstek", in W 1130.

66. Zie HR 5 maart 1844, W 568 en HR 1 april 1845, W 665. Op deze arresten wordt hierna, par. 14, teruggekomen.

67. HR 12 april 1842, W 308 en HR 2 augustus 1842, W 349.

voor verstekverlening geen plaats was, het geding "als *in contradictorio*" moeten voortzetten[68].

Door deze opstelling van de Hoge Raad veranderde de verstekprocedure van karakter. Onder de gelding van het Franse recht was verstekverlening de formele constatering, dat verdediging op de wijze zoals de wet voorschreef, niet plaats vond. Dat in verstekzaken geen verdediging plaats vond lag dus in de aard der zaak besloten. In de benadering van de Hoge Raad werd de verstekverlening een beslissing, die *ten gevolge* had, dat verdediging achterwege bleef.

12. Verstek en aanhouding

In de opvatting van de Hoge Raad was beslissend, of de verdachte op de dagvaarding was verschenen. Dat had tot gevolg, dat over verstekverlening dadelijk moest worden beslist. Duidelijk bleek dit uit een arrest van 13 juni 1848, W 934. De rijksadvocaat (die in deze belastingzaak met de vervolging was belast) had, omdat de verdachte niet was verschenen, uitstel van behandeling gevraagd. Toen de verdachte op de nadere zitting weer niet verscheen, vroeg de rijksadvocaat verstek. Dat werd door de rechtbank geweigerd, "omdat de eischer niet meer geregtigd zou zijn, tegen den bekl. verstek te vragen". Aangezien echter ook van een contradictoire behandeling niet kon worden gesproken, gelastte de rechtbank dat de zaak van de rol werd gevoerd. Tegen dat oordeel kwam de minister van financiën in cassatie op, maar tevergeefs. De Hoge Raad overwoog dat art. 270 Sv "eene soortgelijke bepaling" bevatte als art. 77 Rv, waarin met zoveel woorden was bepaald, dat het verstek bij het uitroepen der zaak diende te worden verleend. Bovendien, aldus de Hoge Raad, volgde dit ook "uit den aard der zaak, daar verleenen van verstek niets anders is dan het verleenen van acte, dat een beklaagde, welke behoorlijk is gedagvaard, op den hem in de dagvaarding beteekenden regtsdag niet is verscheenen, en dat zulks derhalve dadelijk op dien regtsdag behoort te geschieden".

De schrik zat er na dit arrest goed in. Een bij het arrest geplaatste mededeling leert, dat de minister van financiën in het arrest aanleiding vond de verschillende rijksadvocaten "uit te nodigen" voortaan onmiddellijk verstek te vragen en in cassatie te gaan als het verstek werd geweigerd.

Hoewel naar wij zullen zien in een later arrest wat afstand werd genomen van de gedachte, dat het verstekverlening niet meer is dan het verlenen van acte, bleef de Hoge Raad vast houden aan de in het onderhavige arrest geformuleerde gronden voor het verlenen van verstek: behoorlijke dagvaarding en niet-

68. Het hof had geoordeeld dat de dagvaarding voor de nadere zitting nietig was en dat daarom "thans () niet tot behandeling van de zaak (kan) worden overgegaan".

verschijning op de dienende dag[69]. Zodra aan die gronden was voldaan *moest* het verstek worden verleend. Dat betekende dat er eigenlijk geen ruimte was om verdachten tegemoet te komen die verhinderd waren ter terechtzitting te verschijnen. Ter voorkoming van verder misverstand voegde de Hoge Raad nog aan de boven geciteerde overweging toe, dat *nadat* verstek was verleend de behandeling van de zaak kon worden uitgesteld tot een nadere terechtzitting "ten einde alsdan bij verstek te worden voortgezet". Als de verdachte op de nadere zitting verscheen veranderde dat dus niets aan het verleende verstek.

In ten minste één geval nam de Hoge Raad een wat minder star standpunt in. De verdachte was, hoewel hij zich in hechtenis bevond, in strijd met art. 228 Sv niet voor de rechter geleid. Daarop had de rechtbank die voorgeleiding alsnog bevolen en daartoe de zaak aangehouden. Van die beslissing ging het O.M. in cassatie. Aangevoerd werd dat de rechtbank verstek had moeten verlenen en niet had mogen treden in een onderzoek naar de reden van niet verschijning. De Hoge Raad herhaalde bij arrest van 1 februari 1870, W 3188, dat voor verstekverlening "niets vereischt wordt dan de niet-verschijning op de gedane dagvaarding, mits deze in de wettige vorm geschied zij". Volgens het college stemde dit geheel overeen met art. 272 Sv, waarin was bepaald dat ingeval van verzet alle kosten, door het verstek veroorzaakt, "niettegenstaande zijne vrijspraak" ten laste van de verdachte bleven, "ten ware de dagvaarding mogt zijn nietig verklaard, of hij mogt bewijzen in de onmogelijkheid te zijn geweest van te kunnen verschijnen". Daaraan voegde de Raad echter toe, "dat dit alles niet wegneemt, dat, wanneer gelijk *in casu*, reeds aanvankelijk den regter van die onmogelijkheid blijkt, de regter de bevoegdheid heeft om de beslissing omtrent het gevraagde verstek aan te houden, ja voor alsnog te weigeren".

Deze overweging lijkt zich niet te beperken tot dit specifieke geval: verstek mag steeds worden geweigerd als blijkt van een onmogelijkheid als in art. 272 bedoeld[70]. Toch is daarvan in latere jurisprudentie weinig terug te vinden. Mogelijk is de civielrechtelijke benadering steeds meer gaan domineren. In 1856 verdedigde Coninck Liefsting het standpunt, dat bij "billijke redenen tot verschooning" geen verstek mocht worden verleend nog met het argument, dat in strafzaken persoonlijke verschijning als verplichting is opgelegd en dat alleen in geval van "verzuim" verstek kon worden verleend. Zijns inziens verviel de verplichting, "zoo de beklaagde buiten zijne schuld in de onmogelijkheid is aan

69. Zie bijvoorbeeld HR 29 augustus 1856, W 1892, waarin als "eenige voorwaarde en grond" voor verstek wordt genoemd het in gebreke blijven te verschijnen op de dagvaarding. Dat geen verstek kan worden verleend als de dagvaarding nietig is vindt bevestiging in HR 17 juni 1872, W 3483. Anders Hof Groningen, 5 februari 1872, W 3488.

70. In de lagere jurisprudentie was tot dan toe verschillend geoordeeld. Zie Hof Brabant 19 november 1861, W 2361 (vergelijk het Berigt in W 2317): verdachte gedetineerd in Brussel; Rb Heerenveen 10 december 1861, W 2368: verdachte ziek.

het gebod te voldoen"[71]. In het burgerlijke procesrecht wordt verhindering om te verschijnen gezien als een risico, dat voor rekening van de gedaagde komt en waarvoor als enige remedie het recht op verzet is geschapen.

In het ontwerp-wetboek van strafvordering van 1862 schreef art. 1 van Titel IX (Van het regtsgeding bij verstek) in zijn eerste lid voor dat verstek moest worden verleend als de verdachte niet ter terechtzitting verscheen. Het tweede lid luidde:

> "De regter is echter bevoegd, bij het bestaan van geldige redenen van niet-verschijning, hetzij ambtshalve, hetzij op de vordering van het openbaar ministerie of op verzoek van den beklaagde, de zaak voor eenen bepaalden of onbepaalden tijd uit te stellen".

Het derde lid bepaalde dat het verzoek om uitstel schriftelijk kon worden gedaan, maar ook mondeling ter zitting door de raadsman of door een gemachtigde. In de MvT wordt een en ander als volgt toegelicht. "Het hier voorgestelde wordt door de billijkheid geboden. Ook thans reeds ziet men soms een uitstel der zaak bevelen, wanneer de regter met de reden der verhindering bekend is, bijv. wanneer een beklaagde, die voorloopig in hechtenis is, wegens ziekte niet ter teregtzitting kan worden overgebragt. Zonder nu te treden in het onderzoek, of het verleenen van uitstel, in zoodanig geval, met de bestaande wet geheel is overeen te brengen, acht de Regering het in ieder geval wenselijk, die bevoegdheid buiten allen twijfel te stellen"[72] .

Bij de herziening van het wetboek in 1886 bleef echter de regeling op dit punt ongewijzigd. In de MvT werd met geen woord over de redenen van verhindering gerept. Eerst het nieuwe wetboek van 1926 haalde de druk van de ketel, door de mogelijkheid te openen het verstek vervallen te verklaren als de verdachte op een latere zitting alsnog verscheen. De rechter kon daarop inspelen door de zaak aan te houden *nadat* verstek was verleend[73]. Tegelijkertijd werd daarmee vastgelegd, dat de enige grond voor verstekverlening het niet-verschijnen op een geldige dagvaarding is. Een en ander betekende, dat verstekverlening nog maar weinig te maken had met de vraag, of de zaak ondanks de afwezigheid van de verdachte kan worden behandeld. Het zwaartepunt kwam te liggen bij de beslissing om de zaak al dan niet aan te houden.

---

71. T.a.p., p. 704 en p. 710 e.v.

72. Zie *Ontwerp van een Wetboek van Strafvordering met Memorie van Toelichting,* 's-Gravenhage 1862. In de in 1863 ingediende herziene versie van dit ontwerp kwam in de voorgestelde bepaling de zinsnede "bij het bestaan van geldige redenen van niet-verschijning" niet voor. Bijl. Hand. II 1863-1864, p. 688.

73. Zie art. 271 Sv: "onverminderd de bepaling van artikel 277".

13. De verstekbehandeling

In HR 12 juni 1861, W 2285 had de kantonrechter, hoewel de verdachte ter zitting was verschenen, de dagvaarding "ter zake eener informaliteit" nietig verklaard. In appèl werd deze beslissing vernietigd en de zaak werd teruggewezen ten einde op de *bestaande* dagvaarding te worden afgedaan. De verdachte werd opnieuw opgeroepen, maar verscheen niet. Daarop verleende de kantonrechter verstek. De OvJ ging van het veroordelend vonnis in hoger beroep, daarbij aanvoerend dat ten onrechte verstek was verleend: de verdachte was immers op de inleidende dagvaarding ter zitting verschenen. De rechtbank oordeelde evenwel, dat het tussenvonnis (de verstekverlening) in kracht van gewijsde was gegaan nu alleen appèl was ingesteld tegen het eindvonnis. De Ovj liet het daar niet bij zitten. In cassatie werd betoogd, mogelijk met het eerder ter sprake gekomen HR 13 juni 1848, W 934 in het achterhoofd, dat het bij het requireren en verlenen van verstek ging om de constatering van een bloot materieel feit; er was derhalve enkel sprake van het verlenen van acte van niet-verschijning, en niet van een tussenvonnis dat in kracht van gewijsde kon gaan. De Hoge Raad verwierp dat betoog. Overwogen werd dat verstekverlening een beslissing was "omtrent een punt, dikwerf van regtsbeschouwingen afhankelijk, en hetwelk een onmiddellijken en gewigtigen invloed op de regten der partijen en op de wijze van regtspleging uitoefent". De rechtbank had dus juist geoordeeld, "hoezeer door den kantonregter () ten onregte () verstek moge zijn verleend".

Uitzonderlijk was deze procesgang niet echt te noemen. De "gewigtige invloed" die van verstekverlening uitging maakte het kennelijk de moeite waard daarover tot in hoogste instantie te procederen. Het kwam daarbij voor, dat in cassatie alsnog verstek werd verleend. Zie bijvoorbeeld HR 22 mei 1861, W 2281, waarin de Hoge Raad de zaak terugwees teneinde bij verstek te worden afgedaan. Een eventuele verschijning van de verdachte bij die behandeling kon daaraan niet afdoen: de wet kende niet de mogelijkheid, het verstek te zuiveren[74].

De vraag is welke "regten der partijen" in het geding waren. In het civiele proces was duidelijk welk belang de eiser bij verstekverlening had. De vordering diende dan in beginsel zonder meer (dat wil zeggen: zonder dat bewijsvoering was vereist) te worden toegewezen[75]. Dat werd dan ook niet voor niets "het profijt van het verstek" genoemd[76]. In strafzaken lag dat anders. Daar diende de materiële waarheid immers wel te worden onderzocht, zo volledig als zonder

---

74. Vergelijk HR 28 februari 1860, W 2148, waarin de Hoge Raad oordeelde dat de opheffing van het verstek "in lijnregten strijd" was met art. 272 Sv-oud: het verstek verviel alleen door het instellen van verzet.

75. Dat was - en is - alleen anders als de vordering de rechter "onregtmatig of ongegrond" voorkwam (art. 76 Rv-oud).

76. Van Boneval Faure, t.a.p., p. 230

verdachte maar mogelijk was[77]. Een aan de OvJ toekomend "profijt" past bij dat uitgangspunt minder goed. Persoonlijke verschijning van de verdachte was immers mee in het belang van het door de OvJ geëntameerde onderzoek voorgeschreven. Het lijkt er echter op, dat dit verschil weinig gewicht in de schaal heeft gelegd. Het civiele denkmodel werd zonder meer naar het strafproces overgeplant. Zo kan begrepen worden dat verstek alleen op vordering van de OvJ kon worden verleend[78]. Zo is ook begrijpelijk dat de OvJ geregeld in beroep ging als verstek werd geweigerd. Hij had daarbij kennelijk belang[79].

Verstekverlening bracht mee, dat de verdachte aan de behandeling van de zaak niet te pas kwam. Dat blijkt bijvoorbeeld uit het feit, dat hij niet voor de nadere zitting behoefde te worden opgeroepen als de zaak voor onbepaalde tijd was aangehouden. Bij de herziening van 1886 werd daaraan uitdrukkelijk vastgehouden[80].

Veelzeggend is de jurisprudentie met betrekking tot art 203 Sv-oud. Als bij de behandeling van de zaak bleek van (niet telastegelegde) strafverzwarende omstandigheden, "zal", zo bepaalde dit artikel, "de procureur-generaal den beschuldigde daarop opmerkzaam maken, en hem alzoo in de gelegenheid stellen zich deswege uit te laten". Bij gebreke van een en ander mocht op de verzwarende omstandigheden geen acht worden geslagen. De vraag was of deze bepaling (die voor de behandeling van criminele zaken was geschreven, maar in correctionele zaken van overeenkomstige toepassing was) kon worden toegepast als verstek was verleend. De Hoge Raad beantwoordde die vraag bevestigend[81]. Zie met name HR 1 april 1863, W 2473, waarin werd overwogen dat het er niet toe deed, "dat de verklaring van het Openb. Min. door den afwezigen bekl. niet is gehoord, en deze dus niet in de gelegenheid is geweest zich deswege uit te laten, vermits dit evenzeer het geval is met het tegen hem genomen requisitoir en

---

77. Er werd wel gesproken van een onderzoek "alsof de verdachte aanwezig was". Daarmee werd geen fictie gecreëerd, maar slechts op kernachtige wijze het essentiële verschil met de als normaal beschouwde civiele procedure weergegeven. In strafzaken moest het bewijs geleverd worden, ook als de gedaagde wegbleef.

78. Zie HR 13 juni 1848, W 934, hiervoor, onder 12 al ter sprake gekomen: omdat de OvJ had nagelaten dadelijk verstek te vragen moest de zaak afgevoerd worden van de rol.

79. Zie met name het al eerder ter sprake gekomen arrest van 1 februari 1870, W 3188. De rechtbank had bevolen dat de gedetineerde verdachte alsnog voor de rechter zou worden gebracht en vervolgens, nadat aan dat bevel gevolg was gegeven, de zaak contradictoir behandeld. In cassatie voerde de OvJ aan, dat het (ten onrechte) weigeren van verstek "voor eene rigtige behandeling der zaken aan het Openb. Min. belemmering oplevert".

80. E.A. Smidt en H.J. Smidt, t.a.p., p. 563 e.v.

81. Zie behalve het in de tekst genoemde arrest ook HR 14 oktober 1851, W 1358 en HR 26 mei 1863, W 2491. Dat ook de afwezige verdachte opmerkzaam moest worden gemaakt kan worden begrepen vanuit de dominus litis-positie van het O.M. De rechter mocht niet ambtshalve verzwarende omstandigheden in rekening brengen. Zie E.A. Smidt en H.J. Smidt, t.a.p., m.n. p. 561.

de verklaringen der getuigen". Op alles moest bij verstek worden recht gedaan, hetgeen inhield dat het onderzoek "moet plaats hebben op dezelfde wijze als ten aanzien van tegenwoordig zijnde beklaagden is bepaald". Daaraan voegde de Hoge Raad nog toe, dat "aan den, uit welke oorzaak ook, afwezend bebleven bekl. openstaat het middel van verzet, waardoor hij in de gelegenheid is op al wat in zijn afwe(ze?)n is voorgevallen terug te komen, en dus zich ook te verdedigen ten aanzien van de tegen hem aangevoerde () verzwarende omstandigheden"[82].

Hiervoor, in paragraaf 10, zagen wij dat de Hoge Raad het optreden van een raadsman in verstekzaken niet toestond. Het argument was daarbij dat anders sprake zou zijn van een door de wet niet toegelaten vorm van vertegenwoordiging. Hier blijkt dat na verstekverlening ook een door de wet wèl toegestane vorm van verdediging uitgesloten werd geacht. Het verstek verviel immers niet als de verdachte alsnog verscheen om zich in persoon te verdedigen. Wie zich wilde verdedigen moest verzet doen. Een andere mogelijkheid bood de wet niet.

14. Verstek en verzet

In het wetboek van 1838 werd procederen bij verstek behandeld als een afwijking van het normale patroon. De mogelijkheid van verzet werd daarbij gezien als een onmisbaar onderdeel van de verstekprocedure. De wetssysthematiek bracht dat duidelijk tot uitdrukking: het verstek, de verstekmededeling en het verzet waren onder gebracht in één aparte afdeling (afd.1 van Titel IX). Verstek en verzet stonden daarbij tot elkaar in een dubbele betrekking. De grond voor het toelaten van verzet was gelegen in de afwezigheid van verdediging tijdens de verstekbehandeling. Omgekeerd kon na verstekverlening iedere vorm van verdediging met een gerust gemoed uitgesloten worden geacht, juist omdat de verdachte altijd, "uit welke oorzaak ook afwezend gebleven", verzet kon doen.

Naar wij zagen werd onder de gelding van de Code d'Instruction verstek verleend als geen verdediging plaats vond. Na 1838 werd verstekverlening gekoppeld aan de niet-verschijning op de dagvaarding. Deze verandering lijkt samen te hangen met een andere benadering van het "recht op verstek" en het daaraan gekoppelde recht op verzet. In die benadering komt aan de verdachte die er voor kiest zich niet te verdedigen geen recht op verzet toe. Dat rechtsmiddel is bedoeld voor verdachten die niet de gelegenheid hebben gehad zich te verdedigen. "Het voordeel", aldus De Bosch Kemper, "om bij denzelfden regter in verzet te kunnen komen, schijnt de Wetgever alleen toegekend te hebben aan dengenen, van wien het onzeker was, of hij zijne niet verschijning zoude kunnen

82. Bij de herziening van 1886 werd, onder verwijzing naar de constante jurisprudentie, verduidelijking van art. 203 (inmiddels art. 191) niet nodig geoordeeld. Zie E.A. Smidt en H.J. Smidt, t.a.p., p. 560 e.v.

regtvaardigen of verschoonen"[83]. Duidelijk moge zijn dat tussen deze aldus opgevatte ratio en de wettelijke regeling een zekere spanning bestond. De oorzaak van niet-verschijning deed volgens de regeling immers niet ter zake: ook de verdachte die moedwillig wegbleef had recht op verzet. Dat riep gedachten op aan "misbruik" en daarmee aan beperking[84]. Verstek en verzet vormden niet langer een vanzelfsprekende twee-eenheid.

Aanvankelijk lijkt het met het misbruik te zijn meegevallen. "Weinige beklaagden () zullen afwezig blijven, omdat zij hierdoor van hunne verdediging verstoken, en, bij verstek, ligtelijk tot zwaardere straffen kunnen veroordeeld worden, dan indien zij tegenwoordig geweest waren" zo schatte De Bosch Kemper in[85]. Daarbij moet bedacht worden, dat de kosten van de verstekbehandeling voor rekening van de verdachte kwamen, zelfs als hij na gedaan verzet werd vrijgesproken. Dat echter veranderde in 1896, toen in strafzaken de veroordeling in de proceskosten werd afgeschaft. Het werd toen wèl aantrekkelijk eerst af te wachten wat de verstekbehandeling opleverde. Viel het resultaat tegen, dan werd verzet gedaan. Dat leidde tot wat de "verzetplaag" werd genoemd. Wat daarbij vooral ergernis wekte, is dat sommige verdachten die verstek lieten gaan op de publieke tribune plaats namen en zo de behandeling van hun zaak volgden[86].

In het nieuwe wetboek van 1926 kwam de twee-eenheid van verstek en verzet niet langer tot uitdrukking in de indeling. Verstekverlening werd behandeld als een "normaal" onderdeel van het onderzoek ter zitting. Het verzet vond, evenals hoger beroep en cassatie, regeling in het Derde Boek, dat als opschrift Rechtsmiddelen droeg. Daardoor werd in de hand gewerkt, dat het verzet werd gezien als een rechtsmiddel naast andere, en niet meer als een onmisbaar onderdeel van een afwijkende procedure. In die benadering was er, mede gelet op het geconstateerde "misbruik", alle aanleiding om in de rechtsmiddelen te snijden. De verdachte kon immers bewerkstelligen, door zowel in eerste aanleg als in hoger beroep verstek te laten gaan, dat zijn zaak tenminste vier keer door de feitenrechter werd onderzocht. Dat was erg veel van het goede. De Bezuinigingswet van 1935 schafte het verzet zo goed als geheel af. Voortaan was verzet alleen mogelijk in eerste aanleg, en dan nog alleen in gevallen waarin geen hoger beroep open stond[87].

---

83. Deel III, p. 139.

84. Zie bijvoorbeeld I.A. Höffelt, "Enkele opmerkingen betreffende het ontwerp van wet tot wijziging van den achtsten titel van het wetboek van strafvordering", W 10375, die onder meer voorstelde geen verzet toe te laten als de dagvaarding in persoon was betekend.

85. Deel III, p. 26.

86. Vergelijk J. de Hullu, *Over rechtsmiddelen in strafzaken*, Arnhem 1989, p. 41 e.v. en p. 442 e.v.

87. Wet van 29 november 1935, S 658. Eerder was gepoogd, bij wet van 11 april 1919, S 173, de "verzetplaag" in te dammen door te sleutelen aan de verzettermijn.

Door de afschaffing van het verzet is de uitsluiting van iedere vorm van verdediging na verleend verstek problematisch geworden. Weliswaar is die uitsluiting niet langer definitief (door alsnog te verschijnen kan de verdachte het verstek doen vervallen), maar de vraag is of de verdachte daarmee voldoende wordt tegemoet gekomen.

15. Afwezigheid en tegenspraak

De Hoge Raad verbond verstekverlening naar wij zagen aan het niet verschijnen op de dagvaarding. Hij had daarbij het oog op situaties, waarbij de verschenen verdachte van verdediging "au fond" afzag door zich "eigendunkelijk" te verwijderen. Er deden zich echter ook andere situaties voor. In HR 5 maart 1844, W 568 was de verdachte in persoon verschenen, maar de behandeling van de zaak werd anderhalve maand uitgesteld. Op de nadere zitting verscheen niet de verdachte zelf, maar wel - als gemachtigde - zijn advocaat. Vertegenwoordiging echter was niet toegestaan[88]. De achterliggende vraag lijkt mij te zijn geweest, of, nu geen verstek was verleend, de verdachte van verdediging kon worden uitgesloten. Mocht de advocaat ondanks de afwezigheid van de verdachte *als raadsman* het woord voeren? De Hoge Raad omzeilde dit probleem door van standpunt te veranderen. Het hof had tegen de verdachte terecht verstek verleend, aangezien volgens de "kennelijke bedoeling" van art. 270 Sv-oud verstek moest worden verleend bij niet-verschijning "op *die* teregtzitting, waarop is aangevangen de behandeling van het regtsgeding". Duidelijk was dat de "werkelijke behandeling" eerst op de nadere zitting had plaats gevonden[89].

In HR 17 december 1861, W 2348 - toen de Hoge Raad zich al geheel en al had vastgelegd op een formele uitleg van de wet - deed de vraag zich opnieuw voor. Vanwege "het vergevorderde uur" was "te midden" van het reeds aangevangen, maar kennelijk tijdrovende pleidooi besloten de verdere behandeling tot de volgende dag uit te stellen. Hoewel de verdachte was gelast op het vastgestelde tijdstip weer aanwezig te zijn, verscheen alleen de raadsman. Het hof stond hem - aangezien de wet in casu geen vertegenwoordiging toeliet - niet toe zijn verdediging voort te zetten. Naar het oordeel van Adv.-Gen. Römer terecht: "de tegenwoordigheid van den bekl. *in judicio* is de *conditio sine qua non* van de verdediging". De Hoge Raad sloot zich daarbij aan. Buiten tegenwoordigheid van de verdachte kon "geregtelijke bijstand" door een raadsman niet worden toegelaten, omdat anders vertegenwoordiging plaats vond

---

88. De Hoge Raad legde art. 226 Sv-oud zo uit, dat vertegenwoordiging ook was uitgesloten als op het misdrijf behalve geldboete *vervangende* gevangenisstraf was bedreigd.

89. In dezelfde zin werd geoordeeld in HR 1 april 1845, W 665.

waar de wetgever die niet had gewild[90]. Derhalve verviel, als de verdachte ophoudt tegenwoordig te zijn, de bijstand van de raadsman, "die aan die tegenwoordigheid zijne bevoegdheid ter verdediging ontleent".

In het cassatiemiddel was een beroep gedaan op art. 201 Sv-oud, dat bepaalde dat indien de verdachte wegens wangedrag uit de zittingszaal was verwijderd, de raadsman "niettemin" met de verdediging bleef belast. De Hoge Raad meende evenwel dat hier sprake was van "eene uitzondering op den algemeenen regel, welke de regter () niet mag uitstrekken tot een geval, niet in die uitzondering begrepen".

Vermeldenswaard is ook de conclusie van Adv.-Gen. Karseboom bij HR 11 december 1867, W 2970. Hier was de behandeling van de zaak uitgesteld in verband met de oproeping van nieuwe getuigen. Op de nadere zitting verscheen alleen de raadsman, die door de rechtbank, tegen de zin van het O.M., tot de verdediging werd toegelaten. Karseboom onderschreef het eerder door de Hoge Raad ingenomen standpunt. Volgde men de zienswijze van de rechtbank, "dan zou de verpligting van beklaagden, om voor hunnen regter op straffe van verstek, te verschijnen, ten einde mede te werken tot het onderzoek der waarheid, ontaarden in eene loutere formaliteit, waarbij de aangeklaagden slechts iemand zouden hebben voor te stellen als hun advocaat, om daarna beleefdelijk (of onbeleefdelijk) den regter te groeten, wanneer zij zulks verkiezen"[91].

Het standpunt van de Hoge Raad was rechtlijnig, maar niet formalistisch. Het stemde overeen met de ratio legis van art. 226 Sv-oud, waarin in het belang van de waarheidsvinding verdediging in persoon werd voorgeschreven. Anders dan in het burgerlijk procesrecht, waar de bewijslast bij partijen rust, dient de rechter in het strafproces zelf beweringen van feitelijke aard op hun aannemelijkheid te onderzoeken. De verdachte kan daarbij eigenlijk niet worden gemist. Zo kan een door de raadsman gedaan beroep op noodweer moeilijk beoordeeld worden als het niet mogelijk is de verdachte daarover aan de tand te voelen. Tegenover dit onderzoeksbelang staat en stond echter het recht van de verdachte zich te verdedigen. Dat begon steeds zwaarder te wegen.

In HR 21 november 1898, W 7207 lag het probleem wederom op tafel. De kantonrechter had de raadsman niet toegestaan het woord te voeren met een beroep op de "algemeene regel" zoals die door de Hoge Raad in 1861 was geformuleerd. Nu echter oordeelde diezelfde raad dat "die algemeene regel niet in het Wetboek van Strafvordering wordt gevonden". Als de beklaagde was

---

90. Vergelijk hiervoor, par. 9, waar de overweging van de Hoge Raad uitvoeriger is weergegeven.

91. De Hoge Raad sprak zich over de kwestie niet uit. Het cassatiemiddel kwam op tegen de vernietiging door het hof van het tussenvonnis van de rechtbank. In feite echter was de verdachte niet in zijn verdediging bekort: de raadsman had het woord mogen voeren; de beslissing van het hof bracht daarin geen verandering. Het middel miste daarom naar het oordeel van de Hoge Raad redelijk belang.

verschenen en dus tegen hem geen verstek was verleend bleef de raadsman met de verdediging belast, "ook al is de beklaagde om welke reden dan ook niet meer ter terechtzitting tegenwoordig". Dit was "het uitvloeisel van de ruime opvatting der verdediging als publiek belang, welke in het Wetboek van Strafvordering () uitdrukking vindt". Art. 203 (inmiddels art 179 lid 3) ondersteunde die opvatting. Daaruit bleek immers dat "zelfs in geval de beklaagde wegens het veroorzaken van wanorde uit de gerechtszaal moet worden verwijderd, zijn raadsman met de verdediging belast blijft".

Deze verrassende omslag illustreert, hoe betrekkelijk het gewicht van juridische argumenten is. In feite liet de Hoge Raad de eis vallen dat de verdediging op de in de wet voorgeschreven wijze (namelijk in persoon) moest worden gevoerd. Daarmee werd het fundament, waarop het gehele stelsel van verstekverlening rustte, aangetast. Waarom zou verstek moeten worden verleend als niet de verdachte zelf, maar wel zijn raadsman verschijnt?

Het verschil in positie van de raadsman in contradictoire en in verstekzaken werd, zeker toen het verzet over vrijwel de gehele linie werd afgeschaft, steeds meer als een discrepantie ervaren. Waarom maakt het enkele feit, dat de verdachte zijn neus heeft laten zien, zo'n groot verschil? Een goede grond lijkt daarvoor niet aan te wijzen[92].

16. Slotbeschouwing

Verstekverlening is een van oorsprong civielrechtelijk instituut. Zij werd ontleend aan de "ordinaire" wijze van procederen. De inpassing daarvan in het inquisitoire strafproces, waarin voorop stond dat niemand ongehoord kan worden veroordeeld, is problematisch gebleken. De jurisprudentie laat zien, dat het burgerlijk proces model bleef staan. Met de eigen geaardheid van het strafproces werd weinig rekening gehouden.

Aan het civielrechtelijk model ligt een afweging van gelijkwaardig geachte belangen ten grondslag. Het belang van de eiser bij een voorziening wordt afgewogen tegen het belang van de gedaagde bij verdediging. Dat leidt tot een verdeling van risico's. In het strafproces daarentegen dient het recht van de verdachte op een behoorlijke verdediging ten alle tijde gewaarborgd te zijn.

Een tweede verschil met het strafproces is gelegen in de lijdelijkheid van de rechter. In civilibus leidt verstekverlening in beginsel tot toewijzing van de vordering. In strafzaken moet echter ook na verleend verstek de materiële waarheid worden onderzocht. Uitsluiting van de verdachte en zijn verdediging is niet in het belang van dat onderzoek.

---

92. In deze zin reeds J. van Kuyk, "Een en ander over verstek in strafzaken" in *TvS* 1912, p.56 e.v.

De bezwaren van het civiele model werden goeddeels ondervangen door het aan verstekverlening gekoppelde recht van verzet. Toen deze koppeling werd losgelaten, kwam het gehele instituut op losse schroeven te staan.

Het Wetboek van Strafvordering dat in 1926 werd ingevoerd, voorzag in de mogelijkheid het verstek te zuiveren. Ook maakte de indeling van het wetboek de systhematische samenhang tussen verstek en verzet niet langer zichtbaar. Voor het overige echter bleef de wettelijke regeling ongewijzigd. De bepalingen met betrekking tot verstekverlening en vertegenwoordiging werden vrijwel letterlijk uit het oude wetboek overgenomen, terwijl nergens blijkt dat de wetgever afstand wenste te nemen van de jurisprudentie die zich op die bepalingen had gevormd. Reeds daarom moet worden aangenomen, dat de wetgever van 1926 er vanuit ging, dat verstekverlening het optreden van een raadsman uitsluit[93]. De MvT lijkt die opvatting te ondersteunen. Zo wordt met betrekking tot de mogelijkheid van vertegenwoordiging opgemerkt: "Wel is waar mist de rechter dan de gelegenheid om zich omtrent den persoon des verdachten een oordeel te vormen, doch dit mag geene reden zijn, vooral indien het minder beteekenende feiten betreft, om dezen in *alle* gevallen, waarin hij liever het odium der openbare terechtzitting ontgaat, het recht te ontnemen zijne verdediging niettemin ter kennis van den rechter te brengen"[94]. Uitgangspunt was kennelijk, dat wie niet wenste te verschijnen, niet het recht had zijn verdediging ter kennis van de rechter te brengen.

Het instituut van verstekverlening werd weliswaar in 1926 gehandhaafd, maar zijn fundament was toen al ondergraven. In contradictoire zaken werd door de Hoge Raad niet langer vast gehouden aan de eis van verdediging in persoon. Daarmee werd aanvaard dat de raadsman een eigen positie had, en meer was dan de "schaduw" van de verdachte. Daar kwam bij dat, doordat de proceskosten niet meer voor rekening van de verdachte kwamen, van de berechting bij verstek geen prikkel meer uit ging om ter zitting te verschijnen.

De invoering van de mogelijkheid het verstek te zuiveren ontnam de verstekverlening haar onherroepelijk karakter. Het betekende in feite, dat

---

93. Met name art. 270 Sv levert een sterk wetssystematisch argument: het (beperkt) toelaten van vertegenwoordiging door (alleen) een advocaat mist redelijke zin als de raadsman steeds bij verstek de verdediging mag voeren. Daarop werd reeds gewezen door B. Kist, "Bijstand van den raadsman aan een niet tegenwoordigen verdachte", W 11957. Dat tussen vertegenwoordiging en verdediging bij verstek verschillen bestaan doet mijns inziens aan de kracht van het argument niet af. Verklaringen van de vertegenwoordiger worden beschouwd als te zijn afgelegd door de verdachte zelf. Met verklaringen van de bij verstek optredende raadsman is dat niet het geval. Juist dat verschil maakt vertegenwoordiging voor de verdachte een minder aantrekkelijke figuur. Daaraan heeft hij geen behoefte als zijn raadsman bij verstek mag optreden.

94. Toelichting op art. 268 (curs. van mij). Zie ook de toelichting op art. 379, waarop in HR 23 november 1971, NJ 1972, 293 een beroep werd gedaan.

verstekverlening *niet* meer ten gevolge had, dat verdediging (op de wijze als door de wet werd voorgeschreven) was uitgesloten. De verdachte die dat wilde kon zich alsnog in persoon komen verdedigen[95]. Door de Bezuinigingswet van 1935 nam de betekenis van de verstekverlening als beslissing met verstrekkende procedurele consequenties nog verder af. In verreweg de meeste gevallen was immers aan verstekverlening niet meer een verzetprocedure gekoppeld.

Een en ander heeft er toe geleid, dat verstekverlening in het hedendaagse strafproces is geworden tot een formaliteit zonder duidelijke functie. De gangbare opvatting lijkt te zijn, dat verstekverlening niets anders is dan "ambtelijk vaststellen" dat de verdachte niet op de (geldige) dagvaarding is verschenen[96].

De verstekverlening moge haar oorspronkelijke zin goeddeels hebben verloren, de berechting van afwezige verdachten is er niet minder problematisch om. Het procesrecht dat daarop betrekking heeft, ontwikkelde zich buiten het - naar de marge verdreven -instituut van de verstekverlening om. Zo brengt verstekverlening niet zonder meer mee, dat de berechting buiten aanwezigheid van de verdachte mag worden voortgezet. Als blijkt dat "klemmende redenen" de verdachte verhinderden de zitting bij te wonen, moet de rechter de zaak in beginsel aanhouden. Dat kan naar aanleiding van een schriftelijk of telefonisch verzoek, maar soms moet de rechter ambtshalve een onderzoek in stellen. Dat is met name het geval als de verdachte is gedetineerd en de dagvaarding hem niet in persoon is betekend[97]. Als de verdachte op een *nadere* zitting niet verschijnt, ligt de zaak niet anders. Ook dan moet onderzocht worden of (in dit geval: de oproeping) geldig is betekend en of er reden is de zaak (opnieuw) aan te houden. Het enige verschil is dat een "ambtelijke vaststelling" in de vorm van verstekverlening achterwege blijft.

Verstekverlening brengt voorts niet zonder meer mee, dat de raadsman niet mag optreden. In de eerste plaats kan erop worden gewezen dat de raadsman in de "préliminaire sfeer" recht van spreken is toegekend. Hij kan om aanhouding verzoeken en daartoe "klemmende redenen" aanvoeren. Hij mag voorts de geldigheid van de betekening van dagvaarding of oproeping aanvechten. Van hem wordt zelfs verwacht dat hij in appèl een beroep doet op de nietigheid van de inleidende dagvaarding[98]. Niet duidelijk is waar hier de grens ligt. Mag de

---

95. Deze mogelijkheid vindt haar begrenzing in het redelijke. Zie de artt. 323 en 325 Sv: de rechtbank is niet steeds verplicht het verstek vervallen te verklaren.

96. Zie Th. W. van Veen, "Veroordelen bij verstek (art. 271 Sv)" in *DD* 1979, p. 81; *Melai*, aant. 2 op art. 271.

97. HR 19 december 1989, NJ '90, 407 en HR 20 maart 1990, NJ '90, 798.

98. Laat de raadsman dit na, dan kan daarop in cassatie niet worden teruggekomen. Zie HR 1 december 1987, NJ 1988, 687. Of in deze jurisprudentie verandering is gekomen door de invoering (bij wet van 27 november 1991, S 663) van art. 422a Sv (dat instemming van de verdachte voorschrijft), moet worden afgewacht.

raadsman alle verweren voeren die niet "au fond" zijn (bijvoorbeeld een beroep doen op de onbevoegdheid van de rechter)?

In de tweede plaats mag de raadsman optreden als ondanks de aanwezigheid van "klemmende redenen", niet tot aanhouding van de zaak wordt overgegaan, bijvoorbeeld omdat niet verwacht mag worden dat de verdachte op een nadere zitting wèl aanwezig zal kunnen zijn. In dat geval *moet* de raadsman tot de verdediging worden toegelaten. Er wordt wel verdedigd, dat de raadsman in andere gevallen tot de verdediging *mag* worden toegelaten. Hoe de Hoge Raad dit laatste ziet is niet duidelijk[99].

Dit jurisprudentierecht, tot stand gekomen onder invloed van art. 6 EVRM, onderstreept nog eens, hoe zinledig het ritueel van de verstekverlening is geworden. In het in 1926 gehandhaafde stelsel sloot deze beslissing, behoudens latere vervallenverklaring, nog iedere vorm van verdediging uit. Thans staat verstekverlening zelfs niet meer in de weg aan een wijze van verdediging, die de wetgever principieel had afgewezen.

Al meermalen is voorgesteld om het rechtsmiddel van verzet, dat nog alleen kan worden aangewend als geen hoger beroep openstaat, uit het wetboek te schrappen en te vervangen door appèl. Het verdient serieuze overweging, dan óók de verstekverlening uit het wetboek te verwijderen. Daardoor wordt een helderder zicht verkregen op de problematiek, die de niet-verschijnende verdachte oproept. De eigenlijke vraag is niet, of verstekverlening het optreden van een raadsman uitsluit, maar of verdediging van "afwezenden" zich verdraagt met het slechts beperkt toelaten van vertegenwoordiging. Het gaat daarbij niet om de verschillen die tussen beide figuren zijn aan te wijzen, maar om het principe. Wensen wij nog steeds vast te houden aan het uitgangspunt, dat de verdediging in persoon dient te geschieden?

Dit uitgangspunt, dat nauw aan het onmiddellijkheidsbeginsel is verwant, berust op de respectabele gedachte, dat de rechter zich in een rechtstreekse confrontatie met de verdachte van diens schuld of onschuld moet kunnen overtuigen. Het is dan ook niet onredelijk, in die gevallen waarin de verdachte in staat was om te verschijnen, aan wegblijven consequenties te verbinden. Het *algemene* effect daarvan zal zijn dat verdachten vaker verschijnen, waardoor de kwaliteit van het onderzoek wordt verhoogd. De keerzijde van de medaille is echter, dat in die gevallen waarin de verdachte wegblijft iedere vorm van tegenspraak achterwege blijft. Dat vergroot in het *bijzondere* geval de kans op een minder juiste uitspraak. De vraag is of, juist omdat wij accepteren dat

---

99. De jurisprudentie heeft steeds betrekking op gevallen, waarin de raadsman niet tot de verdediging is toegelaten. In de gevallen waarin de raadsman het woord is gegeven stelt de Hoge Raad zich op het standpunt, dat zijn optreden niet mag worden beperkt tot bijvoorbeeld de straftoemetingsvraag. Daarbij lijkt niet van belang te zijn of sprake was van "klemmende redenen". Zie HR HR 22 maart 1988, NJ 1989, 13 en HR 28 mei 1991, NJ 1991, 729.

verdachten "ongehoord" worden veroordeeld, de "gebrekkigheid" van het onderzoek ter zitting niet zoveel mogelijk moet worden gecompenseerd[100].

GRONINGEN G. KNIGGE

100. In dit verband kan worden gewezen op het reeds in 1843 door A. de Pinto (t.a.p., p. 72) gedane voorstel, de afwezige verdachte "van ambtswege" een verdediger toe te voegen, die niet als vertegenwoordiger van de verdachte optrad, maar een "openbare rol" vervulde: "hij zal zijn een *openbaar verdediger*, even als de Procureur-Generaal een *openbaar beschuldiger*". Die toevoeging diende te geschieden in het openbare belang van een deugdelijk onderzoek, "in het belang van het regt en van eene volmaakt onpartijdige regtsbedeeling".