

Overeenkomsten binnen het strafrecht

Jan Crijns*

1 Inleiding

Het is inmiddels een bekend gegeven dat het Openbaar Ministerie en de politie geregeld afspraken maken met al dan niet verdachte burgers in de context van het strafproces of de voorfase daarvan. Een van de bekendste voorbeelden van de afgelopen jaren is de afspraak met 'kroongetuige' Peter la Serpe in het zogenoemde *Passage*-proces naar aanleiding van een golf liquidaties binnen de Amsterdamse onderwereld. Kort gezegd sprak het Openbaar Ministerie met La Serpe af dat het de strafeis in diens eigen strafzaak met de helft zou verminderen op voorwaarde dat La Serpe in de strafzaken tegen de andere verdachten als getuige (belastend) zou verklaren. Een tamelijk spectaculair voorbeeld van het fenomeen afspraken in het strafproces, dat de gemoederen jaren heeft beziggehouden en recent tot een voorlopig slotakkoord is gekomen met de uitspraken van de rechtbank Amsterdam begin dit jaar.¹

Het is inmiddels een bekend gegeven dat het Openbaar Ministerie en de politie geregeld afspraken maken met al dan niet verdachte burgers in de context van het strafproces of de voorfase daarvan

Er zijn echter ook tal van huis-, tuin- en keukenvoorbeelden van afspraken binnen het strafproces die doorgaans veel minder stof doen opwaaien. De rechtsfiguur van de transactie als zelfstandige afdoeningsmodaliteit buiten de rechter om (art. 74 Sr) is

in dit verband wellicht het bekendst. Hoewel veel verdachten het aanbod tot een dergelijke transactie als een eenzijdige boete van de zijde van het Openbaar Ministerie ervaren,² is hierbij juridisch wel degelijk sprake van een afspraak (tot het afkopen van het vervolgingsrecht) tussen Openbaar Ministerie en verdachte. Dit is tevens het geval voor de met de transactie nauw verwante rechtsfiguur van het voorwaardelijk sepot (art. 167 lid 2 Sv).³

Op basis van het voorgaande is reeds duidelijk dat de afspraken binnen het strafproces *grosso modo* in twee categorieën kunnen worden ingedeeld: afspraken met het oog op het buiten de rechter om afdoen van een strafbaar feit en afspraken met het oog op het vergaren van informatie en/of bewijs.⁴ In deze bijdrage blijft de eerste categorie van afspraken ter buitengerechtelijke afdoening van strafzaken verder vrijwel onbesproken, niet in de laatste plaats vanwege het feit dat dergelijke afspraken als gevolg van de introductie van de op eenzijdige schuldvaststelling gebaseerde strafbeschikking als nieuwe, maar niet-consensuele vorm van buitengerechtelijke afdoening sterk op hun retour zijn.⁵ In het vervolg van deze bijdrage richt ik mij in hoofdzaak op de afspraken die het Openbaar Ministerie met al dan niet verdachte burgers maakt met het oog op het vergaren van voor de opsporing relevante informatie en/of bewijs. Hierbij sta ik in het bijzonder stil bij de vraag of en in hoeverre dergelijke afspraken als overeenkomst kunnen worden beschouwd alsmede bij de vraag welke rechtsnormen op een dergelijke afspraak van toepassing (kunnen) zijn. Indien en voor zover dergelijke afspraken onder omstandigheden als overeenkomsten kunnen worden beschouwd, ligt toepasselijkheid van het civiele contractenrecht

* Prof. mr. J.H. Crijns is hoogleraar straf- en strafprocesrecht aan het Instituut voor Strafrecht & Criminologie van de Universiteit Leiden. Daarnaast is hij als raadsheer-plaatsvervanger verbonden aan het Gerechtshof 's-Hertogenbosch en als rechter-plaatsvervanger aan de Rechtbank Noord-Holland.

1 Rb. Amsterdam 29 januari 2013, LJN: BZ0392 en LJN: BY9841. In de meeste zaken is appel ingesteld.

2 Zie reeds P. Osinga, *Transactie in strafzaken. Een onderzoek naar de positie van de transactie in het strafrechtelijk systeem* (diss. Tilburg), Arnhem: Gouda Quint 1992, p. 206-225.

3 Tot 1 januari 2013 kende het voorwaardelijk sepot ook een wettelijke basis in art. 244 lid 3 Sv. Als gevolg van de inwerkingtreding van de Wet versterking positie rechter-commissaris van 1 december 2011, *Stb.* 2011, 600 is deze komen te vervallen. Dit mag worden opgevat als een vergissing van de wetgever. Uit niets valt op te maken dat de wetgever de mogelijkheid van het voorwaardelijk sepot niet langer mogelijk heeft willen maken in de fase van de beslissing omtrent verdere vervolging.

4 Daarnaast kunnen de zogenoemde consensuele momenten ter verkorting van het geding worden onderscheiden, zoals de voeging ad informandum en de afspraken tijdens een regiezitting. Dergelijke

immers voor de hand.⁶ Aan het slot van deze bijdrage wordt een antwoord geformuleerd op de vraag in hoeverre het maken van afspraken door het Openbaar Ministerie binnen de context van het strafproces bijdraagt aan of kan worden beschouwd als een voorbeeld van het in dit bijzonder nummer centraal gestelde fenomeen ‘privatisering van het strafrecht’.

2 Afspraken ter vergaring van opsporingsinformatie en/of bewijs

Politie en justitie zijn voortdurend op zoek naar strafrechtelijk relevante informatie. Hoewel de mogelijkheden (en daarmee het belang) van technisch en forensisch onderzoek steeds groter worden, vormen verklaringen van burgers nog steeds een onmisbare bron van informatie bij het opsporen en bewijzen van strafbare feiten. Sommige burgers geven de informatie waarover zij beschikken (gevraagd dan wel ongevraagd) vrijwillig prijs, anderen doen dit niet of niet zomaar. In sommige gevallen kan de overheid burgers die tot deze laatste categorie behoren, (trachten te) dwingen hun informatie prijs te geven, bijvoorbeeld door hen op te roepen als getuige, eventueel vergezeld van een last tot medebrenging (art. 213 en 287 lid 3 Sv). Indien een eenmaal verschenen getuige vervolgens weigert te verklaren, kan hij zelfs gedurende enige tijd op bevel van de rechter(-commissaris) van zijn vrijheid worden beroofd (art. 221 Sv en art. 294 Sv).

In de meeste gevallen blijkt het echter (juridisch en/of praktisch) niet mogelijk burgers daadwerkelijk te dwingen informatie prijs te geven. Weliswaar hebben enkel verdachten een zwijgrecht, maar daarmee is niet gezegd dat niet-verdachte burgers zonder meer tot spreken kunnen worden gedwongen. Zo kunnen bepaalde getuigen een beroep doen op een verschoningsrecht (art. 217-219 Sv), hetgeen betekent dat zij ontheven worden van hun verplichting als getuige een verklaring af te leggen of bepaalde vragen te beantwoorden. Met name het verschoningsrecht van artikel 219 Sv is in dit verband van belang: de getuige die zichzelf of zijn naasten zou blootstellen aan het gevaar van een strafrechtelijke veroordeling indien hij bepaalde vragen zou beantwoorden, kan hiervan om die reden afzien. Deze voorziening maakt het terecht onmogelijk het zwijgrecht van een verdachte te omzeilen door hem als getuige te horen. Wel wordt het daardoor tevens onmogelijk getuigen tot verklaren te dwingen in een zaak tegen een ander, indien zij zelf als verdachte betrokken zijn in het feitencomplex waarnaar

onderzoek wordt gedaan, terwijl dit nu juist de meest interessante potentiële getuigen zijn wanneer het gaat om de opsporing en vervolging van ernstige, georganiseerde criminaliteit. Daar komt vervolgens nog bij dat de meeste getuigen die zelf ook in het criminele wereldje figureren of hebben gefigureerd, er niet bepaald happig op zijn in de context van een strafproces een getuigenverklaring af te leggen, gezien het risico dat zij vroeg of laat met represailles zullen worden geconfronteerd.

In gevallen waarin burgers niet eigener beweging hun informatie prijsgeven en daar juridisch dan wel feitelijk ook niet toe kunnen worden gedwongen, kan een poging worden gewaagd hen met behulp van andere middelen tot spreken te ‘verleiden’

In dergelijke gevallen kunnen afspraken of toezeggingen uitkomst bieden. In gevallen waarin burgers niet eigener beweging hun informatie prijsgeven en daar juridisch dan wel feitelijk ook niet toe kunnen worden gedwongen, kan een poging worden gewaagd hen met behulp van andere middelen tot spreken te ‘verleiden’. Hier betreden wij de wereld van de tipgevers, de informanten en de zogenoemde kroongetuigen. Juridisch gezien betreft het hier verschillende fenomenen; zij hebben echter met elkaar gemeen dat strafrechtelijk relevante informatie als het ware wordt ‘uitgeruild’ met een door politie en/of justitie te leveren prestatie. In het navolgende worden zij achtereenvolgens kort besproken, waarbij de kenmerkende verschillen tussen deze typen fenomenen gaandeweg vanzelf duidelijk zullen worden.

In wezen is de Nederlandse regeling van bijzondere opsporingsgelden niets anders dan de moderne versie van de ‘Wanted’-posters

2.1 Tipgevers en de Circulaire bijzondere opsporingsgelden

Iedereen die wel eens een western heeft gekeken, kent wel de ‘Wanted’-posters naast de klapdeurtjes van de plaatselijke saloon of aan

figuren zijn juridisch echter moeilijker te duiden, gezien het feit dat deze hun beslag krijgen in de driehoeksverhouding tussen Openbaar Ministerie, verdediging en rechter. Zie in dit verband nader J.H. Crijns, *De strafrechtelijke overeenkomst. De rechtsbetrekking met het Openbaar Ministerie op het grensvlak van publiek- en privaatrecht* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2010, p. 48-56 en p. 197-206.

⁵ De hoeveelheid literatuur over de strafbeschikking is omvangrijk. Zie onder meer M. Kessler en B.F. Keulen, *De strafbeschikking*, Deventer: Kluwer 2008.

⁶ Zie voor een uitgebreid antwoord op deze en dergelijke vragen ook Crijns 2010. De onderhavige bijdrage is in belangrijke mate gebaseerd op dit onderzoek en bouwt daarop voort.

de muur van het bureau van de sheriff. Op dergelijke posters wordt stevast een forse beloning uitgelooft voor diegene die de gevraagde boef aan de sheriff kan overdragen of de gouden tip heeft die tot diens arrestatie kan leiden. In wezen is de Nederlandse regeling van bijzondere opsporingsgelden niets anders dan de moderne versie van deze posters. Ook in de huidige tijd kunnen politie en justitie niet zonder de hulp van de samenleving en teneinde de burger aan te zetten tot het bieden van deze hulp, worden in sommige gevallen beloningen in het vooruitzicht gesteld voor diegenen die de opsporingsautoriteiten van waardevolle strafrechtelijke informatie kunnen voorzien. Een en ander vindt zijn grondslag in de Circulaire bijzondere opsporingsgelden.⁷ Deze circulaire bevat regels ‘inzake het toekennen en beschikbaar stellen van gelden ten behoeve van de financiële beloning van informanten, burgerinfiltranten, burgerpseudokopers, burgerpseudodienstverleners en tipgevers, alsmede voor het toekennen en beschikbaar stellen van toon-, pseudokoop-, opkoop- en andere bijzondere gelden ter ondersteuning van de opsporing’.⁸

Deze regeling voorziet derhalve in het toekennen van financiële beloningen aan alderhande burgers die bijstand verlenen aan de opsporing. Dit kunnen burgers zijn die op een min of meer vaste (en soms zelfs geformaliseerde) basis met politie en justitie samenwerken (waarover in de navolgende paragraaf meer); het kan echter ook gaan om burgers die eenmalig relevante informatie met de opsporingsautoriteiten delen. Voorts is het goed te benadrukken dat de regeling niet alleen ziet op ‘eerzame burgers’ die min of meer toevallig iets hebben gezien of gehoord waarvan zij menen dat het relevant kan zijn voor de justitiële autoriteiten, maar uitdrukkelijk ook op burgers die zelf niet onbekend zijn in de onderwereld en daarin zo nu en dan participeren. Juist diegenen die tot deze laatste groep behoren zijn interessant voor politie en justitie, omdat zij over de meest waardevolle informatie beschikken. Met behulp van de Circulaire bijzondere opsporingsgelden probeert de politie – meer specifiek de Criminele Inlichtingen Eenheid (CIE) – met deze groep burgers in contact te komen en hen te verleiden (al dan niet op meer structurele basis) relevante informatie door te spelen. Menig opsporingsonderzoek wordt dan ook (mede) aan de hand van langs deze weg verkregen informatie opgestart.⁹

Een belangrijke voorwaarde in het verband van de bijzondere opsporingsgelden is evenwel dat de burger die de informatie

verstrekt niet zelf als verdachte mag worden beschouwd in relatie tot het feitencomplex waarover hij de politie informeert (vgl. art. 4 sub a en art. 6 sub a van de genoemde circulaire). Hierin onderscheidt de regeling van de bijzondere opsporingsgelden zich uitdrukkelijk van de in het navolgende te bespreken regeling van de toezeggingen aan getuigen. Bij de laatstgenoemde regeling is de getuige juist wel (mede) te beschouwen als verdachte in relatie tot het feitencomplex waarover hij verklaart. Voorts is van belang dat het in het verband van de bijzondere opsporingsgelden gaat om het verstrekken van voor de opsporing relevante informatie, terwijl het bij de toezeggingen aan getuigen gaat om het verkrijgen van voor het bewijs bruikbare informatie.¹⁰ Dit is een belangrijk onderscheid, niet in de laatste plaats voor de burger die de informatie verstrekt zelf. Het *sub rosa* verstrekken van bepaalde voor de opsporing relevante informatie aan de politie is bepaald van een andere orde dan het als getuige toetsbaar afleggen van een voor het bewijs bruikbare verklaring ten overstaan van de rechter-commissaris en/of de zittingsrechter, in aanwezigheid van alle procesdeelnemers inclusief de verdediging. Niet voor niets wordt de regeling van de bijzondere opsporingsgelden beduidend vaker toegepast dan de regeling van toezeggingen aan getuigen.¹¹

Een belangrijke voorwaarde in het verband van de bijzondere opsporingsgelden is dat de burger die de informatie verstrekt niet zelf als verdachte mag worden beschouwd in relatie tot het feitencomplex waarover hij de politie informeert

2.2 Burgerinformanten, burgerinfiltranten, pseudokopers en pseudodienstverleners

Indien de samenwerking met politie en Openbaar Ministerie meer gestructureerde vormen aanneemt, komen de figuren van de burgerinformant, de burgerinfiltrant, de pseudokoper en de pseudodienstverlener in beeld. Het betreft hier alle bijzondere opsporingsbevoegdheden – geregeld in Boek I, Titel Va van het Wetboek van Strafvordering – waarbij politie en Openbaar Ministerie gebruik maken van de (heimelijke) bijstand van een burger bij de opsporing van ernstige criminaliteit.

7 Circulaire bijzondere opsporingsgelden van 30 december 2010, *Stert.* 2012, 5545, in werking getreden op 1 januari 2011 en geldig tot 1 januari 2015.

8 Een aantal van deze begrippen zal in de navolgende paragraaf nader worden toegelicht.

9 Relevant in dit verband is dat via de CIE binnengekomen anonieme informatie bijkans vaste jurisprudentie voldoende basis kan opleveren voor een redelijk vermoeden van schuld in de zin van art. 27 Sv, mits deze voldoende concreet en betrouwbaar is. Zie HR 29 november 2011, *NJ* 2011, 579.

10 Zie over dit onderscheid ook Crijns 2010, p. 57-58.

11 Zie uitgebreid over de bijzondere opsporingsgelden D. van der Bel, A.M. van Hoorn en J.J.T.M. Pieters, *Informatie en Opsporing*, Zeist: Uitgeverij Kerckebosch 2009.

De finesses van deze rechtsfiguren behoeven hier geen bespreking;¹² op deze plaats volstaat de vaststelling dat aan deze bijstand een afspraak tussen de betreffende burger en het Openbaar Ministerie ten grondslag ligt. Sterker nog, de wet spreekt in dit verband zelfs van een overeenkomst (vgl. art. 126v lid 3, 126w lid 5 en 126ij lid 5 Sv). Deze overeenkomst dient blijkens de genoemde bepalingen te vermelden: a) de rechten en plichten van de persoon die bijstand verleent aan de opsporing, alsmede de wijze waarop aan de overeenkomst uitvoering wordt gegeven; en b) de geldigheidsduur van de overeenkomst. Met betrekking tot de wijze waarop aan de overeenkomst uitvoering wordt gegeven, voegt artikel 126ij lid 5 Sv voor de pseudokoop en de pseudodienstverlening nog toe dat de overeenkomst mede afspraken omvat ten aanzien van strafbaar handelen door de burger die bijstand verleent. Artikel 126w lid 6 Sv maakt dit ook mogelijk in het verband van infiltratie.

Indien de samenwerking met politie en Openbaar Ministerie meer gestructureerde vormen aanneemt, komen de figuren van de burgerinformatant, de burgerinfiltrant, de pseudokoper en de pseudodienstverlener in beeld

Over de precieze juridische status van deze overeenkomsten is in de literatuur vrij weinig bekend, ook omdat deze overeenkomsten uit de aard der zaak zelden openbaar worden. Blom betwijfelt zelfs of in dit verband wel van een overeenkomst kan worden gesproken; volgens hem is veeleer sprake van 'een eenzijdige inschakeling op gedicteerde voorwaarden tegen betaling'.¹³ Het moge zo zijn dat de mate van contractsvrijheid in dit verband beperkt is, dit doet niet af aan het feit dat de vorm die hier wordt gekozen, ook blijkens de wettekst, duidelijk de vorm van een overeenkomst is. Hiermee wordt tot uitdrukking gebracht dat de burger die bijstand verleent enerzijds en politie en justitie anderzijds op basis van wils-overeenstemming met elkaar in zee gaan.

2.3 Toezeggingen aan getuigen

Groot verschil tussen de in het voorgaande besproken typen afspraken en de thans te bespreken toezeggingen aan getuigen, is de doelstelling van de afspraak. Bij de hiervoor

besproken figuren gaat het telkens om het aanleveren van voor de opsporing relevante informatie; bij de toezeggingen aan getuigen – geregeld in artikel 226g en verder van het Wetboek van Strafvordering – gaat het om meer dan dat. Zoals de terminologie al ver-raadt, gaat het hier om een afspraak met een burger met de status van getuige, hetgeen betekent dat deze burger zich jegens het Openbaar Ministerie verbindt tot het afleggen van een voor het bewijs bruikbare getuigenverklaring. Dit betekent dat de getuige die op grond van artikel 226g en verder van het Wetboek van Strafvordering tot een vergelijk komt met het Openbaar Ministerie zich verbindt tot het (op eigen naam)¹⁴ afleggen van een verklaring ten overstaan van de rechter-commissaris in het vooronderzoek alsmede ten overstaan van de zittingsrechter op het openbare onderzoek ter terechtzitting. Dit betekent dat de getuige zich mede blootstelt aan een kritische onder-vraging van de zijde van de verdediging te wiens laste hij verklaart. Voorts is van belang te memoreren dat voor de toepassing van de onderhavige regeling vereist is dat de getuige zelf ook wordt verdacht van strafbare feiten. Vaak zal het hierbij (deels) gaan om hetzelfde feitencomplex als waarover hij als getuige verklaart; vereist is dit evenwel niet. Wel betekent een en ander dat de getuige in beginsel geen beroep toekomt op het verschoningsrecht van artikel 219 Sv; hiervan heeft hij juist afstand gedaan door een overeenkomst met het Openbaar Ministerie te sluiten. Het zou voor het Openbaar Ministerie immers zinloos zijn om in zee te gaan met een getuige die belastend kan verklaren over medeverdachten, maar dit vervolgens niet doet uit vrees zichzelf bloot te stellen aan een strafrechtelijke vervolging. Het Openbaar Ministerie zal derhalve steeds met de bewuste getuige afspreken dat, na de totstandkoming van de afspraak, een beroep op het verschoningsrecht van artikel 219 Sv niet langer tot de mogelijkheden behoort.¹⁵

De getuige die tot een vergelijk komt met het Openbaar Ministerie begeeft zich aldus in een tamelijk precaire positie. Dit doet hij vanzelfsprekend niet zomaar; in ruil daarvoor worden hem de nodige toezeggingen gedaan, waarvan de belangrijkste is dat de strafeis in zijn eigen strafzaak tot maximaal de helft kan worden verlaagd (vgl. art. 44a Sr).¹⁶ Het *do ut des*-karakter van de toezeggingen aan getuigen is derhalve evident: de getuige legt zijn verklaringen af opdat hij bepaalde voordelen van de zijde van het Openbaar Ministerie krijgt, terwijl het Openbaar Ministerie de

12 Zie hierover uitgebreid de bijdrage van F.W. Bleichrodt en E.M. Moerman in dit bijzonder nummer, p. 566-573 (AA20130566).

13 T. Blom, 'Inleidende opmerkingen bij Boek I, Titel Va, aant. 2', in: C.P.M. Cleiren en M.J.M. Verpalen (red.), *Tekst & Commentaar Strafvordering*, Deventer: Kluwer 2011. De betaling waarover hij spreekt geschiedt overeenkomstig de in de vorige paragraaf besproken Circulaire bijzondere opsporingsgelden.

14 Art. 226j lid 2 Sv verbiedt het horen van de getuige aan wie toezeggingen zijn gedaan, met toepassing van de regeling van de bedreigde getuige in de zin van art. 226a e.v. Sv.

15 Aanwijzing toezeggingen aan getuigen in strafzaken van 4 december 2012, *Stcrt.* 2012, 26860, geldig tot 30 september 2014.

16 Het voert te ver op deze plaats uitgebreid in te gaan op de vraag welke toezeggingen zoal aan de getuige kunnen worden gedaan. Zie hierover uitgebreid Crijns 2010, p. 74-95.

getuige deze voordelen (enkel) biedt teneinde van hem voor het bewijs bruikbare verklaringen los te krijgen, zodat daarmee andere verdachten succesvol kunnen worden vervolgd.

De getuige die tot een vergelijk komt met het Openbaar Ministerie begeeft zich in een tamelijk precaire positie. Dit doet hij vanzelfsprekend niet zomaar; in ruil daarvoor worden hem de nodige toezeggingen gedaan

3 Strafrechtelijke overeenkomsten

In het voorgaande is een aantal typen afspraken tussen de strafvorderlijke autoriteiten en de burger in kaart gebracht. Vervolgens rijst de vraag hoe deze afspraken juridisch dienen te worden geduid. Vanuit de redenering 'if it looks like a duck, swims like a duck, and quacks like a duck, then it probably is a duck', ligt aansluiting bij het overeenkomstenbegrip in dit verband in de rede. Eerder heb ik in mijn proefschrift betoogd dat de meeste zogenoemde consensuele momenten in het strafproces inderdaad als overeenkomst kunnen worden beschouwd.¹⁷ Hierbij wordt het begrip overeenkomst in navolging van de heersende opvattingen binnen het privaatrecht gedefinieerd als een rechtshandeling tot stand gekomen door de overeenstemmende en onderling afhankelijke wilsverklaringen van twee of meer partijen, gericht op het teweegbrengen van rechtsgevolg ten behoeve van een van de partijen en ten laste van de andere partij, of ten behoeve en ten laste van beide partijen over en weer.¹⁸ Wanneer van deze begripsomschrijving wordt uitgegaan, kan men niet anders dan concluderen dat veel van de in het voorgaande besproken afspraken als overeenkomst kunnen worden geduid.¹⁹ Ook beantwoorden de meeste van deze afspraken aan de definitie van de wederkerige (obligatoire) overeenkomst, zoals deze is neergelegd in artikel 6:261 BW: 'een overeenkomst is wederkerig, indien elk van beide partijen een verbintenis op zich neemt ter verkrijging van de prestatie waartoe de wederpartij zich daar tegenover jegens haar verbindt'.

De vaststelling dat een bepaalde rechtsverhouding als (wederkerige) overeenkomst kan worden beschouwd, zegt enkel op zichzelf echter nog niet zoveel, behalve dan dat de

structuur van de onderliggende rechtsbetrekking daarmee enigszins helder wordt: de betrokken rechtssubjecten hebben over en weer bepaalde prestaties jegens elkaar toegezegd, waarbij de verplichtingen deze prestaties na te komen onderling van elkaar afhankelijk zijn. Anders gezegd: het label overeenkomst drukt met name een bepaalde vorm uit, het is niet zozeer een inhoudelijk begrip. Daarmee wordt ook duidelijk dat de overeenkomst als zodanig geen privaatrechtelijk begrip is of hoeft te zijn. Evenmin is het overeenkomstenbegrip gereserveerd voor de privaatrechtelijke context. Niet voor niets wordt al decennialang gebruik gemaakt van overeenkomsten in de context van het publiekrecht.²⁰ Natuurlijk, in dat geval geldt in zijn algemeenheid de beperking dat een overeenkomst er niet toe mag strekken publiekrechtelijke normen te omzeilen of anderszins buitenspel te zetten,²¹ maar dat is geen beperking die voortvloeit uit of samenhangt met het karakter van de overeenkomst. Dat is juist een beperking die voortvloeit uit het publiekrecht zelf, de context waarbinnen de overeenkomst in dat geval functioneert. Zonder op dit punt verder uit te weiden, kan men vaststellen dat de overeenkomst als zodanig een vorm uitdrukt en daarmee in beginsel binnen elk rechtsdomein een rol kan vervullen, mits het betreffende domein dit toelaat.

Het label overeenkomst drukt met name een bepaalde vorm uit, het is niet zozeer een inhoudelijk begrip. Daarmee wordt ook duidelijk dat de overeenkomst als zodanig geen privaatrechtelijk begrip is of hoeft te zijn

Een overeenkomst kan vervolgens als een strafrechtelijke overeenkomst worden bestempeld, indien de wijze van uitoefening van strafrechtelijke bevoegdheden tot onderwerp van de overeenkomst wordt gemaakt, net zoals de publiekrechtelijke overeenkomst zich kenmerkt door het feit dat over publiekrechtelijke (lees: bestuursrechtelijke) bevoegdheden wordt gecontracteerd.²² Het adjectief 'strafrechtelijk' staat derhalve in relatie tot de inhoud van de overeenkomst. In geval van de in het voorgaande kort genoemde consensuele manieren ter afdoening buiten geding (transactie en voorwaardelijk sepot) is in die

17 Crijns 2010, p. 159-217.

Dit is slechts anders voor die consensuele momenten waarbij de rechter sterk betrokken is, zoals de voeging ad informandum. Juist door diens sterke betrokkenheid ontbeert het enkele consensuele moment tussen Openbaar Ministerie en verdachte zelfstandig rechtsgevolg. Het is immers de rechter die desgewenst consequenties verbindt aan het feit dat de verdachte de ad informandum gevoegd feiten heeft bekend.

18 A.S. Hartkamp & C.H. Sieburgh, *Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. 6. Verbintenissenrecht. Deel III. Algemeen overeenkomstenrecht* (dertiende druk), Deventer: Kluwer 2010, nr. 8.

19 Deze conclusie alsmede de navolgende redenering omtrent de vraag wanneer een overeenkomst het adjectief 'strafrechtelijk' verdient en wat dit vervolgens betekent voor het toepasselijke recht, is volledig ontleend aan mijn proefschrift (Crijns 2010). Omwille van de leesbaarheid wordt niet bij elke stap in de redenering naar de precieze vindplaats verwezen.

20 Zie onder meer M. Scheltema en M.W. Scheltema, *Gemeenschappelijk recht. Wisselwerking tussen publiek- en privaatrecht*, Alphen aan den Rijn: Kluwer 2008, p. 190 e.v.

21 Zie onder meer HR 26 januari 1990, *NJ* 1991, 393 m.nt. Scheltema onder 394 (*Windmill*) en HR 9 juli 1990, *NJ* 1991, 394 m.nt. Scheltema (*De Pina / Helmond*).

22 Crijns 2010, p. 166.

optiek zonder meer sprake van strafrechtelijke overeenkomsten, nu het Openbaar Ministerie in een dergelijk geval toezegt van vervolging af te zien indien de verdachte aan bepaalde voorwaarden voldoet. Ook is dit het geval bij de toezeggingen aan getuigen, nu het Openbaar Ministerie in dat geval contractueel vastlegt op welke wijze het van zijn vervolgingsrecht gebruik zal maken (door toe te zeggen de strafeis in de strafzaak van de getuige zelf te verminderen in ruil voor diens bijdrage in andermans strafzaak).

Een overeenkomst kan als een strafrechtelijke overeenkomst worden bestempeld, indien de wijze van uitoefening van strafrechtelijke bevoegdheden tot onderwerp van de overeenkomst wordt gemaakt

Ten aanzien van de verschillende overeenkomsten die het Openbaar Ministerie aangaat in het kader van de toepassing van bijzondere opsporingsbevoegdheden is wat minder evident of van een strafrechtelijke overeenkomst kan worden gesproken, nu hierin niet zozeer de bevoegdheden van het Openbaar Ministerie tot onderwerp van de overeenkomst worden gemaakt, doch veeleer de rechten en met name verplichtingen van de burger die bijstand verleent aan de opsporing. Daar staat tegenover dat dergelijke overeenkomsten volledig in de context van het strafproces en ter verwezenlijking van een strafvorderlijk doel worden gesloten, hetgeen zonder meer de nodige argumenten oplevert hen toch als strafrechtelijk te betitelen. Belangrijk verschil met de voornoemde strafrechtelijke overeenkomsten ter afdoening buiten geding (de transactie en het voorwaardelijk sepot) en de strafrechtelijke overeenkomsten ter verkrijging van bewijs (de toezeggingen aan getuigen) is evenwel dat in het geval van de overeenkomsten in het kader van de bijzondere opsporing niet wordt gecontracteerd met een burger die (op dat moment en in die context) de specifieke strafvorderlijke hoedanigheid van verdachte heeft. In zoverre zijn de overeenkomsten in het kader van de bijzondere opsporing vanuit theoretisch perspectief wat minder complex dan de overeenkomsten die het Openbaar Ministerie aangaat met verdachte burgers, nu bij deze laatste de 'horizontale' rechtsbetrekking die als gevolg van de

overeenkomst ontstaat als het ware dient te worden ingepast in de 'verticale' rechtsbetrekking zoals die gewoonlijk tussen Openbaar Ministerie en verdachte bestaat.

Een stap verder weg is vervolgens de in het voorgaande nog niet expliciet besproken getuigenbescherming ingevolge artikel 226f Sv. Ook in die context wordt een overeenkomst gesloten tussen het Openbaar Ministerie en de getuige. In dat geval wordt echter niet gecontracteerd over de toepassing van strafvorderlijke bevoegdheden, maar over de voorwaarden waaronder en de wijze waarop de overheid invulling geeft aan haar verplichting tot bescherming van de getuige. Aan deze overeenkomst is op zichzelf weinig strafrechtelijks te ontdekken, zij het dat een dergelijke overeenkomst wel altijd wordt gesloten naar aanleiding van en in de marge van een strafproces. Voorts is het met name wanneer het gaat om de bescherming van een getuige die tevens een overeenkomst ter verkrijging van bewijs met het Openbaar Ministerie is aangegaan, moeilijk om onderscheid te maken tussen deze overeenkomst en de overeenkomst strekkende tot getuigenbescherming. Strikt juridisch betreft het hier twee verschillende overeenkomsten met elk hun eigen inhoud, maar zeker vanuit het perspectief van de getuige hangen deze materieel sterk met elkaar samen. Een getuige die zich contractueel heeft verplicht tot het afleggen van verklaringen zal dit – zoals herhaaldelijk bleek in het *Passage*-proces – immers niet doen indien hij niet tevreden is over de wijze waarop aan zijn fysieke bescherming vorm wordt gegeven. De rechtbank Amsterdam heeft in een tussenvonnis in de *Passage*-zaak niettemin bepaald dat de overeenkomst strekkende tot bescherming van de getuige in beginsel privaatrechtelijk van aard is en los dient te worden gezien van de strafvorderlijke overeenkomst ter verkrijging van bewijs.²³ Bij haar eindvonnis is de rechtbank niet van deze zienswijze teruggekomen, niettegenstaande het pleidooi van de raadslieden dat deze beide overeenkomsten onmogelijk van elkaar kunnen worden gescheiden.²⁴

Hoewel de rechtbank op basis van de wetsgeschiedenis en het geldende recht kan worden gevolgd in haar oordeel, is voor het standpunt van de verdediging zonder meer het nodige te zeggen. Zeker vanuit het perspectief van de getuige hangen beide overeenkomsten nu eenmaal met elkaar samen; het feit dat dit juridisch anders ligt, doet daar slechts weinig aan af. In de literatuur is reeds naar voren gebracht dat de wijze waarop de fysieke bescherming van de getuige thans

23 Rb. Amsterdam 27 april 2010, LJN: BM2493.
24 Rb. Amsterdam 29 januari 2013, LJN: BZ0392.

juridisch wordt vormgegeven, herziening behoeft. Bleichrodt heeft in dit verband voorgesteld de rechter-commissaris een toetsende rol te geven, nu deze ook reeds een controlerende taak heeft bij de strafvorderlijke overeenkomst ter verkrijging van bewijs.²⁵ Het zou verstandig zijn bij een dergelijke exercitie ook expliciet stil te staan bij de verhouding tussen de overeenkomst strekkende tot fysieke bescherming van de getuige en de overeenkomst ter verkrijging van bewijs, nu de juridische status van de eerste er bepaald niet helderder op wordt, wanneer met dezelfde getuige tevens een overeenkomst ter verkrijging van bewijs wordt aangegaan.

Het strafrecht wordt als onderdeel van het publiekrecht sterk beheerst door het legaliteitsbeginsel, hetgeen de ruimte tot het aangaan van allerhande overeenkomsten toch sterk zou moeten beperken. Dit blijkt mee te vallen

4 Het normatief kader rond de strafrechtelijke overeenkomst

In het voorgaande is vastgesteld dat bepaalde consensuele figuren binnen de context van het strafrecht in termen van de overeenkomst kunnen worden geduid en in de meeste gevallen ook als strafrechtelijke overeenkomst kunnen worden bestempeld. Vervolgens rijst de vraag door welk normatief kader dergelijke overeenkomsten worden beheerst. Voordat we die vraag beantwoorden, dient echter eerst de daarmee samenhangende vraag te worden beantwoord of er eigenlijk wel een wettelijke grondslag voor het sluiten van overeenkomsten binnen het strafrecht is. Het strafrecht wordt als onderdeel van het publiekrecht immers sterk beheerst door het legaliteitsbeginsel, hetgeen de ruimte tot het aangaan van allerhande overeenkomsten toch sterk zou moeten beperken. Dit blijkt mee te vallen. Het spreekt voor zich dat het uit den boze is als Openbaar Ministerie en politie door middel van het aangaan van overeenkomsten trachten de publiekrechtelijke regels van het strafrecht te ondermijnen of te omzeilen. Dit neemt echter niet weg dat binnen de marges van die publiekrechtelijke regels wel degelijk ruimte bestaat voor het aangaan van overeenkomsten. Met name daar waar de justitiële

autoriteiten de nodige discretionaire ruimte wordt gelaten, ontstaat ruimte voor het aangaan van overeenkomsten. Het zal dan ook geen verbazing wekken dat – in geval een specifieke wettelijke grondslag ontbreekt – het opportuniteitsbeginsel nogal eens wordt aangewezen als de impliciete wettelijke grondslag voor het sluiten van overeenkomsten binnen de context van het strafproces. Voor de overeenkomsten die strekken tot afdoening van de strafzaak buiten de rechter om (de transactie en het voorwaardelijk sepot) ligt dit betrekkelijk voor de hand, maar ook voor de overeenkomsten ter verkrijging van bewijs (de toezeggingen aan getuigen) heeft de Hoge Raad vooruitlopend op een wettelijke regeling steevast het opportuniteitsbeginsel aangewezen als voldoende wettelijke grondslag.²⁶

De strafrechtelijke overeenkomst wordt primair beheerst door het strafrechtelijk normatief kader. Dit neemt echter niet weg dat daar waar het strafrechtelijk normatief kader tekortschiet, aanvullende normerende werking kan uitgaan van het privaatrecht

Vervolgens rijst de vraag door welk normatief kader de strafrechtelijke overeenkomst wordt beheerst. Natuurlijk, de overeenkomst mag het bestaande strafrechtelijk normatief kader niet omzeilen of doorkruisen, maar daarmee is nog niet de vraag beantwoord door welk normatief kader de overeenkomst zelf wordt beheerst. Dient voor het antwoord op deze vraag te worden aangesloten bij de vorm van de rechtsbetrekking of veeleer bij de inhoud daarvan? Indien het eerste het geval is, ligt normering door middel van het civiele contractenrecht het meest in de rede, terwijl in het tweede geval normering door middel van het strafrecht aangewezen lijkt. Zoals wel vaker het geval is, ligt de waarheid ook hier tamelijk in het midden, zij het in dit geval wat meer in de richting van het strafrecht dan van het privaatrecht. Wanneer wordt aangesloten bij de methode van de aard van de rechtsverhouding – zoals deze kan worden ontleend aan de vergelijkbare discussie die gedurende vrijwel de gehele twintigste eeuw is gevoerd op het grensvlak van bestuursrecht en privaatrecht – is de inhoud van de rechtsbetrekking primair bepalend voor de normering van de rechtsbetrekking.²⁷ Dat

²⁵ F.W. Bleichrodt, *Over burgers en opsporing* (oratie Rotterdam), Deventer: Kluwer 2010, p. 23. Zie in dit verband ook F.W. Bleichrodt en M.C.P. Korten, 'Het onontgonnen terrein van de getuigenbescherming', *NJB* 2012, p. 1564-1571.

²⁶ Zie onder meer HR 30 juni 1998, *NJ* 1998, 799 m.nt. Schalken (*Kobus L.*). Zie ook Crijns 2010, p. 70-72.

²⁷ Crijns 2010, p. 445-446.

betekent dat de strafrechtelijke overeenkomst primair wordt beheerst door het strafrechtelijk normatief kader. Dit neemt echter niet weg dat daar waar het strafrechtelijk normatief kader tekortschiet, aanvullende normerende werking kan uitgaan van het privaatrecht.²⁸ Het ligt in de lijn der verwachting dat dit met name het geval zal zijn daar waar zich rechtsvragen voordoen die samenhangen met de contractuele vorm van de rechtsbetrekking. Ook waar het deze vorm van de rechtsbetrekking betreft is het strafrechtelijk normatief kader zonder meer leidend (waarbij met name de beginselen van een behoorlijke strafrechtspleging een belangrijke rol kunnen spelen), maar dit kader is vermoedelijk onvoldoende gedetailleerd uitgewerkt om op alle vragen een passend antwoord te kunnen bieden. Dit geldt met name waar het de uitvoering van de overeenkomst betreft. Bij de meeste strafrechtelijke overeenkomsten heeft de wetgever zich met name bekreund over de totstandkoming en de inhoud van de overeenkomst en veel minder over uitvoeringskwesties.²⁹ Impliciet leefde blijkbaar de veronderstelling dat overeenkomsten binnen de context van het strafproces wel zouden worden nagekomen. Inmiddels is duidelijk dat dit een wat al te optimistische kijk is geweest, getuige de vele moeilijkheden met kroongetuige La Serpe in het Passage-proces die herhaaldelijk heeft bedreigd zijn verdere medewerking stop te zetten. Met name in geval van dergelijke uitvoeringsproblemen kan een kijkje over de schutting van het contractenrecht derhalve nogal eens uitkomst bieden.³⁰

Bij de meeste strafrechtelijke overeenkomsten heeft de wetgever zich met name bekreund over de totstandkoming en de inhoud van de overeenkomst en veel minder over uitvoeringskwesties

5 Slot

De in deze bijdrage gehanteerde terminologie van (strafrechtelijke) overeenkomsten doet op het eerste gezicht vermoeden dat we hier te maken hebben met een fenomeen dat duidelijk een exponent is van en bijdraagt aan de privatisering van het strafrecht. Deels is dat zonder meer het geval. Er wordt immers gebruik gemaakt van een figuur (de overeenkomst)

die we met name kennen uit het privaatrecht. Toch moeten we de ‘privatisering’ die daarvan uitgaat niet overdrijven. Zoals in het voorgaande reeds is betoogd, is de overeenkomst al lang niet meer een rechtsfiguur die exclusief is voorbehouden aan het privaatrecht. Niet alleen worden in de context van het bestuursrecht al jaren tal van overeenkomsten gesloten, ook binnen het strafrecht wordt sinds jaar en dag gewerkt op basis van consensualiteit. Hierbij kan niet alleen worden gedacht aan het belonen van tipgevers en informanten, maar met name aan de in de inleiding genoemde consensuele wijzen van buitengerechtelijke afdoening (transactie en voorwaardelijk sepot). En wanneer we deze laatste in het beeld betrekken, lijkt veeleer sprake te zijn van een ‘de-privatisering’ van het strafrecht, nu deze figuren juist op hun retour zijn ten faveure van de op eenzijdigheid gebaseerde strafbeschikking. Daar staat tegenover dat het belang van overeenkomsten in het kader van de vergaring van opsporingsinformatie (informanten, infiltratie etc.) en bewijs (toezeggingen aan getuigen) in de loop der jaren lijkt toe te nemen. Als gevolg daarvan bestaat er de laatste jaren beduidend meer aandacht voor het fenomeen van afspraken binnen het strafproces en de eventuele privatisering van het strafproces die daarvan het gevolg is. Het betreft hier door de bank genomen ook beduidend complexere afspraken dan de afspraken die worden gemaakt in het kader van de buitengerechtelijke afdoening van strafzaken. Mede daardoor ontstaat ook steeds meer aandacht voor de vraag of en in hoeverre in geval van afspraken binnen het strafproces van overeenkomsten kan worden gesproken. In deze bijdrage heb ik betoogd dat dit in veel gevallen wel degelijk mogelijk is. Zoals uit het voorgaande reeds bleek, hoeft dit echter niet zonder meer te betekenen dat daarmee het privaatrecht in volle omvang zijn intrede doet binnen het strafproces. Natuurlijk, het privaatrecht kent het meest uitgewerkte normatief kader wanneer het gaat om het reguleren van overeenkomsten. De strafrechtelijke overeenkomst is in de meeste gevallen echter zodanig ingebed in het strafrechtelijk kader dat normering van de overeenkomst langs de weg van het strafrecht het meest voor de hand ligt. In dergelijke gevallen komt slechts aanvullende werking aan het privaatrecht toe wanneer het strafrechtelijk normatief kader tekortschiet. Maar nu dit laatste nogal eens het geval zal zijn, valt er nog genoeg te leren van onze privaatrechtelijke burens.

28 Crijns 2010, p. 543-551.

29 Crijns 2010, p. 575-576.

30 Wel moet daarbij direct worden opgemerkt dat niet alle remedies die het contractenrecht biedt zonder meer toepasbaar zijn in de strafrechtelijke context indien sprake is van niet-nakoming van een overeenkomst.