Universiteit
Leiden
The Netherlands

De strafrechtelijke overeenkomst : de rechtsbetrekking met het Openbaar Ministerie op het grensvlak van publiek- en privaatrecht

Crijns, J.H.

Citation
Crijns, J. H. (2010, June 17). *De strafrechtelijke overeenkomst : de rechtsbetrekking met het Openbaar Ministerie op het grensvlak van publiek- en privaatrecht*. *Meijers-reeks*. Kluwer, Deventer. Retrieved from https://hdl.handle.net/1887/15695

Version:	Not Applicable (or Unknown)
License:	Licence agreement concerning inclusion of doctoral thesis in the Institutional Repository of the University of Leiden
Downloaded from:	https://hdl.handle.net/1887/15695

Note: To cite this publication please use the final published version (if applicable).

De strafrechtelijke overeenkomst

De rechtsbetrekking met het Openbaar Ministerie op het grensvlak van publiek- en privaatrecht

PROEFSCHRIFT

ter verkrijging van
de graad van Doctor aan de Universiteit Leiden,
op gezag van Rector Magnificus prof. mr. P.F. van der Heijden,
volgens besluit van het College voor Promoties
te verdedigen op donderdag 17 juni 2010
klokke 16.15 uur

door

Jan Herman Crijns

geboren te Curaçao in 1978

Promotiecommissie:

Promotoren:	prof. mr. C.P.M. Cleiren
	prof. mr. Jac. Hijma
Overige leden:	prof. mr. J.E.M. Polak
	prof. mr. Th.A. de Roos (Universiteit van Tilburg)
	mr. dr. W.A.M. van Schendel (Hoge Raad der Nederlanden)
	prof. mr. J.L. de Wijkerslooth de Weerdesteijn

Dit onderzoek is mede mogelijk gemaakt door de Nederlandse Organisatie voor Wetenschappelijk Onderzoek, Gebiedsbestuur Maatschappij- en Gedragswetenschappen, onder projectnummer 425.41.014.

Lay-out: Anne-Marie Krens – Tekstbeeld – Oegstgeest

© 2010 J.H. Crijns

ISBN 978 90 1307 662 2

Behoudens de in of krachtens de Auteurswet van 1912 gestelde uitzonderingen mag niets uit deze uitgave worden verveelvoudigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand, of openbaar gemaakt, in enige vorm of op enige wijze, hetzij elektronisch, mechanisch, door fotokopieën, opnamen of enige andere manier, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de uitgever.

Voorzover het maken van reprografische verveelvoudigingen uit deze uitgave is toegestaan op grond van artikel 16h Auteurswet 1912 dient men de daarvoor wettelijk verschuldigde vergoedingen te voldoen aan de Stichting Reprorecht (Postbus 3051, 2130 KB Hoofddorp, www.reprorecht.nl). Voor het overnemen van (een) gedeelte(n) uit deze uitgave in bloemlezingen, readers en andere compilatiewerken (art. 16 Auteurswet 1912) kan men zich wenden tot de Stichting PRO (Stichting Publicatie- en Reproductierechten Organisatie, Postbus 3060, 2130 KB Hoofddorp, www.cedar.nl/pro).

No part of this book may be reproduced in any form, by print, photoprint, microfilm or any other means without written permission from the publisher.

Aan mijn ouders

Voor Sanne

Verkorte inhoudsopgave

1	INLEIDING	1
1.1	Aanleiding	1
1.2	Vraagstelling en doel van het onderzoek	9
1.3	Afbakening	12
1.4	Methodische verantwoording	14
1.5	Opbouw van het onderzoek	16
DEEL I – DE STRAFRECHTELIJKE OVEREENKOMST		19
2	CONSENSUALITEIT IN HET STRAFRECHT	21
2.1	Inleiding	21
2.2	Enkele relevante begrippen	22
2.3	Consensualiteit	28
2.4	Consensuele procedures ter afdoening buiten geding	34
2.5	Consensuele procedures ter verkorting van het geding	48
2.6	De consensuele procedure ter verkrijging van bewijs	56
2.7	Bezwaren tegen consensualiteit in het strafrecht	108
2.8	Slot	124
3	OVEREENKOMSTENRECHT IN VOGELVLUCHT	127
3.1	Inleiding	127
3.2	Afbakening van het begrip overeenkomst	127
3.3	Indelingen binnen het begrip overeenkomst	130
3.4	Het normatief kader van de overeenkomst	133
3.5	De beginselen van het overeenkomstenrecht	134
3.6	De betrokken partijen	139
3.7	De totstandkoming van de overeenkomst	141
3.8	De inhoud van de overeenkomst	144
3.9	De uitvoering van de overeenkomst	149
3.10	De derde bij de overeenkomst	155
3.11	Slot	157

4 DE STRAFRECHTELIJKE OVEREENKOMST 159
4.1 Inleiding 159
4.2 Van consensualiteit naar overeenkomst 159
4.3 De strafrechtelijke overeenkomst 166
4.4 Overeenkomsten ter afdoening buiten geding 173
4.5 Overeenkomsten ter verkorting van het geding 197
4.6 Overeenkomsten ter verkrijging van bewijs 207
4.7 Slot 217

DEEL II – RECHTSBETREKKINGEN 219

5 DE RECHTSBETREKKING 221
5.1 Inleiding 221
5.2 De rechtsbetrekking 222
5.3 Criteria ter onderscheiding van rechtsbetrekkingen 243
5.4 De klassieke rechtsdomeinen in termen van de rechtsbetrekking 259
5.5 Slot 289

6 DE STRAFRECHTELIJKE RECHTSBETREKKING 291
6.1 Inleiding 291
6.2 De rechtsbetrekking tussen Openbaar Ministerie en verdachte 292
6.3 De rechtsbetrekking tussen Openbaar Ministerie en getuige 341
6.4 Slot 389

DEEL III – DE OVEREENKOMST EN DE RECHTSBETREKKING 391

7 DE VERHOUDING TUSSEN PRIVAATRECHT EN PUBLIEKRECHT 393
7.1 Inleiding 393
7.2 De verhouding tussen privaatrecht en publiekrecht 394
7.3 De publiekrechtelijke overeenkomst 446
7.4 De verhouding tussen privaatrecht en strafrecht 484
7.5 Slot 492

8 DE OVEREENKOMST BINNEN DE CONTEXT VAN DE STRAFRECHTELIJKE RECHTSBETREKKING 495
8.1 Inleiding 495
8.2 Het rechtskarakter van de strafrechtelijke overeenkomst 496
8.3 De inbedding van de overeenkomst in de strafrechtelijke rechtsbetrekking 503
8.4 De normering van de strafrechtelijke overeenkomst 543
8.5 De rechtspleging ten aanzien van de strafrechtelijke overeenkomst 577
8.6 Slot 592

9 CONCLUSIES EN AANBEVELINGEN 595
9.1 Inleiding 595
9.2 Bevindingen 595
9.3 De rechter 599
9.4 De wetgever 600
9.5 Toekomstverwachtingen 603

SAMENVATTING 605
SUMMARY 615
AANGEHAALDE LITERATUUR 625
AANGEHAALDE JURISPRUDENTIE 651
TREFWOORDENREGISTER 655
CURRICULUM VITAE 661

Inhoudsopgave

1 INLEIDING 1

1.1 Aanleiding 1
1.1.1 Van eenzijdigheid naar consensualiteit 1
1.1.2 Tekorten in de rechtshandhaving 3
1.1.3 Onmacht in het optreden tegen georganiseerde criminaliteit 7
1.1.4 Systeembreuk 8
1.2 Vraagstelling en doel van het onderzoek 9
1.3 Afbakening 12
1.4 Methodische verantwoording 14
1.5 Opbouw van het onderzoek 16

DEEL I – DE STRAFRECHTELIJKE OVEREENKOMST 19

2 CONSENSUALITEIT IN HET STRAFRECHT 21

2.1 Inleiding 21
2.2 Enkele relevante begrippen 22
2.2.1 Geding, afdoening buiten geding en gedingverkorting 22
2.2.2 Procesverplichting 23
2.3 Consensualiteit 28
2.3.1 Definiëring 28
2.3.1.1 Consensus tussen Openbaar Ministerie en verdachte 29
2.3.1.2 Rechtsgevolg 31
2.3.2 Inventarisatie van vormen van consensualiteit in het strafrecht 33
2.3.3 Criterium ter categorisering 34
2.4 Consensuele procedures ter afdoening buiten geding 34
2.4.1 De transactie 36
2.4.2 Het voorwaardelijk sepot 40
2.4.3 De schikking in het kader van de ontnemingsvordering 41
2.4.4 De alternatieve geschillenbeslechting 44
2.4.5 De toekomst van de buitengerechtelijke afdoening 45
2.5 Consensuele procedures ter verkorting van het geding 48
2.5.1 Consensuele momenten tijdens het onderzoek ter terechtzitting 49
2.5.2 Vereenvoudigde procedures voor bekennende verdachten 51
2.5.3 De voeging ad informandum 54
2.5.4 Afspraken over het instellen van rechtsmiddelen 56
2.6 De consensuele procedure ter verkrijging van bewijs 56
2.6.1 Doel en strekking 59
2.6.2 De ontwikkeling naar een wettelijke regeling 62

2.6.3 De ontwikkeling binnen de jurisprudentie 67
2.6.4 De bevoegdheidsgrondslag 70
2.6.5 Gevallen 72
2.6.6 Het begrip toezegging 74
2.6.7 Toelaatbaarheid van de verschillende toezeggingen I – Historische schets 76
2.6.8 Toelaatbaarheid van de verschillende toezeggingen II – Een duivels dilemma 79
2.6.9 Toelaatbaarheid van de verschillende toezeggingen III – Een overzicht 82
2.6.9.1 Toelaatbare toezeggingen 83
2.6.9.2 Ontoelaatbare toezeggingen 89
2.6.10 De positie van de getuige 96
2.6.11 De procedure van totstandkoming 98
2.6.12 Rechterlijke toetsing 102
2.6.13 De weigerachtige getuige 105
2.7 Bezwaren tegen consensualiteit in het strafrecht 108
2.7.1 Bezwaren tegen consensuele procedures ter afdoening buiten geding 109
2.7.1.1 Het algemeen belang 109
2.7.1.2 Het belang van externe openbaarheid 110
2.7.1.3 Het belang van waarheidsvinding 112
2.7.1.4 Het recht op toegang tot een rechter 114
2.7.2 Bezwaren tegen consensuele procedures ter verkorting van het geding 118
2.7.3 Bezwaren tegen consensuele procedures ter verkrijging van bewijs 119
2.8 Slot 124

3 OVEREENKOMSTENRECHT IN VOGELVLUCHT 127
3.1 Inleiding 127
3.2 Afbakening van het begrip overeenkomst 127
3.3 Indelingen binnen het begrip overeenkomst 130
3.4 Het normatief kader van de overeenkomst 133
3.5 De beginselen van het overeenkomstenrecht 134
3.5.1 Contractsvrijheid 135
3.5.2 Consensualisme 136
3.5.3 Verbindende kracht 137
3.5.4 Andere beginselen 138
3.6 De betrokken partijen 139
3.7 De totstandkoming van de overeenkomst 141
3.7.1 Rechtshandelingen 141
3.7.2 Aanbod en aanvaarding 142
3.8 De inhoud van de overeenkomst 144
3.8.1 Geoorloofdheid van de inhoud 145
3.8.2 Bepaling van de inhoud 147
3.8.3 Aanvulling en beperking van de inhoud 148

3.9 De uitvoering van de overeenkomst 149
3.9.1 Onvoorziene omstandigheden 149
3.9.2 Mogelijkheden bij niet-nakoming 150
3.10 De derde bij de overeenkomst 155
3.11 Slot 157

4 DE STRAFRECHTELIJKE OVEREENKOMST 159
4.1 Inleiding 159
4.2 Van consensualiteit naar overeenkomst 159
4.2.1 Inleiding 159
4.2.2 Definiëring van de overeenkomst 160
4.2.3 De verhouding tot het begrip consensualiteit 163
4.3 De strafrechtelijke overeenkomst 166
4.3.1 Afbakening 166
4.3.2 Overlevering aan het privaatrecht? 167
4.3.3 Relatie met de toezegging 170
4.3.4 Een gedifferentieerde benadering 172
4.4 Overeenkomsten ter afdoening buiten geding 173
4.4.1 De transactie 173
4.4.1.1 Typering van de overeenkomst 175
4.4.1.2 Contractsvrijheid en vrijwilligheid 179
4.4.1.3 Conclusie 182
4.4.2 Het voorwaardelijk sepot 182
4.4.2.1 Typering van de overeenkomst 185
4.4.2.2 Contractsvrijheid en vrijwilligheid 191
4.4.2.3 Conclusie 192
4.4.3 De schikking 193
4.4.3.1 Typering van de overeenkomst 194
4.4.3.2 Contractsvrijheid en vrijwilligheid 196
4.4.3.3 Conclusie 197
4.5 Overeenkomsten ter verkorting van het geding 197
4.5.1 De voeging ad informandum 199
4.5.2 Overige procesafspraken 205
4.5.3 Conclusie 206
4.6 Overeenkomsten ter verkrijging van bewijs 207
4.6.1 Opvattingen in de wetsgeschiedenis en de literatuur 207
4.6.2 Typering van de overeenkomst 211
4.6.3 Contractsvrijheid en vrijwilligheid 214
4.6.4 Conclusie 216
4.7 Slot 217

DEEL II – RECHTSBETREKKINGEN

5 DE RECHTSBETREKKING 221
5.1 Inleiding 221
5.2 De rechtsbetrekking 222
5.2.1 Inleiding 222
5.2.2 De historische ontwikkeling van het denken over de rechtsbetrekking 223
5.2.3 De rechtsbetrekking als bouwsteen van de rechtsorde 226
5.2.4 Het concept van de rechtsbetrekking volgens Achterberg 227
5.2.5 De theoretische inbedding van de rechtsbetrekking: van een autarke naar een relationele opvatting van de rechtssubjectiviteit 230
5.2.6 De heerschappij over de rechtsbetrekking: betekenis van norm en wil bij het ontstaan, de invulling en de beëindiging van rechtsbetrekkingen 236
5.2.7 De rechtsbetrekking als dynamisch concept 239
5.2.8 De rechtsbetrekking als domeinoverstijgend grondbegrip 241
5.3 Criteria ter onderscheiding van rechtsbetrekkingen 243
5.3.1 Inleiding 243
5.3.2 De mate van gelijkheid van de betrokken rechtssubjecten 245
5.3.2.1 Juridische symmetrie en asymmetrie 245
5.3.2.2 Feitelijke symmetrie en asymmetrie 247
5.3.3 De wijze van verdeling van de rechten en plichten binnen de rechtsbetrekking 248
5.3.3.1 Drie vormen van wederkerigheid 249
5.3.3.2 Mutualiteit en reciprociteit 252
5.3.3.3 Het alternatief: correlativiteit 256
5.4 De klassieke rechtsdomeinen in termen van de rechtsbetrekking 259
5.4.1 Inleiding 259
5.4.2 De rechtsbetrekking in het privaatrecht 260
5.4.3 De rechtsbetrekking in het bestuursrecht 264
5.4.3.1 De wederkerige rechtsbetrekking volgens de Awb-wetgever 264
5.4.3.2 Waardering voor de wederkerige rechtsbetrekking 267
5.4.3.3 Kritiek op de wederkerige rechtsbetrekking 272
5.4.3.4 De bestuursrechtelijke rechtsbetrekking volgens Gribnau 279
5.4.3.5 Conclusie 282
5.4.4 De rechtsbetrekking in het strafrecht 283
5.4.4.1 De mate van gelijkheid van de betrokken rechtssubjecten 287
5.4.4.2 De wijze van verdeling van de rechten en plichten binnen de rechtsbetrekking 288
5.5 Slot 289

6 DE STRAFRECHTELIJKE RECHTSBETREKKING 291
6.1 Inleiding 291
6.2 De rechtsbetrekking tussen Openbaar Ministerie en verdachte 292
6.2.1 De grondslag van de rechtsbetrekking met de verdachte 292
6.2.1.1 Een materieelrechtelijke benadering 293
6.2.1.2 Een formeelrechtelijke benadering 295
6.2.1.3 De dubbele grondslag van de rechtsbetrekking tussen Openbaar Ministerie en verdachte 301
6.2.2 De dynamiek in de strafrechtelijke rechtsbetrekking 301
6.2.3 Het doel van de strafrechtelijke rechtsbetrekking 304
6.2.4 Het normatief kader van de strafrechtelijke rechtsbetrekking 304
6.2.5 Het legaliteitsbeginsel en de exclusiviteit van de wettelijke regeling 306
6.2.5.1 De reikwijdte van het legaliteitsbeginsel 307
6.2.5.2 De normadressaat van het legaliteitsbeginsel 309
6.2.5.3 Consequenties voor de rechtsbetrekking 310
6.2.6 Constitutioneel en institutioneel kader 313
6.2.6.1 Het Openbaar Ministerie tussen uitvoerende en rechterlijke macht 315
6.2.6.2 De taakstelling van het Openbaar Ministerie 316
6.2.7 De invloed van het gematigd inquisitoire procesmodel 320
6.2.8 Strafvorderlijk kader 323
6.2.9 Magistratelijkheid 325
6.2.9.1 De nadere invulling van magistratelijkheid 329
6.2.9.2 Het rechtskarakter van magistratelijkheid 332
6.2.10 Het perspectief van de verdachte 334
6.2.11 Conclusie 337
6.3 De rechtsbetrekking tussen Openbaar Ministerie en getuige 341
6.3.1 Terminologie 341
6.3.2 Het normatief kader van de rechtsbetrekking met de getuige 347
6.3.3 De dynamiek van de rechtsbetrekking met de getuige 349
6.3.4 De grondslag van de rechtsbetrekking met de getuige 350
6.3.4.1 De getuigplicht als burgerplicht 351
6.3.4.2 Waarheidsvinding als doel van het strafproces 354
6.3.4.3 De relationele rechtsopvatting 356
6.3.5 Het ontstaan van de rechtsbetrekking met de getuige 361
6.3.6 De betrokken rechtssubjecten 363
6.3.7 Verplichtingen van de getuige 368
6.3.8 Ontwikkeling naar een eigen rechtspositie voor de getuige 369
6.3.9 Rechten van de getuige 375
6.3.10 Operationalisering van de rechtspositie van de getuige 379
6.3.11 Bijzondere getuigen 382
6.3.12 Conclusie 387
6.4 Slot 389

DEEL III – DE OVEREENKOMST EN DE RECHTSBETREKKING 391

7 DE VERHOUDING TUSSEN PRIVAATRECHT EN PUBLIEKRECHT 393
7.1 Inleiding 393
7.2 De verhouding tussen privaatrecht en publiekrecht 394
7.2.1 Inleiding 394
7.2.2 Het schudden van de kaarten: Loeff, Hamaker en Van Praag 399
7.2.3 De gemene rechtsleer: Scheltema, Scholten, Wiarda en Donner 405
7.2.4 De aard van de rechtsverhouding: Van der Hoeven 413
7.2.5 Eenheid van recht: Polak en Bloembergen 416
7.2.6 Op weg naar een gemengde rechtsleer: Lubach en Ackermans-Wijn 419
7.2.7 Het Nieuw Burgerlijk Wetboek en de Algemene wet bestuursrecht 425
7.2.8 Wederzijdse toenadering 433
7.2.9 Hedendaagse opvattingen: Scheltema en Scheltema 438
7.2.10 Conclusie 444
7.3 De publiekrechtelijke overeenkomst 446
7.3.1 Inleiding 446
7.3.2 Afbakening en typering 449
7.3.2.1 De privaatrechtelijke overeenkomst 450
7.3.2.2 De publiekrechtelijke overeenkomst 454
7.3.2.3 Een typologie van overeenkomsten met de overheid 460
7.3.2.4 Het rechtskarakter van de publiekrechtelijke overeenkomst 464
7.3.3 Het normatief kader van de publiekrechtelijke overeenkomst 465
7.3.4 Specifieke regels voor de publiekrechtelijke overeenkomst 472
7.3.4.1 Totstandkoming van de overeenkomst 473
7.3.4.2 Inhoud van de overeenkomst 474
7.3.4.3 Uitvoering van de overeenkomst 476
7.4 De verhouding tussen privaatrecht en strafrecht 484
7.4.1 Inleiding 484
7.4.2 Aansluiting bij de verhouding tussen privaatrecht en publiekrecht 488
7.4.3 De verhouding tussen bestuursrecht en strafrecht 489
7.5 Slot 492

8 DE OVEREENKOMST BINNEN DE CONTEXT VAN DE STRAFRECHTELIJKE RECHTSBETREKKING 495
8.1 Inleiding 495
8.2 Het rechtskarakter van de strafrechtelijke overeenkomst 496
8.2.1 Een strafrechtelijke of een privaatrechtelijke rechtsbetrekking? 497
8.2.2 Een gemengde rechtsbetrekking? 499
8.2.3 Conclusie 502
8.3 De inbedding van de overeenkomst in de strafrechtelijke rechtsbetrekking 503

8.3.1 Inleiding 503
8.3.2 Strafrechtelijke rechtshandhaving als taak van het Openbaar Ministerie 505
8.3.2.1 Effectiviteit en legitimiteit van de strafrechtelijke overeenkomst 505
8.3.2.2 Grenzen aan de strafrechtelijke overeenkomst vanuit de taakstelling 509
8.3.2.3 Conclusie 512
8.3.3 Confrontatie van de uitgangspunten van het strafrecht en het contractenrecht 513
8.3.3.1 De verhouding tussen legaliteit en autonomie 514
8.3.3.2 De rol van ongeschreven rechtsbeginselen 517
8.3.3.3 Het bestaan van correlatieve verplichtingen 519
8.3.3.4 Uiteenlopende vertrekpunten, convergerende tendensen 523
8.3.4 De consequenties voor de strafrechtelijke rechtsbetrekking 524
8.3.4.1 Osmose van rechtsbetrekkingen 525
8.3.4.2 Consequenties voor de symmetrie 527
8.3.4.3 Consequenties voor de wederkerigheid 532
8.3.4.4 Conclusie 535
8.3.5 De consequenties voor de strafrechtelijke overeenkomst 537
8.3.5.1 Bijzondere contractspartijen, bijzondere rechten en verplichtingen 537
8.3.5.2 Legaliteit in plaats van contractsvrijheid 538
8.3.6 Mogelijkheden tot en beperkingen aan de strafrechtelijke overeenkomst 539
8.4 De normering van de strafrechtelijke overeenkomst 543
8.4.1 Inleiding 543
8.4.2 Uitgangspunten 544
8.4.2.1 Strafrechtelijke normering 545
8.4.2.2 Aanvullende normering aan de hand van het contractenrecht 547
8.4.2.3 De publiekrechtelijke overeenkomst als referentiekader 551
8.4.3 De totstandkoming van de overeenkomst 552
8.4.3.1 Overeenkomsten ter afdoening buiten geding 553
8.4.3.2 Overeenkomsten ter verkrijging van bewijs 556
8.4.3.3 Conclusie 562
8.4.4 De inhoud van de overeenkomst 562
8.4.5 De uitvoering van de overeenkomst 565
8.4.5.1 Overeenkomsten ter afdoening buiten geding 568
8.4.5.2 Overeenkomsten ter verkrijging van bewijs 570
8.4.5.3 Conclusie 575
8.5 De rechtspleging ten aanzien van de strafrechtelijke overeenkomst 577
8.5.1 Inleiding 577
8.5.2 De strafrechter 578
8.5.3 De civiele rechter 583
8.5.4 Alternatieven 588
8.6 Slot 592

9 CONCLUSIES EN AANBEVELINGEN 595
9.1 Inleiding 595
9.2 Bevindingen 595
9.3 De rechter 599
9.4 De wetgever 600
9.5 Toekomstverwachtingen 603

SAMENVATTING 605
SUMMARY 615
AANGEHAALDE LITERATUUR 625
AANGEHAALDE JURISPRUDENTIE 651
TREFWOORDENREGISTER 655
CURRICULUM VITAE 661

1 Inleiding

1.1 AANLEIDING

1.1.1 Van eenzijdigheid naar consensualiteit

De strafrechtspleging is zonder twijfel een vorm van machtsuitoefening door de overheid.[1] Karakteriseringen als zwaardmacht en geweldsmonopolie zijn in dit kader dan ook veelzeggend. Het strafrecht verleent de overheid de exclusieve bevoegdheid de burger te straffen wegens vooraf als onrechtmatig bestempeld gedrag. Het strafrecht is daarmee gebaseerd op een verticale verhouding tussen de strafvorderlijke overheid, vertegenwoordigd door het Openbaar Ministerie, en de verdachte burger. Deze sfeer van autoriteit en ongelijkwaardigheid heeft zijn weerslag gevonden in de regeling van het strafproces, zoals dat is neergelegd in het huidige Wetboek van Strafvordering uit 1926. Zowel de opsporing als de vervolging heeft in beginsel plaats onafhankelijk van de wil van de verdachte. Het Openbaar Ministerie en de politie bepalen zelfstandig – binnen de grenzen van de wettelijke mogelijkheden en het vooraf vastgestelde beleid – welke strafbare feiten zij wensen op te sporen en op welke wijze zij hierbij te werk gaan, alsmede of en wanneer de weg van vervolging wordt ingeslagen.[2] Ondanks de verschillende mogelijkheden zich met onderzoekswensen tot de rechter-commissaris te wenden, is de verdachte in de wettelijke structuur van het vooronderzoek toch eerst en vooral object van onderzoek. Pas in de fase van het onderzoek ter terechtzitting beginnen zijn wensen een duidelijker rol te spelen en krijgt hij de nodige ruimte om op actieve wijze zijn belangen te behartigen. Ook dan is de invloed van verdachte evenwel beperkt tot de hantering van zijn eigen bevoegdheden; daadwerkelijke invloed op het doen en laten van de andere procesdeelnemers kan hij nog steeds niet uitoefenen. Uiteindelijk beschikt toch de rechter – die, ondanks zijn onafhankelijkheid en onpartijdigheid ten opzichte van het Open-

1 Zie onder meer 't Hart 1994a, p. 217.

2 Uiteraard is deze vrijheid aan de nodige beperkingen onderhevig. Hierbij kan worden gedacht aan de werking van de beginselen van een behoorlijke strafrechtspleging, de beklagprocedure ex artikel 12 Sv tegen een beslissing tot niet-vervolging van het Openbaar Ministerie en het feit dat het Openbaar Ministerie via de gezagsverhouding met de minister van Justitie (vgl. artikel 127 Wet RO) onder politieke controle staat. Dit neemt niet weg dat opsporing en vervolging steeds onafhankelijk van de wil van de verdachte plaatsvinden.

baar Ministerie en de verdachte, zonder meer een exponent van de straffende overheid is – over het strafrechtelijke lot van de verdachte, waarna het vervolgens aan het Openbaar Ministerie is om de eigenlijke zwaardmacht tot uitdrukking te brengen door de eventueel door de rechter opgelegde sanctie ten uitvoer te leggen.

Deze sterk vereenvoudigde schets van het strafproces zoals dat wordt beschreven in het Wetboek van Strafvordering, laat zien dat voor de verwezenlijking van het strafrecht het bestaan van consensus of wilsovereenstemming tussen het Openbaar Ministerie en de verdachte niet is vereist. Integendeel, het Wetboek van Strafvordering lijkt eerder te zijn gebaseerd op de veronderstelling dat verdachte en Openbaar Ministerie (steeds) van mening verschillen.[3] Op zichzelf is dit een logische veronderstelling, nu de belangen van beide partijen veelal haaks op elkaar zullen staan: het Openbaar Ministerie tracht de rechtsorde te handhaven en meent dat een veroordeling van de verdachte hieraan zal bijdragen, terwijl het belang van de verdachte erin is gelegen een veroordeling te voorkomen. Gezien deze scherpe tegenstelling in de betrokken belangen kan de verwezenlijking van het strafrecht niet afhankelijk worden gesteld van het bestaan van wilsovereenstemming tussen de vervolgende overheid en de verdachte. De enkele omstandigheid dat in de praktijk van de strafrechtspleging soms wel degelijk sprake is van een zekere mate van consensus tussen het Openbaar Ministerie en de verdachte over een bepaalde strafrechtelijke aangelegenheid is juridisch gezien dan ook veelal irrelevant. Hooguit kan worden gezegd dat het bestaan van consensus wettelijk voorgeschreven procedures soepeler laat verlopen. Het bestaan van consensus tussen Openbaar Ministerie en verdachte is binnen de structuur van het Wetboek van Strafvordering evenwel geenszins vereist om het strafproces zijn loop te laten hebben of rechtsgevolgen te doen intreden. Als onderdeel van het publiekrecht is ook het strafrecht zonder meer gebaseerd op eenzijdige bevoegdheidsuitoefening zijdens de overheid.

Hoe anders is echter de strafrechtelijke praktijk, waarin transacties, schikkingen, toezeggingen aan verdachten in ruil voor een verklaring als getuige en diverse andere vormen van impliciete of expliciete consensus tussen het Openbaar Ministerie en de verdachte over allerlei strafrechtelijke aangelegenheden niet alleen aan de orde van de dag zijn, maar ook feitelijk onmisbaar voor het soepel en effectief functioneren van de strafrechtspleging. Kenmerk van deze fenomenen is dat zij alle op wilsovereenstemming tussen het Openbaar Ministerie en de verdachte zijn gebaseerd. Zij kunnen louter tot stand

3 Dit gaat zelfs zo ver dat krachtens artikel 341 lid 4 Sv een volledige en vrijwillig tot stand gekomen bekentenis van de verdachte – waarmee het Openbaar Ministerie en de verdachte wat betreft het tenlastegelegde volledig op één lijn komen te zitten – enkel op zichzelf niet voldoende is om het tenlastegelegde bewezen te verklaren. Ook in een dergelijk geval geldt de eis van dubbele bevestiging onverkort. Zie Nijboer 2008, p. 82-86.

komen indien beide partijen daarmee instemmen. Van eenzijdige bevoegdheidsuitoefening door het Openbaar Ministerie is in dergelijke gevallen geen sprake. In dat verband wordt veelal gesproken van consensualiteit, hetgeen in de literatuur wordt gedefinieerd als het toekennen van rechtsgevolg dan wel bepalende invloed op de loop van het strafproces of de strafoplegging aan consensus tussen verdachte burger en vervolgende instantie.[4]

De behoefte van de strafrechtelijke praktijk aan consensuele momenten kan worden teruggevoerd op twee uiteenlopende oorzaken: 1) een tekort in de rechtshandhaving met als gevolg de opkomst van diverse vereenvoudigde afdoeningswijzen, veelal buiten de rechter om; en 2) onmacht bij het optreden tegen zware, georganiseerde criminaliteit met als gevolg de opkomst van diverse beloningsmechanismen van verdachten in ruil voor strafrechtelijk relevante informatie. Voorts kan de opkomst van consensuele momenten binnen het strafproces niet los worden gezien van de bredere maatschappelijke tendens van de toegenomen mondigheid van de burger en de horizontalisering van voorheen op autoritaire leest geschoeide verhoudingen. Deze bredere maatschappelijke ontwikkeling kan worden gezien als het fundament onder de ontwikkeling richting meer consensualiteit binnen het strafrecht. Terwijl de maatschappij zich voor de jaren zestig en zeventig in belangrijke mate kenmerkt door vaste maatschappelijke structuren (gezin, kerk, school, verenigingsleven) die in sterke mate waren gebaseerd op autoritaire verhoudingen, wordt de periode na de revolutionaire jaren zestig en zeventig – waarin deze vaste structuren in aanzienlijke mate aan belang inboetten – gekenmerkt door een grotere nadruk op de individualiteit van de burger.[5] De opkomst in de jaren negentig van verschijnselen als onderhandelend bestuur[6] en wederkerig bestuursrecht[7] kunnen als exemplarisch voor deze ontwikkeling worden beschouwd. Voorts kan in dit kader worden gewezen op het streven naar minder overheidsbemoeienis en een grotere nadruk op het particulier initiatief. Deze grotere vrijheid van de burger om over zijn eigen lot te beschikken vindt zijn keerzijde in de verwachting dat de burger veelal ook zelf verantwoordelijk is voor dat eigen lot.[8]

1.1.2 Tekorten in de rechtshandhaving

In de loop van de vorige eeuw steeg het aanbod van strafzaken zodanig, dat het op een gegeven moment onmogelijk bleek om in alle strafzaken waarin

4 Zie Hildebrandt 1994, p. 110 en Corstens 1997, p. 134. Zie voorts § 2.3.1.
5 Zie voor een korte weergave van dit proces in de context van de ontwikkeling in het denken over slachtofferschap Zijderveld 2003, p. 16-26. Zie voor een beschrijving van deze ontwikkeling ook meer uitgebreid Van der Meij 2010.
6 Zie onder meer Stout & Hoekema 1994 en Hoekema e.a. 1998.
7 Zie uitgebreid § 5.4.3.
8 Zie in dit kader uitgebreid Cleiren 2003. Zie voorts § 6.3.4.1.

strafvervolging opportuun was, de klassieke, volledig opgetuigde procedure uit het Wetboek van Strafvordering te (blijven) volgen. Deze situatie van ondercapaciteit ging zelfs zover dat midden jaren tachtig voor het eerst gesproken werd van een tekort in de rechtshandhaving. Vanaf dat moment tot op de dag van vandaag wordt met de regelmaat van de klok gewag gemaakt van dit tekort in de rechtshandhaving en vormt het zelfs één van de belangrijkste uitgangspunten van het justitieel (wetgevings)beleid.[9] De overheid heeft de oplossing voor dit tekort in de rechtshandhaving onder meer in een differentiatie van procesvormen gezocht. Thans neemt de wetgever bij de inrichting van het strafrechtelijk stelsel expliciet als uitgangspunt dat de berechting van de meest ernstige strafbare feiten, waarbij grote algemene en individuele belangen op het spel staan, dient te zijn omkleed met uitgebreide waarborgen, terwijl bij de afdoening van veelvoorkomende, lichte criminaliteit ook kan worden volstaan met een lichtere, met minder waarborgen omklede, procedure.[10] Maar ook voor die tijd waren er voor de afdoening van veelvoorkomende, lichte strafbare feiten al diverse van de klassieke procedure afwijkende wijzen van afdoening ontstaan.

Tot voor kort werd steevast aangenomen dat dergelijke procedures slechts aanvaardbaar zijn indien deze berusten op de instemming van de verdachte. De achtergrond van dit vereiste was gelegen in het recht op toegang tot de rechter zoals dat onder meer door artikel 6 EVRM wordt gegarandeerd. Dit recht staat er nu eenmaal aan in de weg dat de verdachte tegen zijn wil van de strafrechter wordt afgehouden. Afdoening door middel van een buitengerechtelijke procedure diende derhalve altijd te worden voorafgegaan door een op vrijwilligheid gebaseerde afstand van het recht op toegang tot de rechter door de verdachte.[11] Anders gezegd, het recht op toegang tot de rechter werd zo geïnterpreteerd dat de verdachte op vrijwillige basis moest instem-

9 Het eerste rapport dat gewag maakte van een dergelijk tekort in de rechtshandhaving was het Interim-rapport van de Commissie Roethof uit 1984 (zie Commissie kleine criminaliteit 1984). Een uitvoerig overzicht van rapporten waarin het handhavingstekort sindsdien als uitgangspunt van beleid wordt genomen, is te vinden bij Hildebrandt 2002, p. 2-3. Ook de veiligheidsnota 'Naar een veiliger samenleving' uit 2002 (*Kamerstukken II* 2002/03, 28 684, nr. 1) die de basis vormde voor het justitiële beleid van de afgelopen jaren, is mede op het bestaan van een dergelijk tekort gebaseerd. Zie voorts het rapport 'Handhaven en gedogen' van de Algemene Rekenkamer (*Kamerstukken II* 2004/05, 30 050, nrs. 1-2).

10 Zie het Algemeen kader herziening Wetboek van Strafvordering (*Kamerstukken II* 2003/04, 29 271, nr. 1), p. 12-13. Dit was ook een van de uitgangspunten van de onderzoeksgroep Strafvordering 2001, die pleitte voor de invoering van een drie sporen model, waarbij het derde spoor werd gevormd door een buitengerechtelijke vorm van afdoening voor de minder ernstige zaken waarbij het Openbaar Ministerie de bevoegdheid diende te krijgen zelfstandig sancties op te leggen. De Wet OM-afdoening van 7 juli 2006, *Stb*. 2006, 330, in werking getreden op 1 februari 2008, vormt de uitwerking van dit derde spoor. Zie Groenhuijsen & Knigge 2001, p. 41-42. Een dergelijk drie sporen model werd ook al eerder door Knigge voorgesteld (zie Knigge 1994, p. 75-80).

11 Zie § 2.7.1.4 voor de nadere theoretische onderbouwing van deze aanname aan de hand van Den Hartog 1993. Zie ook Machielse 2009, p. 109-111.

men met afdoening buiten de door de wet aan hem toegekende rechter om. Tot voor kort hadden alle vormen van buitengerechtelijke afdoening dan ook een consensueel karakter.

Inmiddels is men anders gaan denken over de verhouding tussen buitengerechtelijke afdoening en het recht op toegang tot de rechter. Met de invoering in 2008 van de mogelijkheid tot het uitvaardigen van een strafbeschikking door de officier van justitie[12] bij de Wet OM-afdoening[13] is voorafgaande instemming van de verdachte niet langer een vereiste om een feit buiten de strafrechter om te kunnen afdoen. Ingevolge artikel 257a Sv kan de officier van justitie thans eenzijdig een strafbeschikking aan de verdachte opleggen. Indien de verdachte zich daarin niet kan vinden, dient hij daartegen zelf binnen de daarvoor in artikel 257e lid 1 Sv bepaalde termijn verzet bij de strafrechter aan te tekenen. Ook onder de huidige wetgeving blijft derhalve staan dat de verdachte niet tegen zijn wil van de strafrechter kan worden afgehouden. Wel wordt thans het nodige initiatief van de verdachte verwacht om het recht op toegang tot de rechter te effectueren en kan hij dit recht pas verwezenlijken nadat het Openbaar Ministerie zijn schuld aan enig strafbaar feit heeft vastgesteld en hem ter zake een sanctie heeft opgelegd. Nu dit recht evenwel in alle gevallen zonder meer openstaat, zonder dat daarbij nadere eisen worden gesteld die de verdachte van het doen van verzet kunnen afhouden (bijvoorbeeld zekerheidsstelling), is er volgens de wetgever geen sprake van strijd met het recht op toegang tot de rechter.[14]

Voordat deze ontwikkeling naar een eenzijdig op te leggen strafbeschikking in gang was gezet, moest het concept van consensualiteit nog uitkomst bieden bij het terugdringen van het tekort in de rechtshandhaving. Aangenomen werd immers dat ingevolge het recht op toegang tot de rechter buitengerechtelijke afdoening van strafbare feiten slechts mogelijk was op grond van wilsovereenstemming tussen Openbaar Ministerie en verdachte. Het bestaan van consensus vormde aldus een noodzakelijk element voor het volgen van bepaalde procedures of het intreden van bepaalde rechtsgevolgen die er (mede) toe strekten de klassieke, gerechtelijke procedure te omzeilen. In de loop der jaren zijn dan ook diverse vormen van buitengerechtelijke afdoening ontstaan, die

12 Op grond van de artikelen 257b en 257ba Sv kan de bevoegdheid tot het uitvaardigen van strafbeschikkingen daarnaast ook aan daartoe aangewezen opsporingsambtenaren en bestuursorganen worden toegekend.

13 Wet OM-afdoening van 7 juli 2006, *Stb*. 2006, 330, grotendeels in werking getreden op 1 februari 2008.

14 Zie onder meer *Kamerstukken II* 2004/05, 29 849, nr. 3, p. 42, waarbij mede wordt verwezen naar de bekende arresten EHRM 21 februari 1984, Series A 73, *NJ* 1998, 937 (Özturk v. Germany) en EHRM 24 februari 1994, Series A 284, *NJ* 1994, 496 (Bendenoun v. France) waarin het Hof een vergelijkbare redenering ten aanzien van de bestuurlijke boete volgde. Zie kritisch over deze redenering De Graaf 2003, p. 819-820 en Crijns 2004a, p. 231-232. Zie voorts over de verhouding tussen buitengerechtelijke afdoening en artikel 6 EVRM Hartmann 2001, p. 82-89. Zie over de strafbeschikking ook § 2.2.2 en § 2.4.5.

noodzakelijkerwijze allemaal waren gebaseerd op het bestaan van consensus tussen het Openbaar Ministerie en de verdachte. Daarnaast werden onder druk van het handhavingstekort de toepassingsmogelijkheden van de reeds bestaande vormen van buitengerechtelijke afdoening steeds verder uitgebreid. Met name het gebruik van het reeds lang bestaande instrument van de transactie heeft sinds de drastische uitbreiding van midden jaren tachtig een hoge vlucht genomen.[15] Algemeen wordt dan ook aangenomen dat zonder het bestaan van de verschillende op consensualiteit gebaseerde mogelijkheden tot buitengerechtelijke afdoening, het strafrechtelijk apparaat al lang geleden onherroepelijk zou zijn vastgelopen.

Het is evenwel onjuist te stellen dat het gebruik van de verschillende mogelijkheden tot buitengerechtelijke afdoening uitsluitend is terug te voeren op een tekort in de rechtshandhaving. Dit blijkt reeds uit het feit dat dergelijke wijzen van afdoening al – zij het in veel beperktere mate – bestonden voordat er ook maar in enigerlei mate werd gesproken van een tekort in de rechtshandhaving. Zo dateert de huidige bevoegdheid van het Openbaar Ministerie een transactie met de verdachte aan te gaan reeds uit 1921.[16] Bedacht dient te worden dat het bestaan van de verschillende mogelijkheden tot buitengerechtelijke afdoening uiteindelijk wordt gerechtvaardigd door een kosten-batenanalyse, waarin het handhavingstekort slechts één – zij het een belangrijk – argument vormt. Zo kan het onverkort volgen van het klassieke strafproces in gevallen van veelvoorkomende, relatief lichte criminaliteit nogal eens zijn doel voorbij schieten.[17] Enerzijds omdat het strafproces voor alle partijen een tijdrovende en kostbare aangelegenheid is, anderzijds omdat een openbare terechtzitting voor de verdachte veelal een stigmatiserend effect heeft.[18] Reeds lang geleden is daarom onderkend dat in dergelijke gevallen de klassieke wijze van afdoening eenvoudigweg disproportioneel kan zijn aan de ernst van het betreffende strafbare feit. Hierbij dient te worden bedacht dat de inzet van het strafrecht traditioneel als *ultimum remedium* wordt beschouwd en dat ook binnen de context van het strafrecht op grond van het beginsel van subsidiariteit steeds naar het minst ingrijpende middel dient te worden gegrepen.

---

15 Zie in dit kader de Wet vermogenssancties van 31 maart 1983, *Stb*. 1983, 153, in werking getreden op 1 mei 1983, op grond waarvan het mogelijk werd om ook misdrijven door middel van een transactie af te doen. Zie voorts § 2.4.1.

16 Zie de Wet van 5 juli 1921 tot vereenvoudiging van de rechtspleging in lichte strafzaken, *Stb*. 1921, 833, tegelijk met het nieuwe Wetboek van Strafvordering in werking getreden op 1 januari 1926. Zie hierover s' Jacob 1936, p. 50-73 en Osinga 1992, p. 135-141.

17 Zie ook Hildebrandt 2002, p. 469-494 die concludeert dat de aard van de beschermde rechtsnorm buitengerechtelijke afdoening kan indiceren en dat buitengerechtelijke afdoening daarom niet uitsluitend met een tekort in de rechtshandhaving in verband moet worden gebracht.

18 Zie in dit kader ook Hartmann 2002, p. 96-98.

1.1.3 Onmacht in het optreden tegen georganiseerde criminaliteit

Een tweede verklaring voor de opkomst van consensualiteit binnen het strafrecht kan worden gevonden in de (beweerde) toename en veranderende aard van de zware, georganiseerde, grensoverschrijdende criminaliteit in de jaren tachtig en negentig van de vorige eeuw. In reactie hierop groeide ook de aandacht van politie en justitie voor deze categorie strafbare feiten en werden kosten noch moeite gespaard voor de succesvolle opsporing en vervolging hiervan.[19] De mogelijkheden die het Wetboek van Strafvordering op dat moment bood, schoten volgens politie en justitie echter ten enenmale tekort om een vuist te kunnen maken tegen 'de' georganiseerde criminaliteit. Een van de problemen waar politie en justitie tegenaan liepen was het feit dat veel getuigen – niet in de laatste plaats vanwege het feit dat veel van hen als (mede)verdachte aanspraak konden maken op het verschoningsrecht van artikel 219 Sv – weinig bereidwillig waren om een belastende verklaring af te leggen in dit type zaken, als gevolg waarvan politie en justitie in zaken van georganiseerde criminaliteit veelal met lege handen stonden:

> 'Bij het optreden tegen zeer ernstige misdrijven en tegen de georganiseerde criminaliteit is gebleken dat bewijsmateriaal veelal niet op vrijwillige basis ter beschikking wordt gesteld en getuigen niet steeds bereid zijn een verklaring af te leggen, terwijl deze niet effectief kan worden afgedwongen. Dit is in het bijzonder het geval bij georganiseerde criminaliteit. Niet te ontkennen valt dat de groei en betekenis van de georganiseerde criminaliteit van zo'n omvang is, dat bijzondere maatregelen op hun plaats zijn.'[20]

Ook voor deze problematiek bleek het concept van consensualiteit uitkomst te kunnen bieden, hetgeen uiteindelijk heeft geresulteerd in de inwerkingtreding in 2006 van de Wet toezeggingen aan getuigen in strafzaken,[21] nadat sinds het begin van de jaren negentig al zonder een expliciete wettelijke basis herhaaldelijk van dit instrument gebruik was gemaakt. Door het doen van de nodige toezeggingen (lees: het maken van een afspraak) bleek het voor het Openbaar Ministerie in bepaalde gevallen mogelijk getuigen over de streep te trekken om toch – ondanks het hen toekomende beroep op het verschoningsrecht van artikel 219 Sv en de (potentiële) dreiging van represailles uit het criminele milieu – belastende informatie in de vorm van een voor het bewijs bruikbare verklaring te verschaffen, waartoe zij zonder het bestaan van een dergelijke afspraak niet bereid zouden zijn geweest. Het moge duidelijk zijn dat deze vorm van consensualiteit van een geheel andere orde is dan de hiervoor genoemde consensuele procedures ter afdoening van strafbare feiten

---

19 Zie Van der Meij 2010, p. 286-291. Zie ook § 2.6.1.

20 Zie *Kamerstukken II* 1998/99, 26 294, nr. 3, p. 3.

21 Zie de Wet toezeggingen aan getuigen in strafzaken van 12 mei 2005, *Stb.* 2005, 254, in werking getreden op 1 april 2006. Zie voor de totstandkoming van deze wet § 2.6.2.

buiten de rechter om, niet in de laatste plaats omdat dergelijke afspraken met getuigen alleen mogen worden gemaakt in geval van zware, georganiseerde criminaliteit.[22] Voorts roepen dergelijke afspraken waarbij het Openbaar Ministerie als het ware informatie van – veelal criminele – getuigen 'koopt' al snel vragen van meer principiële aard op.[23]

1.1.4 Systeembreuk

Zelfs met deze basale introductie van de factoren die ten grondslag liggen aan de opkomst en ontwikkeling van consensualiteit binnen het strafproces, is het evident dat het gebruik van consensuele procedures en rechtsfiguren binnen de moderne strafrechtspleging in zekere zin een systeembreuk oplevert met het stelsel zoals dat in 1926 door de wetgever werd voorzien. Waar de notie van consensualiteit is gebaseerd op wilsovereenstemming en daarmee een zekere horizontale verhouding tussen partijen in het leven roept, is het Wetboek van Strafvordering uit 1926 (nog steeds) grotendeels gebaseerd op een autoritaire en verticale verhouding tussen Openbaar Ministerie en verdachte waarin het Openbaar Ministerie grotendeels eenzijdig de positie van de verdachte kan bepalen. Het feit dat de ontwikkeling richting meer consensualiteit voor een belangrijk deel uit nood werd geboren, doet niet af aan het feit dat het hier vanuit theoretisch perspectief wel degelijk om een belangrijke verschuiving gaat.[24] Door de mogelijkheid voor de verdachte met het Openbaar Ministerie in onderhandeling te treden en afspraken te maken over diens bevoegdheden, lijkt de hiervoor geschetste autoritaire, verticale verhouding tussen Openbaar Ministerie en verdachte in de richting van een meer horizontale, gelijkwaardige verhouding te kantelen. De verklaring voor een dergelijke gedeeltelijke verschuiving van het aan het strafrecht als systeem ten grondslag liggende uitgangspunt van eenzijdigheid is niettemin betrekkelijk eenvoudig: de strafrechtelijke praktijk had behoefte aan op consensualiteit gebaseerde procedures en het bestaande systeem – dat weliswaar op een ander uitgangspunt was gebaseerd – stond aan de ontwikkeling daarvan niet expliciet in de weg, hetgeen kan worden verklaard vanuit het feit dat consensualiteit zich steeds blijkt voor te doen daar waar de wet het Openbaar Ministerie een

22 Vgl. artikel 226g lid 1 Sv, alsmede § 3 van de Aanwijzing toezeggingen aan getuigen in strafzaken van 13 maart 2006, *Stcrt*. 2006, 56, geldig van 1 april 2006 tot 30 september 2010. Zie voorts § 2.6.5.

23 Zie § 2.7.3.

24 Vgl. in dit kader Damaška 1986, p. 184: 'It is (…) obvious that notions of negotiation and bargaining between the state prosecutor and the defendant are out of place. Where an official close to the center of government begins to negotiate state interests with a private individual, in the perspective of hierarchical authority this practice approximates an abdication of state sovereignty.'

discretionaire bevoegdheid toebedeelt.[25] Alleen wanneer het Openbaar Ministerie over discretionaire ruimte beschikt om zijn positie te bepalen, kan hij immers daadwerkelijk tot wilsovereenstemming met de verdachte komen. Naast dit impliciete vereiste van het bestaan van een discretionaire bevoegdheid stelt de wet voor het overige nauwelijks grenzen aan het ontstaan en het gebruik van dergelijke op consensualiteit gebaseerde procedures. Op het eerste gezicht lijkt dit wellicht vreemder dan het in werkelijkheid is. Uitgaande van de gedachte achter de structuur van het Wetboek van Strafvordering is het immers welhaast ondenkbaar dat het Openbaar Ministerie en de verdachte de behoefte voelen om met elkaar in zee te gaan. De wettelijke structuur is als gezegd veeleer gebaseerd op de veronderstelling dat het Openbaar Ministerie en de verdachte steeds en welhaast per definitie met elkaar van mening verschillen, waarna het aan de rechter is om het geschil te beslechten.

1.2 Vraagstelling en doel van het onderzoek

Het gebruik van op consensualiteit gebaseerde procedures binnen het strafrecht roept belangwekkende vragen op van zowel rechtstheoretische als rechtspolitieke en praktische aard. Kan het gebruik van consensuele procedures met het oog op het publiekrechtelijk karakter van het strafrecht wel als een legitiem instrument worden beschouwd in het kader van de rechtshandhavende taak van het Openbaar Ministerie? Hoe verhoudt het hanteren van op consensualiteit gebaseerde procedures zich tot het algemeen belang dat inherent is betrokken bij de strafrechtspleging, alsmede tot de belangen van derden die als belanghebbende bij het strafproces zijn betrokken, zoals het slachtoffer? Wat betekent het gebruik van consensuele procedures door het Openbaar Ministerie en de verdachte voor de positie van de rechter? In hoeverre kan er sprake zijn van zuivere wilsovereenstemming tussen principieel ongelijkwaardige rechtssubjecten als het Openbaar Ministerie en de verdachte? Hoe verhoudt het concept consensualiteit zich tot andere figuren binnen het recht die op wilsovereenstemming zijn gebaseerd, en meer in het bijzonder tot de (wederkerige) overeenkomst zoals deze in het Burgerlijk Wetboek is geregeld (artikelen 6:213 en 6:261 BW)? Is er in geval van consensuele procedures niet in wezen sprake van het gebruik van privaatrechtelijke of op het privaatrechtelijk contractenrecht geïnspireerde instrumenten door het Openbaar Ministerie en wordt daarmee het klassieke strafrecht niet op ongerechtvaardigde wijze omzeild? En indien de consensuele procedure in wezen kan worden beschouwd als een (type) overeenkomst, wat betekent dit dan voor de wijze waarop deze dient te worden genormeerd? Kan het privaatrechtelijk contractenrecht daarbij direct of indirect een rol spelen of staat het publiekrechtelijk

25 Zie meer uitgebreid § 2.3.1. Veelal gaat het daarbij om het opportuniteitsbeginsel van artikel 167 lid 2 en artikel 244 lid 3 Sv.

karakter van het strafrecht daaraan in de weg? Wat betekent het antwoord op de laatste vraag vervolgens voor de rol van het strafrecht ten aanzien van de verschillende op consensualiteit gebaseerde procedures?

Deze vragen kunnen telkens direct of indirect worden teruggevoerd op de in het voorgaande geconstateerde systeembreuk tussen enerzijds de op eenzijdigheid gebaseerde klassieke verhouding binnen het strafproces tussen Openbaar Ministerie en verdachte, en anderzijds de op wilsovereenstemming berustende consensuele procedures. Met het gebruik van op consensualiteit gebaseerde procedures is in feite een wezensvreemd element in de klassieke, op eenzijdigheid gebaseerde strafrechtelijke verhoudingen geslopen, dat zich tot deze laatste moet zien te verhouden. In de praktijk van de strafrechtspleging is dit reeds gedeeltelijk gebeurd, blijkens het relatief probleemloze gebruik van de verschillende op consensualiteit gebaseerde procedures ter afdoening buiten geding;[26] niettemin is ook in de praktijk nog het nodige onduidelijk. Met name het nieuwe instrument van de toezeggingen aan getuigen laat nog een aantal belangwekkende praktische vragen open, hetgeen bijvoorbeeld vorig jaar duidelijk werd toen de zogenoemde 'kroongetuige' in het omvangrijke strafproces onder de naam 'Passage', waarin een groot aantal verdachten wordt vervolgd wegens onder meer een aantal liquidaties in Amsterdam, zich dreigde terug te trekken uit de afspraak die hij met het Openbaar Ministerie had gemaakt over het afleggen van een getuigenverklaring in ruil voor strafvermindering in het kader van zijn eigen strafzaak.[27]

Veel van de bestaande onduidelijkheid rond de verschillende consensuele procedures in de praktijk van de strafrechtspleging, hangt samen met het feit dat op meer theoretisch niveau tot op heden weinig aandacht aan de aard en het rechtskarakter van deze procedures is besteed. Duidelijk is dat de consensuele procedures zijn gebaseerd op wilsovereenstemming tussen de betrokken rechtssubjecten: bij die vaststelling houdt de duidelijkheid evenwel goeddeels op. Enerzijds is het strafrecht prominent aanwezig binnen dit type procedures, nu het Openbaar Ministerie en de verdachte in hun strafvorderlijke hoedanigheid met elkaar tot een vergelijk komen binnen de context van het strafproces. Ook de inhoud en de doelstelling van dit type procedures heeft in het algemeen een duidelijk strafrechtelijk karakter: steeds gaat het om de wijze waarop het Openbaar Ministerie gebruik maakt van een van zijn strafvorderlijke bevoegdheden. Anderzijds doet de vorm van de consensuele procedure, gebaseerd als deze is op wilsovereenstemming, geenszins strafrechtelijk aan en wekt deze veeleer associaties met het privaatrechtelijk contractenrecht. Hoewel in het verleden het nodige onderzoek is gedaan naar een aantal op

26 Zie evenwel § 2.7.1.

27 Zie 'OM: kroongetuige moet afspraken gewoon nakomen', *NRC Handelsblad* 11 mei 2009, p. 1.

consensualiteit gebaseerde procedures afzonderlijk,[28] bestaat in zowel de rechtspraktijk als de wetenschap tot op heden weinig aandacht voor en mede daardoor weinig duidelijkheid over de aard en het rechtskarakter van dit type procedures.

Mede als gevolg daarvan is tot op heden ook de vraag hoe de verschillende consensuele procedures zich verhouden tot de klassieke, op eenzijdigheid gebaseerde rechtsverhouding tussen het Openbaar Ministerie en de verdachte binnen het strafproces, goeddeels onbeantwoord gebleven. Is er daadwerkelijk sprake van de in het voorgaande geconstateerde systeembreuk en wat zijn de gevolgen hiervan voor het klassieke, op eenzijdigheid gebaseerde strafproces en de daarin betrokken algemene en individuele belangen? Voorts bestaat als gevolg van het ogenschijnlijk diffuse rechtskarakter van de verschillende consensuele procedures onduidelijkheid over de vraag op welke wijze het gebruik van op consensualiteit gebaseerde procedures kan of dient te worden genormeerd, terwijl normering van het gebruik van dit type procedures mede met het oog op de verhouding tot de klassieke strafrechtelijke rechtsverhouding en de daarin betrokken algemene en individuele belangen van groot belang is. Met name de vraag of bij de normering van de verschillende consensuele procedures een rol kan toekomen aan het privaatrechtelijk contractenrecht is in dat kader interessant. Het voorgaande kan worden samengevat in een drietal vragen welke in dit onderzoek centraal zullen staan:

1 Kunnen de verschillende op consensualiteit gebaseerde procedures binnen de strafrechtspleging worden gezien als overeenkomsten, en zo ja, wat betekent dit voor de aard en het rechtskarakter van deze procedures in het licht van het onderscheid tussen publiekrecht en privaatrecht?
2 Hoe verhoudt het gebruik van op consensualiteit gebaseerde procedures zich tot de primair op eenzijdigheid gebaseerde verhouding binnen het strafproces tussen het Openbaar Ministerie en de verdachte?
3 Op welke wijze dienen de verschillende consensuele procedures – met inachtneming van het antwoord op de eerste twee vragen – te worden genormeerd? En kan daarbij een rol toekomen aan het privaatrechtelijk contractenrecht?

Als gezegd is beantwoording van deze vragen niet alleen van theoretisch belang, maar kan zij ook voor de praktijk van de strafrechtspleging van grote waarde zijn. Dit onderzoek is er dan ook mede op gericht vanuit een theoretisch perspectief de praktijk van de strafrechtspleging een aantal bruikbare algemene uitgangspunten te bieden die kunnen helpen bij de beantwoording van complexe vragen die in het kader van het gebruik van consensuele procedures kunnen rijzen. Dit is temeer van belang nu mede als gevolg van de wettelijke regeling van de toezeggingen aan getuigen verwacht mag worden

28 Zie met name Osinga 1992 en Van de Biggelaar 1994. Zie in dit verband ook Hildebrandt 1994 en Hildebrandt 1996.

dat dit type vragen in de toekomst meer nadrukkelijk aan de orde zal komen dan tot op heden het geval was.

1.3 AFBAKENING

Uit de gestelde onderzoeksvragen vloeit voort dat de verschillende consensuele procedures in dit onderzoek als een maatschappelijke realiteit worden beschouwd. Hoewel zij voor wat betreft hun rechtsvorm – vooralsnog te omschrijven als op wilsovereenstemming gebaseerde meerzijdigheid – nog steeds een vreemde eend in de bijt van de op eenzijdigheid gebaseerde strafrechtelijke vijver vormen, hebben zij zowel vanuit temporeel als kwantitatief opzicht een vaste plaats binnen onze strafrechtspleging weten te verwerven. In dat opzicht is dan ook sprake van een *fait accompli*, waarmee de vraag naar de wenselijkheid van het gebruik van dit type procedures tot op zekere hoogte achterhaald is. Deze vraag zal in dit onderzoek dan ook niet afzonderlijk onderwerp van aandacht vormen. Vanzelfsprekend zal in de loop van het onderzoek op gezette plaatsen worden ingegaan op de voordelen van en de bezwaren tegen het gebruik van op consensualiteit gebaseerde procedures, maar dit gebeurt steeds betrekkelijk zijdelings en in beschrijvende zin, met het oog op de beantwoording van de geformuleerde onderzoeksvragen. Dit onderzoek is niet gericht op een finale afweging over *de* wenselijkheid van consensualiteit binnen het strafrecht. Voor zover een dergelijke afweging al te maken zou zijn, is de waarde daarvan betrekkelijk. Een dergelijke afweging kan beter worden gemaakt voor de verschillende typen consensuele procedures afzonderlijk, nu de verschillende typen consensuele procedures elk hun eigen context, doelstelling en karakteristieken hebben en het antwoord op de vraag naar de wenselijkheid, mede met het oog op de actuele belangen en noden in de praktijk van de strafrechtspleging, voor de verschillende typen procedures zonder meer uiteen kan lopen. Meer concreet, de vraag naar de wenselijkheid van het gebruik van transacties ter afdoening van lichte, veelvoorkomende strafbare feiten is in verschillende opzichten een andere dan de vraag naar de wenselijkheid van het gebruik van afspraken met getuigen ter verkrijging van een voor het bewijs bruikbare getuigenverklaring. Gemeenschappelijk aan beide vragen is de kwestie of en in hoeverre het gewenst is dat het Openbaar Ministerie zijn taken uitvoert met behulp van een rechtsfiguur die is gebaseerd op wilsovereenstemming in plaats van door eenzijdige bevoegdheidsuitoefening. Deze overkoepelende vraag kan evenwel onmogelijk worden beantwoord los van de karakteristieken, doelstellingen en context van de specifieke rechtsfiguren. De voor- en nadelen van een dergelijke consensuele wijze van handelen kunnen weliswaar in zijn algemeenheid worden weergegeven, de finale afweging dient op het niveau van de voorliggende rechtsfiguur te worden gemaakt.

Een andere keuze die toelichting behoeft is de afbakening van het onderzoeksobject zelf. Zoals in het tweede hoofdstuk nader zal worden toegelicht, heeft het concept consensualiteit een specifieke betekenis en dekt het niet alle vormen van wilsovereenstemming binnen de context van de strafrechtspleging in ruime zin.[29] Het gaat in het navolgende steeds om de burger die door het Openbaar Ministerie als *verdachte* wordt aangemerkt en *in die hoedanigheid en binnen de context van zijn eigen strafproces* tot een vergelijk komt met het Openbaar Ministerie. Met name dit type procedure is interessant omdat daarin de genoemde systeembreuk het meest duidelijk tot uiting komt: in een traditioneel op eenzijdige bevoegdheidsuitoefening gedomineerde verhouding besluit het Openbaar Ministerie niettemin zijn taak te vervullen met behulp van instrumenten die zijn gebaseerd op wilsovereenstemming met de verdachte. De hier gemaakte keuze brengt met zich dat consensuele procedures met burgers die niet als verdachte worden beschouwd, althans niet in die specifieke hoedanigheid de consensuele procedure aangaan, in dit onderzoek buiten beschouwing blijven. Dit raakt met name de bijstand van burgers in het kader van de opsporing. Allerhande formele of informele afspraken met informanten en infiltranten blijven buiten beschouwing, evenals de regeling van de tipgelden die ook een consensueel element in zich draagt.[30] Ook volgt uit het gekozen perspectief dat in dit onderzoek geen plaats is ingeruimd voor afspraken, convenanten, akkoorden etc. die het Openbaar Ministerie in het kader van zijn rechtshandhavende taak op beleidsmatig niveau aangaat met zogenoemde ketenpartners als de politie, de rechtsprekende macht, de reclassering, lokale overheden etc.

Een terrein dat blijkens het voorgaande wel zonder meer onder het concept van consensualiteit kan worden geschaard, is de buitengerechtelijke afdoening van strafbare feiten. Zowel de transactie en het voorwaardelijk sepot als de schikking in het kader van de ontnemingsprocedure berusten zonder meer op wilsovereenstemming tussen Openbaar Ministerie en verdachte. Waar instemming van de verdachte voorheen zonder meer een vereiste was om een strafbaar feit buiten de rechter om te kunnen afdoen, komt in deze situatie als gezegd geleidelijk verandering als gevolg van de gefaseerde inwerkingtreding van de Wet OM-afdoening die voorziet in de invoering van de mogelijkheid voor het Openbaar Ministerie strafbare feiten eenzijdig buiten de rechter om af te doen door middel van het uitvaardigen van een strafbeschikking.[31] Dit instrument strekt ertoe de huidige op consensualiteit gebaseerde mogelijkheden tot buitengerechtelijke afdoening op termijn (vrijwel) volledig te vervangen, als gevolg waarvan het stelsel van buitengerechtelijke afdoening in de toekomst voor het overgrote deel niet langer door consensualiteit maar door eenzijdige bevoegdheidsuitoefening wordt gekenmerkt. Niettemin is ervoor

29 Zie § 2.3.1.
30 Zie over dit type afspraken onder meer Buruma 1999. Zie ook § 2.6.
31 Zie meer uitgebreid § 2.2.2 en § 2.4.5

gekozen de huidige consensuele mogelijkheden tot buitengerechtelijke afdoening integraal in dit onderzoek te betrekken. Ten eerste omdat het nog enige tijd zal duren voordat de transformatie van consensuele buitengerechtelijke afdoening naar eenzijdige buitengerechtelijke afdoening daadwerkelijk zal zijn voltooid;[32] ten tweede omdat de huidige consensuele mogelijkheden van buitengerechtelijke afdoening ook na de volledige implementatie van de Wet OM-afdoening niet volledig zullen verdwijnen. Het voorwaardelijk sepot blijft hoe dan ook behouden, terwijl over het definitief laten vervallen van de transactiebevoegdheid pas een besluit zal worden genomen na evaluatie van de Wet OM-afdoening vijf jaar na inwerkingtreding.[33] Bij deze stand van zaken is het nog te vroeg de consensuele mogelijkheden tot buitengerechtelijke afdoening geheel terzijde te schuiven. Daar komt bij dat dit onderzoek is gericht op de beantwoording van de meer algemene vraag hoe consensuele procedures binnen de strafrechtelijke context dienen te worden geduid voor wat betreft hun rechtskarakter en hun verhouding tot de op eenzijdigheid gebaseerde verhoudingen binnen het strafproces. De verschillende consensuele procedures ter afdoening buiten geding kunnen zonder meer helpen bij beantwoording van deze meer algemene vraag, reden waarom zij ondanks hun ongewisse toekomst in dit onderzoek worden betrokken.

1.4 Methodische verantwoording

De gestelde onderzoeksvragen, die zich primair richten op de aard van de verschillende consensuele procedures binnen het strafrecht en hun verhouding tot de primair op eenzijdigheid gebaseerde verhoudingen binnen het strafproces, kunnen op verschillende wijzen worden benaderd. Zo kan externe rechtsvergelijking de nodige interessante gezichtspunten opleveren, nu ook in veel van de ons omringende landen gebruik wordt gemaakt van procedures die op enigerlei wijze zijn gebaseerd op wilsovereenstemming tussen de verschillende procesdeelnemers.[34] Ook kan een meer rechtspolitieke benadering worden gevolgd door met name te kijken naar de bijdrage die consensuele procedures aan de strafrechtspleging kunnen leveren en deze af te zetten tegen de bezwaren die tegen het gebruik van dergelijke procedures bestaan. Beide benaderingen zijn evenwel minder geschikt voor de beantwoording van de geformuleerde onderzoeksvragen die zich in het bijzonder richten op de ogenschijnlijk gespannen verhouding tussen de op consensualiteit gebaseerde

32 Zie voor de wijze van implementatie Kessler & Keulen 2008, p. 121-131 en Crijns 2009, p. 973-975.

33 Zie artikel XXIa van de Wet OM-afdoening van 7 juli 2006, *Stb.* 2006, 330, grotendeels in werking getreden op 1 februari 2008. Zie voorts § 2.4.5.

34 Zie onder meer Tak 1994a en Tak 1994b, Den Hartog & Stamhuis 1996, Brants & Stapert 2004a, Thaman 2007 en Lensing 2008.

procedures en de klassieke, op eenzijdigheid gebaseerde, verticale verhouding tussen het Openbaar Ministerie en de verdachte binnen het strafrecht. Deze vragen vereisen inzicht in de specifieke aard, uitgangspunten en kenmerken van enerzijds de verhouding zoals die binnen het klassieke, door het Wetboek van Strafvordering beschreven, strafproces tussen het Openbaar Ministerie en de verdachte bestaat en anderzijds de verhouding tussen het Openbaar Ministerie en de verdachte zoals die bestaat wanneer zij in het kader van een consensuele procedure met elkaar tot een vergelijk komen. Op het eerste gezicht staan deze beide verhoudingen voor wat betreft hun uiterlijke kenmerken lijnrecht tegenover elkaar: de klassieke strafrechtelijke verhouding kenmerkt zich door eenzijdige bevoegdheidsuitoefening zijdens de strafvorderlijke overheid, terwijl de verhouding in het kader van de consensuele procedure is gebaseerd op meerzijdigheid en wilsovereenstemming. Hierbij doet deze laatste verhouding voor wat betreft zijn uiterlijke kenmerken wellicht nog het meest denken aan de contractuele relatie tussen partijen die een overeenkomst met elkaar aangaan.

Het ligt dan ook alleszins voor de hand het privaatrecht in het onderzoek te betrekken. In dit onderzoek wordt daarom gebruik gemaakt van de methodiek van interne rechtsvergelijking. Hoewel het strafrecht en het privaatrecht zonder meer op verschillende uitgangspunten zijn gebaseerd, liggen juist in de specifieke kenmerken van de contractuele relatie tussen partijen binnen het privaatrecht mogelijk goede aanknopingspunten voor de duiding van de verhouding tussen het Openbaar Ministerie en de verdachte binnen de context van een consensuele procedure. Als gezegd wordt hierbij in het bijzonder de vraag onder ogen gezien of de verschillende consensuele procedures zelf als een overeenkomst kunnen worden beschouwd. Voorts wordt in het kader van de derde onderzoeksvraag bekeken of en in hoeverre in het kader van de normering van de verschillende consensuele procedures betekenis kan toekomen aan de normen van het privaatrechtelijk contractenrecht. In het zevende hoofdstuk wordt aan de hand van de theoretische verhouding tussen het privaatrecht en het bestuursrecht een criterium ontwikkeld met behulp waarvan deze laatste vraag kan worden beantwoord. Een dergelijke benadering kan bepaald bruikbare gezichtspunten opleveren nu het fenomeen van het gebruik van op consensualiteit gebaseerde procedures binnen een primair door eenzijdigheid gedomineerde verhouding niet exclusief is voor het strafrecht. Een vergelijkbaar fenomeen doet zich voor binnen de context van het bestuursrecht waarin gebruik wordt gemaakt van de publiekrechtelijke overeenkomst. Nu zich in het kader hiervan vergelijkbare vragen voordoen als binnen het strafrecht ten aanzien van het gebruik van consensuele procedures, ligt het alleszins voor de hand de interne rechtsvergelijking te verbreden door daarbij ook het bestuursrecht te betrekken.

De methode van de interne rechtsvergelijking behoeft een instrument met behulp waarvan zij kan worden geoperationaliseerd. Nu de verschillende klassieke rechtsdomeinen privaatrecht, strafrecht en bestuursrecht voor wat

betreft hun inhoud, uiterlijke kenmerken en terminologie sterk van elkaar verschillen, kunnen de rechtsverhoudingen daarbinnen immers niet zonder meer met elkaar worden vergeleken. Daarom wordt dit onderzoek mede opgebouwd aan de hand van het concept van de rechtsbetrekking.[35] Zoals in het vijfde hoofdstuk nader zal worden toegelicht, betreft het hier een theoretisch concept dat neutraal is ten opzichte van de verschillende rechtsdomeinen doordat het abstraheert van de specifieke inhoudelijke kenmerken daarvan.[36] Aan de hand van het concept van de rechtsbetrekking kunnen verhoudingen binnen het recht die voor wat betreft hun herkomst en inhoud sterk van elkaar verschillen, niettemin onder een gemeenschappelijke noemer worden gebracht en met elkaar worden vergeleken doordat het concept van de rechtsbetrekking zich – ondersteund door een aantal onderscheidende begrippenparen als symmetrie en asymmetrie, en eenzijdigheid en wederkerigheid[37] – op de uitwendige kenmerken van deze verhoudingen richt: het aantal betrokken rechtssubjecten, de vraag in hoeverre de betrokken rechtssubjecten invloed op de onderlinge rechtsverhouding kunnen uitoefenen, de onderlinge machtsverhouding tussen de verschillende rechtssubjecten, de wijze waarop de rechten, bevoegdheden en verplichtingen binnen de rechtsverhouding over de betrokken rechtssubjecten zijn verdeeld etc. Het concept van de rechtsbetrekking biedt daardoor niet alleen de gelegenheid de specifieke kenmerken van de verschillende rechtsdomeinen in domeinneutrale bewoordingen te duiden en met elkaar te vergelijken, maar ook om met het oog op de beantwoording van de tweede onderzoeksvraag de ogenschijnlijk tegenstrijdige verhoudingen tussen het Openbaar Ministerie en de verdachte binnen enerzijds het klassieke strafproces en anderzijds de consensuele procedure onder een gemeenschappelijke noemer te brengen, opdat de kenmerken van deze beide verhoudingen zinvol met elkaar kunnen worden vergeleken en een gefundeerde conclusie kan worden getrokken voor wat betreft de vraag hoe zij zich tot elkaar verhouden.

1.5 Opbouw van het onderzoek

Het onderzoek is onderverdeeld in een drietal delen.

Deel I – De strafrechtelijke overeenkomst
In het eerste deel wordt de thematiek van de consensualiteit verder uitgewerkt met het oog op de beantwoording van het eerste aspect van de eerste onderzoeksvraag, de vraag of de verschillende consensuele procedures als overeen-

35 Zie over het nut van comparatieve begrippen binnen de externe rechtsvergelijking Van Laer 1997.
36 Zie § 5.1 en § 5.2.8.
37 Zie § 5.3.

komst kunnen worden beschouwd. Hiertoe worden in het tweede hoofdstuk de verschillende op consensualiteit gebaseerde procedures eerst in kaart gebracht en besproken. Hierbij staat de bespreking van het consensuele karakter van deze procedures voorop, hetgeen betekent dat de verschillende procedures niet in detail worden belicht. Slechts op de toezeggingen aan getuigen wordt meer uitgebreid ingegaan, nu dit instrument de meest recente loot aan de stam van de consensualiteit vormt en voorts in het licht van de gestelde onderzoeksvragen de meest interessante vragen zal blijken op te roepen. Aan het slot van dit hoofdstuk worden voorts de bezwaren tegen het gebruik van consensuele procedures belicht, als gezegd niet met het oog op het maken van een finale afweging met betrekking tot de vraag naar de wenselijkheid van het gebruik van consensuele procedures, maar met name met het oog op de later in dit onderzoek te bespreken kwestie van de normering van de verschillende op consensualiteit gebaseerde procedures.

In het derde hoofdstuk wordt vervolgens in vogelvlucht gekeken naar het overeenkomstenrecht, enerzijds met het doel duidelijk te maken wat binnen het privaatrecht wordt verstaan onder het begrip overeenkomst, anderzijds met het doel te laten zien hoe deze rechtsfiguur binnen het privaatrecht wordt genormeerd. Deze beschouwing vormt het vertrekpunt voor de in het vierde hoofdstuk te beantwoorden vraag of en in hoeverre de verschillende consensuele procedures kunnen worden beschouwd als overeenkomst. Dit zal voor de meeste op consensualiteit gebaseerde procedures het geval blijken te zijn, waarna deze procedures voor het vervolg van het onderzoek worden aangeduid als strafrechtelijke overeenkomst. De beschouwingen in het derde hoofdstuk vormen voorts een van de aanknopingspunten voor de in het zevende en achtste hoofdstuk te bespreken kwestie van de normering van publiekrechtelijke en strafrechtelijke overeenkomsten.

Deel II – Rechtsbetrekkingen

Het tweede deel van het onderzoek richt zich op de duiding van de verhouding tussen het Openbaar Ministerie en de verdachte zoals deze bestaat in de situatie waarin geen sprake is van een strafrechtelijke overeenkomst. Deze verhouding wordt beschouwd als de context waarbinnen strafrechtelijke overeenkomsten worden aangegaan. Met het oog op de tweede onderzoeksvraag die zich richt op de verhouding tussen de op consensualiteit gebaseerde procedure en de klassieke verhoudingen binnen het strafrecht is het van belang ook deze context te beschrijven. Hierbij wordt als gezegd gebruik gemaakt van het theoretische concept van de rechtsbetrekking, nu dit concept gezien zijn domeinneutrale karakter geschikt is om verhoudingen binnen het recht die op het eerste gezicht sterk van elkaar verschillen voor wat betreft hun herkomst en inhoud onder een gemeenschappelijke noemer te brengen opdat zij met elkaar kunnen worden vergeleken.

Het concept van de rechtsbetrekking wordt in het vijfde hoofdstuk eerst aan de hand van het werk van de Duitse rechtstheoreticus Achterberg geïntro-

duceerd. Vervolgens wordt een aantal onderscheidende begrippenparen als symmetrie en asymmetrie, en eenzijdigheid en wederkerigheid besproken met behulp waarvan een aantal basale kenmerken van de rechtsbetrekking tot uitdrukking kan worden gebracht zonder daarbij van terminologie uit de afzonderlijke rechtsdomeinen gebruik te hoeven maken. Deze onderscheidingen worden vervolgens toegepast op de verhoudingen binnen de drie klassieke rechtsdomeinen opdat de overeenkomsten en verschillen tussen deze verhoudingen aan het licht komen. In het zesde hoofdstuk wordt de strafrechtelijke rechtsbetrekking meer inhoudelijk ingevuld, nu deze de context vormt waarbinnen de verschillende strafrechtelijke overeenkomsten worden gesloten. Hierbij wordt niet alleen de rechtsbetrekking met de verdachte besproken, maar ook de rechtsbetrekking met de getuige, nu in het kader van het instrument van de toezeggingen aan getuigen (die immers tevens verdachten zijn) beide type rechtsbetrekkingen als het ware met elkaar samenvallen.

Deel III – De overeenkomst en de rechtsbetrekking
Het derde deel van het onderzoek richt zich vervolgens op het samenbrengen van de bevindingen over de strafrechtelijke overeenkomst uit het eerste deel met de kenmerken van de strafrechtelijke rechtsbetrekking zoals die in het tweede deel zijn belicht. Daartoe zal in hoofdstuk zeven eerst de theorievorming over het grensvlak van publiekrecht en privaatrecht zoals deze in de voorbije anderhalve eeuw is ontwikkeld, worden besproken. Deze theorievorming richt zich in hoofdzaak op de verhouding tussen het privaatrecht en het bestuursrecht, maar zal bruikbare gezichtspunten blijken op te leveren voor de vraag hoe de strafrechtelijke overeenkomst zich tot de onderliggende strafrechtelijke rechtsbetrekking verhoudt, niet in de laatste plaats omdat een vergelijkbare vraag in de context van het bestuursrecht speelt ten aanzien van het gebruik van de publiekrechtelijke overeenkomst.

In het achtste hoofdstuk worden tot slot de resterende onderzoeksvragen beantwoord. Wat is de aard van de strafrechtelijke overeenkomst? Gaat het hier om een strafrechtelijke, een privaatrechtelijke of een gemengde rechtsfiguur? En hoe verhoudt de overeenkomst zich tot de klassieke, primair op eenzijdigheid gebaseerde verhouding tussen Openbaar Ministerie en verdachte? Biedt deze laatste ruimte tot het sluiten van overeenkomsten, en zo ja, tot in hoeverre? Ten derde wordt de belangrijke vraag beantwoord hoe de strafrechtelijke overeenkomst dient te worden genormeerd en of en in hoeverre daarbij een rol kan toekomen aan het privaatrechtelijk contractenrecht. Tot slot wordt aandacht besteed aan de rechtspleging rond de strafrechtelijke overeenkomst en de competentieverdeling in dat kader tussen de strafrechter en de civiele rechter.

In hoofdstuk negen worden de belangrijkste conclusies samengevat en wordt een aantal aanbevelingen aan de rechter en de wetgever gedaan.

Deel I

De strafrechtelijke overeenkomst

2 Consensualiteit in het strafrecht

2.1 INLEIDING

In dit hoofdstuk worden de verschillende op consensualiteit gebaseerde procedures en rechtsfiguren binnen het strafrecht in kaart gebracht. Met deze inventarisatie wordt in feite het object van onderzoek bepaald. Het gaat hierbij uitdrukkelijk om de consensuele 'momenten'[1] zoals die in de praktijk van de strafrechtspleging voorkomen. Het gaat daarbij derhalve niet slechts om een inventarisatie van rechtsfiguren of procedures die uitdrukkelijk in het Wetboek van Strafvordering of het Wetboek van Strafrecht zijn geregeld. Naast een catalogus van de verschillende op consensualiteit gebaseerde procedures en rechtsfiguren zoals die in de praktijk van de strafrechtspleging worden gehanteerd, bevat dit hoofdstuk tevens een bespreking van het strafrechtelijk normatief kader van deze procedures en rechtsfiguren alsmede de meest voorkomende bezwaren tegen het gebruik van dergelijke procedures en rechtsfiguren. Hiermee vormt dit hoofdstuk de basis voor de meer theoretische bespiegelingen in de latere hoofdstukken.

In het vervolg van dit hoofdstuk wordt voor een goed begrip van de verschillende consensuele procedures eerst kort een aantal in dit kader belangrijke begrippen als geding en procesverplichting besproken (§ 2.2). Vervolgens wordt het begrip consensualiteit zoals dat in de inleiding reeds is geïntroduceerd, nader gedefinieerd (§ 2.3), waarna in § 2.4 tot en met § 2.6 de verschillende consensuele procedures en rechtsfiguren achtereenvolgens worden besproken. Hierbij worden zij gerangschikt naar het doel waarmee zij worden aangegaan. Bij de bepaling van het beoogde doel van de verschillende procedures en rechtsfiguren wordt uitgegaan van het perspectief van het Openbaar Ministerie.[2] Dit criterium leidt tot een indeling in drie categorieën: consensuele procedures 1) ter vermijding van het geding; 2) ter verkorting van het geding; 3) ter verkrijging van bewijs. De bespreking van deze verschillende procedures

---

1 Nu het niet steeds daadwerkelijk om een (rechts)figuur of een aparte procedure gaat, zijn enigszins verhullende benamingen als consensueel 'moment' of consensueel 'aspect' als verzamelnamen het meest zuiver. Niettemin zal in het vervolg afwisselend van consensuele (rechts)figuren, consensuele procedures en consensuele momenten worden gesproken, waarbij telkens wordt gedoeld op alle vormen van consensualiteit binnen de strafrechtspleging.

2 Het spreekt vanzelf dat dit doel niet hoeft samen te vallen met het doel dat het andere rechtssubject, de verdachte of de getuige, met de procedure voor ogen heeft.

gaat vergezeld van een beschrijving van het normatieve kader van deze procedures, voor zover dat uit de strafrechtelijke regelgeving, jurisprudentie en dogmatiek blijkt. Tot slot wordt in § 2.7 aandacht besteed aan de schaduwkanten van het gebruik van op consensualiteit gebaseerde procedures. De problemen van en de bezwaren tegen het gebruik van dit type procedures hebben in de strafrechtelijke literatuur van de afgelopen jaren betrekkelijk veel aandacht gekregen en mogen daarom als goeddeels bekend worden verondersteld. Niettemin is een korte bespreking van deze schaduwkanten onmisbaar, omdat het belang van normering mede in het licht van deze bezwaren dient te worden beoordeeld. Grofweg kan worden gesteld dat elk bezwaar tegen het gebruik van consensuele procedures kan worden gezien als een signaal op welk punt normering geboden is. Bij de bespreking van de bezwaren tegen de verschillende consensuele procedures wordt aangesloten bij de eerder gehanteerde driedeling.

2.2 Enkele relevante begrippen

Alvorens in te gaan op de begripsomschrijving van consensualiteit, dient eerst kort te worden stilgestaan bij een aantal begrippen die nauw verbonden zijn met (de context van) de verschillende consensuele procedures; het betreft het begrip geding en de daarvan afgeleide concepten afdoening buiten geding en gedingverkorting, alsmede het begrip procesverplichting.

2.2.1 Geding, afdoening buiten geding en gedingverkorting

Aan het begrip geding wordt over het algemeen een formele invulling gegeven. Met dit begrip wordt gedoeld op de klassieke, volledig opgetuigde procedure zoals die is beschreven in Titel V en Titel VI van het Tweede Boek van het Wetboek van Strafvordering: de procedure die door het Openbaar Ministerie door middel van dagvaarding van de verdachte wordt ingeleid en waarbij de rechter op basis van de tenlastelegging en het openbare onderzoek ter terechtzitting tot een einduitspraak komt.[3] Deze visie wordt ondersteund door de redactie van artikel 258 Sv dat bepaalt dat de zaak ter zitting aanhangig wordt gemaakt door middel van een dagvaarding, waarmee het rechts*geding* een aanvang neemt.[4] Het begrip geding moet aldus niet worden gezien als een materieel begrip en ziet derhalve op zichzelf niet op een conflict of een geschil, hoewel dit natuurlijk doorgaans wel de aanleiding tot deze procedure

3 Ook de op een aantal punten vereenvoudigde procedures voor de politierechter en de kantonrechter ex Titel VII respectievelijk Titel VIII, worden onder het begrip geding geschaard.

4 Zie ook Nijboer 1987, p. 89.

voor de rechter – het geding – zal zijn. Het begrip geding ziet slechts op de vorm (de procedure voor de rechter ex Titel V en VI van het Wetboek van Strafvordering) en niet op de inhoud (het onderliggende conflict). Zo is het voorstelbaar dat er een geding plaatsvindt, terwijl er niet of nauwelijks verschil van mening bestaat tussen het Openbaar Ministerie en de verdachte over de onderliggende materie. Hierbij kan bijvoorbeeld worden gedacht aan de situatie waarin de verdachte het tenlastegelegde onvoorwaardelijk bekent en ook de strafoplegging nauwelijks onderwerp van debat is. Ook in dergelijke gevallen kan er niettemin behoefte aan een geding bestaan, bijvoorbeeld wanneer een groot publiek belang wordt gediend met berechting in het openbaar of wanneer het voeren van een geding noodzakelijk is voor de gewenste sanctie.[5]

Het voorgaande impliceert dat met de term afdoening buiten geding – ook wel aangeduid als gedingvermijding – wordt gedoeld op de situatie waarin een strafzaak wordt afgedaan zonder daarbij een rechter te betrekken. De meest bekende vormen hiervan zijn de transactie en het voorwaardelijk sepot. Het begrip gedingverkorting ziet op zijn beurt op de situatie waarin het conflict weliswaar via de traditionele gerechtelijke procedure wordt beslecht, maar op bepaalde punten wordt ingekort. De meest bekende vorm van gedingverkorting is de voeging ad informandum, maar tijdens het onderzoek ter terechtzitting kunnen op *ad hoc* basis nog diverse andere momenten voorkomen die onder de noemer gedingverkorting kunnen worden geschaard.

Voor de goede orde zij benadrukt dat het begrip geding uitdrukkelijk niet op elke rechterlijke interventie in het kader van een strafzaak ziet, doch slechts op de situatie waarin de rechter door middel van een dagvaarding wordt ingeschakeld teneinde zich uit te spreken over de tenlastelegging en daarmee het conflict – indien mogelijk – ten gronde te beslechten. Dit betekent dat rechterlijke inmenging wel degelijk mogelijk is in zaken waarin het strafbare feit (uiteindelijk) buiten geding wordt afgedaan. Hierbij kan worden gedacht aan allerhande raadkamerprocedures, bijvoorbeeld in het kader van (de schorsing van) de voorlopige hechtenis, of aan een gerechtelijk vooronderzoek onder leiding van de rechter-commissaris. Ook na dergelijke rechterlijke bemoeienis kan het feit in een later stadium nog wel degelijk 'buiten geding' worden afgedaan.

2.2.2 Procesverplichting

Het begrip procesverplichting ligt in het verlengde van het begrip geding en vormt als het ware de normatieve pendant hiervan: het schrijft voor in welke gevallen het geding in bovenstaande zin dient te worden gevoerd.[6] Van een

5 Zo kunnen straffen die (mede) tot vrijheidsbeneming strekken ingevolge artikel 113 lid 3 Gw slechts door de rechter worden opgelegd. Zie meer uitgebreid § 2.2.2.

6 Zie Nijboer 1987, p. 98 en p. 195, die zich baseert op Kaufmann 1968. Zie ook Nijboer 1995.

procesverplichting wordt derhalve gesproken indien het intreden van een bepaald rechtsgevolg afhankelijk is gesteld van rechterlijke tussenkomst. In het civiele recht en het bestuursrecht is een dergelijke procesverplichting een zeldzaamheid, hoewel ook binnen deze rechtsgebieden bepaalde rechtsgevolgen – bijvoorbeeld een faillissement of een onteigening – slechts door middel van een rechterlijke beslissing kunnen worden gerealiseerd. Het strafrecht daarentegen is van oudsher op de procesverplichting gebaseerd, hetgeen duidelijk blijkt uit de wijze waarop het Wetboek van Strafrecht uit 1886 en het Wetboek van Strafvordering uit 1926 zijn opgebouwd. De gedachte van deze wetboeken was dat het materiële strafrecht zich slechts kan verwezenlijken door middel van het strafprocesrecht, dat op zijn beurt van een procedure ten overstaan van de rechter uitgaat. Binnen het strafrecht is het klassieke uitgangspunt derhalve dat de materiële strafbaarstellingen en sanctienormen zich slechts kunnen verwezenlijken door middel van een geding. Binnen de strafrechtelijke context wordt deze procesverplichting ook wel uitgedrukt door middel van het adagium *nulla poena sine iudicio*: geen bestraffing zonder beoordeling van de zaak door de rechter.[7]

Deze procesverplichting kan voor wat betreft het strafrecht worden herleid tot artikel 113 Grondwet. Tot op zekere hoogte kan worden volgehouden dat in het eerste lid van deze bepaling – waarin wordt bepaald dat de berechting van strafbare feiten aan de rechterlijke macht is opgedragen – een wat 'zachte' procesverplichting ligt besloten. Hoewel de bedoeling van deze bepaling anders lijkt, laat deze formulering immers op zichzelf nog ruimte voor strafvordering buiten de rechter om. In ieder geval is altijd aangenomen dat de buitengerechtelijke afdoening van strafbare feiten door het Openbaar Ministerie door middel van een transactie of een voorwaardelijk sepot door de beugel kon. Een dergelijke gang van zaken stond op zichzelf niet op gespannen voet met artikel 113 lid 1 Grondwet, nu deze wijzen van afdoening duidelijk geen berechting inhouden. Er is bij de transactie en het voorwaardelijk sepot immers geen sprake van schuldvaststelling en bestraffing, noch van verwezenlijking van het materiële strafrecht, maar juist van het voorkomen van dit alles (zij het in ruil voor het voldoen aan een aantal voorwaarden door de verdachte).[8] In de discussie die ruim tien jaar geleden ontstond naar aanleiding van de plannen de officier van justitie een zelfstandige sanctiebevoegdheid toe te kennen, rees vervolgens de vraag of artikel 113 lid 1 Gw ook ruimte tot daadwerkelijke schuldvaststelling en bestraffing door anderen dan de rechter laat. Voorstanders van een dergelijke zelfstandige sanctiebevoegdheid, waaronder

7 Zie Hildebrandt 2002, p. 337; zie ook Nijboer 1987, p. 98 waar hij stelt dat de vrijwel onverkorte gelding van dit adagium in de systematische structuur van het Wetboek van Strafrecht en het Wetboek van Strafvordering wordt voorondersteld. Het feit dat men hier in de loop der jaren anders tegenaan is gaan kijken in de rechtspraktijk en de dogmatiek, raakt volgens Nijboer dan ook een hoeksteen in de systematische grondslag van de wetboeken.

8 Zie Hildebrandt 2002, p. 338.

de wetgever, beantwoordden deze vraag bevestigend. Hiertoe werden verschillende argumenten gehanteerd, waarbij met name gebruik werd gemaakt van de mogelijkheden tot interpretatie van de begrippen 'rechterlijke macht' en 'berechting' binnen de context van artikel 113 lid 1 Gw. Zo zou het begrip 'rechterlijke macht' binnen het kader van deze bepaling ruim kunnen worden uitgelegd als een orgaancomplex dat mede de leden van het Openbaar Ministerie omvat.[9] In combinatie met een ruime interpretatie van het begrip 'berechting' als kennisneming en beslissing van geschillen,[10] zou dit ruimte kunnen bieden voor het zelfstandig afdoen van strafzaken door het Openbaar Ministerie. Dit is echter een weinig gelukkige redenering nu algemeen wordt aangenomen dat onder het begrip 'rechterlijke macht' in de zin van artikel 113 lid 1 Gw slechts de rechtsprekende macht dient te worden begrepen.[11] Een zelfde ruimte kan ook worden gecreëerd door beide begrippen juist zeer strikt te interpreteren – dus 'rechterlijke macht' als de leden van de rechterlijke macht met rechtspraak belast,[12] en 'berechting' als het afdoen van een zaak op basis van een tenlastelegging en een onderzoek ter terechtzitting – en vervolgens aan het ontbreken van een term als 'bij uitsluiting' het gevolg te verbinden dat ook het Openbaar Ministerie strafbare feiten zelfstandig kan afdoen. Dit is ook de redenering die ten grondslag lijkt te liggen aan de uiteindelijke invoering van een zelfstandige sanctiebevoegdheid voor het Openbaar Ministerie in artikel 257a e.v. Sv.[13] In de literatuur is weliswaar met een beroep op een evenwichtige bevoegdheidsverdeling tussen rechter en Openbaar Ministerie de nodige kritiek geuit op deze wijzen van interpreteren met als resultaat het creëren van ruimte voor een zelfstandige sanctiebevoegdheid voor het Openbaar Ministerie;[14] de realiteit is thans dat het materiële strafrecht zich sinds

9 Zie voor een dergelijke ruime interpretatie van het begrip 'rechterlijke macht' – die hij overigens ook weer verwerpt – Hartmann 2001, p. 81-82.

10 Zie *Kamerstukken II* 1979/80, 16 162, nr. 3, p. 11.

11 Zie onder meer Corstens 2008, p. 124; zie ook Hartmann 2001, p. 82 waar hij stelt dat het Openbaar Ministerie in de persoon van de officier van justitie 'constitutioneelrechtelijk gezien' geen orgaan van de rechterlijke macht is in de zin dat het met rechtspraak is belast. Ook Hartmann komt derhalve niet tot een gelijkschakeling van het Openbaar Ministerie en de rechtsprekende macht in het kader van artikel 113 lid 1 Gw.

12 Zie Mevis 1998, p. 29-33 die deze strikte interpretatie overigens niet hanteert teneinde ruimte te creëren voor afdoening van strafbare feiten door anderen dan de rechter.

13 Zie de memorie van toelichting bij het wetsvoorstel OM-afdoening, *Kamerstukken II* 2004/05, 29 849, nr. 3, p. 55-60, waarbij de wetgever zich mede baseert op de parallel tussen de strafbeschikking en de bestuurlijke boete. Zie in dit kader ook Groenhuijsen & Simmelink 2005, p. 178-180 die menen dat bij het opleggen van een strafbeschikking met name niet van berechting kan worden gesproken omdat de verdachte zich eenzijdig kan onttrekken aan de rechtskracht van de strafbeschikking door verzet aan te tekenen tegen de strafbeschikking. Zij zien de strafbeschikking aldus veeleer als een voorportaal van rechtspraak, zij het als een voorportaal dat in een groot aantal gevallen de eigenlijke rechtspraak overbodig kan maken. Zie voorts recentelijk over de verhouding van artikel 113 Grondwet tot de strafbeschikking Hartmann 2010, p. 68-69.

14 Zie onder meer De Graaf 2003, p. 822-823 en Crijns 2004a, p. 232-233.

de invoering van de Wet OM-afdoening[15] ook buiten de rechter om kan realiseren. Waar met enig recht kan worden volgehouden dat de procesverplichting zich in relatie tot de transactie en het voorwaardelijk sepot formeel gezien nog enigszins kon staande houden – hoewel zij materieel gezien ook door deze vormen van buitengerechtelijke afdoening wel degelijk werd uitgehold, kon formeel immers nog worden gesteld dat er geen sprake is van daadwerkelijke verwezenlijking van het materiële strafrecht –, is de procesverplichting binnen het strafrecht met de invoering van de Wet OM-afdoening thans definitief tanende. Daarmee is duidelijk dat artikel 113 lid 1 Grondwet – zo dat voorheen al het geval was – thans geen harde procesverplichting (meer) formuleert en de nodige ruimte laat voor het afdoen van strafbare feiten buiten de rechter om. Al in 1995 merkte Nijboer dan ook op dat het in het strafrecht tegenwoordig veeleer om een recht op toegang tot de rechter dan om een procesverplichting gaat, als gevolg waarvan het verschil met het administratieve en het burgerlijk proces geringer wordt.[16]

Deze opvatting sluit aan bij artikel 6 EVRM, op grond waarvan elke verdachte recht heeft op een vrije toegang tot de rechter. Deze bepaling – die zowel op civielrechtelijke, strafrechtelijke als bestuursrechtelijke verhoudingen ziet, mits er sprake is van het vaststellen van burgerlijke rechten en verplichtingen of een *criminal charge* – formuleert geen procesverplichting, maar voorziet in een recht op toegang tot de rechter. Deze bepaling sluit afdoening van zaken buiten de rechter om dan ook niet op voorhand uit. Zo heeft het EHRM al geruime tijd geleden ten aanzien van de bestuurlijke boete bepaald dat een dergelijke wijze van afdoening op zichzelf niet in strijd is met de eisen van artikel 6 EVRM, mits voor de betrokkene de toegang tot de rechter te allen tijde gegarandeerd blijft,[17] terwijl ook de afdoening van strafbare feiten buiten de rechter om niet op voorhand onverenigbaar is met artikel 6 EVRM, mits kan worden gezegd dat de verdachte vrijwillig afstand van zijn recht op behandeling van zijn zaak door een onafhankelijke en onpartijdige rechter heeft gedaan.[18] Nu artikel 6 EVRM volgens de jurisprudentie van het EHRM zonder meer ruimte laat voor het achterwege laten van een geding, mits dit op vrijwillige basis gebeurt, kan ook uit deze bepaling geen harde procesverplichting

15 Wet OM-afdoening van 7 juli 2006, *Stb*. 2006, 330, (grotendeels) in werking getreden op 1 februari 2008. De daadwerkelijke implementatie van de strafbeschikking verloopt gefaseerd. Zie hiervoor met name het Besluit OM-afdoening van 4 juli 2007, *Stb*. 2007, 255, laatstelijk gewijzigd bij *Stb*. 2010, 140, in werking getreden op 1 april 2010; zie voorts de Aanwijzing OM-afdoening van 15 februari 2010, *Stcrt*. 2010, 2930, geldig van 1 april 2010 tot en met 31 maart 2014. Zie over de wijze van implementatie van de strafbeschikking ook Kessler & Keulen 2008, p. 121-131.

16 Zie Nijboer 1995, p. 109. Dit recht op toegang tot de rechter vloeit niet direct voort uit artikel 113 Grondwet, maar uit artikel 6 EVRM en in minder sterke mate uit artikel 17 Grondwet.

17 Zie EHRM 21 februari 1984, Series A 73, *NJ* 1988, 937 (Özturk v. Germany) en EHRM 24 februari 1994, Series A 284, *NJ* 1994, 496 (Bendenoun v. France).

18 Zie EHRM 27 februari 1980, Series A 35, *NJ* 1980, 561 (Deweer v. Belgium). Zie in dit verband meer uitgebreid § 2.7.1.4.

worden afgeleid. Hildebrandt bewandelt in zekere zin een middenweg door in haar dissertatie uit te gaan van het procesbeginsel, dat enerzijds niet moet worden geïnterpreteerd als procesverplichting, eisende dat elke vorm van punitieve rechtshandhaving door de overheid steeds vooraf dient te worden gegaan door een proces dat volledig aan de eisen van een *fair trial* voldoet, maar anderzijds ook niet als een recht op toegang tot de rechter waarvan zonder meer en in alle gevallen afstand kan worden gedaan. Zij ziet het procesbeginsel veeleer als een 'regulatieve voorwaarde' voor iedere vorm van punitieve rechtshandhaving. Ook in geval van buitengerechtelijke afdoening zou volgens Hildebrandt derhalve zoveel mogelijk aan de eisen van een *fair trial* moeten worden voldaan, waarbij zij van mening is dat de consensuele procesvorm van buitengerechtelijke afdoening ten opzichte van vrijwel alle voorwaarden voor het *fair trial* in deze opdracht tekortschiet.[19]

Op basis van het voorgaande zal duidelijk zijn dat in artikel 113 lid 1 Grondwet geen harde procesverplichting ligt besloten. Slechts het derde lid van artikel 113 Grondwet formuleert een zuivere procesverplichting, waar het bepaalt dat straffen die tot vrijheidsbeneming strekken *uitsluitend* door de rechterlijke macht kunnen worden opgelegd. Hiermee is op voorhand duidelijk waar een belangrijke grens ligt voor elke buitengerechtelijke procedure, of deze nu op eenzijdigheid of op consensualiteit is gebaseerd. Vrijheidsbeneming van een burger kan derhalve ook niet op basis van wilsovereenstemming tussen Openbaar Ministerie en diens wederpartij worden gerealiseerd. Buitengerechtelijke afdoening van een strafbaar feit onder de voorwaarde dat verdachte voor een bepaalde periode van zijn vrijheid wordt beroofd, is daarmee uit den boze. Dit betekent dat eventuele invoering van een met *plea bargaining* vergelijkbare rechtsfiguur in het Nederlandse strafrecht[20] in de huidige situatie dan ook slechts mogelijk zou zijn wanneer deze rechtsfiguur zou voorzien in een vorm van bekrachtiging van de 'overeengekomen' straf door een rechterlijke autoriteit,[21] zodat in ieder geval naar de letter bezien aan artikel 113 lid 3 Grondwet zou zijn voldaan. Ook in het kader van de toezeggingen aan getuigen geldt dat het de betrokken parijen ingevolge artikel 113 lid 3 Grond-

19 Zie uitgebreid Hildebrandt 2002, p. 319-415.

20 De mogelijkheden tot invoering van een met *plea bargaining* vergelijkbare figuur in Nederland zijn enige jaren geleden onderzocht door Brants en Stapert (zie Brants & Stapert 2004a). Mede op basis van dit onderzoek concludeerde de minister dat een dergelijke figuur moeilijk in het Nederlandse systeem kan worden ingepast, met name gezien de verhouding tot de in Nederland heersende procestraditie en de uitgangspunten waarop ons strafrecht is gebaseerd. Zie *Kamerstukken II* 2003/04, 29 200 VI, nr. 31, p. 3: '[…] een dergelijk voorstel [zou] niet passen in de heersende procestraditie, waarin de rechter een actieve rol heeft bij de waarheidsvinding op de terechtzitting en een exclusieve verantwoordelijkheid voor de bewijsbeslissing.'

21 Ook in buitenlandse rechtsstelsels dient een *plea bargain* veelal te worden bekrachtigd door een rechterlijke autoriteit. Zie bijvoorbeeld voor de situatie in de Verenigde Staten Brants & Stapert 2004a, p. 37.

wet – zo dit al voorstelbaar zou zijn – niet is toegestaan af te spreken dat de getuige, in ruil voor zijn belastende verklaringen over een medeverdachte, als verdachte in eigen zaak voor een zekere periode van zijn vrijheid zal worden beroofd zonder dat daaraan een rechterlijke titel ten grondslag ligt.[22] De conclusie moet dan ook luiden dat vrijheidsbeneming nog steeds tot het exclusieve domein van de rechter behoort.

2.3 CONSENSUALITEIT

2.3.1 Definiëring

In 1993 heeft Corstens het begrip consensualiteit in de eerste druk van zijn handboek over het strafprocesrecht geïntroduceerd, zonder daarbij op dat moment een precieze definitie van het begrip te geven.[23] Kort daarna heeft hij hieraan een vervolg gegeven door in januari 1994 in zijn redactioneel voor *Delikt en Delinkwent* onder de titel 'Consensualiteit' verschillende alternatieven voor de klassieke procedure voor de strafrechter te bespreken (voeging ad informandum transactie, schikking, dading, de administratiefrechtelijke handhaving van verkeersvoorschriften en de toentertijd in ontwikkeling zijnde, maar uiteindelijk nooit ingevoerde vereenvoudigde procedure voor bekennende verdachten). Daarbij stelt hij: 'Het volgen van de alternatieve, niet klassieke weg berust op instemming, althans op het niet laten blijken van afkeuring, op consensus. Het is dus een kwestie van consensualiteit. Wie bestraffing associeert met het op eenzijdige wijze door de overheid opleggen van straffen en maatregelen zal moeten wennen aan dit fenomeen van sancties die worden overeengekomen, althans aanvaard.'[24] Daarmee stond het begrip consensualiteit als overkoepelend concept bij de (alternatieve en/of buitengerechtelijke) afdoening van strafbare feiten definitief op de kaart.

Hildebrandt heeft vervolgens in 1994 een definitie van het begrip consensualiteit geformuleerd: 'het toekennen van rechtsgevolg, dan wel bepalende invloed op de loop van het strafproces aan consensus tussen verdachte burger en vervolgende instantie'.[25] Corstens heeft vervolgens in 1997 een vergelijkbare definitie gegeven, zij het dat hij deze wat verder uitbreidt door te spreken over 'bepalende invloed op de loop van het (straf)proces of de strafoplegging'.[26] In haar dissertatie sluit Hildebrandt op haar beurt weer aan bij deze definitie van Corstens.[27] Aldus kan in navolging van deze beide auteurs als

22 Zie uitgebreider over de toelaatbaarheid van de verschillende toezeggingen § 2.6.9.
23 Zie Corstens 1993a, p. 12.
24 Zie Corstens 1994, p. 7.
25 Zie Hildebrandt 1994, p. 110; zie ook Hildebrandt 1996, p. 8.
26 Zie Corstens 1997, p. 134.
27 Zie Hildebrandt 2002, p. 7.

staande definitie van het begrip consensualiteit worden aangenomen: 'het toekennen van rechtsgevolg dan wel bepalende invloed op de loop van het (straf)proces of de strafoplegging aan consensus tussen de vervolgende overheid en de verdachte.'[28] Deze definitie kent een tweetal elementen die in het navolgende beide zullen worden uitgewerkt: 1) het bestaan van consensus tussen de vervolgende overheid en de verdachte; en 2) het aan deze consensus verbinden van rechtsgevolg of bepalende invloed op de loop van het (straf)proces of de strafoplegging.

2.3.1.1 Consensus tussen Openbaar Ministerie en verdachte

Voordat wordt ingegaan op het begrip consensus is het goed om vast te stellen dat de definitie van consensualiteit vereist dat er sprake is van consensus tussen 'de vervolgende overheid en de verdachte'. Het gaat in het onderhavige kader derhalve enkel om consensus tussen Openbaar Ministerie en verdachte. Daarmee is niet gezegd dat het bestaan van consensus tussen andere bij de strafrechtspleging betrokken rechtssubjecten niet voorstelbaar of irrelevant zou zijn; dergelijke consensus valt evenwel buiten het begrip consensualiteit in de in het voorgaande omschreven zin. Het is met name van belang dit vast te stellen, nu er ook verschillende vormen van consensus tussen Openbaar Ministerie (of de onder diens verantwoordelijkheid functionerende politie) en burger bestaan, waarbij de betreffende burger de status van verdachte ontbeert. Strikt genomen vallen dergelijke situaties buiten de definitie van consensualiteit, terwijl hetzelfde geldt voor situaties waarin de verdachte burger tot consensus komt met een ander overheidsorgaan dan het Openbaar Ministerie en/of de politie.

Consensus moet in dit verband worden begrepen als een gelijke gerichtheid van de wil van betrokkenen. Er moet aldus sprake zijn van wilsovereenstemming, waarbij wel is vereist dat de betrokken rechtssubjecten dit ook van elkaar weten. De gelijke gerichtheid van de wil kan volgens Hildebrandt tot uitdrukking komen in overeenstemming, toestemming of (stilzwijgende) instemming, waarbij overeenstemming moet worden verstaan als het resultaat van overleg of onderhandelingen tussen twee partijen, terwijl instemming of toestemming veeleer moet worden gezien als initiatief van één van de partijen, waarbij de ander zich neerlegt.[29] Zo bezien is overeenstemming een meer volkomen vorm van consensus dan instemming of toestemming. Voorts geldt dat overeenstemming als gevolg van overleg op zijn beurt volmaakter is dan overeenstemming

28 Corstens 1997, p. 134. Er schuilt derhalve een zeker nuanceverschil in betekenis tussen het begrip consensualiteit en het privaatrechtelijke beginsel van contractenrecht consensualisme. Met dit laatste begrip wordt tot uitdrukking gebracht dat de enkele geopenbaarde wilsovereenstemming in beginsel voldoende is voor de totstandkoming van een overeenkomst. Zie uitgebreider § 3.5.2.

29 Zie Hildebrandt 1994, p. 111. Ingeval van stilzwijgende instemming dient het bestaan van consensus te kunnen worden afgeleid uit feiten of omstandigheden.

als gevolg van onderhandeling. Bij overleg is de inzet het gemeenschappelijke resultaat, waarbij partijen rekening houden met elkaars belangen, terwijl bij onderhandelingen de inzet aan beide zijden het eigen belang is.[30] Uitgaande van deze terminologie kan worden gesteld dat het Openbaar Ministerie, nu het ingevolge artikel 124 Wet RO tot taak heeft de rechtsorde te handhaven en zich derhalve steeds zowel op het algemeen belang als de belangen van de verdachte dient te oriënteren,[31] dient te streven naar het bereiken van overeenstemming als gevolg van overleg. Wat verder van deze verschillen tussen de vormen van consensus moge zijn, voldoende is dat op enigerlei wijze kan worden gesproken van (kenbare) wilsovereenstemming.

Zuivere consensus – in welke van de genoemde vormen dan ook – veronderstelt aanwezigheid van vrije wil bij alle betrokkenen, met andere woorden vrijwilligheid. Aan elke consensus, en derhalve aan elke consensuele procedure, zal daarom steeds de eis moeten worden gesteld dat deze vrijwillig tot stand is gekomen. Dit veronderstelt dat beide betrokken rechtssubjecten daadwerkelijk (in zekere zin) de vrijheid dienen te hebben om hun wil te bepalen. In feite veronderstelt het begrip consensualiteit daarmee dat er voor beide betrokken rechtssubjecten ook alternatieven voor het volgen van de consensuele procedure open staan. Voor het Openbaar Ministerie betekent dit meer concreet dat het bestaan van consensualiteit pas aan de orde kan komen daar waar het Openbaar Ministerie over een zekere mate van discretionaire ruimte beschikt. Daar waar er sprake is van gebonden bevoegdheden kan immers niet worden gezegd dat het Openbaar Ministerie in meer of mindere mate in vrijheid zijn 'wil' kan bepalen. Voor de verdachte betekent dit meer concreet dat noch het Openbaar Ministerie noch de omstandigheden waarin de verdachte verkeert een zodanige druk op hem mogen uitoefenen dat niet meer kan worden gezegd dat hij in vrijheid zijn wil heeft kunnen bepalen. Consensus die om welke reden dan ook niet vrijwillig tot stand is gekomen (vgl. in dit kader de wilsgebreken in artikel 3:44 BW en artikel 6:228 BW), is in wezen een *contradictio in terminis*. Wanneer op enig moment aan het licht komt dat een op veronderstelde consensualiteit gebaseerde procedure in werkelijkheid niet op wilsovereenstemming berust, komt daarmee in feite de grondslag aan de betreffende procedure te ontvallen. Of dit vervolgens gevolgen dient te hebben voor deze procedure en de rechtsgevolgen die daaruit voortvloeien, is een tweede vraag, die op deze plaats niet zal worden besproken. Feit is dat het ontbreken van zuivere wilsovereenstemming een op (vermeende) consensualiteit gebaseerde rechtsfiguur 'aantastbaar' maakt.

Tot slot is het in dit kader van belang te benadrukken dat de definitie van consensualiteit op zichzelf geen vormvereisten formuleert. Het is derhalve de wilsovereenstemming op zichzelf die reeds kan leiden tot 'het toekennen van rechtsgevolg dan wel bepalende invloed op de loop van het strafproces

30 Zie Hildebrandt 1994, p. 112-113.

31 Zie uitgebreid over de taak en positie van het Openbaar Ministerie § 6.2.6 tot en met § 6.2.9.

of de strafoplegging'. Hiermee wordt in zekere zin aangesloten bij het privaatrechtelijke begrip consensualisme als één van de drie dragende beginselen van het contractenrecht: de enkele gebleken wilsovereenstemming kan in beginsel voldoende zijn voor het constitueren van rechtsgevolgen.[32] Dit neemt niet weg dat veel van de in het navolgende te bespreken consensuele procedures en rechtsfiguren wel degelijk de nodige nadere vormvereisten stellen; het begrip consensualiteit vereist dit op zichzelf evenwel niet. In zijn algemeenheid betekent dit dat een consensuele procedure die niet aan de daarvoor geldende vormvereisten voldoet, ook niet zonder meer en in alle gevallen zonder rechtsgevolgen dient te blijven.

2.3.1.2 Rechtsgevolg

Het tweede aspect van de definitie van consensualiteit brengt tot uitdrukking dat het bestaan van consensus tussen Openbaar Ministerie en verdachte zodanig relevant dient te zijn dat daaraan rechtsgevolgen of bepalende invloed voor de loop van het strafproces of de strafoplegging wordt of in ieder geval kan worden toegekend. Het enkele bestaan van wilsovereenstemming tussen Openbaar Ministerie en verdachte is derhalve onvoldoende om te kunnen spreken van consensualiteit. Het dient te gaan om strafvorderlijk relevante wilsovereenstemming. De consensus moet zodanig zijn dat zij geschikt is gevolgen binnen het strafproces (in brede zin) teweeg te brengen. Dit vereiste spreekt niet geheel vanzelf. Zo kan consensus tussen Openbaar Ministerie en verdachte ook betrekking hebben op een feitelijke situatie. Het Openbaar Ministerie en de verdachte kunnen bijvoorbeeld beiden van mening zijn dat de verklaring van een getuige als ongeloofwaardig moet worden beschouwd. Een dergelijke consensus is evenwel ongeschikt een direct rechtsgevolg teweeg te brengen. De definitie van consensualiteit eist derhalve dat het om een consensus gaat die daadwerkelijk constitutief is voor een zeker rechtsgevolg.

Niet elk rechtsgevolg kan door middel van consensus tussen Openbaar Ministerie en verdachte teweeg worden gebracht. Zo veronderstelt het begrip consensualiteit dat de wilsovereenstemming alleen op andere rechtsgevolgen kan zien dan de rechtsgevolgen die reeds rechtstreeks – onafhankelijk van de wil van partijen – uit de wet, de jurisprudentie of het ongeschreven recht voortvloeien. Consensus over een rechtsgevolg dat toch al *eo ipso* uit de wet, de jurisprudentie of het ongeschreven recht voortvloeit, is in dit kader niet relevant, want niet constitutief voor het intreden van dat rechtsgevolg. In geval van consensualiteit gaat het om situaties waarin het juist de consensus tussen betrokkenen is, die het intreden van een of meer bepaalde rechtsgevolgen die niet rechtstreeks uit de wet of het recht voortvloeien, bewerkstelligt. Ook langs

32 Zie uitgebreider over de beginselen van contractenrecht § 3.5.

deze weg kan derhalve worden betoogd dat het begrip consensualiteit het bestaan van de nodige discretionaire ruimte veronderstelt.

De vraag is vervolgens welke typen rechtsgevolgen dit kunnen zijn. Hildebrandt spreekt in haar definitie van consensualiteit als gezegd van 'rechtsgevolg of bepalende invloed op de loop van het strafproces', terwijl Corstens dit op een later moment nog heeft uitgebreid door te spreken van 'rechtsgevolg of bepalende invloed op de loop van het strafproces of de strafoplegging'.[33] Dit zijn beide ruime omschrijvingen: enerzijds brengen zij elk type rechtsgevolg onder de reikwijdte van het begrip consensualiteit, anderzijds worden ook meer feitelijke gevolgen door deze definitie bestreken, mits deze kunnen worden gezien als gevolgen voor 'de loop van het strafproces of de strafoplegging'. Aangenomen kan worden dat 'de loop van het strafproces' in deze context ruim moet worden opgevat, zodat ook het ontbreken van (een vervolg op) het strafproces hier onder kan worden geschaard. Ook kan worden aangenomen dat onder het begrip 'strafoplegging' mede kan worden begrepen 'de voorwaarden waaronder een straf kan worden voorkomen'. Nu het hier veelal gevolgen zal betreffen die daarnaast reeds als rechtsgevolg kunnen worden geduid, is de precieze invulling van deze begrippen evenwel van betrekkelijk weinig belang. Daardoor kan in feite ook in het midden blijven hoe beide elementen van de definitie (rechtsgevolg of bepalende invloed) zich exact tot elkaar verhouden. In veel gevallen zal een bepaald gevolg immers onder beide aspecten van deze definitie kunnen worden geschaard. Verdedigbaar is dan ook dat deze aspecten van de definitie in feite slechts tot uitdrukking beogen te brengen dat de consensus constitutief dient te zijn voor enig rechtens relevant gevolg. Waar dit gevolg precies uit bestaat, lijkt vervolgens van secundair belang te zijn. In zoverre zou het hier bedoelde aspect van de definitie van consensualiteit ook tot uitdrukking kunnen worden gebracht door een wat meer algemene formulering als 'het toekennen van een strafvorderlijk relevant rechtsgevolg aan consensus etc.'. Wat hier van zij, zolang de (rechts-) gevolgen kunnen worden geacht binnen het domein van strafvordering te liggen, kunnen zij in beginsel tot onderwerp van een op consensualiteit gebaseerde procedure of rechtsfiguur worden gemaakt.[34]

Tot slot dient te worden opgemerkt dat de definitie van consensualiteit op zichzelf geen uitdrukking geeft aan een intentioneel element. Er wordt gesproken van 'het toekennen van' als een bij wijze van spreken posterieure actie van een niet genoemde derde na geconfronteerd te zijn met het bestaan van consensus tussen Openbaar Ministerie en verdachte. Niettemin kennen de meeste consensuele procedures en rechtsfiguren wel degelijk een dergelijk

33 Zie Hildebrandt 1994, p. 110 en Corstens 1997, p. 134.

34 Hiermee is niet gezegd dat elk rechtsgevolg ook inhoudelijk bezien door middel van consensualiteit tot stand zou kunnen worden gebracht. Zo staat artikel 113 lid 3 Gw als gezegd in de weg aan consensuele vrijheidsbeneming. Zie eerder § 2.2.2.

intentioneel element. De betrokken rechtssubjecten komen tot wilsovereenstemming *teneinde* een bepaald rechtsgevolg in het leven te roepen. Vastgesteld dient evenwel te worden dat deze intentionaliteit door de definitie van consensualiteit op zichzelf niet tot uitdrukking wordt gebracht.

2.3.2 Inventarisatie van vormen van consensualiteit in het strafrecht

Een overzicht van de vormen van consensualiteit zoals die in de praktijk van de strafrechtspleging worden gehanteerd, is niet zonder meer te geven. Nu het Wetboek van Strafvordering in beginsel is gebaseerd op eenzijdige machtsuitoefening door de strafvorderlijke overheid en een verticale relatie tussen Openbaar Ministerie en burger, biedt de wet hiertoe – in weerwil van het strafvorderlijk legaliteitsbeginsel ex artikel 1 Sv[35] – slechts een aantal aanknopingspunten. De meeste consensuele procedures zijn goeddeels *praeter legem* in de praktijk van de strafrechtspleging ontwikkeld, waardoor veel van de kennis over de verschillende consensuele procedures uit de jurisprudentie en de literatuur moet worden gehaald. Hierbij dient te worden bedacht dat met name waar het gaat om de buitengerechtelijke afdoening van strafbare feiten de jurisprudentie slechts een beperkt beeld geeft, omdat dergelijke consensuele procedures er juist toe strekken de zaak bij de rechter weg te houden. Met de nodige kanttekeningen kan worden gesteld dat een geslaagde consensuele procedure ter afdoening van een strafbaar feit buiten geding in beginsel geen sporen in de jurisprudentie achterlaat. Voor de consensuele procedure ter verkrijging van bewijs vormt de jurisprudentie al een betere rechtsbron, nu de rechter zich in het verleden bij het ontbreken van een wettelijke regeling herhaaldelijk over de rechtmatigheid van dit type procedure heeft moeten buigen. Het huidige normatieve kader rond deze consensuele procedure zoals dat sinds enige jaren in de wet is neergelegd, is dan ook voor een belangrijk deel in de jurisprudentie ontwikkeld.

Een tweede aspect dat het in kaart brengen van de verschillende consensuele procedures kan bemoeilijken, is het gegeven dat diverse rechtsfiguren op het eerste gezicht niet onder de noemer van consensualiteit kunnen worden geschaard, terwijl nadere beschouwing van het rechtskarakter van deze figuren leert dat deze wel degelijk als consensuele procedure moeten worden beschouwd. In dergelijke gevallen zijn alle voorwaarden voor consensualiteit in theorie wel degelijk aanwezig, maar komen deze in de praktijk niet goed uit de verf, met als gevolg dat de bewuste rechtsfiguur niet direct als consensuele procedure wordt herkend. Voorbeelden van dergelijke gemaskeerde consensuele procedures zijn de in het navolgende te bespreken (gefixeerde) transactie in bagatelzaken en de voeging ad informandum.

---

35 Zie uitgebreider over de reikwijdte van het legaliteitsbeginsel § 6.2.5.1.

2.3.3 Criterium ter categorisering

De verschillende consensuele procedures worden in het navolgende gecategoriseerd naar het doel waartoe ze strekken. Hierbij dient te worden bedacht dat consensuele procedures veelal meerdere doelen zullen hebben. Zo zullen in ieder geval beide partijen steeds hun eigen doel bij het volgen van de consensuele procedure hebben. Nu de verschillende consensuele procedures binnen het kader van dit onderzoek in de eerste plaats worden beschouwd als instrumenten die het Openbaar Ministerie ten dienste staan bij het vervullen van zijn taak van de strafrechtelijke handhaving van de rechtsorde, is de indeling in het onderstaande gebaseerd op het perspectief van het Openbaar Ministerie. Deze keuze ligt temeer voor de hand, nu het binnen de context van strafvordering in eerste instantie om de normering van het optreden van het Openbaar Ministerie gaat. Tot slot is de keuze voor dit perspectief ingegeven door het feit dat de doelen die het Openbaar Ministerie met het volgen van consensuele procedures heeft meer kenbaar en minder diffuus zijn dan de doelen die de individuele burger met zijn medewerking aan een consensuele rechtsfiguur nastreeft. De indeling die in het onderstaande wordt gevolgd is daarom gebaseerd op het doel waarmee het Openbaar Ministerie de consensuele procedure hanteert. Hierbij wordt achtereenvolgens onderscheiden tussen de consensuele procedures ter afdoening buiten geding (§ 2.4), de consensuele procedures ter verkorting van het geding (§ 2.5) en de consensuele procedure ter verkrijging van bewijs (§ 2.6).

2.4 Consensuele procedures ter afdoening buiten geding

Zoals uit het voorgaande al kon worden afgeleid, schetst het Wetboek van Strafvordering een beeld van de strafrechtspleging dat maar zeer ten dele strookt met de juridische werkelijkheid van alledag. De volledig opgetuigde strafrechtelijke procedure, zoals die in het uit 1926 stammende Wetboek van Strafvordering als standaardprocedure is beschreven, wordt slechts in de minderheid van de gevallen daadwerkelijk gevolgd. Het strafrechtelijk stelsel zou onherroepelijk vastlopen wanneer alle strafbare feiten waarvoor bestraffing mogelijk en wenselijk is, zouden worden afgedaan via deze klassieke gerechtelijke procedure. Vaak wordt dan ook volstaan met een afwijkende gerechtelijke procedure, bijvoorbeeld voor een alleensprekende rechter. In veel gevallen komt het echter niet eens tot dagvaarding en kiest het Openbaar Ministerie (of de politie) voor buitengerechtelijke afdoening. Bij een dergelijke procedure wordt het feit door het Openbaar Ministerie en de verdachte onderling, zonder tussenkomst van een rechter, afgedaan.

Het gebruik van dergelijke gedingvermijdende procedures wordt doorgaans gerechtvaardigd onder verwijzing naar de forse tijd- en kostenbesparing voor alle betrokkenen en het voorkomen van het stigmatiserende effect dat een gang

naar de rechter voor de verdachte veelal zal hebben. Daarnaast rechtvaardigt niet elk strafbaar feit gezien zijn geringe ernst een volledig opgetuigde procedure. Tegenover deze voordelen staat dat het gebruik van dergelijke buitengerechtelijke procedures ook niet geheel onproblematisch is. Diverse rechtens te respecteren belangen kunnen in het gedrang komen bij een dergelijke wijze van rechtshandhaving. Gezien het feit dat een openbare gerechtelijke procedure wordt omzeild, pleit met name het gebrek aan externe openbaarheid tegen buitengerechtelijke afdoening van strafbare feiten. Ook kunnen vraagtekens worden geplaatst bij de mate van vrijwilligheid waarmee de verdachte instemt met een dergelijke wijze van afdoening. Deze – aan het slot van dit hoofdstuk nader te bespreken – schaduwkanten aan buitengerechtelijke afdoening nemen echter niet weg dat de strafrechtspleging voortdurend op zoek is (geweest) naar nieuwe mogelijkheden om de klassieke procedure te omzeilen.[36] Bij deze zoektocht naar mogelijkheden om de klassieke procedure te vermijden, vormt het eerder in dit hoofdstuk besproken recht op toegang tot de rechter van artikel 6 EVRM de uiterste grens. Voorts bepaalt artikel 113 lid 3 Gw dat een straf die tot vrijheidsontneming strekt slechts door de rechter mag worden opgelegd.

In het navolgende zullen achtereenvolgens de volgende vormen van buitengerechtelijke afdoening worden besproken, waarbij de nadruk zal liggen op het schetsen van het consensuele karakter van deze procedures: de transactie, het voorwaardelijk sepot en de schikking in het kader van de ontnemingsvordering. Ondanks het feit dat deze vorm van afdoening buiten de rechter om strikt genomen niet onder het begrip consensualiteit kan worden geschaard, zal vervolgens kort worden stilgestaan bij de alternatieve geschillenbeslechting (ADR). Tot slot wordt de nodige aandacht besteed aan de toekomst van de buitengerechtelijke afdoening, nu een aantal van de besproken consensuele procedures in de nabije toekomst waarschijnlijk van het palet van buitengerechtelijke mogelijkheden zal verdwijnen als gevolg van de invoering van de eerdergenoemde strafbeschikking. Dit instrument, op grond waarvan het Openbaar Ministerie eenzijdig sancties kan opleggen, maakt dat over enige tijd de buitengerechtelijke afdoening van strafbare feiten voor een belangrijk deel niet meer op consensualiteit zal zijn gebaseerd.

---

36 In 2002 opperde D66-kamerlid Dittrich bijvoorbeeld de mogelijkheid een Nederlandse variant van het Angelsaksische instrument van *plea bargaining* in te voeren (*Kamerstukken II* 2002/03, 28 600 VI, nr. 127), een suggestie die door de minister van Justitie enige tijd later van de hand is gewezen (*Kamerstukken II* 2003/04, 29 200 VI, nr. 31, p. 3). Ook moet in dit kader worden gewezen op de recente invoering van de strafbeschikking bij de Wet OM-afdoening van 7 juli 2006, *Stb*. 2006, 330, in werking getreden op 1 februari 2008, als alternatief voor de huidige, consensuele wijzen van buitengerechtelijke afdoening. Zie meer uitgebreid § 2.4.5.

2.4.1 De transactie

De bevoegdheid van het Openbaar Ministerie om een strafbaar feit te transigeren vindt zijn wettelijke grondslag in artikel 74 Sr.[37] Op grond van deze bepaling kan de verdachte voorkomen dat het Openbaar Ministerie gebruik maakt van zijn bevoegdheid om tot vervolging over te gaan, door zich aan bepaalde voorwaarden te binden.[38] Wanneer de verdachte op een transactieaanbod van het Openbaar Ministerie besluit in te gaan en de gestelde voorwaarden vervult, vervalt daarmee het recht van het Openbaar Ministerie om tot vervolging over te gaan en is krachtens artikel 74 lid 1 Sr de zaak tot een einde gekomen. Wanneer de verdachte daarentegen weigert zich aan de door het Openbaar Ministerie gestelde voorwaarden te verbinden, vindt de transactie geen doorgang en zal het Openbaar Ministerie de verdachte alsnog kunnen dagvaarden.

In de meeste gevallen bestaat de voorwaarde waaraan de verdachte zich verbindt uit het betalen van een geldsom aan de staat, maar krachtens artikel 74 lid 2 Sr behoort een aantal andere voorwaarden ook tot de mogelijkheden. De meeste voorwaarden beogen de verdachte op de een of andere manier in zijn vermogen te treffen. Sinds de invoering van de Wet taakstraffen[39] op 1 februari 2001 is het krachtens artikel 74 lid 2, sub f Sr evenwel ook mogelijk als voorwaarde te stellen dat de verdachte onbetaalde arbeid verricht of een leerproject volgt. Voor wat betreft de gevallen waarin een transactie tot de mogelijkheden behoort, bepaalt artikel 74 lid 1 Sr dat de officier van justitie zowel alle overtredingen als de misdrijven waarop naar de wettelijke omschrijving niet meer dan zes jaar gevangenisstraf is gesteld, door middel van een transactie mag afdoen. Ook daartoe aangewezen opsporingsambtenaren hebben

37 Daarnaast voorziet een aantal bijzondere wetten in een afzonderlijke transactiebevoegdheid voor daartoe aangewezen bestuursorganen en de Belastingdienst (zie artikel 37 WED en artikel 76 AWR). Deze bepalingen zullen in het vervolg verder buiten beschouwing blijven.

38 In het algemeen wordt de transactie beschouwd als een aparte procedure ter afdoening van strafbare feiten. Hier is veel voor te zeggen, het was echter niet het perspectief van de wetgever, die de transactie presenteerde als een vervolgingsbeletsel en haar derhalve opnam in het Wetboek van Strafrecht bij de andere vervolgingsbeletselen. Hiermee benadrukte hij veeleer het gevolg van de transactie, namelijk dat een voltooide transactie tot consequentie heeft dat het Openbaar Ministerie zijn recht tot vervolging van het getransigeerde feit verliest. Wanneer de transactie wordt beschouwd als een wijze van afdoening, zoals thans gebruikelijk is, ware het uit systematisch oogpunt beter de regeling van de transactie over te hevelen naar het Wetboek van Strafvordering. Zie in gelijke zin Nijboer 2005, p. 145. Deze kwestie is met het aannemen van de Wet OM-afdoening van 7 juli 2006, *Stb*. 330 betrekkelijk achterhaald geraakt, nu ingevolge deze wet de transactiebevoegdheid op termijn waarschijnlijk zal komen te vervallen. Zie voorts, zij het in iets andere zin, over het meerduidige rechtskarakter van de transactie Osinga 1992, p. 197-206, die onderscheid maakt tussen twee elementen: de transactie als sanctie en de transactie als procedure.

39 Wet taakstraffen van 7 september 2000, *Stb*. 2000, 365, in werking getreden op 1 februari 2001.

krachtens artikel 74c lid 1 Sr een beperkte transactiebevoegdheid.[40] Het gaat in dat geval om dezelfde strafbare feiten (voor zover aangewezen bij algemene maatregel van bestuur[41]), zij het dat in het geval van een misdrijf de transactiesom maximaal € 350 mag bedragen, het misdrijf van eenvoudige aard moet zijn en de verdachte ten minste achttien jaar oud moet zijn. Een opsporingsambtenaar mag derhalve slechts de betaling van een geldsom aan de staat als voorwaarde stellen; het stellen van de overige vijf voorwaarden is voorbehouden aan de officier van justitie.

De mogelijkheid overtredingen te transigeren bestaat al sinds de invoering van het huidige Wetboek van Strafvordering in 1926. De transactie van misdrijven uit het commune strafrecht is in 1983 ingevoerd.[42] De politietransactie voor overtredingen bestaat sinds 1959 en de zelfstandige bevoegdheid van de politie om eenvoudige misdrijven te transigeren bestaat sinds 1993.[43] De transactie is als gevolg van deze verruimingen een zeer gebruikelijke en voor de praktijk van de strafrechtspleging onmisbare vorm van afdoening geworden.

De transactie is in vergelijking met de meeste andere vormen van buitengerechtelijke afdoening betrekkelijk strak gereguleerd. Naast het feit dat de mogelijke voorwaarden limitatief door de wet worden opgesomd, bestaan er tal van richtlijnen en aanwijzingen die het gebruik van de transactie normeren. Voor verschillende categorieën misdrijven zijn richtlijnen opgesteld aan de hand waarvan – in samenhang met het Kader voor strafvordering[44] – kan worden vastgesteld of afdoening door middel van een transactie is geïndiceerd en zo ja, welke voorwaarden daaraan (in beginsel) dienen te worden verbonden. Gezien het feit dat deze richtlijnen openbaar zijn en hebben te gelden als recht in de zin van artikel 79 RO gaat hiervan in combinatie met de werking van de beginselen van een behoorlijke strafrechtspleging een sterk normerende werking uit. Sinds eind jaren zeventig wordt het Openbaar Ministerie geacht zich bij zijn taakuitoefening niet alleen te houden aan de wet, maar ook aan deze ongeschreven rechtsnormen.[45] Zo beschermt in het onderhavige kader het vertrouwensbeginsel het vertrouwen van de verdachte dat hij in zijn strafzaak conform de op zijn zaak betrekking hebbende richtlijnen zal worden behandeld, terwijl in het verlengde hiervan het gelijkheidsbeginsel gelijke

40 Zie artikel 2 van het Transactiebesluit 1994 van 9 mei 1994, *Stb.* 1994, 390, laatstelijk gewijzigd bij Besluit van 29 maart 2010, *Stb*. 2010, 140.

41 Zie artikel 3 van het genoemde Transactiebesluit 1994.

42 Wet vermogenssancties van 31 maart 1983, *Stb*. 1983, 153, in werking getreden op 1 mei 1983.

43 Wet van 16 september 1993, *Stb*. 1993, 516, in werking getreden op 15 oktober 1993.

44 Aanwijzing Kader voor strafvordering van 6 augustus 2007, *Stcrt*. 2008, 19, geldig van 1 februari 2008 tot 31 januari 2012.

45 Zie uitgebreid over de beginselen van een behoorlijke strafrechtspleging Cleiren 1989.

behandeling in gelijke gevallen beoogt te garanderen.[46] Gezien het feit dat de beginselen van een behoorlijke strafrechtspleging nooit absolute werking hebben, kan in voorkomende gevallen van deze richtlijnen worden afgeweken. Dit roept evenwel een bijzondere motiveringsplicht voor het Openbaar Ministerie in het leven.[47] Voorts kan in dit kader een rol toekomen aan het beginsel van zuiverheid van oogmerk, bijvoorbeeld wanneer het vermoeden rijst dat het Openbaar Ministerie een transactie is aangegaan, terwijl een technisch sepot in de rede lag. De officier van justitie mag immers slechts een transactie aanbieden wanneer de zaak zowel bewijstechnisch als opportuniteitshalve voor vervolging in aanmerking komt.[48] Tot slot kan het beginsel van een redelijke en billijke belangenafweging – met de deelbeginselen proportionaliteit en subsidiariteit – in voorkomende gevallen relevant zijn, met name met het oog op de positie en de belangen van het slachtoffer.

Ter afsluiting van deze schets van het normatieve kader rond de transactie dient melding te worden gemaakt van de Aanwijzing hoge transacties en bijzondere transacties.[49] Deze aanwijzing voorziet in een aantal bijzondere procedurevoorschriften voor de gevallen waarin het Openbaar Ministerie een hoge of een bijzondere transactie overweegt aan te bieden.[50] Deze voorschriften voorzien met name in een uitgebreid toetsingstraject van de voorgenomen transactie, waarbij vooral van belang is dat de voorgenomen transactie integraal wordt getoetst door het College van procureurs-generaal en de minister van Justitie. De Aanwijzing schrijft bovendien voor dat een dergelijke transactie in beginsel wordt vergezeld van een persbericht en wordt geregistreerd bij het College van procureurs-generaal met het oog op de verantwoording van dergelijke transacties in het jaarverslag van het Openbaar Ministerie. Hiermee

46 De normerende kracht van het gelijkheidsbeginsel op het niveau van de individuele strafzaak is binnen het strafprocesrecht evenwel beperkt. Zie Corstens 2008, p. 68 en Crijns 2008a, p. 73.

47 Zie over deze bijzondere motiveringsplicht onder meer HR 19 juni 1990, *NJ* 1991, 119 m.nt. ThWvV en MS; HR 5 maart 1991, *NJ* 1991, 694 m.nt. C; HR 22 oktober 1991, *NJ* 1992, 282 m.nt. 'tH (Tuindersfraude) en HR 22 februari 2000, *NJ* 2000, 557 m.nt. Sch.

48 Zie De Doelder 1988, p. 25-26.

49 Aanwijzing hoge transacties en bijzondere transacties van 13 oktober 2008, *Stcrt*. 2008, 209, geldig van 1 november 2008 tot 31 oktober 2012.

50 Een transactie moet volgens de Aanwijzing als hoog worden aangemerkt indien: a) de voorwaarde van betaling van een geldsom aan de Staat (artikel 74 lid 2 sub a Sr) het bedrag van €50.000 te boven gaat, terwijl deze voorwaarde niet voortvloeit uit door het College van procureurs-generaal vastgestelde richtlijnen voor strafvordering en er evenmin sprake is van een transactie in de zin van artikel 74a Sr; of b) het totale bedrag dat met de transactie is gemoeid het bedrag van €500.000 te boven gaat. Voor het begrip bijzondere zaken formuleert de Aanwijzing geen sluitende criteria. Wel noemt de Aanwijzing twee categorieën van zaken die als bijzonder moeten worden gekwalificeerd: a) zaken die hebben geleid tot een grote nationale maatschappelijk bezorgdheid of onrust; of b) zaken die principieel liggen omdat er gewichtige vragen van moraal en fatsoen spelen of omdat het gaat om een juridisch principieel punt, waarbij het van belang kan zijn om jurisprudentie te ontwikkelen.

wordt beoogd zoveel mogelijk aan het vereiste van openbaarheid tegemoet te komen.

Het instrument van de transactie voldoet zonder meer aan de in het voorgaande geformuleerde definitie van consensualiteit. Afdoening door middel van een transactie is slechts mogelijk indien zowel het Openbaar Ministerie als de verdachte met deze wijze van afdoening instemt. Het bestaan van wilsovereenstemming is aldus essentieel voor de totstandkoming van de transactie. Ook is deze wilsovereenstemming gericht op rechtsgevolg, te weten de afdoening van het strafbare feit buiten de rechter om. Meer concreet bestaat dit rechtsgevolg eruit dat de verdachte aan de gestelde voorwaarden dient te voldoen en het Openbaar Ministerie in ruil daarvoor afziet van het instellen van een (verdere) vervolging tegen de verdachte. Nu de basis voor deze rechtsgevolgen uit de wilsovereenstemming tussen het Openbaar Ministerie en de verdachte bestaat, is de transactie zonder meer als een consensuele procedure te beschouwen.

In de literatuur wordt er evenwel vaak op gewezen dat de transactie als gevolg van de wijze waarop deze in de praktijk functioneert veelal als eenzijdige boeteoplegging door het Openbaar Ministerie wordt ervaren.[51] Deze discrepantie tussen de werkelijke juridische grondslag enerzijds en de praktische beleving anderzijds wordt niet in de laatste plaats veroorzaakt door het feit dat aan de transactie doorgaans een – uit voornoemde transactierichtlijnen voortvloeiend – gefixeerd aanbod van het Openbaar Ministerie ten grondslag ligt, wat betekent dat er niet of nauwelijks ruimte voor onderhandelingen tussen de verdachte en het Openbaar Ministerie omtrent de hoogte van de afkoopsom bestaat. In het algemeen is een transactieaanbod van het Openbaar Ministerie voor de verdachte dan ook een zaak van *take it or leave it*. Slechts in de wat grotere zaken, die niet worden beheerst door richtlijnen, bestaat de nodige ruimte tot onderhandeling over de termen van de transactie. Het feit dat het consensuele karakter van de transactie in de praktijk niet altijd goed uit de verf komt, doet evenwel op zichzelf niet af aan het feit dat de transactie naar zijn rechtskarakter bezien een consensuele procedure is. Wel is het geconstateerde gebrek aan vrijwilligheid relevant in het kader van de vraag of de transactie al dan niet rechtsgeldig tot stand is gekomen.[52] In dit verband dient tot slot nog te worden gewezen op artikel 74a Sr dat bepaalt dat de officier van justitie afdoening door middel van een transactie niet mag weigeren, indien op het betreffende strafbare feit geen andere hoofdstraf dan een geldboete is gesteld, en de verdachte aanbiedt het maximum van de geldboete te betalen en aan alle overige door de officier van justitie ingevolge artikel 74 lid 2 Sr te stellen voorwaarden te voldoen. Ook een dergelijke transactie komt wel degelijk als gevolg van wilsovereenstemming tussen het

51 Zie bijvoorbeeld Osinga 1992, p. 206-225; Corstens 1997, p. 137-138; Crijns 2002, p. 517.
52 Zie uitgebreider over deze kwestie van gebrekkige vrijwilligheid § 2.7.1.4.

Openbaar Ministerie en de verdachte tot stand, zij het dat in een dergelijk geval vraagtekens kunnen worden geplaatst bij de mate van vrijwilligheid van de kant van het Openbaar Ministerie.

2.4.2 Het voorwaardelijk sepot

Het voorwaardelijk sepot lijkt als rechtsfiguur zeer sterk op de transactie. Ook in het kader van het voorwaardelijk sepot wordt de verdachte de mogelijkheid geboden het vervolgingsrecht van het Openbaar Ministerie als het ware 'af te kopen' door aan een aantal voorwaarden te voldoen.[53] Het sepot onder voorwaarden heeft echter in tegenstelling tot de transactie geen expliciete wettelijke basis. Uit de artikelen 167 lid 2 en 244 lid 3 Sv blijkt immers slechts impliciet dat de officier van justitie bevoegd is voorwaarden te stellen aan een sepot.[54] Uit deze bepalingen blijkt wel dat in beginsel elk strafbaar feit door middel van een voorwaardelijk sepot kan worden afgedaan, zij het dat steeds de voorwaarde geldt dat een voorwaardelijk sepot – evenals dat het geval is bij de transactie – nooit tevens een technisch sepot mag zijn. Twijfels aan de vervolgbaarheid of de bewijsbaarheid van een strafbaar feit mogen dan ook niet onder het tapijt worden geveegd door het betreffende feit door middel van een voorwaardelijk sepot af te doen.

Als gevolg van de summiere wettelijke verankering van het voorwaardelijk sepot, leert de wettelijke regeling vrijwel niets omtrent de voorwaarden die de officier van justitie in het kader van het voorwaardelijk sepot bevoegd is te stellen. Er is evenmin veel relevante jurisprudentie over het voorwaardelijk sepot voorhanden, nu het voorwaardelijk sepot juist is bedoeld ter omzeiling van de gerechtelijke procedure. Het goeddeels ontbreken van relevante regelgeving en jurisprudentie wil evenwel niet zeggen dat de officier van justitie dus bevoegd zou zijn naar eigen goeddunken elke willekeurige voorwaarde te stellen. Zo komt in dit kader wederom een belangrijke normerende rol toe aan de beginselen van een behoorlijke strafrechtspleging, met name aan het beginsel van redelijke en billijke belangenafweging, op grond waarvan de officier van justitie te allen tijde oog dient te houden voor de proportionaliteit en subsidiariteit van zijn handelen. Zo vloeit hieruit in ieder geval voort dat hij geen voorwaarde mag stellen die in het algemeen als zwaarder wordt ervaren dan een te verwachten veroordeling voor het gepleegde feit. Voorts

53 Zie uitgebreid over het (voorwaardelijk) sepot Van den Biggelaar 1994, p. 11-65.

54 Tot voor kort bestond er slechts een wettelijke grondslag voor het voorwaardelijk sepot in het kader van de beslissing om al dan niet verder te vervolgen (artikelen 244 lid 3 en 245 lid 4 Sv). Niettemin behoorde krachtens zeer vroege jurisprudentie (zie Hof Arnhem 27 mei 1930, *W* 12414) het voorwaardelijk sepot ook buiten deze gevallen zonder meer tot de mogelijkheden. Deze mogelijkheid is evenwel pas recentelijk in de wet verankerd. Zie artikel 167 lid 2 Sv, aangepast bij de Wet OM-afdoening van 7 juni 2006, *Stb*. 2006, 330, in werking getreden op 1 februari 2008.

mag het voorwaardelijk sepot niet strekken tot opzettelijke leedtoevoeging – wat immers is voorbehouden aan de strafrechter – of tot een beperking van de grondrechten van de verdachte. Een voorwaarde die strekt tot vrijheidsbeneming is derhalve gezien de artikelen 113 lid 3 GW en 5 EVRM niet mogelijk. Vrijheids*beperking* behoort echter wel tot de mogelijkheden, hetgeen betekent dat het wel mogelijk is de verdachte de toegang tot bepaalde plaatsen of gebieden te ontzeggen of hem juist te verplichten iets te doen. In ieder geval geldt dat de voorwaarden de levenswijze en het gedrag van de verdachte moeten betreffen.[55] Het stellen van financiële voorwaarden is uit den boze, omdat door het stellen van dergelijke voorwaarden de wettelijke regeling van de transactie op onaanvaardbare wijze zou kunnen worden omzeild.

Het consensuele element van het voorwaardelijk sepot is evident. Evenals dat het geval is bij de transactie, is de instemming van de verdachte immers een noodzakelijke voorwaarde voor de afdoening door middel van een voorwaardelijk sepot. Wanneer deze weigert zich te binden aan de gestelde voorwaarden, zal de officier van justitie alsnog tot vervolging kunnen overgaan. Het bestaan van wilsovereenstemming is aldus essentieel voor afdoening door middel van een voorwaardelijk sepot, terwijl tevens kan worden gezegd dat de wilsovereenstemming op het teweegbrengen van rechtsgevolgen is gericht: het voldoen aan de gestelde gedragsvoorwaarden door de verdachte in ruil voor het seponeren van de zaak door het Openbaar Ministerie.

2.4.3 De schikking in het kader van de ontnemingsvordering

Ook de procedure tot ontneming van het wederrechtelijk verkregen voordeel kent een zelfstandige, op consensualiteit gebaseerde buitengerechtelijke variant. Bij de invoering van de ingrijpend vernieuwde ontnemingswetgeving[56] in

55 Zie uitgebreider over de verschillende grenzen aan de in het kader van het voorwaardelijk sepot te stellen voorwaarden Van den Biggelaar 1994, p. 54-56. Opgemerkt dient te worden dat sinds de inwerkingtreding van de Wet OM-afdoening van 7 juli 2006, *Stb*. 2006, 330, in werking getreden op 1 februari 2008, dergelijke gedragsvoorwaarden ook langs de weg van aan de strafbeschikking te verbinden aanwijzingen (artikel 257a lid 3 sub e Sv) kunnen worden gerealiseerd (zij het dat deze mogelijkheid op dit moment nog langs beleidsmatige weg wordt uitgesloten; zie de Aanwijzing OM-afdoening van 15 februari 2010, *Stcrt*. 2010, 2930, geldig van 1 april 2010 tot en met 31 maart 2014). Niettemin heeft de wetgever de mogelijkheid van het voorwaardelijk sepot onverkort willen handhaven (en de wettelijke basis daarvoor zelfs willen versterken door middel van eerdergenoemde aanpassing van artikel 167 lid 2 Sv), omdat het voorwaardelijk sepot ook tot de mogelijkheden behoort en volgens de wetgever moet blijven behoren in die categorieën strafbare feiten waarvoor het uitvaardigen van een strafbeschikking niet mogelijk is. Zie voor de verhouding tussen het voorwaardelijk sepot en de genoemde mogelijkheid tot het verbinden van gedragsaanwijzingen aan de strafbeschikking de genoemde Aanwijzing OM-afdoening.

56 Wet van 10 december 1992, *Stb*. 1993, 11, in werking getreden op 1 maart 1993.

1993 werd door invoering van artikel 511c Sv de mogelijkheid geopend een schikking aan te gaan. Deze met de transactie vergelijkbare rechtsfiguur houdt in dat de verdachte ten aanzien van wie een vordering tot ontneming loopt of dreigt te gaan lopen, de rechterlijke uitspraak op die vordering en eventueel een strafrechtelijk financieel onderzoek krachtens artikel 126-126f Sv kan voorkomen door met de officier van justitie overeen te komen dat hij een bepaald bedrag aan de staat betaalt of bepaalde voorwerpen overdraagt ter gehele of gedeeltelijke ontneming van het wederrechtelijk verkregen voordeel. Door voldoening aan de termen van de schikking vervalt krachtens artikel 578a lid 1 Sv de bevoegdheid tot indiening van de ontnemingsvordering of – indien die vordering reeds is ingediend – eindigt de ontnemingszaak van rechtswege. Voor wat betreft de feiten ter zake waarvan kan worden geschikt, wordt sinds 2003 aangesloten bij het complete arsenaal aan strafbare feiten die op grond van de eerste drie leden van artikel 36e Sr voor ontneming vatbaar zijn.[57] Schikking is derhalve niet alleen mogelijk ter zake van: 1) feiten waarvoor in de onderliggende strafzaak is of zal worden veroordeeld (grondfeiten); en 2) daaraan soortgelijke feiten, maar ook ter zake van 3) feiten waarvoor een geldboete van de vijfde categorie kan worden opgelegd en waaromtrent voldoende aanwijzingen bestaan dat zij door verdachte zijn begaan (de niet-soortgelijke feiten); en 4) feiten als bedoeld in het derde lid van artikel 36e Sr waarvan aannemelijk is dat zij er op enigerlei wijze toe hebben geleid dat de veroordeelde wederrechtelijk voordeel heeft verkregen (andere strafbare feiten, niet noodzakelijkerwijs door verdachte zelf begaan). De potentiële reikwijdte van de schikking is dan ook zeer groot.

De aansluiting bij de ontnemingsmaatregel is door de wetgever losgelaten voor wat betreft het stadium waarin tot een schikking kan worden gekomen. Waar een vordering tot ontneming van het wederrechtelijk verkregen voordeel ex artikel 36e Sr slechts mogelijk is na afloop en apart van de – in een veroordeling geëindigde – onderliggende strafzaak, is een schikking ex artikel 511c Sv niet alleen mogelijk wanneer de verdachte reeds (succesvol) is vervolgd in de hoofdzaak, maar ook wanneer de verdachte nog niet in rechte is betrokken ter zake van de feiten waarvoor hij een schikking aangaat. Deze schikking in het kader van de ontnemingsprocedure staat volgens de memorie van toelichting vervolgens niet in de weg aan een latere vervolging van de in de schikking betrokken strafbare feiten zelf.[58] In dit kader dient evenwel op artikel 578a lid 2 Sv te worden gewezen, waarin wordt bepaald dat in de

57 Zie de Wet van 8 mei 2003 tot aanpassing van de ontnemingswetgeving, *Stb.* 2003, 202, in werking getreden op 1 september 2003.

58 Zie *Kamerstukken II* 1989/90, 21 504, nr. 3, p. 50. Borgers maakt voor wat betreft de latere vervolgbaarheid van de feiten die in de schikking zijn betrokken, onderscheid tussen het grondfeit en de soortgelijke feiten, in die zin dat een schikking waarin soortgelijke feiten zijn betrokken in beginsel in de weg zal staan aan een latere vervolging ter zake van die soortgelijke feiten. Voor het grondfeit ligt dit naar zijn mening anders. Zie Borgers 2001, p. 149-150.

situatie waarin reeds is voldaan aan de termen van de schikking, maar waarin in een later stadium van omstandigheden blijkt die de toepasselijkheid van de ontnemingsmaatregel ex artikel 36e Sr zouden hebben uitgesloten, de gewezen verdachte of veroordeelde de officier van justitie kan verzoeken om teruggave van de betaalde geldsom of de overgedragen voorwerpen. Eén van de omstandigheden in de zin van deze bepaling zou het ontbreken van een veroordeling ter zake van het grondfeit kunnen zijn – een essentieel vereiste voor het indienen van een ontnemingsvordering –, bijvoorbeeld omdat de verdachte in de hoofdzaak wordt vrijgesproken of het Openbaar Ministerie niet-ontvankelijk wordt verklaard. In een dergelijk geval is de eerder aangegane schikking aantastbaar op grond van voornoemde bepaling.

De schikking ex artikel 511c Sv moet goed worden onderscheiden van de transactie met als voorwaarde betaling van een geldsom ter ontneming van het wederrechtelijk verkregen voordeel (artikel 74 lid 2 sub d Sr). Het bestaansrecht van beide voorzieningen naast elkaar is met name gelegen in het feit dat de schikking doorgaans alleen in het vizier zal komen in strafzaken van een zodanige ernst dat een transactie in de zin van artikel 74 lid 2 sub d Sr niet in aanmerking komt.[59] Het fundamentele verschil tussen beide rechtsfiguren ligt in het aspect van de vervolgbaarheid. In het geval van de transactie wordt het bedrag betaald ter voorkoming van vervolging in de hoofdzaak, terwijl in het geval van de schikking wordt betaald ter voorkoming of ter beëindiging van de ontnemingsvordering.[60] Een tweede verschil is gelegen in de omstandigheid dat de schikking zich doorgaans beter zal lenen voor onderhandeling over de te betalen geldsom. Het feit dat de transactie in vergaande mate onderhevig is aan regulering door middel van richtlijnen komt de onderhandelingsruimte doorgaans niet ten goede. Ook dit aspect hangt overigens samen met het verschil in aard en ernst van de strafbare feiten ter zake waarvan beide rechtsfiguren worden gehanteerd.

Het consensuele element van de schikking is evident: instemming van zowel het Openbaar Ministerie als de verdachte met deze wijze van afdoening is noodzakelijk. Vervolgens is de wilsovereenstemming ook constitutief voor het rechtsgevolg: het voldoen aan de voorwaarden van de schikking door de verdachte in ruil voor de beëindiging of het achterwege laten van de ontnemingsvordering door het Openbaar Ministerie. De wijze waarop de schikking in de Aanwijzing ontneming[61] wordt uitgewerkt, lijkt het consensuele karakter alleen maar te benadrukken. Zo dient de schikking schriftelijk te worden overeengekomen volgens een vaststaand model, dat expliciet is gebaseerd op noties als aanbod en aanvaarding. Het bestaan van een bepaling als artikel

59 Zie *Kamerstukken II* 1989/90, 21 504, nr. 3, p. 51.
60 Zie ook Corstens 1994, p. 6.
61 Aanwijzing ontneming van 16 februari 2009, *Stcrt*. 2009, 40, geldig van 1 maart 2009 tot en met 28 februari 2013.

578a lid 2 Sv onderstreept het consensuele karakter van de schikking vervolgens des te meer.

2.4.4 De alternatieve geschillenbeslechting

In het kader van een bespreking van het begrip consensualiteit binnen het strafrecht, ligt het voor de hand enige aandacht te besteden aan de diverse vormen van alternatieve geschillenbeslechting of ADR (Alternative Dispute Resolution).[62] Zoals in het navolgende zal blijken, vallen zij strikt genomen echter niet onder de definitie van consensualiteit.

ADR moet worden gezien als een verzamelnaam voor diverse afdoeningsvormen buiten de traditionele justitiële instanties als de rechter en – in zekere zin – het Openbaar Ministerie om. Hierbij kan niet alleen worden gedacht aan de veelheid van geschillen- en klachtencommissies, maar ook aan het tuchtrecht voor diverse beroepsgroepen. De verschillende vormen van ADR zijn dan ook geenszins specifiek voor het strafrecht; integendeel, in andere rechtsgebieden wordt alternatieve geschillenbeslechting veelal op grotere schaal toegepast dan binnen het strafrecht. De meest algemene vorm van ADR is de *mediation*, ofwel bemiddeling, die als de opvolger van de vroegere dading kan worden beschouwd. In het geval van dading sloten dader en slachtoffer van een strafbaar feit een civielrechtelijke vaststellingsovereenkomst waarin zij afspraken maakten omtrent de gevolgen van het delict, waarbij de regeling van de aangerichte schade voorop stond. De nakoming van die overeenkomst had vervolgens invloed op de vervolgingsbeslissing van het Openbaar Ministerie. Immers, wanneer verdachte en slachtoffer onderling tot een vergelijk kwamen met betrekking tot de vergoeding van de schade en deze afspraak ook werd nagekomen, vormde dit voor het Openbaar Ministerie veelal voldoende grond om van vervolging van het betreffende strafbare feit af te zien, tenzij het publieke belang zich tegen een sepot verzette.[63] Inmiddels is de dading bij gebrek aan succes in onbruik geraakt,[64] en is de *mediation* als gezegd de meest bekende vorm van alternatieve geschillenbeslechting. Deze wijze van afdoening – waarbij partijen onder leiding van een onafhankelijke derde hun conflict trachten te beslechten – is niet alleen gericht op de afwikkeling van de finan-

62 Volgens het Platform ADR dient aan drie criteria te worden voldaan om van ADR te kunnen spreken: 1) een werkwijze die voor beide partijen aanvaardbaar is; 2) waarbij een derde (arbiter of bemiddelaar) wordt ingeschakeld; 3) maar zonder dat daarbij een beroep op de overheidsrechter wordt gedaan. Zie Huls 1998.

63 Zie voor wat betreft deze verhouding tussen de dading en de vervolgingsbeslissing Cleiren 1993.

64 Zie voor een overzicht van bevindingen *Kamerstukken II* 1999/2000, 25 452, nr. 8.

ciële consequenties van het conflict, maar ook op het bereiken van genoegdoening voor het slachtoffer in de breedste zin des woords.[65]

Het is duidelijk dat de verschillende vormen van alternatieve geschillenbeslechting buiten de definitie van consensualiteit vallen. In het geval van ADR is er weliswaar sprake van een consensus die is gericht op beslechting van het geschil buiten de strafrechter om, de bij de consensus betrokken rechtssubjecten zijn echter duidelijk anders dan bij de op consensualiteit gebaseerde procedures binnen het strafrecht. Waar bij deze laatste sprake is van een consensus tussen verdachte en Openbaar Ministerie, gaat het bij alternatieve geschillenbeslechting om overeenstemming tussen verdachte en het slachtoffer. Het Openbaar Ministerie is derhalve niet direct bij de wilsovereenstemming betrokken en kan op zijn best worden beschouwd als belanghebbende derde bij de totstandkoming van deze consensus, daar de uitkomst van de ADR – zoals duidelijk het geval was bij de dading, maar in vergelijkbare zin kan gelden voor de *mediation* – van invloed kan zijn op de vervolgingsbeslissing.[66] De verschillende vormen van ADR zullen in het vervolg van dit onderzoek dan ook buiten beschouwing blijven.

2.4.5 De toekomst van de buitengerechtelijke afdoening

In het voorgaande is al herhaaldelijk gewezen op het feit dat de wetgever het systeem van buitengerechtelijke afdoening van strafbare feiten recentelijk ingrijpend op de schop heeft genomen. Met de op 1 februari 2008 grotendeels in werking getreden Wet OM-afdoening[67] is in de artikelen 257a e.v. Sv een geheel nieuwe mogelijkheid van buitengerechtelijke afdoening in het strafrecht ingevoerd: het uitvaardigen van een strafbeschikking door de officier van justitie. Ingevolge deze wet heeft de officier van justitie de bevoegdheid gekregen zelfstandig, zonder tussenkomst van de rechter, een sanctie op te leggen ter zake van overtredingen en misdrijven waarop een gevangenisstraf is gesteld van maximaal zes jaar.[68] Het scala aan mogelijke sancties is – zeker ten opzichte van de huidige mogelijkheden van buitengerechtelijke afdoening –

65 Zie uitgebreid over de invulling en de reikwijdte van het begrip genoegdoening Cleiren 2003.

66 Vanzelfsprekend is het Openbaar Ministerie niet aan een succesvolle afloop van de *mediation* gebonden. Indien het van mening is dat ondanks (een kans op) een geslaagde *mediation* vervolging met het oog op het algemeen belang is aangewezen, kan het hiertoe onverkort overgaan.

67 Wet OM-afdoening van 7 juli 2006, *Stb.* 2006, 330, (grotendeels) in werking getreden op 1 februari 2008.

68 In de artikelen 257b en 257ba Sv is voorzien in een gemitigeerde bevoegdheid tot het uitvaardigen van strafbeschikkingen voor daartoe aangewezen opsporingsambtenaren en bestuursorganen.

behoorlijk uitgebreid. Op grond van artikel 257a Sv behoren niet alleen tal van sancties van financiële aard tot de mogelijkheden, ook kunnen aan de strafbeschikking een taakstraf van ten hoogste 180 uur, een ontzegging van de rijbevoegdheid voor maximaal zes maanden en/of verschillende gedragsaanwijzingen worden verbonden. Wanneer de verdachte zich niet kan vinden in de door de officier van justitie aan hem opgelegde strafbeschikking, dient hij hiertegen verzet aan te tekenen bij de strafrechter. Wanneer de verdachte niet of niet tijdig verzet aantekent, wordt de strafbeschikking voor tenuitvoerlegging vatbaar.

Op deze plaats hoeft niet uitgebreid te worden ingegaan op de historie[69] en de reikwijdte en mogelijkheden van deze nieuwe bevoegdheid.[70] Ook het langdurige debat in de literatuur over de wenselijkheid van de invoering van deze zelfstandige sanctiebevoegdheid voor de officier van justitie hoeft hier niet te worden herhaald.[71] Op deze plaats is het slechts van belang vast te stellen dat de invoering van de strafbeschikking een ingrijpende wijziging van het van oudsher op consensualiteit gebaseerde stelsel van buitengerechtelijke afdoening vormt. Waar tot voor kort voor alle vormen van buitengerechtelijke afdoening de instemming van de verdachte was vereist, kan een feit thans ook door middel van eenzijdige bevoegdheidsuitoefening door het Openbaar Ministerie buiten de rechter om worden afgedaan. Indien de verdachte zich daarin niet kan vinden, is het aan hem zelf om door verzet tegen de strafbeschikking aan te tekenen zijn recht op toegang tot de rechter ex artikel 6 EVRM te effectueren. Hiermee vervalt het consensuele element dat tot voor kort inherent was aan het systeem van buitengerechtelijke afdoening vrijwel volledig. Door het feit dat de buitengerechtelijke afdoening van strafbare feiten als gevolg van de invoering van de strafbeschikking niet meer, althans in

69 Het eerste publiekelijk uitgewerkte voorstel voor een zelfstandige sanctiebevoegdheid voor de officier van justitie werd gedaan in het kader van het onderzoeksproject Strafvordering 2001 (zie Hartmann 2001 en Hartmann 2002). Ongeveer gelijktijdig met dit voorstel werkte een werkgroep van het ministerie van Justitie eveneens aan een voorstel tot invoering van een zelfstandige sanctiebevoegdheid voor het Openbaar Ministerie. Dit departementale voorstel bouwde voort op de conclusies van de Commissie-Korthals Altes die midden jaren negentig voorstelde de transactie na verloop van tijd executabel te verklaren (zie Commissie heroverweging instrumentarium rechtshandhaving 1995, p. 83-90). Uiteindelijk werd in 2004 het Wetsvoorstel OM-afdoening bij de Tweede Kamer ingediend (zie *Kamerstukken II* 2004/05, 29 849, nrs. 1-3).

70 Zie uitgebreid over deze nieuwe bevoegdheid onder meer Kessler & Keulen 2008 en Crijns 2009.

71 Zie onder meer Hartmann 2001, Hartmann 2002, De Graaf 2003, Mevis 2004, Crijns 2004a, Brants & Stapert 2004b, Reijntjes 2004, Groenhuijsen & Knigge 2004, Groenhuijsen & Simmelink 2005, Crijns 2006 en De Wijkerslooth 2007a. Zie ook § 2.2.2.

beduidend mindere mate,[72] afhankelijk is van de medewerking van de verdachte voorziet de wetgever een flinke capaciteitswinst.[73]

Op dit moment verkeert het stelsel van buitengerechtelijke afdoening in een overgangsfase. De Wet OM-afdoening is weliswaar grotendeels in werking getreden, maar de daadwerkelijke implementatie daarvan verloopt gefaseerd.[74] Dat betekent dat op dit moment de overgrote meerderheid van de strafbare feiten die voor buitengerechtelijke afdoening in aanmerking komen nog langs de gebruikelijke consensuele weg van de transactie en het voorwaardelijk sepot worden afgedaan. In de toekomst zal het gros van deze zaken evenwel langs de weg van de strafbeschikking worden afgedaan, met als gevolg dat het systeem van buitengerechtelijke afdoening over een aantal jaar voor een belangrijk deel niet meer op consensualiteit zal zijn gebaseerd.[75] Ook na de volledige implementatie van de Wet OM-afdoening is de rol van consensualiteit in het kader van de buitengerechtelijke afdoening evenwel niet volledig uitgespeeld. Zo heeft de wetgever de mogelijkheid van het voorwaardelijk sepot onverkort willen handhaven (en de wettelijke basis daarvoor zelfs versterkt door middel van eerdergenoemde aanpassing van artikel 167 lid 2 Sv), omdat het voorwaardelijk sepot ook tot de mogelijkheden behoort en volgens de wetgever in de toekomst ook moet blijven behoren voor die categorieën strafbare feiten waarvoor het uitvaardigen van een strafbeschikking niet mogelijk is. Wel kan de volledige inwerkingtreding van de Wet OM-afdoening met zich brengen dat op termijn de transactiebevoegdheid van artikel 74-74c Sr in zijn geheel komt te vervallen. Het onderdeel van de Wet OM-afdoening dat daartoe strekt, is op dit moment nog niet in werking getreden. Of dit in de toekomst wel zal gebeuren, is op dit moment nog onduidelijk en hangt mede af van

72 Ook in het kader van de strafbeschikking is de medewerking van de verdachte soms wel degelijk vereist. Ingevolge artikel 257c lid 1 Sv is het uitvaardigen van een strafbeschikking houdende een taakstraf, een ontzegging van de rijbevoegdheid of een aanwijzing betreffende het gedrag van de verdachte slechts mogelijk indien de verdachte door de officier van justitie is gehoord en daarbij heeft verklaard bereid te zijn de straf te voldoen dan wel zich aan de aanwijzing te houden.

73 Zie *Kamerstukken II* 2004/05, 29 849, nr. 3, p. 1-2.

74 Zie hiervoor met name het Besluit OM-afdoening van 4 juli 2007, *Stb*. 2007, 255, laatstelijk gewijzigd bij *Stb*. 2010, 140, in werking getreden op 1 april 2010; zie voorts de Aanwijzing OM-afdoening van 15 februari 2010, *Stcrt*. 2010, 2930, geldig van 1 april 2010 tot en met 31 maart 2014. Zie over de wijze van implementatie van de strafbeschikking uitgebreid Kessler & Keulen 2008, p. 121-131 en Crijns 2009, p. 973-975.

75 Of dit ook betekent dat het stelsel van buitengerechtelijke afdoening niet langer een forum van onderhandelingen tussen Openbaar Ministerie en verdachte vormt of kan vormen, moet worden afgewacht. De verwachting in de literatuur is dat in het voortraject van de strafbeschikking nog wel degelijk ruimte voor onderhandeling kan bestaan (zie Nijboer 2005, p. 156-157). Wat hier van zij, feit blijft dat de uiteindelijke uitvaardiging van een strafbeschikking een eenzijdige rechtshandeling zijdens het Openbaar Ministerie is en dat de strafbeschikking juridisch gezien – met uitzondering van de in artikel 257c lid 1 Sv geschetste situatie – aldus niet langer een vorm van consensualiteit binnen het strafrecht is.

de uitkomsten van de evaluatie van de Wet OM-afdoening zoals die ingevolge artikel XXIa van de Wet OM-afdoening uiterlijk vijf jaar na inwerkingtreding van de wet aan het parlement zal worden aangeboden. Uit de parlementaire geschiedenis van de Wet OM-afdoening kan in ieder geval worden afgeleid dat het behoud van de transactie door de wetgever niet wordt beoogd, maar ook niet geheel wordt uitgesloten.[76]

2.5 Consensuele procedures ter verkorting van het geding

In het voorgaande is uitgebreid stilgestaan bij de diverse rechtsfiguren ter voorkoming van de gerechtelijke procedure. In de praktijk bestaat er echter ook een categorie van gevallen waarin rechterlijke inmenging wel degelijk noodzakelijk is of door het Openbaar Ministerie en/of de verdachte op prijs wordt gesteld, maar waarin geen behoefte bestaat aan de onverkorte navolging van alle specifieke gedeelten van de volledig opgetuigde gerechtelijke procedure zoals die in de Titels V en VI van het Tweede Boek van het Wetboek van Strafvordering wordt omschreven. Uit oogpunt van proceseconomie worden in de praktijk van de strafrechtspleging dan ook niet zelden bepaalde onderdelen van de klassieke procedure overgeslagen. Nu is dit niet altijd zonder meer mogelijk, aangezien het Wetboek van Strafvordering bepaalde proceshandelingen obligatoir voorschrijft. De meeste proceshandelingen zijn echter op een discretionaire bevoegdheid van (één van) de procesdeelnemers gebaseerd, zodat de procesdeelnemers niet alleen zelfstandig kunnen beslissen of zij al dan niet van hun bevoegdheden gebruik zullen maken, maar ook met elkaar in onderhandeling kunnen treden over de vraag of en op welke wijze zij een bepaalde bevoegdheid zullen hanteren. Daarmee is in feite de basis gelegd voor het consensuele moment tijdens het onderzoek ter terechtzitting.

Dit consensuele element tijdens de gerechtelijke procedure is echter in één opzicht van beduidend andere aard dan de consensualiteit die ten grondslag ligt aan de buitengerechtelijke afdoening. Waar bij deze laatste de enkele overeenstemming tussen het Openbaar Ministerie en de verdachte voldoende is voor het bereiken van enig rechtsgevolg – te weten het voorkomen van een gang naar de rechter door middel van een alternatieve wijze van afdoening –, is bij het consensuele moment tijdens de gerechtelijke procedure vrijwel altijd in meer of mindere mate de rechter als derde betrokken. Op het moment dat het Openbaar Ministerie zich tot de rechter heeft gewend door de verdachte te dagvaarden, is het immers in eerste instantie de rechter die de regels van het spel bepaalt (artikel 262 Sv). Wanneer het Openbaar Ministerie en de verdachte vervolgens onderling tot overeenstemming komen om bepaalde processuele handelingen achterwege te laten, kan dit veelal pas tot rechtsgevolg leiden wanneer de rechter hiermee impliciet of expliciet instemt. In het geval

76 Zie *Kamerstukken I* 2005/06, 29 849, C, p. 22-23; zie ook Kessler & Keulen 2008, p. 124-125.

de rechter onverkorte navolging van een bepaalde proceshandeling geboden acht, kan hij daartoe eenzijdig – met voorbijgaan aan de consensus tussen het Openbaar Ministerie en de verdachte – besluiten. Deze inherente bemoeienis van de rechter met de wilsovereenstemming tussen Openbaar Ministerie en verdachte hangt voor een belangrijk deel samen met het inquisitoire karakter van het Nederlandse strafproces, waarin van de rechter wordt verwacht dat hij zich actief inzet voor de verwezenlijking van de doelstellingen van het strafproces.[77] Deze omstandigheid maakt dat over het geheel genomen en zeker in vergelijking met andere rechtsstelsels – met name de Angelsaksische – het consensuele moment tijdens de gerechtelijke procedure in Nederland een relatief bescheiden plaats inneemt. Dit neemt niet weg dat als gevolg van de toenemende druk op de strafrechtspleging steeds weer nieuwe voorstellen de kop opsteken die (mede) zijn gebaseerd op de gedachte dat de gerechtelijke procedure verkort en gestroomlijnd zou moeten kunnen worden wanneer daar op basis van de (coöperatieve) proceshouding van de procesdeelnemers aanleiding en gelegenheid toe is. Met name de bekennende verdachte vormt telkens een bron van inspiratie voor voorstellen de klassieke gerechtelijke procedure te vereenvoudigen.

In het navolgende zal achtereenvolgens aandacht worden besteed aan de verschillende consensuele momenten tijdens het onderzoek ter terechtzitting, de aparte voorzieningen ingeval er sprake is van een bekennende verdachte, de rechtsfiguur van de voeging ad informandum, en tot slot, het maken van afspraken over het al dan niet instellen van rechtsmiddelen.

2.5.1 Consensuele momenten tijdens het onderzoek ter terechtzitting

Tijdens het onderzoek ter terechtzitting kunnen zich diverse consensuele momenten voordoen met bepalende invloed op de verdere loop van het geding. Het is niet ongebruikelijk dat rechter, Openbaar Ministerie en verdediging voorafgaand aan het eigenlijke onderzoek ter terechtzitting tijdens een speciale regiezitting of gedurende het onderzoek ter terechtzitting zelf met het oog op een soepel verloop van het proces met elkaar in overleg treden over de te volgen gang van zaken, bijvoorbeeld over de vraag welke getuigen zullen worden opgeroepen en gehoord.[78] Hierbij spelen in de praktijk noties

77 Zie meer uitgebreid over de Nederlandse inquisitoir georiënteerde procestraditie § 6.2.7.

78 Vgl. het volgende citaat uit de parlementaire geschiedenis van de Wet toezeggingen aan getuigen in strafzaken: 'Het doen van toezeggingen en het maken van afspraken moeten worden gezien tegen de achtergrond van een veelheid van afspraken van verschillende aard die in de loop van de behandeling van een grote strafzaak tussen de verdediging en het openbaar ministerie worden gemaakt. Zo is reeds geruime tijd gebruikelijk dat voorafgaand aan de terechtzitting veelal praktische afspraken worden gemaakt over verschillende proceshandelingen, zoals aantallen getuigen die zullen worden gehoord, een indicatie van de duur van het pleidooi en het requisitoir, afspraken over het inzien van processtukken,

als 'geven en nemen' een niet onbelangrijke rol, terwijl de procesdeelnemers op een later moment ook aan de gemaakte keuzes kunnen worden gehouden. Ook kan meer impliciet van bepaalde onderzoekshandelingen worden afgezien zolang de procesdeelnemers hiertegen geen bezwaar maken (zie bijvoorbeeld de bevoegdheid ex artikel 301 lid 3 Sv tot het mededelen van de korte inhoud van de dossierstukken in plaats van het integraal voorlezen daarvan). In bepaalde gevallen eist de wet uitdrukkelijk toestemming van de verdachte om bepaalde processuele handelingen achterwege te laten (zie bijvoorbeeld 287 lid 2 Sv), maar in veel andere gevallen worden onder de noemer van rechtsverwerking aan het enkele stilzitten van de verdachte reeds consequenties verbonden.[79] Ook in de jurisprudentie zijn diverse gevallen bekend waarin de verdachte werd gehouden aan zijn al dan niet expliciete instemming met een bepaalde gang van zaken.[80]

Het is voor discussie vatbaar of in de hier bedoelde gevallen daadwerkelijk kan worden gesproken van consensualiteit. Het antwoord op deze vraag zal steeds afhangen van de vraag of in het concrete geval al dan niet is voldaan aan de voorwaarden van wilsovereenstemming tussen Openbaar Ministerie en verdachte, leidende tot rechtsgevolg of bepalende invloed op de loop van het strafproces of de strafoplegging. Met name wanneer tijdens een regiezitting min of meer harde afspraken tussen de verschillende procesdeelnemers worden gemaakt over de te volgen gang van zaken kan mogelijk van consensualiteit worden gesproken, nu deze door wilsovereenstemming tot stand gekomen gang van zaken in het algemeen op zijn minst bepalende invloed op de loop van het strafproces zal hebben. Wanneer een van beide procesdeelnemers vervolgens expliciet door de rechter aan de eerder gemaakte afspraken wordt gehouden – bijvoorbeeld wanneer de rechter een verzoek tot oproeping van een bepaalde getuige weigert met een beroep op de tijdens de regiezitting daaromtrent gemaakte afspraken –, is ook sprake van rechtsgevolg. Niettemin blijft in een dergelijk geval de vraag of daadwerkelijk van consensualiteit kan worden gesproken, nu het gezien de bepalende invloed van de rechter onduidelijk is of en in hoeverre in een dergelijke situatie kan worden gesproken van de voor consensualiteit vereiste wilsovereenstemming *tussen Openbaar Ministerie en verdachte*. Zoals in het voorgaande al werd aangekondigd, vertroebelt het beeld omtrent consensualiteit in de fase van het onderzoek ter terechtzitting snel als gevolg van de sterke betrokkenheid van de rechter.

---

afluisteren van gemaakte bandopnamen en dergelijke.' Zie *Kamerstukken II* 1999/2000, 26 294, nr. 16, p. 4.

79 Zie kritisch over de notie van rechtsverwerking binnen het strafrecht Machielse 2009, p. 123-128 en Van der Meij 2010, p. 568-569.

80 Zie bijvoorbeeld HR 22 juni 1993, *NJ* 1994, 498 m.nt. C, waarin werd aangenomen dat de verdachte bewust afstand had gedaan van de mogelijkheid zich door een raadsman over zijn processuele situatie en de daaruit voor hem voortvloeiende mogelijkheden te doen voorlichten.

2.5.2 Vereenvoudigde procedures voor bekennende verdachten

Het Wetboek van Strafvordering maakte tot voor kort geen enkel onderscheid tussen de bekennende en de ontkennende verdachte. Sterker nog, tot een aantal jaar geleden kon op geen enkele plaats binnen het wetboek de begrippen bekentenis of bekennende verklaring worden teruggevonden. Het wetboek kende als begrip slechts de verklaring van de verdachte, die de status van één van de vijf wettige bewijsmiddelen heeft (artikel 341 Sv), maar onderscheidde deze op geen enkele plaats inhoudelijk in bekennende en ontkennende verklaringen. Dit betekende dat alle wettelijke vereisten en waarborgen verbonden aan de wijze waarop de rechter tot een uitspraak dient te komen, ook in het geval waarin de verdachte een volledige bekentenis aflegde onverkort van kracht waren. Bij herhaling zijn in het verleden voorstellen gedaan om verandering aan te brengen in deze situatie en consequenties te verbinden aan het feit dat de verdachte een bekennende verklaring heeft afgelegd.

Zo heeft een subcommissie van de commissie-Moons (Commissie herijking Wetboek van Strafvordering) in 1992 voorgesteld een vereenvoudigde procedure voor bekennende verdachten in te voeren.[81] De minister heeft dit voorstel van de Commissie Moons overgenomen en is vervolgens met een wetsvoorstel gekomen, dat echter nooit kracht van wet heeft gekregen.[82] De voorgestelde vereenvoudigde procedure hield in dat de bewijsvraag werd overgeslagen en het onderzoek ter terechtzitting beperkt bleef tot vragen omtrent de strafsoort en de strafmaat. In zijn vonnis zou de rechter vervolgens kunnen volstaan met de kwalificatie van het strafbare feit, de straf en de motivering daarvan. Voorwaarde voor deze vereenvoudigde afdoening was dat de verdachte op de terechtzitting ten overstaan van de rechter mondeling verklaarde het tenlastegelegde feit te hebben gepleegd en het voornemen had geen ander verweer voor te dragen dan een verweer dat betrekking had op de op te leggen straf. Met de bekentenis van de verdachte zou de bewijsvraag als afgedaan worden beschouwd.[83] De vergelijking met het Angelsaksische systeem van *plea-bargaining* dringt zich in dit verband sterk op. In dit systeem wordt de bewijsvraag na een *guilty plea* immers overgeslagen en wordt direct overgegaan tot de *sentencing hearing*, waarna de sanctie wordt bepaald.[84] In de literatuur werd overwegend negatief gereageerd op het wetsvoorstel.[85] De angst bestond dat het Openbaar Ministerie zich – doordat er twee aparte procedures voor bekennende en ontkennende verdachten zouden ontstaan – tegenover de ontkennende verdachten harder en tegenover de bekennende verdachten juist

81 Zie Corstens 1993b, p. 183-205.

82 Zie voor de oorspronkelijke tekst van het voorstel *Kamerstukken II* 1994/95, 23 989, nrs. A en B.

83 Zie uitgebreid over deze procedure Hildebrandt e.a. 1993 en Franken 1993b.

84 Jörg heeft zijn artikel met betrekking tot de aparte procedure voor de bekennende verdachte dan ook terecht de ondertitel 'Accusatoire tendenties' gegeven (zie Jörg 1993).

85 Zie bijvoorbeeld Boek & Nijboer 1994 en Franken 1993b. Zie voorts Prakken 1992.

milder zou gaan opstellen. Uit oogpunt van doelmatigheid heeft het Openbaar Ministerie immers belang bij zoveel mogelijk bekennende verdachten. Voorts werd gevreesd dat een vereenvoudigde procedure afbreuk zou doen aan de rechtsbescherming van de bekennende verdachte. De rechter wordt immers niet langer gedwongen ambtshalve de bewijsmiddelen te toetsen.[86] Garé was van mening dat met de invoering van een vereenvoudigde procedure voor de bekennende verdachte het doel van ons strafproces, de materiële waarheidsvinding, ernstig geweld zou worden aangedaan.[87] Onder de zware druk van deze kritiek is het wetsvoorstel uiteindelijk weer ingetrokken.

Ook meer recent zijn stemmen opgegaan om op het Angelsaksische model van *plea bargaining* geënte voorzieningen in het Nederlands strafprocesrecht in te voeren teneinde de gerechtelijke procedure te verkorten en daarmee de rechterlijke macht te ontlasten.[88] Dit was voor de minister van Justitie aanleiding onderzoek te laten doen naar de vraag welke plaats *plea bargaining* in de Angelsaksische strafrechtssystemen inneemt en naar de wijze waarop dergelijke procedures functioneren. Uit dit onderzoek van Brants en Stapert kwam duidelijk naar voren dat de praktijk van *plea bargaining* niet anders kan worden bezien dan in het licht van het rechtsysteem waarbinnen het functioneert. In dat verband werd benadrukt dat het zowel in het geval van de Verenigde Staten als in het geval van Engeland en Wales om adversaire rechtssystemen gaat, die beide in sterke mate overbelast zijn en binnen een sterk punitief klimaat functioneren. Voor wat betreft de Verenigde Staten kwam daar nog bij dat de dreiging van een eventuele doodstraf de bereidheid tot het aangaan van een *plea bargain* doet verhogen.[89] Op basis van deze onderzoeksresultaten heeft de minister van Justitie vervolgens laten weten geen aanleiding te zien een op het model van *plea bargaining* gelijkende procedure in het Nederlands systeem in te voeren.[90] Het Nederlandse inquisitoire stelsel en de daarbij behorende procestraditie zouden volgens de minister te zeer in de weg staan aan een succesvolle en effectieve introductie van een dergelijke rechtsfiguur in het Nederlandse strafprocesrecht.

Het heeft uiteindelijk tot 2005 geduurd voordat de wet daadwerkelijk gevolgen is gaan verbinden aan een bekennende verklaring. Op 1 januari 2005 is artikel 359 lid 3 Sv in dier voege aangepast dat de rechter in zaken waarin sprake is van een bekennende verdachte in zijn vonnis kan volstaan met een opgave van de gebezigde bewijsmiddelen zonder deze verder inhoudelijk te

86 Zie De Doelder & 't Hart 1992.
87 Zie Garé 1992, p. 633.
88 Zie een daartoe strekkende motie van Dittrich, *Kamerstukken II* 2002/03, 28 600 VI, nr. 127.
89 Zie voor een bewerkte handelseditie van het onderzoeksrapport Brants & Stapert 2004a.
90 Zie *Kamerstukken II* 2003/04, 29 200 VI, nr. 31.

hoeven uitwerken.[91] Indien de verdachte zijn bekennende verklaring op enig later moment heeft ingetrokken of indien de raadsman – om welke reden dan ook – vrijspraak heeft bepleit, bestaat deze mogelijkheid niet.[92] De praktische gevolgen van deze wetswijziging zijn relatief beperkt, nu de rechter in alle gevallen reeds op grond van artikel 365a Sv in eerste instantie met het wijzen van een verkort vonnis kan volstaan.[93] De relevantie van de wetswijziging is dan ook beperkt tot de gevallen waarin de verdachte hoger beroep instelt en het verkort vonnis op grond van artikel 365a lid 2 Sv dient te worden uitgewerkt. In dat geval kan op grond van artikel 359 lid 3 Sv bij een bekennende verdachte worden volstaan met genoemde verkorte uitwerking.

In de praktijk van de strafrechtspleging komt zonder meer betekenis toe aan het feit dat de verdachte het tenlastegelegde bekent. In een dergelijk geval zal het onderzoek ter terechtzitting, met name voor wat betreft het onderzoek naar de bewijsvraag, veelal vlotter verlopen. Daarmee is echter nog niet zonder meer sprake van daadwerkelijke consensualiteit in de hiervoor omschreven zin. Het feit dat de rechter zich vrij voelt het onderzoek ter terechtzitting beperkt te houden in geval de verdachte heeft bekend, brengt immers nog niet mee dat daadwerkelijk sprake is van 'het toekennen van rechtsgevolg dan wel bepalende invloed op de loop van het (straf)proces of de strafoplegging aan consensus tussen de vervolgende overheid en de verdachte.'. Er moet op zijn minst kunnen worden gesproken van het daadwerkelijk 'toekennen van rechtsgevolg of bepalende invloed', veelal door de rechter. Pas wanneer het bestaan van consensus tussen het Openbaar Ministerie en de verdachte over de vraag of de verdachte zich al dan niet aan de tenlastelegging schuldig heeft gemaakt, aanleiding is om daaraan rechtsgevolg of bepalende invloed toe te kennen, is er sprake van consensualiteit. Wanneer de rechter, geconfronteerd met een bekennende verklaring van de verdachte, ervoor kiest het vonnis op de verkorte wijze van artikel 359 lid 3 Sv uit te werken, verbindt hij daadwerkelijk rechtsgevolg aan het bestaan van consensus tussen de verdachte en het Openbaar Ministerie en vormt dit aldus een vorm van consensualiteit binnen het strafrecht. Deze vorm leidt weliswaar niet direct tot verkorting van het geding, maar kan wel als vereenvoudiging daarvan worden beschouwd.

---

91 Zie de Wet van 10 november 2004 tot wijziging van het Wetboek van Strafvordering strekkende tot aanpassing van de eisen te stellen aan de motivering van de bewezenverklaring bij een bekennende verdachte, *Stb.* 2004, 580, in werking getreden op 1 januari 2005. Zie voor een uitgebreide bespreking van deze wet Dreissen 2004.

92 Dit geldt volgens vaste jurisprudentie ook wanneer de raadsman vrijspraak heeft bepleit wegens het begaan zijn van vormverzuimen. Zie bijv. HR 26 mei 2009, *NJ* 2009, 260.

93 Artikel 138b Sv verstaat onder een verkort vonnis een vonnis waarin geen bewijsmiddelen zijn opgenomen, noch een opgave daarvan.

2.5.3 De voeging ad informandum

De voeging ad informandum kan het beste worden vertaald als de voeging ter informatie (van de rechter). De voeging ad informandum is niet wettelijk geregeld; de jurisprudentie van de Hoge Raad verbindt aan deze wijze van afdoening echter diverse voorwaarden. De voeging ad informandum houdt in dat het Openbaar Ministerie – wanneer het toch al een bepaalde verdachte voor de rechter dagvaardt – één of meer feiten waarvan in zijn optiek duidelijk is dat deze ook door die verdachte zijn begaan, aan de rechter voorlegt zonder die feiten uitdrukkelijk in de tenlastelegging op te nemen.[94] Louter door middel van enkele basisgegevens (datum, plaats en aard van het strafbare feit) van de ad informandum gevoegde feiten wordt aan de rechter duidelijk gemaakt om welke feiten het gaat. Het doel hiervan is dat de rechter bij het bepalen van de straf voor het bewezenverklaarde feit rekening houdt met de ad informandum gevoegde feiten,[95] zonder dat hij met betrekking tot de gevoegde feiten uitdrukkelijk de diverse vragen van artikel 348 en artikel 350 Sv hoeft te beantwoorden. Wanneer gebruik wordt gemaakt van voeging ad informandum wordt – ten aanzien van de ad informandum gevoegde feiten – het wettelijk bewijsstelsel van de artikelen 338-344a Sv dan ook omzeild. Hier staat tegenover dat het Openbaar Ministerie zijn recht verliest om tot afzonderlijke vervolging van de ad informandum gevoegde feiten over te gaan, mits die feiten daadwerkelijk in de strafmaat zijn meegenomen.[96]

In het geval van behandeling op tegenspraak heeft de Hoge Raad toegelaten dat feiten via voeging ad informandum worden afgedaan, als 'op grond van de door de verdachte ter terechtzitting gedane erkenning aannemelijk is

94 Zie uitgebreid over de voeging ad informandum in strafzaken Franken 1993a.

95 De rechter is volgens de Hoge Raad niet verplicht in zijn strafoplegging rekening te houden met de ad informandum gevoegde feiten (zie HR 1 mei 1990, *NJ* 1991, 40 m.nt. ThWvV). Franken stelt dat deze opvatting van de Hoge Raad voortvloeit uit het feit dat ad informandum gevoegde feiten primair als strafbepalende omstandigheden worden beschouwd. Ten aanzien van andere strafbepalende omstandigheden bestaat immers evenmin een verplichting voor de rechter de aanwezigheid daarvan expliciet in de strafmotivering naar voren te brengen. Wanneer de voeging ad informandum primair als zelfstandige afdoeningswijze van strafbare feiten zou worden gezien, zou een verplichting voor de rechter tot het verdisconteren in de strafmaat van ad informandum gevoegde feiten volgens Franken mogelijk meer voor de hand liggen. Zie Franken 1993a, p. 38.

96 Het is dan ook van groot belang dat de rechter in zijn strafmotivering aangeeft met welke gevoegde feiten hij bij zijn strafoplegging rekening heeft gehouden. Zie HR 7 januari 1986, *NJ* 1986, 496; alsmede Franken 1993a, p. 34. In geval van vrijspraak van de tenlastelegging blijft het recht van het Openbaar Ministerie tot aparte vervolging van de ad informandum gevoegde feiten over te gaan, in beginsel intact. Volgens Franken geldt, onder verwijzing naar de jurisprudentie van de Hoge Raad, de algemene regel dat een afzonderlijke vervolging van eerder ad informandum gevoegde feiten in beginsel telkens mogelijk is indien de rechter – om welke reden dan ook – heeft besloten de gevoegde feiten niet in de strafoplegging te betrekken, derhalve ook wanneer het vanwege een vrijspraak van de tenlastelegging niet eens tot een strafoplegging is gekomen. Zie Franken 1993a, p. 32-33.

geworden, dat hij dat feit begaan heeft, en wanneer kan worden vastgesteld dat ter zake van dat feit geen vervolging meer zal worden ingesteld tegen de verdachte'.[97] De Hoge Raad eist dat die erkenning zonder voorbehoud is. Een bekennende verklaring in combinatie met een beroep op een strafuitsluitingsgrond staat derhalve aan afdoening door middel van voeging ad informandum in de weg.[98] In het geval van berechting bij verstek is voeging ad informandum volgens de Hoge Raad eveneens mogelijk, 'mits: a) bij het uitbrengen van de dagvaarding althans tijdig vóór de aanvang der terechtzitting, aan de verdachte is medegedeeld dat bedoeld niet tenlastegelegd feit door het openbaar ministerie met dat doel ter terechtzitting ter sprake zal worden gebracht; b) op grond van diens elders gedane erkenning aannemelijk is geworden dat de verdachte dit feit heeft begaan; en c) ervan mag worden uitgegaan dat het openbaar ministerie geen strafvervolging ter zake van dit feit zal instellen.'[99] Zowel bij een berechting op tegenspraak als een berechting bij verstek is het voor het bestaan van de mogelijkheid van voeging ad informandum derhalve essentieel dat de verdachte – ter zitting dan wel elders – de gevoegde feiten bekent of heeft bekend.

Het consensuele element van de voeging ad informandum schuilt in het feit dat de verdachte invloed kan uitoefenen op de vraag of deze wijze van afdoening al dan niet kan worden gevolgd. Indien hij afdoening door middel van voeging ad informandum wenselijk acht, dient hij de gevoegde feiten – impliciet of expliciet – te bekennen. Indien hij een dergelijke wijze van afdoening niet wenst, kan hij deze frustreren door op de terechtzitting te verschijnen en daar de ad informandum gevoegde feiten te ontkennen. Wanneer hij dit laatste doet, is de officier van justitie – indien hij veroordeling voor die feiten wenselijk acht – genoodzaakt deze feiten alsnog afzonderlijk ten laste te leggen. Voor de verdachte leidt dit tot een hernieuwde gang naar de strafrechter en waarschijnlijk tot een nieuwe veroordeling, daar het doorgaans feiten betreft waarvoor het Openbaar Ministerie betrekkelijk eenvoudig bewijs kan aandragen. Meerdere afzonderlijke veroordelingen zullen in de regel tot een per saldo hogere straf voor de verdachte leiden dan één veroordeling waarbij de andere feiten via voeging ad informandum worden 'meegenomen', aangezien de rechter in het geval van voeging ad informandum gebonden blijft aan het strafmaximum dat op het tenlastegelegde feit is gesteld.[100] De ad informan-

97 Zie HR 29 november 1983, *NJ* 1984, 277 (Voorwaarden voeging ad informandum).
98 Zie HR 12 november 1985, *NJ* 1986, 421.
99 Zie HR 2 juni 1998, *NJ* 1998, 697; zie ook HR 4 februari 1997, *NJ* 1997, 322.
100 Dit wil niet zeggen dat de rechter binnen deze marge *carte blanche* heeft. Binnen deze marge geldt voorts nog de aanvullende eis 'dat de ad informandum gevoegde strafbare feiten door hun aantal en ernst de straf niet zodanig mogen beïnvloeden dat de straf aanmerkelijk zwaarder wordt dan op basis van de telastegelegde delicten kon worden verwacht of dat daardoor een andere strafsoort in aanmerking komt dan door de telastegelegde feiten wordt gerechtvaardigd' (zie Franken 1993a, p. 36). Anders gezegd, de ad informandum gevoegde

dum gevoegde feiten mogen immers alleen dienen als omstandigheden waarmee de rechter in de strafmaat rekening houdt; de regeling van meerdaadse samenloop ex artikel 57 Sr gaat niet op in het geval van voeging ad informandum. Alleen al om deze reden kan de verdachte er wel degelijk belang bij hebben de ad informandum gevoegde feiten te bekennen. Wanneer de rechter vervolgens consequenties aan deze bekennende verklaring verbindt door de ad informandum gevoegde feiten daadwerkelijk in de strafoplegging te betrekken, is er zonder meer sprake van consensualiteit. In dat geval kent de rechter immers rechtsgevolg toe aan het bestaan van consensus tussen het Openbaar Ministerie en de verdachte ten aanzien van het begaan zijn door de verdachte van de gevoegde feiten en de wijze waarop deze zouden moeten worden afgedaan.

2.5.4 Afspraken over het instellen van rechtsmiddelen

Tot slot kan in het kader van de consensuele procedures ter verkorting van het geding worden gewezen op de mogelijkheid afspraken te maken over het al dan niet instellen van rechtsmiddelen door het Openbaar Ministerie en de verdachte dan wel het intrekken van reeds ingestelde rechtsmiddelen. Een sprekend praktijkvoorbeeld hiervan, dat ook tot de nodige ophef in de media heeft geleid, is de afspraak tussen het Openbaar Ministerie en twee in eerste aanleg vrijgesproken verdachten inhoudende dat het Openbaar Ministerie het tegen die vrijspraak ingestelde hoger beroep zou intrekken wanneer en op voorwaarde dat de twee (gewezen) verdachten in ruil daarvoor zouden afzien van een vordering tot schadevergoeding op grond van de artikelen 89 en 591a Sv.[101] Dergelijke afspraken voldoen zonder meer aan de definitie van consensualiteit, nu zij enerzijds zijn gebaseerd op wilsovereenstemming en anderzijds leiden tot rechtsgevolg. Opgemerkt dient te worden dat de hiervoor genoemde vertroebelende omstandigheid van de betrokkenheid van de rechter in dit verband niet aan de orde is, nu het onderzoek ter terechtzitting reeds is gesloten op het moment dat een dergelijke afspraak wordt gemaakt.

2.6 De consensuele procedure ter verkrijging van bewijs

In de dagelijkse praktijk van de strafrechtspleging komt het nogal eens voor dat een burger strafrechtelijk relevante informatie heeft, doch deze slechts

---

feiten mogen het verband tussen de ten laste gelegde feiten en de strafmaat niet al te zeer vertroebelen.

101 Zie voor de beschikkingen waarin de rechtbank de beide gewezen verdachten niet-ontvankelijk verklaarde in de door hen, in weerwil van de eerder door hen met het Openbaar Ministerie gemaakte afspraak, ingestelde vorderingen tot schadevergoeding Rb Haarlem 19 maart 2009, *LJN* BI0484 en *LJN* BI0503. De rechtbank hield beide verdachten aan de door hen met het Openbaar Ministerie gemaakte afspraak.

onder bepaalde voorwaarden met het Openbaar Ministerie of de politie wil delen. Deze basale situatie creëert een potentiële onderhandelingssituatie, met name wanneer het informatie betreft die schaars is en door het Openbaar Ministerie en de politie gegeven de omstandigheden niet of moeilijk langs andere, meer conventionele weg kan worden verkregen, terwijl het Openbaar Ministerie en de politie deze informatie gezien de aard of de mogelijkheden daarvan wel degelijk graag in handen zouden krijgen. Vooral wanneer aan deze randvoorwaarden wordt voldaan, zijn het Openbaar Ministerie en de politie veelal bereid de nodige offers te brengen om de bewuste informatie te verkrijgen. Wanneer het Openbaar Ministerie of de politie dit vervolgens ook daadwerkelijk doet, 'koopt' het als het ware tegen een bepaalde prijs de informatie van de betrokken burger.

De hier geschetste situatie kan in theorie verschillende modaliteiten aannemen, nu de tegenprestatie die het Openbaar Ministerie of de politie levert teneinde deze informatie te verkrijgen vele vormen kan aannemen, terwijl ook het doel van verkrijging van de bewuste informatie kan variëren en de betrokken burger diverse strafvorderlijke hoedanigheden kan hebben. Zo kunnen het Openbaar Ministerie en/of de politie de betreffende informatie letterlijk 'kopen' door de betreffende burger daarvoor een financiële beloning te verstrekken, maar ook is het mogelijk de betreffende burger bepaalde voordelen binnen de context van het strafproces toe te zeggen. Een dergelijke tegenprestatie ligt met name in de rede wanneer de burger die de informatie verstrekt zelf ook als verdachte wordt of kan worden beschouwd. Voorts kan worden onderscheiden naar het doel waarmee de informatie wordt verschaft, waarbij met name dient te worden gedacht aan het vergaren van informatie met het oog op de opsporing en het vergaren van informatie ter verkrijging van voor het bewijs bruikbaar materiaal.

Deze verschillende in theorie denkbare modaliteiten zijn in de praktijk teruggebracht tot een tweetal toelaatbare instrumenten: enerzijds de Regeling bijzondere opsporingsgelden[102] en anderzijds de toezeggingen aan getuigen in de zin van artikel 226g e.v. Sv. Op grond van eerstgenoemde Regeling kan de politie onder bepaalde omstandigheden een financiële beloning toekennen aan een burger die voor de opsporing relevante informatie verstrekt. Dit kan evenwel slechts wanneer deze burger niet zelf als verdachte kan worden beschouwd in relatie tot het feitencomplex waarover hij verklaart.[103] Op

102 Regeling bijzondere opsporingsgelden van 1 februari 2006, *Stcrt*. 2006, 39, geldig van 2 april 2006 tot 1 januari 2011.

103 Vgl. het begrip 'informant' in artikel 1 lid 5 van de Regeling bijzondere opsporingsgelden: 'Een persoon die heimelijk aan een opsporingsambtenaar informatie verstrekt omtrent strafbare feiten, die door anderen zijn of worden gepleegd of verricht, welke verstrekking gevaar voor deze persoon of voor derden oplevert en die ingeschreven staat in het informantenregister van een opsporingsdienst.' Deze definitie sluit niet uit dat de informant wel als verdachte kan worden beschouwd in relatie tot een ander feitencomplex dan dat waarover hij informatie verstrekt.

grond van het tweede instrument kan het Openbaar Ministerie bepaalde toezeggingen van meer strafprocessuele aard aan een verdachte burger doen, indien deze zich bereid verklaart als getuige in de zaak van een medeverdachte op te treden. Binnen deze regeling gaat het derhalve om het verkrijgen van voor het bewijs bruikbare informatie. Veelal zal deze getuige zelf ook als verdachte kunnen worden beschouwd in relatie tot het feitencomplex waarover hij als getuige verklaart. Beide regelingen sluiten elkaar derhalve uit. Waar 'politie', 'niet-verdachte burger', 'financiële beloning' en 'opsporingsinformatie' de steekwoorden in het kader van de Regeling bijzondere opsporingsgelden zijn, gelden bij de toezeggingen aan getuigen de steekwoorden 'Openbaar Ministerie', 'verdachte', 'beloning van niet-financiële aard' en 'voor het bewijs bruikbare informatie'.[104]

Het is van belang deze onderscheidingen al op deze plaats te belichten in verband met de vraag of deze beide instrumenten al dan niet onder de in het voorgaande geschetste definitie van consensualiteit kunnen worden gebracht. Dat er bij beide regelingen sprake is van consensus, leidende tot enig rechtsgevolg moge duidelijk zijn. De problemen rijzen echter met name waar het de bij de consensus betrokken partijen betreft. Zo volgt uit de begripsomschrijving van consensualiteit ten eerste dat in ieder geval het Openbaar Ministerie als representant van de vervolgende overheid bij de consensus betrokken dient te zijn. Nu levert dit vereiste in dit verband nog betrekkelijk weinig problemen op, nu de politie zijn taken in het kader van de Regeling bijzondere opsporingsgelden onder directe verantwoordelijkheid van de officier van justitie verricht en het Openbaar Ministerie derhalve in ieder geval indirect is betrokken bij de consensus zoals die onder deze Regeling tussen de politie en de burger tot stand komt. Belangrijker is het gegeven dat om in de voorgaande situaties daadwerkelijk van consensualiteit te kunnen spreken de informatie afkomstig dient te zijn van een burger die (zelf ook) als verdachte kan of moet worden beschouwd. Hieraan schort het in het kader van de Regeling bijzondere opsporingsgelden. Hoewel het strikt genomen niet is uitgesloten dat de betreffende burger in relatie tot een ander feitencomplex als verdachte kan worden beschouwd, komt hij in het kader van de Regeling bijzondere opsporingsgelden niet *in een hoedanigheid als verdachte* tot een vergelijk met de politie over het verstrekken van de voor de opsporing relevante informatie in ruil voor een financiële beloning. Hoewel deze Regeling zonder meer interessante raakvlakken heeft met de in dit onderzoek te bespreken materie, maakt dit gegeven dat de Regeling bijzondere opsporingsgelden strikt

104 Zie ook § 1.4 van de Aanwijzing toezeggingen aan getuigen in strafzaken van 13 maart 2006, *Stcrt*. 2006, 56, geldig van 1 april 2006 tot 30 september 2010, waarin wordt bepaald dat deze aanwijzing geen betrekking heeft op informanten en tipgevers waarvoor de Regeling bijzondere opsporingsgelden geldt. Hieruit blijkt dat beide regelingen elkaar expliciet beogen uit te sluiten.

genomen niet onder de noemer van consensualiteit kan worden gebracht en daarom in het navolgende verder buiten beschouwing zal blijven.

De toezeggingen aan getuigen kunnen daarentegen wel onder de definitie van consensualiteit worden geschaard.[105] Zoals in het navolgende zal blijken, gaat het daarbij immers steeds om consensus tussen enerzijds het Openbaar Ministerie en anderzijds een verdachte,[106] welke consensus vervolgens constitutief is voor een aantal rechtsgevolgen. De in deze paragraaf te bespreken vorm van consensualiteit ziet derhalve slechts op de consensuele procedure ter verkrijging van voor het bewijs bruikbare informatie, in het dagelijks taalgebruik en de literatuur beter bekend onder de weinig zuivere terminologie 'deals met criminelen' of (afspraken met) 'kroongetuigen'. Als gezegd hanteert het Wetboek van Strafvordering voor dit instrument de terminologie 'toezeggingen aan getuigen'. Ook deze laatste term dekt de lading niet volledig, nu deze term ten onrechte suggereert dat het hier een eenzijdige rechtsfiguur zou betreffen. Niettemin zal deze term in het onderstaande veelal worden gehanteerd als alternatief voor het begrip consensuele procedure ter verkrijging van bewijs.

2.6.1 Doel en strekking

Het instrument van de consensuele procedure ter verkrijging van bewijs vindt zijn oorsprong in de moeilijke bewijspositie van het Openbaar Ministerie in zaken van zware, georganiseerde criminaliteit.[107] Georganiseerde criminaliteit laat zich niet eenvoudig opsporen, en voor zover hierbij door het Openbaar Ministerie successen worden geboekt, betreft het veelal personen aan de rand van de organisatie. Als gevolg van de structuur van criminele organisaties,

---

105 In de literatuur wordt de term consensualiteit meestal niet in relatie tot de toezeggingen aan getuigen gebezigd. Als gevolg daarvan heeft de term consensualiteit een sterke connotatie met buitengerechtelijke of verkorte afdoening van strafbare feiten gekregen. De verklaring hiervoor is met name gelegen in het feit dat midden jaren negentig toen de term consensualiteit werd gemunt (zie § 2.3.1), de rechtsfiguur van de toezeggingen aan getuigen nog een betrekkelijke noviteit was.

106 In het navolgende wordt de wederpartij van het Openbaar Ministerie in het kader van het instrument van de toezeggingen aan getuigen omwille van de leesbaarheid steeds aangeduid als getuige. Bedacht moet evenwel worden dat deze persoon daarnaast zelf ook als verdachte wordt aangemerkt, terwijl de status van getuige in wezen pas op zijn plaats is vanaf het moment dat de afspraak daadwerkelijk tot stand is gekomen en hij zich (daarmee) bereid heeft verklaard als getuige op te treden. Voor die tijd zou strikt genomen moeten worden gesproken van verdachte c.q. potentiële getuige.

107 De Commissie Van Traa sprak in navolging van de onderzoeksgroep Fijnaut van georganiseerde criminaliteit: 'wanneer groepen van personen die (a) primair gericht zijn op illegaal gewin, (b) systematisch misdaden plegen met ernstige gevolgen voor de samenleving, en (c) in staat zijn deze misdaden op betrekkelijk eenvoudige wijze af te schermen, in het bijzonder door de bereidheid te tonen fysiek geweld te gebruiken of personen door corruptie uit te schakelen.' Zie Enquêtecommissie opsporingsmethoden 1996, p. 25.

de diverse maatregelen ter afscherming en de cultuur van (dreigend) excessief geweld binnen de organisatie blijken de kopstukken vrijwel ongrijpbaar voor politie en justitie. Zelfs met de inzet van de meest ingrijpende bijzondere opsporingsbevoegdheden blijft het moeilijk voldoende bewijsmateriaal tegen de toplaag van de organisatie te vergaren. De risico's van de inzet van bevoegdheden als infiltratie, pseudo-koop en pseudo-dienstverlening zijn voor betrokkenen aanzienlijk, terwijl succes geenszins is gegarandeerd. Het algemene beeld zoals dat vanaf de jaren negentig van de vorige eeuw bestaat, is dan ook dat het de politie en het Openbaar Ministerie niet lukt een wezenlijke vuist tegen de georganiseerde criminaliteit te maken.[108] Binnen deze context is het instrument van de toezeggingen aan getuigen in strafzaken tot ontwikkeling gekomen.

Het instrument van de toezeggingen aan getuigen kan – althans zo is de gedachte[109] – onder omstandigheden op betrekkelijk eenvoudige wijze verlichting brengen in de geschetste situatie. Wanneer politie en Openbaar Ministerie erin slagen een verdachte aan de periferie van een criminele organisatie op te sporen, is daarmee mogelijk ook een schat aan informatie omtrent – en wellicht zelfs bruikbaar bewijs tegen – de bewuste criminele organisatie binnen bereik van politie en Openbaar Ministerie. Deze verdachte zal evenwel om tal van redenen veelal niet bereid zijn deze informatie prijs te geven. Naast het feit dat hij met het prijsgeven van deze informatie niet zelden ook zichzelf zal belasten, zal ook de – al dan niet reële – angst voor repressailles van de kant van de criminele organisatie waarvan hij deel uitmaakt, hem ervan weerhouden een verklaring af te leggen. Politie en Openbaar Ministerie zullen dan een manier moeten vinden om deze verdachte over te halen toch een verklaring af te leggen. In een dergelijke situatie kan een rol zijn weggelegd voor het instrument van de consensuele procedure ter verkrijging van bewijs. In plaats van de verdachte zonder meer te vervolgen voor zijn aandeel in de activiteiten van de criminele organisatie, kan het Openbaar Ministerie ook overwegen deze verdachte de nodige voordelen in het vooruitzicht te stellen die door hem verzilverd kunnen worden door een voor het bewijs bruikbare getuigenverklaring in de strafzaak tegen een of meer van zijn medeverdachten

108 Zie onder meer de beleidsnota 'De georganiseerde criminaliteit in Nederland' uit 1993, *Kamerstukken II* 1992/93, 22 838, nr. 2, waarin onder meer de conclusie wordt getrokken dat de op dat moment bestaande mogelijkheden voor de bestrijding van de georganiseerde criminaliteit tekortschieten. Zie meer uitgebreid over het strafvorderlijk beleid inzake de bestrijding van de georganiseerde criminaliteit aan het einde van de vorige eeuw Van der Meij 2010, p. 286-291.

109 Of het instrument van de toezeggingen aan getuigen daadwerkelijk een effectief middel in de strijd tegen de georganiseerde criminaliteit zal blijken te zijn, moet worden afgewacht. Tot op heden is het instrument te weinig toegepast om daaromtrent betrouwbare conclusies te trekken. In dit verband zal ook het nodige afhangen van de afloop van het proces inzake een aantal liquidaties in Amsterdam waarin een belangrijke rol toekomt aan een getuige aan wie toezeggingen zijn gedaan, terwijl hij zelf ook van ernstige strafbare feiten wordt verdacht. Zie over deze zaak De Roos 2007.

af te leggen. De rechtvaardiging voor het bevoordelen van de verdachte is in deze redenering gelegen in het feit dat met het verkrijgen van dit belangrijke, moeilijk op andere wijze te verkrijgen, bewijsmateriaal per saldo een grotere bijdrage aan de rechtshandhaving wordt geleverd dan door de enkele, onvoorwaardelijke vervolging van deze ene verdachte.

Het moge duidelijk zijn dat het hier een fundamenteel andere categorie van consensualiteit betreft dan de hiervoor besproken consensuele procedures ter afdoening buiten geding of ter verkorting van het geding. Dit geldt niet alleen voor wat betreft het doel van de procedure – het verkrijgen van bewijsmateriaal in plaats van de vereenvoudigde afdoening van strafbare feiten –, maar ook voor wat betreft de context waarbinnen de consensuele procedure een rol speelt. In de twee voorgaande categorieën ging het om de buitengerechtelijke afdoening van betrekkelijk lichte, veelvoorkomende strafbare feiten respectievelijk de verkorting van de gerechtelijke procedure, eveneens veelal in gevallen van relatief lichte strafbare feiten, terwijl de onderhavige categorie van de consensuele procedure ter verkrijging van bewijs binnen de context van zware, georganiseerde criminaliteit zijn rol vervult.

Hoewel voor die tijd ook reeds in meer of mindere mate door het Openbaar Ministerie gebruik werd gemaakt van toezeggingen aan getuigen, is het gebruik daarvan pas vanaf het begin van de jaren negentig daadwerkelijk aan de oppervlakte gekomen. In het kader van de vervolging van een aantal vermeende kopstukken van criminele organisaties bleek het Openbaar Ministerie in die tijd herhaaldelijk van dit instrument gebruik te hebben gemaakt. Als gevolg hiervan werd de rechter noodgedwongen voor de principiële vraag gesteld of, in hoeverre en onder welke voorwaarden de inzet van dit instrument kon worden gebillijkt. Hierbij kon de rechter zich midden jaren negentig slechts zeer ten dele verhalen op regelgeving. Pas naar aanleiding van de bevindingen van de Commissie Van Traa in 1996[110] – die tijdens zijn werkzaamheden ook op het gebruik van toezeggingen was gestuit en een wettelijke regeling ter zake nodig achtte – is de wetgever daadwerkelijk werk gaan maken van een wettelijke regeling omtrent toezeggingen aan getuigen in strafzaken, welke uiteindelijk pas op 1 april 2006 in werking is getreden. In de tussenliggende periode heeft de rechter zich moeten redden met een aantal richtlijnen en aanwijzingen.[111] In het navolgende wordt deze ontwikkeling kort geschetst,[112] waarna vervolgens het huidige normatief kader rond de toezeggingen aan getuigen meer uitgebreid wordt besproken.

---

110 Enquêtecommissie opsporingsmethoden 1996.

111 Zie achtereenvolgens de Modelbrief van de procureurs-generaal aan de hoofdofficieren van justitie d.d. 1 juli 1983; de Richtlijn afspraken met criminelen van 13 maart 1997, *Stcrt*. 1997, 61, in werking getreden op 1 april 1997; en de Tijdelijke aanwijzing toezeggingen aan getuigen in strafzaken van 13 juli 2001, *Stcrt*. 2001, 138, in werking getreden op 1 augustus 2001.

112 Zie ook Abels 2005.

2.6.2 De ontwikkeling naar een wettelijke regeling

De eerste regelgeving op het gebied van toezeggingen aan getuigen, de Modelbrief deals met criminelen, dateert reeds uit 1983,[113] een tijd waarin niet of nauwelijks – althans niet zichtbaar – gebruik werd gemaakt van dit instrument.[114] Deze Modelbrief was echter in zodanig algemene bewoordingen gesteld dat deze in de praktijk van de strafrechtspleging nauwelijks houvast kon bieden. Van een enigszins gedetailleerde regeling was geen sprake. Zo moest de Modelbrief het antwoord schuldig blijven op de niet onbelangrijke vraag naar de aard en de reikwijdte van de mogelijke toezeggingen. Niettemin – en dat is in het licht van de in hierna te bespreken conclusies van de Commissie Van Traa niet onbelangrijk – tonen het bestaan en de strekking van de Modelbrief aan dat men ook in 1983 reeds in zekere mate was doordrongen van het besef dat het doen van toezeggingen aan getuigen een gevoelige aangelegenheid is, waarmee met de nodige terughoudendheid moet worden omgesprongen.

Door de groeiende aandacht voor de bestrijding van georganiseerde criminaliteit begin jaren negentig raakte het gebruik van toezeggingen aan getuigen, evenals van diverse niet wettelijk geregelde bijzondere opsporingsmethoden, meer in zwang. Dit toenemende gebruik van vergaande, tot dan toe niet wettelijk gereguleerde, methoden in de strijd tegen grootschalige, georganiseerde criminaliteit leidde midden jaren negentig tot een parlementair onderzoek naar de opsporingsmethoden die op dat moment in Nederland werden gehanteerd en de controle hierop. De resultaten van dit parlementaire onderzoek – onder leiding van Van Traa – werden neergelegd in het eindrapport *Inzake opsporing* dat op 1 februari 1996 verscheen.[115] De conclusies van de Commissie Van Traa logen er niet om. De hoofdconclusie luidde dat er sprake was van een crisis in de opsporing.[116] Waar het in dit verband evenwel met name

113 Modelbrief van de procureurs-generaal aan de hoofdofficieren van justitie d.d. 1 juli 1983. Het is de vraag wat de precieze juridische status van deze Modelbrief was. Aangenomen mag worden dat de Modelbrief in eerste instantie was bedoeld als interne instructie aan de (hoofd)officieren van justitie, maar als gevolg van het feit dat deze wel extern werd gepubliceerd, als recht in de zin van artikel 99 (oud) RO moest worden beschouwd en derden hieraan derhalve rechten konden ontlenen (zie HR 19 juni 1990, *NJ* 1991, 119 m.nt. ThWvV en MS). In de jurisprudentie inzake toezeggingen aan getuigen heeft de Hoge Raad dan ook herhaaldelijk aan de Modelbrief getoetst. Zie onder meer HR 30 juni 1998, *NJ* 1998, 799 m.nt. Sch (Kobus L.).

114 Jurisprudentie of literatuur van voor 1994 omtrent het gebruik van toezeggingen aan getuigen is niet of nauwelijks voorhanden. Hiermee is niet gezegd dat voor die tijd binnen de Nederlandse strafrechtspleging geen gebruik van een dergelijk instrument zou zijn gemaakt. Dit zou zeer onwaarschijnlijk zijn, niet in de laatste plaats gezien het bestaan van de Modelbrief uit 1983. Wel is duidelijk dat het gebruik van dergelijke toezeggingen meer in het verborgene bleef en zodoende in die tijd geen zelfstandig punt van discussie vormde binnen de rechtspraak en de literatuur.

115 Zie Enquêtecommissie opsporingsmethoden 1996.

116 Zie het 'Ten geleide' in Enquêtecommissie opsporingsmethoden 1996.

om gaat, is dat de Commissie gedurende haar onderzoek naar de in Nederland gehanteerde opsporingsmethoden ook stuitte op het gebruik van 'deals' door politie en justitie.[117] Volgens de Commissie ging er in de praktijk bij het sluiten van deze deals weinig normerende werking uit van de toentertijd geldende Modelbrief. Met name het procedurele vereiste dat de procureur-generaal op de hoogte moest worden gebracht van het voornemen een afspraak te maken, werd volgens de Commissie herhaaldelijk aan de laars gelapt. Deze bevindingen waren voor de Commissie aanleiding tot het formuleren van een aantal conclusies en aanbevelingen ter zake, waarbij de Commissie voorop stelde dat zij niet enthousiast was over het instrument van de deal, omdat het gebruik van een dergelijke opsporingsmethode volgens haar aan de grenzen van het toelaatbare raakt. De Commissie pleit dan ook niet alleen voor grote terughoudendheid waar het deals betreft, maar ook voor een stevige wettelijke basis. Een degelijke wettelijke regeling inzake deals is volgens de Commissie onontbeerlijk. Voorts sprak de Commissie zich uit tegen toezeggingen die tot algehele strafrechtelijke immuniteit strekken (in de terminologie van de Commissie: de kroongetuige).[118]

Naar aanleiding van deze aanbevelingen van de Commissie Van Traa raakte de ontwikkeling van regelgeving inzake toezeggingen aan getuigen in een duidelijke doch tijdelijke stroomversnelling. De Tweede Kamer onderschreef deze conclusies van de Commissie Van Traa volledig[119] – inclusief de conclusie dat toezeggingen strekkende tot algehele strafrechtelijke immuniteit uit den boze waren – en voegde daaraan bij de motie-Kalsbeek nog toe het wenselijk te achten de afspraak met de getuige voorafgaand aan de totstandkoming daarvan door een rechter te laten toetsten.[120] Kort daarna verscheen in 1997 als opvolger van de Modelbrief uit 1983 en in afwachting van een wettelijke regeling ter zake de Richtlijn afspraken met criminelen.[121] Inhoudelijk sloot deze richtlijn nauw aan bij de aanbevelingen van de Commissie Van Traa, zij het dat de richtlijn op een aantal punten wat gedetailleerder was, met name op het punt van de te volgen procedure. In de door de Tweede Kamer gewenste voorafgaande rechterlijke toetsing was evenwel nog niet voorzien, nu dit niet bij richtlijn kon worden geregeld.

---

117 De Commissie gebruikt in haar eindrapport consequent de term 'deal'. Materieel gezien valt hetgeen de Commissie onder 'deal' verstaat volledig binnen hetgeen op deze plaats toezeggingen aan getuigen of de consensuele procedure ter verkrijging van bewijs wordt genoemd. Gezien de specifieke inhoud die de Commissie aan het begrip 'deal' toekent – in het bijzonder in relatie tot het door haar onwenselijk geachte fenomeen van de 'kroongetuige', waaronder de Commissie de getuige verstaat die in ruil voor zijn verklaringen volledige strafrechtelijke immuniteit krijgt toegezegd – zal op deze plaats de terminologie van de Commissie worden gevolgd.

118 Zie Enquêtecommissie opsporingsmethoden 1996, p. 465.

119 Zie *Kamerstukken II* 1995/96, 24 072, nr. 25.

120 Zie *Kamerstukken II* 1995/96, 24 072, nr. 51.

121 Richtlijn afspraken met criminelen van 13 maart 1997, *Stcrt*. 1997, 61, in werking getreden op 1 april 1997.

Vervolgens werd op 17 november 1998 het Wetsvoorstel toezeggingen aan getuigen in strafzaken bij de Tweede Kamer ingediend.[122] Na een uitvoerige schriftelijke voorbereiding van het wetsvoorstel waarin een ruime Kamermeerderheid het wetsvoorstel leek te steunen, verliep de mondelinge behandeling uiterst moeizaam, mede als gevolg van aanhoudende negatieve berichtgeving in de media over toezeggingen in de zaak Mink K. die geenszins aan de op dat moment geldende regelgeving voldeden, noch aan de eisen van het voorliggende wetsvoorstel.[123] Dit gaf volgens Abels 'voedsel aan gebrek aan vertrouwen in het Openbaar Ministerie om zich aan welke regelgeving dan ook te houden en daarmee aan twijfel over de zin van een wettelijke regeling'.[124] In 2001 kon het wetsvoorstel uiteindelijk in de Tweede Kamer toch in stemming worden gebracht. In het wetsvoorstel was mede een aparte strafbaarstelling opgenomen voor de getuige die na een daartoe strekkende toezegging in een later stadium alsnog weigert tijdens het onderzoek ter terechtzitting een verklaring af te leggen (het huidige artikel 192 lid 2 Sr). Als gevolg van een vergissing door de VVD-fractie bij de stemming over het wetsvoorstel in de Tweede Kamer en een tegenstem door de fracties van de PvdA en GroenLinks wegens mogelijke strijdigheid van dit onderdeel met het *nemo tenetur* beginsel, werd dit onderdeel van het wetsvoorstel echter verworpen. Voor het overige werd het wetsvoorstel op 5 juli 2001 door de Tweede Kamer aanvaard. Hiermee stond min of meer vast hoe de wettelijke regeling van de toezeggingen aan getuigen in strafzaken er uiteindelijk uit zou komen te zien, hetgeen voor het College van procureurs-generaal aanleiding was om – vooruitlopend op de vaststelling van het wetsvoorstel door de Eerste Kamer en de inwerkingtreding daarvan – alvast voornoemde Richtlijn afspraken met criminelen uit 1997 te vervangen door de Tijdelijke aanwijzing toezeggingen aan getuigen in strafzaken.[125] Inhoudelijk was deze aanwijzing geheel toegesneden op de regeling in het wetsvoorstel, maar ook nu weer met uitzondering van de voorafgaande rechterlijke toetsing van de voorgenomen afspraak waarin het wetsvoorstel voorzag. De gewenste toetsende rol van de rechter-commissaris kon immers niet reeds langs de weg van deze aanwijzing worden gerealiseerd.

Na het aannemen van het wetsvoorstel door de Tweede Kamer op 5 juli 2001 heeft het nog vijf jaar geduurd voordat de wettelijke regeling daadwerkelijk in werking kon treden. Als gevolg van het genoemde 'bedrijfsongeval' bij de stemming in de Tweede Kamer moest een tweede, aanvullend wetsvoorstel worden opgesteld waarin de strafbaarstelling van de getuige die na een daartoe strekkende toezegging weigert ter terechtzitting zijn toegezegde

122 Zie *Kamerstukken II* 1998/99, 26 294, nrs. 1-3.
123 Zie voor de uitspraak in hoogste instantie HR 2 juli 2002, *NJ* 2003, 2 m.nt. Kn (Mink K.).
124 Zie Abels 2005, p. 862.
125 Tijdelijke aanwijzing toezeggingen aan getuigen in strafzaken van 13 juli 2001, *Stcrt*. 2001, 138, in werking getreden op 1 augustus 2001

verklaring af te leggen, nogmaals afzonderlijk werd neergelegd.[126] De behandeling van het Wetsvoorstel toezeggingen aan getuigen in strafzaken in de Eerste Kamer werd vervolgens in afwachting van de behandeling van dit reparatiewetsvoorstel door de Tweede Kamer opgeschort, zodat beide wetsvoorstellen op een later moment tegelijkertijd door de Eerste Kamer zouden kunnen worden behandeld. Eerst moesten evenwel de twijfels bij een deel van de Tweede Kamer over de verhouding van de bedoelde strafbaarstelling van de getuige met het *nemo tenetur* beginsel worden weggenomen. Dit gebeurde uiteindelijk na een kabinetsnotitie over het *nemo tenetur* beginsel die in een ander verband was opgesteld.[127] Niettemin duurde het nog tot september 2004 voordat het reparatiewetsvoorstel in september 2004 door de Tweede Kamer kon worden aanvaard. Aan deze vertraging lagen zowel politieke – de snelle wisselingen van de kabinetten Balkenende I en II[128] – als meer juridische redenen ten grondslag. Als gevolg van de bedreigingen aan het adres van een officier van justitie en het beweerdelijk bestaan van de mogelijkheid in dat kader gebruik te maken van het instrument van de toezeggingen aan een getuige, laaide in de eerste helft van 2004 de discussie over toezeggingen aan getuigen in strafzaken opnieuw in alle hevigheid op, zowel in de publieke opinie en de literatuur[129] als binnen het Openbaar Ministerie en de Tweede Kamer. Op enig moment zou de minister zelfs hebben overwogen het reeds door de Tweede Kamer aangenomen wetsvoorstel weer in te trekken, om op een later moment met een ruimhartiger regeling te kunnen komen of een wettelijke regeling in zijn geheel achterwege te laten.[130] Zover is het nooit gekomen. Het Openbaar Ministerie bleek evenwel dermate bezorgd te zijn over de inhoud en de reikwijdte van het wetsvoorstel dat het College van procureurs-generaal in maart 2004 besloot een interne werkgroep van leden van het Openbaar Ministerie in te stellen om na te gaan in welke mate verruiming of versoepeling van het eerder door de Tweede Kamer aangenomen wetsvoorstel wenselijk en mogelijk was. Dit gebeurde mede naar aanleiding van signalen dat de op het wetsvoorstel toegesneden Tijdelijke aanwijzing toezeggingen aan getuigen in strafzaken uit 2001 het Openbaar Ministerie al te zeer beknelde in zijn mogelijkheden toezeggingen aan getuigen te doen. Deze werkgroep concludeerde dat de Tijdelijke aanwijzing en daarmee het wetsvoorstel inderdaad te weinig mogelijkheden boden en pleitte daarom voor een ruimhartiger regeling – al dan niet in de wet neergelegd – die de invulling van de vraag welke toezeggingen al dan niet toelaatbaar zijn, zoveel mogelijk aan de praktijk en de jurisprudentie zou overlaten. De beginselen van proporti-

126 *Kamerstukken II* 2001/02, 28 017, nrs. 1-3.

127 Zie de Notitie inzake de verhouding tussen het nemo teneturbeginsel en artikel 184 van het Wetboek van Strafrecht bij de toepassing van een maatregel in het belang van het onderzoek van 21 december 2001 (*Kamerstukken II* 2001/02, 28 176, nr. 1).

128 Zie Abels 2005, p. 862.

129 Zie onder meer Plooy 2004 en Buruma 2004.

130 Zie Crijns 2004b.

onaliteit en subsidiariteit zouden volgens de werkgroep in dit kader voldoende normerend kunnen werken. Het College van procureurs-generaal onderschreef de conclusies van de werkgroep met betrekking tot de al te beperkte reikwijdte van de bestaande en toekomstige regelgeving. Wel benadrukte het College aan een wettelijke regeling van de materie te hechten. In zijn reactie op dit advies stelde de minister vervolgens zich gedeeltelijk te kunnen vinden in de door het Openbaar Ministerie gewenste verruimingen, maar het daarvoor niet nodig te achten het wetsvoorstel te wijzigen. Een en ander zou voldoende kunnen worden geregeld door middel van het aanpassen van de aanwijzing.[131] Ook zag de minister – mede gelet op het advies van het College van procureurs-generaal – weinig heil in het intrekken van het wetsvoorstel.[132] Als gezegd is het reparatiewetsvoorstel vervolgens in september 2004 door de Tweede Kamer aangenomen, bij gelegenheid waarvan het eerder in 2001 door de Tweede Kamer aangenomen Wetsvoorstel toezeggingen aan getuigen in strafzaken nog op een belangrijk punt is gewijzigd als gevolg van een amendement van Wolfsen en Van Haersma-Buma dat ertoe strekte de mogelijkheid voor het Openbaar Ministerie om strafvermindering toe te zeggen te verruimen van maximaal een derde tot maximaal de helft van de straf die zonder het bestaan van de afspraak met de getuige zou zijn gevorderd.[133]

Vervolgens is begin 2005 de behandeling van beide wetsvoorstellen in de Eerste Kamer van start gegaan. Tijdens deze behandeling in de Eerste Kamer is nog – mede naar aanleiding van het genoemde advies van de interne werkgroep van het Openbaar Ministerie en de reactie van de minister daarop – uitvoerig gedebatteerd over de vraag of de in het leven te roepen wettelijke regeling voor toezeggingen aan getuigen al dan niet als een gesloten stelsel moest worden beschouwd en over de vraag of en in hoeverre er derhalve nog ruimte bestond voor het doen van andere toezeggingen dan die in de wet werden geregeld.[134] Als gevolg hiervan biedt de parlementaire behandeling in de Eerste Kamer een aantal bruikbare handvatten voor de vraag welke toezeggingen het Openbaar Ministerie op dit moment rechtmatig kan doen.[135] Uiteindelijk zijn – na een parlementaire behandeling van bijna zeven jaar – beide wetsvoorstellen op 12 mei 2005 door de Eerste Kamer aanvaard en op

131 De inhoud van de voorgestelde verruimingen zal in § 2.6.9 meer uitgebreid worden besproken.

132 Zie voor het advies van de werkgroep van het Openbaar Ministerie, alsmede de reacties daarop van het College van procureurs-generaal en de minister *Kamerstukken II* 2003/04, 28 017 en 26 294, nr. 6. Zie in dit verband ook *Kamerstukken II* 2004/05, 28 017 en 26 294, nr. 8 en Abels 2005, p. 863-864.

133 *Kamerstukken II* 2003/04, 28 017, nr. 7.

134 Zie met name *Kamerstukken I* 2004/05, 26 294 en 28 017, B, C en E. Zie voorts *Kamerstukken II* 2003/04, 28 017 en 26 294, nr. 6 en *Kamerstukken II* 2004/05, 28 017 en 26 294, nr. 8.

135 Op de inhoud van deze discussie zal in § 2.6.9 uitgebreider worden teruggekomen.

1 april 2006 in werking getreden.[136] Tegelijkertijd trad in werking de geheel op de nieuwe wettelijke regeling toegesneden Aanwijzing toezeggingen aan getuigen in strafzaken en het Besluit getuigenbescherming, dat strekt tot uitvoering van de in artikel 226l Sv geregelde maatregelen ter fysieke bescherming van getuigen.[137]

2.6.3 De ontwikkeling binnen de jurisprudentie

Parallel aan de geschetste ontwikkeling richting een wettelijk normatief kader van toezeggingen aan getuigen werd de discussie over de toelaatbaarheid van dergelijke toezeggingen ook binnen de rechtspraak gevoerd, waarbij de rechter – zeker in het beginstadium – nauwelijks een beroep op ter zake geldende regelgeving kon doen. Noodgedwongen moest het normatief kader rond het gebruik van dergelijke toezeggingen door de rechter zelf worden geschetst. Het normatief kader zoals dat in de laatste vijftien jaar is ontwikkeld, is dan ook in wisselwerking tussen de wetgever en de rechter tot stand gekomen. Vanzelfsprekend draagt de jurisprudentie de sporen van de op dat moment geldende regelgeving; even zo goed kent de uiteindelijke wettelijke regeling en de bijbehorende aanwijzing evenwel aspecten die eerder in de jurisprudentie tot ontwikkeling zijn gekomen. Het is daarom goed kort stil te staan bij de wijze waarop de jurisprudentie in de eerste 'pioniersjaren' met het fenomeen van de toezeggingen aan getuigen is omgegaan.

Kort voor de werkzaamheden van de Commissie Van Traa verscheen ook de eerste jurisprudentie met betrekking tot toezeggingen aan getuigen.[138] De eerste paar arresten die onder deze noemer kunnen worden geschaard deden nog niet al te veel stof opwaaien,[139] maar vanaf de uitspraak van de rechtbank Amsterdam op 7 februari 1997 in de Hakkelaar-zaak[140] stond het

136 Zie de Wet toezeggingen aan getuigen in strafzaken van 12 mei 2005, *Stb*. 2005, 254 en de Wet van 12 mei 2005 tot wijziging van het Wetboek van Strafrecht in verband met het niet afleggen van een getuigenverklaring na een daartoe strekkende toezegging, *Stb*. 2005, 255, beide op 1 april 2006 in werking getreden.

137 Zie de Aanwijzing toezeggingen aan getuigen in strafzaken van 13 maart 2006, *Stcrt*. 2006, 56, geldig van 1 april 2006 tot 30 september 2010; en het Besluit getuigenbescherming van 21 december 2005, *Stb*. 2006, 21, in werking getreden op 1 april 2006.

138 De eerste gepubliceerde uitspraak die onder deze noemer kan worden geschaard is HR 15 februari 1994, *NJ* 1994, 322 m.nt. AHJS.

139 Zie de hiervoor genoemde uitspraak, alsmede HR 23 mei 1995, *NJ* 1995, 683 m.nt. Sch en HR 19 maart 1996, *NJ* 1997, 59 m.nt. Kn.

140 Zie Rb Amsterdam 7 februari 1997, nr. 13.129.096-95. Deze zaak, met als belangrijkste verdachten Johan V. en Theo R., is ook wel bekend als het Octopus-proces. Zie voor de uitspraken in latere instanties Hof Amsterdam 30 januari 1998 (vrijwel integraal opgenomen in *NJ* 1999, 565) en HR 6 april 1999, *NJ* 1999, 565 en 566 m.nt. Sch (Theo R. en Johan V.). In deze zaak was sprake van twee getuigen aan wie het Openbaar Ministerie toezeggingen had gedaan, te weten Karman en Abbas. Deze laatste is zelf nooit in Nederland vervolgd, de zaak-Karman is geëindigd in niet-ontvankelijkheid van het Openbaar Ministerie wegens

onderwerp van de toezeggingen aan getuigen, zij het veelal onder de noemer 'deal' of 'afspraak met een kroongetuige', ook binnen de Nederlandse rechtspraak definitief op de kaart. In de jaren daarna zijn binnen betrekkelijk kort tijdbestek enkele belangrijke arresten gewezen, waarin de Hoge Raad in grote lijnen zijn visie op het gebruik van toezeggingen aan getuigen schetste.[141] De arresten die in deze periode zijn gewezen zijn in feite bepalend geweest voor de jurisprudentie van de Hoge Raad in dit verband tot op de dag van vandaag alsmede, als gezegd, voor een aantal aspecten van de thans bestaande regelgeving.

De jurisprudentie van de Hoge Raad met betrekking tot de toezeggingen aan getuigen moet worden gekenschetst als sterk casuïstisch. Vrijwel bij elke gelegenheid waarbij de Hoge Raad een casus kreeg voorgelegd waarin een dergelijke toezegging aan de orde was, stelde de Hoge Raad voorop dat hij zich zou beperken tot de beoordeling van de concrete voorliggende casus en derhalve geen algemene uitspraak zou doen over de toelaatbaarheid van figuren als 'de kroongetuige' of 'deals met criminelen'. Het doen van algemene uitspraken hieromtrent was volgens de Hoge Raad voorbehouden aan de wetgever.[142] Het ontbreken van een wettelijke regeling ter zake vormde voor de Hoge Raad evenwel geen reden het doen van toezeggingen aan getuigen categorisch te verwerpen, nu het doen van dergelijke toezeggingen kan worden herleid tot een wettelijke bevoegdheid van het Openbaar Ministerie, namelijk het opportuniteitsbeginsel ex artikel 167 lid 2 en 242 lid 2 Sv.[143] Bij de toetsing van de toezegging in het concrete geval hanteert de Hoge Raad vervolgens steevast hetzelfde toetsingskader: gekeken moet worden of het onderhavige geval aan de waarborgen van artikel 6 EVRM en de beginselen van een behoorlijke strafrechtspleging voldoet. Hierbij hecht de Hoge Raad met name belang aan de beginselen van proportionaliteit en subsidiariteit, alsmede aan de beginselen van zorgvuldigheid en interne openbaarheid. Hiermee sluit het toetsingskader van de Hoge Raad aan op de lijn die het Europees Hof op een later moment in de Nederlandse zaken Lorsé en Verhoek heeft uitgezet. Hierin gaf het EHRM aan niet principieel afwijzend te staan tegenover het doen van toezeggingen aan getuigen. Mits aan een aantal voorwaarden wordt voldaan, is het doen van dergelijke toezeggingen niet op voorhand in strijd met artikel 6 EVRM. Zo dient de verdediging op de hoogte te zijn van de identiteit van de betreffende getuige en de betrouwbaarheid van deze getuige en diens verklaring tijdens het onderzoek ter terechtzitting te kunnen toetsen. Wanneer de

---

de onrechtmatigheid van de gedane toezeggingen (zie in laatste instantie HR 1 juni 1999, *NJ* 1999, 567 m.nt. Sch (Karman)).

141 Zie HR 30 juni 1998, *NJ* 1998, 799 m.nt. Sch (Kobus L.); HR 6 april 1999, *NJ* 1999, 565 en 566 m.nt. Sch (Theo R. en Johan V.); HR 1 juni 1999, *NJ* 1999, 567 m.nt. Sch (Karman); HR 8 juni 1999, *NJ* 1999, 772 en 773 m.nt. JR (Juliët).

142 Zie onder meer HR 19 maart 1996, *NJ* 1997, 59 m.nt. Kn en HR 30 juni 1998, *NJ* 1998, 799 m.nt. Sch (Kobus L.).

143 Zie onder meer HR 30 juni 1998, *NJ* 1998, 799 m.nt. Sch (Kobus L.).

verklaringen van de getuige vervolgens voor het bewijs worden gebruikt, geldt dat zij overeen dienen te komen met ander bewijsmateriaal en dat zij niet het enige of beslissende materiaal mogen vormen.[144]

Ook voor wat betreft de vraag naar de toelaatbaarheid van de inhoud van de door het Openbaar Ministerie aan getuigen gedane toezeggingen stelde de Hoge Raad zich – bij gebreke van een wettelijke regeling – ruimhartig op. Zo heeft de Hoge Raad – toetsende aan de beginselen van proportionaliteit en subsidiariteit – herhaaldelijk toezeggingen gefiatteerd die direct of indirect tot algehele strafrechtelijke immuniteit strekten.[145] Andere voorbeelden van toezeggingen die in de jurisprudentie toelaatbaar zijn geacht, zijn toezeggingen met betrekking tot strafvermindering, de ontneming van het wederrechtelijk verkregen voordeel,[146] de wijze van executie van een vrijheidsstraf, de voorlopige hechtenis, het positief adviseren door het Openbaar Ministerie op een gratieverzoek, het treffen van maatregelen ter bescherming van de getuige, alsmede tal van kleine gunsten. Slechts eenmaal heeft de Hoge Raad een toezegging categorisch onrechtmatig geacht. Dit betrof de toezegging in de zaak Karman dat een eventueel door de rechter aan Karman op te leggen gevangenisstraf niet ten uitvoer zou worden gelegd.[147]

De laatste jaren is er betrekkelijk weinig nieuwe jurisprudentie met betrekking tot toezeggingen aan getuigen verschenen, hetgeen mogelijk kan worden toegeschreven aan het feit dat het gebruik van dergelijke toezeggingen enigszins is teruggedrongen onder invloed van de geleidelijke ontwikkeling van (beperkende) regelgeving ter zake.[148] Met name de beperking dat strafvermindering slechts tot maximaal de helft mag worden toegezegd en dat algehele strafrechtelijke immuniteit tot op de dag van vandaag uit den boze is, zal zijn consequenties hebben voor de bereidheid van potentiële getuigen om met het Openbaar Ministerie in zee te gaan in vergelijking met de tijd waarin regelgeving ter zake geheel ontbrak en herhaaldelijk beduidend verdergaande toezeggingen zijn gedaan.[149] Niettemin is het vooralsnog koffiedik kijken

144 Zie EHRM 27 januari 2004, *NJ* 2004, 668 (Lorsé) en EHRM 27 januari 2004, *NJ* 2004, 669 m.nt. Sch (Verhoek). Vrijwel alle concrete elementen van dit toetsingskader van het EHRM kunnen in de huidige wettelijke regeling worden terug gevonden. Zie met name het bepaalde in artikel 226j lid 2 Sv (een getuige aan wie een toezegging is gedaan kan niet tevens een bedreigde getuige in de zin van artikel 226a e.v. Sv zijn) en het bewijsminimum van artikel 344a lid 4 Sv.

145 Zie onder meer HR 30 juni 1998, *NJ* 1998, 799 m.nt. Sch (Kobus L.) en HR 6 april 1999, *NJ* 1999, 565 en 566 m.nt. Sch (Theo R. en Johan V.).

146 Zie Hof Den Bosch 27 februari 1998, *NJ* 1998, 518 (Juliët) en HR 15 juni 2004, *NJ* 2004, 479 m.nt. JR.

147 Zie HR 1 juni 1999, *NJ* 1999, 567 m.nt. Sch (Karman).

148 Zie voor een van de schaarse voorbeelden HR 13 januari 2009, *NJ* 2009, 61.

149 Zie bijvoorbeeld het genoemde advies van een interne werkgroep van het Openbaar Ministerie, als bijlage gevoegd bij *Kamerstukken II* 2003/04, 26 294 en 28 017, nr. 6. Eén van de

of in dit gegeven daadwerkelijk de oorzaak van het relatief beperkte gebruik van toezeggingen aan getuige is gelegen. Andere oorzaken hiervan kunnen zijn gelegen in de onzekerheid voor de getuige als gevolg van het feit dat vooraf niet kan worden gegarandeerd dat de door het Openbaar Ministerie gedane toezegging tot strafvermindering ook door de rechter zal worden verzilverd[150] of de grotere bekendheid met het instrument binnen de kringen van criminele organisaties als gevolg waarvan zij zich hiertegen beter zijn gaan wapenen. Als gezegd is het op dit moment te vroeg om conclusies te trekken over de effectiviteit van de huidige wettelijke regeling.[151]

In het onderstaande zal het normatief kader inzake de toezeggingen aan getuigen zoals dat thans bestaat, verder worden uitgediept aan de hand van een bespreking van de verschillende aspecten van de toezeggingen aan getuigen. Achtereenvolgens komen aan de orde: de bevoegdheidsgrondslag, de gevallen waarin van dergelijke toezeggingen gebruik kan worden gemaakt, het begrip toezegging, (de toelaatbaarheid van) de verschillende mogelijke toezeggingen van de zijde van het Openbaar Ministerie, de positie van de getuige, de procedure van totstandkoming, de rechterlijke toetsing en, tot slot, de weigerachtige getuige.

2.6.4 De bevoegdheidsgrondslag

Het is goed wat uitgebreider stil te staan bij de bevoegdheidsgrondslag van het doen van toezeggingen, ook nu een wettelijke regeling voor het doen van dergelijke toezeggingen voorhanden is. In het antwoord op de vraag naar de bevoegdheidsgrondslag ligt namelijk mede het antwoord besloten op de vraag of en in hoeverre de huidige wettelijke regeling inzake toezeggingen aan getuigen al dan niet als een gesloten stelsel moet worden beschouwd.

Uit de rechtspraak van voor de inwerkingtreding van de huidige wettelijke regeling komt wat betreft de bevoegdheid tot het doen van toezeggingen aan getuigen duidelijk naar voren dat het ontbreken van een wettelijke regeling dienaangaande niet betekent dat het doen van dergelijke toezeggingen per definitie onrechtmatig zou zijn. Volgens de Hoge Raad komt het Openbaar Ministerie deze bevoegdheid immers reeds toe op basis van het opportuniteitsbeginsel.[152] Hoewel de Hoge Raad dit nooit met zoveel woorden heeft uitgewerkt, zal aan deze visie vermoedelijk de gedachte ten grondslag liggen dat – nu het hier een discretionaire bevoegdheid betreft die de officier van justitie binnen de grenzen van de beginselen van een behoorlijke strafrechtspleging

---

conclusies van de werkgroep was dat de door het wetsvoorstel geboden mogelijkheden tekort schoten.

150 Zie meer uitgebreid § 2.6.12.

151 Zie eerder § 2.6.1.

152 Zie onder meer HR 30 juni 1998, *NJ* 1998, 799 m.nt. Sch (Kobus L.). Zie § 2.6.3.

de nodige speelruimte geeft – de officier van justitie de (wijze van) hantering van de uit het opportuniteitsbeginsel voortvloeiende bevoegdheden ook afhankelijk mag maken van het al dan niet vervuld zijn van bepaalde voorwaarden. Deze gedachte creëert vervolgens de ruimte tot het maken van afspraken tussen het Openbaar Ministerie en de burger over de inhoud van deze voorwaarden en de wijze waarop de betreffende bevoegdheden zullen worden gehanteerd wanneer aan de gestelde voorwaarden is voldaan.[153]

Ook tijdens de totstandkoming van de wettelijke regeling inzake toezeggingen aan getuigen is herhaaldelijk (impliciet) naar voren gekomen dat de bevoegdheid tot het doen van toezeggingen kan worden herleid tot het opportuniteitsbeginsel of enige andere discretionaire bevoegdheid van het Openbaar Ministerie. Dit gebeurde in de parlementaire geschiedenis in de eerste plaats tegen de achtergrond van de stelling dat de nieuwe regeling inzake toezeggingen aan getuigen geen verandering beoogde aan te brengen in de reikwijdte of de werking van het opportuniteitsbeginsel. Ook na de invoering van de wettelijke regeling is de officier van justitie onverkort bevoegd gebleven op gronden aan het algemeen belang ontleend van vervolging af te zien en door het opstellen van de tenlastelegging de omvang van het geding te bepalen.[154] Hierin is ook de reden gelegen dat het door de Commissie Van Traa gewenste en door de Tweede Kamer vervolgens onderschreven verbod op het toezeggen van strafrechtelijke immuniteit uiteindelijk niet in de wettelijke regeling is neergelegd. Een dergelijk wettelijk verbod zou immers neerkomen op een inhoudelijke beperking van het opportuniteitsbeginsel. Dergelijke beperkingen horen volgens de minister thuis in een aanwijzing.[155] Voorts betoogt de minister telkenmale dat het Openbaar Ministerie op grond van zijn reeds bestaande bevoegdheden ook andere toezeggingen dan die strekkende tot strafvermindering kan doen (bijvoorbeeld plaatsing in een ander huis van bewaring of teruggave van inbeslaggenomen goederen). De bevoegdheid hiertoe ligt volgens de minister in (het discretionaire karakter van) deze bevoegdheden zelf, reden waarom de wetgever het niet nodig acht expliciet in de wet neer te leggen dat dergelijke toezeggingen toelaatbaar zijn. Ook voorafgaande rechterlijke toetsing door de rechter-commissaris is in dergelijke gevallen niet nodig, nu het gaat om toepassing van bevoegdheden die het Openbaar Ministerie zelfstandig, zonder voorafgaande machtiging van de rechter-commissaris, kan inzetten.[156] De wetgever heeft daarom volstaan met de algemene bepaling van artikel 226g lid 4 Sv dat voorschrijft dat ook andere toezeggingen dan die tot strafvermindering kunnen worden gedaan (gunstbetoon), mits deze

153 Deze gedachte is overigens niet specifiek voor de toezeggingen aan getuigen, deze gedachte ligt in feite ook ten grondslag aan het bestaan van de verschillende consensuele procedures ter afdoening buiten geding, zoals het voorwaardelijk sepot en de transactie, zij het dat deze laatste ook een specifieke wettelijke grondslag heeft in de artikelen 74-74c Sr.

154 Zie onder meer *Kamerstukken II* 1998/99, 26 294, nr. 3, p. 12-13.

155 Zie *Kamerstukken I* 2004/05, 26 294 en 28 017, E, p. 4.

156 Zie *Kamerstukken I* 2004/05, 26 294 en 28 017, E, p. 3.

worden verantwoord in een proces-verbaal dat in de zaaksdossiers wordt gevoegd.[157] Uit deze regeling kan in zijn algemeenheid worden afgeleid dat de bevoegdheid tot het doen van toezeggingen impliciet zijn grondslag heeft in het bestaan van discretionaire bevoegdheden. Deze bevoegdheid is vervolgens slechts voor de toezegging tot strafvermindering geëxpliciteerd in artikel 226g lid 1 Sv jo. artikel 44a Sr en van een bijzondere (toetsings)procedure voorzien.

Met het voorgaande is niet gezegd dat dus ook alle typen toezeggingen zonder meer toelaatbaar zouden zijn. De ruimte die het opportuniteitsbeginsel en de andere discretionaire bevoegdheden bieden, wordt niet alleen in elk individueel geval ingeperkt door de beginselen van proportionaliteit en susbsidiariteit, maar ook door de Aanwijzing toezeggingen aan getuigen in strafzaken[158] en hetgeen over de toelaatbaarheid van bepaalde toezeggingen is opgemerkt gedurende de parlementaire behandeling van het wetsvoorstel. Aldus heeft de Wet toezeggingen aan getuigen in strafzaken een betrekkelijk open stelsel van het doen van toezeggingen aan getuigen gecreëerd, dat slechts langs beleidsmatige weg weer enigszins wordt gesloten. Het is ook thans nog uiteindelijk aan de rechter om in individuele gevallen met inachtneming van de relevante beleidsregels, de wetsgeschiedenis en de beginselen van proportionaliteit en subsidiariteit de grenzen te bepalen van hetgeen al dan niet rechtmatig kan worden toegezegd.[159]

2.6.5 Gevallen

Het gebruik van toezeggingen aan getuigen in strafzaken ligt om uiteenlopende redenen gevoelig en hiermee moet dan ook met terughoudendheid worden omgesprongen. Dit uitgangspunt werd al vroeg onderkend in de regelgeving zoals die zich in de afgelopen jaren heeft ontwikkeld. Ook de Hoge Raad heeft dit uitgangspunt steeds aan zijn uitspraken ten grondslag gelegd.[160] Dit betekent dat in ieder geval de gevallen waarin van dergelijke toezeggingen gebruik kan worden gemaakt, in enigerlei mate begrensd dienen te zijn. Dit geldt zowel in absolute als in relatieve zin. Voor wat betreft de normering in relatieve zin worden aan het gebruik van toezeggingen aan getuigen door zowel de relevante regelgeving als de jurisprudentie de eisen van proportionaliteit en subsidiariteit gesteld. Normering in absolute zin ziet op het stellen van absolute begrenzingen aan de gevallen waarin van toezeggingen aan getuigen gebruik kan

157 Zie meer uitgebreid over de reikwijdte van dit gunstbetoon § 2.6.9.1.

158 Zie § 4 en 5 van de Aanwijzing toezeggingen aan getuigen in strafzaken van 13 maart 2006, *Stcrt*. 2006, 56, geldig van 1 april 2006 tot 30 september 2010.

159 Zie voor scherpe kritiek op dit open karakter van de wettelijke regeling Wedzinga 1999.

160 Zie onder meer HR 6 april 1999, *NJ* 1999, 565 m.nt. Sch (Theo R.).

worden gemaakt, bijvoorbeeld alleen in geval van verdenking van bepaalde strafbare feiten.

De vroege regelgeving inzake toezeggingen aan getuigen kende dergelijke absolute begrenzingen van de in aanmerking komende gevallen nog niet. Volgens de Modelbrief uit 1983 kon van het maken van 'bijzondere afspraken met criminelen' slechts sprake zijn in uitzonderlijke gevallen, waarin het belang van de opsporing dan wel van het beëindigen of voorkomen van strafbare feiten zwaarder moet wegen dan de nadelen die met een dergelijke afspraak zijn verbonden. De Modelbrief had hierbij het oog op zaken van leven of dood of van een daarmee gelijk te stellen ernst, zoals een ernstige aantasting van de veiligheid van de Staat of van de volksgezondheid. Naast deze beperking tot uitzonderlijk ernstige zaken, stelde de Modelbrief het subsidiariteitsvereiste: het doen van toezeggingen behoort uiterst redmiddel te zijn; aannemelijk zal moeten zijn dat het gestelde doel niet op andere wijze kan worden bereikt en de te verkrijgen inlichtingen dienen een essentiële bijdrage te kunnen leveren aan de realisering van dit doel.[161] Ook de Commissie Van Traa achtte het doen van toezeggingen slechts toelaatbaar 'als uiterst redmiddel in zaken van georganiseerde criminaliteit of zaken van leven en dood' en 'de te verkrijging informatie dient essentieel te zijn voor opsporing en bewijs in die zaken'.[162] Ook de Richtlijn uit 1997, die duidelijk was geënt op de aanbevelingen van de Commissie Van Traa, bepaalde dat het gebruik van toezeggingen aan getuigen slechts toelaatbaar was in zaken van georganiseerde criminaliteit of in zaken van leven en dood. Voorts moest volgens de Richtlijn zijn voldaan aan de vereisten van proportionaliteit en subsidiariteit: er moet een redelijke verhouding bestaan tussen de te verschaffen informatie en de te leveren tegenprestatie, terwijl de inzet van andere, minder ingrijpende middelen heeft gefaald of zal falen.[163]

Pas met de inwerkingtreding van de Tijdelijke aanwijzing toezeggingen aan getuigen in strafzaken in 2001 worden er voor het eerst daadwerkelijk harde, absolute grenzen gesteld aan de gevallen waarin het gebruik van toezeggingen aan getuigen in aanmerking komt. Krachtens de Tijdelijke aanwijzing konden toezeggingen strekkende tot strafvermindering slechts worden gedaan ter opheldering: a) van misdrijven zoals omschreven in artikel 67 lid 1 Sv en die gepleegd zijn in georganiseerd verband en gezien hun aard of de samenhang met andere door de verdachte begane misdrijven een ernstige inbreuk op de rechtsorde opleveren; of b) van misdrijven waarop een gevangenisstraf van acht jaar of meer is gesteld.[164] Hiermee liep de Tijdelijke aanwij-

161 Modelbrief van de procureurs-generaal aan de hoofdofficieren van justitie d.d. 1 juli 1983.
162 Enquêtecommissie opsporingsmethoden 1996, p. 465.
163 Richtlijn afspraken met criminelen van 13 maart 1997, *Stcrt*. 1997, 61, in werking getreden op 1 april 1997.
164 Tijdelijke aanwijzing toezeggingen aan getuigen in strafzaken van 13 juli 2001, *Stcrt*. 2001, 138, in werking getreden op 1 augustus 2001

zing vooruit op de inwerkingtreding van de wettelijke regeling die thans in artikel 226g Sv dezelfde grenzen stelt. Naast deze absolute grenzen bepaalt de Aanwijzing toezeggingen aan getuigen in strafzaken dat in elk individueel geval voorts rekening dient te worden gehouden met de beginselen van proportionaliteit en subsidiariteit. Dit betekent dat de officier van justitie pas tot het doen van toezeggingen kan overgaan indien dit 'dringend noodzakelijk is voor de opsporing, daaronder begrepen het voorkomen of beëindigen van strafbare feiten en/of het vervolgen ervan'. Het moet volgens de Aanwijzing 'aannemelijk zijn dat de getuigenverklaring niet zonder toezegging van de zijde van het openbaar ministerie kan worden verkregen'. Voorts dient de officier van justitie bij zijn beoordeling van de subsidiariteit te bezien of de feiten waarover de getuige kan verklaren 'niet of niet tijdig met andere opsporingsmethoden kunnen worden opgespoord, voorkomen, beëindigd en/of vervolgd'. Bij de beoordeling van de proportionaliteit dient de officier van justitie te betrekken 'de verhouding tussen het belang van de verklaring enerzijds en het gewicht van de toezegging anderzijds' alsmede 'de aard van het strafbare feit waarover de getuige verklaart en dat van het strafbaar feit waarvoor hij wordt vervolgd'.[165]

Tot slot is het goed te benadrukken dat de wettelijke regeling voor wat betreft de gevallen waarin gebruik kan worden gemaakt van toezeggingen geen absolute grenzen stelt aan de feiten waarvan de getuige aan wie de toezeggingen worden gedaan, zelf wordt verdacht. Aldus sluit de wet het doen van toezeggingen aan getuigen die zelf ook van ernstige strafbare feiten worden verdacht, niet categorisch uit. De vraag of dit in het individuele geval ook rechtmatig kan worden geacht, dient daarom steeds te worden beantwoord aan de hand van voornoemde toetsing van de toezegging aan het proportionaliteitsbeginsel, nu in het kader van die toetsing mede betekenis toekomt aan de aard van het strafbare feit waarvoor de getuige zelf wordt vervolgd.[166]

2.6.6 Het begrip toezegging

In het navolgende zal uitgebreid worden stilgestaan bij de vraag welke toezeggingen al dan niet als toelaatbaar worden beschouwd. Voordat deze vraag kan worden beantwoord, dient eerst duidelijk te worden gemaakt wat in dit kader onder een toezegging moet worden verstaan. De Aanwijzing toezeggingen aan getuigen stelt in dit verband:

---

165 Zie § 3 van de Aanwijzing toezeggingen aan getuigen in strafzaken van 13 maart 2006, *Stcrt*. 2006, 56, geldig van 1 april 2006 tot 30 september 2010.

166 Zie hierover De Roos 2007 die meent dat het aan de wetgever is om te beoordelen of toezeggingen ook kunnen worden gedaan aan getuigen die zelf van ernstige strafbare feiten worden verdacht. Een dergelijke principiële kwestie zou niet moeten worden overgelaten aan de rechter.

> 'Aan een getuige aan wie een toezegging wordt gedaan, moet een reëel voordeel in het vooruitzicht worden gesteld. Een toezegging die niet meer behelst dan hetgeen de officier van justitie onder normale omstandigheden met toepassing van het bestaande beleid zou hebben besloten (bij voorbeeld sepot gering feit), is geen toezegging in de zin van deze aanwijzing.'[167]

Aldus is vereist dat hetgeen het Openbaar Ministerie aan de getuige in het vooruitzicht stelt, in zekere zin als een daadwerkelijk 'offer' van het Openbaar Ministerie moet kunnen worden beschouwd. Het Openbaar Ministerie mag de getuige niet afschepen met een dode mus. Voorts dient te worden geëist dat het om een prestatie gaat die in een duidelijk causaal verband staat met de door de getuige te leveren prestatie. Er dient derhalve sprake te zijn van een zekere mate van wederkerigheid. Prestaties van het Openbaar Ministerie – ook al zijn ze in zekere zin als een offer te beschouwen – die het Openbaar Ministerie reeds uit zichzelf verricht, zonder dat de getuige daar een prestatie tegenover hoeft te stellen, vallen niet onder de reikwijdte van het begrip toezegging zoals dat in het onderhavige verband van de regeling van toezeggingen aan getuigen in strafzaken dient te worden opgevat.[168]

Tot slot dient de in het vooruitzicht gestelde prestatie voldoende vastomlijnd te zijn. Het dient volgens de Hoge Raad steeds te gaan om een 'in meer of mindere mate scherp omschreven en harde toezegging, waaraan de betrokkene concrete verwachtingen kan ontlenen'.[169] Meer in het algemeen aanhakend bij het vertrouwensbeginsel en daarmee enigszins los van de in het onderhavige verband bedoelde toezeggingen aan getuigen, wijst advocaat-generaal Fokkens in zijn conclusie bij de genoemde zaak terecht op het feit dat niet elke toezegging die bij de betrokkene een verwachting heeft opgewekt als rechtens relevant dient te worden aangemerkt. Alleen toezeggingen waardoor gerechtvaardigde verwachtingen zijn opgewekt dienen te worden gehonoreerd. In het licht van deze eis van bepaaldheid wijst advocaat-generaal Fokkens in zijn conclusie voorts op artikel 6:227 BW, dat stelt dat van een overeenkomst slechts sprake is indien de verbintenissen die partijen op zich nemen bepaalbaar zijn.[170] Aldus zal het enkele voorhouden van vage vooruitzichten 'als het op waarde schatten van een coöperatieve proceshouding bij het bepalen van de strafeis' onvoldoende zijn om een strafrechtelijk relevante toezegging aan te nemen. In de praktijk zal het niet altijd gemakkelijk zijn de precieze scheidslijn te bepalen tussen enerzijds dergelijke vage vooruitzichten en ander-

---

167 Zie § 2.3 van de Aanwijzing toezeggingen aan getuigen in strafzaken van 13 maart 2006, *Stcrt*. 2006, 56, geldig van 1 april 2006 tot 30 september 2010.

168 Zie de samenvatting in de Aanwijzing toezeggingen aan getuigen in strafzaken van 13 maart 2006, *Stcrt*. 2006, 56, geldig van 1 april 2006 tot 30 september 2010. Zie voor een voorbeeld waarin het aan de vereiste wederkerigheid ontbrak HR 9 november 1999, *NJ* 2000, 422 m.nt. Sch.

169 Zie HR 2 april 2002, *NJ* 2002, 357.

170 Zie conclusie AG Fokkens bij HR 2 april 2002, *NJ* 2002, 357.

zijds strafrechtelijk relevante toezeggingen, met name wanneer deze niet op papier zijn vastgelegd. Op zichzelf is het echter niet vereist dat de toezegging schriftelijk is vastgelegd om als strafrechtelijk relevante toezegging te kunnen gelden.[171]

2.6.7 Toelaatbaarheid van de verschillende toezeggingen I – Historische schets

De discussie over de toelaatbaarheid van het instrument van de toezeggingen aan getuigen in strafzaken heeft zich lange tijd met name toegespitst op de vraag welk type toezeggingen aan de getuige al dan niet door de beugel kunnen. Het aantal mogelijke toezeggingen is schier oneindig, maar daarmee is niet gezegd dat zij alle toelaatbaar zijn. De toezegging strekkende tot strafvermindering, waarbij het Openbaar Ministerie toezegt een lagere straf te zullen eisen dan gebruikelijk zou zijn gezien de ernst van de feiten en de omstandigheden van het geval, is de meest in het oog springende toezegging. Het wekt dan ook geen verbazing dat de wettelijke regeling juist in regeling van deze toezegging voorziet. Ook de toezegging tot strafrechtelijke immuniteit heeft in het politieke debat, de jurisprudentie en de literatuur veel aandacht gekregen, waarbij door velen, inclusief de wetgever, al snel de conclusie werd getrokken dat een dergelijke toezegging als te vergaand moest worden beschouwd. Voor het overige bleef het evenwel lange tijd onduidelijk welke toezeggingen voorts al dan niet door de beugel konden.

De Modelbrief uit 1983[172] merkte voor wat betreft de vraag naar de toelaatbaarheid van verschillende toezeggingen slechts op dat onder bepaalde voorwaarden kon worden aanvaard 'dat de tegenprestatie ook buiten het gebruikelijke strafrechtelijke beleid ligt'. Buiten deze tamelijk cryptische opmerking zweeg de richtlijn in alle talen over de vraag naar de aard van de toezeggingen die door het Openbaar Ministerie konden worden gedaan. De Commissie Van Traa liet zich in haar eindrapport in meer concrete termen uit over de vraag naar de aard van de tegenprestatie van het Openbaar Ministerie. Met name de toezegging tot strafrechtelijke immuniteit was volgens de Commissie uit den boze.[173] Uitsluiting van strafvervolging was volgens de Commissie slechts mogelijk indien bij afwezigheid van de afspraak met de getuige (ook) niet tot vervolging zou worden overgegaan of met een transactie zou worden volstaan. Strafrechtelijke immuniteit werd derhalve slechts toelaatbaar bevon-

171 Zie HR 2 april 2002, *NJ* 2002, 357. Dit neemt niet weg dat schriftelijke vastlegging wel een vereiste is voor het rechtmatig doen van toezeggingen in de zin van artikel 226g e.v. Sv.

172 Modelbrief van de procureurs-generaal aan de hoofdofficieren van justitie d.d. 1 juli 1983.

173 Voor de situatie waarin het Openbaar Ministerie toezeggingen doet die strekten tot algehele strafrechtelijke immuniteit reserveerde de Commissie Van Traa de term 'kroongetuige'. Zie Enquêtecommissie opsporingsmethoden 1996, p. 466: 'De invoering van het instituut kroongetuige schept een situatie waarbij de straf, of zelfs het ontbreken van enige straf, in geen verhouding meer staat tot de ernst van de gepleegde feiten.'

den als het besluit tot niet-vervolging geheel los kon worden gezien van de afspraak met de getuige. Volgens de Commissie kon de toezegging van het Openbaar Ministerie wel strekken tot: a) een beloning volgens landelijke tipgeldregels; b) een lagere strafeis dan op basis van de tenlastelegging gebruikelijk zou zijn; en c) enige verzachting van de strafexecutie.[174] Uit de formulering van de Commissie ('de tegenprestatie kan zijn') kan worden afgeleid dat deze opsomming niet limitatief is bedoeld. Deze stelling wordt ondersteund door het feit dat de Commissie de toezegging tot strafrechtelijke immuniteit wel expliciet heeft willen uitsluiten. De Richtlijn uit 1997[175] nam deze conclusies van de Commissie Van Traa vrijwel letterlijk over. Enigszins ten overvloede voegde de Richtlijn hier nog aan toe dat de tegenprestatie in beginsel binnen de machtssfeer van het Openbaar Ministerie moest liggen. Ook hier moet worden aangenomen dat de opsomming van mogelijke tegenprestaties niet limitatief is bedoeld.

De daaropvolgende Tijdelijke aanwijzing uit 2001,[176] die als gezegd was gebaseerd op de inhoud van het wetsvoorstel zoals dat eerder in dat jaar door de Tweede Kamer was aangenomen, voorzag in vergelijking met de daaraan voorafgaande beleidsregels in een tamelijk uitgebreide regeling wat betreft de toelaatbaarheid van toezeggingen. De Tijdelijke aanwijzing somt niet alleen op welke toezeggingen toelaatbaar moeten worden geacht, maar voorziet ook in een 'zwarte lijst' van ontoelaatbare toezeggingen. Toelaatbaar zijn toezeggingen strekkende tot: a) de vermindering van de te vorderen straf met ten hoogste een derde bij een onvoorwaardelijke vrijheidsstraf, taakstraf bestaande uit een werkstraf of geldboete; b) de omzetting van ten hoogste een derde van het onvoorwaardelijke gedeelte van de vrijheidsstraf, taakstraf bestaande uit een werkstraf of van een geldboete in een voorwaardelijk gedeelte; c) de vervanging van maximaal een derde gedeelte van de vrijheidsstraf door een taakstraf bestaande uit een werkstraf of een onvoorwaardelijke geldboete. Voorts kan aan een getuige die reeds is veroordeeld toezeggingen worden gedaan met betrekking tot het uitbrengen van een positief advies tot vermindering van de opgelegde straf met ten hoogste een derde van die straf, wanneer de getuige een verzoekschrift tot gratie indient. De Tijdelijke aanwijzing sluit af met de betekenisvolle woorden: 'Andere toezeggingen strekkende tot strafvermindering mogen niet worden gedaan'. Uit deze bewoordingen blijkt dat deze aanwijzing alleen limitatief is bedoeld voor wat betreft de toezegging tot strafvermindering. Andersoortige toezeggingen zijn dan ook niet zonder meer uitgesloten. Wel voorziet de Tijdelijke aanwijzing in een lijst van een aantal toezeggingen die in geen enkel geval door de beugel kunnen. Deze lijst

174 Enquêtecommissie opsporingsmethoden 1996, p. 465.

175 Richtlijn afspraken met criminelen van 13 maart 1997, *Stcrt*. 1997, 61, in werking getreden op 1 april 1997

176 Tijdelijke aanwijzing toezeggingen aan getuigen in strafzaken van 13 juli 2001, *Stcrt*. 2001, 138, in werking getreden op 1 augustus 2001.

houdt belangrijke restricties in. Verboden zijn toezeggingen met betrekking tot: 1) de inhoud van de tenlastelegging (zogenoemde *charge bargaining*, bijvoorbeeld over het aantal op te nemen feiten in de dagvaarding en de zwaarte daarvan); 2) het in afwijking van het geldende opsporings- en vervolgingsbeleid afzien van actieve opsporing of vervolging van strafbare feiten; 3) het intrekken van een uitleveringsverzoek, daaronder begrepen het intrekken van een internationaal aanhoudingsbevel; 4) het in Nederland ondergaan van een in het buitenland opgelegde vrijheidsstraf in het kader van de WOTS (hiertoe is de officier van justitie immers niet bevoegd); 5) het geven van een financiële beloning; 6) (het afzien van het vorderen van) bijkomende straffen en maatregelen, in het bijzonder de ontneming van het wederrechtelijk verkregen voordeel; 7) het geheel of gedeeltelijk achterwege laten van de tenuitvoerlegging van een rechterlijke beslissing; 8) het begunstigen van derden; 9) het treffen van getuigenbeschermingsmaatregelen, anders dan de toezegging dat de officier van justitie zal bevorderen dat de nodige maatregelen ter bescherming van de getuige conform de daarvoor bestaande procedure zullen worden getroffen. Buiten deze lijst van ontoelaatbare toezeggingen lijkt de Tijdelijke aanwijzing voor het overige niet in de weg te staan aan het doen van andere toezeggingen dan die strekkende tot strafvermindering.

De uiteindelijke wettelijke regeling zoals deze thans bestaat kent (logischerwijze) hetzelfde model als de eerdere Tijdelijke aanwijzing die op het wetsvoorstel was gebaseerd. De wettelijke regeling heeft uitsluitend betrekking op toezeggingen aan verdachten en veroordeelden strekkende tot strafvermindering met als doel het verkrijgen van een getuigenverklaring in een strafzaak tegen een ander. De grenzen voor wat betreft het toezeggen van strafvermindering liggen hiermee vast. Hiermee is echter niets gezegd over de toelaatbaarheid van toezeggingen die niet tot strafvermindering strekken. Dit blijkt reeds uit artikel 226g lid 4 Sv, dat bepaalt dat van afspraken die niet worden aangemerkt als een afspraak in de zin van het eerste lid (de genoemde afspraken met betrekking tot strafvermindering) een proces-verbaal dient te worden opgemaakt dat aan het dossier wordt toegevoegd. Met deze bepaling is duidelijk dat de wettelijke regeling voor wat betreft de toelaatbaarheid van toezeggingen niet limitatief is bedoeld. Deze beperkte reikwijdte van de regeling is vanaf het begin één van de belangrijkste punten van kritiek geweest. De regeling zou teveel ruimte laten voor allerhande andere toezeggingen dan die tot strafvermindering.[177] Nu de wettelijke regeling niet op dergelijke toezeggingen ziet, geldt de uitgebreide procedure waarin wordt voorzien niet voor deze toezeggingen.

Dat de ruimte tot het doen van andere toezeggingen dan die waarin het wetsvoorstel voorziet inderdaad groot is, bleek eigenlijk al voordat de regeling

177 Zie onder meer het advies van de Raad van State (*Kamerstukken II* 1998/99, 26 294, A, p. 3), alsmede Knigge 1999 en Wedzinga 1999.

kracht van wet kreeg. Naar aanleiding van het eerdergenoemde advies van een interne werkgroep van het Openbaar Ministerie uit 2004 waarin werd geconcludeerd dat de toenmalige Tijdelijke aanwijzing en het wetsvoorstel tekortschoten in de geboden mogelijkheden tot het doen van toezeggingen, stelde de minister in een brief aan de Tweede Kamer dat hij het doen van toezeggingen anders dan die tot strafvermindering inderdaad toelaatbaar achtte. Hij doelde hierbij met name op het doen van toezeggingen over de hoogte van het wederrechtelijk verkregen voordeel en de intrekking van een uitgaand uitleveringsverzoek of Europees arrestatiebevel, alsmede op het gunstbetoon ex artikel 226g lid 4 Sv dat niet van invloed is op de beantwoording van de vragen van de artikelen 348 en 350 Sv. Een dergelijke verruiming van de mogelijkheid tot het doen van toezeggingen hoefde volgens de minister evenwel niet te leiden tot intrekking of aanpassing van het wetsvoorstel; een en ander kon worden geregeld door middel van een aanpassing van de aanwijzing.[178]

In feite leert de huidige wettelijke regeling dan ook weinig meer dan dat het Openbaar Ministerie in ruil voor een getuigenverklaring bevoegd is toe te zeggen een lagere straf te zullen eisen, dat deze strafvermindering maximaal de helft mag bedragen, en dat – indien van deze mogelijkheid gebruik wordt gemaakt – de door de regeling voorgeschreven procedure moet worden gevolgd. Uit de parlementaire geschiedenis blijkt vervolgens dat andere toezeggingen dan die tot strafvermindering ook toelaatbaar kunnen zijn, maar dat deze hun grondslag vinden in de bestaande bevoegdheden van het Openbaar Ministerie.[179] Voor dergelijke toezeggingen geldt de in de wet voorgeschreven procedure evenwel strikt genomen niet.

2.6.8 Toelaatbaarheid van de verschillende toezeggingen II – Een duivels dilemma

De belangrijkste oorzaak voor de langdurige onduidelijkheid over de vraag welke toezeggingen al dan niet zijn toegelaten, lijkt te zijn gelegen in het feit dat de wetgever in een voortdurende spagaat leek te verkeren. Enerzijds bestond met het oog op de vrees voor ontsporing van de opsporing – een vrees die met name actueel was ten tijde van de werkzaamheden en kort na de conclusies van de Commissie Van Traa – de wens het gebruik van toezeggingen zoveel mogelijk aan banden te leggen. Anderzijds bestond ook voortdurend de wil het Openbaar Ministerie met het oog op het belang van een effectieve opsporing en vervolging van zware en georganiseerde criminaliteit zoveel mogelijk de vrije hand te geven bij het doen van toezeggingen, opdat

178 Zie *Kamerstukken II* 2003/04, 28 017 en 26 294, nr. 6.
179 Zie *Kamerstukken I* 2004/05, 26 294 en 28 027, E, p. 3. Zie ook § 2.6.4.

in het individuele geval tot het meest passende resultaat kan worden gekomen.[180] Dit dilemma heeft uiteindelijk geresulteerd in een systeem dat op wettelijk niveau betrekkelijk open is, om langs beleidsmatige weg vervolgens weer enigszins te worden gesloten.

Hier komt bij dat de wetgever niet alleen een rechtspolitieke keuze diende te maken met betrekking tot de vraag hoeveel armslag het Openbaar Ministerie bij het doen van toezeggingen diende te krijgen. Ook lag een daarmee samenhangend, maar meer juridisch strategisch dilemma voor hoe het beste kon worden geregeld dat in de praktijk op legitieme wijze van het instrument van toezeggingen aan getuigen gebruik werd gemaakt.[181] Anders gezegd, de gemaakte rechtspolitieke keuze diende ook te worden vertaald naar een regeling die zodanig was ingericht dat deze het gewenste effect sorteerde. Hierbij lagen grofweg twee verschillende 'modellen' voor, die in het navolgende scherp van elkaar worden onderscheiden, maar in de praktijk tot op zekere hoogte kunnen samenvloeien. Enerzijds kan worden betoogd dat het raadzaam is een zo gedetailleerd mogelijke regeling te treffen omtrent de vraag welke toezeggingen zijn toegelaten en welke niet. Een zodanige regeling schept voor alle betrokken partijen duidelijkheid, terwijl voor wat betreft de beoordeling van de toelaatbaarheid van de toezegging in het concrete geval dan nog slechts een marginale toets aan de eisen van proportionaliteit en subsidiariteit behoeft plaats te vinden. Het nadeel van een zodanig gedetailleerde regeling is evenwel dat deze het reële gevaar in zich draagt dat ontoelaatbare toezeggingen wel degelijk worden gedaan, maar als gevolg van die beperkende regeling in het verborgene worden gehouden. Onder vigeur van een dergelijke regeling kan aldus een situatie ontstaan waarin sprake is van een voor de buitenwereld zichtbare laag van volstrekt legitieme – want met de geldende regelgeving in overeenstemming zijnde – toezeggingen, gecombineerd met een schemerige onderlaag van toezeggingen die in strijd zijn met de geldende regelgeving. Dit scenario is niet ondenkbeeldig, nu toezeggingen aan getuigen uit de aard der zaak, zijnde een consensuele procedure tussen Openbaar Ministerie en getuige, afhankelijk van de inhoud van de toezeggingen vrij gemakkelijk aan het zicht van de openbaarheid kunnen worden onttrokken.[182]

---

180 Deze wil leefde zowel bij de wetgever als, welhaast vanzelfsprekend, bij het Openbaar Ministerie. Zie voor wat betreft deze laatste het eerdergenoemde advies van de interne werkgroep van het Openbaar Ministerie, als bijlage gevoegd bij *Kamerstukken II* 2003/04, 28 017 en 26 294, nr. 6.

181 Het hier geschetste dilemma is overigens niet specifiek voor het instrument van de toezeggingen aan getuigen. Ook ten aanzien van de verschillende opsporingsbevoegdheden kan de wetgever voor een dergelijk dilemma tussen gedetailleerde regelgeving en maximale transparantie komen te staan.

182 Vgl. in dit kader ook § 2.6.6 over de vraag wanneer van een strafrechtelijke relevante toezegging kan worden gesproken. Aan hetgeen daar is gesteld kunnen de nodige argumenten worden ontleend om in voorkomende gevallen het bestaan van een strafrechtelijk relevante toezegging te ontkennen, bijvoorbeeld wegens het ontbreken van de vereiste wederkerigheid.

Teneinde het ontstaan van dergelijke schimmige toezeggingen te voorkomen, kan daarom ook worden betoogd dat de regeling inzake de toelaatbaarheid van verschillende toezeggingen juist zeer algemeen dient te worden gehouden door de bevoegdheid tot het doen van toezeggingen enkel op de bestaande discretionaire bevoegdheden als het opportuniteitsbeginsel te baseren. Voor het overige kan dan worden volstaan met het voorschrift dat in het individuele geval steeds dient te zijn voldaan aan de eisen van proportionaliteit en subsidiariteit, alsmede aan een aantal procedurele vereisten die de transparantie van de gedane toezeggingen beogen te maximaliseren. Eventueel kan een dergelijke regeling worden uitgebreid met de opsomming van een aantal toezeggingen die onder geen enkele omstandigheid kunnen worden gedaan, bijvoorbeeld de toezegging strekkende tot volledige strafrechtelijke immuniteit. Een dergelijke ruimhartige regeling biedt minder houvast voor het Openbaar Ministerie en de getuige, en in een later stadium voor de rechter, bij de beoordeling of bepaalde toezeggingen door de beugel kunnen. Absolute grenzen zijn niet gegeven, slechts een (volle) toetsing aan de beginselen van proportionaliteit en subsidiariteit leert of een bepaalde toezegging in het concrete geval al dan niet rechtmatig is. Een dergelijke regeling leidt, gezien dit gebrek aan houvast, wellicht eerder tot al te vergaande toezeggingen; zij heeft evenwel het voordeel dat zij betere kansen biedt om over de gehele linie tot een transparant gebruik van toezeggingen aan getuigen te komen. Nu een bepaalde toezegging in het concrete geval niet op voorhand als te vergaand hoeft te worden beschouwd wegens strijd met de expliciete wettelijke regeling, zullen de betrokken partijen wellicht minder de behoefte voelen het bestaan en de inhoud van de toezegging voor rechter en verdediging verborgen te houden. Een ruimhartige regeling, waarin het doen van toezeggingen wordt gebaseerd op bestaande discretionaire bevoegdheden als het opportuniteitsbeginsel, kan daarom een goed alternatief vormen om tot een legitiem gebruik van toezeggingen aan getuigen te komen. Betoogd kan worden dat een dergelijke ruimhartige regeling – met het oog op de gewenste transparantie – wel eens beter tegemoet zou kunnen komen aan de bezwaren die kleven aan het gebruik van toezeggingen dan een meer restrictieve regeling van dit instrument. Dit was ook het model dat de eerdergenoemde interne werkgroep van het Openbaar Ministerie in haar advies voorstond:

> 'In beginsel kunnen alle wederprestaties worden toegezegd, tenzij de wederprestatie in strijd is met de wet of anderszins – vanwege juridische, praktische of ethische bezwaren – ontoelaatbaar moet worden geacht. Een dergelijk, ruim geformuleerd, uitgangspunt strookt naar het oordeel van de werkgroep met de beoordelings- en beleidsvrijheid die het openbaar ministerie in de uitoefening van het opportuniteitsbeginsel geniet. Indien het opportuniteitsbeginsel […] als een onvoldoende grondslag voor het sluiten van overeenkomsten met getuigen wordt beschouwd en de voorkeur uitgaat naar het scheppen van een expliciete wettelijke basis, verdient het aanbeveling te volstaan met een beknopte wettelijke regeling Deze regeling zou niet meer behoeven te behelzen dan de enkele vaststelling van de bevoegdheid

> van de officier van justitie toezeggingen aan getuigen te doen. Door het normeringskader en de toestemmingsprocedure nauwkeurig in een aanwijzing te omschrijven en deze in de praktijk stringent te hanteren en te volgen, kan worden voorkomen dat wederprestaties worden toegezegd die onaanvaardbaar zijn. Of een bepaalde wederprestatie in een voorkomend geval ook daadwerkelijk toelaatbaar is, zal moeten worden beoordeeld aan de hand van de algemene rechtsbeginselen, waarvan de vereisten van proportionaliteit, subsidiariteit en openheid in deze context predominant zijn (…) Het nader uit te werken normeringskader, ontleend aan de (Europese) rechtspraak, en de voorgeschreven procedure bieden naar het oordeel van de werkgroep voldoende waarborgen voor een terughoudend en zorgvuldig optreden van het openbaar ministerie in de totstandkoming van overeenkomsten met getuigen.'[183]

Betoogd kan worden dat de wetgever, gesteld voor de keuze tussen beide geschetste modellen, heeft gepoogd het ene te doen zonder het andere te laten. Enerzijds heeft de wetgever een specifieke wettelijke basis voor het doen van toezeggingen willen creëren en daarin een aantal duidelijke grenzen willen stellen waar het de inhoud van een aantal toezeggingen betreft (met name de maximering van de toezegging strekkende tot strafvermindering), anderzijds heeft het de mogelijkheid van het doen van andere toezeggingen willen openhouden.[184] Vooralsnog moet worden afgewacht of het door de wetgever gevolgde model uiteindelijk het optimale effect heeft van enerzijds het stellen van een aantal duidelijke begrenzingen aan de inhoud van bepaalde toezeggingen en anderzijds het bereiken van maximale transparantie.

2.6.9 Toelaatbaarheid van de verschillende toezeggingen III – Een overzicht

In het navolgende zal worden besproken welke toezeggingen onder de huidige regeling als toelaatbaar dan wel ontoelaatbaar moeten worden beschouwd. Bij het navolgende dient te worden bedacht dat het steeds gaat om de vraag of een bepaalde toezegging in abstracto al dan niet is toegelaten. Wanneer het antwoord op die vraag bevestigend luidt, betekent dit niet zonder meer dat de betreffende toezegging ook in concreto door de beugel kan. Dat is immers afhankelijk van de concrete omstandigheden van het geval, waarbij met name betekenis toekomt aan de uitkomst van de toetsing aan het beginsel van proportionaliteit. De toelaatbaarheid van een bepaalde toezegging dient altijd in relatie te worden bezien met de ernst van de zaak waarin de toezeg-

183 Zie voor het advies van de interne werkgroep van het Openbaar Ministerie de bijlage bij *Kamerstukken II* 2003/04, 28 017 en 26 294, nr. 6.

184 Blijkens het bestaan van artikel 226g lid 4 Sv dat het doen van andere toezeggingen dan die tot strafvermindering toelaatbaar acht, mits dit wordt verantwoord in een proces-verbaal dat in beide dossiers wordt gevoegd, kan worden betoogd dat de wetgever het Openbaar Ministerie niet al te zeer aan banden heeft willen leggen, maar tegelijkertijd maximale transparantie rond het doen van toezeggingen beoogt na te streven.

ging wordt gedaan, alsmede met het resultaat dat met behulp van de toezegging kan worden behaald. Of zoals de Aanwijzing toezeggingen aan getuigen in strafzaken het uitdrukt: de verhouding tussen 'het belang van de verklaring enerzijds en het gewicht van de toezegging anderzijds' en 'de aard van het strafbare feit waarover de getuige verklaart en dat van het strafbaar feit waarvoor hij wordt vervolgd'.[185] Op grond van het beginsel van proportionaliteit dienen deze beide relaties als redelijk te kunnen worden gekenschetst. Dit maakt de toelaatbaarheid van toezeggingen tot een relatieve grootheid; de toelaatbaarheid van een en dezelfde toezegging kan afhankelijk van de context waarin deze wordt gedaan verschillend worden beoordeeld. Daarbij dient voorts te worden bedacht dat het beginsel van proportionaliteit een toetsing vereist van het totale pakket aan toezeggingen dat in een bepaalde zaak door het Openbaar Ministerie aan een getuige wordt gedaan. De uitkomst van deze toets kan heel wel zijn dat elke toezegging afzonderlijk zowel in abstracto als in concreto door de beugel kan, maar dat het totaalpakket dermate vergaand is dat het beginsel van proportionaliteit zich hiertegen verzet.[186] De toelaatbaarheid van een bepaalde toezegging dient derhalve steeds te worden bezien in relatie tot de eventuele andere toezeggingen die in dezelfde zaak zijn gedaan.

2.6.9.1 Toelaatbare toezeggingen

a. Strafvermindering

Artikel 226g lid 1 Sv jo. artikel 44a lid 2 Sr stelt dat de officier van justitie aan een getuige die zelf ook wordt verdacht van een strafbaar feit toezeggingen kan doen strekkende tot strafvermindering in de zaak waarin de getuige zelf wordt vervolgd. De getuige wordt aldus wel vervolgd voor de strafbare feiten waarvan hij zelf wordt verdacht, maar wordt in het kader van die vervolging door de officier van justitie beloont voor zijn optreden als getuige door een lagere straf te eisen dan hij normaal gesproken in een vergelijkbaar geval op basis van de ernst van de tenlastegelegde feiten zou hebben gedaan. Een dergelijke toezegging kan slechts betrekking hebben op het vorderen van hoofdstraffen en strekken tot: a) de vermindering van de te vorderen straf met ten hoogste de helft bij een onvoorwaardelijke tijdelijke vrijheidsstraf, taakstraf bestaande uit een werkstraf, of geldboete; b) de omzetting van ten hoogste de helft van het onvoorwaardelijke gedeelte van de vrijheidsstraf, taakstraf bestaande uit een werkstraf of van een geldboete in een voorwaarde-

185 Zie § 3 van de Aanwijzing toezeggingen aan getuigen in strafzaken van 13 maart 2006, *Stcrt*. 2006, 56, geldig van 1 april 2006 tot 30 september 2010.

186 Zie voor een duidelijk voorbeeld Hof Den Bosch 27 februari 1998, *NJ* 1998, 518 (Juliët). Het Hof verklaarde het Openbaar Ministerie in deze zaak evenwel met name niet-ontvankelijk omdat een gedeelte van de toezeggingen die aan de getuige waren gedaan niet op schrift was gesteld.

lijk gedeelte; c) de vervanging van ten hoogste een derde gedeelte van de vrijheidsstraf door een taakstraf bestaande uit een werkstraf of een onvoorwaardelijke geldboete. Aldus is de toezegging tot strafvermindering gemaximeerd tot ten hoogste de helft van de strafeis zoals die zonder het bestaan van de toezegging zou hebben geluid.[187] Aangenomen mag worden dat de eerstgenoemde toezegging in de praktijk de meest belangrijke rol zal spelen. Gezien het feit dat de onderhandelingsruimte van de officier van justitie beperkt is tot de helft van de oorspronkelijke strafeis, zal hij deze ruimte veelal volledig moeten benutten om de getuige over de streep te trekken. Verwacht mag immers worden dat een getuige niet snel genoegen zal nemen met een omzetting van de helft van de oorspronkelijk te eisen straf in een voorwaardelijk gedeelte of in een andere strafmodaliteit als een volledige 'kwijtschelding' van dit gedeelte ook tot de mogelijkheden behoort.

De reden dat de wetgever juist deze toezeggingen in de wet heeft geregeld, is gelegen in het feit dat toezeggingen tot strafvermindering rechtstreeks van invloed kunnen zijn op de beslissing van de rechter op de vragen van artikel 348 en 350 Sv, in het bijzonder de straftoemeting. Een dergelijke toezegging bindt de officier van justitie immers aan een bepaalde strafeis en loopt daarmee in zekere zin vooruit op de latere straftoemeting. Nu een dergelijke toezegging invloed heeft op de beslissingsruimte van de rechter, behoeft deze wettelijke regeling.[188] Wel dient te worden benadrukt dat de toezegging bestaat uit het *eisen* van een lagere straf. Of de gewenste strafreductie ook daadwerkelijk wordt gerealiseerd, ligt in de macht van de rechter. In zoverre kan het Openbaar Ministerie dan ook geen garantie geven. De toezegging tot strafvermindering behelst daarmee een inspanningsverplichting in plaats van een resultaatsverbintenis.[189] Deze onzekerheid maakt de toezegging tot strafvermindering voor de getuige minder aantrekkelijk.[190] Verwacht mag evenwel worden dat de toezegging tot strafvermindering in de meeste gevallen door de rechter zal worden gehonoreerd.[191]

Hoewel de wettelijke regeling de toezegging tot strafvermindering als de meest voor de hand liggende toezegging beschouwt, zijn de voorbeelden van dergelijke toezeggingen in de jurisprudentie tot op heden betrekkelijk schaars. Dit

187 In het oorspronkelijke wetsvoorstel was de maximale strafvermindering op een derde gesteld. Als gevolg van een amendement van Wolfsen en Van Haersma Buma (*Kamerstukken II* 2003/04, 28 017, nr. 7) is deze grens op een laat moment in de procedure alsnog naar maximaal de helft verlegd (zie *Kamerstukken I* 2004/05, 28 017, A). Zie nader § 2.6.2. Opvallend genoeg geldt dit amendement slechts voor de vormen van strafvermindering genoemd onder a) en b).

188 Abels 2005, p. 864.

189 Zie in vrijwel gelijke bewoordingen Rb Amsterdam 17 maart 2005, *LJN* AT0873 (Nomads).

190 Zie hierover ook het meergenoemde advies van de interne werkgroep van het Openbaar Ministerie, als bijlage gevoegd bij *Kamerstukken II* 2003/04, 28 017 en 26 294, nr. 6.

191 Zie meer uitgebreid § 2.6.12.

kan wellicht worden verklaard door het feit dat in de periode voordat heldere regelgeving omtrent de toelaatbaarheid van de verschillende toezeggingen voorhanden was (tot 1997) veelal werd gekozen voor de toezegging strekkende tot strafrechtelijke immuniteit, terwijl in de periode waarin wel expliciete regelgeving inzake de toelaatbaarheid van bepaalde toezeggingen bestond, op grond waarvan de toezegging tot strafrechtelijke immuniteit ontoelaatbaar werd verklaard (vanaf 1997), de toezegging tot strafvermindering veelal niet aantrekkelijk genoeg werd bevonden, nu deze strafkorting niet kon worden gegarandeerd en vanaf 2001 'slechts' tot een bepaald maximum werd toegelaten.[192]

In de schaarse voorbeelden van jurisprudentie van voor de inwerkingtreding van de huidige wettelijke regeling waarin strafvermindering aan de orde is, moet worden geconstateerd dat er veelal nauwelijks sprake is van een harde toezegging tot strafvermindering, in de zin dat de mate waarin het Openbaar Ministerie een lagere straf zal eisen van tevoren wordt gefixeerd. Zo bleef het bij de toezegging dat, indien de getuige tot en met het onderzoek ter terechtzitting bij zijn eerdere verklaringen zou blijven, het Openbaar Ministerie hiermee bij de eis 'rekening zou houden',[193] of dat een positieve proceshouding 'op waarde zal worden geschat' bij het bepalen van de strafeis.[194] In een ander geval werd de meer concrete toezegging gedaan dat het vorderen van een geldboete achterwege zou blijven.[195]

b. Positief gratieadvies

Artikel 226k lid 1 Sv bepaalt dat aan getuigen die reeds onherroepelijk zijn veroordeeld de toezegging kan worden gedaan dat de officier van justitie, bij indiening van een verzoekschrift om gratie door de getuige, een positief advies tot vermindering van de opgelegde straf met maximaal de helft zal uitbrengen.[196] Ook voordat de wettelijke regeling in werking was getreden, heeft de gratieadvisering herhaaldelijk het onderwerp van een toezegging gevormd. Zo heeft het Openbaar Ministerie herhaaldelijk aan een getuige toegezegd dat het in geval van een veroordeling van de getuige positief op een later door

192 De Richtlijn afspraken met criminelen van 13 maart 1997, *Stcrt*. 1997, 61, in werking getreden op 1 april 1997, stelde nog geen maximum. De Tijdelijke aanwijzing toezeggingen aan getuigen in strafzaken van 13 juli 2001, *Stcrt*. 2001, 138, in werking getreden op 1 augustus 2001, stelde evenwel een maximum van een derde, terwijl dit maximum vanaf de inwerkingtreding op 1 april 2006 van de nieuwe wettelijke regeling op de helft is gesteld.

193 Zie HR 19 maart 1996, *NJ* 1997, 59 m.nt. Kn.

194 Zie Hof Den Bosch 27 februari 1998, *NJ* 1998, 518 (Juliët). Zie ook HR 2 april 2002, *NJ* 2002, 357 waarin werd gesteld dat een dergelijke mededeling geen rechtens relevante toezegging opleverde.

195 Zie Hof Den Bosch 27 februari 1998, *NJ* 1998, 518 (Juliët).

196 In het oorspronkelijke wetsvoorstel was de maximale vermindering van de opgelegde straf op een derde gesteld. Als gevolg van eerdergenoemd amendement van Wolfsen en Van Haersma Buma (*Kamerstukken II* 2003/04, 28 017, nr. 7) is ook deze grens naar maximaal de helft verlegd (zie *Kamerstukken I* 2004/05, 28 017, A).

de getuige in te dienen gratieverzoek zal adviseren.[197] In deze gevallen werd de toezegging omtrent positieve gratieadvisering derhalve niet aan een reeds veroordeelde getuige gedaan, maar aan een getuige die nog berecht moest worden. In die zin betrof het derhalve telkens een voorwaardelijke toezegging.

c. Ontneming van het wederrechtelijk verkregen voordeel

Volgens de Aanwijzing toezeggingen aan getuigen in strafzaken kunnen ook toezeggingen worden gedaan met betrekking tot 'het verminderen van de vordering tot ontneming van wederrechtelijk verkregen voordeel met ten hoogste de helft, ook in het kader van de schikking op grond van artikel 511c Sv'.[198] Het feit dat een dergelijke toezegging thans toelaatbaar wordt geacht, vloeit voort uit de in het voorgaande omschreven parlementaire geschiedenis van de wettelijke regeling, meer in het bijzonder uit het gelijkluidende standpunt van de minister naar aanleiding van het meergenoemde advies van de interne werkgroep van het Openbaar Ministerie uit 2004, die meende dat de toentertijd bestaande mogelijkheden tot het doen van toezeggingen tekortschoten.[199] De vanaf 2001 van kracht zijnde Tijdelijke aanwijzing sloot het doen van toezeggingen met betrekking tot de ontnemingsvordering nog uit.[200] Voor die tijd zijn dergelijke toezeggingen blijkens de jurisprudentie evenwel wel degelijk gedaan. Zo heeft het Openbaar Ministerie tweemaal toegezegd een lopend strafrechtelijk financieel onderzoek stop te zullen zetten, met als noodzakelijk gevolg het achterwege blijven van een ontnemingsvordering.[201] Ook heeft het Openbaar Ministerie in het kader van een afspraak met een getuige de toezegging gedaan een schikkingsvoorstel in de zin van artikel 511c Sv te doen ter ontneming van het geschatte wederrechtelijk verkregen voordeel.[202]

d. Intrekken van een uitgaand verzoek tot uit- of overlevering

Ook het intrekken van een uitgaand verzoek tot uitlevering of een Europees arrestatiebevel met het oog op strafvervolging kan volgens de Aanwijzing

197 Zie Hof Den Bosch 27 februari 1998, *NJ* 1998, 518 (Juliët); HR 9 juli 2002, *LJN* AE2761 en HR 15 juni 2004, *NJ* 2004, 479 m.nt. JR. Zie in dit verband ook HR 14 december 1999, *NJ* 2000, 164.

198 Zie § 4 van de Aanwijzing toezeggingen aan getuigen in strafzaken van 13 maart 2006, *Stcrt*. 2006, 56, geldig van 1 april 2006 tot 30 september 2010.

199 Zie voor het advies van de interne werkgroep van het Openbaar Ministerie en de reactie van de minister daarop *Kamerstukken II* 2003/04, 28 017 en 26 294, nr. 6. Later heeft de minister dit standpunt herhaald in zijn brief aan de Eerste Kamer van 18 maart 2005, *Kamerstukken I* 2004/05, 26 294 en 28 017, E. Zie ook *Kamerstukken II* 2004/05, 28 017 en 26 294, nr. 8, p. 4-5.

200 Zie de Tijdelijke aanwijzing toezeggingen aan getuigen in strafzaken van 13 juli 2001, *Stcrt*. 2001, 138, in werking getreden op 1 augustus 2001. Zie in dit verband ook § 2.6.7.

201 Zie Hof Den Bosch 27 februari 1998, *NJ* 1998, 518 (Juliët) en HR 15 juni 2004, *NJ* 2004, 479 m.nt. JR.

202 Zie HR 9 juli 2002, *LJN* AE2761.

toezeggingen aan getuigen in strafzaken onderdeel uitmaken van een toezegging.[203] Voor dit type toezegging geldt hetzelfde als voor de toezeggingen met betrekking tot de ontnemingsvordering. De Tijdelijke aanwijzing uit 2001 achtte het intrekken van een uitleveringsverzoek of een internationaal aanhoudingsbevel nog ontoelaatbaar.[204] Mede als gevolg van het advies van de interne werkgroep van het Openbaar Ministerie heeft de minister in 2004 tijdens de parlementaire behandeling van het wetsvoorstel in de Eerste Kamer als zijn standpunt te kennen gegeven dat hij een dergelijke toezegging met betrekking tot uitgaande uit- en overleveringsverzoeken wel degelijk toelaatbaar acht.[205] Een dergelijke toezegging mag volgens de minister evenwel niet leiden tot het toekennen van algehele immuniteit. Indien de betreffende getuige op een later moment onverhoopt in Nederland wordt aangetroffen, moet het recht tot vervolging of tenuitvoerlegging dan ook zonder meer weer kunnen worden opgepakt. Een dergelijke toezegging zal derhalve veelal de vorm aannemen van een vrijgeleide om in Nederland tijdens het onderzoek ter terechtzitting te komen getuigen.[206]

e. Gunstbetoon

Op grond van artikel 226g lid 4 Sv is de officier van justitie zelfstandig bevoegd toezeggingen aan getuigen te doen die niet kunnen worden gezien als toezeggingen in de zin van het eerste lid van deze bepaling (toezeggingen tot strafvermindering), 'maar die wel voor het onderzoek in de zaak van betekenis kunnen zijn'. Dergelijke afspraken worden in de Aanwijzing toezeggingen aan getuigen gekwalificeerd als gunstbetoon: 'het verrichten van handelingen die vallen binnen de normale bevoegdheden van de officier van justitie, die een relatief geringe betekenis hebben en niet rechtstreeks aan de beantwoording van de vragen van artikelen 348 en 350 Sv raken, maar die wel op enigerlei wijze invloed kunnen hebben op de bereidheid tot het afleggen van een getuigenverklaring'.[207] Als voorbeelden van dergelijke gunsten noemt de Aanwijzing vervolgens: 'het meewerken aan of het zich niet verzetten tegen een verzoek tot schorsing van de voorlopige hechtenis, de versnelde teruggave van inbeslaggenomen voorwerpen, voor zover het belang van de strafvordering zich daartegen niet verzet, het bewerkstelligen van een milder detentieregime voor een veroordeelde die zijn vrijheidsstraf ondergaat, het bewerkstelligen van de tenuitvoerlegging van de voorlopige hechtenis van

203 Zie § 4 van de Aanwijzing toezeggingen aan getuigen in strafzaken van 13 maart 2006, *Stcrt*. 2006, 56, geldig van 1 april 2006 tot 30 september 2010.

204 Zie de Tijdelijke aanwijzing toezeggingen aan getuigen in strafzaken van 13 juli 2001, *Stcrt*. 2001, 138, in werking getreden op 1 augustus 2001. Zie in dit verband ook § 2.6.7.

205 Zie *Kamerstukken II* 2003/04, 28 017 en 26 294, nr. 6 en *Kamerstukken I* 2004/05, 26 294 en 28 017, E.

206 Zie *Kamerstukken II* 2004/05, 28 017 en 26 294, nr. 8, p. 5.

207 Voor dit gunstbetoon geldt op grond van artikel 226g lid 4 Sv een andere procedure dan voor de toezeggingen strekkende tot strafvermindering. Zie hiervoor § 2.6.11.

de verdachte in een huis van bewaring dichter bij zijn sociale omgeving, het bevorderen dat de tenuitvoerlegging van een in het buitenland opgelegde straf in Nederland kan worden voortgezet in het kader van de WOTS en het verlenen van voorspraak bij bestuursorganen als de IND en de Belastingdienst'. Voorts wijst de Aanwijzing erop dat indien voor de te verlenen gunst de medewerking van derden (buitenlandse autoriteiten, de minister van Justitie, de IND etc.) is vereist, de officier van justitie duidelijk dient te maken dat geen garantie voor het gewenste resultaat kan worden gegeven.[208] Net als bij de toezegging tot strafvermindering betreft het hier derhalve inspanningsverplichtingen.

In de jurisprudentie van voor de inwerkingtreding van de huidige wettelijke regeling kunnen diverse voorbeelden van dergelijk gunstbetoon worden gevonden. Er zijn met name diverse voorbeelden bekend van situaties waarin het Openbaar Ministerie de getuige kleine gunsten in het kader van de executie heeft toegezegd. Een belangrijk voordeel van het doen van dergelijke toezeggingen – in vergelijking met toezeggingen die betrekking hebben op de strafeis – is het feit dat het Openbaar Ministerie de verzilvering van de betreffende toezegging juridisch gezien zelf in de hand heeft, nu het ex artikel 553 Sv zelf verantwoordelijk is voor de executie van rechterlijke beslissingen. Bovendien kunnen dergelijke toezeggingen veelal betrekkelijk snel gestand worden gedaan. Zowel vanuit het perspectief van het Openbaar Ministerie als van de getuige kan dit als een voordeel worden beschouwd. Niettemin moeten ook de toezeggingen met betrekking tot de executie in het algemeen als een inspanningsverplichting worden gezien, nu ook hier het resultaat niet kan worden gegarandeerd, afhankelijk als het Openbaar Ministerie in dezen is van de medewerking van het Ministerie van Justitie en de praktische mogelijkheden.

Veel toezeggingen met betrekking tot de executie strekken tot het nastreven van overplaatsing naar een andere penitentiaire inrichting. Zo heeft het Openbaar Ministerie in een Antilliaanse zaak toegezegd dat het zou bevorderen dat de op Aruba gedetineerde getuigen hun resterende detentieperiode in een open of half open inrichting in Nederland zouden kunnen ondergaan.[209] Ook heeft het Openbaar Ministerie eenmaal toegezegd zich ter terechtzitting welwillend op te stellen ten aanzien van een verzoek tot schorsing van de voorlopige hechtenis.[210] In weer een andere zaak zou zijn toegezegd dat het Openbaar Ministerie zo mogelijk medewerking zou verlenen aan overbrenging in het kader van de WOTS.[211] Tot slot deed het Openbaar Ministerie in een Antilliaanse zaak de getuige de toezegging dat deze bij terugkeer naar Curaçao niet zou worden opgesloten, hetgeen moest worden verstaan als een toezegging

208 Zie § 8 van de Aanwijzing toezeggingen aan getuigen in strafzaken van 13 maart 2006, *Stcrt*. 2006, 56, geldig van 1 april 2006 tot 30 september 2010. Zie ook *Kamerstukken II* 2004/05, 28 017 en 26 294, nr. 8, p. 5.

209 Zie HR 14 december 1999, *NJ* 2000, 164.

210 Zie Hof Den Bosch 27 februari 1998, *NJ* 1998, 518 (Juliët).

211 Zie HR 2 april 2002, *NJ* 2002, 357. De Hoge Raad was in deze casus evenwel van mening dat een dergelijke mededeling op zichzelf nog geen rechtens relevante toezegging opleverde.

dat jegens hem geen vrijheidsbenemende dwangmiddelen zouden worden toegepast. In deze zaak oordeelde de Hoge Raad evenwel dat in casu niet daadwerkelijk van een afspraak met de getuige kon worden gesproken, nu er naar zijn oordeel geen sprake was van wederkerigheid tussen de prestaties over en weer.[212] Ware de bedoelde mededeling wel een rechtens relevante toezegging in het kader van een afspraak met de getuige, dan moet worden betwijfeld of een dergelijke vergaande toezegging van niet-vrijheidsbeneming onder de huidige regelgeving nog onder de noemer van gunstbetoon in de zin van artikel 226g lid 4 Sv kan worden gekwalificeerd. Hetzelfde geldt voor het specifieke onderdeel van de toezegging in de zaak-Karman, dat betrekking heeft op de voorlopige hechtenis. In deze zaak werd onder meer – naast de in het navolgende uitgebreider te bespreken gewraakte toezegging met betrekking tot het niet-executeren van een door de rechter eventueel op te leggen vrijheidsstraf – toegezegd dat de voorlopige hechtenis van de getuige per direct zou worden beëindigd, terwijl hij ook in de toekomst zou blijven gevrijwaard van elke vorm van vrijheidsberoving, waaronder voorlopige hechtenis.[213]

2.6.9.2 Ontoelaatbare toezeggingen

a. Strafrechtelijke immuniteit

In de jaren negentig is herhaaldelijk aan getuigen toegezegd dat zij zelf niet zouden worden vervolgd voor de feiten waarvan zij werden verdacht.[214] Toezeggingen aan getuigen strekkende tot algehele strafrechtelijke immuniteit zijn inmiddels echter uit den boze. De Aanwijzing toezeggingen aan getuigen in strafzaken formuleert dit verbod als volgt: 'De officier van justitie mag geen toezeggingen doen met betrekking tot (…) het in afwijking van het geldende opsporings- en vervolgingsbeleid afzien van actieve opsporing of vervolging van strafbare feiten.'[215] Het toezeggen van strafrechtelijke immuniteit – waarvoor de commissie de term kroongetuige reserveerde – is in 1996 door de Commissie Van Traa in haar eindrapport in de ban gedaan. Volgens de Commissie scheppen dergelijke toezeggingen een situatie waarin 'de straf, of zelfs het ontbreken van enige straf, in geen verhouding meer staat tot de ernst van de gepleegde feiten'.[216] De Commissie lijkt dergelijke vergaande toezeggingen niet zozeer op principiële gronden af te wijzen; veeleer acht zij het gebruik van 'overeenkomsten met kroongetuigen' in de Nederlandse situatie van midden jaren negentig een brug te ver. Hierbij hecht de Commissie met name

212 Zie HR 9 november 1999, *NJ* 2000, 422 m.nt. Sch.

213 Zie HR 1 juni 1999, *NJ* 1999, 567 m.nt. Sch (Karman).

214 Zie HR 15 februari 1994, *NJ* 1994, 322 m.nt. AHJS; HR 30 juni 1998, *NJ* 1998, 799 m.nt. Sch (Kobus L.); HR 1 juni 1999, *NJ* 1999, 567 m.nt. Sch (Karman); HR 6 april 1999, *NJ* 1999, 565 en 566 m.nt. Sch (Theo R. en Johan V.); en HR 2 juli 2002, *NJ* 2003, 2 m.nt. Kn (Mink K.).

215 Zie § 5 van de Aanwijzing toezeggingen aan getuigen in strafzaken van 13 maart 2006, *Stcrt*. 2006, 56, geldig van 1 april 2006 tot 30 september 2010.

216 Zie Enquêtecommissie opsporingsmethoden 1996, p. 466.

belang aan het feit dat in Nederland geen sprake lijkt te zijn van een grote invloed van de georganiseerde criminaliteit op het functioneren van de democratische instellingen.[217] De mogelijkheden die de 'gewone' toezeggingen aan getuige bieden, eventueel in combinatie met een getuigenbeschermingsprogramma, vormen het maximum tot waar de Nederlandse rechtsstaat op dat moment zou moeten gaan, aldus de Commissie. De Tweede Kamer onderschreef in het Kamerdebat naar aanleiding van de bevindingen van de Commissie Van Traa dit verbod op het toezeggen van strafrechtelijke immuniteit.[218] Sindsdien maakt dit verbod steevast onderdeel uit van de achtereenvolgende beleidsregels inzake toezeggingen aan getuigen.[219] De wetgever heeft er evenwel voor gekozen dit verbod niet expliciet in de wet neer te leggen, met de ietwat merkwaardige (cirkel)redenering dat dit in een inhoudelijke beperking van het opportuniteitsbeginsel met zich zou brengen terwijl de nieuwe wettelijke regeling juist beoogde geen verandering aan te brengen in de werking en reikwijdte van dit beginsel.[220] Thans vloeit het sepotverbod voort uit genoemde passage van de Aanwijzing.

Het moge duidelijk zijn dat het verbod op toezeggingen strekkende tot algehele strafrechtelijke immuniteit in de praktijk lastig is te handhaven. Het zal immers niet altijd gemakkelijk zijn te bepalen of er al dan niet sprake is van 'afwijking van het geldende opsporings- en vervolgingsbeleid' wanneer een feit waarvan een getuige wordt verdacht, door het Openbaar Ministerie wordt geseponeerd. Wordt er geseponeerd omdat dit door het Openbaar Ministerie aan de getuige is toegezegd, of wordt er geseponeerd omdat dit voortvloeit uit het ter zake geldende strafvorderlijk beleid? Er bestaat aldus een schemergebied tussen de algemene bevoegdheid van het Openbaar Ministerie om op grond van het opportuniteitsbeginsel en het strafvorderlijk beleid zaken te seponeren en de bijzondere bevoegdheid toezeggingen aan getuigen te doen. Uitgaande van het verbod op het toezeggen van strafrechtelijke immuniteit, zal een sepot van de strafbare feiten waarvan de getuige zelf wordt verdacht slechts door de beugel kunnen wanneer deze feiten ook onder gewone omstandigheden, dus in een situatie waarin geen sprake is van een afspraak

217 In de Italiaanse situatie, waarin de inzet van kroongetuigen volgens de Commissie heeft geleid tot een aantal successen bij de bestrijding van de maffia en het terugdringen van de invloed op de georganiseerde criminaliteit op de democratische instellingen, acht de Commissie het gebruik van kroongetuigen wel te billijken. Zie Enquêtecommissie opsporingsmethoden 1996, p. 466.

218 Zie *Kamerstukken II* 1995/96, 24 072, nr. 25.

219 De interne werkgroep van het Openbaar Ministerie die in 2004 in opdracht van het College van procureurs-generaal onderzoek deed naar de knelpunten binnen en de reikwijdte van de toenmalige Tijdelijke aanwijzing en het voorliggende wetsvoorstel heeft voorgesteld het sepotverbod te schrappen. Dit onderdeel van het advies is door de minister evenwel niet overgenomen. Zie voor het advies van de interne werkgroep van het Openbaar Ministerie en de reactie van de minister daarop *Kamerstukken II* 2003/04, 28 017 en 26 294, nr. 6. Zie ook *Kamerstukken II* 2004/05, 28 017 en 26 294, nr. 8, p. 6.

220 Zie *Kamerstukken I* 2004/05, 26 294 en 28 017, E, p. 4; zie in dit verband ook § 2.6.4.

met de getuige, zouden zijn geseponeerd.[221] Wanneer dit niet het geval is, zal al snel het vermoeden rijzen dat het sepot wel degelijk onderdeel uitmaakt van een afspraak tussen Openbaar Ministerie en getuige.

Voorts speelt in het kader van de strafrechtelijke immuniteit het probleem dat er diverse toezeggingen bestaan die weliswaar formeel niet gelijkgesteld kunnen worden met toezeggingen tot algehele strafrechtelijke immuniteit, maar materieel wel hetzelfde resultaat bewerkstelligen. Hierbij kan worden gedacht aan de toezegging tot het achterwege laten van actieve opsporing,[222] die door de Aanwijzing als gezegd eveneens ontoelaatbaar wordt verklaard, of de toezegging dat een lopende strafzaak ter verjaring zal worden opgelegd.[223] Ook de toezegging tot het intrekken van het door het Openbaar Ministerie ingestelde hoger beroep, komt in het geval waarin de getuige in eerste aanleg is vrijgesproken materieel neer op een toezegging tot strafrechtelijke immuniteit. De Hoge Raad oordeelde evenwel dat een dergelijke toezegging niet behoeft te worden gelijkgesteld met een (verboden) toezegging tot strafrechtelijke immuniteit:

> 'Aangenomen moet worden dat van strafrechtelijke immuniteit als bedoeld in de Richtlijn[224] sprake is indien geen vervolging ten gronde plaatsvindt. Dit houdt in dat de getuige wordt toegezegd dat hij voor het desbetreffende feit niet terecht behoeft te staan. Indien de betrokkene in eerste aanleg heeft terechtgestaan, maar vervolgens na een vrijspraak in eerste aanleg door het openbaar ministerie geen hoger beroep wordt ingesteld of een reeds ingesteld hoger beroep wordt ingetrokken, doet zich niet een dergelijke situatie van strafrechtelijke immuniteit voor. Met de Richtlijn is in dit opzicht immers beoogd dat iemands vermoede betrokkenheid bij ernstige strafbare feiten niet op grond van het bij wijze van tegenprestatie verkrijgen van een, anderen belastende, getuigenverklaring aan het oordeel van de rechter mag worden onttrokken. Die ratio wordt geen geweld aangedaan indien de rechter in eerste aanleg over die feiten heeft geoordeeld. In het licht hiervan geeft het oordeel van het Hof dat het intrekken van het hoger beroep geen strafrechtelijke immuniteit oplevert dus geen blijk van een onjuiste rechtsopvatting (...).'[225]

Ook in de huidige Aanwijzing toezeggingen aan getuigen in strafzaken is een dergelijke toezegging tot het intrekken van het hoger beroep niet op de 'zwarte lijst' geplaatst.

b. Charge bargaining

In aansluiting op het verbod van het toezeggen van strafrechtelijke immuniteit is ook het doen van toezeggingen met betrekking tot de inhoud van de tenlas-

---

221 Zie Enquêtecommissie opsporingsmethoden 1996, p. 465.
222 Zie HR 30 juni 1998, *NJ* 1998, 799 m.nt. Sch (Kobus L.).
223 Zie Hof Den Bosch 27 februari 1998, *NJ* 1998, 518 (Juliët).
224 Bedoeld wordt de Richtlijn afspraken met criminelen van 13 maart 1997, *Stcrt*. 1997, 61, in werking getreden op 1 april 1997.
225 Zie HR 15 juni 2004, *NJ* 2004, 479 m.nt. JR.

telegging ontoelaatbaar.[226] Het Openbaar Ministerie mag noch toezeggingen doen over het aantal in de tenlastelegging op te nemen feiten noch over de kwalificatie daarvan. Via deze weg zou immers een situatie kunnen worden bewerkstelligd die materieel kan worden gelijkgeschakeld met strafvermindering, terwijl de realisering van deze 'strafvermindering' in veel mindere mate afhankelijk is van de opstelling van de rechter, gebonden als deze is aan de tenlastelegging. De jurisprudentie heeft zich tot op heden niet expliciet uitgelaten over de toelaatbaarheid van het doen van toezeggingen met betrekking tot de inhoud van de tenlastelegging.[227]

c. Het achterwege laten van de executie van een rechterlijke beslissing

Ook het doen van toezeggingen met betrekking tot het geheel of gedeeltelijk achterwege laten van rechterlijke beslissingen is uit den boze.[228] Artikel 553 Sv, waarin het Openbaar Ministerie wordt belast met de executie van rechterlijke beslissingen, biedt weliswaar de nodige mogelijkheden tot het doen van toezeggingen met betrekking tot de executie, het stelt hieraan ook een belangrijke begrenzing. Dit is op niet mis te verstane wijze duidelijk geworden in de zaak-Karman, waarin het Openbaar Ministerie de getuige Karman – in ruil voor door Karman af te leggen verklaringen – niet alleen de toezegging deed dat zijn voorlopige hechtenis vrijwel met directe ingang zou worden opgeheven, maar ook dat hij in de toekomst in het kader van de onderhavige strafzaak niet verder feitelijk van zijn vrijheid zou worden beroofd, noch in het kader van voorlopige hechtenis, noch in het kader van de executie van een eventueel door de rechter op te leggen gevangenisstraf. In alle rechterlijke instanties werden deze toezeggingen in ongekend felle en principiële bewoordingen ontoelaatbaar geacht. Het Hof Amsterdam verwoordde het aldus:

> 'De toezegging van het openbaar ministerie aan Karman, dat hij niet van zijn vrijheid zou worden beroofd, ook niet als een eventueel door de rechter op te leggen gevangenisstraf de reeds ondergane detentie zou overtreffen, is in strijd met de wet. Zodanige toezegging is in strijd met artikel 4 RO in verbinding met artikel 553 WvSv. (…) Het staat het openbaar ministerie niet vrij zich de bevoegdheid aan te meten niet tot executie van een door de rechter aan Karman op te leggen gevangenisstraf over te gaan. Deze onrechtmatige toezegging van het openbaar

226 Zie § 5 van de Aanwijzing toezeggingen aan getuigen in strafzaken van 13 maart 2006, *Stcrt*. 2006, 56, geldig van 1 april 2006 tot 30 september 2010.

227 Wel heeft de Hoge Raad zich eenmaal uitgesproken over de mogelijkheid verklaringen die in het buitenland als gevolg van *plea bargaining* zijn verkregen, in een Nederlandse strafzaak voor het bewijs te bezigen. De Hoge Raad achtte dit niet op voorhand ontoelaatbaar, zij het dat rekening moest worden gehouden met de eventuele consequenties van de *plea bargain* op de betrouwbaarheid van de verklaringen. Zie HR 23 mei 1995, *NJ* 1995, 683 m.nt. Sch.

228 Zie § 5 van de Aanwijzing toezeggingen aan getuigen in strafzaken van 13 maart 2006, *Stcrt*. 2006, 56, geldig van 1 april 2006 tot 30 september 2010.

> ministerie geeft blijk van minachting voor de beslissing van de rechter. In ons strafrechtelijk systeem is geen plaats voor een binding van de rechter aan door het openbaar ministerie gedane toezeggingen omtrent de straf. De rechter dient binnen de door de wet getrokken grenzen in vrijheid de eventuele straf te kunnen bepalen. In ons strafrechtelijk systeem is evenmin plaats voor afweging door het openbaar ministerie van het belang van tenuitvoerlegging van rechterlijke uitspraken tegen het belang van berechting van leidinggevenden van een criminele organisatie. De door de strafrechter onherroepelijk bepaalde straf moet worden tenuitvoergelegd. Bij uitoefening van de bevoegdheid van het openbaar ministerie tot strafvervolging dient deze rechterlijke straftoemetingsvrijheid en deze verplichting tot tenuitvoerlegging van onherroepelijke uitspraken ten volle te worden gerespecteerd. Bij de strafvervolging van Karman, nadat hem de bedoelde toezegging is gedaan, is – in ieder geval de facto – die vrijheid illusoir geworden en die verplichting bij voorbaat genegeerd.'[229]

Het Hof achtte deze handelwijze van het Openbaar Ministerie zodanig laakbaar, dat het hieraan de sanctie van niet-ontvankelijkheid verbond. In cassatie schaarde de Hoge Raad zich onverkort achter het Hof.[230] Er gelden aldus duidelijke grenzen voor wat betreft de ruimte die het Openbaar Ministerie zich kan permitteren bij het doen van toezeggingen met betrekking tot de executie. Het Openbaar Ministerie is hiertoe weliswaar bevoegd, mits het hierbij de onderliggende rechterlijke uitspraak ten volle respecteert. Dit betekent dat aan het Openbaar Ministerie niet de bevoegdheid toekomt toezeggingen te doen over de vraag of al dan niet wordt geëxecuteerd, doch slechts over de vraag op welke wijze zal worden geëxecuteerd. Op het grensvlak van dit onderscheid ligt één van de toezeggingen van het Openbaar Ministerie aan Mink K. Aan hem werd toegezegd dat een eerdere rechterlijke uitspraak niet ten uitvoer zou worden gelegd voordat het EHRM definitief over de door Mink K. tegen deze uitspraak ingediende bezwaren had beslist.[231] Deze toezegging kwam derhalve feitelijk neer op uitstel van executie. Over de toelaatbaarheid hiervan heeft de Hoge Raad zich echter niet expliciet uitgelaten.

d. Financiële beloningen

In het verleden zijn herhaaldelijk in ruil voor getuigenverklaringen financiële beloningen toegezegd. Dergelijke toezeggingen liggen gevoelig, niet alleen omdat het Openbaar Ministerie daarmee wel erg vatbaar wordt voor het verwijt dat het 'getuigenverklaringen koopt', maar ook omdat hiermee de regeling van de zogenoemde bijzondere opsporingsgelden wordt doorkruist.[232] In de Tijdelijke aanwijzing uit 2001 is daarom voor het eerst opgeno-

229 Zie Hof Amsterdam 4 juni 1998 (ongepubliceerd), r.o. 3.1-3.5.
230 Zie HR 1 juni 1999, *NJ* 1999, 567 m.nt. Sch (Karman).
231 Zie HR 2 juli 2002, *NJ* 2003, 2 m.nt. Kn (Mink K.).
232 Zie de Regeling bijzondere opsporingsgelden van 1 februari 2006, *Stcrt*. 2006, 39, geldig van 2 april 2006 tot 1 januari 2011.

men dat toezeggingen strekkende tot het geven van een financiële beloning ontoelaatbaar zijn. Dit verbod is op grond van de huidige Aanwijzing nog steeds van kracht.[233] In de oudere jurisprudentie van voor 2001 heeft de rechter toezeggingen tot betaling van een geldbedrag evenwel herhaaldelijk gefiatteerd. Wel ging het hierbij telkens om gevallen waarin het geldbedrag werd toegezegd met een specifiek doel. Zo heeft het Openbaar Ministerie in één van deze gevallen toegezegd een zeker geldbedrag voor het nemen van eventueel noodzakelijke veiligheidsmaatregelen uit te keren,[234] terwijl in een ander geval een geldbedrag werd toegezegd met het oog op de extra kosten die de getuige en zijn familie zouden hebben door de verdere tenuitvoerlegging van diens detentie in Nederland in plaats van Aruba.[235] Voorts kan een verkapte financiële beloning worden gezien in de toezegging de onder de getuige in beslag genomen vermogensbestanddelen aan hem terug te geven.[236]

e. Getuigenbescherming

Op grond van de Aanwijzing toezeggingen aan getuigen mag de officier van justitie voorts geen toezeggingen doen met betrekking tot het treffen van maatregelen ter bescherming van de getuige, 'anders dan de toezegging dat de OvJ zal bevorderen dat zo nodig dergelijke maatregelen in opdracht van het College van procureurs-generaal op grond van het Besluit getuigenbescherming zullen worden getroffen'.[237] De officier van justitie kan derhalve niet zelfstandig in het kader van zijn afspraak met de getuige toezeggingen doen over de fysieke bescherming van de getuige. Het doen van dergelijke toezeggingen behoort tot de exclusieve taak en bevoegdheid van de Dienst getuigenbescherming van de KLPD, die zijn taken onder gezag van het Landelijk parket uitvoert, met inachtneming van het op artikel 226l Sv gebaseerde Besluit getuigenbescherming.[238] Aldus worden getuigenbeschermingsmaatregelen enkel getroffen indien daartoe de noodzaak en de mogelijkheid bestaat conform dit Besluit. De officier van justitie die met een getuige over het afleggen van een getuigenverklaring onderhandelt, kan enkel toezeggen dat hij zal trachten te bevorderen dat de in het Besluit voorgeschreven procedure in gang wordt gezet. Deze procedure met betrekking tot de getuigenbescherming voorziet onder meer in het sluiten van een overeenkomst met de getuige over diens

233 Zie de Tijdelijke aanwijzing toezeggingen aan getuigen in strafzaken van 13 juli 2001, *Stcrt*. 2001, 138, in werking getreden op 1 augustus 2001 en § 5 van de Aanwijzing toezeggingen aan getuigen in strafzaken van 13 maart 2006, *Stcrt*. 2006, 56, geldig van 1 april 2006 tot 30 september 2010.

234 Zie Rb Den Haag 8 oktober 1998, *NbSr* 1998, 188.

235 Zie HR 14 december 1999, *NJ* 2000, 164.

236 Zie Hof Den Bosch 27 februari 1998, *NJ* 1998, 518 (Juliët) en HR 9 juli 2002, *LJN* AE2761.

237 Zie § 5 van de Aanwijzing toezeggingen aan getuigen in strafzaken van 13 maart 2006, *Stcrt*. 2006, 56, geldig van 1 april 2006 tot 30 september 2010.

238 Besluit getuigenbescherming van 21 december 2005, *Stb*. 2006, 21, in werking getreden op 1 april 2006.

fysieke bescherming (artikel 7 Besluit getuigenbescherming). Benadrukt dient te worden dat een dergelijke overeenkomst geheel los staat van de eventuele afspraak die de officier van justitie in het kader van de onderhavige regeling inzake toezeggingen aan getuigen met de getuige maakt.[239] Zo kan het voorkomen dat de onderhandelingen met betrekking tot de strafvorderlijke afspraak over het afleggen van een getuigenverklaring in de zin van artikel 226g e.v. Sv stuklopen, terwijl niettemin een afspraak over fysieke bescherming van de getuige op grond van het Besluit getuigenbescherming tot stand komt. Voorts is van belang te benadrukken dat indien wel beide afspraken tot stand komen, deze ook in het vervolg van de procedure steeds los van elkaar bezien dienen te worden. Problemen met betrekking tot de uitvoering van de overeenkomst met betrekking tot de fysieke bescherming van de getuige hebben aldus – in ieder geval juridisch gezien – geen gevolgen voor de uitvoering van de afspraak over de getuigenverklaring en *vice versa*. Dit neemt niet weg dat (de uitvoering van) beide afspraken elkaar feitelijk wel degelijk kunnen beïnvloeden. Zo kan ontevredenheid bij de getuige over de wijze waarop zijn fysieke bescherming gestalte krijgt, feitelijk tot het opschorten van zijn medewerking aan de afspraak over het afleggen van een verklaring leiden.

f. Overige ontoelaatbare toezeggingen

Tot slot verklaart de Aanwijzing toezeggingen ontoelaatbaar die betrekking hebben op: 1) het in Nederland ondergaan van een in het buitenland opgelegde gevangenisstraf in het kader van de WOTS. Hiervoor is immers toestemming nodig van het land waarin de getuige is gedetineerd. Meer dan de enkele toezegging dat hij bij wijze van gunstbetoon in de zin van artikel 226g lid 4 Sv een WOTS-procedure zal bevorderen, kan de officier van justitie derhalve niet doen. Voorts zijn ontoelaatbaar toezeggingen met betrekking tot 2) (het afzien van het vorderen van) bijkomende straffen en maatregelen, met uitzondering van de ontneming van het wederrechtelijk verkregen voordeel; en 3) het begunstigen van anderen dan de getuige.[240] Het staat de getuige derhalve niet vrij in het kader van zijn afspraak met het Openbaar Ministerie gunsten voor anderen, zoals diens levenspartner, te bedingen. Dit neemt niet weg dat de naasten van de getuige conform artikel 5 lid 2 jo. artikel 4 lid 2 van het genoemde Besluit getuigenbescherming wel degelijk voor fysieke bescherming in aanmerking kunnen komen.

239 Zie ook met zoveel woorden § 2.4 van de Aanwijzing toezeggingen aan getuigen in strafzaken van 13 maart 2006, *Stcrt*. 2006, 56, geldig van 1 april 2006 tot 30 september 2010.

240 Zie § 5 van de Aanwijzing toezeggingen aan getuigen in strafzaken van 13 maart 2006, *Stcrt*. 2006, 56, geldig van 1 april 2006 tot 30 september 2010.

2.6.10 De positie van de getuige

Vanzelfsprekend verplicht ook de getuige zich tot het nodige in het kader van de afspraak. In de vroegste regelgeving met betrekking tot de toezeggingen aan getuigen was de door de getuige te leveren prestatie nog tamelijk vaag omschreven. De Modelbrief uit 1983 sprak slechts van 'informatie' en 'inlichtingen' die een essentiële bijdrage moesten kunnen leveren aan de opsporing of het beëindigen of voorkomen van strafbare feiten.[241] Over de vorm waarin of het moment waarop deze informatie moest worden geleverd liet de Modelbrief zich niet uit. Dit was ook één van de belangrijkste kritiekpunten van de Commissie Van Traa op de toenmalige situatie. In veel gevallen bestond de tegenprestatie van de wederpartij slechts uit het verstrekken van informatie zonder dat het kwam tot het afleggen van een getuigenverklaring. De Commissie duidde dergelijke afspraken dan ook terecht aan als 'deals met informanten' en niet als 'deals met getuigen'. Volgens de Commissie moest een 'deal' echter wel degelijk zijn gericht op het verkrijgen van een door alle partijen (rechter, verdediging) toetsbare getuigenverklaring; louter het verkrijgen van informatie, bijvoorbeeld ten behoeve van de CID (thans CIE), achtte de Commissie niet voldoende.[242] Dit vereiste kan vervolgens ook worden teruggevonden in de Richtlijn uit 1997.[243] Op zichzelf eisten de Commissie Van Traa en de Richtlijn evenwel niet met zoveel woorden dat de getuigenverklaring ter terechtzitting werd afgelegd.

Artikel 226g lid 1 Sv bepaalt thans met betrekking tot de prestatie van de getuige dat de afspraak ziet op 'het afleggen van een getuigenverklaring in het kader van een gerechtelijk vooronderzoek'. Dit aspect van het afleggen van een getuigenverklaring ten overstaan van de rechter-commissaris wordt vervolgens in artikel 226j Sv verder uitgewerkt. Strikt genomen eist de wet niet met zoveel woorden dat de getuige zich ook tot het afleggen van een verklaring tijdens het onderzoek ter terechtzitting verplicht. Toch is dit wel degelijk de bedoeling van de regeling, hetgeen ook blijkt uit de Aanwijzing toezeggingen aan getuigen in strafzaken waarin expliciet wordt bepaald dat de officier van justitie in ieder geval de voorwaarde aan de getuige stelt dat deze zich bereid verklaart 'tot het afleggen van een getuigenverklaring ten overstaan van de rechter op de openbare terechtzitting'. Voorts bepaalt de Aanwijzing dat onder het begrip getuigenverklaring wordt verstaan 'een verklaring afgelegd door een getuige, desverlangd ten overstaan van een rechter ter terechtzitting (…)'.[244] Aldus bepaalt de Aanwijzing dat de getuige

241 Modelbrief van de procureurs-generaal aan de hoofdofficieren van justitie d.d. 1 juli 1983.
242 Zie Enquêtecommissie opsporingsmethoden 1996, p. 217 en 465.
243 Richtlijn afspraken met criminelen van 13 maart 1997, *Stcrt*. 1997, 61, in werking getreden op 1 april 1997.
244 Zie resp. § 6 en § 1.3 van de Aanwijzing toezeggingen aan getuigen in strafzaken van 13 maart 2006, *Stcrt*. 2006, 56, geldig van 1 april 2006 tot 30 september 2010.

in ieder geval steeds de bereidheid moet hebben zijn verklaringen ten overstaan van de zittingsrechter af te leggen. De getuige kan dan ook niet als bedreigde getuige in de zin van artikel 136c Sv met volledige anonimiteit door de rechter-commissaris worden gehoord (zie ook expliciet 226j lid 2 Sv). Op zichzelf lijken deze formuleringen de ruimte te laten om de getuige enkel bij de rechter-commissaris te horen, zij het niet als bedreigde getuige en zij het dat hij in ieder geval de bereidheid moet hebben om desgevraagd ook ter terechtzitting te verklaren. Dit neemt niet weg dat het blijkens de wetsgeschiedenis wel degelijk de bedoeling is dat de getuige zijn verklaringen ook ter terechtzitting aflegt.[245] Teneinde de zittingsrechter en de verdediging volledig in de gelegenheid te stellen zich een zelfstandig oordeel over de betrouwbaarheid van de getuige en diens verklaringen te vormen, is de aanwezigheid van de getuige tijdens het onderzoek ter terechtzitting essentieel.

Daarnaast neemt de getuige de verplichting op zich om – indien hij als (mede)verdachte kan worden beschouwd – volledige informatie en opening van zaken te geven over zijn eigen aandeel in de strafbare feiten waarop zijn getuigenverklaring betrekking heeft. Feitelijk betekent dit dat de verdachte geen gebruik kan maken van het verschoningsrecht dat hem op grond van artikel 219 Sv toekomt. Het ligt volgens de Aanwijzing dan ook in de rede hieromtrent met de getuige afspraken te maken, waarbij kan worden bepaald dat de getuige desgewenst wel een beroep kan doen op de hem eventueel uit andere hoofde toekomende verschoningsrechten.[246]

Nu de getuige die een afspraak met het Openbaar Ministerie maakt zich in zekere zin in een precaire positie bevindt – niet alleen wordt hij zelf ook als verdachte beschouwd, ook kan hij nadelige consequenties van zijn rol als getuige ondervinden –, voorziet de wettelijke regeling ook in een aantal aanvullende rechtswaarborgen ten opzichte van de rechtspositie van de gewone getuige. Zo heeft de getuige die met de officier van justitie in onderhandeling is over het maken van een afspraak recht op rechtsbijstand (artikel 226h lid 1 Sv) en dient de officier van justitie hem voortdurend voor te lichten over zijn rechtspositie, de te volgen procedure voorafgaand en na afloop van de tot-standkoming van de afspraak en de inhoud en de reikwijdte van de (eventuele) toezeggingen die het Openbaar Ministerie hem doet.[247] Daarnaast kan de identiteit van de getuige ingevolge artikel 226j lid 4 Sv tot uiterlijk de sluiting van het gerechtelijk vooronderzoek voor de verdediging verborgen worden gehouden. Het criterium hiervoor is weliswaar het belang van het onderzoek; dit neemt niet weg dat ook de getuige zelf hiervan profijt kan hebben. Tot

245 Zie onder meer *Kamerstukken II* 1999/2000, 26 294, nr. 15, p. 15.

246 Zie § 6 van de Aanwijzing toezeggingen aan getuigen in strafzaken van 13 maart 2006, *Stcrt*. 2006, 56, geldig van 1 april 2006 tot 30 september 2010.

247 Zie de Aanwijzing toezeggingen aan getuigen in strafzaken van 13 maart 2006, *Stcrt*. 2006, 56, geldig van 1 april 2006 tot 30 september 2010.

slot kunnen in voorkomende gevallen op grond van artikel 226l Sv maatregelen ter fysieke bescherming van de getuige en zijn naasten worden getroffen.[248]

2.6.11 De procedure van totstandkoming

De Modelbrief uit 1983 bepaalde voor wat betreft de wijze van totstandkoming van de afspraak slechts dat de hoofdofficier van justitie de afspraak ter goedkeuring moest voorleggen aan de procureur-generaal.[249] Volgens de Commissie Van Traa werd deze procedure in de praktijk evenwel herhaaldelijk aan de laars gelapt. Blijkens verklaringen van een CID-functionaris kwam het zelfs voor dat afspraken tot stand kwamen zonder enige tussenkomst van een officier van justitie.[250] De Commissie wenste de touwtjes in dit verband dan ook wat strakker aan te trekken en stelde daarom dat voor het doen van toezeggingen aan getuigen voortaan toestemming aan het College van procureurs-generaal moest worden gevraagd.[251] Deze procedure werd vervolgens verder uitgewerkt in de Richtlijn uit 1997. Deze Richtlijn bepaalde dat het maken van afspraken was voorbehouden aan leden van het Openbaar Ministerie; het doen van toezeggingen door opsporingsambtenaren of functionarissen van de CID was voortaan uit den boze. Wanneer een zaaksofficier van justitie een afspraak met een getuige wilde maken moest hij daartoe toestemming vragen aan zijn hoofdofficier van justitie, die op zijn beurt verplicht was de betrokken korpschef van dat voornemen in kennis te stellen en de voorgenomen afspraak ter toetsing aan het College van procureurs-generaal voor te leggen. Het College liet zich bij deze toetsing adviseren door de Centrale Toetsingscommissie, terwijl de voorzitter van het College zo nodig in overleg trad met de minister van Justitie. Wanneer het College toestemming gaf, kon de voorgenomen afspraak worden bekrachtigd. Hierbij eiste de Richtlijn dat de afspraak in een 'schriftelijke overeenkomst tussen het betrokken lid van het OM en de crimineel' werd vastgelegd, en dat het gehele proces van totstandkoming eveneens schriftelijk werd vastgelegd.[252] Deze procedure werd vervolgens in grote lijnen gehandhaafd in de Tijdelijke aanwijzing uit 2001, nu niet bij aanwijzing kon worden gepreludeerd op de procedure van totstandkoming zoals die was voorzien in het op dat moment door de Tweede Kamer aangenomen wetsvoorstel. Deze voorzag immers in voorafgaande toetsing door de rechter-commissaris. Wel werd in de Tijdelijke aanwijzing voor het

248 Zie hierover uitgebreider § 2.6.9.2.
249 Modelbrief van de procureurs-generaal aan de hoofdofficieren van justitie d.d. 1 juli 1983.
250 In de hier bedoelde gevallen betrof het rechtstreekse contacten tussen de CID en ambtenaren van het Openbaar Ministerie, niet zijnde officieren van justitie. Zie Enquêtecommissie opsporingsmethoden 1996, p. 217-218.
251 Zie Enquêtecommissie opsporingsmethoden 1996, p. 465.
252 Richtlijn afspraken met criminelen van 13 maart 1997, *Stcrt*. 1997, 61, in werking getreden op 1 april 1997.

eerst de nodige aandacht aan de vroege (onderhandelings)fase van de totstandkoming van de afspraak besteed.[253]

Thans wordt de totstandkoming van de afspraak geregeld in de artikelen 226g en 226h Sv.[254] Deze artikelen regelen echter slechts de verplichte toetsing van de afspraak door de rechter-commissaris. Het traject dat daaraan voorafgaat, wordt gedetailleerd beschreven in de Aanwijzing toezeggingen aan getuigen in strafzaken.[255] In deze procedure komt duidelijk naar voren dat de officier van justitie een centrale plaats toekomt. Hij is de enige die gesprekken over het maken van een afspraak kan voeren en hij is ook de enige die toezeggingen kan doen. Indien de getuige het voornemen tot het maken van een afspraak aan de politie kenbaar maakt, dient deze de officier van justitie daarvan dan ook onverwijld in kennis te stellen. Het voornemen tot het maken van een afspraak kan uiteraard ook van de officier van justitie zelf uitgaan. Alvorens een gesprek tussen officier van justitie en getuige over het maken van een afspraak kan plaatsvinden, dient daartoe toestemming van de hoofdofficier van justitie te zijn verkregen. Op basis van het gesprek met de getuige, waarin deze inzicht dient te geven in de inhoud en strekking van zijn af te leggen verklaringen, beoordeelt de officier van justitie vervolgens of die verklaringen een voldoende basis vormen om een een onderhandelingsproces te starten. Wanneer dit niet het geval is, worden de gesprekken beëindigd. Wanneer wel een onderhandelingsproces wordt gestart, wordt het verloop hiervan door de officier van justitie nauwkeurig vastgelegd in een procesverbaal. De officier van justitie bevordert dat de getuige zich tijdens dit proces laat bijstaan door een gekozen of toegevoegde raadsman (zie artikel 226h lid 1 Sv). In deze fase dient de officier van justitie zich ook te vergewissen van de deugdelijkheid van de verklaring van de getuige en diens betrouwbaarheid. Indien het onderhandelingsproces niet tot resultaat leidt, mag het Openbaar Ministerie geen gebruik maken van de door de getuige tot op dat moment afgelegde verklaringen (vgl. artikel 226h lid 4 Sv dat bepaalt dat de stukken pas in het dossier mogen worden gevoegd nadat de afspraak definitief tot stand is gekomen). Inmiddels is in de jurisprudentie evenwel duidelijk geworden dat toevoeging aan het dossier van deze zogenoemde kluisverklaringen niet onder alle omstandigheden is uitgesloten, nu volgens de Hoge Raad niets

253 Tijdelijke aanwijzing toezeggingen aan getuigen in strafzaken van 13 juli 2001, *Stcrt*. 2001, 138, in werking getreden op 1 augustus 2001.

254 Deze procedure heeft slechts betrekking op de toezeggingen tot strafvermindering in de zin van artikel 226g lid 1 Sv. Voor de toezeggingen die kunnen worden beschouwd als gunstbetoon in de zin van artikel 226g lid 4 Sv geldt een veel lichtere procedure. Daarvoor volstaat de enkele vastlegging in een proces-verbaal dat wordt gevoegd in zowel het dossier van de verdachte te wiens laste de getuige verklaart als het dossier van de getuige zelf.

255 Zie § 7 van de Aanwijzing toezeggingen aan getuigen in strafzaken van 13 maart 2006, *Stcrt*. 2006, 56, geldig van 1 april 2006 tot 30 september 2010.

in de weg staat aan het toevoegen van de verklaringen aan het dossier indien de getuige hiertoe op een later moment alsnog toestemming geeft.[256]

Indien het onderhandelingsproces wel tot een voorgenomen afspraak leidt, dient deze op grond van artikel 226g lid 2 Sv op schrift te worden gesteld en een zo nauwkeurig mogelijke omschrijving te bevatten van: a) de misdrijven waarover en zo mogelijk de verdachte tegen wie de getuige bereid is een getuigenverklaring af te leggen; b) de strafbare feiten waarvoor de getuige in de zaak waarin hij zelf verdachte is, zal worden vervolgd en op welke de toezegging betrekking heeft; c) de voorwaarden die aan de getuige worden gesteld en waaraan deze bereid is te voldoen (waaronder in ieder geval de eerdergenoemde bereidverklaring door de getuige om ter terechtzitting een verklaring af te leggen en het geven van volledige openheid van zaken door de getuige over diens eigen aandeel in de strafbare feiten waarover hij verklaart); en tot slot d) de inhoud van de toezegging(en). Vervolgens wordt over de op schrift gestelde voorgenomen afspraak advies gevraagd van de landsadvocaat. Hoewel de Aanwijzing niets zegt over de reikwijdte hiervan, zal dit advies van de landsadvocaat zich vermoedelijk hoofdzakelijk richten op de technisch-juridische aspecten van de op schrift gestelde voorgenomen afspraak en niet (zozeer) op de opportuniteit, proportionaliteit en subsidiariteit van de voorgenomen afspraak of de betrouwbaarheid van de getuige of diens verklaringen. Deze aspecten van de beoordeling liggen veeleer op het pad van het College van procureurs-generaal die na het advies van de landsadvocaat door de betrokken hoofdofficier van justitie wordt gevraagd de voorgenomen afspraak te toetsen. Het College laat zich hierbij op zijn beurt adviseren door de Centrale Toetsingscommissie. En zo daarvoor aanleiding bestaat, treedt de voorzitter van het College in overleg met de minister van Justitie over de voorgenomen afspraak. Aanleiding hiertoe bestaat in ieder geval als aan de afspraak politiek gevoelige aspecten zijn verbonden, aldus de Aanwijzing. Wanneer het College van procureurs-generaal met de voorgenomen afspraak instemt, is het interne toetsingstraject binnen het Openbaar Ministerie afgerond en vordert de officier van justitie op grond van artikel 226g lid 3 Sv de toetsing van de rechtmatigheid van de afspraak door de rechter-commissaris.[257] Indien deze de afspraak rechtmatig oordeelt, ondertekenen de officier van justitie en de getuige de overeenkomst.[258]

Vanaf dat moment is de overeenkomst gereed om te worden uitgevoerd. Dit betekent in de eerste plaats dat de getuige – na de eerdere toetsing van de rechtmatigheid van de afspraak – voor de tweede maal voor de rechter-commissaris dient te verschijnen om te worden gehoord (artikel 226j lid 1 Sv). Dit tweede verhoor – dat op grond van artikel 216 lid 1 Sv plaatsvindt onder ede –

256 Zie HR 13 januari 2009, *NJ* 2009, 61.
257 Zie § 2.6.12.
258 De Aanwijzing spreekt vanaf dit moment van overeenkomst in plaats van afspraak.

heeft geen betrekking op (de rechtmatigheid van) de afspraak, maar is inhoudelijk van aard en richt zich op het verkrijgen van verklaringen van de getuige over het aandeel van de verdachte in de strafbare feiten waarvan deze wordt verdacht. De Roos merkt terecht op dat dit tweede verhoor niet zelden een doublure zal inhouden van het eerste verhoor van de getuige op grond van artikel 226h lid 2 Sv omdat ook bij die gelegenheid, met het oog op de toetsing van de betrouwbaarheid van de getuige en de rechtmatigheid van de afspraak, reeds op de inhoud van diens verklaring zal moeten worden ingegaan.[259] De getuige kan bij dit verhoor als gezegd ingevolge artikel 226j lid 2 Sv niet de status van bedreigde getuige ex artikel 226a Sv worden verleend. Na afloop van het verhoor van de getuige en zodra het belang van het onderzoek dat toelaat, stelt de rechter-commissaris de verdachte op de hoogte van de overeenkomst en de inhoud daarvan.[260] Een afschrift van de overeenkomst wordt vervolgens gevoegd in zowel het dossier van de verdachte te wiens laste de getuige verklaart als in het dossier van de getuige in diens eigen zaak. Ambtshalve, op vordering van de officier van justitie of op verzoek van de getuige kan de rechter-commissaris op grond van artikel 226j lid 4 Sv in het belang van het onderzoek bevelen dat de identiteit van de getuige voor een bepaalde termijn voor de verdachte verborgen wordt gehouden. Dit bevel dient evenwel voordat het gerechtelijk vooronderzoek wordt gesloten, te zijn opgeheven.

Vervolgens breekt de fase aan waarin het onderzoek ter terechtzitting in beide strafzaken wordt gehouden. Enigszins ten overvloede stelt de Aanwijzing nog eens met zoveel woorden dat de officier van justitie (ook) in deze fase volledige opening van zaken dient te geven met betrekking tot de feiten en omstandigheden die van belang zijn voor de totstandkoming van de overeenkomst. Met het oog op de meest wenselijke volgorde van de uit de overeenkomst voortvloeiende verplichtingen bepaalt de Aanwijzing voorts dat de officier van justitie er naar dient te streven dat eerst de strafzaak wordt behandeld waarin de getuige zijn verklaringen aflegt om pas daarna de strafzaak tegen de getuige zelf te behandelen. In de eerstgenoemde strafzaak komt de getuige de voor hem uit de overeenkomst voortvloeiende verplichting na door nogmaals zijn verklaring af te leggen, terwijl de officier van justitie in de context van de tweede strafzaak zijn toezegging tot het vorderen van strafvermindering nakomt. Hierbij dient de officier van justitie in zijn requisitoir melding te maken 'van de straf die het openbaar ministerie op grond van het tenlastegelegde feit gevorderd zou hebben indien er geen overeenkomst tot stand zou zijn gekomen, de bijdrage die de verdachte aan de strafvordering heeft geleverd en de wijze waarop hij aan zijn aangegane verplichtingen heeft

259 De Roos 2006, p. 897.

260 Van maatregelen met betrekking tot de fysieke bescherming van de getuige in de zin van artikel 226l Sv behoeft krachtens artikel 226j lid 3 Sv geen mededeling te worden gedaan.

voldaan en de strafvermindering die aan de verdachte gelet op de omstandigheden zou toekomen'.[261]

2.6.12 Rechterlijke toetsing

In het voorgaande is de rol van de rechter bij de toezeggingen aan getuigen nog tamelijk onderbelicht gebleven. Niettemin komt hem een belangrijke rol toe waar het gaat om de toetsing van de afspraak tussen het Openbaar Ministerie en de getuige. Hiermee wordt onder meer invulling gegeven aan de wens van de Tweede Kamer om de totstandkoming van dergelijke afspraken aan voorafgaande rechterlijke controle te binden.[262] De wettelijke regeling zoals die thans tot stand is gekomen voorziet in feite in een drievoudige rechterlijke controle: eenmaal door de rechter-commissaris voorafgaand aan de totstandkoming van de afspraak en tweemaal door de zittingsrechters in beide strafzaken waarin de eenmaal tot stand gekomen afspraak een rol speelt. Beide zittingsrechters zijn in beginsel vrij om de rechtmatigheid van de afspraak te toetsen en zijn hierbij niet gebonden aan het daaraan voorafgaande oordeel van de rechter-commissaris of aan elkanders oordeel. Niettemin zal in de praktijk het feit dat een eerdere rechter de afspraak reeds rechtmatig heeft geoordeeld voor een later oordelende rechter niet zonder betekenis zijn.

Eerst toetst de rechter-commissaris krachtens artikel 226g lid 3 en 226h lid 3 Sv op vordering van de officier van justitie de rechtmatigheid van de voorgenomen afspraak, waarbij hij rekening houdt 'met de dringende noodzaak en met het belang van het verkrijgen van de door de getuige af te leggen verklaring'. Hiermee brengt de wet tot uitdrukking dat de rechter-commissaris wordt geacht de proportionaliteit en subsidiariteit van de afspraak te toetsen. Daarnaast zal de toets van de rechtmatigheid van de voorgenomen afspraak vanzelfsprekend een beoordeling moeten inhouden van de vraag of zich wel een geval voordoet waarin afspraken kunnen worden gemaakt en of de door de officier van justitie gedane toezeggingen wel binnen de grenzen van de wet en de Aanwijzing zijn gebleven. Naast de toetsing van de rechtmatigheid van de voorgenomen afspraak dient de rechter-commissaris een oordeel over de betrouwbaarheid van de getuige te geven. Zowel voor de rechtmatigheidstoetsing van de afspraak als voor de betrouwbaarheidstoetsing van de getuige baseert de rechter-commissaris zich onder meer op het verhoor van de getuige over de voorgenomen afspraak, dat krachtens artikel 226h lid 2 Sv imperatief is voorgeschreven. Hoewel de rechter-commissaris de getuige met name zal moeten horen over de afspraak, zal dit verhoor mede moeten gaan over de inhoud van de door de getuige af te leggen verklaringen, nu de rechter-com-

261 Zie § 7.8 van de Aanwijzing toezeggingen aan getuigen in strafzaken van 13 maart 2006, *Stcrt*. 2006, 56, geldig van 1 april 2006 tot 30 september 2010.

262 Zie *Kamerstukken II* 1995/96, 24 072, nr. 51.

missaris mede aan de hand daarvan de rechtmatigheid van de voorgenomen afspraak en de betrouwbaarheid van de getuige zal bepalen.[263] De rechter-commissaris legt zijn met redenen omklede oordeel over de rechtmatigheid van de voorgenomen afspraak en de betrouwbaarheid van de getuige vervolgens neer in een gemotiveerde beschikking (artikel 226i lid 1 Sv). Indien hij de afspraak rechtmatig oordeelt, komt deze (daarmee) tot stand (artikel 226h lid 3 Sv).[264] Indien de rechter-commissaris tot een negatief oordeel komt, staat hiertegen voor de officier van justitie hoger beroep open bij de rechtbank. Beroep in cassatie tegen de beschikking van de rechtbank is evenwel uitgesloten (artikel 226i lid 2 en 3 Sv). De potentiële getuige heeft geen mogelijkheid tegen een negatieve beschikking in het geweer te komen.

Ook de zittingsrechter in de zaak te wiens laste de getuige verklaart kan de op dat moment reeds tot stand gekomen afspraak tussen het Openbaar Ministerie en de getuige aan een toetsing onderwerpen. Deze toetsing ziet in de eerste plaats op de rechtmatigheid van de afspraak, nu de vraag of de rechter de verklaringen van de getuige voor het bewijs kan bezigen, mede de vraag omvat of deze op rechtmatige wijze zijn verkregen. Het betreft hier wederom een integrale toets van de rechtmatigheid; de zittingsrechter dient derhalve dezelfde aspecten als de rechter-commissaris te toetsen. Daarnaast komt de zittingsrechter vanzelfsprekend een zelfstandig oordeel toe over de betrouwbaarheid van de getuige en diens verklaringen. Hierbij dient de rechter in het bijzonder te beoordelen of en in hoeverre het feit dat de verklaringen pas zijn verkregen na het doen van de nodige toezeggingen door het Openbaar Ministerie, een wissel op de betrouwbaarheid van deze verklaringen hebben getrokken. Wanneer de rechter tot de slotsom komt dat de verklaringen van de getuige (voldoende) betrouwbaar zijn en voorts rechtmatig zijn verkregen, kan hij ze voor het bewijs bezigen. Wel dient hij daarbij het bewijsminimum van artikel 344a lid 4 Sv in acht te nemen, dat bepaalt dat de bewezenverklaring niet uitsluitend mag worden gebaseerd op verklaringen die zijn verkregen als gevolg van een toezegging in de zin van de artikelen 226g of 226k Sv. Voorts dient de rechter met het oog op het verhoogde risico van onbetrouwbaarheid op grond van artikel 360 lid 2 Sv in zijn vonnis te verantwoorden waarom hij gemeend heeft van dit type verklaringen gebruik te kunnen maken.

Tot slot wordt de afspraak met de getuige getoetst door de zittingsrechter in de zaak waarin de getuige zelf als verdachte terechtstaat. Hij is – uitgaande van de door de Aanwijzing voorziene volgorde waarin de beide zaken worden

263 Zie De Roos 2006, p. 897.

264 Wel dient de afspraak nog te worden getekend door de officier van justitie en de getuige, waarna wordt gesproken van een overeenkomst. Zie § 7.7 van de Aanwijzing toezeggingen aan getuigen in strafzaken van 13 maart 2006, *Stcrt*. 2006, 56, geldig van 1 april 2006 tot 30 september 2010.

behandeld[265] – in het algemeen de laatste in rij die zich een oordeel over de afspraak dient aan te meten. Niettemin is ook hij geenszins aan het eerdere oordeel van de andere rechters gebonden. Het is derhalve theoretisch gezien niet uitgesloten dat zowel de rechter-commissaris als de eerste zittingsrechter tot het oordeel zijn gekomen dat de afspraak rechtmatig is en de daaruit voortvloeiende verklaringen vervolgens gelet op hun betrouwbaarheid door de eerste zittingsrechter ook voor het bewijs zijn gebezigd, terwijl de tweede zittingsrechter op een later moment tot het oordeel komt dat de afspraak niet rechtmatig is en derhalve niet (verder) kan worden uitgevoerd. In dat scenario zal hij de toezeggingen die het Openbaar Ministerie de getuige heeft gedaan, in het algemeen geen gestand (kunnen) doen. Maar wellicht belangrijker is nog dat de zittingsrechter, ook wanneer hij de afspraak met de getuige op zichzelf rechtmatig acht, principieel niet is gebonden aan de toezeggingen die het Openbaar Ministerie de verdachte heeft gedaan. Een toezegging van het Openbaar Ministerie is immers (niet meer dan) een voorwaardelijke belofte aan de getuige om door middel van een lichtere strafeis te bevorderen dat de rechter hem een lagere straf oplegt dan gebruikelijk zou zijn gezien de aard en de ernst van de aan de getuige tenlastegelegde feiten. Met een dergelijke toezegging bindt het Openbaar Ministerie zich zonder meer; de rechter is echter geenszins aan deze toezegging gebonden. Op principiële en constitutionele gronden is het immers uitgesloten dat het Openbaar Ministerie, anders dan door het opstellen van de tenlastelegging, de rechter in zijn straftoemetingsvrijheid beperkt.[266] Het feit dat de rechter niet is gebonden aan de door het Openbaar Ministerie toegezegde strafvermindering, kan ook worden teruggevonden in de wijze waarop artikel 44a lid 1 Sr is geformuleerd. Deze bepaling omschrijft duidelijk een bevoegdheid voor de rechter op vordering van het Openbaar Ministerie in zijn straftoemeting rekening te houden met de eerder gedane toezeggingen. Naast het feit dat een verplichting voor de rechter op principiële en constitutionele gronden is uitgesloten, biedt het formuleren van een bevoegdheid als belangrijk praktisch voordeel dat de rechter in zijn straftoemeting rekening kan houden met de omstandigheden zoals die zich hebben voorgedaan na het tot stand komen van de afspraak, meer in het bijzonder met de vraag of en op welke wijze de getuige zich van zijn verplichtingen heeft gekweten alsmede met de vraag of en in hoeverre daarmee inderdaad 'een belangrijke bijdrage is of kan worden geleverd aan de opsporing of vervolging van misdrijven' (artikel 44a lid 1 Sr). Het is immers niet uitgesloten dat in de eerdere strafzaak waarin de getuige zijn verklaringen heeft afgelegd, is gebleken dat deze naar het oordeel van de rechter in die zaak van veel minder waarde voor het bewijs waren dan het Openbaar Ministerie in eerste instantie dacht. In een dergelijke situatie kan de rechter

265 Zie § 7.8 van de Aanwijzing toezeggingen aan getuigen in strafzaken van 13 maart 2006, *Stcrt*. 2006, 56, geldig van 1 april 2006 tot 30 september 2010.

266 *Kamerstukken II* 1998/99, 26 294, nr. 3, p. 6.

– ook wanneer de getuige op zichzelf zijn verplichtingen wel is nagekomen – in de zaak van de getuige zelf tot het oordeel komen dat de eerder toegezegde strafvermindering niet of slechts gedeeltelijk behoeft te worden verwezenlijkt. Daarnaast kan de rechter ook tot een dergelijk oordeel komen op grond van nieuwe informatie omtrent de getuige zelf, de betrouwbaarheid van diens verklaringen of diens eigen strafrechtelijk verleden.[267]

Hier staat volgens De Roos tegenover dat – met name in situaties waarin dergelijke nieuwe informatie niet aan de orde is – de rechter toch niet zomaar aan de door het Openbaar Ministerie gedane toezeggingen voorbij zal kunnen gaan.[268] Hierbij baseert De Roos zich ten eerste op de wijze waarop artikel 44a lid 1 Sr is geformuleerd. Deze bepaling formuleert weliswaar in eerste instantie een bevoegdheid ('kan (…) de straf verminderen'), maar vervolgt met een meer dwingend geformuleerd straftoemetingsvoorschrift: 'Bij de strafvermindering *houdt* [mijn curs., JHC] de rechter ermee rekening dat door het afleggen van een getuigenverklaring een belangrijke bijdrage is of kan worden geleverd aan de opsporing of vervolging van misdrijven.'[269] Wanneer de rechter aan dit voorschrift gevolg geeft, ontstaat voor hem de plicht dit in het bijzonder te motiveren op grond van artikel 359 lid 4 Sv. Wanneer hij dit voorschrift niet toepast, zal hij dit echter veelal ook moeten motiveren, nu dit in het algemeen een afwijking van een uitdrukkelijk onderbouwd standpunt van de officier van justitie in de zin van artikel 359 lid 2 Sv zal inhouden. Daarbij komt volgens De Roos dat het straftoemetingsvoorschrift uit artikel 44a lid Sr de rechter niet zozeer lijkt te gebieden rekening te houden met het belang van de verklaringen van de getuige voor de specifieke zaak waarin ze zijn afgelegd, maar (mede) met het belang daarvan voor de opsporing of vervolging van misdrijven in zijn algemeenheid, waarbij dit belang blijkens de bewoordingen van het artikel ook in de toekomst kan zijn gelegen. Voorts baseert De Roos zijn stelling dat de rechter niet zonder meer aan de door het Openbaar Ministerie gedane toezeggingen voorbij zal kunnen gaan op het meer rechtspolitieke argument dat de rechter de bruikbaarheid van het instrument van de toezeggingen goeddeels de das om zou doen wanneer hij al te vaak de door het Openbaar Ministerie gedane toezeggingen naast zich neerlegt. Weinig getuigen zullen dan immers nog genegen zijn met het Openbaar Ministerie in zee te gaan.

2.6.13 De weigerachtige getuige

De regeling van de toezeggingen aan getuigen tracht op twee verschillende manieren te voorkomen dat de getuige, nadat deze eenmaal een afspraak met

267 De Roos 2006, p. 9.
268 De Roos 2006, p. 10; zie ook Schuyt 2009, p. 128-129.
269 Zie ook *Kamerstukken II* 1998/99, 26 294, nr. 3, p. 7.

het Openbaar Ministerie heeft gemaakt, alsnog weigert de door hem toegezegde verklaringen af te leggen. Ten eerste voorziet artikel 192 lid 2 Sr in een bijzondere strafbaarstelling voor deze situatie. De getuige die een afspraak in de zin van artikel 226h of artikel 226k Sv heeft gemaakt, maar vervolgens, na daartoe wettelijk te zijn opgeroepen, opzettelijk weigert aan zijn uit de afspraak voortvloeiende verplichting tot het afleggen van een verklaring te voldoen, riskeert een gevangenisstraf van een jaar of een geldboete van de vijfde categorie. De wetgever achtte de algemene strafbaarstelling voor de weigerachtige getuige in artikel 192 lid 1 Sr en de mogelijkheden van gijzeling van de getuige in dit kader onvoldoende effectief, met name in gevallen waarin de aan de getuige toegezegde strafvermindering reeds was gerealiseerd.[270]

Nu zal deze laatste situatie zich in de praktijk niet al te snel voordoen, nu de Aanwijzing een dergelijke ongewenste situatie eenvoudigweg tracht te voorkomen door te bepalen dat de officier van justitie ernaar dient te streven om eerst de strafzaak af te doen waarin de getuige zijn verklaringen aflegt, om pas daarna de strafzaak tegen de getuige zelf te behandelen.[271] Een dergelijke volgorde voorkomt dat de getuige zijn strafvermindering al kan realiseren voordat hij zelf zijn verplichtingen in het kader van de afspraak heeft nagekomen. Indien de door de Aanwijzing voorgeschreven volgorde wordt gehanteerd, kan de officier van justitie immers adequaat op een weigerachtige getuige reageren door ook zelf eenvoudigweg zijn verplichtingen voortvloeiende uit de afspraak niet na te komen en het vorderen van de aan de getuige toegezegde strafvermindering achterwege te laten.[272] De rechter zal de officier van justitie hierin in het algemeen volgen, nu het realiseren van strafvermindering op grond van artikel 44a lid 1 Sr in een dergelijke situatie niet in de rede ligt. In het geval de getuige weigert zijn verklaringen af te leggen, zal immers veelal niet kunnen worden gesproken van het leveren van een belangrijke bijdrage aan de opsporing of vervolging van misdrijven in de zin van deze bepaling.[273] Op deze wijze komt de eerdere afspraak tussen de getuige en

270 *Kamerstukken II* 2001/02, 28 017, nr. 3. Zie ook *Kamerstukken II* 1998/99, 26 294, nr. 3, p. 26.

271 Zie § 7.8 van de Aanwijzing toezeggingen aan getuigen in strafzaken van 13 maart 2006, *Stcrt*. 2006, 56, geldig van 1 april 2006 tot 30 september 2010.

272 Uit de hiervoor weergegeven gedachte van de wetgever bij het belang van de strafbaarstelling van artikel 192 lid 2 Sr kan worden afgeleid dat de wetgever in beginsel niet aan vervolging ter zake van artikel 192 lid 2 Sr denkt indien de strafvermindering nog niet is gerealiseerd. Cumulatie van het intrekken van de toegezegde strafvermindering en een vervolging ter zake van artikel 192 lid 2 Sr ligt dan ook niet in de rede (zie ook *Kamerstukken II* 1999/2000, 26 294, nr. 6, p. 35). Een dergelijke cumulatie wordt door de tekst van de wet evenwel ook niet met zoveel woorden uitgesloten.

273 Wel heeft de getuige reeds in een eerder stadium op grond van artikel 226j lid 1 Sv onder ede zijn verklaringen ten overstaan van de rechter-commissaris afgelegd. De wettelijke regeling sluit op zichzelf niet uit dat in het geval van een weigerachtige getuige deze in het vooronderzoek afgelegde verklaringen voor het bewijs worden gebezigd. Niettemin moet dit in strijd met de bedoeling van de wettelijke regeling worden geacht, nu deze is gebaseerd op de gedachte dat een getuige met wie een afspraak wordt gemaakt tijdens

het Openbaar Ministerie als het ware eenvoudigweg te vervallen. Denkbaar zou kunnen zijn dat deze strafbaarstelling wellicht een grotere rol zou kunnen spelen in het geval waarin de getuige reeds in het vooronderzoek weigert een verklaring af te leggen, bijvoorbeeld wanneer hij daartoe door de rechter-commissaris op grond van artikel 226j Sv wordt opgeroepen. In die fase is de afspraak immers reeds definitief tot stand gekomen (artikel 226h lid 3 Sv), maar heeft de getuige op zichzelf nog geen voor het bewijs bruikbare getuigenverklaringen afgelegd. Naar de letter bezien verzet de tekst van artikel 192 lid 2 Sr zich niet tegen toepassing van deze bepaling in een dergelijke situatie. Niettemin kan het Openbaar Ministerie ook dan eenvoudigweg op de weigering van de getuige reageren door bij diens latere vervolging de eerder toegezegde verlaagde strafeis achterwege te laten.

Het door het Openbaar Ministerie intrekken van de eerder toegezegde strafvermindering lijkt in alle gevallen dan ook de meest aangewezen weg te zijn om op een weigerachtige getuige te reageren. Bovendien lijkt deze weg het meest geschikt te zijn om situaties waarin de getuige zijn verklaringen weigert af te leggen ook daadwerkelijk zoveel mogelijk te voorkomen. Een getuige die zijn strafvermindering reeds heeft geïncasseerd, zal immers vervolgens – rekening houdend met de strafbaarstelling van artikel 192 lid 2 Sr – een gecalculeerde afweging kunnen maken of en in hoeverre het alsnog weigeren van zijn getuigenverklaring voor hem per saldo negatief zal uitpakken.[274] In de praktijk zal de gerealiseerde strafkorting niet zelden dusdanig hoog kunnen uitvallen dat de getuige – met name wanneer hij ernstig heeft te vrezen voor represailles wegens het afleggen van een getuigenverklaring – op een later moment ervoor kiest om toch het risico van een vervolging ter zake artikel 192 lid 2 Sr voor lief te nemen en zijn verplichting om te getuigen niet na te komen. Dit klemt temeer omdat de eenmaal gerealiseerde strafkorting – mits de uitspraak waarin deze is gerealiseerd inmiddels in kracht van gewijsde is gegaan – niet kan worden herroepen.[275]

Met het oog op het voorgaande kan worden geconcludeerd dat het belang van de strafbaarstelling van artikel 192 lid 2 Sr in de praktijk vermoedelijk gering zal zijn. Een juiste volgorde van de strafzaken waarin de afspraak een

---

het openbare onderzoek ter terechtzitting een voor zowel de zittingsrechter als de verdediging toetsbare verklaring aflegt. Zie § 2.6.10.

274 Zie voor een vergelijkbare redenering *Kamerstukken I* 2004/05, 26 294 en 28 017, B, p. 5; alsmede het advies van de Raad van State (*Kamerstukken II* 1998/99, 26 294, A, p. 4).

275 Dit geldt ook wanneer het Wetsvoorstel herziening ten nadele (*Kamerstukken II* 2008/09, 32 044, nr. 2) eenmaal is ingevoerd, nu de onderhavige situatie volgens het voorgestelde artikel 482a Sv geen geval oplevert waarin de mogelijkheid van herziening ten nadele openstaat. De uitspraak in de zaak van de getuige zal in het algemeen immers geen vrijspraak of ontslag van rechtsvervolging inhouden. Zie hieromtrent nader § 8.5.2. Overigens is de mogelijkheid van herziening ten nadele in dit specifieke kader van de weigerachtige getuige die zijn strafvermindering reeds heeft geïncasseerd ook tijdens de parlementaire behandeling van het wetsvoorstel wel overwogen, maar op dat moment onwenselijk bevonden. Zie *Kamerstukken II* 1999/2000, 26 294, nr. 6, p. 34.

rol speelt, vermag in dit verband meer. Daar komt bij dat deze strafbaarstelling in een wat moeizame verhouding tot het *nemo tenetur* beginsel en het verschoningsrecht van artikel 219 Sv staat, nu de getuige door het afleggen van zijn verklaringen veelal ook mede zichzelf zal belasten.[276] Weliswaar kan – zoals de minister ook herhaaldelijk heeft gedaan[277] – worden betoogd dat de getuige zich hiertoe op vrijwillige basis heeft verplicht door hierover een afspraak met het Openbaar Ministerie te maken en zodoende vrijwillig afstand heeft gedaan van zijn verschoningsrecht; de omstandigheden kunnen zich nadien zodanig wijzigen dat het onverkort houden van de getuige aan deze verplichting, mede met behulp van een op de achtergrond dreigende strafvervolging ter zake van artikel 192 lid 2 Sr, strijd kan opleveren met het *nemo tenetur* beginsel.[278] Niettemin heeft de wetgever de optie van een aparte strafvervolging op grond van artikel 192 lid 2 Sr achter de hand willen houden. De praktijk zal moeten uitwijzen of en in hoeverre hieraan daadwerkelijk behoefte bestaat.

2.7 Bezwaren tegen consensualiteit in het strafrecht

In het voorgaande is uitgebreid stilgestaan bij de verschillende consensuele procedures binnen het Nederlandse strafproces. Hierbij zijn in het licht van hun ontstaansgeschiedenis en hun doel onder meer de voordelen van het gebruik van dergelijke procedures aan de orde geweest. Het is evenwel bekend dat het gebruik van op consensualiteit gebaseerde procedures onmiskenbaar ook zijn schaduwkanten heeft. In het navolgende zullen deze bezwaren kort worden belicht. Hierbij gaat het met name om het aanstippen van deze bezwaren met het oog op hun belang voor de in het vervolg van dit onderzoek te bespreken vraag op welke wijze consensuele procedures dienen te worden genormeerd. Er zal derhalve geen uitgebreide bespreking en waardering van deze bezwaren plaatsvinden. Hiervoor raadplege men de literatuur waarnaar wordt verwezen. Gezien hun wezenlijk andere karakter, doelstelling en context zal ook bij de bespreking van de verschillende bezwaren in het navolgende worden gedifferentieerd tussen de verschillende typen consensuele procedures zoals die in het voorgaande zijn onderscheiden.

---

276 Daarnaast stelt de Raad van State dat het gebruik van getuigenverklaringen die zijn afgelegd onder druk van een dreigende strafvervolging mogelijk in strijd kan komen met artikel 6 EVRM. Zie *Kamerstukken II* 1998/99, 26 294, A, p. 6.

277 Zie onder meer *Kamerstukken II* 2000/01, 26 294, nr. 33; *Kamerstukken II* 2001/02, 28 017, nr. 5, p. 5 en *Kamerstukken I* 2004/05, 26 294 en 28 017, C, p. 7-8.

278 Dit bezwaar lag ook (mede) ten grondslag aan het in eerste instantie verwerpen van deze strafbaarstelling door de Tweede Kamer. Zie nader § 2.6.2.

2.7.1 Bezwaren tegen consensuele procedures ter afdoening buiten geding

Hoewel het gebruik van de verschillende consensuele procedures ter afdoening buiten geding in de loop van de vorige eeuw een hoge vlucht heeft genomen, is herhaaldelijk ook op de schaduwkanten van een dergelijke wijze van afdoen van strafbare feiten gewezen.[279] Deze bezwaren hebben evenwel nooit wezenlijk in de weg gestaan aan het groeiende belang van buitengerechtelijke afdoening, niet in de laatste plaats omdat veel van deze bezwaren niet hoog worden opgenomen in het licht van het feit dat het veelal om de afdoening van lichte, veel voorkomende strafbare feiten gaat. Niettemin verdienen deze bezwaren serieuze aandacht, omdat buitengerechtelijke afdoening ook tot de mogelijkheden behoort bij relatief zwaardere strafbare feiten. In het onderstaande wordt stilgestaan bij enkele bezwaren die samenhangen met achtereenvolgens het publiek belang, de externe openbaarheid, de waarheidsvinding en het recht op toegang tot de rechter ex artikel 6 EVRM in combinatie met de gebrekkige vrijwilligheid waarmee de verdachte met deze wijze van afdoen instemt. Bij de bespreking van deze bezwaren dient steeds voor ogen te worden gehouden dat de meeste daarvan niet zozeer specifiek op het consensuele karakter van deze wijze van afdoening zien, maar veeleer op het resultaat daarvan: het feit dat een strafbaar feit buiten de rechter om wordt afgedaan. Een instrument van buitengerechtelijke afdoening dat niet op consensualiteit is gebaseerd, zoals de strafbeschikking in de zin van artikel 257a Sv, neemt de te bespreken bezwaren dan ook niet zonder meer weg. In feite is dit slechts wezenlijk anders voor het bezwaar met betrekking tot de gebrekkige vrijwilligheid waarmee de verdachte met een consensuele procedure instemt. Een dergelijk bezwaar kan uit de aard der zaak niet aan de orde zijn in een systeem dat op eenzijdige bevoegdheidsuitoefening door het Openbaar Ministerie is gebaseerd.[280]

2.7.1.1 Het algemeen belang

Strafrecht is publiekrecht. Het strafrecht is gebaseerd op de juridische fictie dat een strafbaar feit niet alleen een conflict tussen dader en slachtoffer is, maar ook en vooral een conflict tussen dader en samenleving. De achterliggende gedachte hierbij is de onderkenning dat bepaalde gedragingen nu eenmaal dusdanig ernstig zijn dat zij niet alleen het directe slachtoffer – zo deze kan worden aangewezen –, maar ook de openbare orde en de samenleving als geheel schade berokkenen. Vervolgens zou de overheid beter dan het directe slachtoffer in staat zijn te komen tot beslechting van het geschil op een zodani-

279 Zie onder meer Corstens 1997, p. 133-139; Hartmann 2003, p. 98-104 en Crijns 2002, p. 513-521.

280 Zie voor debat omtrent de voor- en nadelen van de verschillende systemen van buitengerechtelijke afdoening onder meer Hartmann 2002, Crijns 2004, Groenhuijsen & Knigge 2004, p. 174-180 en Nijboer 2005.

ge wijze dat zoveel mogelijk recht wordt gedaan aan de verschillende belangen van alle betrokkenen. De verschillende consensuele procedures ter afdoening buiten geding verhouden zich moeizaam tot dit publieke karakter van het strafrecht. Op het eerste gezicht lijken met name de overheid en de verdachte beter te worden van dergelijke wijzen van afdoening: het Openbaar Ministerie bespaart capaciteit; de verdachte bespaart zichzelf een tijdrovende, onzekere en stigmatiserende gang naar de rechter. Het gevaar is echter aanwezig dat de belangen van het directe slachtoffer en de samenleving bij deze wijze van afdoening worden veronachtzaamd, terwijl zij wel degelijk belanghebbende zijn bij de beslechting van dit geschil. Wanneer het Openbaar Ministerie een strafbaar feit buiten de rechter om overweegt af te doen, dient het derhalve mede het algemeen belang en de belangen van het slachtoffer in zijn overwegingen te betrekken.[281] Het Openbaar Ministerie moet er voortdurend tegen waken dat het de behartiging van het publieke belang gaat opvatten als de behartiging van een semiprivaat belang waarover het vrijelijk en naar eigen goeddunken kan beschikken.

Hiermee is niet gezegd dat vanuit het perspectief van de samenleving en het slachtoffer afdoening van strafbare feiten door middel van een consensuele procedure per definitie uit den boze is. Het belang dat het Openbaar Ministerie heeft bij capaciteitswinst, is wel degelijk ten dele ook een publiek belang. Uiteindelijk is de samenleving als geheel ook gediend met een Openbaar Ministerie dat zijn schaarse middelen op een zodanige wijze inzet dat de rechtsorde zo effectief en efficiënt mogelijk wordt gehandhaafd. In zijn algemeenheid leveren de consensuele procedures ter afdoening buiten geding dan ook zonder meer een bijdrage aan dit publieke belang. Dit neemt echter niet weg dat in het individuele geval vanuit het perspectief van de samenleving andere belangen dan efficiëntie kunnen prevaleren, met name wanneer het de afdoening van ernstige strafbare feiten betreft. Hierbij spelen onder meer noties een rol als generale preventie, publieke afkeuring van het gewraakte handelen en bevestiging van de overtreden norm; noties waaraan slechts recht kan worden gedaan door middel van berechting in het openbaar.[282]

2.7.1.2 Het belang van externe openbaarheid

Gezien het publieke karakter van het strafrecht veronderstelt de strafrechtspleging openbaarheid. Enerzijds vanuit het voornoemde belang dat voor de samenleving duidelijk wordt dat normovertreding niet zonder gevolgen blijft, maar anderzijds ook vanuit de gedachte dat zodoende de strafvorderlijke

281 Een erkenning van deze gedachte kan onder meer worden gevonden in het bestaan van de artikel 12 Sv procedure op grond waarvan de direct belanghebbende beklag kan doen bij het Hof wanneer het Openbaar Ministerie heeft besloten de strafzaak te seponeren of buitengerechtelijk af te doen.

282 Zie ook Hartmann 2002, p. 102.

overheid optimaal kan worden gecontroleerd in haar rechtshandhavende taak. Nu de overheid zich als hoeder van het algemeen belang de vervolging van strafbare feiten heeft aangetrokken, is het ook verplicht tot het afleggen van verantwoording aan de samenleving, in wiens belang zij immers wordt geacht te handelen. Deze verantwoording kan het beste worden afgelegd door de strafrechtspleging in het algemeen, en in ieder geval de berechting, zo veel mogelijk in het openbaar te laten plaatshebben. Het vereiste van externe openbaarheid wordt in de moderne strafrechtspleging dan ook hoog in het vaandel gedragen (zie onder meer artikel 6 EVRM en artikel 121 Grondwet).[283]

Het is duidelijk dat afdoening van strafbare feiten buiten de rechter om de openbaarheid van de strafrechtspleging niet ten goede komt.[284] Buitengerechtelijke afdoening kent in de Nederlandse situatie nu eenmaal geen openbaar forum, nu het een aangelegenheid tussen twee partijen betreft, waaraan de rechter part noch deel heeft.[285] Bij het ontbreken van een dergelijk openbaar forum, leent het proces waarin Openbaar Ministerie en verdachte met elkaar tot een vergelijk komen over de voorwaarden waaronder een feit buiten de rechter om zal worden afgedaan, zich slecht voor het geven van openheid van zaken richting de buitenwacht. Slechts de uitkomst van het buitengerechtelijke traject leent zich voor openbaring aan de samenleving, zij het dat de betrokken partijen, de verdachte voorop, in de praktijk weinig belang zullen hebben bij het geven van ruchtbaarheid aan de voorwaarden van de afdoening. Bovendien ontbreekt tot op heden een duidelijke werkwijze van openbaarmaking van buitengerechtelijke afdoeningen goeddeels. Dit is in feite slechts anders in geval van hoge en bijzondere transacties, in welke gevallen het uitbrengen van een persbericht en verantwoording in het jaarverslag van het Openbaar Ministerie zijn voorgeschreven.[286] Het betreft hier echter uitzonderingsgevallen. Voor het gros van de gevallen blijft de openbaarheid beperkt tot het publiceren van richtlijnen op grond waarvan de samenleving kan nagaan op welke wijze bepaalde categorieën strafbare feiten door het Openbaar Ministerie worden afgedaan. De algemene gelding van deze

283 Zie nader over de functies van het beginsel van externe openbaarheid Van Lent 2008, p. 2-4.

284 Zie ook Hartmann 2002, p. 101.

285 In diverse buitenlandse stelsels kent het stelsel van buitengerechtelijke of verkorte afdoening wel een zeker rechterlijk forum. Zo dient in het systeem van *plea bargaining* in de Verenigde Staten een voorgenomen *plea agreement* tussen *prosecutor* en verdachte te worden goedgekeurd door de rechter. Zie Brants & Stapert 2004a, p. 37. Maar ook diverse continentale stelsels kennen vormen van rechterlijke bemoeienis bij buitengerechtelijke of verkorte afdoening. Zo heeft de Duitse rechter een belangrijke rol bij het *Strafbefehlverfahren*, zij het dat deze procedure niet is gebaseerd op consensus tussen *Staatsanwalt* en verdachte én niet openbaar is. Ook Italië kent een verkorte procedure (*giudizio abbreviato*) waarbij de rechter een toetsende rol heeft. Zie meer uitgebreid Den Hartog & Stamhuis 1996. Uit het Duitse voorbeeld volgt dat rechterlijke bemoeienis bij een verkorte procedure overigens op zichzelf geen garantie voor openbaarheid vormt.

286 Zie de Aanwijzing hoge transacties en bijzondere transacties van 13 oktober 2008, *Stcrt*. 2008, 209, geldig van 1 november 2008 tot 31 oktober 2012.

richtlijnen maakt ook deze evenwel weinig geschikt om een substantiële bijdrage te leveren aan externe openbaarheid in het concrete geval, daar afwijking van de richtlijnen in concrete gevallen – mits afdoende gemotiveerd – te allen tijde mogelijk is. Ook deze richtlijnen doen derhalve niet wezenlijk af aan het feit dat het gebrek aan externe openbaarheid in zekere zin inherent is aan de buitengerechtelijke afdoening van strafbare feiten.

2.7.1.3 Het belang van waarheidsvinding

Het strafproces kent als doel de juiste verwezenlijking van het materiële strafrecht. Hieruit kan worden afgeleid dat het strafproces, naast het doel van rechtsbescherming, als meest belangrijke doelstelling de waarheidsvinding heeft.[287] Zonder de vaststelling van hetgeen er in werkelijkheid is gebeurd – in de literatuur veelal omschreven als de materiële waarheid[288] – is het immers niet mogelijk de normen van het materiële strafrecht op de juiste wijze toe te passen. Teneinde aan deze doelstelling van waarheidsvinding te kunnen beantwoorden, voorziet het Wetboek van Strafvordering in een uitgebreide procedure, die bestaat uit een inquisitoir georiënteerd vooronderzoek waarin politie en Openbaar Ministerie – en in voorkomende gevallen de rechter-commissaris – met behulp van ingrijpende opsporingsbevoegdheden en dwangmiddelen de waarheid proberen vast te stellen, gevolgd door een meer accusatoir georiënteerd onderzoek ter terechtzitting onder leiding van een rechter die een zelfstandige verantwoordelijkheid draagt voor het vaststellen van de materiële waarheid. Wanneer nu deze procedure niet tot het einde wordt gevolgd doordat het onderzoek ter terechtzitting achterwege wordt gelaten en het feit buiten de rechter om wordt afgedaan, bestaat het gevaar dat dit consequenties heeft voor (de kwaliteit van) de waarheidsvinding. Wanneer het inquisitoir georiënteerde strafproces – met een onderzoek onder leiding van een rechter die zich actief opstelt, een officier van justitie die beschikt over een uitgebreid arsenaal aan ingrijpende opsporingsbevoegdheden en dwangmiddelen, en een verdediging die over de nodige mogelijkheden beschikt om zich daartegen te verweren – als het ideale kader voor een zoektocht naar de materiële waarheid wordt beschouwd, zal het snel duidelijk zijn dat de afdoening buiten de rechter om dit niet is. In dat geval ontbreekt immers de betrokkenheid van de rechter, terwijl dit gemis binnen de context van de – geheel

287 Zie *Kamerstukken II* 1913/14, 286, nr. 3, p. 55. Zie voorts *Kamerstukken II* 2003/04, 29 271, nr. 1, p. 9, alsmede Groenhuijsen & Knigge 2001, p. 15-18 en Crijns & Van der Meij 2005, p. 51.

288 Op deze plaats zal niet worden ingegaan op de vraag of en in hoeverre het epistemologisch gezien al dan niet mogelijk zou zijn de waarheid daadwerkelijk vast te stellen, of en in hoeverre het strafrecht daartoe (beter dan andere rechtsgebieden) in staat is en welk waarheidsbegrip binnen het strafrecht wordt gehanteerd. Zie voor beschouwingen omtrent deze en dergelijke vragen onder meer Cleiren 2001, Crijns & Van der Meij 2005, Dubelaar 2008 en Crijns 2008b.

vormvrije – buitengerechtelijke procedure niet wordt gecompenseerd. Veel hangt in dezen dan ook af van de kwaliteit van de waarheidsvinding zoals die door de politie en het Openbaar Ministerie voorafgaand aan de buitengerechtelijke afdoening is verricht. In de fase waarin het feit buiten de rechter om wordt afgedaan, zal immers niet of nauwelijks meer ruimte voor waarheidsvinding bestaan. Waar het onderzoek ter terechtzitting in belangrijke mate is gericht op waarheidsvinding, is buitengerechtelijke afdoening veeleer op een snelle, efficiënte afdoening van de zaak gericht.

Nu kan men betogen dat dit op zichzelf niet zo'n probleem hoeft op te leveren, nu in het kader van de op consensualiteit gebaseerde buitengerechtelijke afdoening de materiële waarheid in zekere zin veeleer de aanleiding, doch niet de grondslag van de afdoening is. Strikt genomen gebeurt er immers niet meer dan dat het Openbaar Ministerie aanbiedt zijn recht tot vervolging neer te leggen, indien de verdachte zich bereid verklaart aan een aantal voorwaarden te voldoen. Vaststelling van de materiële waarheid is in die optiek slechts tot op zekere hoogte nodig, het materiële strafrecht wordt immers niet daadwerkelijk toegepast.[289] Niettemin is dit een wat al te formalistische redenering. Ook wanneer het systeem van buitengerechtelijke afdoening op consensualiteit is gebaseerd, dient de afdoening wel degelijk op een deugdelijk fundament van waarheidsvinding te berusten.[290] En vanuit dat perspectief kan een gebrek aan oriëntatie op het belang van waarheidsvinding binnen de context van de buitengerechtelijke afdoening dan ook wel degelijk als een (potentieel) probleem worden beschouwd. Het publiekrechtelijk karakter van het strafrecht maakt dat het vaststellen van de materiële waarheid onmisbaar is voor een goede strafrechtsbedeling. In zaken van geringe ernst en complexiteit valt het onder verwijzing naar de zegeningen van deze wijze van afdoening nog te vergoelijken dat het belang van waarheidsvinding in zekere zin ondergeschikt wordt gemaakt aan het belang van een efficiënte afdoening; in ernstiger zaken dient het belang van waarheidsvinding evenwel zonder meer te prevaleren. Strafzaken die wat betreft hun ernst, hun morele lading of hun complexiteit het niveau van bagatelzaken overstijgen, dienen dan ook altijd volgens de volledig opgetuigde procedure ten overstaan van de rechter te worden afgedaan.

289 Een dergelijke redenering kan niet opgaan voor de bevoegdheid tot het uitvaardigen van een strafbeschikking, nu deze een expliciete schuldvaststelling inhoudt en het materiële strafrecht aldus wel degelijk wordt toegepast. Zie Crijns & Van der Meij 2005, p. 66-68.

290 Hetgeen zich meer concreet vertaalt in de regel dat het Openbaar Ministerie geen transactie of voorwaardelijk sepot mag aangaan wanneer het alternatief een technisch sepot zou zijn. Zie onder meer Hartmann 2002, p. 83.

2.7.1.4 Het recht op toegang tot een rechter

Eerder in dit hoofdstuk is reeds uiteengezet dat tot voor kort – tot de invoering van de bevoegdheid van de officier van justitie eenzijdig strafbeschikkingen uit te vaardigen – werd aangenomen dat elke vorm van buitengerechtelijke afdoening op vrijwillige instemming van de zijde van de verdachte dient te berusten.[291] Thans geldt dit vereiste nog steeds voor de op de consensualiteit gebaseerde vormen van buitengerechtelijke afdoening. Een in de literatuur veelgehoord bezwaar tegen deze vormen van buitengerechtelijke afdoening is evenwel dat de op theoretische gronden vereiste vrijwilligheid in de praktijk niet altijd goed uit de verf komt.[292] In tegenstelling tot de hiervoor besproken bezwaren – die zich met name richten op het resultaat van de consensuele procedure: afdoening van strafbare feiten buiten de rechter om – richt dit bezwaar zich rechtstreeks op de consensuele procedure en het karakter daarvan zelf. Hierbij dient evenwel te worden aangetekend dat het bezwaar zich niet zozeer richt op het feit dat de procedure is gebaseerd op consensus tussen Openbaar Ministerie en verdachte, maar veeleer op het feit dat deze veronderstelde consensus in de praktijk gemankeerde vormen aanneemt.

Krachtens het eerste lid van artikel 6 EVRM heeft elke verdachte recht op een eerlijke en openbare berechting van zijn zaak door een onafhankelijk en onpartijdige rechter. Nu in het geval van buitengerechtelijke afdoening gebaseerd op consensus de zaak wordt afgedaan zonder dat daaraan een rechter te pas komt, lijkt dit in eerste instantie op gespannen voet te staan met dit recht op toegang tot de rechter. Het recht op toegang tot de rechter wordt immers niet uitgeoefend. De vraag is evenwel of deze niet-uitoefening van een verdragsrecht ook een schending van het verdrag oplevert. Het antwoord op deze vraag hangt samen met de invulling die aan het begrip 'recht' wordt gegeven. Den Hartog maakt dit op inzichtelijke wijze duidelijk door onderscheid te maken tussen 'rechtsbelang' en 'recht'. Wanneer een recht niet wordt uitgeoefend, wordt daarmee een inbreuk gemaakt op het rechtsbelang dat door dit betreffende recht wordt beschermd. Hiermee is echter niet automatisch gegeven dat ook inbreuk wordt gemaakt op het recht van de verdachte, daar in navolging van Den Hartog recht in dit verband moet worden verstaan als 'de aanspraak op respectering van een rechtsbelang'.[293] Er is pas sprake van een inbreuk op een recht van de verdachte, wanneer hij aanspraak maakt op respectering van het betreffende rechtsbelang en die aanspraak niet wordt gehonoreerd.[294] Aan de niet-uitoefening van een recht kan derhalve ook de

291 Zie § 2.2.2 en § 2.4.5.

292 Zie onder meer Osinga 1992, p. 206-225; Corstens 1997, p. 137-138; Crijns 2002, p. 517 en Hartmann 2002, p. 98-100.

293 Zie Den Hartog 1993, p. 156. Zij ontleent dit onderscheid tussen recht en rechtsbelang op haar beurt aan Amelung 1981, p. 13-14.

294 Ook dan is er nog niet zonder meer sprake van een schending van dat recht. De inbreuk kan immers ook om verschillende redenen gerechtvaardigd zijn.

omstandigheid ten grondslag liggen dat eenvoudigweg geen aanspraak wordt gemaakt op respectering van het rechtsbelang. Kort gezegd, verdachte doet afstand van zijn recht. Hij stelt om welke reden dan ook geen prijs op naleving. Hiermee wordt het onderliggende rechtsbelang weliswaar geweld aangedaan; bij gebreke van een aanspraak van verdachte op respectering daarvan is geen sprake van een inbreuk op het betreffende recht en dus ook niet van een verdragsschending.[295] Ook van de rechten ex artikel 6 EVRM kan in beginsel afstand worden gedaan,[296] zij het dat hieraan door het Europees Hof grenzen worden gesteld. Zo wordt uit het arrest De Wilde, Ooms en Versyp afgeleid dat lezing van de artikelen 5 en 6 EVRM in hun onderlinge samenhang tot de conclusie moet leiden dat een verdachte pas aan een vrijheidsbenemende sanctie kan worden onderworpen indien hij daartoe door een rechter is veroordeeld. In een dergelijk geval kan derhalve geen inbreuk worden gemaakt op het rechtsbelang toegang tot de rechter, ook niet op basis van afstand van recht.[297] Wanneer de voorwaarden worden gecreëerd waaronder de verdachte in voldoende vrijheid kan kiezen voor het al dan niet uitoefenen van de hem in artikel 6 EVRM toegekende rechten, is afstand van recht in het kader van deze bepaling voor het overige evenwel mogelijk.[298] De belangrijkste voorwaarde waaraan een rechtsgeldige afstand van recht moet voldoen, is derhalve de omstandigheid dat deze afstand op de vrije wil van de verdachte berust.[299] In deze eis van vrijwilligheid ligt het nadere vereiste besloten dat de verdachte zich volledig bewust dient te zijn van de strekking van het recht waarvan hij afstand doet (*informed consent*).[300] Voorts dient de afstand van recht ondubbelzinnig te zijn,[301] hetgeen niet wil zeggen dat de wil tot het doen van afstand van recht in alle omstandigheden expliciet moet blijken; deze kan ook worden geacht impliciet aanwezig te zijn. Teneinde te garanderen dat de verdachte daadwerkelijk uit vrije wil tot zijn beslissing komt om afstand te doen van zijn recht, dient volgens Den Hartog dan ook te worden voldaan aan een aantal waarborgen. Zo moet de verdachte voldoende en duidelijk geïnformeerd zijn over zijn keuzemogelijkheden, geestelijk competent zijn deze informatie te bevatten en de consequenties van zijn besluit te doorgronden, mag hij niet worden gedwongen het besluit tot afstand van recht te nemen, moet hem voldoende tijd worden gegund zijn besluit te nemen, en moet hij duidelijk

295 Zie Den Hartog 1993, p. 156.

296 Sommige rechten worden dermate belangrijk voor de bescherming van de burger geacht dat de mogelijkheid tot het doen van afstand daarvan wordt uitgesloten, niet alleen ter bescherming van de burger zelf, maar ook ter bescherming van de rechtsorde als geheel. Artikel 6 EVRM behoort evenwel niet tot deze categorie. Zie Den Hartog 1993, p. 157-158.

297 Zie EHRM 18 juni 1971, Series A 12 (De Wilde, Ooms en Versyp v. Belgium). Vgl. in dit kader ook het bepaalde in artikel 113 lid 3 Grondwet.

298 Zie Den Hartog 1993, p. 166-167. Zie in dit verband ook Machielse 2009, p. 109-111.

299 Zie EHRM 27 februari 1980, Series A 35, *NJ* 1980, 561 (Deweer v. Belgium), § 49; alsmede EHRM 10 februari 1983, Series A 58, *NJ* 1987, 315 (Albert & Le Compte v. Belgium), § 35.

300 Zie EHRM 12 oktober 1992, Series A 245-C (T. v. Italy), § 27-28.

301 Zie EHRM 21 februari 1990, Series A 171-A (Håkansson en Sturesson v. Sweden), § 66-67.

kenbaar hebben gemaakt dat hij zijn rechten niet wil uitoefenen.[302] Wanneer aan deze vereisten is voldaan, is sprake van een rechtsgeldige afstand van recht.

Ook afdoening van strafbare feiten buiten de rechter om is in beginsel verenigbaar met het recht op toegang tot de rechter ex artikel 6 EVRM, mits hieraan een rechtsgeldige afstand van recht ten grondslag ligt.[303] Vereist is derhalve dat de verdachte zijn recht op behandeling van zijn zaak door een onafhankelijke en onpartijdige rechter op basis van vrijwilligheid laat varen. Dit is ook de zienswijze van het Europees Hof dat reeds in 1980 in de zaak Deweer bepaalde dat afdoening van strafbare feiten buiten de rechter om niet op voorhand onverenigbaar is met het verdrag, mits een en ander op vrijwillige basis geschiedt.

> 'The waiver, which has undeniable advantages for the individual concerned as well as for the administration of justice, does not in principle offend against the Convention. (…) Absence of constraint is at all events one of the conditions to be satisfied; this much is dictated by an international instrument founded on freedom and the rule of law.'[304]

Concreet betekent dit dat een verdachte die een transactie of een voorwaardelijk sepot krijgt aangeboden door het Openbaar Ministerie, volledig vrij dient te zijn om al dan niet op dit aanbod in te gaan. Wanneer hij zijn zaak liever behandeld ziet tijdens een openbare terechtzitting door een onafhankelijke en onpartijdige rechter, dient hij het aanbod tot buitengerechtelijke afdoening zonder meer naast zich neer te kunnen leggen. Teneinde te garanderen dat de verdachte inderdaad in vrijheid tot zijn keuze komt om al dan niet afstand te doen van zijn recht op toegang tot de rechter en zijn zaak buiten de rechter om af te doen, dient dan ook te worden voldaan aan de door Den Hartog genoemde eisen: voldoende en duidelijke informatie omtrent de keuzemogelijkheden, geestelijke competentie, afwezigheid van dwang, voldoende tijd om een keuze te maken, en een eenduidige, onvoorwaardelijke afstand van recht. Bijstand van een raadsman zal zonder meer bevorderlijk werken bij het vervullen van deze nadere eisen. Nu het bij afdoening buiten de rechter om veelal om lichte, veel voorkomende strafbare feiten gaat, zal hierin in de praktijk evenwel vaak niet zijn voorzien. Dit schept extra verantwoordelijkheden voor

302 Zie Den Hartog 1993, p. 167-175.

303 Deze afstand van recht kan ook impliciet plaatsvinden nadat de strafvorderlijke overheid de verdachte buiten de rechter om een boete heeft opgelegd en de verdachte hiertegen geen beroep bij de rechter aantekent. Dergelijke bestraffing buiten de rechter om is derhalve slechts mogelijk indien en zolang de weg naar de rechter voor de verdachte onverkort blijft openstaan. Zie EHRM 21 februari 1984, Series A 73, *NJ* 1988, 937 (Öztürk v. Germany) en EHRM 24 februari 1994, Series A 284, *NJ* 1994, 496 (Bendenoun v. France), alsmede Den Hartog 1993, p. 144-149. Ook de bevoegdheid tot het uitvaardigen van strafbeschikkingen ex artikel 257a Sv is op deze redenering gebaseerd.

304 Zie EHRM 27 februari 1980, Series A 35, *NJ* 1980, 561 (Deweer v. Belgium).

het Openbaar Ministerie, dat er te allen tijde op zal moeten toezien dat de verdachte op basis van vrijwilligheid afstand doet van zijn recht op toegang tot de rechter.

Als gezegd wordt in de literatuur herhaaldelijk aandacht gevraagd voor het feit dat de praktijk van consensuele buitengerechtelijke afdoening lang niet in alle gevallen met deze theorie strookt doordat het nogal eens aan de vereiste vrijwilligheid schort.[305] Zo blijken veel verdachten niet eens op de hoogte van het feit dat de transactie en het voorwaardelijk sepot zijn gebaseerd op een vrijblijvend aanbod van het Openbaar Ministerie, dat zij, indien gewenst, zonder meer naast zich neer kunnen leggen. In het bijzonder het aanbod tot transactie met als voorwaarde de betaling van een geldsom aan de staat wordt veelal ervaren als een geldboete, met name wanneer het aanbod enkel bestaat uit het toesturen van een acceptgiro. De staande praktijk dat – na het afslaan of het niet betalen van het transactieaanbod door de verdachte – de strafeis ter zitting veelal bestaat uit het bedrag waarvoor werd aangeboden te transigeren vermeerderd met 20%, draagt nog eens bij aan deze foutieve perceptie en komt ook voor het overige de vrijwilligheid niet ten goede.[306] Bij de verdachte wordt immers de suggestie gewekt dat een weigering een transactie aan te gaan, wordt bestraft met een verhoging van het te betalen bedrag.

Ook in gevallen waarin verdachten het rechtskarakter van de transactie op zichzelf wel juist inschatten, kunnen evenwel vraagtekens worden geplaatst bij de mate van vrijwilligheid waarmee zij afstand doen van hun recht op toegang tot de rechter. In de praktijk ontbreekt het nogal eens aan de voor een rechtsgeldige afstand van recht vereiste goede informatiepositie voor de verdachte. Veelal verkeert de verdachte nu eenmaal niet in de positie om de in het geding zijnde belangen optimaal af te wegen, alleen al vanwege het feit dat hij zijn strafrechtelijk lot niet in eigen handen heeft wanneer het aankomt op een openbare berechting. De voordelen van een transactie zijn betrekkelijk evident: hij voorkomt een openbare terechtzitting en hij verruilt de onzekerheid omtrent de uitkomst van de gerechtelijke procedure voor de zekerheid van de transactievoorwaarden. De prijs die hij hiervoor betaalt is het opgeven van zijn recht op behandeling van zijn zaak door een onafhankelijke en onpartijdige rechter. De hoogte van deze prijs is evenwel veel moeilijker in te schatten; hij weet immers niet waartoe de gerechtelijke procedure zou hebben geleid, terwijl een betrouwbare inschatting van de rechterlijke uitkomst vanuit zijn perspectief moeilijk is te maken. Van daadwerkelijke *informed consent* is dan ook veelal geen sprake. Hoe groter deze onzekerheid, des te moeilijker de afweging en des te minder kan worden gesproken van een daadwerkelijk vrijwillige afstand van recht.[307] Bijstand van een raadsman

305 Zie onder meer Osinga 1992, p. 206-225; Corstens 1997, p. 137-138 en Crijns 2002, p. 517.
306 Zie Hartmann 2002, p. 99.
307 Zie in gelijke zin Corstens 1997, p. 137-138.

zou in dit verband kunnen helpen; veelal gaat het echter om relatief lichte strafbare feiten, zodat de betrokkenheid van een raadsman eerder uitzondering dan regel is. Ter relativering van het hier geschetste probleem zou kunnen worden gewezen op het feit dat verdachten die met buitengerechtelijke afdoening instemmen hiermee doorgaans zeer content zijn en zich niet al te druk maken over de vraag in hoeverre zij hiermee daadwerkelijk vrijwillig akkoord zijn gegaan. Dit neemt echter niet weg dat deze tevredenheid niet zelden zal zijn gebaseerd op diezelfde gebrekkige informatiepositie, waardoor niet kan worden uitgesloten dat zij tot een andere belangenafweging waren gekomen indien zij zich op betere informatie hadden kunnen baseren.

2.7.2 Bezwaren tegen consensuele procedures ter verkorting van het geding

De bezwaren tegen de verschillende consensuele procedures ter verkorting van het geding lopen goeddeels langs dezelfde lijnen als de hiervoor besproken bezwaren tegen buitengerechtelijke afdoening. Waar deze bezwaren vrijwel alle voortkomen uit het feit dat met de afdoening van strafbare feiten buiten de rechter om een aantal klassieke waarborgen van het onderzoek ter terechtzitting overboord wordt gezet of in het gedrang komt, geldt dit ook – zij het in mindere mate – wanneer sprake is van verkorting van de gerechtelijke procedure. Dit geldt met name voor de voeging ad informandum als meest duidelijke vorm van gedingverkorting. Hierbij is weliswaar sprake van afdoening door de rechter; voor het overige lijkt zij sterk op de buitengerechtelijke afdoening. Ook in het kader van de voeging ad informandum vindt immers na het voorbereidend onderzoek in feite geen daadwerkelijke waarheidsvinding meer plaats, terwijl ook hier de externe openbaarheid tamelijk beperkt is (zij het minder dan bij de verschillende vormen van buitengerechtelijke afdoening) en ook hier niet zelden de nodige vraagtekens kunnen worden geplaatst bij de mate van vrijwilligheid waarmee de verdachte met deze wijze van afdoening instemt. Ter relativering van deze bezwaren kan ten aanzien van de voeging ad informandum evenwel worden opgemerkt dat hierbij tenminste een onafhankelijke rechter is betrokken, hetgeen ook steeds geldt voor de overige consensuele momenten tijdens het onderzoek ter terechtzitting die formeel of materieel tot verkorting van het geding leiden. Hierin ligt mogelijk ook de verklaring voor het gegeven dat de verschillende vormen van gedingverkorting in de literatuur aan minder kritiek onderhevig zijn dan de verschillende vormen van gedingvermijding.

2.7.3 Bezwaren tegen consensuele procedures ter verkrijging van bewijs

De parlementaire geschiedenis van de Wet toezeggingen aan getuigen was lang en turbulent.[308] De belangrijkste oorzaak hiervoor is gelegen in het feit dat het instrument van de toezeggingen aan getuigen vanaf het moment dat midden jaren negentig voor de buitenwereld duidelijk werd dat het Openbaar Ministerie hiervan gebruik maakte tot op de dag van vandaag een controversiële rechtsfiguur is gebleven. Nu er geen overeenstemming bestond over de legitimiteit van deze rechtsfiguur op zichzelf, richtte de discussie binnen en buiten het parlement zich slechts ten dele op de meer technische aspecten van het wetsvoorstel. Voor velen bleef tot het einde van de parlementaire behandeling van het wetsvoorstel de vraag of het hier eigenlijk wel een legitiem instrument van rechtshandhaving betrof. Bovendien waren veel voorstanders van dit instrument op hun beurt van mening dat een wettelijke regeling ter zake niet strikt nodig was.[309]

Vanzelfsprekend lag het zwaartepunt van de discussie in de jaren waarin de belangrijkste jurisprudentie ter zake werd gewezen en het wetsvoorstel werd opgesteld en door het parlement werd behandeld. In die periode, vanaf grofweg 1995 tot ongeveer 2005, is een grote stroom aan literatuur verschenen waarin zowel de zegeningen als de schaduwkanten van dit instrument uitgebreid worden belicht.[310] De mogelijke voordelen van het gebruik van toezeggingen aan getuigen zijn in het voorgaande bij de bespreking van de aanleiding tot de wettelijke regeling al goeddeels naar voren gekomen,[311] waaraan nog kan worden toegevoegd dat de voorstanders van de mogelijkheid tot het doen van toezeggingen aan getuigen benadrukken dat het (informeel) onderhandelen met verdachten binnen het strafrecht op zichzelf niets nieuws is.[312] In het navolgende zullen de meest voorkomende bezwaren tegen het gebruik van toezeggingen aan getuigen kort worden belicht aan de hand van een kleine bloemlezing uit de literatuur. Hierbij ligt de nadruk op die bezwaren die zich tegen de rechtsfiguur toezeggingen aan getuigen op zichzelf richten. Bezwaren die meer specifiek betrekking hebben op de wijze waarop de Wet toezeggingen aan getuigen deze rechtsfiguur gestalte geeft, blijven op deze plaats buiten beschouwing.[313]

Dat het bij toezeggingen om getuigen om gevoelige materie gaat, werd reeds onderkend door de Commissie Van Traa in haar eindrapport:

---

308 Zie § 2.6.2.

309 Zie met name Plooy 2004, p. 196.

310 Zie onder meer Van Capelle 1994, Mols 1994, Bovenkerk 1996, Manunza & Tak 1996, Prakken 1996, Buruma 1997, Kaptein 1998, Manunza & Koops 1998, Reijntjes 1998, Hildebrandt 1999, Buruma 1999, Otte 1999, Reijntjes 1999, Kaptein 2000, Buruma 2004 en Plooy 2004.

311 Zie § 2.6.1.

312 Zie bijvoorbeeld De Wijkerslooth 2000 en Plooy 2004, p. 187.

313 Zie hiervoor met name Otte 1999 en Wedzinga 1999.

> 'Bij deals met criminelen raakt men de grenzen van toelaatbare opsporingsmethoden. Wanneer men consequent de ene crimineel vrijuit laat gaan in ruil voor belastend bewijs tegen een andere crimineel die bij dezelfde strafbare handelingen betrokken is, ondergraaft men de zin van het strafrecht. Bovendien kan de overheid door onderhandelen de regie kwijt raken. Een zonder meer accepteren van deals met criminelen kan de weg openen naar een ongewenste afhankelijkheidsverhouding tussen justitie en de crimineel.'[314]

Hiermee formuleert de Commissie in feite een tweetal bezwaren. Ten eerste het principiële bezwaar dat het maken van afspraken over strafrechtelijke kwesties op gespannen voet met de fundamenten van het strafrecht staat. Ten tweede het gevaar dat het Openbaar Ministerie door afspraken te maken met getuigen verstrikt raakt in een web van belangen waaruit het zich niet zonder meer op eigen kracht kan bevrijden. Dit kan worden omschreven als het bezwaar van onbeheersbaarheid. Het is niet ondenkbaar dat het Openbaar Ministerie door tot een vergelijk te komen met een getuige krachten losmaakt die op een zeker moment een eigen leven gaan leiden en door het Openbaar Ministerie niet meer kunnen worden beheerst. Hierbij dient niet in de laatste plaats te worden gedacht aan de consequenties van het maken van een afspraak voor de veiligheid van de getuige zelf. Ook kan in dit licht worden gedacht aan de mogelijkheid dat het Openbaar Ministerie zich zozeer afhankelijk van de getuige maakt dat het ten opzichte van de getuige in een chantabele positie belandt.[315] Dit bezwaar, alsmede het principiële of morele bezwaar, keert vervolgens herhaaldelijk terug in de discussie in de literatuur over de toelaatbaarheid van toezeggingen aan getuigen. Het principiële of morele bezwaar wordt helder onder woorden gebracht door Prakken:

> 'Het klinkt misschien moralistisch en dat is het ook, maar ik ben van mening dat de staat op de verkeerde weg is wanneer het gezag moet worden gehandhaafd door een deel van de burgers in te zetten als verrader van een ander deel. Dat kweekt aan de ene kant een sfeer waarin mensen die wat te vrezen hebben van justitie overal verraad zien en bij voorbaat hun maatregelen daartegen nemen met alle verharding van dien van het toch al niet zo milde criminele klimaat. (…) En aan de andere kant zal niet zonder gevolgen blijven de wetenschap dat met justitie zaken te doen zijn. (…) Een van de grote gevaren van opsporingsmethodes als infiltratie en het sluiten van deals met criminelen, waarbij nauwe contacten noodzakelijk zijn tussen politie en justitie enerzijds en hun 'doelgroep' anderzijds, is dat de twee natuurlijke tegenstanders te dicht tegen elkaar aankruipen en teveel gelijklopende belangen gaan krijgen.'[316]

---

314 Enquêtecommissie opsporingsmethoden 1996, p. 465.

315 Zie over de verschillende aspecten van dit bezwaar van onbeheersbaarheid onder meer Bovenkerk 1996, p. 149-150; Prakken 1996, p. 1619-1620 en Buruma 2004, p. 197-198.

316 Prakken 1996, p. 1620-1621.

Ook Mols acht het gebruik van getuigen die in ruil voor toezeggingen zijn verleid om anderen te verraden ongewenst: 'Het tast de zuiverheid van de strafrechtspleging aan, het stelt de integriteit van de actoren binnen het strafrechtelijke bedrijf ter discussie en het doet afbreuk aan de geloofwaardigheid van de rechtshandhaving door middel van het strafrecht.'[317] Bovenkerk wijst er voorts op dat het systeem van toezeggingen aan getuigen een 'ingebouwde perfiditeit' heeft, welke eruit bestaat dat des te hoger een bepaalde verdachte in de rangorde van de criminele organisatie figureert, des te meer belastende informatie hij over medeverdachten kan verschaffen waardoor hij des te aantrekkelijker voor het Openbaar Ministerie wordt maar waardoor ook zijn aandeel in de strafbare feiten des te groter zal zijn geweest.[318]

Otte heeft weinig op met dergelijke principiële bezwaren. Hij meent dat verklikken van alle tijden is en sinds mensenheugenis wordt beloond.[319] Ook Plooy deelt deze bezwaren niet: 'Toezeggingen aan getuigen maken als zodanig de opsporing niet oninteger. Het gaat om de wijze waarop het middel wordt toegepast.'[320] Buruma meent daarentegen dat niet te gemakkelijk aan dit morele bezwaar voorbij dient te worden gegaan. Hij acht het met het oog op de publieke moraal 'niet mooi' om als overheid 'te profiteren van verraad'. Wel is hij het in zoverre met Plooy eens dat hij van mening is dat het morele bezwaar onvoldoende klemmend is voor een categorisch verbod op het doen van toezeggingen.[321]

Eerder heeft Buruma voorts het meer rechtspolitieke bezwaar geuit dat het gebruik van toezeggingen aan getuigen zich als vanzelf als een olievlek zal uitbreiden. Wanneer in het criminele milieu bekend wordt dat het Openbaar Ministerie bereid is toezeggingen te doen in ruil voor getuigenverklaringen, wil dan niet iedere getuige voortaan voor zijn verklaringen worden beloond?[322] Plooy wijst er enige jaren later evenwel op dat deze vrees voor aanzuigende werking tot op heden niet bewaarheid lijkt te worden.[323] Thans moet worden vastgesteld dat ook tot op heden van een dergelijke aanzuigende werking nog geen sprake lijkt te zijn geweest, mogelijk mede als gevolg van de beperkingen die de huidige regelgeving aan het doen van toezeggingen stelt en het feit dat de toezegging tot strafvermindering gezien de constitutionele taakverdeling tussen Openbaar Ministerie en rechter geen garantie voor daadwerkelijke strafvermindering inhoudt, hetgeen de regeling mogelijk minder aantrekkelijk voor potentiële getuigen maakt.

317 Mols 1994, p. 76.
318 Bovenkerk 1996, p. 149.
319 Otte 1999, p. 117.
320 Plooy 2004, p. 187.
321 Buruma 2004, p. 197.
322 Buruma 1999, p. 590.
323 Plooy 2004, p. 187.

Naast de beheersmatige, principiële en rechtspolitieke bezwaren tegen het gebruik van toezeggingen aan getuigen komt in de literatuur herhaaldelijk naar voren dat het doen van toezeggingen aan getuigen moeilijk is te verantwoorden in het licht van het gelijkheidsbeginsel.[324] Waarin is de legitimatie gelegen om de verdachte die als getuige in een andere strafzaak een bijdrage aan de opsporing en vervolging heeft geleverd op een andere, gunstiger wijze te behandelen dan de verdachte die dit niet heeft gedaan? Is er in dezen geen sprake van schending van het gelijkheidsbeginsel?[325] Diverse auteurs zijn van mening dat dit moeilijk is hard te maken gezien de beperkte zeggingskracht van het gelijkheidsbeginsel binnen het strafrecht: niet alleen zijn verdachten en hun strafzaken nu eenmaal zelden rechtens gelijk, ook kan in het onderhavige kader wel degelijk een rechtens relevante omstandigheid worden aangewezen die de beide verdachten rechtens ongelijk maakt.[326] De ene verdachte heeft immers medewerking aan de opsporing en vervolging van strafbare feiten verleend door een belastende getuigenverklaring over een of meer anderen af te leggen, terwijl de andere verdachte dat niet heeft gedaan. Otte wijst er evenwel terecht op dat in dezen wel het nodige afhangt van de vraag in hoeverre de getuige in diens eigen zaak wordt bevoordeeld.[327] Wanneer de toezeggingen aan de getuige al te vergaand zijn, kan wel degelijk een situatie ontstaan die vanuit het gelijkheidsbeginsel bezien vraagtekens oproept. Tegen dit gevaar zal de eerder besproken voorgeschreven toetsing van de toezeggingen aan het beginsel van proportionaliteit dan ook moeten waken.[328]

Het meest gehoorde bezwaar in de literatuur is het risico dat het doen van toezeggingen aan getuigen negatieve consequenties heeft voor de betrouwbaarheid van de getuige en diens verklaringen. De oorsprong van dit gevaar ligt in het gegeven dat de getuige die met het Openbaar Ministerie in zee gaat, in het algemeen vanuit welbegrepen eigenbelang zal opereren. Otte formuleert dit uitgangspunt fraai:

> 'Ik zie in de kroongetuige nog niet direct de romanfiguur Raskolnikov die door berouw overmand op een kruising van wegen knielt, naar alle windrichtingen buigt om zijn schuld tot uitdrukking te brengen, en zich vervolgens aangeeft bij de politie.'[329]

Het gevaar is nu dat dit welbegrepen eigenbelang consequenties heeft voor de betrouwbaarheid van de door de getuige af te leggen verklaringen. De getuige weet immers dat het Openbaar Ministerie hem slechts toezeggingen

---

324 Zie uitgebreid over het gewicht van dit bezwaar de polemiek tussen Hildebrandt en Kaptein, te vinden in Kaptein 1998, Hildebrandt 1999 en Kaptein 2000.
325 Zie onder meer Prakken 1996, p. 1618 en Hildebrandt 1999, p. 63.
326 Zie onder meer Otte 1999, p. 118 en Kaptein 2000, p. 70.
327 Otte 1999, p. 118.
328 Zie § 2.6.5 en § 2.6.9.
329 Otte 1999, p. 119

zal willen doen indien hij belastende verklaringen zal kunnen afleggen. Is het gevaar dan niet erg groot dat de getuige bereid zal zijn een loopje met de waarheid te nemen teneinde de toezeggingen van het Openbaar Ministerie veilig te stellen? Prakken verwoordt dit bezwaar als volgt:

> 'Het juridische bezwaar tegen de kroongetuige zit er vooral in dat de getuige belang heeft bij het afleggen van een belastende verklaring en dat hij over de betrouwbaarheid van die verklaring meer verantwoording schuldig is aan de officier van justitie met wie hij zijn contract sloot dan aan de rechter. Dat contract werd uiteraard gesloten met het oog op een belastende verklaring, niet een verklaring die (ook) ten gunste van de verdachte strekt. De verdediging heeft dan al gauw het nakijken wanneer het erom gaat de getuige kritisch te kunnen ondervragen met enige kans op succes. En de rechter wordt naar het tweede plan geschoven voor wat betreft de beoordeling van het betrouwbaarheidsgehalte van de getuige[n]verklaring, als de getuige er vooral op bedacht is het openbaar ministerie ter wille te zijn aan wie hij zich verplicht heeft (…).'[330]

Otte en Plooy relativeren dit bezwaar doordat zij enerzijds stellen dat onbetrouwbare figuren nog steeds betrouwbare verklaringen kunnen afleggen en anderzijds dat het toetsen van de betrouwbaarheid van de verklaringen van de getuige aan wie toezeggingen zijn gedaan een niet wezenlijk andere beoordeling vergt dan het toetsen van de betrouwbaarheid van getuigenverklaringen die niet zijn verkregen als gevolg van een toezegging. Het is volgens hen immers het werk van de rechter om in de openbaarheid 'de nieren te proeven' van iedere getuige.[331] Hierbij zegt volgens Plooy noch de aanleiding of beweegreden van een getuige om te willen verklaren, noch hetgeen hij met zijn verklaringen beoogt, op zichzelf iets over de betrouwbaarheid van zijn verklaringen. Integendeel, hij beschouwt het zelfs als een voordeel dat bij de getuige aan wie toezeggingen zijn gedaan ten opzichte van 'gewone' getuigen juist meer kritische aandacht wordt besteed aan diens geschiedenis, motieven en doelen. Daardoor zal hij in de praktijk niet zelden juist beter controleerbaar zijn voor de rechter en de verdediging.[332]

Dit moge zo zijn, dit neemt niet weg dat de getuige aan wie toezeggingen zijn gedaan, gezien zijn bijzondere belang bij (de inhoud van) zijn verklaring, met (nog) meer argwaan dient te worden bekeken dan de gewone getuige,

---

330 Zie Prakken 1996, p. 1621; zie voorts Mols 1994, p. 76-77 en Bovenkerk 1996, p. 150-151.

331 Zie Otte 1999, p. 117-118 en Plooy 2004, p. 187-188. Zie in dit verband ook *Kamerstukken II* 1998/99, 26 294, nr. 3, p. 5. Zie voorts Manunza & Koops 1998 die menen dat het (tot op zekere hoogte) mogelijk is garanties te bieden voor de betrouwbaarheid van de getuige aan wie toezeggingen zijn gedaan. Zij denken hierbij met name aan het voorschrift dat dergelijke verklaringen slechts voor het bewijs mogen worden gebezigd indien de verdediging haar ondervragingsrecht heeft kunnen effectueren, alsmede aan de eis dat de verklaringen steun vinden in onafhankelijk verkregen ander bewijsmateriaal. Hierbij nemen zij de Italiaanse regeling ter zake als voorbeeld.

332 Plooy 2004, p. 188.

waarbij een indringende controle van diens betrouwbaarheid niet zelden slechts tot op zekere hoogte mogelijk zal zijn. Toezeggingen aan getuigen mogen immers enkel worden gedaan in situaties waarin dit vanuit een oogpunt van subsidiariteit strikt noodzakelijk is en waarin derhalve betrekkelijk weinig andere informatie voorhanden is aan de hand waarvan de verklaring van de getuige kan worden geverifieerd. Gesteld kan worden dat dit bezwaar met betrekking tot de potentiële onbetrouwbaarheid in vergelijking met de meeste van de hiervoor besproken bezwaren in zekere zin de langste adem heeft. Waar van de meer principieel georiënteerde bezwaren (het morele bezwaar en het bezwaar met betrekking tot het gelijkheidsbeginsel) in zekere zin kan worden gezegd dat zij door de wetgever zijn gewogen en te licht bevonden, richt het bezwaar van de potentiële onbetrouwbaarheid zich niet alleen op de onwenselijkheid van invoering van de rechtsfiguur van toezeggingen aan getuigen als zodanig, maar ook op elke individuele toezegging die in de praktijk van de strafrechtspleging wordt gedaan. Daarmee blijft dit bezwaar ook na invoering van de wettelijke regeling onmiskenbaar zeggingskracht houden, hoewel ook dit bezwaar door de wetgever onvoldoende zwaarwegend werd geacht om in zijn geheel van invoering van de mogelijkheid tot het doen van toezeggingen af te zien. Niettemin heeft de wetgever dit bezwaar wel degelijk in zekere zin onderkend door te voorzien in een nieuw bewijsminimum in artikel 344a lid 4 Sv en een bijzondere motiveringsplicht in artikel 360 lid 2 Sv. Samen met het genoemde gevaar dat het Openbaar Ministerie zich door het doen van toezeggingen aan getuigen al te zeer afhankelijk maakt van de getuige en daardoor in een onbeheersbaar traject verzeild raakt waarvan de uitkomst moeilijk is te voorspellen, vormt het gevaar van onbetrouwbare verklaringen dan ook de achilleshiel van het instrument van de toezeggingen aan getuigen.

2.8 SLOT

In dit hoofdstuk is stilgestaan bij het verschijnsel van consensualiteit binnen het Nederlandse strafrecht, waarbij consensualiteit in navolging van de eerdere literatuur is opgevat als het toekennen van rechtsgevolg of bepalende invloed op de loop van het (straf)proces of de strafoplegging aan consensus tussen het Openbaar Ministerie en de verdachte. Vervolgens zijn verschillende vormen van consensuele procedures beschreven, waarbij met name de verschillende vormen van buitengerechtelijke afdoening (de transactie, het voorwaardelijk sepot en de schikking in de zin van artikel 511c Sv) en de toezeggingen aan getuigen goed bleken te kunnen illustreren welke (rechts)gevolgen met behulp van consensus tussen het Openbaar Ministerie en de verdachte kunnen worden bewerkstelligd. In de fase van het onderzoek ter terechtzitting bleek daarentegen minder plaats te zijn voor consensualiteit als gevolg van de sterke betrokkenheid van de rechter bij die fase van het geding. Niettemin kan ook in die fase wel degelijk betekenis toekomen aan wilsovereenstemming tussen

het Openbaar Ministerie en de verdachte. De voeging ad informandum vormde daarvan een goed voorbeeld. Met de beschouwingen in dit hoofdstuk over de plaats en de betekenis van het begrip consensualiteit in het strafrecht is het object van onderzoek in de volgende hoofdstukken afgebakend.

3 Overeenkomstenrecht in vogelvlucht

3.1 Inleiding

In dit hoofdstuk wordt stilgestaan bij een aantal hoofdlijnen van het contractenrecht. Deze beschrijving is in de eerste plaats gericht op de strafrechtjurist; voor civilisten zal deze *tour d'horizon* geen verrassingen opleveren, daar wordt aangesloten bij de meest gangbare opvattingen omtrent het begrip overeenkomst en deze niet of nauwelijks nader zullen worden geproblematiseerd. De beschrijving is er in feite enkel op gericht om in het volgende hoofdstuk de vraag te kunnen beantwoorden of en in hoeverre de in het vorige hoofdstuk beschreven consensuele procedures binnen het strafproces aan de begripsomschrijving van de overeenkomst beantwoorden. Voorts kan dit hoofdstuk de nodige aanknopingspunten bieden voor het geval dat de verschillende consensuele procedures inderdaad als (vormen van de) overeenkomst kunnen worden beschouwd en de vraag rijst wat dit betekent voor de wijze waarop zij kunnen of dienen te worden genormeerd. Met het oog op deze doelstellingen wordt achtereenvolgens aandacht besteed aan de definiëring van het begrip overeenkomst en een aantal onderscheidingen daarbinnen, het normatief kader van de overeenkomst, de beginselen die aan het overeenkomstenrecht ten grondslag liggen, de bij de overeenkomst betrokken partijen, de wijze waarop overeenkomsten tot stand komen, de inhoud van de overeenkomst, (de problemen bij) de uitvoering van de overeenkomst en de rechtsgevolgen daarvan, en, tot slot, de positie van derden bij de overeenkomst. Daar waar de besproken civielrechtelijke materie interessante parallellen laat zien met aspecten van de normering van de verschillende consensuele procedures uit het vorige hoofdstuk, wordt daarvan kort melding gemaakt.

3.2 Afbakening van het begrip overeenkomst

Hartkamp en Sieburgh geven de volgende definitie van het begrip overeenkomst, welke binnen de verbintenisrechtelijke literatuur als leidend kan worden beschouwd:

> 'Een overeenkomst is, kort gezegd, 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 (alle) partijen over en weer'.[1]

Uit deze definitie kan veel worden afgeleid met betrekking tot de inhoud van het begrip overeenkomst. Zo blijkt ten eerste dat het begrip overeenkomst een species is van het genus rechtshandeling, hetgeen met name van belang is te weten met het oog op de toepasselijkheid van Boek 3 BW op rechtshandelingen in zijn algemeenheid en dus ook op overeenkomsten.[2] Voorts kan uit de definitie als belangrijkste kenmerk van de overeenkomst de wilsovereenstemming tussen twee of meer personen worden gedestilleerd. Met deze wilsovereenstemming wordt niet bedoeld dat beide partijen[3] ieder voor zich hetzelfde willen krijgen – integendeel, in de regel zullen partijen over en weer iets willen verkrijgen dat zij zelf niet hebben, maar dat de ander juist wel heeft of kan verstrekken –, maar dat de wil van beide partijen is gericht op het tot stand brengen van een bepaald rechtsgevolg.[4] Deze wilsovereenstemming is op zichzelf nog niet voldoende om een overeenkomst tot stand te brengen. Daar aan de innerlijke bedoeling van rechtssubjecten geen rechtsgevolg kan worden verbonden, moet de wil van beide partijen ook over en weer worden geopenbaard door middel van aanbod en aanvaarding.[5] Hierbij geldt dat de overeenstemmende wilsverklaringen ook *afhankelijk van elkaar* worden afgelegd: 'de ene partij stemt toe omdat of indien ook de andere toestemt'.[6] De definitie vat deze eisen aan de voor de overeenkomst constitutieve wilsovereenstemming tussen partijen samen door te spreken van '*overeenstemmende* en *onderling afhankelijke* wils*verklaringen*'.

Voorts blijkt uit de gegeven definitie dat de wil van partijen moet zijn gericht op het teweegbrengen van *rechtsgevolg*. Hoewel dit binnen een juridische context in het algemeen het geval zal zijn en deze eis in de wat formeler neergelegde overeenkomsten geen problemen zal opleveren, moet worden bedacht dat lang niet alle in het maatschappelijk verkeer gemaakte afspraken gericht zijn op het teweegbrengen van rechtsgevolg.[7] Vele in het maatschappelijk verkeer gemaakte afspraken brengen wel maatschappelijke of morele

1 Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III* 2010, nr. 8.
2 Rechtshandelingen worden op hun beurt uitgelegd als 'uitingen van de wil van de handelende persoon of personen, die is gericht op het doen ontstaan van rechtsgevolg, waarmee gelijk te stellen is het geval dat de wederpartij van de handelende persoon bij hem redelijkerwijs het bestaan van een op rechtsgevolg gerichte wil mocht aannemen' (vgl. de artikelen 3:33 en 3:35 BW). Zie Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III* 2010, nr. 8; zie voorts voor het normatief kader van de overeenkomst § 3.4.
3 Binnen de privaatrechtelijke literatuur worden rechtssubjecten die een overeenkomst met elkaar aangaan aangeduid als partijen. Vgl. Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III* 2010, nr. 8. Binnen het bestek van dit hoofdstuk zal bij deze terminologie worden aangesloten.
4 Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III* 2010, nr. 9.
5 Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III* 2010, nr. 9.
6 Zie voor dit laatste vereiste nog Asser/Hartkamp 4-II 2005, nr. 12.
7 Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III* 2010, nr. 12.

verplichtingen mee, maar geen rechtsplichten.[8] Met de vereiste gerichtheid op rechtsgevolg hangt samen de eis dat er daadwerkelijk sprake moet zijn van totstandkoming van de rechtshandeling door de samenwerking van twee of meer partijen. Er moet daadwerkelijk sprake zijn van een meerzijdige rechtshandeling om van een overeenkomst te kunnen spreken. In de situatie waarin het ene rechtssubject een gunst verleent aan het andere rechtssubject nadat die ander daarom heeft verzocht, kan het lijken dat er sprake is van een overeenkomst tussen beide rechtssubjecten, terwijl daarvan strikt genomen geen sprake is wanneer 'de inwilliging ervan geheel aan het welnemen van de aangezochte is overgelaten'.[9] Het is in de praktijk niet altijd duidelijk of partijen met een bepaalde afspraak al dan niet rechtsgevolg hebben beoogd. In dergelijke gevallen zal deze vraag moeten worden beantwoord aan de hand van de bedoelingen van partijen zoals die naar buiten toe zijn gebleken. Wanneer niet duidelijk blijkt wat partijen hebben beoogd, zal hun bedoeling moeten worden afgeleid uit de omstandigheden van het geval, bij welke beoordeling betekenis toekomt aan hetgeen in het maatschappelijk verkeer gebruikelijk is en hetgeen partijen over en weer van elkaar hebben verwacht of mochten verwachten (artikel 3:35 BW).[10]

Als laatste constituerend onderdeel van het begrip overeenkomst noemt de definitie van Hartkamp en Sieburgh dat het rechtsgevolg wordt teweeggebracht ten behoeve van de ene partij en ten laste van de andere of ten behoeve en ten laste van beide partijen over en weer, al worden er zekere uitzonderingen op deze algemene regel aanvaard.[11] Deze eis vormt een concretisering van het algemene beginsel van contractenrecht dat zegt dat partijen zich door een overeenkomst – uitzonderingen daargelaten – alleen jegens elkaar kunnen verbinden.[12] Uitgaande van de fundamentele autonomie van het rechtssubject is dit een voor de hand liggend, maar daarom niet minder belangrijk uitgangspunt.

---

8 Dit kan uiteenlopen van een eenvoudige afspraak tussen twee natuurlijke personen tot meer officiële afspraken die niettemin rechtsgevolg ontberen, zoals het *gentlemen's agreement* of de *letter of intent*. Zie nader Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III* 2010, nr. 13.

9 Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III* 2010, nr. 11. Vgl. in dit verband hetgeen in § 2.6.6 is opgemerkt over de vraag wanneer van een relevante toezegging in het kader van de regeling van de toezeggingen aan getuigen kan worden gesproken. Hiervoor is onder meer vereist dat er een rechtstreeks causaal verband bestaat tussen de prestatie van de ene partij en de tegenprestatie van de andere partij.

10 Zie voor dit criterium HR 13 maart 1981, *NJ* 1981, 635 m.nt. CJHB (Haviltex); zie ook § 3.8.2.

11 Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III* 2010, nr. 14.

12 Vgl. in dit kader de in § 2.6.12 besproken regel dat – gezien de constitutionele en institutionele verhoudingen binnen het strafrecht – uit een afspraak tussen het Openbaar Ministerie en een getuige geen verplichtingen voor de rechter kunnen voortvloeien, als gevolg waarvan de rechter principieel niet is gebonden aan de toezegging tot strafvermindering van het Openbaar Ministerie.

Wat opvalt is dat de definitie van Hartkamp en Sieburgh niet een bepaalde vorm of enig ander formeel vereiste verbindt aan het begrip overeenkomst. De definitie kent slechts het materiële criterium van 'overeenstemmende en onderling afhankelijke wilsverklaringen van twee of meer partijen'. Daarbij doet het er in beginsel niet toe op welke wijze partijen deze wilsverklaringen aan elkaar doen blijken (zie artikel 3:37 lid 1 BW).[13] Deze vormvrijheid (consensualisme) is voor het overeenkomstenrecht zo essentieel dat het wordt beschouwd als een van de dragende beginselen van het contractenrecht.[14] Dit neemt evenwel niet weg dat voor de geldigheid van veel soorten overeenkomsten wel degelijk bepaalde nadere vormvereisten kunnen gelden (schriftelijk, bij notariële akte, etc.). Deze nadere eisen zullen dan in een specifieke wettelijke regeling moeten worden neergelegd, want ze vormen geen constitutief vereiste voor het algemene begrip overeenkomst.[15]

3.3 INDELINGEN BINNEN HET BEGRIP OVEREENKOMST

Hoewel het begrip overeenkomst veelal direct wordt geassocieerd met overeenkomsten waaruit verbintenissen voortvloeien – de obligatoire overeenkomst (artikel 6:213 lid 1 BW) –, bestaan er daarbuiten nog diverse andere typen overeenkomsten. In de literatuur wordt onderscheid gemaakt tussen de familierechtelijke, de goederenrechtelijke, de obligatoire, de procesrechtelijke en de publiekrechtelijke overeenkomst; een onderscheid dat is gebaseerd op de aard van het recht of rechtsgevolg waarop de overeenkomst betrekking heeft.[16] Ook andere classificaties zijn vanzelfsprekend mogelijk. Zo noemen Hartkamp en Sieburgh als mogelijk criterium de invloed van de partijwil op de totstandkoming van het rechtsgevolg: wilsovereenstemming is weliswaar een *conditio sine qua non* voor elke overeenkomst, maar de invloed van de partijwil op het intreden van de rechtsgevolgen is niet altijd even groot.[17] In bepaalde gevallen heeft de overheid de inhoud van de overeenkomst al geheel vastgelegd en blijft de invloed van de partijwil beperkt tot de vraag of de overeenkomst al

13 Vgl. § 2.3.1.1 waarin werd gesteld dat een bepaalde vorm op zichzelf ook geen vereiste is om van consensualiteit te kunnen spreken.

14 Zie meer uitgebreid § 3.5.2.

15 Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III* 2010, nr. 10.

16 Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III* 2010, nr. 19. Op het eerste gezicht is het opvallend dat de publiekrechtelijke overeenkomst wordt gezien als een aparte categorie en niet als een species van de obligatoire overeenkomst, ondanks dat de publiekrechtelijke overeenkomst in veel opzichten wel degelijk aan de omschrijving hiervan beantwoordt. Veel van de normen van de obligatoire overeenkomst worden wel van toepassing op de publiekrechtelijke overeenkomst geacht. Zie uitgebreid over inhoud en normering van de publiekrechtelijke overeenkomst § 7.3.

17 Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III* 2010, nr. 20.

dan niet in het leven wordt geroepen (bijv. de huwelijksovereenkomst).[18] Maar ook is het mogelijk dat de inhoud van de overeenkomst niet door de overheid, maar door een van beide partijen vooraf is vastgesteld (standaardcontracten).

Artikel 6:213 lid 1 BW omschrijft de obligatoire overeenkomst als 'een meerzijdige rechtshandeling, waarbij een of meer partijen jegens een of meer andere een verbintenis aangaat'.[19] In het scheppen van een of meer verbintenissen is volgens Hartkamp en Sieburgh het doel van de obligatoire overeenkomst gelegen: 'Bij een obligatoire overeenkomst beogen de partijen een vermogensrechtelijke betrekking te doen ontstaan, krachtens welke de één tot een bepaalde prestatie verplicht en de ander tot die prestatie gerechtigd is.'[20] De obligatoire overeenkomst wordt daarom ook wel aangeduid als de verbintenisscheppende overeenkomst en om die reden wordt een dergelijke overeenkomst ook veelal gezien als het middel bij uitstek voor partijen om zelfstandig onderlinge rechtsbetrekkingen aan te knopen.[21] Met deze definitie van de obligatoire overeenkomst is ook direct duidelijk dat de overeenkomst *een bron van* verbintenissen is, naast andere bronnen van verbintenissen, zoals verbintenissen die rechtstreeks voortvloeien uit de wet (bijv. de verbintenis tot schadevergoeding wegens onrechtmatige daad). Voorts kan uit deze omschrijving worden afgeleid dat de begrippen rechtshandeling en overeenkomst zich tot elkaar verhouden als genus en species. Met betrekking tot de in het civiele recht gangbare terminologie kan tot slot worden opgemerkt dat met het begrip overeenkomst enerzijds wordt gedoeld op de verbintenisscheppende handeling, anderzijds op de overeengekomen afspraak (de inhoud van de overeenkomst) en de door die handeling in het leven geroepen rechtsverhouding (het samenstel van de ingetreden rechtsgevolgen).[22] Deze verschillende betekenissen zullen in het onderstaande evenwel niet telkens expliciet van elkaar worden onderscheiden. Voorts wordt, wanneer in het navolgende wordt gesproken over de overeenkomst, tenzij anders vermeld, telkens gedoeld op de obligatoire (verbintenisscheppende) overeenkomst.

Ook binnen de categorie van de obligatoire overeenkomst kunnen tal van nadere indelingen worden gemaakt: bijzonder en niet-bijzonder; wederkerig en eenzijdig; onder bezwarende titel (om baat) en om niet; aflopende en duurovereenkomsten; consensueel, formeel en reëel; twee partijen en meer

18 Zelfs op dit laatste zijn uitzonderingen mogelijk doordat het recht voorschrijft dat er moet worden gecontracteerd, in welk geval er sprake is van contractdwang (zie Houben 2005). Ook kan er een zodanige druk uitgaan van de feiten en omstandigheden van het geval dat er sprake is van feitelijke contractdwang (zie hierover Houben 2009).

19 Algemeen wordt aangenomen dat onder deze omschrijving ook valt een overeenkomst waarbij partijen reeds tussen hen bestaande verbintenissen wijzigen. Zie Hijma 2007, nr. 8.

20 Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III* 2010, nr. 9.

21 Nieuwenhuis 1979, p. 3.

22 Hijma 2007, nr. 8; vgl. ook Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III* 2010, nr. 8.

partijen; tussen 'gewone' partijen en met een bijzonder type partij.[23] Niet al deze onderscheidingen zijn met het oog op het vervolg even relevant; slechts een aantal van de hier genoemde zal derhalve nader worden uitgewerkt. Wat betreft het onderscheid tussen bijzonder en niet-bijzonder geldt dat een overeenkomst bijzonder of benoemd is wanneer zij speciaal in de wet is uitgewerkt (vgl. Boek 7 en 7A BW). Met het opnemen van een bepaald type overeenkomst als bijzondere overeenkomst kan de wetgever een tweetal oogmerken hebben: a) het – door middel van aanvullend recht – uitwerken van wat bij dat type overeenkomst tussen partijen rechtens is; b) het – door middel van dwingend recht – begrenzen van de contractsvrijheid op het betrokken terrein. Dwingend recht doet zich met name voor waar de wetgever de belangen van een bepaalde 'zwakke' partij heeft willen beschermen.[24]

Een van de belangrijkste onderscheidingen binnen de categorie van de obligatoire overeenkomst is die tussen eenzijdige en wederkerige overeenkomsten, mede omdat de wet specifieke rechtsgevolgen aan de wederkerige overeenkomst verbindt. Artikel 6:261 lid 1 BW bestempelt een overeenkomst als wederkerig 'indien elk van beide partijen een verbintenis op zich neemt ter verkrijging van de prestatie waartoe de wederpartij zich daartegenover jegens haar verbindt'. De wederkerige overeenkomst kenmerkt zich derhalve door zijn ruilkarakter: beide partijen worden debiteur teneinde crediteur te worden.[25] Wat betreft de terminologie moet derhalve goed voor ogen worden gehouden dat elke overeenkomst een meerzijdige rechtshandeling is (aanbod en aanvaarding), maar dat overeenkomsten vervolgens wel kunnen worden ingedeeld in eenzijdige en wederkerige overeenkomsten, welk laatste onderscheid ziet op de wijze waarop de rechten en verplichtingen die voortvloeien uit de overeenkomst over de betrokken partijen zijn verdeeld. De meeste obligatoire overeenkomsten zijn wederkerig.

In het licht van het vervolg is voorts het onderscheid tussen consensuele, formele en reële overeenkomsten relevant. Eén van de dragende beginselen van het contractenrecht is de vormvrijheid. Het sluiten van een overeenkomst is in beginsel niet aan vormen gebonden (artikel 3:37 lid 1 BW). De meeste overeenkomsten zijn derhalve te beschouwen als consensueel; daaraan doet niet af het feit dat *ten bewijze van* het bestaan van de overeenkomst partijen deze veelal (onverplicht) op schrift vastleggen.[26] Slechts in die gevallen waarin de wettelijke regeling expliciet een specifiek vormvereiste voor de geldigheid stelt – bijvoorbeeld dat de overeenkomst op schrift is vastgelegd –, wordt gesproken van een formele overeenkomst. Het niet voldoen aan een dergelijk, wettelijk voorgeschreven vormvoorschrift leidt in beginsel tot nietigheid van

23 Hijma & Olthof 2008, nr. 457.
24 Hijma & Olthof 2008, nr. 460.
25 Hijma & Olthof 2008, nr. 512.
26 Hijma & Olthof 2008, nr. 456.

de rechtshandeling (artikel 3:39 BW).[27] Tot slot wordt de reële overeenkomst onderscheiden, waarvan kan worden gesproken in gevallen waarin de overeenkomst pas daadwerkelijk tot stand komt door overhandiging van de zaak (*res*) waarop de overeenkomst betrekking heeft.[28] De reële overeenkomst komt sinds de inwerkingtreding van het Nieuw Burgerlijk Wetboek niet veel meer voor. Slechts de bruikleen (artikel 7A:1777) en de verbruikleen (artikel 7A:1791 BW) kunnen nog als zodanig worden getypeerd.[29]

3.4 HET NORMATIEF KADER VAN DE OVEREENKOMST

Gezien de gelaagde structuur van het Burgerlijk Wetboek, wordt het normatieve kader van de obligatoire overeenkomst niet alleen gevormd door Titel 6.5 (Overeenkomsten in het algemeen), waarin onder andere zijn geregeld aanbod en aanvaarding, dwaling, rechtsgevolgen tussen partijen en ontbinding, maar ook door Titel 6.1 (Verbintenissen in het algemeen), waarin onder meer zijn geregeld nakoming, opschorting, aansprakelijkheid voor tekortkoming en schadevergoeding; en Titel 3.2 (Rechtshandelingen), waarin onder meer zijn geregeld wil en vertrouwen, strijd met wet of goede zeden, bedrog, misbruik van omstandigheden, gevolgen van nietigheid en wijzen en gevolgen van vernietiging. Voorts bieden de Boeken 7 en 7A aanvullende regels voor de daar genoemde bijzondere overeenkomsten, welke bij eventuele strijdigheid als *lex specialis* derogerend werken ten aanzien van de bepalingen uit de algemene regeling van Boek 3 en Boek 6.[30] Voor de uitleg van het normatieve kader van de obligatoire overeenkomst komt uiteraard belangrijke betekenis toe aan de jurisprudentie van de Hoge Raad en de literatuur.

Daarnaast wordt het contractenrecht in toenemende mate beïnvloed door ontwikkelingen op Europees en internationaal niveau. Hierbij kan niet alleen worden gewezen op de ontwikkeling en codificatie van het internationaal privaatrecht, maar ook op diverse initiatieven die strekken tot harmonisering van de verschillende nationale regelingen van contractenrecht. In het kader van laatstgenoemde ontwikkeling zijn in het bijzonder van belang twee gezaghebbende internationale studies die vanaf de jaren negentig zijn ontwikkeld: de *Principles of International Commercial Contracts*, afkomstig van UNIDROIT,[31]

27 Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III* 2010, nr. 10.
28 Hijma & Olthof 2008, nr. 456.
29 Hijma & Olthof 2008, nr. 591-593 en nr. 556-559.
30 Hijma & Olthof 2008, nr. 461.
31 Zie voor de oorspronkelijke versie UNIDROIT Principles 1994; zie voor de meest recente versie UNIDROIT Principles 2004. Het *International Institute for the Unification of Private Law* (UNIDROIT), opgericht in 1926 en gevestigd te Rome, is een wereldwijde intergouvernementele organisatie die de unificatie van het privaatrecht tot doel heeft. De UNIDROIT Principles beogen daaraan een concrete bijdrage te leveren (UNIDROIT Principles 2004, p. XV). Zie

en de *Principles of European Contract Law*,[32] opgesteld door een niet-gouvernementele commissie van juristen afkomstig uit de (toenmalige) lidstaten van de Europese Unie (de commissie-Lando). Inmiddels wordt ook door de Europese Commissie nagedacht over de mogelijkheden en wenselijkheid van de ontwikkeling van een zogenoemd Gemeenschappelijk Referentiekader dat beginselen, definities en modelregels voor Europees contractenrecht zou moeten gaan bevatten.[33] De Commissie is tot op heden nog niet met een initiatief voor een gemeenschappelijk referentiekader gekomen. Wel is inmiddels een ontwerp voor een dergelijk gemeenschappelijk referentiekader opgesteld door de *Study Group on a European Civil Code* en de *Research Group on EC Private Law*.[34] Bij de uitleg van het Nederlandse contractenrecht kunnen dergelijke internationale studies – hoewel vanzelfsprekend niet bindend – een belangrijke aanvullende rol spelen.

3.5 De beginselen van het overeenkomstenrecht

In de literatuur wordt aangenomen dat aan het contractenrecht drie beginselen ten grondslag liggen: 1) contractsvrijheid; 2) consensualisme; 3) verbindende kracht.[35] Hartkamp en Sieburgh komen tot een afwijkende indeling en spreken achtereenvolgens van het autonomiebeginsel, het vertrouwensbeginsel, het beginsel van maatschappelijke rechtvaardigheid, het beginsel van de trouw aan het gegeven woord en het beginsel van maatschappelijke aanvaardbaarheid.[36] De indeling van Hartkamp en Sieburgh omvat in wezen de drie eerder

uitgebreider over de verschillende doelstellingen van de UNIDROIT Principles de bijbehorende Preambule (UNIDROIT Principles 2004, p. 1-7).

32 Zie Lando & Beale 1995 voor de oorspronkelijke versie van de *Principles of European Contract Law*; zie voor de meest recente versie in drie delen Lando & Beale 2000 en Lando e.a. 2003. De *Principles* hebben een meervoudige doelstelling, waaronder het bieden van een basis voor toekomstige Europese regelgeving en voor harmonisatie van de verschillende nationale regelingen van overeenkomstenrecht alsmede het bieden van ondersteuning bij de uitleg van het nationale overeenkomstenrecht. Zie Lando & Beale 2000, p. XXIII en XXIV.

33 Zie Mededeling van de Commissie aan het Europees Parlement en de Raad – Een coherenter Europees verbintenissenrecht – Een actieplan (COM(2003) 68 def.), *PbEG* 15 maart 2003, 63. Een dergelijk gemeenschappelijk referentiekader zou drie verschillende vormen kunnen aannemen: een bindend Europees instrument in plaats van het nationale contractenrecht van de lidstaten (een Europees Burgerlijk Wetboek), een optioneel instrument waarvoor contractspartijen zouden kunnen kiezen in plaats van het nationale recht of, ten derde, een gereedschapskist met definities en beginselen als hulpmiddel voor de Europese wetgever bij het ontwikkelen van consistente wetgeving. Het Nederlandse kabinet heeft zich uitgesproken voor laatstgenoemde optie van een gereedschapskist als niet-bindend instrument voor de Europese wetgever (zie *Kamerstukken I* 2007/08, 23 490, DI, p. 4; alsmede Redactie NJB 2009, p. 1876-1877).

34 Zie Von Bar & Clive 2009.

35 Hijma & Olthof 2008, nr. 456; Hijma 2007, nr. 13-15.

36 Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III* 2010, nr. 41.

genoemde beginselen en voegt hier een aantal andere aan toe. Nieuwenhuis baseert in zijn dissertatie de verbindende kracht van overeenkomsten op een driedeling tussen het autonomiebeginsel, het vertrouwensbeginsel en het causabeginsel.[37] De inhoud van de aan het overeenkomstenrecht ten grondslag liggende beginselen wordt in het navolgende weergegeven aan de hand van de drieslag contractsvrijheid, consensualisme en verbindende kracht, waarbij op gezette plaatsen wordt teruggekomen op andere indelingen.[38]

3.5.1 Contractsvrijheid

Het beginsel van contractsvrijheid brengt mee dat partijen in beginsel vrij zijn met wie zij willen en op het moment dat zij willen elke overeenkomst te sluiten die zij wensen.[39] Het door Hartkamp en Sieburgh genoemde beginsel van partijautonomie ligt in feite ten grondslag aan het beginsel van contractsvrijheid: een op een verklaarde wil berustende overeenkomst is een van de wijzen waarop de mens zichzelf kan ontplooien.[40] Het beginsel van contractsvrijheid is in de moderne westerse samenleving onomstreden, maar het gewicht dat aan dit beginsel wordt toegekend verandert wel naar de tijd en de maatschappelijke omstandigheden.[41] Absoluut is het beginsel van contractsvrijheid evenwel nooit geweest en is het ook naar huidig recht niet. Aangenomen wordt dat de contractsvrijheid haar grens vindt daar waar de uitoefening ervan in een concrete situatie in conflict komt met belangen van hogere orde.[42] De meer concrete uitwerking van dit uitgangspunt is artikel 3:40 BW dat rechtshandelingen, en dus ook overeenkomsten, nietig verklaart wanneer zij in strijd komen met een dwingende wetsbepaling, de goede zeden of de openbare orde. Juist vanwege het grote belang dat wordt toegekend aan de contractsvrijheid

37 Nieuwenhuis 1979.

38 Hiermee is niet gezegd dat het verschil in de wijze van indeling lood om oud ijzer zou zijn. De verschillen kunnen onder meer worden verklaard door verschillende opvattingen over het begrip 'beginsel' alsmede verschillen in de vraag met welk doel een opsomming van beginselen wordt gegeven. Zo somt Nieuwenhuis niet zozeer beginselen van contractenrecht op, maar veeleer argumenten ter rechtvaardiging van de verbindende kracht van overeenkomsten. Zie hierover Nieuwenhuis 1979, p. 5-6.

39 Hijma 2007, nr. 14. Zie ook article 1.1 UNIDROIT Principles 2004 en article 1:102 PECL.

40 Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III* 2010, nr. 41. Zie uitgebreider over de relatie tussen contractsvrijheid en partijautonomie Nieuwenhuis 1979, p. 6 die betoogt dat partijautonomie de contractsvrijheid vooronderstelt, en Nieskens-Isphording 1991, p. 28 en Vranken 2000, p. 146-149 die juist van mening zijn dat partijautonomie fundamenteler is dan contractsvrijheid en als zodanig ook aan contractsvrijheid voorafgaat: 'zonder erkenning van de mogelijkheid tot vrije wilsbepaling heeft contractsvrijheid geen basis' (Vranken 2000, p. 147).

41 Zie voor een historische schets van het denken over het beginsel van contractsvrijheid Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III* 2010, nr. 45-64, waarin eveneens wordt betoogd dat de contractsvrijheid dermate fundamenteel is dat het de status van (ongeschreven) grondrecht moet worden toegekend.

42 Hijma 2007, nr. 14.

is de wetgever evenwel terughoudend met regulering van het verbintenissenrecht door middel van dwingend recht. Slechts daar waar de wetgever een der contractspartijen bijzondere bescherming wil bieden of waar de belangen van derden als gevolg van de overeenkomst in het geding kunnen komen, grijpt de wetgever in door middel van dwingende wetgeving.[43] Dit neemt niet weg dat de wetgever in de loop van de twintigste eeuw mede in het licht van deze argumenten een deel van zijn terughoudendheid heeft laten varen en met name binnen de context van het arbeidsrecht en het consumentenrecht de nodige dwingende wetgeving het licht heeft doen laten zien. Deze ontwikkeling, die in de literatuur wordt aangeduid als de vermaatschappelijking van het privaatrecht, kan dan ook in zekere zin worden gezien als een relativering van het beginsel van contractsvrijheid.[44]

3.5.2 Consensualisme

Het beginsel van consensualisme houdt in dat het sluiten van overeenkomsten in beginsel vormvrij is (vgl. artikel 3:37 lid 1, dat stelt dat verklaringen, tenzij anders bepaald, in iedere vorm kunnen geschieden of in een of meer gedragingen besloten kunnen liggen).[45] Voor een overeenkomst is voldoende dat er op enigerlei wijze blijkt van wilsovereenstemming tussen beide partijen. Dit neemt niet weg dat ten bewijze van het bestaan van de overeenkomst deze toch vaak op schrift wordt vastgelegd. Dit vormt evenwel in beginsel geen geldigheidsvereiste voor de overeenkomst. Indien op andere wijze van het bestaan van wilsovereenstemming kan blijken, is dat zonder meer voldoende.[46] Evenals het beginsel van contractsvrijheid wordt dit beginsel van consensualisme in de indeling van Hartkamp en Sieburgh afgeleid uit het autonomiebeginsel: op grond van het beginsel van partijautonomie is de wilsovereenstemming van partijen bepalend, niet een bepaalde vorm waaruit deze zou blijken.[47] Het beginsel van consensualisme neemt evenwel niet weg dat het aangaan van bepaalde overeenkomsten, mits bij wettelijke regeling bepaald, wel degelijk aan bepaalde vormen is gebonden. Diverse bijzondere overeenkomsten in Boek 7 van het BW kennen op straffe van nietigheid bijzondere vormvoorschriften, zoals een geschrift waaruit het bestaan van de overeenkomst blijkt. Dergelijke overeenkomsten worden, als gezegd, aangeduid als formele overeenkomsten. Veelal stelt de wet dergelijke vormvereisten met het oog op de rechtszekerheid of ter bescherming van een zwakker geachte contractspartij. Ook de eerdergenoemde reële overeenkomsten, waarbij de overeen-

43 Hijma 2007, nr. 14.
44 Zie uitgebreider over deze ontwikkeling § 5.4.2.
45 Zie ook articles 1.2 and 3.2 UNIDROIT Principles 2004; alsmede article 2:101 PECL.
46 Hijma 2007, nr. 15.
47 Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III* 2010, nr. 41.

komst als zodanig pas tot stand komt bij overhandiging van de zaak waarop de overeenkomst betrekking heeft, vormen een uitzondering op het beginsel van consensualisme.

3.5.3 Verbindende kracht

Op grond van het beginsel van verbindende kracht (het beginsel van de trouw aan het gegeven woord[48]) zijn partijen in beginsel gebonden aan de afspraken die zij met elkaar hebben gemaakt (*pacta sunt servanda*).[49] Dit beginsel is impliciet neergelegd in artikel 6:248 lid 1 BW, waarin, onder meer, staat te lezen dat een overeenkomst de door partijen overeengekomen rechtsgevolgen heeft. De gelding van het beginsel van verbindende kracht is tamelijk evident. Zonder de juridische erkenning van de maatschappelijke gedragsregel 'belofte maakt schuld' is een geordende samenleving immers moeilijk denkbaar.[50] Er bestaan evenwel uitzonderingen op het uitgangspunt van verbindende kracht: onder bepaalde omstandigheden kunnen partijen niet aan een overeenkomst worden gehouden. Hartkamp en Sieburgh brengen dit tot uitdrukking door middel van het beginsel van maatschappelijke rechtvaardigheid, dat met name ziet op de mate van gelijkwaardigheid tussen de bij een overeenkomst betrokken partijen, en het beginsel van maatschappelijke aanvaardbaarheid, dat met name ziet op de al dan niet oorbare inhoud van de overeenkomst: 'Het bestaan van een bindende overeenkomst veronderstelt bovendien dat de overeenkomst wat betreft inhoud en strekking valt binnen de voor een bepaalde samenleving aanvaarde uitgangspunten die in het objectieve recht worden weerspiegeld.'[51] Artikel 3:40 BW bepaalt dan ook dat in geval van strijd met een dwingende wetsbepaling, de openbare orde of de goede zeden de overeenkomst nietig of vernietigbaar is, hetgeen zoals hierboven beschreven eveneens als een uitzondering op het beginsel van contractsvrijheid kan worden gezien. Daarnaast kan de redelijkheid en billijkheid derogerend werken ten aanzien van het beginsel van verbindende kracht: 'een tussen partijen als gevolg van de

48 Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III* 2010, nr. 43.

49 Zie ook article 1.3 UNIDROIT Principles 2004. Het beginsel van verbindende kracht is als zodanig niet expliciet in de Principles of European Contract Law neergelegd.

50 Hijma 2007, nr. 15. Zie evenwel Chao-Duivis 2000 die de nodige vraagtekens plaatst bij de verschillende in de literatuur aangedragen grondslagen voor het beginsel van verbindende kracht, waaronder het argument dat een geordende samenleving de gelding van deze stelregel nu eenmaal zou eisen. Het beginsel van verbindende kracht verdraagt zich in haar optiek in ieder geval slecht met de wilsleer (overeenkomsten zijn verbindend omdat partijen dit zelf willen), namelijk in de situatie waarin een van de betrokken partijen van de overeenkomst af wil. Die mogelijkheid zou volgens haar dan ook altijd open moeten staan (zij het dat daardoor onder omstandigheden een plicht tot schadevergoeding kan ontstaan). In een dergelijke situatie zou de overeenkomst volgens Chao-Duivis in ieder geval niet mogen worden gebruikt om een partij te dwingen tot iets wat hij niet wil, te weten nakoming.

51 Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III* 2010, nr. 43.

overeenkomst geldende regel is niet van toepassing voor zover dit in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn' (artikel 6:248 lid 2 BW). Dit kan worden gezien als een concreet uitvloeisel van het door Hartkamp en Sieburgh genoemde beginsel van maatschappelijke rechtvaardigheid.[52]

3.5.4 Andere beginselen

Verdedigd kan worden dat er meer beginselen ten grondslag liggen aan het contractenrecht dan de drie die in het voorgaande zijn besproken. Dit blijkt al uit de afwijkende indeling die Hartkamp en Sieburgh maken waar het de beginselen van contractenrecht betreft. Waar de drieslag van contractsvrijheid, consensualisme en verbindende kracht uitgaat van een ideaaltypische situatie waarop op grond van zwaarwegende belangen die met (een of meer van) deze drie beginselen botsen, uitzonderingen kunnen worden toegelaten, stellen Hartkamp en Sieburgh de zwaarwegende redenen die botsen met de klassieke drieslag eveneens als beginsel voor. Door grootheden als beginsel te presenteren die gemakkelijk tegenstrijdig met elkaar kunnen zijn (bijv. partijautonomie vs. maatschappelijke aanvaardbaarheid of trouw aan het gegeven woord vs. maatschappelijke rechtvaardigheid), schetsen Hartkamp en Sieburgh veeleer een zeker krachtenveld van beginselen die onder omstandigheden in tegengestelde richting kunnen wijzen dan een ideaaltype. Beide wijzen van benaderen verschillen met name wat betreft perspectief, wat betreft hun uitwerking hoeven zij geenszins tot andere uitkomsten te leiden. Vanuit theoretisch oogpunt zou kunnen worden betoogd dat het model van Hartkamp en Sieburgh meer ruimte laat (of: meer expliciet plaats inruimt) voor uitzonderingen op de contractsvrijheid of de verbindende kracht van overeenkomsten omdat de redenen die daaraan ten grondslag kunnen liggen eveneens de status van beginsel hebben, terwijl dat niet het geval is in het model van de drieslag. Wat hier verder van zij, de wettelijke regeling van het contractenrecht in het Burgerlijk Wetboek laat zich tot beide modellen herleiden.

Daarnaast laat het naast elkaar bestaan van beide modellen zien dat ook op beginselenniveau verschillende invullingen denkbaar zijn zonder dat daar noodzakelijkerwijs een elementair verschil van inzicht over de inhoud van het contractenrecht achter schuil gaat. Zo wordt – ook in het kader van de drieslag – wel gediscussieerd over de vraag of deze niet moet worden aangevuld met het beginsel dat alle overeenkomsten door redelijkheid en billijkheid

52 Hijma 2007, nr. 15 noemt vervolgens nog als uitzondering op het beginsel van verbindende kracht de figuur van de wettelijke bedenktijd, op grond waarvan de consument nog een aantal dagen na het sluiten van de overeenkomst het recht heeft de overeenkomst eenzijdig af te blazen (vgl. bijv. artikel 7:2 BW ten aanzien van de koop van een woning).

worden beheerst.[53] Voorts noemen Hartkamp en Sieburgh, naast de reeds hierboven genoemde beginselen die kunnen worden teruggevoerd op de besproken drieslag, het vertrouwensbeginsel, op grond waarvan de partij die zijn vrijheid heeft aangewend door op een bepaalde wijze te handelen en daarmee zijn wil te verklaren, verantwoordelijk wordt gehouden voor de verwachtingen die bij degene die deze verklaring ontvangt gerechtvaardigd zijn gewekt (vgl. artikel 3:35 en 3:36 BW).[54] Ook Nieuwenhuis schaart het vertrouwensbeginsel onder de dragende beginselen van het contractenrecht. Daarentegen serveert hij de beginselen van consensualisme en verbindende kracht juist weer af als beginsel van contractenrecht, onder toevoeging van het causa-beginsel dat bepaalt dat de door de overeenkomst in het leven geroepen verbintenissen over en weer in een middel/doel-relatie staan en van elkaar afhankelijk zijn.[55] Op deze plaats hoeft niet verder te worden ingegaan op de vraag welke essentialia van het contractenrecht de status van beginsel verdienen en welke ordening daarbinnen het meest wenselijk is. Hier volstaat de inventarisatie van de belangrijkste grondtrekken van het contractenrecht zoals die in het voorgaande is gegeven: de beginselen van contractsvrijheid, consensualisme en verbindende kracht, aan te vullen met de elementaire noties van maatschappelijke aanvaardbaarheid en redelijkheid en billijkheid.

3.6 De betrokken partijen

Partijen bij de overeenkomst zijn zij die de overeenkomst hebben gesloten, hetzij rechtstreeks hetzij door middel van een vertegenwoordiger.[56] Het is met name van belang vast te stellen wie partij is bij de overeenkomst met het oog op de stelregel dat een overeenkomst in beginsel slechts verbintenissen kan scheppen ten laste van de daarbij betrokken partijen (en derhalve in beginsel niet ten laste van derden[57]). In de regel kost het weinig moeite om vast te stellen welke rechtssubjecten al dan niet als partij bij een overeenkomst moeten worden beschouwd.

In het algemeen wordt in het overeenkomstenrecht geen onderscheid gemaakt tussen de verschillende mogelijke typen partijen (natuurlijk persoon,

---

53 Zie hierover Hijma 2007, nr. 13; zie hierover ontkennend Nieuwenhuis 1979, p. 7. Vgl. article 1.7 (1) UNIDROIT Principles 2004 en article 1:201 PECL.

54 Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III* 2010, nr. 42. Vgl. article 1.8 UNIDROIT Principles 2004 en article 2:102 PECL. Voorts spreken Hartkamp en Sieburgh van het schuldbeginsel, het risicobeginsel en het rechtszekerheidsbeginsel (Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III* 2010, nr. 43).

55 Nieuwenhuis 1979, p. 1-6, en over dit laatste beginsel uitgebreid p. 69-78. Als gezegd kan deze afwijkende indeling worden verklaard uit het feit dat Nieuwenhuis niet zozeer beginselen van contractenrecht opsomt, maar veeleer argumenten ter rechtvaardiging van de verbindende kracht van overeenkomsten.

56 Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III* 2010, nr. 514.

57 Zie over de positie van derden bij de overeenkomst § 3.10.

rechtspersoon, overheid). Deze wettelijke uniformiteit betekent evenwel niet dat de verschillende hoedanigheden van de bij een overeenkomst betrokken partijen irrelevant zouden zijn. De gedachte hierbij is dat de toepassing van *dezelfde* algemene regel immers ten aanzien van het ene type partij anders kan uitvallen dan ten aanzien van het andere type.[58] Uit jurisprudentie en literatuur kunnen de volgende algemene richtsnoeren worden afgeleid: a) van een sterke, deskundige, machtige contractant mag soms meer worden verwacht dan van een minder krachtige partij; b) dit is eens te meer het geval als de wederpartij zwak of ondeskundig is.[59] Een en ander komt met name duidelijk naar voren in het kader van de toepassing van 'open normen', waarbij de omstandigheden van het geval – waaronder de hoedanigheden van de contractspartijen – een cruciale rol spelen (vgl. bijvoorbeeld de spreekplicht en onderzoeksplicht bij dwaling (artikel 6:228 BW) en de redelijkheid en billijkheid (artikel 6:248 BW)). Ook in het kader van de uitleg van overeenkomsten kan betekenis toekomen aan de hoedanigheid van partijen: hoe meer onervaren een partij is des te groter de kans is dat de wijze waarop zij de overeenkomst heeft opgevat door de rechter gerechtvaardigd zal worden geacht.[60]

Ook de overheid, althans een harer organen, kan partij zijn bij een overeenkomst. Te denken valt aan de gemeente die meubilair voor het gemeentehuis aanschaft of een contract met een schoonmaakbedrijf sluit. In geval van dit type op zichzelf normale obligatoire overeenkomsten waarbij de enige bijzonderheid is dat een der partijen een overheidslichaam is, geldt dat de gewone regels van het overeenkomstenrecht toepasselijk zijn. Daarbij geldt enkel de aanvulling dat overheidslichamen zich – evenals het geval is bij hun publieke taakuitoefening – ook binnen het contractuele kader aan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur moeten houden (zie voor een aantal van deze beginselen artikel 3:2 tot en met 3:4 Awb).[61] In zoverre geldt bij overeenkomsten met publiekrechtelijke lichamen dan ook een dubbele normering, zij het dat het zwaartepunt bij dergelijke overeenkomsten bij het normale contractenrecht ligt. Lastiger wordt het wanneer een overeenkomst met een overheidsorgaan niet alleen een publiekrechtelijk tintje krijgt doordat een der partijen krachtens het publiekrecht is ingesteld, maar ook nog eens doordat het onderwerp van de overeenkomst een publiekrechtelijk karakter heeft. Op dergelijke gevallen wordt in de literatuur gedoeld wanneer wordt gesproken van een publiekrechtelijke overeenkomst.[62] In dit verband van overeenkomsten waarbij de overheid als partij is betrokken, rijzen vervolgens verschillende belangwekkende vragen. Mag de overheid bepaalde publiekrechtelijke doeleinden nastreven door gebruik te maken van instrumenten als de overeenkomst, al dan niet

58 Hijma & Olthof 2005, nr. 456a. Zie ook Hijma 2007, nr. 16.
59 Zie uitgebreid Tjittes 1994.
60 Zie HR 13 maart 1981, *NJ* 1981, 635 m.nt. CJHB (Haviltex).
61 Hijma & Olthof 2005, nr. 456b. Vgl. ook Hijma 2007, nr. 16. Zie uitgebreider § 7.3.2.1.
62 Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III* 2010, nr. 36. Zie meer uitgebreid § 7.3.2.2.

na uitputting van de publiekrechtelijke mogelijkheden? Mag de overheid publiekrechtelijke bevoegdheden tot onderwerp van een overeenkomst maken? En zo ja, door welke van de klassieke rechtsdomeinen wordt een dergelijke overeenkomst dan beheerst? Kunnen publiekrechtelijke overeenkomsten eenvoudigweg worden gezien als obligatoire overeenkomsten met het bijbehorende normatieve kader of staat hun publiekrechtelijke karakter daaraan in de weg? En gelden ook hier de algemene beginselen van behoorlijk bestuur als aanvullende normering? Een groot deel van deze vragen is in de jurisprudentie van de Hoge Raad en de dogmatiek inmiddels van een antwoord voorzien. Deze thematiek zal in het zevende hoofdstuk ten gronde worden besproken.

3.7 De totstandkoming van de overeenkomst

Constitutief voor de overeenkomst is de daaraan ten grondslag liggende wilsovereenstemming tussen de betrokken partijen (vgl. de eerder aangehaalde definitie: 'de overeenstemmende en onderling afhankelijke wilsverklaringen van twee of meer partijen'). Uit dit aspect van de definitie blijkt direct dat het moet gaan om een *gebleken* wilsovereenstemming: het overeenstemmen van de wil moet daadwerkelijk blijken uit overeenstemmende wilsverklaringen van partijen. Bij de totstandkoming van overeenkomsten kan worden onderscheiden tussen het tot stand komen van de overeenkomst zelf (een meerzijdige rechtshandeling) en het tot stand komen van de daaraan ten grondslag liggende rechtshandelingen van de afzonderlijke partijen. Beide aspecten kennen hun eigen vereisten. Voor het tot stand komen van rechtshandelingen geldt de wilsvertrouwensleer, voor het tot stand komen van overeenkomsten geldt het model van aanbod en aanvaarding, welke beide hebben te gelden als afzonderlijke rechtshandelingen.

3.7.1 Rechtshandelingen

Een rechtshandeling kan op twee manieren tot stand komen. Enerzijds door een wilsverklaring van de ene partij aan een ander (artikel 3:33 BW), anderzijds door het gerechtvaardigde vertrouwen dat de ene partij ontleent aan een verklaring of gedraging van de ander (artikel 3:35 BW).[63] Beide manieren vormen samen de twee pijlers van de wilsvertrouwensleer, waarbij de verklaarde wil kan worden gezien als de primaire grondslag voor de totstandkoming van de rechtshandeling en het gerechtvaardigde vertrouwen als de subsidiaire. In het normale geval zal een rechtshandeling tot stand komen door een verkla-

63 Vgl. specifiek voor de overeenkomst article 2.1.1 UNIDROIT Principles 2004.

ring van een rechtssubject waarvan kan worden gezegd dat deze daadwerkelijk een uitdrukking vormt van zijn wil. Het kan evenwel voorkomen dat verklaring en wil niet met elkaar overeenstemmen. In die gevallen kan de rechtshandeling niettemin tot stand zijn gekomen indien een ander gerechtvaardigd erop kon vertrouwen dat de verklaring wel degelijk in overeenstemming was met de wil van degene die deze verklaring deed. In dat geval krijgt de uiterlijke schijn van de verklaring dus voorrang boven de interne wil van de handelende persoon.[64] Anders gezegd, een eventuele discrepantie tussen verklaring en interne wil komt voor risico van de handelende persoon indien en zolang de buitenwereld erop mag vertrouwen dat deze wel degelijk met elkaar in overeenstemming waren. Ware dit anders geweest, dan zou dit tot onaanvaardbare situaties in het maatschappelijk verkeer kunnen leiden, daar de geldigheid van een rechtshandeling in dat geval voortdurend afhankelijk zou zijn van de vraag of de handelende persoon van mening is dat verklaring en interne wil al dan niet met elkaar in overeenstemming waren. Een dergelijke mate van potentiële rechtsonzekerheid is in het maatschappelijk verkeer bepaald ongewenst.

Van deze situatie waarin sprake is van een discrepantie tussen de verklaring en de interne wil moet worden onderscheiden de situatie waarin de wil op onzuivere wijze is gevormd (de wilsgebreken). In een dergelijk geval is een in beginsel bindende rechtshandeling tot stand gekomen, nu wil en verklaring op zichzelf overeenstemmen (artikel 3:33 BW). Niettemin is een dergelijke rechtshandeling onder omstandigheden – omdat de wil op onzuivere wijze is gevormd – wel vernietigbaar.[65] Het Burgerlijk Wetboek erkent vier wilsgebreken: bedreiging, bedrog en misbruik van omstandigheden (artikel 3:44 BW), welke voor alle rechtshandelingen gelden, en dwaling (artikel 6:228 BW), welke in beginsel slechts voor de obligatoire overeenkomst geldt.[66]

3.7.2 Aanbod en aanvaarding

Voor totstandkoming van de overeenkomst is vervolgens vereist dat sprake is van twee rechtshandelingen die op elkaar aansluiten, te weten aanbod en aanvaarding. Nu dit beide rechtshandelingen zijn, worden aanbod en aanvaarding niet alleen beheerst door de normen van artikel 6:217-225 BW, maar ook door de normen in titel 3.2 BW. De bepalingen over aanbod en aanvaarding in Boek 6 van het BW vullen deze laatste regeling slechts aan voor wat betreft de vraag of het al dan niet rechtshandelingen betreft die op elkaar aansluiten. In de literatuur wordt aangenomen dat van een aanbod sprake is indien een

64 Valk 2007, nr. 31.
65 Hijma & Olthof 2008, nr. 52.
66 Zie voor een nadere uitwerking Hijma & Olthof 2008, nr. 53-56 en nr. 475-481; alsmede Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III* 2010, nr. 218-271.

rechtssubject een voorstel tot het sluiten van een overeenkomst doet, dat alle essentiële elementen van die toekomstige overeenkomst bevat. Het aanbod moet zodanig duidelijk omlijnd zijn, dat de ontvanger van het aanbod deze met een eenvoudige bevestiging kan aanvaarden.[67] Hierbij geldt als ondergrens dat de verbintenissen die uit de overeenkomst zullen voortvloeien voldoende bepaalbaar zijn in de zin van artikel 6:227 BW. Niet elk initiatief tot het sluiten van een overeenkomst kan derhalve worden beschouwd als een aanbod. Het kan ook (slechts) een uitnodiging betreffen om met elkaar in onderhandeling te treden.[68] Indien onduidelijkheid bestaat over de strekking van de verklaring, zal uitleg van deze verklaring uitkomst moeten bieden, waarbij niet alleen betekenis toekomt aan hetgeen de afzender heeft verklaard en heeft willen verklaren, maar mede aan de vraag hoe de ontvanger van de verklaring deze in de gegeven omstandigheden mocht opvatten (vgl. artikel 3:33 en 3:35 BW).[69] Voorts geldt dat een aanbod moet worden gericht tot de potentiële wederpartij, hetgeen evenwel het gebruik van een tussenpersoon niet uitsluit. Ook staat het vereiste van gerichtheid niet in de weg aan de modaliteit van een openbaar aanbod.[70]

Voor de aanvaarding van een aanbod geldt, naast de algemene voorwaarden voor rechtshandelingen, een aantal specifieke vereisten.[71] De aanvaarding moet worden gericht tot de aanbieder en inhoudelijk overeenstemmen met het (nog geldige) tot de wederpartij gerichte aanbod. Deze aanvaarding mag in beginsel vormvrij geschieden.[72] Indien de aanvaarding van de wederpartij inhoudelijk afwijkt van het tot hem gerichte aanbod, is dit geen aanvaarding maar een nieuw aanbod (artikel 6:225 lid 1 BW), tenzij de afwijking een ondergeschikt punt betreft. In dat laatste geval komt de overeenkomst conform de aanvaarding tot stand, tenzij tegen de afwijking onverwijld bezwaar wordt gemaakt door de aanbieder (artikel 6:225 lid 2 BW).[73]

Hoewel in veel gevallen het sluiten van een overeenkomst een eenvoudige kwestie is van een gefixeerd aanbod van de ene partij dat door de andere partij onvoorwaardelijk wordt aanvaard (vgl. de meeste koopovereenkomsten door de natuurlijke persoon aangegaan als consument), zal in veel andere gevallen het sluiten van de overeenkomst worden voorafgegaan door een meer of minder uitgebreide fase van onderhandeling. In dergelijke gevallen zijn aanbod en aanvaarding moeilijk van elkaar te (onder)scheiden en in zoverre is het model van aanbod en aanvaarding een sterk versimpelde voorstelling van de werkelijkheid.[74] Als gezegd komt de wettelijke regeling niet veel verder

67 Valk 2007, nr. 57.
68 Vgl. article 2.1.2 UNIDROIT Principles 2004.
69 Valk 2007, nr. 59.
70 Valk 2007, nr. 57 en 58.
71 Vgl. article 2.1.6 (1) UNIDROIT Principles 2004.
72 Valk 2007, nr. 72.
73 Zie in gelijke zin article 2.1.11 UNIDROIT Principles 2004.
74 Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III* 2010, nr. 189; Valk 2007, nr. 56.

dan te bepalen dat een reactie van de wederpartij die inhoudelijk afwijkt van het aanbod dat is gedaan door de andere partij, wordt opgevat als een nieuw aanbod (artikel 6:225 lid 1 BW). In de literatuur wordt deze fase van onderhandelingen – het telkens over en weer doen van een nieuw aanbod – veelal aangeduid als de precontractuele fase.[75] Hierbij dient voor ogen te worden gehouden dat in de jurisprudentie van de Hoge Raad onder verwijzing naar de eisen van redelijkheid en billijkheid het standpunt wordt gehuldigd dat deze precontractuele fase voor de onderhandelende partijen niet in alle opzichten vrijblijvend is. Wanneer de onderhandelingen in een gevorderd stadium zijn, kan een situatie ontstaan waarin het partijen niet langer zonder meer vrijstaat de onderhandelingen af te breken. De zogenoemde Plas/Valburg-doctrine van de Hoge Raad onderscheidt in dit kader drie stadia: 1) een eerste stadium waarin het zonder meer is geoorloofd de onderhandelingen af te breken; 2) een tweede stadium waarin de onderhandelingen weliswaar mogen worden afgebroken, maar niet zonder dat de door de wederpartij reeds gemaakte kosten worden vergoed; 3) een derde stadium waarin het afbreken van de onderhandelingen in strijd met de redelijkheid en billijkheid is en de wederpartij op grond daarvan in rechte kan vorderen dat op constructieve wijze wordt dooronderhandeld of dat de schade, inclusief de gederfde winst, wordt vergoed.[76] Deze Plas/Valburg-doctrine lijkt evenwel op zijn retour te zijn. In de loop der jaren zijn steeds meer nuanceringen op deze doctrine noodzakelijk gebleken, waardoor het denken in termen van drie verschillende stadia in de jurisprudentie van de Hoge Raad steeds minder herkenbaar is geworden. Ook lijkt de Hoge Raad in zijn jurisprudentie in toenemende mate het beginsel van contractsvrijheid voorop te stellen.[77]

3.8 De inhoud van de overeenkomst

Ook voor de inhoud van de overeenkomst geldt een aantal geldigheidsvereisten. Zo geldt in de eerste plaats dat de verbintenissen die partijen op zich nemen bepaalbaar moeten zijn (vgl. artikel 6:227 BW). Dit betekent meer concreet dat de door partijen te leveren prestaties (het voorwerp van de verbinte-

75 Welke term minder geschikt is in het geval de onderhandelingen op niets uitlopen en geen overeenkomst tot stand komt, aldus Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III* 2010, nr. 189.

76 HR 18 juni 1982, *NJ* 1983, 723 m.nt. CJHB (Plas/Valburg).

77 Valk 2007, nr. 80 en 80a, waarbij hij wijst op HR 12 augustus 2005, *NJ* 2005, 467 (CBB/JPO) waarin werd bepaald dat als 'strenge en tot terughoudendheid nopende' maatstaf voor beoordeling van de vraag of al dan niet na afgebroken onderhandelingen een plicht tot schadevergoeding bestaat, heeft te gelden 'dat ieder van de onderhandelende partijen – die verplicht zijn hun gedrag mede door elkaars gerechtvaardigde belangen te laten bepalen – vrij is de onderhandelingen af te breken, tenzij dit op grond van het gerechtvaardigd vertrouwen van de wederpartij in het totstandkomen van de overeenkomst of in verband met de andere omstandigheden van het geval onaanvaardbaar zou zijn'. Vgl. in dit kader ook article 2.1.15 UNIDROIT Principles 2004.

nissen) voldoende bepaald, althans voldoende bepaalbaar, moeten zijn.[78] Het betreft hier een geldigheidsvereiste voor de overeenkomst, met andere woorden de bepaaldheid of bepaalbaarheid is constitutief voor het bestaan van de overeenkomst: 'De afspraak tussen twee personen, waarbij de een aan de ander toezegt 'iets' te doen, terwijl op generlei wijze blijkt waarin dat 'iets' bestaat, is geen overeenkomst.'[79] Deze eis van bepaalbaarheid behoeft evenwel niet altijd even letterlijk te worden genomen. Zo behoeft het voorwerp van de prestatie niet individueel bepaald te zijn; het wordt voldoende geacht dat deze is bepaald naar de soort.[80] In het verlengde hiervan hoeft het voorwerp van de prestatie niet al bij het sluiten van de overeenkomst tot in bijzonderheden vast te staan, mits dit naderhand maar bepaald kan worden. Ook kunnen overeenkomsten betrekking hebben op toekomstige goederen.[81]

3.8.1 Geoorloofdheid van de inhoud

Belangrijker dan het vereiste van bepaaldheid van de verbintenissen voortvloeiende uit de overeenkomst, is het vereiste van de geoorloofdheid van de inhoud van de overeenkomst:

> 'Ieder rechtsstelsel behoudt zich op grond van het beginsel van de maatschappelijke aanvaardbaarheid (…) het recht voor om een overeenkomst ongeldig (nietig of vernietigbaar) te achten indien zij in strijd is met de voor de desbetreffende samenleving aanvaarde uitgangspunten die in het objectieve recht worden weerspiegeld. Terwijl een dergelijke ongeldigheid van de overeenkomst impliceert dat de contractsvrijheid van de betrokken partijen wordt beperkt, faciliteert zij in algemene zin juist de autonomie (en contractsvrijheid) van een ieder. Omdat de waarden waarop de ongeldigheid van de overeenkomst berust, gericht zijn op bescherming van persoonlijkheid, op maximalisering van gelijke vrijheid voor een ieder en op doelmatigheid van het rechtsverkeer in de samenleving, is zij een van de instrumenten waarmee de maximalisering van wederzijdse vrijheid wordt bewerkstelligd.'[82]

Interessant is dat in deze visie van Hartkamp en Sieburgh de beperkingen aan de inhoud van de overeenkomst slechts op het concrete niveau van de individuele contractspartijen afbreuk doen aan het beginsel van contractsvrij-

---

78 Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III* 2010, nrs. 283-285.

79 Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III* 2010, nr. 284. Vgl. hetgeen in § 2.6.6 is opgemerkt over de bepaalbaarheid als vereiste voor het bestaan van een rechtens relevante toezegging in het kader van de regeling van de toezeggingen aan getuigen. Zo is het enkel voorhouden van mogelijke consequenties of het in het vooruitzicht stellen van vage beloften door het Openbaar Ministerie of de politie hiervoor onvoldoende. Zie de Aanwijzing toezeggingen aan getuigen in strafzaken, *Stcrt*. 2006, 56, geldig van 1 april 2006 tot 30 september 2010.

80 Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III* 2010, nr. 286.

81 Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III* 2010, nr. 287 en 288.

82 Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III* 2010, nr. 303. Zie in dit kader ook Sieburgh 2004.

heid en de achterliggende partijautonomie. Op het abstracte niveau van de samenleving als geheel wordt de partijautonomie juist gefaciliteerd door beperkingen te stellen aan de inhoud van de overeenkomst, nu deze beperkingen zijn ingegeven door bepaalde waarden die de vrijheid van de burger juist beogen te maximaliseren. De hier weergegeven visie van Hartkamp en Sieburgh kan ook normatief worden gelezen, in die zin dat beperkingen aan de inhoud van de overeenkomst alleen zijn toegestaan indien het stellen van deze beperkingen per saldo tot maximalisering van wederzijdse vrijheid leidt.

Uitgangspunt blijft dat het partijen in beginsel vrij staat elke overeenkomst te sluiten die zij wensen. Slechts indien de inhoud van de overeenkomst in strijd is met de wet, de goede zeden of de openbare orde, is zij ongeoorloofd en daarmee nietig of vernietigbaar (zie artikel 3:40 BW, dat gezien zijn plaatsing in Boek 3 is geschreven voor rechtshandelingen in het algemeen, maar daarmee ook van toepassing is op de obligatoire overeenkomst).[83] Een scherpe scheiding tussen de gronden waarop een overeenkomst ongeoorloofd kan zijn, valt moeilijk te maken, niet in de laatste plaats omdat de categorieën strijd met de wet, strijd met de goede zeden en strijd met de openbare orde elkaar onderling behoorlijk overlappen. Zo strekken veel wettelijke bepalingen tot bescherming van hetgeen wordt gerekend tot de goede zeden of de openbare orde.[84] Van de drie categorieën is de strijd met de wet nog het meest vastomlijnd: onder 'wet' in de zin van artikel 3:40 BW moet in ieder geval worden verstaan wet in formele zin en onder omstandigheden ook lagere regelgeving.[85] Het begrip strijd met de goede zeden is daarentegen veel moeilijker te omschrijven. Veel meer dan de omschrijving 'het maatschappelijk oordeel omtrent hetgeen behoort' kan volgens Hartkamp en Sieburgh niet worden gegeven. Bij onduidelijkheid hierover zal het oordeel van de rechter de doorslag moeten geven.[86] Aansprekende voorbeelden van overeenkomsten die in strijd komen met de goede zeden zijn overeenkomsten waarvan de nakoming zal leiden tot overtreding van een wettelijk verbod, overeenkomsten waarbij misbruik wordt gemaakt van ambt of functie, overeenkomsten waardoor het belang van de ene partij op vergaande wijze aan het belang van de wederpartij wordt opgeofferd (woekercontracten) en overeenkomsten als gevolg waarvan de belangen van derden op onredelijke wijze worden benadeeld.[87] Van strijdigheid met de openbare orde wordt gesproken, indien de overeenkomst in strijd komt met 'de fundamentele beginselen van de huidige maat-

83 De UNIDROIT Principles 2004 kennen geen vergelijkbare bepaling. De ongeldigheid van de overeenkomst wegens onrechtmatige of immorele inhoud blijft een kwestie van nationaal recht. Vgl. article 3.1 UNIDROIT Principles 2004.
84 Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III* 2010, nr. 311.
85 Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III* 2010, nr. 314.
86 Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III* 2010, nr. 330.
87 Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III* 2010, nr. 340-344.

schappelijke organisatie' of 'het geheel van normen en beginselen, welker inachtneming noodzakelijk is voor de instandhouding van de maatschappij'.[88]

3.8.2 Bepaling van de inhoud

Hoewel in de meeste gevallen de inhoud van de overeenkomst duidelijk zal zijn, kunnen situaties ontstaan waarin partijen van mening verschillen over wat zij nu precies onderling hebben afgesproken. In zo'n geval komt het erop aan de inhoud van de overeenkomst te bepalen aan de hand van uitleg. Als leidend criterium bij de uitleg van overeenkomsten hanteert de Hoge Raad het criterium uit het welbekende Haviltex-arrest, waarmee wordt aangesloten bij de wilsvertrouwensleer van artikel 3:33 en 3:35 BW:

> 'Bij de uitleg van een overeenkomst komt het aan op de zin die partijen in de gegeven omstandigheden over en weer redelijkerwijs aan de bepalingen van de overeenkomst mochten toekennen en op hetgeen zij te dien aanzien redelijkerwijs van elkaar mochten verwachten.'[89]

Uit dit criterium vloeit voort dat de bewoordingen van de overeenkomst, hoewel voor de uitleg daarvan belangrijk, op zichzelf nooit beslissend kunnen zijn. Het gaat uiteindelijk om wat de partijen in de gegeven omstandigheden uit elkaars verklaringen en gedragingen mochten afleiden. In geval van overeenkomsten waarbij (in sterke mate) derden zijn betrokken, is er daarbij volgens de Hoge Raad aanleiding deze Haviltex-norm in enigszins geobjectiveerde vorm toe te passen en de taalkundige betekenis van de gebruikte bewoordingen zoveel mogelijk leidend te laten zijn.[90] In wezen kan de vraag naar hetgeen partijen redelijkerwijs van elkaar mochten verwachten, worden herleid tot de vraag of en in hoeverre voor partijen bij de totstandkoming van de overeenkomst een plicht tot het doen van nader onderzoek naar de bedoelingen van de ander bestond. Relevante omstandigheden bij deze beoordeling zijn niet alleen de bewoordingen van de overeenkomst, maar ook de opstelling van partijen gedurende de onderhandelingen die hebben geleid tot de overeenkomst (is een der partijen in de precontractuele fase radicaal omgeslagen?) en de vaardigheden van partijen en de perceptie daarvan door de ander (professional of leek; al dan niet voorzien van rechtskundige bijstand?).[91] Daarbij geldt als één van de vaste vuistregels de uitleg *contra proferentem*:

---

88 Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III* 2010, nr. 345.

89 HR 13 maart 1981, *NJ* 1981, 635 m.nt. CJHB (Haviltex). Vgl. articles 4.1 and 4.2 UNIDROIT Principles 2004.

90 Zie HR 20 februari 2004, *NJ* 2005, 493 m.nt. C.E. du Perron (DSM/Fox).

91 Valk 2007, nr. 267. Vgl. article 4.3 UNIDROIT Principles 2004. Daarnaast wordt in articles 4.4-4.6 UNIDROIT Principles 2004 nog een aantal meer concrete vuistregels ten behoeve van de interpretatie geformuleerd.

indien een door een professionele partij aangedragen beding onduidelijk is, ligt het voor de hand dit beding in het voordeel van de andere partij uit te leggen, zeker als deze een niet professionele partij is.[92] Ook kan het voorkomen dat partijen eenvoudigweg hebben nagelaten een bepaald aspect van de overeenkomst te regelen, waardoor het op een later moment onduidelijk kan worden wat tussen hen als rechtens heeft te gelden. In een dergelijk geval zal de ontbrekende norm aan de hand van het Haviltex-criterium moeten worden ingevuld.[93]

3.8.3 Aanvulling en beperking van de inhoud

De overeenkomst kan meer inhouden dan enkel datgene wat partijen expliciet of impliciet met elkaar hebben afgesproken. Artikel 6:248 lid 1 BW bepaalt hieromtrent dat de overeenkomst niet alleen de rechtsgevolgen heeft die door partijen met elkaar zijn overeengekomen, maar ook de rechtsgevolgen die, gezien de aard van de overeenkomst, voortvloeien uit de wet (bij wijze van aanvullend recht), de gewoonte en de eisen van redelijkheid en billijkheid (de aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid). Het primaat ligt evenwel zonder meer bij hetgeen partijen onderling zijn overeengekomen.[94] Wat betreft de redelijkheid en billijkheid geldt dat deze niet alleen aanvullend kan werken, maar ook beperkend. Op grond van artikel 6:248 lid 2 BW is een tussen partijen als gevolg van de overeenkomst geldende regel niet van toepassing indien en voor zover dit in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn. Deze derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid kan zich op alle uit de overeenkomst voortvloeiende rechtsgevolgen richten, ongeacht de vraag of zij uit de wet, de gewoonte of hetgeen partijen met elkaar zijn overeengekomen, voortvloeien.[95] Op de vraag wat in dit verband onder redelijkheid en billijkheid dient te worden verstaan, geeft artikel 3:12 BW een antwoord door aan te geven met welke factoren in dit kader rekening moet worden gehouden. Het betreft achtereenvolgens: algemeen erkende rechtsbeginselen, de in Nederland levende rechtsovertuigingen en de maatschappelijke en persoonlijke belangen die bij het gegeven geval zijn betrokken.

92 Hijma & Olthof 2008, nr. 492. Zie voor een wettelijk verankerd voorbeeld van deze regel artikel 6:238 lid 2 BW dat betrekking heeft op algemene voorwaarden in consumentenovereenkomsten.

93 Vgl. article 4.8 UNIDROIT Principles 2004.

94 Hijma & Olthof 2008, nr. 492; zie ook Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III* 2010, nr. 388.

95 Hijma & Olthof 2008, nr. 493; zie ook Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III* 2010, nr. 416.

3.9 De uitvoering van de overeenkomst

Wanneer de bij een overeenkomst betrokken partijen de verbintenissen die voor elk van hen uit de overeenkomst voortvloeien, conform de termen van de overeenkomst nakomen, levert de uitvoering van de overeenkomst weinig problemen op. In de praktijk kunnen er echter diverse legitieme of illegitieme redenen zijn waarom partijen de overeenkomst niet (zonder meer) willen of kunnen uitvoeren. Het contractenrecht kent voor dit type situaties verschillende regels. Een aantal van deze regels wordt in het onderstaande kort belicht.

3.9.1 Onvoorziene omstandigheden

Een van de redenen dat één van de partijen de overeenkomst niet meer onverkort kan of wil nakomen, is het gegeven dat zich na het sluiten van de overeenkomst onvoorziene omstandigheden (*imprévision*) hebben voorgedaan. Artikel 6:258 lid 1 BW heeft voor dit geval een regeling getroffen door te bepalen dat de rechter op verzoek van een van de partijen de gevolgen van een overeenkomst kan wijzigen of deze zelfs geheel of gedeeltelijk kan ontbinden[96] op grond van onvoorziene omstandigheden die 'van dien aard zijn dat de wederpartij naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid ongewijzigde instandhouding van de overeenkomst niet mag verwachten'.[97] Het tweede lid voegt daaraan toe dat een wijziging of ontbinding van de overeenkomst niet wordt uitgesproken voor zover de omstandigheden krachtens de aard van de overeenkomst of de in het verkeer geldende opvattingen voor rekening dienen te komen van degene die zich erop beroept. Teneinde een beroep te kunnen doen op onvoorziene omstandigheden dient de betreffende omstandigheid zich ten eerste daadwerkelijk na de totstandkoming van de overeenkomst te hebben voorgedaan,[98] en dient de omstandigheid ten tweede in die zin onvoorzien te zijn dat de overeenkomst niet expliciet of impliciet in het intreden daarvan voorziet. Het begrip 'onvoorzien' duidt derhalve niet op de vraag of partijen de betreffende omstandigheid al dan niet hebben (kunnen) voorzien, maar op de vraag of (de consequenties van) het intreden van deze omstandigheid al dan niet, expliciet dan wel impliciet, door de overeenkomst worden geregeld. De rechter zal zich bij toepassing van deze bepaling terughoudend opstellen; ook in geval van onvoorziene omstandigheden blijft het uitgangspunt

96 De rechter kan op grond van artikel 6:260 lid 1 BW aan de wijziging of ontbinding voorwaarden verbinden, bijvoorbeeld schadeloosstelling. Zie Hijma & Olthof 2008, nr. 511.

97 Artikel 6:258 lid 1 BW kan dan ook worden beschouwd als een *specialis* van de derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid, zoals geregeld in artikel 6:248 lid 2 BW. Zie Hijma & Olthof 2008, nr. 509; zie ook Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III* 2010, nr. 446.

98 Indien de omstandigheid zich reeds heeft voorgedaan voor of ten tijde van het sluiten van de overeenkomst dient de weg van dwaling ex artikel 6:228 BW te worden bewandeld. Zie Hijma & Olthof 2008, nr. 509 en Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III* 2010, nr. 455.

de gebondenheid aan het gegeven woord.[99] Wel betreft artikel 6:258 BW een regeling van dwingend recht (zie artikel 6:250 BW), de partijen kunnen de werking van deze bepaling derhalve niet uitsluiten. Hooguit kunnen ze de reikwijdte daarvan enigszins inperken door zoveel mogelijk eventualiteiten in de termen van de overeenkomst te verdisconteren.[100]

3.9.2 Mogelijkheden bij niet-nakoming

Ook los van het vraagstuk van onvoorziene omstandigheden kan zich vanzelfsprekend het geval voordoen dat een van beide partijen de overeenkomst niet kan of wil nakomen. In dat geval voorziet het Burgerlijk Wetboek voor de schuldeiser in een viertal mogelijkheden: 1) nakoming; 2) opschorting; 3) schadevergoeding; en 4) ontbinding.[101] De vraag welke van deze vier remedies in het concrete geval openstaan, is mede afhankelijk van de vraag of nakoming al dan niet mogelijk is, alsmede van de daarmee voor een deel samenhangende vraag of de niet-nakoming al dan niet aan de schuldenaar kan worden toegerekend. Indien en voor zover aan de door de wet gestelde eisen aan deze vier mogelijkheden is voldaan, heeft de schuldeiser in beginsel steeds – zij het binnen de marges van de redelijkheid en billijkheid (artikel 6:2 en 6:248 BW) op grond waarvan hij de gerechtvaardigde belangen van de schuldenaar in ogenschouw dient te nemen – de vrije keuze welke van deze mogelijkheden hij hanteert.[102]

a. Nakoming

Indien de wederpartij van de schuldenaar de rechter verzoekt de schuldenaar tot nakoming te veroordelen, zal de rechter – indien en voor zover nakoming (nog) mogelijk is – dit steeds doen, tenzij de wet, de aard van de verplichting of een rechtshandeling daaraan in de weg staat (artikel 3:296 BW). Met een dergelijke veroordeling is de basis gelegd voor reële executie (artikel 3:297 e.v. BW) en de eventuele inzet van de dwangmiddelen dwangsom (artikel 611a e.v. Rv) en lijfsdwang (artikel 585 e.v. Rv). Wanneer nakoming niet of niet langer mogelijk is, zal de rechter een vordering tot nakoming evenwel wegens onvoldoende belang afwijzen (artikel 3:303 BW).[103]

---

99 Hijma & Olthof 2008, nr. 507.
100 Hijma & Olthof 2008, nr. 508.
101 Hijma & Olthof 2008, nr. 331. De bespreking van de vier mogelijkheden in het navolgende spitst zich toe op de wederkerige overeenkomst in de zin van artikel 6:261 BW.
102 Hijma & Olthof 2008, nr. 332.
103 Hijma & Olthof 2008, nr. 88.

b. Opschorting

Artikel 6:262 lid 1 BW – de *exceptio non adimpleti contractus* – bepaalt dat indien een van de partijen haar verbintenis voortvloeiende uit de overeenkomst niet nakomt, de wederpartij bevoegd is de nakoming van haar daartegenover staande verplichtingen op te schorten. Voor het inroepen van deze exceptie geldt een aantal vereisten.[104] Ten eerste dient het om een wederkerige overeenkomst te gaan en dienen de betreffende verbintenissen daadwerkelijk tegenover elkaar te staan.[105] Daarnaast dient de vordering op de schuldenaar opeisbaar te zijn. Voorts dient vanzelfsprekend sprake te zijn van niet-nakoming door de schuldenaar, waaronder zowel het uitblijven van de betreffende prestatie als het ondeugdelijk verrichten daarvan worden begrepen. Hierbij maakt het in beginsel niet uit wat de reden voor de niet-nakoming is; de niet-nakoming hoeft derhalve niet toerekenbaar te zijn. Ook een gerechtvaardigd beroep op overmacht (artikel 6:75 BW) door de schuldenaar sluit de bevoegdheid tot opschorting op grond van artikel 6:262 BW derhalve niet uit. De enige uitzondering op de regel dat de reden voor niet-nakoming irrelevant is, is dat de niet-nakoming door de schuldenaar niet zelf al op bevoegde opschorting mag berusten. De bevoegdheid tot opschorting in de zin van deze bepaling bestaat derhalve slechts alleen als de schuldenaar als eerste dient na te komen of als bij 'gelijk oversteken' de nakoming eerst bij de wederpartij stokt. Het tweede lid van artikel 6:262 BW bepaalt voorts dat in geval van gedeeltelijke of niet behoorlijke nakoming de opschorting moet worden gerechtvaardigd door de niet-nakoming. Daarmee wordt ook de bevoegdheid tot opschorting door de eisen van redelijkheid en billijkheid beheerst. Toepassing daarvan kan afhankelijk van de omstandigheden van het geval leiden tot de conclusie dat opschorting a) slechts gedeeltelijk is gerechtvaardigd; b) in zijn geheel is gerechtvaardigd, veelal onder de voorwaarde van terbeschikkingstelling van hetgeen reeds is ontvangen aan de wederpartij; of c) in het geheel niet is gerechtvaardigd.[106]

Ook in geval een partij als eerste haar verplichtingen onder de overeenkomst dient na te komen, kan hem onder omstandigheden een opschortingsrecht toekomen. In dat geval betreft het de onzekerheidsexceptie van artikel

104 Zie hiervoor Hijma & Olthof 2008, nr. 515. Ook de algemene opschortingsregeling van artikel 6:52 e.v. BW is in beginsel op de *exceptio non adimpleti contractus* van toepassing, met uitzondering van de in artikel 6:264 genoemde bepalingen. Zie in dit verband ook Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III* 2010, nr. 712-718.

105 Zie Hijma & Olthof 2008, nr. 517-518. Hierbij is het meest van belang dat hoofdverbintenissen tegenover elkaar staan, terwijl dit in de regel niet het geval is bij een bijkomende verbintenis in relatie tot een hoofdverbintenis en *vice versa*. Wel kan in dit laatste geval eventueel een algemeen opschortingsrecht in de zin van artikel 6:52 BW bestaan, omdat daarvoor slechts het vereiste van connexiteit geldt. Dit vereiste stelt lichtere eisen aan de relatie tussen de betrokken verbintenissen dan artikel 6:262 lid1 BW dat eist dat zij daadwerkelijk tegenover elkaar staan.

106 Zie meer uitgebreid Hijma & Olthof 2008, nr. 516a en Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III* 2010, nr. 715.

6:263 BW. Voor de mogelijkheid van het inroepen van deze exceptie geldt het vereiste dat na het sluiten van de overeenkomst de partij die de exceptie wil inroepen bepaalde omstandigheden ter kennis zijn gekomen die haar 'goede grond geven te vrezen dat de wederpartij haar daartegenover staande verplichtingen niet zal nakomen'. De partij die op goede gronden vreest dat haar wederpartij haar verplichtingen niet zal nakomen, hoeft derhalve niet lijdzaam eerst de eigen verbintenissen na te komen, omdat zij daartoe conform de overeenkomst nu eenmaal als eerste verplicht is.[107] Ook hier geldt ingevolge lid 2 weer de regel dat bij vrees voor gedeeltelijke of niet behoorlijke nakoming, de opschorting moet worden gerechtvaardigd door de niet-nakoming.

c. Schadevergoeding

Niet-nakoming van een verbintenis voortvloeiende uit de overeenkomst kan ook leiden tot een recht op schadevergoeding. Artikel 6:74 BW vormt zowel de basis voor vervangende schadevergoeding, welke *in de plaats* komt van het vorderen van nakoming of ontbinding, als voor aanvullende schadevergoeding, waarop de schuldeiser recht heeft *naast* nakoming, vervangende schadevergoeding of ontbinding.[108] Voor beide typen schadevergoedingen is vereist dat er sprake is van een tekortkoming in de nakoming van een verbintenis, toerekenbaarheid van de tekortkoming aan de schuldenaar, schade, en causaal verband tussen de tekortkoming en de schade.[109] Een tekortkoming betekent in dit verband dat de verbintenis opeisbaar is, dat niettemin niet of ondeugdelijk wordt gepresteerd, hetgeen niet wordt gerechtvaardigd door een opschortingsbevoegdheid, terwijl de schuldenaar in verzuim is.[110] Dit laatste vereiste geldt niet in geval nakoming van de verbintenis blijvend onmogelijk is (zie artikel 6:74 lid 2 BW). Voor wat betreft het tweede vereiste van de toerekenbaarheid bepaalt artikel 6:75 BW dat een tekortkoming niet aan de schuldenaar kan worden toegerekend wanneer zij niet te wijten is aan zijn schuld (overmacht) en zij bovendien niet krachtens wet, rechtshandeling of in het verkeer geldende opvattingen voor zijn rekening dient te komen.[111] De bewijslast ligt in dit kader bij de schuldenaar; het is aan hem om aan te tonen dat in het specifieke geval de tekortkoming niet aan hem kan worden toegerekend.[112] Indien hem dit lukt, staat dit in de weg aan een geslaagd beroep

107 Hijma en Olthof duiden de onzekerheidsexceptie dan ook aan als het complement van de *exceptio non adimpleti contractus* (zie Hijma & Olthof 2008, nr. 516). Zie voorts Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III* 2010, nr. 716.

108 Hijma & Olthof 2008, nr. 364.

109 Hijma & Olthof 2008, nr. 365. Zie over het begrip schade en de causaliteitsvragen in het kader van de vaststelling van de hoogte van de schadevergoeding Hijma & Olthof 2008, nr. 389-405.

110 Hijma & Olthof 2008, nr. 366.

111 Zie voor voorbeelden van situaties waarin de tekortkoming voor rekening van de schuldenaar dient te blijven Hijma & Olthof 2008, nr. 370 e.v.

112 Hijma & Olthof 2008, nr. 368.

op schadevergoeding op grond van artikel 6:74 BW. Wel kan in een dergelijk geval een plicht tot schadevergoeding ontstaan op de voet van artikel 6:78 BW, indien sprake is van ongerechtvaardigde verrijking als gevolg van de – weliswaar niet toerekenbare – tekortkoming in de nakoming.[113]

d. Ontbinding

De bevoegdheid van opschorting heeft een tijdelijk karakter. In sommige gevallen volstaat deze bevoegdheid en wordt de overeenkomst alsnog volledig uitgevoerd. Niet zelden vormt opschorting evenwel de voorbode voor een definitieve beëindiging van de overeenkomst. Daarvoor, en met name voor de daarmee verbonden definitieve bevrijding van de uit de overeenkomst voortvloeiende verplichtingen, dient de overeenkomst te worden ontbonden. Artikel 6:265 BW formuleert de bevoegdheid hiertoe door te bepalen dat iedere tekortkoming van een partij in de nakoming van een van haar verbintenissen voortvloeiende uit een wederkerige overeenkomst de wederpartij de bevoegdheid geeft om de overeenkomst geheel of gedeeltelijk te ontbinden, 'tenzij de tekortkoming gezien haar bijzondere aard of geringe betekenis deze ontbinding met haar gevolgen niet rechtvaardigt'. Voordat kan worden ontbonden, dient derhalve sprake te zijn van een tekortkoming, hetgeen in dit verband betekent dat de verbintenis opeisbaar is, dat niettemin niet of ondeugdelijk wordt gepresteerd, hetgeen niet wordt gerechtvaardigd door een opschortingsbevoegdheid, en de schuldenaar in verzuim is (zie hiervoor artikel 6:81 e.v. BW).[114] Dit laatste uit artikel 6:265 lid 2 BW voortvloeiende vereiste geldt evenwel niet indien nakoming blijvend of tijdelijk onmogelijk is. Voorts is ontbinding als gezegd niet mogelijk indien dit gezien de bijzondere aard of de geringe betekenis van de tekortkoming niet gerechtvaardigd zou zijn, waarbij de bewijslast hiervoor op de tekortschietende wederpartij rust.[115] Een ernstige of wezenlijke tekortkoming is evenwel op zichzelf niet vereist, noch het ontbreken van alternatieven voor ontbinding.[116]

De schuldeiser kan ervoor kiezen de overeenkomst geheel of gedeeltelijk te ontbinden, waarbij de omvang van de ontbinding op zichzelf niet strikt is gebonden aan de omvang van de tekortkoming. In wezen geldt dan ook enkel de grens dat de schuldeiser geen ontbindingsvorm mag kiezen die gezien de bijzondere aard of de geringe betekenis van de tekortkoming niet is gerecht-

113 Hijma & Olthof 2008, nr. 373.

114 Hijma & Olthof 2008, nr. 519. Niet is vereist dat de tekortkoming toerekenbaar is. De bevoegdheid tot ontbinding bestaat derhalve ook indien de schuldenaar zich op overmacht (artikel 6:75 BW) kan beroepen. Zie ook Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III* 2010, nr. 678-683.

115 Hijma & Olthof 2008, nr. 519. De rechter zal de gerechtvaardigdheid van de ontbinding dan ook niet ambtshalve onderzoeken. Zie ook Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III* 2010, nr. 684.

116 Zie respectievelijk HR 24 november 1995, *NJ* 1996, 160 (Tromp/Regency) en HR 27 november 1998, *NJ* 1999, 197 (De Bruin/Meiling). Zie evenwel article 7.3.1 UNIDROIT Principles 2004 en article 9:301 jo. 8:103 PECL die beide eisen dat de niet-nakoming *fundamental* is.

vaardigd; volstrekte evenredigheid tussen tekortkoming en (mate van) ontbinding is evenwel niet vereist, het gaat slechts om het voorkomen van wanverhoudingen.[117] Wat betreft de wijze van ontbinding bepaalt artikel 6:267 BW dat deze kan plaatsvinden door zowel een buitengerechtelijke schriftelijke ontbindingsverklaring als een rechterlijke uitspraak waarbij op vordering van de schuldeiser de ontbinding van de overeenkomst wordt uitgesproken.[118]

Indien de overeenkomst geheel of gedeeltelijk wordt ontbonden, worden partijen van de door de ontbinding getroffen verbintenissen bevrijd (artikel 6:271 BW). Verbintenissen die nog niet zijn nagekomen, hoeven derhalve niet meer te worden nagekomen. In geval van een gedeeltelijke ontbinding houdt deze volgens artikel 6:270 BW een evenredige vermindering in van de wederzijdse prestaties 'in hoeveelheid of hoedanigheid'. Aldus worden de bestaande verbintenissen omgezet in verbintenissen met een verminderde omvang. Voor het overige zijn de partijen van hun verbintenissen bevrijd.[119] Indien de overeenkomst wordt ontbonden en een of meer daaruit voortvloeiende verbintenissen al zijn nagekomen, geldt dat de rechtsgrond daarvoor blijft bestaan, nu ingevolge artikel 6:269 BW ontbinding geen terugwerkende kracht heeft. Wel ontstaat voor partijen de verplichting de reeds door hen ontvangen prestaties ongedaan te maken (artikel 6:271 BW). Indien de prestatie gezien haar aard daadwerkelijk geschikt is om ongedaan te worden gemaakt, is sprake van een verbintenis tot ongedaanmaking in eigenlijke zin. Indien de prestatie naar haar aard niet ongedaan kan worden gemaakt, ontstaat daarvoor in de plaats een verbintenis tot waardevergoeding (artikel 6:272 BW).[120]

Van belang is voorts dat in het geval waarin de overeenkomst wordt ontbonden wegens een aan de schuldenaar toerekenbare tekortkoming in de nakoming (wanprestatie) de ontbinding vergezeld kan gaan van een recht op schadevergoeding voor de schuldeiser (artikel 6:277 lid 1 BW). Het gaat dan om vergoeding van het positief contractsbelang, de schade die de schuldeiser lijdt doordat geen wederzijdse correcte nakoming maar ontbinding van de overeenkomst heeft plaatsgevonden.[121] Het betreft hier een *specialis* van de algemene schadevergoedingsregeling van artikel 6:74 BW. Indien de tekortkoming in de nakoming niet aan de schuldenaar kan worden toegerekend – bijvoorbeeld als gevolg van overmacht in de zin van artikel 6:75 BW –, bestaat in beginsel geen recht op schadevergoeding (artikel 6:277 lid 2 BW).

117 Hijma & Olthof 2008, nr. 523; zie ook Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III* 2010, nr. 696.
118 Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III* 2010, nr. 687-689.
119 Hijma & Olthof 2008, nr. 525; zie ook Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III* 2010, nr. 701.
120 Zie meer uitgebreid over deze verbintenissen Hijma & Olthof 2008, nr. 526-528 en Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III* 2010, nr.703-706.
121 Hijma & Olthof 2008, nr. 531 met verwijzing naar HR 19 mei 1995, *NJ* 1995, 531 (Ordelmans/Lademo). Zie voorts Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III* 2010, nr. 710-711.

3.10 De derde bij de overeenkomst

Het overeenkomstenrecht wordt veelal gezien als het rechtsgebied bij uitstek met behulp waarvan burgers onderling hun betrekkingen kunnen regelen.[122] Dit betekent niet dat de omgeving van partijen volstrekt immuun zou zijn voor hetgeen de betrokken partijen onderling met elkaar afspreken:

> 'Uit het inzicht dat de structuur van een overeenkomst niet alleen wordt bepaald door de vrijheid van partijen en hun onderlinge vertrouwen, vloeit voort dat een contract niet een eiland is dat slechts bewoond wordt door partijen en dat bovendien door partijen geheel naar eigen inzicht kan worden ingericht.'[123]

In deze optiek kan een overeenkomst niet los worden gezien van de samenleving als geheel, die enerzijds de condities schept waarbinnen overeenkomsten kunnen worden gesloten en anderzijds geconfronteerd wordt of kan worden met de gevolgen die de overeenkomst heeft. In zoverre moet bij elke overeenkomst de samenleving dan ook als de niet uit te sluiten derde worden beschouwd[124] en in die optiek is het overeenkomstenrecht, zoals Sieburgh in haar oratie stelt, ook slechts tot op zekere hoogte 'privaat' recht:

> 'Het recht weerspiegelt de samenleving waarin het geldt. Ook al wordt een onderdeel van dat recht 'privaat recht' genoemd, dat onderdeel zondert zich daarmee niet af van de rest van het recht en van de maatschappelijke orde waaruit het voortkomt. Zelfs het meest private onderdeel van het privaatrecht, het contractenrecht, staat niet los van de rest van het recht en van de maatschappelijke orde. Het smeedt een band tussen de individuen die zich daarvan bedienen. Het smeedt bovendien een band tussen deze individuen en de aan het recht als geheel ten grondslag liggende uitgangspunten en beginselen. Een ieder die het contract gebruikt als instrument voor zelfontplooiing, verhoudt zich daarmee (impliciet) tot het overige recht en tot de samenleving.'[125]

Een concrete uitwerking van dit inzicht – de nietigheid of vernietigbaarheid van overeenkomsten die in strijd komen met wet, goede zeden of openbare orde (artikel 3:40 BW) – is in het voorgaande reeds besproken. Deze bepaling toont dat er grenzen aan de contractsvrijheid van partijen bestaan, grenzen die worden bepaald door hetgeen de samenleving – al dan niet blijkens haar officiële regelgeving – acceptabel vindt. Maar ook buiten de werking van dit voorschrift dient de samenleving bij elke overeenkomst als niet uit te sluiten derde worden beschouwd. Dit inzicht is niet in de laatste plaats van belang wanneer het overeenkomsten betreft waarbij het algemeen belang sterk is

122 Zie bijvoorbeeld Nieuwenhuis 1979, p. 3 en Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III* 2010, nr. 41.
123 Sieburgh 2004, p. 25.
124 Sieburgh 2004, p. 27.
125 Sieburgh 2004, p. 28-29.

betrokken. Er bestaat dan ook slechts tot op zekere hoogte ruimte voor een visie op het contractenrecht waarin partijen 'zelf wel uitmaken wat zij onderling afspreken' en daarover geen verantwoording schuldig zijn aan de samenleving als geheel.

Naast het feit dat bij elke overeenkomst de samenleving als niet uit te sluiten derde moet worden beschouwd, kunnen ook individuele burgers worden geconfronteerd met de gevolgen van overeenkomsten waarbij zij zelf geen partij zijn. Onder omstandigheden dienen de partijen bij de overeenkomst zich hiervan rekenschap te geven, waarmee geenszins is gezegd dat partijen onderling geen overeenkomst zouden mogen sluiten indien dit voor derden negatieve gevolgen zou kunnen hebben. Integendeel, veelal zal een overeenkomst er juist toe strekken de daarbij betrokken partijen op enigerlei wijze te bevoordelen ten opzichte van rechtssubjecten die niet (als partij) bij de overeenkomst zijn betrokken.[126]

Het uitgangspunt is evenwel dat een overeenkomst slechts verbintenissen vestigt tussen de partijen die haar aangingen. Dit betekent dat een overeenkomst in beginsel noch terstond noch op een later tijdstip verbintenissen kan doen ontstaan ten behoeve of ten laste van derden.[127] Op deze stelregel wordt vervolgens een aantal uitzonderingen gemaakt (bijv. het derdenbeding in de zin van artikel 6:253 BW), welke in dit kader geen bespreking behoeven. Het is in dit kader wel interessant om te benadrukken dat de situatie waarin een partij een overeenkomst sluit krachtens welke hij er tegenover zijn wederpartij voor instaat dat een zekere derde iets zal doen of nalaten, geen uitzondering vormt op het beginsel dat overeenkomsten geen verbintenissen scheppen ten aanzien van derden.[128] In een dergelijk geval is het immers de betreffende partij die een verbintenis aangaat; de derde wordt daardoor geenszins in rechte gebonden.

126 Vgl. ook Nieuwenhuis 2009, p. 2255: 'Zonder erkenning van het eigenbelang als het *perpetuum mobile* van het contracteren is begrip van contractenrecht niet mogelijk. (…) De harde kern van het contractenrecht is de kunst van twee partijen om beiden winst te maken. (…) Contracteren is onmiskenbaar een *égoïsme à deux*.'

127 De term derde heeft geen vastomlijnde betekenis of inhoud in het juridisch spraakgebruik. In dit kader is het voldoende om vast te stellen dat onder het begrip derde moet worden verstaan een ieder die geen partij is geweest bij het sluiten van de overeenkomst, maar daarmee vervolgens wel te maken krijgt. Zie Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III* 2010, nr. 516. Zie nader over de vraag in hoeverre de overeenkomst rechtsgevolgen ten aanzien van derden met zich brengt Valk 2007, nr. 299 e.v.

128 Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III* 2010, nr. 531.

3.11 SLOT

In het voorgaande is in vogelvlucht een aantal essentialia van het overeenkomstenrecht besproken. Noties als partijautonomie, contractsvrijheid en consensualisme voeren daarbij de boventoon. Hierdoor vormt het contractenrecht voor individuele burgers het rechtsgebied bij uitstek om onderling betrekkingen met elkaar aan te gaan. Tegelijkertijd wordt duidelijk dat de vrijheid die het contractenrecht biedt, niet onbeperkt is. Zo kunnen de wet, de openbare orde en de goede zeden in de weg staan aan het sluiten van bepaalde contracten. Ook de positie van derden – waaronder niet in de laatste plaats de samenleving kan worden begrepen – kan tot op zekere hoogte beperkingen stellen aan deze vrijheid. De overeenkomst is als gezegd geen eiland dat slechts wordt bewoond door de betrokken partijen en volstrekt van het vasteland van het algemeen belang is geïsoleerd. De rechtsorde als geheel, het algemeen belang alsmede belangen van derden zijn ook binnen het contractenrecht relevante factoren waarvan partijen zich binnen zekere grenzen wel degelijk de nodige rekenschap moeten geven. Ook zijn partijen in zekere mate verantwoording jegens elkaar schuldig. Hoewel het contractenrecht kan worden omschreven als *égoïsme à deux*,[129] hebben contractspartijen de nodige verplichtingen jegens elkaar, waarbij geldt dat deze niet enkel beperkt hoeven te blijven tot die verplichtingen die zij expliciet zijn overeengekomen. Zowel in het stadium van de totstandkoming van de overeenkomst als ten tijde van de uitvoering daarvan zijn partijen ingevolge de notie van redelijkheid en billijkheid gehouden over en weer rekening te houden met elkanders gerechtvaardigde belangen, waarbij op grond van die notie niet alleen kan worden aangenomen dat er verplichtingen bestaan die niet expliciet zijn overeengekomen, maar ook dat verplichtingen die wel zijn overeengekomen niet steeds onverkort hoeven te worden nagekomen (artikel 6:248 BW). De notie van redelijkheid en billijkheid alsmede de andere open normen die het privaatrecht kent, bieden voorts de nodige ruimte rekening te houden met feitelijke machtsverschillen tussen de betrokken partijen, teneinde te voorkomen dat de juridische fictie van gelijkwaardigheid in de praktijk tot onbillijke resultaten leidt. Van een deskundige, machtige contractspartij mag onder omstandigheden meer worden verwacht dan van een minder machtige partij, terwijl dit des te sterker geldt als de wederpartij beduidend zwakker of ondeskundiger is. Feit blijft evenwel dat het contractenrecht vertrekt vanuit de gedachte van partijautonomie en contractsvrijheid.

129 Nieuwenhuis 2009, p. 2255.

4 De strafrechtelijke overeenkomst

4.1 Inleiding

In het tweede hoofdstuk is het begrip consensualiteit onder de loep genomen en zijn de verschillende consensuele procedures in kaart gebracht. In dit hoofdstuk wordt de vraag beantwoord hoe het begrip consensualiteit zich verhoudt tot het concept van de overeenkomst zoals dat in het voorgaande hoofdstuk is geschetst (§ 4.2). Deze vergelijking leidt vervolgens tot een begripsomschrijving van de strafrechtelijke overeenkomst (§ 4.3). Voorts wordt ingegaan op de vraag of en in hoeverre de verschillende op consensualiteit gebaseerde procedures binnen het strafrecht, zoals die in het tweede hoofdstuk zijn beschreven, als overeenkomst kunnen worden beschouwd en of en in hoeverre zij derhalve als strafrechtelijke overeenkomst zijn te betitelen. Ook hierbij wordt weer een driedeling gemaakt naar het doel waarmee de betreffende procedure wordt gehanteerd: afdoening buiten geding, verkorting van het geding en verkrijging van bewijs (§ 4.4 – § 4.6).

4.2 Van consensualiteit naar overeenkomst

4.2.1 Inleiding

In het tweede hoofdstuk zijn de verschillende op consensualiteit gebaseerde procedures binnen het strafrecht in kaart gebracht. Deze inventarisatie gebeurde daar op basis van de definitie van consensualiteit: het toekennen van rechtsgevolg dan wel bepalende invloed op de loop van het (straf)proces of de strafoplegging aan consensus tussen de vervolgende overheid en de verdachte. Uit deze definitie werd een tweetal constitutieve criteria afgeleid: overeenstemming tussen Openbaar Ministerie en verdachte, alsmede het aan deze consensus verbinden van rechtsgevolg of bepalende invloed op de loop van het (straf)proces of de strafoplegging.[1] Op basis van deze criteria zijn vervolgens als belangrijkste vormen van consensualiteit binnen het strafrecht onderscheiden: de transactie, het voorwaardelijk sepot, de schikking in het kader van de ontneming als verschillende vormen van consensuele procedures

1 Zie § 2.3.1.

ter afdoening buiten geding, de voeging ad informandum als vorm van een consensuele procedure ter verkorting van het geding en de toezeggingen aan getuigen als consensuele procedure ter verkrijging van bewijs. Daarnaast bleken ook verschillende meer incidentele afspraken tussen procespartijen onder de noemer van consensualiteit te kunnen worden gebracht. De vraag is nu of deze consensuele procedures ook als overeenkomst kunnen worden beschouwd of dat hier toch veeleer sprake is van een rechtsfiguur *sui generis*, die weliswaar op het eerste gezicht doet denken aan een overeenkomst, maar daarvan toch op essentiële punten afwijkt. Ter beantwoording van deze vraag wordt in het navolgende aangesloten bij de begripsomschrijving van de privaatrechtelijke overeenkomst zoals die in het vorige hoofdstuk is gegeven.

4.2.2 Definiëring van de overeenkomst

Aan de vraag of de verschillende consensuele procedures al dan niet als overeenkomst kunnen worden beschouwd, gaat de vraag vooraf wat hierbij precies onder het begrip overeenkomst dient te worden verstaan. Aansluiting bij de privaatrechtelijke terminologie en dogmatiek ligt in dit kader het meest voor de hand.

> 'Een overeenkomst is, kort gezegd, 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 der partijen en ten laste van de andere partij, of ten behoeve en ten laste van beide (alle) partijen over en weer.'[2]

Deze definitie van Hartkamp en Sieburgh – die binnen het privaatrecht als leidend kan worden beschouwd – kent een aantal belangrijke elementen, die in het vorige hoofdstuk reeds uitvoeriger zijn besproken.[3] Deze elementen kunnen worden opgevat als constitutieve voorwaarden die steeds aanwezig dienen te zijn om te kunnen spreken van een overeenkomst. Ten eerste dient sprake te zijn van wilsovereenstemming tussen twee of meer rechtssubjecten. Deze wilsovereenstemming dient te worden geopenbaard door middel van aanbod en aanvaarding, welke wilsverklaringen afhankelijk van elkaar worden afgelegd ('overeenstemmende en onderling afhankelijke wilsverklaringen'). Voorts dient deze geopenbaarde wilsovereenstemming te zijn gericht op het teweegbrengen van een bepaald rechtsgevolg. Dit rechtsgevolg dient te worden teweeggebracht ten behoeve van de ene partij en ten laste van de andere partij of ten behoeve en ten laste van beide partijen over en weer. Bij beantwoording van de vraag of een bepaalde rechtsfiguur of een concreet voorliggende rechts-

2 Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III* 2010, nr. 8.
3 Zie § 3.2; zie uitgebreider Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III* 2010, nr. 8-15.

betrekking aan de begripsomschrijving van de overeenkomst voldoet, dient dan ook naar een tweetal elementaire criteria te worden gekeken: 1) Is er sprake van een geopenbaarde wilsovereenstemming tussen twee of meer rechtssubjecten? 2) Is deze geopenbaarde wilsovereenstemming gericht op het teweegbrengen van rechtsgevolg(en) tussen beide rechtssubjecten?

Nu kan dit uit de overeenkomst voortvloeiende rechtsgevolg verschillende vormen aannemen, afhankelijk van de aard van het recht waarop de overeenkomst betrekking heeft. Veelal zal dit rechtsgevolg er in bestaan dat de overeenkomst een of meer verbintenissen voor de bij de overeenkomst betrokken partijen in het leven roept. In dat geval is er sprake van een obligatoire (verbintenisscheppende) overeenkomst (artikel 6:213 BW).[4] Voorts geeft artikel 6:261 BW een meer specifieke omschrijving van de wederkerige overeenkomst, een *specialis* van de obligatoire overeenkomst: 'een overeenkomst is wederkerig, indien elk van beide partijen een verbintenis op zich neemt ter verkrijging van de prestatie waartoe de wederpartij zich daartegenover jegens haar verbindt'. Er zijn naast de (eenzijdige en wederkerige) obligatoire overeenkomst evenwel ook andere typen overeenkomsten, waarbij het rechtsgevolg niet uit het scheppen van verbintenissen bestaat.[5] Wanneer in het navolgende wordt bekeken of en in hoeverre de verschillende op consensualiteit gebaseerde rechtsfiguren aan de begripsomschrijving van de overeenkomst voldoen, ligt aansluiting bij dergelijke typen overeenkomsten uit de aard der zaak evenwel weinig voor de hand. Niettemin moet voor ogen worden gehouden dat voor de vraag of een zekere rechtsfiguur als een overeenkomst kan worden beschouwd, de voornoemde twee criteria van wilsovereenstemming en gerichtheid op rechtsgevolg van belang zijn, terwijl de vraag waaruit het rechtsgevolg bestaat, vervolgens bepalend is voor de vraag om welk type overeenkomst het gaat. Teneinde te kunnen spreken van een obligatoire overeenkomst dient steeds de extra eis te worden gesteld dat het door de wilsovereenstemming in het leven geroepen rechtsgevolg uit een of meer verbintenissen bestaat.

Hoewel de breed onderschreven definitie van de overeenkomst zoals Hartkamp en Sieburgh die geven primair op privaatrechtelijke verhoudingen betrekking heeft, bestaat er op zichzelf geen bezwaar tegen deze omschrijving te veralgemeniseren tot een aan het recht als geheel ten grondslag liggende, gemeenschappelijke definitie van het begrip overeenkomst, temeer daar deze uit het privaatrecht afkomstige begripsomschrijving in wezen geen bestanddelen kent die een specifieke en exclusieve gerichtheid op privaatrechtelijke verhoudingen

4 Dit is ook de reden dat de obligatoire overeenkomst is geregeld in Boek 6, het onderdeel van het Burgerlijk Wetboek dat ziet op verbintenissen in het algemeen. Zie Hijma & Olthof 2008, nr. 453.

5 Zo worden in de literatuur onder meer de familierechtelijke, de goederenrechtelijke en de procesrechtelijke overeenkomst onderscheiden. Zie uitgebreider Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III* 2010, nr. 19. Zie ook § 3.3.

uitdrukt. Slechts het bestanddeel 'partijen' zou mogelijk kunnen verraden dat de omschrijving van het begrip overeenkomst zich primair op privaatrechtelijke verhoudingen richt, maar dit bestanddeel laat zich gemakkelijk veralgemeniseren tot het begrip rechtssubjecten. Bovendien heeft het begrip partijen niet eens zozeer een privaatrechtelijke connotatie als wel een connotatie met het begrip overeenkomst zelf. Ook binnen het privaatrecht zelf worden betrokkenen bij een rechtsbetrekking immers slechts als partijen aangeduid indien het een rechtsbetrekking betreft die als overeenkomst kan worden gekwalificeerd.

Een veralgemenisering van het begrip overeenkomst zoals dat binnen het privaatrecht wordt opgevat, is daarnaast goed te verdedigen op grond van het feit dat de overeenkomst ook buiten het privaatrecht voorkomt[6] en ook de niet-privaatrechtelijke overeenkomst wel degelijk onder genoemde definitie kan worden geschaard. Ook de publiekrechtelijke overeenkomst – die zoals in het zevende hoofdstuk zal worden betoogd als een publiekrechtelijke rechtsfiguur moet worden gezien[7] – beantwoordt immers volledig aan de omschrijving van het begrip overeenkomst zoals die door Hartkamp en Sieburgh wordt gegeven.[8] De belangrijkste reden dat de uit het privaatrecht afkomstige definitie van het begrip overeenkomst ook van toepassing kan worden geacht op buiten het privaatrecht gelegen rechtsbetrekkingen dan wel gemakkelijk kan worden veralgemeniseerd tot een op het recht als geheel van toepassing zijnde begripsomschrijving, is – naast het reeds genoemde feit dat de definitie geen onderdelen kent die een exclusieve gerichtheid op het privaatrecht uitdrukken – gelegen in het feit dat de definitie van de overeenkomst primair op *de vorm* van de rechtsbetrekking ziet en niet op de inhoud daarvan. Het gaat bij de kwalificatie van een bepaalde rechtsbetrekking als overeenkomst in feite slechts om de vraag of al dan niet sprake is van een op wilsovereenstemming berustende meerzijdige rechtshandeling die een of meer rechtsgevolgen tussen de betrokken rechtssubjecten in het leven roept. De vraag waarover een overeenkomst wordt gesloten – de inhoud van de rechtsgevolgen – maakt geen zelfstandig onderdeel uit van het begrip overeenkomst. Zo kunnen een publiekrechtelijke overeenkomst over de wijze van uitoefening van overheidsbevoegdheden of een familierechtelijke overeenkomst als het huwelijk evenzeer onder het begrip overeenkomst worden geschaard als een privaatrechtelijk contract over vermogensrechten. Bij elk van deze rechtsfiguren is de vorm een overeenkomst en deze laat zich niet verder uitsplitsen in

6 Vgl. Scheltema & Scheltema 2008, p. 185: 'De overeenkomst is een rechtsfiguur die in alle delen van het recht voorkomt.'

7 Zie § 7.3.2.4 en de daaraan voorafgaande beschouwingen.

8 Ook zal de publiekrechtelijke overeenkomst veelal aan de definitie van de obligatoire overeenkomst in artikel 6:213 BW voldoen, nu ook uit de publiekrechtelijke overeenkomst voor de betrokken rechtssubjecten veelal verbintenissen zullen voortvloeien. Niettemin onderscheiden Hartkamp en Sieburgh in hun opsomming van typen overeenkomsten de publiekrechtelijke overeenkomst als een aparte categorie naast de obligatoire overeenkomst. Zie Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III* 2010, nr. 19.

meerdere vormen. Het feit dat zowel het privaatrecht als het publiekrecht verschillende bijzondere typen overeenkomsten onderscheidt die elk hun eigen specifieke (vorm)voorschriften kunnen hebben – bijvoorbeeld koopovereenkomsten, huurovereenkomsten, vaststellingsovereenkomsten, gemeenschappelijke regelingen, subsidieovereenkomsten, etc. –, maakt dit op zichzelf niet anders. Ook deze bijzondere typen overeenkomsten beantwoorden immers alle aan de grondvorm van de overeenkomst, maar stellen daaraan vervolgens de nodige nadere eisen.

Het voorgaande leidt tot de conclusie dat er op zichzelf niets aan in de weg staat de uit het privaatrecht afkomstige definitie van het begrip overeenkomst ook buiten het privaatrecht van toepassing te achten. Een herformulering daarvan in meer algemene termen teneinde op die manier te komen tot een universeel, domeinoverstijgend begrip van de overeenkomst is daarbij niet eens nodig, nu de privaatrechtelijke omschrijving in zodanig algemene termen is opgesteld dat zij reeds als gemeenschappelijke begripsomschrijving kan dienen. Dit geldt niet alleen voor het begrip overeenkomst in zijn algemeenheid maar ook voor de obligatoire overeenkomst als *specialis* daarvan. De begripsomschrijving van de obligatoire overeenkomst drukt immers evenmin een specifieke gerichtheid op het privaatrecht uit.

4.2.3 De verhouding tot het begrip consensualiteit

Nu vaststaat wat buiten de context van het privaatrecht onder het begrip overeenkomst kan worden verstaan, kan ook de vraag worden beantwoord hoe het begrip consensualiteit zich daartoe verhoudt. De door Hartkamp en Sieburgh geformuleerde definitie van het begrip overeenkomst en de aan de hand daarvan geformuleerde elementaire criteria – wilsovereenstemming en gerichtheid op rechtsgevolg – kunnen daarbij als uitgangspunt worden genomen. Direct valt dan op dat de in het tweede hoofdstuk geformuleerde criteria voor het begrip consensualiteit – enerzijds het bestaan van consensus tussen Openbaar Ministerie en verdachte, en anderzijds het aan deze consensus verbinden van rechtsgevolg of bepalende invloed op de loop van het (straf)proces of de strafoplegging – vrijwel gelijk zijn aan de elementen uit de definitie van de overeenkomst. Zowel de aanwezigheid van wilsovereenstemming tussen de betrokken rechtssubjecten als het constitutief zijn daarvan voor enig rechtsgevolg vormen immers essentiële vereisten voor beide begrippen.

Niettemin zijn er twee belangrijke verschillen. Het eerste verschil is gelegen in het feit dat de overeenkomst in die zin scherper is omschreven dan het begrip consensualiteit dat de definitie van de overeenkomst in tegenstelling tot de omschrijving van het begrip consensualiteit mede een aspect bevat dat zich op de totstandkoming richt. De overeenkomst is een *rechtshandeling*, die tot stand komt door *wilsverklaringen* van twee of meer partijen. Waar de definitie van consensualiteit met name zoekt naar het bestaan van rechtsfiguren

en situaties die aan bepaalde criteria voldoen ('er is sprake van overeenstemming'), richt de definitie van de overeenkomst zich met name op de overeenkomst als rechtshandeling en de wijze waarop deze tot stand komt ('een rechtshandeling, tot stand gekomen door de overeenstemmende en onderling afhankelijke wilsverklaringen van twee of meer partijen').[9] De definitie van de overeenkomst drukt aldus in zekere zin een aspect van handelen of creëren uit, terwijl het selectiecriterium veeleer posterieur een bepaalde kwalificatie aan een reeds bestaande situatie toekent. Dit verschil is met name een verschil in perspectief dat op zichzelf nog niet hoeft af te doen aan de kwalificatie van de op consensualiteit gebaseerde rechtsfiguren als overeenkomst. Het stelt wel extra eisen waar het de totstandkoming van deze rechtsfiguren betreft, maar daarmee is nog niet gezegd dat zij niet aan deze eisen zouden kunnen voldoen. Ook de genoemde op consensualiteit gebaseerde rechtsfiguren zullen immers veelal op enigerlei wijze tot stand komen door overeenstemmende en onderling afhankelijke wilsverklaringen van enerzijds het Openbaar Ministerie en anderzijds de burger en zodoende voor wat betreft dit aspect aan de begripsomschrijving van de overeenkomst kunnen voldoen, zij het dat dit karakter van de overeenkomst als rechtshandeling – zoals in het vervolg van dit hoofdstuk zal blijken – bij de verschillende typen consensuele procedures niet altijd even herkenbaar naar voren komt. Feit blijft evenwel dat deze wijze van totstandkoming een wezenlijk onderdeel van het begrip overeenkomst uitmaakt en aldus in ieder geval in een bepaalde, minimale mate ook bij elke op consensualiteit gebaseerde rechtsfiguur aanwezig dient te zijn om deze als overeenkomst te kunnen bestempelen. In situaties waarin (de totstandkoming van) de wilsovereenstemming al te impliciet blijft, kan derhalve worden getwijfeld aan het karakter van de betreffende rechtsfiguur als overeenkomst.

Een tweede, voor een belangrijk deel met het voorgaande samenhangende verschil tussen het begrip consensualiteit en de definitie van de overeenkomst is gelegen in het feit dat deze laatste uitdrukkelijk de gerichtheid op rechtsgevolg vereist, terwijl dit aspect als zodanig niet in de omschrijving van consensualiteit voorkomt, waar immers slechts wordt gesproken van 'het toekennen van rechtsgevolg'.[10] De omschrijving van het begrip overeenkomst drukt aldus veel duidelijker uit dat het de betrokken rechtssubjecten zijn die het teweegbrengen van rechtsgevolgen tussen hen beiden beogen (de gerichtheid op rechtsgevolg), terwijl dit aspect hooguit impliciet in het begrip consensualiteit ligt besloten. Het begrip consensualiteit stelt immers slechts *dat* er rechtsgevolg wordt verbonden aan het bestaan van wilsovereenstemming

9 In dit verband zij er aan herinnerd dat de overeenkomst als begrip zowel wordt gebruikt voor de verbintenisscheppende handeling, als voor de overeengekomen afspraak (de inhoud van de overeenkomst) en de door die handeling in het leven geroepen rechtsverhouding (het samenstel van de ingetreden rechtsgevolgen). Zie eerder § 3.3; zie voorts Hijma 2007, nr. 8; vgl. ook Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III* 2010, nr. 8.

10 Zie ook § 2.3.1.2.

tussen de betrokken rechtssubjecten, maar de vraag of de betrokken rechtssubjecten dit al dan niet hebben *beoogd* blijft in feite in het midden. Ook schept het begrip consensualiteit geen duidelijkheid over de vraag wie verantwoordelijk is voor het realiseren van het rechtsgevolg. Dit kunnen en zullen veelal ook de rechtssubjecten zijn tussen wie de wilsovereenstemming bestaat, maar het begrip consensualiteit laat ook ruimte om het realiseren van het bedoelde rechtsgevolg aan een derde over te laten (bijvoorbeeld de rechter). Nu kan ook dit verschil tussen het begrip consensualiteit en de definitie van de overeenkomst in belangrijke mate worden teruggevoerd op het reeds genoemde verschil in perspectief tussen het begrip consensualiteit en het begrip overeenkomst. Daar komt nog bij dat het hier in feite ook om twee verschillende grootheden gaat: de overeenkomst is, opgevat als algemeen begrip, een rechtsfiguur, en meer concreet opgevat, een specifieke rechtshandeling of een specifieke rechtsverhouding.[11] Het begrip consensualiteit daarentegen is veeleer een vanuit theoretisch perspectief geboren concept dat erop is gericht een bepaald verschijnsel of een bepaalde categorie van verschijnselen in de werkelijkheid van de strafrechtspleging te benoemen. Als zodanig is het begrip consensualiteit dan ook minder concreet en vastomlijnd dan het begrip overeenkomst. Wat hier verder van zij, dit neemt niet weg dat om de verschillende op consensualiteit gebaseerde rechtsfiguren als overeenkomst aan te kunnen merken, de gerichtheid op rechtsgevolg een vereiste is. Om ook van een obligatoire overeenkomst te kunnen spreken, geldt voorts het nadere vereiste dat dit rechtsgevolg uit het scheppen van een of meer concrete verbintenissen voor de betrokken rechtssubjecten bestaat.

Een derde verschil tussen de definitie van de overeenkomst en de omschrijving van het begrip consensualiteit hangt samen met de aard van het gevolg dat aan het bestaan van de wilsovereenstemming wordt verbonden. Waar de definitie van de overeenkomst spreekt van 'het teweegbrengen van rechtsgevolg ten behoeve van een der partijen en ten laste van de andere partij, of ten behoeve en ten laste van beide (alle) partijen over en weer', spreekt de omschrijving van consensualiteit van 'het toekennen van rechtsgevolg, dan wel bepalende invloed op de loop van het (straf)proces of de strafoplegging'. De aard van de mogelijk aan de consensus te verbinden gevolgen is in het geval van consensualiteit derhalve ruimer dan in het geval van de overeenkomst. Bij deze laatste dient het steeds daadwerkelijk om rechtsgevolg te gaan; bij consensualiteit kan het ook gaan om 'bepalende invloed op de loop van het strafproces of de strafoplegging'. Hiermee worden derhalve ook meer feitelijke gevolgen door de definitie van consensualiteit bestreken.[12] Voor de overeenkomst is dit evenwel uitgesloten. De verschillende op consensualiteit gebaseerde rechtsfiguren kunnen derhalve slechts als overeenkomst worden beschouwd indien de gevolgen die aan het bestaan van wilsovereenstemming

11 Zie nogmaals § 3.3.
12 Zie § 2.3.1.2.

worden verbonden ook daadwerkelijk als rechtsgevolg kunnen worden beschouwd.

4.3 De strafrechtelijke overeenkomst

4.3.1 Afbakening

Op basis van het voorgaande kan worden gesteld dat de begripsomschrijving van de overeenkomst strikter is dan de begripsomschrijving van consensualiteit, met name gezien de voor de overeenkomst vereiste intentionaliteit van de wilsovereenstemming en de expliciete beperking tot rechtsgevolgen als door de wilsovereenstemming teweeg te brengen gevolgen. Daarmee blijven louter feitelijke gevolgen buiten het bereik van de overeenkomst. Een consensuele procedure is derhalve slechts tevens als een overeenkomst te beschouwen indien en voor zover er sprake is van: 1) wilsovereenstemming tussen twee of meer rechtssubjecten; 2) welke is gericht op het teweegbrengen van rechtsgevolg tussen beide rechtssubjecten. Om de consensuele procedure vervolgens ook als obligatoire overeenkomst te kunnen beschouwen, geldt het aanvullende vereiste dat het rechtsgevolg bestaat uit het in het leven roepen van verbintenissen voor een of beide partijen. Indien deze verbintenissen over en weer van elkaar afhankelijk zijn, is de overeenkomst daarnaast wederkerig in de zin van artikel 6:261 BW. En wanneer een of meer van deze verbintenissen betrekking heeft op de wijze waarop het Openbaar Ministerie van een bepaalde strafrechtelijke bevoegdheid gebruik maakt, kan de overeenkomst voorts als een *strafrechtelijke* overeenkomst worden bestempeld.

Wanneer deze vereisten voor de strafrechtelijke overeenkomst in hun onderlinge samenhang worden bezien, kan daaruit worden afgeleid dat strafrechtelijke overeenkomsten zich – evenals consensuele procedures[13] – slechts kunnen voordoen in het kader van discretionaire bevoegdheden. Alleen ten aanzien van de uitoefening van dit type bevoegdheden heeft het Openbaar Ministerie immers de nodige discretionaire ruimte waarbinnen het zijn wil kan bepalen en zodoende tot wilsovereenstemming met een verdachte kan komen. En ook alleen ten aanzien van (de wijze van uitoefening van) dit type bevoegdheden kan het Openbaar Ministerie verbintenissen aangaan. Gebonden bevoegdheden kunnen derhalve niet tot het onderwerp van een overeenkomst worden gemaakt, nu de wijze van uitoefening van dat type bevoegdheden dwingend door de wet wordt voorgeschreven. In het navolgende zal blijken dat de meeste strafrechtelijke overeenkomsten voortvloeien uit de discretionaire bevoegdheid bij uitstek, het opportuniteitsbeginsel ex artikel 167 lid 2 en 242 lid 2 Sv. Voorts kan op basis van voornoemde criteria worden vastgesteld dat

13 Zie § 2.3.1.1.

ook de definitie van de strafrechtelijke overeenkomst – evenals het geval was bij de begripsomschrijvingen van consensualiteit en van de overeenkomst[14] – niet een bepaalde vorm voorschrijft. De enkele gebleken wilsovereenstemming tussen Openbaar Ministerie en verdachte is voldoende om rechtsgevolg te kunnen constitueren. Daarmee geldt het privaatrechtelijke beginsel van consensualisme ook voor de strafrechtelijke overeenkomst. Het feit dat veel van de verschillende typen strafrechtelijke overeenkomsten niettemin aan bepaalde vormen zijn gebonden, doet daaraan op zichzelf niet af.

Wanneer de voor de strafrechtelijke overeenkomst geldende vereisten in het vervolg van dit hoofdstuk op de verschillende op consensualiteit gebaseerde procedures worden toegepast, zal blijken dat zij vrijwel telkens daadwerkelijk als strafrechtelijke overeenkomst kunnen worden omschreven. Er is immers bij de meeste op consensualiteit gebaseerde rechtsfiguren sprake van een geopenbaarde wilsovereenstemming tussen twee rechtssubjecten – het Openbaar Ministerie enerzijds en een verdachte en/of getuige anderzijds –, terwijl deze wilsovereenstemming in het algemeen ook op het teweegbrengen van een bepaald rechtsgevolg is gericht. Nu dit rechtsgevolg ook in dit kader vrijwel steeds uit het scheppen van een of meer verbintenissen voor een of meer van de betrokken rechtssubjecten ten opzichte van het andere rechtssubject leidt en deze verbintenissen voorts veelal over en weer van elkaar afhankelijk zijn, kunnen de meeste van deze overeenkomsten ook als obligatoir en wederkerig worden omschreven. Juist in dit ruilkarakter is veelal de meerwaarde van het sluiten van een strafrechtelijke overeenkomst gelegen in vergelijking met de meer traditionele, op eenzijdigheid gebaseerde mogelijkheden die het strafrecht reeds biedt. Daar waar de strafrechtelijke mogelijkheden tekortschieten kan het sluiten van een wederkerige overeenkomst uitkomst bieden. In het navolgende zal evenwel – indien daadwerkelijk aan alle voornoemde criteria wordt voldaan – steeds worden gesproken van de strafrechtelijke overeenkomst, op te vatten als *specialis* van de obligatoire (wederkerige) overeenkomst waarbij de uit de overeenkomst voortvloeiende verbintenissen mede betrekking hebben op de wijze waarop het Openbaar Ministerie een bepaalde strafrechtelijke bevoegdheid hanteert.

4.3.2 Overlevering aan het privaatrecht?

Het beschrijven van de verschillende in het strafproces voorkomende, op wilsovereenstemming berustende rechtsfiguren in termen van het begrip

14 Zie § 2.3.1.1 en § 3.2.

overeenkomst is in de strafrechtelijke literatuur niet al te gebruikelijk.[15] Tot op heden worden zoals in het voorgaande duidelijk is geworden veelal termen als consensualiteit of consensuele procedures gehanteerd, teneinde tot uitdrukking te brengen dat de betreffende rechtsfiguur op een zekere mate van wilsovereenstemming tussen Openbaar Ministerie en verdachte en/of getuige berust. Ook wordt veelal van schikken of onderhandelen[16] gesproken of gebruik gemaakt van anglicismen als *deals* of *dealen* (waarmee meestal exclusief wordt gedoeld op de consensuele procedure ter verkrijging van bewijs);[17] het gebruik van dergelijke termen laat weliswaar duidelijk zien waar het in de praktijk van de strafrechtspleging om kan gaan, maar is te onnauwkeurig om verhelderend te kunnen werken wanneer het gaat om de theoretische duiding van de aan de orde zijnde materie. Niettemin is men – naar het lijkt met name vanwege de sterke privaatrechtelijke connotatie van dit begrip – in de literatuur tot op heden tamelijk terughoudend geweest met het toekennen van het predicaat overeenkomst aan rechtsfiguren die onder het begrip consensualiteit worden geschaard. Illustratief voor deze aarzeling zijn de volgende woorden van Hildebrandt wanneer zij spreekt over consensualiteit in het strafrecht:

> 'Het ligt voor de hand om, voorzover het positieve recht aan overeenstemming gevolgen verbindt, de gelijkenis te zoeken met bestaande rechtsfiguren uit andere rechtsgebieden, zoals […] de obligatoire overeenkomst uit het privaatrecht. In zijn onderzoek naar de transactie knoopt Osinga aan bij de totstandkoming van de overeenkomst door uitgebreid in te gaan op rechtshandelingen als aanbod en aanvaarding. Het lijkt mij echter niet zinvol te trachten een strafrechtelijke rechtsfiguur in het keurslijf van een privaatrechtelijke regeling te dwingen. Aansluitend bij Schoordijk's aanpak van de precontractuele fase, waar hij de rechtsbetrekking tussen onderhandelende partijen noch als voortkomend uit overeenkomst noch als voortkomend uit onrechtmatige daad wenst te duiden, maar aanknoopt bij beide figuren om tot een bevredigend resultaat te komen, zou ik liever de eigenheid van de rechtsbetrekking in het strafprocesrecht voorop stellen en voorzichtig de relevan-

15 In de jurisprudentie lijkt men in dit kader wat minder terughoudend te werk te gaan. Geregeld worden in de lagere rechtspraak of in de jurisprudentie van de Hoge Raad afspraken tussen Openbaar Ministerie en verdachte en/of getuige min of meer terloops beschreven in termen van de overeenkomst, zonder dat daaraan overigens een grondige analyse van de aan de orde zijnde rechtsfiguur ten grondslag lijkt te liggen en ook zonder dat daaraan ingrijpende consequenties worden verbonden in de sfeer van de normering. Zie voor een voorbeeld HR 13 januari 2009, *NJ* 2009, 61 waarin het Hof spreekt van een 'deal', de AG in zijn conclusie van een 'overeenkomst' en de Hoge Raad de terminologische kwestie in het midden laat door het beestje eenvoudigweg niet bij de naam te noemen. Zie voor een ander, recent voorbeeld HR 8 september 2009, *NJ* 2009, 428, waarin het Hof spreekt van een 'overeenkomst' en de AG en de Hoge Raad zich op de vlakte houden waar het gaat om de terminologische duiding.

16 Zie bijvoorbeeld Den Hartog & Stamhuis 1996 en Baauw 2009.

17 Zie bijvoorbeeld Enquêtecommissie opsporingsmethoden 1996; Prakken 1996 en Buruma 1997.

> tie van bijvoorbeeld de leerstukken van dwaling, bedreiging, bedrog en misbruik van omstandigheden bij genoemde consensus willen betrekken.'[18]

Op deze aanpak zoals die door Hildebrandt wordt voorgestaan, valt waar het gaat om het gebruik van het privaatrecht op zichzelf weinig af te dingen. Bezien naar het resultaat – een voorzichtige verkenning van de bruikbaarheid van privaatrechtelijke leerstukken in het kader van de verschillende op consensualiteit gebaseerde rechtsfiguren binnen het strafrecht – is dit een aanpak die op het eerste gezicht aanspreekt. De benaderingswijze van Hildebrandt laat evenwel een zekere ambivalentie zien ten opzichte van de relevantie van het concept van de overeenkomst voor op consensualiteit gebaseerde procedures binnen het strafrecht. Enerzijds toont zij zich bevreesd strafrechtelijke verhoudingen in een privaatrechtelijk vat te gieten, anderzijds dringt ook bij haar – gezien de aard van de materie – de neiging zich sterk op om over de schutting van de privaatrechtelijke buren te kijken. Zij kiest er op grond van de eigenheid van de strafrechtelijke rechtsbetrekking vervolgens voor verre te blijven van het kenschetsen van de op consensualiteit gebaseerde strafrechtelijke rechtsfiguren als overeenkomsten ('het keurslijf van een privaatrechtelijke regeling'), maar wel voorzichtig de bruikbaarheid van een aantal met de overeenkomst in verband te brengen privaatrechtelijke leerstukken te beproeven. Het antwoord op de vraag hoe de verschillende op consensualiteit gebaseerde strafrechtelijke rechtsfiguren theoretisch gezien moeten worden geduid, laat zij daarmee in het midden om vervolgens gelijk over te gaan op de vraag of en in hoeverre bepaalde privaatrechtelijke leerstukken in het kader van dergelijke rechtsfiguren relevant kunnen zijn.

Impliciet uitgangspunt in de benadering van Hildebrandt lijkt te zijn dat het beschrijven van rechtsfiguren in termen van de overeenkomst een volledige privaatrechtelijke normering met zich zou brengen. Een dergelijk dwingend verband is er – zoals in het vervolg van dit onderzoek nader zal worden betoogd – evenwel niet. Het beschrijven van consensuele procedures in termen van de overeenkomst hoeft immers op zichzelf nog niet te betekenen dat men deze strafrechtelijke rechtsfiguren 'met huid en haar overlevert aan het privaatrecht'. Integendeel, de overeenkomst komt in alle delen van het recht voor[19] en wordt in beginsel 'slechts' privaatrechtelijk genormeerd wanneer het een privaatrechtelijke overeenkomst betreft. Zodra een overeenkomst als publiekrechtelijk of als strafrechtelijk moet worden gekenschetst, is er geen – althans niet zonder meer – sprake van normering door middel van het privaatrecht. Op deze plaats volstaat het evenwel te benadrukken dat het enkele bestempelen van de verschillende op consensualiteit gebaseerde rechtsfiguren binnen het strafrecht als overeenkomst op zichzelf nog weinig over een eventueel normerende rol van het privaatrecht zegt. Om die vraag te kunnen beantwoor-

18 Hildebrandt 1996, p. 11-12, met verwijzing naar Osinga 1992 en Schoordijk 1971.
19 Zie Scheltema & Scheltema 2008, p. 185.

den, dient eerst nader te worden ingegaan op de aard van de rechtsbetrekking die als gevolg van een strafrechtelijke overeenkomst in het leven wordt geroepen en de consequenties die deze aard heeft voor de wijze van normering. Deze en dergelijke vragen zullen pas in de hoofdstukken 7 en 8 aan de orde worden gesteld.

4.3.3 Relatie met de toezegging

De rechtsfiguur die binnen de verhouding tussen overheid en burger nog het meest in de buurt komt van de overeenkomst, is de toezegging. Ook binnen het strafrecht wordt veelvuldig gebruik gemaakt van toezeggingen door het Openbaar Ministerie, met name wanneer het gaat om de vraag naar de wijze waarop het Openbaar Ministerie van plan is van zijn bevoegdheid tot vervolging gebruik te maken. Zo kan het Openbaar Ministerie een verdachte desgevraagd of uit eigen beweging toezeggen niet tot vervolging over te gaan of de zaak buitengerechtelijk af te doen via een transactie of een strafbeschikking. Hoewel de strafrechtelijke overeenkomst in een aantal opzichten inderdaad vergelijkbaar is met dergelijke strafrechtelijke toezeggingen, bestaan er ook duidelijk verschillen. Deze verschillen onderstrepen eens te meer dat de strafrechtelijke overeenkomst in al zijn aspecten aan de begripsomschrijving van de overeenkomst beantwoordt.

De belangrijkste gelijkenis tussen toezeggingen en strafrechtelijke overeenkomsten is gelegen in het feit dat het Openbaar Ministerie in geval van beide instrumenten een uitspraak doet over de wijze waarop het van een bepaalde bevoegdheid gebruik zal maken en in beginsel op een later moment ook aan deze uitspraak kan worden gehouden. Beide bevoegdheden hangen derhalve samen met het bestaan van een discretionaire bevoegdheid, waarbij geldt dat de discretionaire ruimte enerzijds de mogelijkheid biedt gebruik te maken van toezeggingen en overeenkomsten, terwijl deze tegelijkertijd wordt ingeperkt op het moment dat het Openbaar Ministerie daadwerkelijk van een van deze instrumenten gebruik maakt. Het gaat in beide gevallen derhalve om vormen van zelfbinding door het Openbaar Ministerie. Belangrijk verschil tussen de toezegging en de overeenkomst is evenwel dat het Openbaar Ministerie zich in geval van een toezegging op een bepaald gebruik van een bevoegdheid vastlegt zonder dat de burger daarmee hoeft in te stemmen – zijnde een eenzijdige rechtshandeling zijdens het Openbaar Ministerie is de vraag of en op welke wijze de burger op de toezegging reageert in wezen irrelevant –, terwijl instemming door of overeenstemming met de burger in geval van de overeenkomst principieel juist wel is vereist. De overeenkomst onderscheidt

zich aldus duidelijk van de toezegging door haar meerzijdige karakter.[20] De reden dat het Openbaar Ministerie in voorkomende gevallen niettemin ervoor kiest gebruik te maken van de overeenkomst in plaats van de toezegging, is gelegen in het feit dat de overeenkomst ruimte biedt tot het vragen van een tegenprestatie van de burger. Juist in deze mogelijkheid is voor het Openbaar Ministerie de meerwaarde van de overeenkomst gelegen ten opzichte van het doen van toezeggingen, maar maakt het tegelijkertijd noodzakelijk tot een vergelijk met de burger te komen. De door de burger te leveren tegenprestatie zal immers in de regel een prestatie betreffen die het Openbaar Ministerie niet eenzijdig kan afdwingen. De overeenkomst is dan een geschikt vehikel om over en weer van elkaar gewenste prestaties waarvan de levering niet eenzijdig door de ander kan worden afgedwongen, tegen elkaar uit te ruilen.[21]

Het onderscheid tussen de toezegging en de overeenkomst laat zich ook zien in de wijze waarop het Openbaar Ministerie gebonden kan worden geacht aan de toegezegde prestatie. Waar de gebondenheid van het Openbaar Ministerie aan eenzijdige toezeggingen primair voortkomt uit het vertrouwensbeginsel als een van de beginselen van behoorlijke strafrechtspleging, vloeit de gebondenheid van het Openbaar Ministerie aan de overeenkomst in de eerste plaats voort uit de verbindende kracht van de overeenkomst (*pacta sunt servanda*). In geval van de plicht een overeenkomst na te komen ligt de nadruk immers niet zozeer op de vraag of de wederpartij al dan niet gerechtvaardigd erop mocht vertrouwen dat de overeenkomst zou worden nagekomen, doch veeleer op de omstandigheid dat partijen het nu eenmaal zo met elkaar hebben afgesproken. Weliswaar kan – zoals in de literatuur ook wel gebeurt[22] – met het nodige recht worden gesteld dat ook de verbindende kracht van overeenkomsten ingevolge het adagium 'afspraak is afspraak' uiteindelijk kan worden teruggevoerd op het vertrouwensbeginsel, toch is er minst genomen een zeker gradueel verschil. De binding van een rechtssubject aan een in het vooruitzicht gestelde prestatie omdat een ander rechtssubject op de levering daarvan mocht vertrouwen, is toch niet geheel dezelfde als de binding aan een in het vooruitzicht gestelde prestatie omdat partijen dit over en weer en al dan niet onder bepaalde voorwaarden – in het bijzonder in de vorm van een bepaalde tegenprestatie – zo met elkaar hebben afgesproken. Dit verschil in binding vertaalt

20 In die zin dekt de door de wetgever gekozen terminologie 'toezeggingen aan getuigen' waar het in feite overeenkomsten ter verkrijging van bewijs betreft, dan ook geenszins de lading. Deze terminologie miskent immers volledig dat het Openbaar Ministerie in de regel slechts in ruil voor een tegenprestatie van de getuige bereid zal zijn de bedoelde toezeggingen te doen. Zie nader § 4.6.2.

21 Dit betekent dat de strafrechtelijke overeenkomst, als in § 4.3.1 reeds gesteld, veelal ook aan de definitie van de wederkerige overeenkomst in de zin van artikel 6:261 BW zal beantwoorden.

22 Vgl. bijvoorbeeld Nieuwenhuis 1979. Zie in dit kader ook§ 7.3.2, waar het gaat om de vraag naar de grondslag van de gebondenheid van de overheid aan de publiekrechtelijke overeenkomst.

zich onder meer in het feit dat de gebondenheid van het Openbaar Ministerie aan de in het kader van een overeenkomst toegezegde prestatie mede afhankelijk zal zijn van de vraag of en in hoeverre de in ruil daarvoor door de burger toegezegde prestatie al dan niet wordt geleverd (vgl. voor het privaatrecht de definitie van de wederkerige overeenkomst in artikel 6:261 BW en de *exceptio non adimpleti contractus* van artikel 6:262 BW).

4.3.4 Een gedifferentieerde benadering

In het voorgaande is gesteld dat de meeste van de op consensualiteit gebaseerde procedures binnen het strafrecht daadwerkelijk als een overeenkomst kunnen worden beschouwd. Het betreft gezien de bijzondere inhoud van de overeenkomst wel een aparte categorie: de strafrechtelijke overeenkomst. Telkens gaat het immers om overeenkomsten die betrekking hebben op (de invulling van) strafvorderlijke bevoegdheden. Met deze vaststelling dat de strafrechtelijke overeenkomst in zijn algemeenheid inderdaad aan de begripsomschrijving van de overeenkomst beantwoordt, is evenwel nog niet gezegd dat de verschillende op consensualiteit gebaseerde rechtsfiguren die in het tweede hoofdstuk onder de reikwijdte van het begrip consensualiteit zijn gebracht ook alle op dezelfde wijze en in dezelfde mate aan het normaaltype van de strafrechtelijke overeenkomst – voor zover daarvan zou kunnen worden gesproken – voldoen. Het karakter van de betreffende rechtsfiguur als overeenkomst zal bij de ene rechtsfiguur sterker of op een andere wijze naar voren komen dan bij de andere, terwijl het ook mogelijk is dat een bepaalde rechtsfiguur weliswaar onder de noemer van consensualiteit kan worden gebracht, maar toch niet als strafrechtelijke overeenkomst kan worden beschouwd. In die zin is er dan ook de nodige reden tot een gedifferentieerde benadering.

In de navolgende paragrafen wordt daarom voor elk van de in het tweede hoofdstuk onder het begrip consensualiteit gebrachte rechtsfiguren afzonderlijk bekeken of en in hoeverre zij daadwerkelijk onder het begrip overeenkomst kunnen worden gebracht. Dit betekent dat telkens voor elk van deze rechtsfiguren afzonderlijk de vraag wordt beantwoord of en op welke wijze zij beantwoorden aan de criteria voor de overeenkomst: 1) Is er sprake van een geopenbaarde wilsovereenstemming tussen twee of meer rechtssubjecten? 2) Is deze wilsovereenstemming gericht op het teweegbrengen van een of meer rechtsgevolgen tussen de betrokken rechtssubjecten? Wanneer aan beide criteria wordt voldaan, is er sprake van een overeenkomst. Om deze overeenkomst vervolgens als een obligatoire overeenkomst te kunnen beschouwen, dient daarnaast nog aan het volgende criterium te worden voldaan: 3) Bestaat dit rechtsgevolg uit een of meer verbintenissen voor een of meer van de betrokken rechtssubjecten ten opzichte van een of meer andere rechtssubjecten? Bij de beantwoording van deze vragen voor elk van de in het tweede hoofdstuk onderscheiden rechtsfiguren wordt weer gebruik gemaakt van de eerder in

dat hoofdstuk gehanteerde driedeling tussen consensuele procedures ter afdoening buiten geding (§ 4.4), consensuele procedures ter verkorting van het geding (§ 4.5) en de consensuele procedure ter vergaring van bewijs (§ 4.6), zij het dat deze in het vervolg in termen van de overeenkomst worden aangeduid.

4.4 Overeenkomsten ter afdoening buiten geding

Als belangrijkste vormen van consensuele procedures ter afdoening buiten geding zijn in het tweede hoofdstuk de transactie en het voorwaardelijk sepot genoemd. Voor wat betreft hun karakter als consensuele procedures bleken beide rechtsfiguren sterk vergelijkbaar. Slechts voor wat betreft de aard van de aan de verdachte te stellen voorwaarden (in geval van de transactie betreft het financiële voorwaarden of een taakstraf; in geval van het voorwaardelijk sepot gaat het om gedragsvoorwaarden) en hun wettelijke grondslag (de transactie kent een betrekkelijk uitgewerkt wettelijk kader; het voorwaardelijk sepot heeft slechts zeer impliciet een wettelijke grondslag) verschillen de transactie en het voorwaardelijk sepot wezenlijk van elkaar. In het onderstaande zal evenwel blijken dat ook waar het gaat om hun rechtskarakter als overeenkomst de transactie en het voorwaardelijk sepot enigszins uit elkaar gaan lopen. Nadat beide rechtsfiguren afzonderlijk op hun karakter als overeenkomst zijn beoordeeld, wordt aan het slot van deze paragraaf stilgestaan bij de derde vorm van de overeenkomst ter afdoening buiten geding, de schikking ex artikel 511c Sv. Hierbij zal blijken dat de schikking voor wat betreft zijn rechtskarakter als overeenkomst meer verwantschap vertoont met het voorwaardelijk sepot dan met de transactie.

4.4.1 De transactie

Hoewel eerder in dit hoofdstuk is gesteld dat het in de strafrechtelijke literatuur weinig gebruikelijk is op consensualiteit gebaseerde rechtsfiguren in termen van de overeenkomst te beschrijven,[23] geldt dit niet zonder meer voor de transactie. In het verleden zijn de mogelijkheden hiertoe wel degelijk door verschillende auteurs voorzichtig onderzocht. Met name Osinga gaat in zijn dissertatie over de transactie mede in op de vraag wat het rechtskarakter is van de transactie. Hierbij gaat hij ervan uit dat de transactie zowel een sanctie als een procedure is. Deze laatste procedurele kant van de transactie biedt volgens hem de nodige ruimte de transactie als overeenkomst te beschouwen. Wat betreft de vorm is er immers geenszins sprake van een eenzijdige, door de officier van justitie te verrichten rechtshandeling, maar van een aanbod

23 Zie § 4.3.2

dat de verdachte vrijwillig dient te accepteren. Gaat hij niet op het aanbod in, dan komt de transactie niet tot stand. Precies in dit gegeven komt volgens Osinga 'het overeenkomstkarakter van de transactie tot uitdrukking'. Hij gaat er daarbij vanuit dat het een publiekrechtelijke overeenkomst betreft: 'de transactie is in formeel opzicht een publiekrechtelijke overeenkomst die door het afleggen van twee eenzijdige rechtshandelingen (het aanbod en de acceptatie) tot stand komt. De toepassing wordt door ongeschreven rechtsbeginselen genormeerd.'[24] Nu de transactie plaats vindt in een setting die door publiekrechtelijke normen wordt beheerst en het publiekrechtelijk karakter van de overeenkomst aldus domineert, heeft de transactie volgens Osinga weinig van doen met het privaatrechtelijke concept van de overeenkomst. Hij baseert zich hierbij mede op de opvatting van de Hoge Raad die reeds in 1927 stelde dat de transactie niet kon worden beschouwd als een specifieke vorm van de privaatrechtelijke dading, zoals die toentertijd was geregeld in artikel 1888 BW (oud).[25] De opvatting van Osinga dat de transactie kan worden opgevat als een publiekrechtelijke overeenkomst is nadien in de literatuur herhaaldelijk onderschreven.[26] Bij deze enkele vaststelling is het evenwel goeddeels gebleven. De vraag wat dit vervolgens betekent, verdween snel van tafel.

Dit neemt niet weg dat in navolging van Osinga kan worden gesteld dat de transactie inderdaad in alle opzichten aan de definitie van de overeenkomst voldoet. Er is immers sprake van geopenbaarde wilsovereenstemming tussen het Openbaar Ministerie en de verdachte. Het feit dat de wilsovereenstemming in de praktijk veelal goeddeels impliciet blijft – het versturen van een acceptgiro als aanbod en het betalen daarvan als blijk van aanvaarding –, doet aan het bestaan van deze wilsovereenstemming op zichzelf niet af; feit is dat de transactie slechts tot stand kan komen indien beide partijen daar, kenbaar voor elkaar, mee instemmen. Daarnaast voldoet de transactie aan het tweede essentiële criterium om te kunnen spreken van een overeenkomst, de gerichtheid op het teweegbrengen van rechtsgevolg. Dit rechtsgevolg bestaat erin dat de wilsovereenstemming zowel voor de verdachte als het Openbaar Ministerie verbintenissen jegens de ander in het leven roept. Op basis van de wilsovereenstemming dient de verdachte immers te voldoen aan de door het Openbaar Ministerie gestelde voorwaarden, terwijl het Openbaar Ministerie op zijn beurt en in ruil daarvoor geen gebruik van zijn vervolgingsrecht mag maken. In feite is daarmee aan alle elementen van het begrip overeenkomst voldaan. Nu de transactie verbintenissen in het leven roept die mede betrekking hebben op de strafrechtelijke bevoegdheid van het Openbaar Ministerie te besluiten al dan niet tot vervolging over te gaan, moet de transactie – in afwijking van

24 Osinga 1992, p. 198-199.

25 Zie HR 27 juni 1927, *W* 11713. Artikel 1888 (oud) BW luidde: 'Dading is eene overeenkomst waarbij partijen, tegen overgave, belofte of terughouding eener zaak, een aanhangig geding ten einde brengen, of een te voeren geding voorkomen.'

26 Zie o.m. Hartmann 2002, p. 82 en Corstens 2008, p. 825.

Osinga die de transactie als een publiekrechtelijke overeenkomst bestempelde – als een strafrechtelijke overeenkomst worden beschouwd. En nu de uit de transactie voortvloeiende verbintenissen over en weer van elkaar afhankelijk zijn, kan de overeenkomst voorts als wederkerig in de zin van artikel 6:261 BW worden beschouwd.

4.4.1.1 Typering van de overeenkomst

De transactie is op grond van het voorgaande zonder meer als een (obligatoire, wederkerige) strafrechtelijke overeenkomst te beschouwen. Ondanks het feit dat dit karakter van de transactie als overeenkomst betrekkelijk evident is, wordt aan dit karakter als overeenkomst in de literatuur tot op heden niet al teveel aandacht besteed. De belangrijkste reden voor de geringe wetenschappelijke aandacht voor het rechtskarakter van de transactie als overeenkomst is vermoedelijk gelegen in het feit dat de transactie in de praktijk niet snel tot problemen leidt die samenhangen met dit karakter als overeenkomst.[27] De verklaring hiervoor is met name gelegen in het feit dat binnen de strafrechtelijke dogmatiek algemeen wordt aangenomen dat de transactie pas tot stand komt indien en op het moment dat de verdachte aan de door de officier van justitie gestelde transactievoorwaarden voldoet. Het reeds tot stand komen van een transactie enkel en alleen op grond van gebleken wilsovereenstemming dient volgens Osinga te worden afgewezen, met name om de praktische reden dat het gevaar van misbruik van de rechtsfiguur van de transactie door de verdachte dan wel erg groot zou worden. De rechter zou dan immers reeds op basis van de enkele verklaring van de verdachte dat hij bereid is aan de transactievoorwaarden te voldoen tot niet-ontvankelijkheid moeten komen, indien het Openbaar Ministerie tot dagvaarding zou overgaan. Teneinde een dergelijke ongewenste situatie te voorkomen moet de instemming van de verdachte in betaling (of door voldoening aan de andere gestelde voorwaarden) worden uitgedrukt.[28] Dit vereiste van aanvaarding door middel van voldoening aan de transactievoorwaarden blijkt ook met zoveel woorden uit het

27 Zie hierover uitgebreider § 8.4.3.1.

28 Osinga 1992, p. 184-185. Het tweede argument dat Osinga aanvoert tegen een benadering waarin de transactie reeds tot stand zou kunnen komen door de enkele gebleken wilsovereenstemming, is het feit dat een dergelijke benadering op een overwegend civielrechtelijk karakter van de transactie zou duiden, hetgeen Osinga afwijst nu het hier om een zelfstandige strafrechtelijke wijze van afdoening gaat. Dit argument spreekt minder aan. Publiekrechtelijke overeenkomsten – onder welk begrip Osinga de transactie schaart – komen in de regel immers ook enkel door gebleken wilsovereenstemming tot stand. Wel kan Osinga worden gevolgd in het argument dat de tekst van artikel 74 Sr tegen de genoemde benadering pleit. In die bepaling wordt de transactie veeleer als een (van de) vervolgingsbeletsel(en) dan als een zelfstandige op wilsovereenstemming gebaseerde afdoeningswijze gepresenteerd. Zie ook § 2.4.1

Modelformulier transactie zoals dat als bijlage is gevoegd bij de Aanwijzing ontneming:

> 'Eerst door voldoening aan de (…) voorwaarden, in die zin dat het *totale* geldbedrag uiterlijk op bovenvermelde vervaldatum ontvangen is en door feitelijke overdracht van de voorwerpen, verklaart de verdachte zich met de inhoud van deze transactie voor akkoord en komt zij tot stand. Uitsluitend in dat geval vervalt het recht tot strafvervolging. Indien het *totale* geldbedrag niet tijdig is ontvangen en de over te dragen voorwerpen niet tijdig zijn geleverd, vervalt deze transactie en wordt zij geacht niet te zijn overeengekomen.'[29]

Op grond van de strafrechtelijke dogmatiek moet de transactie derhalve in wezen worden beschouwd als een overeenkomst die (pas) tot stand komt door de daaruit voortvloeiende verbintenissen feitelijk uit te voeren. Aan deze constructie mogen vanuit strafrechtelijk perspectief bezien tamelijk voor de hand liggende motieven ten grondslag liggen, door een privaatrechtelijke bril bezien levert dit een wat bijzonder type overeenkomst op. Voor de totstandkoming van een overeenkomst is in zijn algemeenheid immers reeds voldoende dat er sprake is van gebleken wilsovereenstemming gericht op rechtsgevolg. Gebruik makend van de typen overeenkomsten zoals die binnen de privaatrechtelijke dogmatiek worden onderscheiden, kan aan een tweetal mogelijke benaderingen worden gedacht om de constructie van de transactie zoals die binnen de strafrechtelijke dogmatiek wordt aangenomen in het vat van de overeenkomst te gieten: 1) de transactie als een samenstel van voorovereenkomst en definitieve overeenkomst; 2) de transactie als overeenkomst onder opschortende voorwaarde.

Ten eerste kan in het kader van de transactie worden gedacht aan de figuur van de voorovereenkomst in de zin van artikel 6:226 BW, de overeenkomst waarbij partijen zich verbinden tot het aangaan van een overeenkomst op een later moment.[30] In die benadering kan de enkele afspraak tot het aangaan van een transactie – in weerwil van de strafrechtelijke dogmatiek die aan een

---

29 Zie Bijlage 2 bij de Aanwijzing ontneming van 16 februari 2009, *Stcrt*. 2009, 40, in werking getreden op 1 maart 2009 en geldig tot 28 februari 2013. In tegenstelling tot het Modelformulier schikking ex artikel 511c Sv dat eveneens als bijlage bij deze aanwijzing is opgenomen, biedt het Modelformulier transactie de verdachte niet de mogelijkheid de overeenkomst te aanvaarden door de enkele ondertekening van het formulier. Aanvaarding van de transactie kan derhalve enkel geschieden door middel van betaling. De laatste geciteerde zin is overigens wat cryptisch geformuleerd, in die zin dat bij niet tijdige betaling van het totale bedrag de transactie niet zozeer *wordt geacht* niet te zijn overeengekomen, maar veeleer niet overeengekomen *is*.

30 Voor een goed begrip zij opgemerkt dat artikel 6:226 BW niet zozeer de voorovereenkomst zelf regelt, als wel het voorschrift formuleert dat de voorovereenkomst aan dezelfde vormvereisten dient te voldoen als de later te sluiten overeenkomst indien het sluiten daarvan aan bepaalde vormvereisten is gebonden. Impliciet wordt daarmee het bestaan van de voorovereenkomst erkend.

dergelijke afspraak rechtens gezien geen relevantie verbindt – reeds binnen het bereik van het concept van de overeenkomst worden gebracht door deze te beschouwen als een voorovereenkomst. In die benadering is de transactie zelf vervolgens als de definitieve overeenkomst te beschouwen. Deze benadering biedt weliswaar een mogelijke oplossing voor de duiding van de enkele afspraak tot het aangaan van een transactie, maar biedt op zichzelf nog geen helder antwoord op de vraag hoe de transactie zelf moet worden geduid. Bovendien strookt deze voorstelling van zaken niet goed met de strafrechtelijke benadering, waarin de enkele afspraak tot het aangaan van een transactie van nul en generlei waarde is: naar de strafrechtelijke dogmatiek bezien is het immers slechts de transactie die telt, terwijl een eventueel daaraan voorafgaande afspraak tot het aangaan van een transactie vanuit strafrechtelijk perspectief bezien ook niet de verplichting voor het Openbaar Ministerie en de verdachte schept om daadwerkelijk een overeenkomst van die strekking met elkaar te sluiten.

De benadering die vermoedelijk het meest recht doet aan de strafrechtelijke werkelijkheid van de transactie is de tweede benadering waarin de transactie wordt gezien als een overeenkomst onder voorwaarden. Rechtshandelingen en zo ook de meerzijdige rechtshandeling van de overeenkomst kunnen immers – tenzij uit de wet of de aard van de rechtshandeling anders voortvloeit – onder een tijdsbepaling of een voorwaarde worden verricht (zie artikel 3:38 BW). Hierbij geldt dat bij een tijdsbepaling de werking van de rechtshandeling afhankelijk wordt gesteld van een toekomstige gebeurtenis die zeker zal intreden, terwijl bij een voorwaarde de rechtshandeling afhankelijk wordt gemaakt van een toekomstige gebeurtenis waarvan niet zeker is of zij zal intreden. Vervolgens kan zowel voor wat betreft de tijdsbepaling als de voorwaarde nader worden onderscheiden tussen opschortende en ontbindende tijdsbepalingen of voorwaarden. In geval van een opschortende voorwaarde of tijdsbepaling verkrijgt de rechtshandeling pas haar werking op het moment dat de gebeurtenis plaatsvindt. Tot die tijd bestaat er een sluimerende rechtshandeling. In geval van een ontbindende voorwaarde of tijdsbepaling verkrijgt de rechtshandeling daarentegen direct haar werking, maar vervalt zij op het moment dat de gebeurtenis plaatsvindt. Tot die tijd wordt er gesproken van een bedreigde rechtshandeling. Voor zowel de opschortende als de ontbindende voorwaarde of tijdsbepaling geldt dat wanneer de gebeurtenis plaatsvindt de daaraan verbonden rechtsgevolgen zonder terugwerkende kracht (*ex nunc*) intreden (zie voor wat betreft de voorwaarde artikel 3:38 lid 2 BW; voor wat betreft de tijdsbepaling wordt aangenomen dat dit voor zich spreekt).[31]

---

31 Zie Hijma & Olthof 2008, nr. 40. De rechtshandeling onder voorwaarde of tijdsbepaling moet worden onderscheiden van de verbintenis onder voorwaarde of tijdsbepaling in de zin van artikel 6:21 e.v. BW en artikel 6:38 e.v. BW. Toegespitst op de problematiek van de overeenkomst, leidt een rechtshandeling onder voorwaarde of tijdsbepaling tot een overeenkomst waarvan het bestaan zelf afhankelijk is gemaakt van bedoelde voorwaarde

De transactie is een meerzijdige rechtshandeling die tot stand komt door de afzonderlijke en onderling afhankelijke wilsverklaringen van het Openbaar Ministerie en de verdachte. Ook de transactie komt zoals elke overeenkomst tot stand door middel van aanbod en aanvaarding. Beide zijn rechtshandelingen. Hoe dienen deze afzonderlijke rechtshandelingen te worden geduid tegen de achtergrond van de hiervoor omschreven opvattingen in de strafrechtelijke dogmatiek ten aanzien van de totstandkoming van de transactie? Uitgaande van de situatie dat het aanbod tot het aangaan van een transactie steeds uitgaat van het Openbaar Ministerie,[32] geldt dat het aanbod onder een bepaalde tijdsbepaling dient te worden gedaan, in die zin dat de verdachte binnen een zekere, vooraf bepaalde termijn kan besluiten het aanbod al dan niet te aanvaarden (artikel 578 Sv). Na het verstrijken van die termijn vervalt het aanbod. Het aanbod van het Openbaar Ministerie kan derhalve worden gezien als een rechtshandeling onder ontbindende tijdsbepaling. Het aanbod is van kracht vanaf het moment dat het wordt gedaan, maar vervalt op een zeker, vooraf vastgesteld moment in de tijd. Indien de verdachte dit aanbod tijdig aanvaardt, ontstaat er een overeenkomst. Wanneer de verdachte na verstrijking van de tijdsbepaling het aanbod aanvaardt, ontstaat er bij gebreke van een geldig aanbod evenwel geen overeenkomst.

Aanvaarding van de overeenkomst door de verdachte dient ingevolge de strafrechtelijke dogmatiek te geschieden door middel van de voldoening door de verdachte aan de gestelde transactievoorwaarden. Indien de verdachte dit inderdaad doet binnen de termijn waarin het aanbod van het Openbaar Ministerie van kracht is, komt de overeenkomst daarmee tot stand. Maar wat is de status van de enkele mededeling van de verdachte dat hij bereid is een transactie met het Openbaar Ministerie aan te gaan? Wanneer de verdachte deze mededeling doet binnen de termijn waarin het aanbod geldig is, is er strikt genomen vanaf dat moment sprake van een geopenbaarde wilsovereenstem-

---

of tijdsbepaling, terwijl in geval van de verbintenis onder voorwaarde of tijdsbepaling niet de overeenkomst, maar de daaruit voortvloeiende verbintenissen afhankelijk zijn gemaakt van bedoelde voorwaarde of tijdsbepaling. In het eerste geval is derhalve de overeenkomst zelf sluimerend of bedreigd (en bijgevolg ook de daaruit voortvloeiende verbintenissen), terwijl in het tweede geval de overeenkomst zelf onverkort van kracht is, maar de daaruit voortvloeiende verbintenissen sluimerend of bedreigd zijn.

32 Formeel bezien kan het aanbod tot transactie slechts van het Openbaar Ministerie uitgaan (zie de formulering van artikel 74 lid 1 Sr; alsmede Osinga 1992, p. 178). Niettemin kan het initiatief tot het aangaan van een transactie in de praktijk ook van de verdachte uitgaan. Een dergelijk initiatief van de verdachte levert evenwel geen zelfstandig aanbod tot transactie op en kan dan ook het beste worden geduid als een uitnodiging of een verzoek aan het Openbaar Ministerie tot het doen van een aanbod tot transactie. In de situatie van artikel 74a Sr kan het initiatief van de verdachte evenmin zelfstandig als een aanbod tot transactie gelden, omdat het eerst aan de officier van justitie is om te bezien of hij naast het door de verdachte uitgebrachte 'aanbod' het maximum van de op het feit gestelde geldboete te betalen, nog nadere voorwaarden wil stellen. In dat geval kan hij de uitnodiging tot het aanbieden van een transactie weliswaar niet weigeren; het is evenwel aan hem om te bepalen hoe het aanbod precies zal luiden.

ming gericht op het teweegbrengen van rechtsgevolg. Niettemin kan een dergelijke mededeling op zichzelf, gezien de strafrechtelijke dogmatiek, nog niet gelden als een daadwerkelijke aanvaarding van het aanbod waardoor de transactie tot stand komt. Aan de andere kant wekt het vanuit het overeenkomstenrecht bezien toch ook bevreemding wanneer een dergelijke mededeling als rechtens volledig irrelevant zou worden beschouwd. De enkele verklaring van de verdachte dat hij instemt met het door de officier van justitie uitgebrachte aanbod de zaak door middel van een transactie af te doen, kan daarom het beste worden gezien als een rechtshandeling onder opschortende voorwaarde, waarbij de voorwaarde eruit bestaat dat de verdachte daadwerkelijk aan de door de officier van justitie gestelde transactievoorwaarde voldoet. Doet de verdachte dit vervolgens ook binnen de termijn waarin het aanbod van de officier van justitie van kracht is, dan wordt de opschortende voorwaarde daarmee vervuld, krijgt de rechtshandeling van de aanvaarding zijn werking en komt de overeenkomst tot stand. Voldoet de verdachte evenwel aan de transactievoorwaarden terwijl de termijn waarin het aanbod van de officier van justitie van kracht is reeds is verstreken, dan wordt de opschortende voorwaarde weliswaar vervuld en krijgt de rechtshandeling van de aanvaarding daarmee zijn werking, maar komt er – bij gebreke van een geldig aanbod – toch geen overeenkomst tot stand. In het derde scenario waarin de verdachte – ondanks zijn eerdere bereidverklaring binnen de gestelde termijn aan de transactievoorwaarden te voldoen – hiertoe in het geheel niet overgaat, treedt ook de opschortende voorwaarde in zijn geheel niet in werking en komt er bij gebreke aan een rechtsgeldige aanvaarding gedurende de tijdsperiode waarin het aanbod van de officier van justitie van kracht is, ook geen overeenkomst tot stand.

Samengevat wordt in de tweede wijze van benaderen de transactie beschouwd als een meerzijdige rechtshandeling, bestaande uit een aanbod onder ontbindende tijdsbepaling en een aanvaarding die ofwel bestaat uit de directe voldoening aan de transactievoorwaarden ofwel uit de enkele mededeling van aanvaarding onder de opschortende voorwaarde dat binnen de in het aanbod gestelde termijn daadwerkelijk aan de transactievoorwaarden zal worden voldaan. In laatstgenoemd geval ontstaat er een zogenoemde voorwaardelijke overeenkomst. Deze tweede wijze van benaderen vertaalt de heersende strafrechtelijke dogmatiek met betrekking tot de transactie het beste naar de dogmatiek van het overeenkomstenrecht.

4.4.1.2 Contractsvrijheid en vrijwilligheid

In het voorgaande is reeds gesteld dat – hoewel de transactie in alle opzichten aan de begripsomschrijving van de overeenkomst voldoet – dit karakter als overeenkomst niet altijd even zichtbaar is. De benadering van de transactie als overeenkomst komt wellicht nog het meest helder naar voren in het veelvuldig in de literatuur gesignaleerde probleem dat de in theorie vereiste vrijwillig-

heid waarmee de verdachte de transactie aangaat in de praktijk van de strafrechtspleging lang niet altijd goed uit de verf komt, met name wanneer het gaat om transacties in standaardzaken waarbij het transactieaanbod van het Openbaar Ministerie bestaat uit het enkele toesturen van een acceptgiro met een bescheiden toelichting op de rechtsgevolgen van het al dan niet betalen daarvan. Het feit dat de burger daarnaast kan worden geconfronteerd met tal van bestuurlijke boeten, waaronder de verkeersboete in het kader van de Wet Mulder, die uitdrukkelijk wel op eenzijdigheid berusten, maakt het voor de burger niet gemakkelijker het rechtskarakter van de transactie op waarde te schatten.[33] Maar ook wanneer de burger wel in de gaten heeft dat hem een aanbod wordt gedaan dat hij in beginsel vrijelijk naast zich neer kan leggen, trekt het feit dat het Openbaar Ministerie in geval van niet-aanvaarding van de transactie door de verdachte het alternatief van dagvaarding (met alle mogelijke negatieve gevolgen voor de verdachte van dien) achter de hand heeft, een sterke wissel op de mate van vrijwilligheid waarmee de burger een transactie besluit aan te gaan. Het beleid van het Openbaar Ministerie ter terechtzitting een strafeis te formuleren die 20% hoger ligt dan het bedrag waarvoor werd aangeboden te transigeren, draagt hier nog eens verder aan bij.[34]

Dat in de literatuur herhaaldelijk aandacht wordt gevraagd voor dit bezwaar tegen de wijze waarop de transactie in de praktijk van de strafrechtspleging functioneert, onderstreept in feite alleen maar dat de transactie in de kern een op wilsovereenstemming gebaseerde rechtsfiguur is. Ware de transactie een eenzijdig op te leggen sanctie geweest, zoals de bestuurlijke boete en de strafbeschikking, dan zou men zich immers niet hoeven te bekommeren om de vraag naar de vrijwilligheid. Toch wordt dit bezwaar van beperkte vrijwilligheid in de literatuur vaak niet expliciet in de sleutel van de contractsvrijheid – een van de dragende beginselen van het overeenkomstenrecht – geplaatst, doch veeleer in de sleutel van de vraag of en in hoeverre er in die omstandigheden nog van een rechtsgeldige afstand van recht kan worden gesproken. Met het aangaan van een transactie verspeelt de verdachte immers zijn recht op toegang tot de rechter ex artikel 6 EVRM. Volgens vaste jurisprudentie van het EHRM is dit op zichzelf toegelaten, mits kan worden gezegd dat deze afstand van recht op de vrije wil van de verdachte berust.[35]

---

33 Het feit dat de burger daarnaast sinds kort kan worden geconfronteerd met de eveneens op eenzijdigheid gebaseerde strafbeschikking maakt de situatie nog complexer, zeker indien men bedenkt dat betaling van een strafbeschikking het doen van afstand van het daartegen openstaande rechtsmiddel van verzet impliceert (zie artikel 257e lid 1 Sv), terwijl niet-betaling van de strafbeschikking zonder daartegen tijdig verzet aan te tekenen de strafbeschikking onherroepelijk en vatbaar voor tenuitvoerlegging maakt. De burger zal derhalve tijdig en uit eigen beweging verzet moeten aantekenen.

34 Zie ook § 2.7.1.4.

35 EHRM 27 februari 1980, Series A 35, *NJ* 1980, 561 (Deweer v. Belgium). Zie ook § 2.7.1.4.

Hartmann benadert het vraagstuk van de vrijwilligheid wel expliciet vanuit het karakter van de transactie als overeenkomst. Juist het feit dat de transactie daarnaast evenwel ook een sanctiekarakter heeft,[36] maakt volgens hem dat de vrijwilligheid in de praktijk niet al te goed uit de verf komt:

> 'Enerzijds is de transactie een figuur die gezien het overeenkomstkarakter vrijwilligheid impliceert. Anderzijds wordt daarop inbreuk gemaakt door aspecten die de transactie typeren als een sanctie. Het sanctiekarakter staat eigenlijk haaks op het overeenkomstkarakter van de transactie. Het is met name dit impliciet tegenstrijdige karakter van de transactie (overeenkomst en sanctie) dat tot veel discussie heeft geleid bij de invoering en uitbreiding van deze buitengerechtelijke afdoeningsmogelijkheid. De belangrijkste nadelen aan de transactie zijn ook op dit tegenstrijdige karakter terug te voeren.'[37]

Mogelijk zorgt het feit dat de transactie mede een sanctiekarakter heeft er niet alleen voor dat – zoals Hartmann constateert – de vereiste vrijwilligheid waarmee de verdachte de transactie aangaat, in de praktijk te wensen over laat, maar ook dat de discussie hieromtrent veelal vanuit een publiekrechtelijk vertrekpunt wordt gevoerd. Daar waar door de overheid wordt gesanctioneerd, bestaat ingevolge artikel 6 EVRM immers een recht op toegang tot de rechter. Indien daarentegen wordt gesanctioneerd buiten de rechter om en de verdachte daarmee afstand doet van zijn recht op toegang tot de rechter, kan dit slechts geschieden met instemming van de verdachte. In een dergelijke benadering verdwijnt het karakter van de transactie als een overeenkomst tussen twee autonome partijen die vanuit de notie van contractsvrijheid tot een vergelijk met elkaar komen enigszins naar de achtergrond.[38]

Hoewel beide benaderingen – contractsvrijheid en afstand van recht – zonder meer legitiem zijn en uiteindelijk ook tot dezelfde vraag leiden – gaat de verdachte de transactie al dan niet vrijwillig aan? –, toont het feit dat de discussie in de literatuur veelal wordt gevoerd in termen van afstand van recht wel aan dat de connotatie van de transactie met het concept van de overeenkomst blijkbaar niet al te sterk is. De vraag of er sprake is van een rechtsgel-

---

36 Vgl. het eerder in § 4.4.1 genoemde onderscheid dat Osinga maakt tussen de transactie als procedure en de transactie als sanctie.

37 Hartmann 2002, p. 98. Gezien dit tegenstrijdige karakter van de transactie pleit Hartmann voor invoering van een zelfstandige, op eenzijdigheid gebaseerde sanctiebevoegdheid voor het Openbaar Ministerie. Dit voorstel van de onderzoeksgroep Strafvordering 2001 heeft als bekend inmiddels geresulteerd in de invoering van de strafbeschikking (artikel 257a e.v.). Zie § 2.4.5.

38 Hiermee is niet gezegd dat deze problematiek vanuit het contractenrecht bezien niet ook langs de weg van afstand van recht in plaats van langs de weg van de contractsvrijheid zou kunnen worden benaderd. In het kader van de vraag naar de toelaatbaarheid van de inhoud van de overeenkomst in de zin van artikel 3:40 BW kan immers mede de vraag aan de orde komen of van bepaalde rechten, zoals de rechten uit artikel 6 EVRM, wel rechtsgeldig afstand kan worden gedaan.

dige afstand van recht is een veel meer op het klassieke publiekrechtelijke denken georiënteerde wijze van benaderen dan de vraag of er nog wel kan worden gesproken van (een voldoende mate van) contractsvrijheid, een van de dragende beginselen van contractenrecht. Het feit dat de literatuur de transactie veelal vanuit een publiekrechtelijk perspectief benadert en zodoende de connotatie met het concept van de overeenkomst wat ondergesneeuwd raakt, doet evenwel niet af aan het feit dat de transactie op grond van het voorgaande volledig aan de definitie van de overeenkomst beantwoordt en zodoende ook wel degelijk (mede) als overeenkomst moet worden beschouwd.

4.4.1.3 Conclusie

Concluderend kan worden gesteld dat de transactie volledig aan de begripsomschrijving van de overeenkomst voldoet. Ook gaat het hier om een strafrechtelijke overeenkomst: er wordt immers gecontracteerd over een strafrechtelijke bevoegdheid, te weten het vervolgingsrecht van het Openbaar Ministerie. Vertaald naar de terminologie van het contractenrecht gaat het hier om een overeenkomst die tot stand komt door een aanbod onder ontbindende tijdsbepaling en een aanvaarding door directe voldoening aan de transactievoorwaarden of door de enkele mededeling van aanvaarding onder de opschortende voorwaarde dat binnen de daarvoor gestelde termijn aan de voorwaarden zal worden voldaan. Aldus vinden de daadwerkelijke totstandkoming en de uitvoering van de overeenkomst tegelijkertijd plaats. De connotatie van de transactie met het concept van de overeenkomst is mede daardoor niet al te sterk. Voorts blijkt ook de kwestie van de vrijwilligheid veeleer met behulp van een klassiek publiekrechtelijk dan een op het contractenrecht georiënteerd instrumentarium te worden benaderd. Hoewel de transactie wel degelijk als een strafrechtelijke overeenkomst moet worden beschouwd, treedt dit karakter aldus niet al te sterk op de voorgrond. Slechts in geval van transacties van een wat grotere omvang, waarbij de transactievoorwaarden niet op voorhand zijn gefixeerd en er voldoende ruimte is voor onderhandeling, komt het karakter van de transactie als overeenkomst wat sterker naar voren.

4.4.2 Het voorwaardelijk sepot

Veel van hetgeen hiervoor is gezegd met betrekking tot de transactie geldt ook voor het voorwaardelijk sepot. Ook het voorwaardelijk sepot is als een strafrechtelijke overeenkomst te beschouwen; terwijl dit karakter evenals bij de transactie niet op alle fronten even sterk op de voorgrond treedt. Toch is er een aantal aspecten aan te wijzen op grond waarvan kan worden gesteld dat het karakter als overeenkomst in geval van het voorwaardelijk sepot wat sterker tot uitdrukking komt dan in geval van de transactie. De reden hiervoor is in de eerste plaats gelegen in het feit dat de totstandkoming en de uitvoering

in geval van het voorwaardelijk sepot zowel in theorie als in de praktijk wat gemakkelijker van elkaar zijn te onderscheiden dan het geval was bij de transactie, hetgeen ten goede komt aan de herkenbaarheid van het voorwaardelijk sepot als overeenkomst. Daarnaast zal de burger in geval van het voorwaardelijk sepot het consensuele element veelal wat beter herkennen dan bij de transactie het geval is en daardoor wat minder snel geneigd zijn de wijze van afdoening als een eenzijdige wijze van sanctionering te beschouwen. Op beide aspecten zal in het navolgende worden teruggekomen.

Een aspect dat in ieder geval weinig aan de herkenbaarheid van het voorwaardelijk sepot als een strafrechtelijke overeenkomst bijdraagt, is de wijze waarop de wet deze wijze van afdoening formuleert. Waar de transactie zich door de formulering in artikel 74 Sr moeilijk laat herkennen als overeenkomst, geldt dit in nog sterkere mate voor het voorwaardelijk sepot. Artikel 167 lid 2, tweede volzin, Sv bepaalt: 'Het openbaar ministerie kan, onder het stellen van bepaalde voorwaarden, de beslissing of vervolging plaats moet hebben voor een daarbij te bepalen termijn uitstellen.' Voor de fase waarin de vervolging reeds een aanvang heeft genomen, bepaalt artikel 244 lid 3 Sv (jo. artikel 245 lid 3 Sv): 'De officier van justitie kan, op verzoek van den verdachte, en al dan niet onder het stellen van bepaalde voorwaarden, voor het doen van kennisgeving overeenkomstig het eerste lid [de kennisgeving van (niet) verdere vervolging, JHC] een bepaalden langeren termijn nemen.'[39] Bezien naar de letterlijke tekst van de geciteerde wettelijke formuleringen lijkt het voorwaardelijk sepot aldus de volgende structuur te kennen: het Openbaar Ministerie stelt het nemen van zijn vervolgingsbeslissing tot nader order uit, terwijl de verdachte zich in de tussenliggende periode op vrijwillige basis aan een aantal voorwaarden houdt. Na ommekomst van de vooraf bepaalde termijn neemt het Openbaar Ministerie alsnog zijn vervolgingsbeslissing. De uitkomst van deze vervolgingsbeslissing wordt door de wet evenwel strikt genomen niet afhankelijk gesteld van de vraag of de verdachte al dan niet heeft voldaan aan de gestelde voorwaarden noch van enige andere omstandigheid. De artikelen 167 lid 2 en 244 lid 3 Sv verzetten zich naar de letter bezien dan ook niet tegen een beslissing tot (verdere) vervolging nadat (en ondanks dat) de verdachte zich heeft gehouden aan de hem gestelde voorwaarden.[40]

---

39 De wettelijke grondslag voor het voorwaardelijk sepot in de fase waarin nog geen sprake is van vervolging is pas recentelijk gecreëerd door de toevoeging van de geciteerde tweede volzin aan artikel 167 lid 2 Sv ingevolge de Wet OM-afdoening van 7 juli 2006, *Stb*. 330, in werking getreden op 1 februari 2008. Voor die tijd had de mogelijkheid tot het hanteren van het voorwaardelijk sepot slechts een wettelijke basis in de artikelen 244 lid 3 en 245 lid 3 Sv. Niettemin werd ook voor die tijd het bestaan van de mogelijkheid tot het toepassen van het voorwaardelijk sepot in de fase waarin nog geen sprake is van vervolging in de jurisprudentie algemeen aangenomen. Zie reeds Hof Arnhem 27 mei 1930, *W* 12414; zie in dit kader ook Van de Biggelaar 1994, p. 49.

40 Zie ook Van den Biggelaar 1994, p. 63.

Het kost dan ook de nodige moeite uit de wettelijke formuleringen de zelfstandige afdoeningsmodaliteit van het voorwaardelijk sepot te herkennen.[41] Ook het feit dat deze modaliteit is gebaseerd op het bestaan van consensualiteit tussen Openbaar Ministerie en verdachte en in de kern als een overeenkomst kan worden gekwalificeerd, laat zich niet gemakkelijk uit de wettelijke formulering afleiden. Toch is dit het geval. De inhoud van de vervolgingsbeslissing wordt in de praktijk immers wel degelijk bepaald en behoort op grond van het vertrouwensbeginsel ook te worden bepaald door de vraag of de verdachte zich al dan niet aan de door de officier gestelde voorwaarden heeft gehouden. Is dit laatste het geval, dan seponeert het Openbaar Ministerie de zaak alsnog. Is dit laatste niet het geval, dan gaat het tot dagvaarding van de verdachte over. Juist in deze bepalende invloed op de vervolgingsbeslissing is voor het Openbaar Ministerie de grondslag voor het stellen van de voorwaarden gelegen en voor de verdachte de prikkel zich daaraan te houden. Indien het Openbaar Ministerie in weerwil van het vervuld zijn van de gestelde voorwaarden toch tot dagvaarding van de verdachte zou overgaan, zal dit ingevolge de werking van het vertrouwensbeginsel – behoudens bijzondere omstandigheden[42] – leiden tot de niet-ontvankelijkheid van het Openbaar Ministerie. Het feit dat de wettelijke formulering van het voorwaardelijk sepot de correlatie tussen de inhoud van de vervolgingsbeslissing enerzijds en de vraag naar het al dan niet vervuld zijn van de voorwaarden anderzijds niet met zoveel woorden tot uitdrukking brengt, doet hieraan niet af. De verdachte houdt zich aan de voorwaarden *opdat* het Openbaar Ministerie de zaak seponeert; het Openbaar Ministerie seponeert de zaak *omdat* de verdachte zich aan de voorwaarden heeft gehouden. Met de beslissing van het Openbaar Ministerie de verdachte een voorwaardelijk sepot aan te bieden en de beslissing van de verdachte dit aanbod te aanvaarden, wordt derhalve – in weerwil van de letterlijke wettekst – een beslissend voorschot genomen op de definitieve vervolgingsbeslissing.[43]

Juist op deze voorspellende waarde die het vervullen van de gestelde voorwaarden door de verdachte heeft voor de inhoud van de vervolgingsbeslis-

41 Zie ook Van de Biggelaar 1994, p. 50 die aangeeft dat artikel 244 lid 3 Sv niet zozeer de regeling van het voorwaardelijk sepot geeft, als wel de bevoegdheid voor de officier van justitie, *al dan niet* onder het stellen van bepaalde voorwaarden, het nemen van zijn vervolgingsbeslissing uit te stellen.

42 Zo kan de beklagprocedure ex artikel 12 Sv erin resulteren dat het Openbaar Ministerie de verdachte ondanks een eerder voorwaardelijk sepot alsnog dient te vervolgen. Nu de door de verdachte in het kader van het voorwaardelijk sepot geleverde prestaties – gezien de aard daarvan – over het algemeen niet meer kunnen worden teruggedraaid (hetgeen op grond van artikel 74b lid 2 Sr wel dient te geschieden in geval een dergelijke situatie zich voordoet in het kader van de transactie), resteert voor de rechter die de zaak na dagvaarding behandelt weinig anders dan de mogelijkheid bij zijn strafoplegging naar analogie van artikel 74b lid 3 Sr rekening te houden met de door de verdachte reeds in het kader van het voorwaardelijk sepot geleverde prestaties.

43 Zie ook Van den Biggelaar 1994, p. 58.

sing van het Openbaar Ministerie, is de wilsovereenstemming tussen het Openbaar Ministerie en de verdachte gericht. Nu deze voorspellende waarde ook de vorm aanneemt van rechtens te honoreren verwachtingen (en daarmee spiegelbeeldig rechtens afdwingbare verplichtingen), is de wilsovereenstemming voorts op rechtsgevolg gericht. Daarmee voldoet het voorwaardelijk sepot zonder meer aan de begripsomschrijving van de strafrechtelijke overeenkomst. Het feit dat de rechtsgevolgen uit verbintenissen voor de betrokken partijen bestaan en deze verbintenissen over en weer van elkaar afhankelijk zijn, maakt de overeenkomst voorts obligatoir en wederkerig in de zin van artikel 6:162 BW. Materieel kent het voorwaardelijk sepot daarmee dezelfde structuur als de transactie: de verdachte voldoet op basis van vrijwilligheid aan bepaalde voorwaarden; in ruil daarvoor maakt het Openbaar Ministerie geen gebruik van zijn bevoegdheid tot vervolging van de verdachte over te gaan. In wezen is slechts de aard van de door de officier van justitie te stellen voorwaarden verschillend (gedragsvoorwaarden vs. financiële voorwaarden en de taakstraf).[44]

4.4.2.1 Typering van de overeenkomst

Vervolgens rijst de vraag of het voorwaardelijk sepot evenals de transactie is te beschouwen als een overeenkomst die tot stand komt door middel van een aanbod van het Openbaar Ministerie onder ontbindende tijdsbepaling en een aanvaarding door de verdachte door middel van ofwel voldoening aan de termen van het voorwaardelijk sepot ofwel de enkele mededeling van aanvaarding onder de opschortende voorwaarde van daadwerkelijke voldoening aan de termen van het voorwaardelijk sepot. Dit lijkt niet zonder meer het geval te zijn. Binnen de strafrechtelijke dogmatiek wordt als gezegd algemeen aangenomen dat de transactie pas daadwerkelijk tot stand komt door middel van daadwerkelijke voldoening aan de door de officier van justitie gestelde voorwaarden. Hoewel de transactie en het voorwaardelijk sepot, zoals in het voorgaande is betoogd, voor wat betreft hun structuur sterk vergelijkbaar zijn, wordt in de literatuur ten aanzien van het voorwaardelijk sepot nergens de stelling betrokken dat deze pas daadwerkelijk tot stand zou komen nadat de verdachte aan de door de officier van justitie gestelde gedragsvoorwaarden

44 Zie onder meer Groenhuijsen & Van Kalmthout 1983, p. 484; Reijntjes 1985, p. 299; Van de Biggelaar 1994, p. 58-59 en Hartmann 2002, p. 103. Een aantal van hen heeft dan ook betoogd dat beide regelingen met elkaar geïntegreerd zouden moeten worden. Deze wens is inmiddels goeddeels ingehaald door de Wet OM-afdoening die enerzijds heeft voorzien in een versterking van de wettelijke basis van het voorwaardelijk sepot door deze ook in artikel 167 lid 2 Sv te regelen, en anderzijds in het op termijn laten vervallen van de regeling van de transactie. Zie § 2.4.5.

heeft voldaan.[45] Ten aanzien van de transactie kon voor de genoemde opvatting ook steun worden gevonden in de wijze waarop artikel 74 Sr is geformuleerd; ten aanzien van het voorwaardelijk sepot is dit niet het geval, mede als gevolg van de verhullende wettelijke formulering waarin het voorwaardelijk sepot als zodanig en het karakter als overeenkomst daarvan nauwelijks te onderscheiden zijn. Belangrijker is evenwel dat het ook om inhoudelijke redenen niet aangewezen is het moment van totstandkoming van het voorwaardelijk sepot pas te plaatsen op het moment dat de verdachte geheel aan de voorwaarden heeft voldaan. Nu het bij het voorwaardelijk sepot om gedragsvoorwaarden gaat, zal in de praktijk vrijwel steeds de nodige tijd verstrijken tussen het moment dat de officier van justitie en de verdachte met elkaar afspreken dat laatstgenoemde zich aan een aantal voorwaarden zal houden en het daadwerkelijk uitvoeren van die voorwaarden door de verdachte. Of de verdachte zich nu gedurende een bepaalde proeftijd dient te onthouden van het plegen van een nieuw strafbaar feit, of een bepaald leertraject dient te volgen of een contactverbod dient na te leven, in alle gevallen ligt er een zekere tijdspanne tussen de afspraak daartoe en het moment waarop die voorwaarden feitelijk zijn vervuld. Wanneer nu wordt aangenomen dat de overeenkomst evenals het geval is bij de transactie pas daadwerkelijk tot stand komt wanneer de gestelde voorwaarden door de verdachte geheel zijn vervuld, dan is de enkele daaraan voorafgaande afspraak tussen het Openbaar Ministerie en de verdachte dat de verdachte zich aan de voorwaarden zal houden op zichzelf nog geen overeenkomst, maar slechts een aanbod van het Openbaar Ministerie gevolgd door een aanvaarding daarvan door de verdachte onder de opschortende voorwaarde dat hij zich daadwerkelijk aan de gestelde voorwaarden zal houden. Dit is een onaantrekkelijk scenario. Waar de beschreven benadering in geval van de transactie nog kan worden gebillijkt door het feit dat de vervulling van de transactievoorwaarden – gezien de aard daarvan – en de totstandkoming van de overeenkomst veelal (praktisch) op één en hetzelfde moment in de tijd liggen, geldt dit niet voor het voorwaardelijk sepot. In geval van het voorwaardelijk sepot leidt deze benadering er immers toe dat de verdachte zich gedurende langere tijd aan de gestelde voorwaarden houdt, zonder dat daarvoor een daadwerkelijke rechtsgrond bestaat. Pas op

45 In de literatuur wordt veelal slechts het standpunt ingenomen dat de verdachte, nadat hij aan de gestelde voorwaarden heeft voldaan, gerechtvaardigd mag vertrouwen op een negatieve vervolgingsbeslissing van het Openbaar Ministerie (zie bijvoorbeeld Van de Biggelaar 1994, p. 63). Deze op zichzelf terechte stelling geeft als zodanig evenwel geen inzicht in de vraag wanneer de overeenkomst tot voorwaardelijk sepot tot stand komt. Zoals in het navolgende zal blijken, betekent het feit dat de aanspraak op een negatieve vervolgingsbeslissing pas daadwerkelijk ontstaat nadat de verdachte aan de gestelde voorwaarden heeft voldaan, immers nog niet dat de onderliggende overeenkomst waaruit deze aanspraak voortvloeit, niet reeds eerder tot stand gekomen kan zijn. In dat geval is de aanspraak op een negatieve vervolgingsbeslissing te beschouwen als een verbintenis onder opschortende voorwaarde.

het moment dat de verdachte geheel aan de gestelde voorwaarden heeft voldaan, wordt de opschortende voorwaarde vervuld, krijgt de rechtshandeling van aanvaarding zijn werking en komt de overeenkomst daadwerkelijk tot stand. Ook de rechtsgrond voor het vervullen van de bij het voorwaardelijk sepot gestelde voorwaarden ontstaat pas op dat moment, zij het dat dit zonder terugwerkende kracht gebeurt (vgl. artikel 3:38 lid 2 BW). Ook na de daadwerkelijke totstandkoming van het voorwaardelijk sepot blijft derhalve strikt genomen de situatie bestaan dat de verdachte de voorwaarden heeft vervuld zonder dat daarvoor op dat moment een geldige rechtsgrond bestond.

Ook het feit dat de verdachte zich gedurende die periode op vrijwillige basis aan de gestelde voorwaarden houdt, is als rechtsgrond onvoldoende, nu niet kan worden gesteld dat de verdachte dit geheel uit eigen beweging doet. De verdachte houdt zich aan de voorwaarden op initiatief van het Openbaar Ministerie; de voorwaarden zijn door het Openbaar Ministerie geformuleerd; de verdachte leeft ze vervolgens na onder toezicht van het Openbaar Ministerie en bij schending van de voorwaarden, verbindt het Openbaar Ministerie daaraan negatieve gevolgen in de vorm van een positieve vervolgingsbeslissing. Onder die omstandigheden kan niet worden gezegd dat de verdachte geheel uit eigen beweging zijn gedrag in overeenstemming met de gestelde voorwaarden brengt. Hij doet dit in de hoop en de verwachting dat hieraan voor hem positieve gevolgen in de vorm van een definitief sepot zullen zijn verbonden. Het handelen van de verdachte vloeit daarmee rechtstreeks voort uit de afspraak die hij met het Openbaar Ministerie heeft. Anders geformuleerd, de verdachte houdt zich op grond van een overeenkomst aan de gestelde voorwaarden. En in deze overeenkomst is ook de rechtsgrond voor het Openbaar Ministerie gelegen om de voorwaarden te kunnen stellen.

Op grond van het voorgaande is er dan ook veel voor te zeggen het voorwaardelijk sepot te beschouwen als een normale, consensuele overeenkomst die tot stand komt door de enkele geopenbaarde wilsovereenstemming tussen Openbaar Ministerie en verdachte.[46] Evenals het geval is bij de transactie zal het aanbod tot de overeenkomst van voorwaardelijk sepot in het algemeen van het Openbaar Ministerie uitgaan en veelal zal dit aanbod net als bij de transactie onder ontbindende tijdsbepaling worden gedaan.[47] Wanneer de verdachte nu voor het verstrijken van deze tijdsbepaling aan de officier van

46 Zie § 3.3 voor het onderscheid tussen consensuele en formele overeenkomsten.

47 Artikel 244 lid 3 Sv gaat ervan uit dat de verdachte het initiatief tot een voorwaardelijk sepot neemt door het Openbaar Ministerie tot het stellen van voorwaarden te verzoeken (het nieuwe artikel 167 lid 2 Sv is op dit punt anders geformuleerd). Dit neemt niet weg dat ook het Openbaar Ministerie het initiatief kan nemen (zie Van de Biggelaar 1994, p. 52-53). Los van deze kwestie kan worden gesteld dat het daadwerkelijke aanbod, evenals het geval is bij de transactie, steeds van het Openbaar Ministerie uitgaat, nu het in eerste instantie aan het Openbaar Ministerie is om de aan het voorwaardelijk sepot te verbinden voorwaarden te bepalen.

justitie meedeelt dat hij bereid is aan de gestelde voorwaarden te voldoen, kan dit – anders dan het geval is bij de transactie – zelfstandig als een onvoorwaardelijke rechtshandeling strekkende tot aanvaarding van het aanbod gelden en komt de overeenkomst van het voorwaardelijk sepot daarmee ook direct en onvoorwaardelijk tot stand. In dat geval maakt het daaropvolgende vervullen van de voorwaarden door de verdachte enkel onderdeel uit van de uitvoering van de overeenkomst en niet ook mede van de totstandkoming daarvan. Naast de omstandigheid dat hiermee wordt voorkomen dat de verdachte zich gedurende langere tijd aan bepaalde voorwaarden committeert zonder dat daarvoor – anders dan de vrijwillige basis waarop hij dit doet – een goede rechtsgrond bestaat, is het voordeel van deze benadering dat deze het meeste recht doet aan de feitelijke gang van zaken in de praktijk van de strafrechtspleging, waarin het Openbaar Ministerie en de verdachte – gezien de aard van de aan het voorwaardelijk sepot te verbinden gedragsvoorwaarden en de noodzaak deze toe te spitsen op de persoon en de persoonlijke omstandigheden van de verdachte – veelal het nodige overleg met elkaar zullen hebben. In dat kader zal de verdachte de door de officier van justitie gestelde voorwaarden pas gaan vervullen nadat hij zijn bereidheid daartoe aan de officier van justitie kenbaar heeft gemaakt, terwijl de officier van justitie de voorwaarden pas daadwerkelijk zal stellen wanneer hij de bereidwilligheid van de verdachte zich aan dergelijke voorwaarden te houden eerder heeft afgetast. Aldus gaat in de praktijk van de strafrechtspleging het openbaren van de wilsovereenstemming duidelijk aan het vervullen van de gestelde voorwaarden vooraf.

Het feit dat de overeenkomst tot voorwaardelijk sepot door de enkele wilsovereenstemming tot stand komt, wil evenwel niet zeggen dat de daaruit voortvloeiende verbintenissen voor elk van de betrokken partijen ook direct en in volle omvang in werking treden. Dit is in het algemeen wel het geval waar het de verplichting van de verdachte betreft zich aan de door de officier van justitie gestelde voorwaarden te houden. De gebondenheid van de kant van het Openbaar Ministerie om de in het vooruitzicht gestelde vervolgingsbeslissing (te weten: seponeren) te nemen, ontstaat evenwel pas indien en op het moment dat de verdachte geheel aan de voorwaarden heeft voldaan. Tot die tijd bestaat er voor het Openbaar Ministerie in wezen slechts de verplichting zich gedurende de periode waarin de verdachte de gestelde voorwaarden dient te vervullen, te onthouden van het nemen van een vervolgingsbeslissing. Pas als er duidelijkheid bestaat over de vraag of de verdachte zich al dan niet volledig aan de gestelde voorwaarden heeft gehouden, mag het Openbaar Ministerie zijn vervolgingsbeslissing nemen. En alleen als die duidelijkheid erin bestaat dat de verdachte de gestelde voorwaarden heeft vervuld, krijgt de verbintenis van het Openbaar Ministerie om de beloofde negatieve vervolgingsbeslissing te nemen, zijn werking.

In dit verband dringt de vergelijking met de voorwaardelijke verbintenis in de zin van artikel 6:21 BW zich op. Een verbintenis is voorwaardelijk in de

zin van deze bepaling 'wanneer bij rechtshandeling haar werking van een toekomstige onzekere gebeurtenis afhankelijk is gesteld'. Vervolgens onderscheidt artikel 6:22 BW tussen de opschortende voorwaarde, die de werking van de verbintenis pas met het plaatsvinden van de gebeurtenis doet aanvangen (er ontstaat een 'sluimerende' verbintenis), en de ontbindende voorwaarde, die de verbintenis met het plaatsvinden van de gebeurtenis doet vervallen (er ontstaat een 'bedreigde' verbintenis).[48] In eerstbedoeld geval bestaat de verbintenis ook al in de periode voor de vervulling van de opschortende voorwaarde, maar heeft zij nog geen werking. Nakoming daarvan kan in dat stadium dan ook niet worden gevorderd. Pas als de opschortende voorwaarde wordt vervuld, krijgt de verbintenis haar werking en kan nakoming worden gevorderd. De vervulling van de voorwaarde heeft geen terugwerkende kracht (artikel 6:22 BW). In het tweede geval van de ontbindende voorwaarde bestaat de verbintenis niet alleen in de periode voorafgaand aan de vervulling van de voorwaarde, maar heeft zij ook direct haar werking. Nakoming daarvan kan in die periode dan ook zonder meer worden gevorderd. Zodra de voorwaarde evenwel wordt vervuld, vervalt de verbintenis. Vanaf dat moment (geen terugwerkende kracht) kan nakoming niet meer worden gevorderd. Tot slot kan naast de verbintenis onder opschortende dan wel ontbindende voorwaarde nog de verbintenis onder tijdsbepaling worden onderscheiden. Bij een dergelijke verbintenis is de werking van de verbintenis afhankelijk gesteld van het intreden van een toekomstige zekere gebeurtenis (zie de artikelen 6:38 tot en met 6:40 BW).

Wanneer het voorgaande wordt toegepast op het voorwaardelijk sepot, ontstaat het volgende beeld. De verbintenis van het Openbaar Ministerie zich van het nemen van een vervolgingsbeslissing te onthouden gedurende de periode waarin de verdachte zich aan de gestelde voorwaarden dient te houden, kan worden beschouwd als een verbintenis onder de ontbindende voorwaarde dat er duidelijkheid ontstaat over de vraag of de verdachte zich al dan niet aan de hem gestelde voorwaarden heeft gehouden. Zodra deze duidelijkheid er is, mag het Openbaar Ministerie zijn vervolgingsbeslissing nemen. Op dat moment komt de verbintenis van het Openbaar Ministerie een negatieve vervolgingsbeslissing te nemen om de hoek kijken. Deze verbintenis krijgt slechts haar werking indien de verdachte zich daadwerkelijk aan de voorwaarden heeft gehouden. In die zin moet deze verbintenis dan ook worden beschouwd als een verbintenis onder opschortende voorwaarde. Indien de verdachte zich aan de voorwaarden heeft gehouden, dan is de opschortende voorwaarde daarmee vervuld en krijgt de verbintenis van het Openbaar Ministerie tot het nemen van een negatieve vervolgingsbeslissing haar werking. Indien de verdachte zich niet aan de voorwaarden heeft gehouden, is de

48 Zie Hijma & Olthof 2008, nr. 305-307. De voorwaardelijke verbintenis dient goed te worden onderscheiden van de voorwaardelijke rechtshandeling. Zie over dit onderscheid ook § 4.4.1.1

voorwaarde niet vervuld, treedt de verbintenis tot het nemen van een negatieve vervolgingsbeslissing niet in werking en is het Openbaar Ministerie derhalve geheel vrij de vervolgingsbeslissing te nemen die hem op dat moment het meest wenselijk voorkomt. Tenzij dit gezien de bijzondere omstandigheden van het geval onredelijk zou uitpakken, zal het Openbaar Ministerie in dat geval in de regel tot dagvaarding van de verdachte overgaan.[49]

Hoewel in de strafrechtelijke literatuur en in het voorgaande herhaaldelijk de stelling is betrokken dat – behoudens de aard van de te stellen voorwaarden – in wezen geen principieel verschil (meer) bestaat tussen de transactie en het voorwaardelijk sepot, blijkt uit het voorgaande dat beide rechtsfiguren weliswaar als (strafrechtelijke) overeenkomst kunnen worden gekenschetst, maar dat de wijze van totstandkoming verschilt. Waar de transactie ofwel een onvoorwaardelijke overeenkomst ofwel een overeenkomst onder opschortende voorwaarde is, is het voorwaardelijk sepot in het algemeen een onvoorwaardelijke overeenkomst met deels voorwaardelijke verbintenissen. Aldus legt de theorie van het contractenrecht een belangrijk verschil bloot tussen twee rechtsfiguren die in de strafrechtelijke dogmatiek in ieder geval voor wat betreft hun karakter als vrijwel inwisselbaar worden beschouwd.

Naar aanleiding van het hier geconstateerde verschil rijst wel de vraag wat dit betekent voor de transactie met als voorwaarde dat de verdachte onbetaalde arbeid verricht of een leertraject volgt (artikel 74 lid 2 sub f Sr). Waar in het voorgaande werd gesteld dat de bijzondere wijze van totstandkoming van de transactie in het kader van die rechtsfiguur kon worden gebillijkt gezien de aard van de aan de transactie te stellen voorwaarden, werd gedoeld op de transactievoorwaarden van financiële aard. Deze voorwaarden kenmerken zich er immers door dat zij in een zeer kort tijdsbestek kunnen worden vervuld. De betaling van een geldsom, de afstand of uitlevering van bepaalde voorwerpen (zie artikel 74 lid 2 sub a tot en met e Sr), het zijn alle eenmalige handelingen. Met het verrichten van deze handelingen komt de transactie tot stand en wordt zij tegelijkertijd uitgevoerd. Het argument dat de verdachte aan voorwaarden voldoet zonder dat daarvoor een deugdelijke rechtsgrond kan worden aangewezen, speelt hier – gezien het geringe tijdsbeslag – dan ook slechts in theorie. Deze redenering gaat evenwel niet op wanneer de transactievoorwaarde uit het verrichten van onbetaalde arbeid of het volgen van een leertraject bestaat. Dan speelt hetzelfde probleem als het geval was bij het voorwaardelijk sepot: het vervullen van de voorwaarden

49 Het Openbaar Ministerie zal niet snel op nakoming van de overeenkomst door de verdachte aandringen door van de verdachte te vorderen dat deze alsnog aan de voorwaarden voldoet. Bij schending van de voorwaarden zal het Openbaar Ministerie vrijwel altijd eenvoudigweg tot dagvaarding van de verdachte overgaan. Hooguit zal het Openbaar Ministerie in voorkomende gevallen een dergelijke beslissing laten voorafgaan door een waarschuwing aan de verdachte. Zie meer uitgebreid § 8.4.5.1.

neemt geruime tijd in beslag. Ook ten aanzien van de transactie onder de voorwaarde van het verrichten van onbetaalde arbeid of het volgen van een leertraject geldt derhalve dat zou moeten worden aangenomen dat de overeenkomst reeds tot stand komt met de enkele geopenbaarde wilsovereenstemming tussen het Openbaar Ministerie en de verdachte tot het aangaan van deze transactie. Dit staat evenwel haaks op de strafrechtelijke dogmatiek die het moment van totstandkoming van de transactie – ook wanneer het de transactie met als voorwaarde het verrichten van onbetaalde arbeid of het volgen van een leertraject betreft – plaatst bij het moment van voldoening aan de transactievoorwaarden. Vanuit dit perspectief bezien ware het dan ook beter geweest wanneer de mogelijkheid van het stellen van de voorwaarde van het verrichten van onbetaalde arbeid of het volgen van een leertraject door de wetgever destijds bij het voorwaardelijk sepot in plaats van bij de transactie was ondergebracht.[50]

4.4.2.2 Contractsvrijheid en vrijwilligheid

In een aantal opzichten kent het voorwaardelijk sepot dezelfde problemen als de transactie wanneer het gaat om de mate van vrijwilligheid waarmee de verdachte besluit met het Openbaar Ministerie in zee te gaan. Ook hier geldt immers dat het Openbaar Ministerie altijd het alternatief van dagvaarding achter de hand heeft, hetgeen de mate van vrijwilligheid waarmee de verdachte met het voorwaardelijk sepot instemt minst genomen in een wat ander daglicht plaatst.[51] Voor veel verdachten is een tijdrovend onderzoek ter terechtzitting in de openbaarheid en met een onzekere uitkomst immers het te vermijden alternatief. Bovendien zal ook in geval van het voorwaardelijk sepot niet elke verdachte – zeker wanneer deze niet over kundige rechtsbijstand beschikt – het consensuele rechtskarakter daarvan op waarde weten te schatten.

Niettemin zal dit laatste probleem zich in geval van het voorwaardelijk sepot wat minder snel laten gevoelen dan bij de transactie, omdat de herkenbaarheid van het voorwaardelijk sepot als overeenkomst veelal groter zal zijn dan bij de transactie het geval is. Dit komt met name omdat het voorwaardelijk sepot vrijwel altijd in meer of mindere mate maatwerk is. De te stellen voorwaarden moeten immers 'de levenswijze en het gedrag' van de verdachte betreffen en zijn aldus 'persoonsgebonden'.[52] Het voorwaardelijk sepot kent derhalve uit de aard der zaak geen rechtstreeks uit richtlijnen voortvloeiende

50 Deze mogelijkheid is in het leven geroepen bij de Wet taakstraffen van 7 september 2000, *Stb*. 2000, 365, in werking getreden op 1 februari 2001. Verwacht mag worden dat deze systematische onzuiverheid zich in de nabije toekomst vanzelf oplost. De mogelijkheid tot het opleggen van een taakstraf is inmiddels immers ondergebracht bij de strafbeschikking (artikel 257a lid 2 sub a Sv), terwijl de transactie op de nominatie staat te komen vervallen. Zie § 2.4.5.

51 Zie Hartmann 2002, p. 103; zie voorts § 2.7.1.4.

52 Van de Biggelaar 1994, p. 55.

gefixeerde bedragen zoals die bij de transactie veelal wel voorhanden zijn. Telkens zal – weliswaar tegen de achtergrond van het gevoerde strafvorderlijke beleid – per individueel geval en met inachtneming van de persoonlijke omstandigheden van de betrokken verdachte moeten worden bekeken hoe de aan het voorwaardelijk sepot te verbinden voorwaarden eruit zouden moeten zien. Dit kan variëren van het enkel stellen van de algemene voorwaarde dat de verdachte zich gedurende een door de officier van justitie te bepalen termijn niet wederom schuldig maakt aan enig strafbaar feit tot het stellen van behoorlijk ingrijpende gedragsbeïnvloedende voorwaarden als het volgen van een bepaalde cursus of het bepalen van een straat-, stadion- of contactverbod of een meldingsplicht. Hierbij geldt slechts een aantal ongeschreven grenzen: de voorwaarden mogen a) niet de grondrechten van de verdachte inperken; b) geen punitief karakter hebben; en c) geen zwaarder karakter hebben dan de straf die door de rechter zou worden opgelegd indien het tot dagvaarding zou komen.[53] Binnen deze marges is evenwel een groot scala aan voorwaarden mogelijk. Dergelijk maatwerk zal in de regel meer contact en overleg met de verdachte vergen dan het enkele toesturen van een acceptgiro met een gefixeerd bedrag zoals vaak het geval is bij de transactie. Bovendien zal de officier van justitie zeker wanneer het gaat om gedragsvoorwaarden waarvoor de medewerking van de verdachte essentieel is (zoals het volgen van een leertraject door de verdachte), zich ervan willen vergewissen dat de verdachte uitdrukkelijk met deze voorwaarden instemt. Wanneer de verdachte ongemotiveerd blijkt te zijn tot het voldoen aan de hem gestelde voorwaarden, zal de officier van justitie immers liever gelijk tot dagvaarding willen besluiten. Gegeven deze stand van zaken zal het consensuele moment binnen het voorwaardelijk sepot in de praktijk wat beter uit de verf komen dan vaak het geval is bij de transactie.

4.4.2.3 Conclusie

Gezien het feit dat de transactie en het voorwaardelijk sepot wat betreft hun strekking – niet-vervolging in ruil voor het voldoen aan een aantal voorwaarden door de verdachte – sterk vergelijkbaar zijn, geldt ook voor het voorwaardelijk sepot dat dit zonder meer als strafrechtelijke overeenkomst kan worden beschouwd. Ook hetgeen in het kader van de transactie is gesteld over de beperkte herkenbaarheid van het karakter als overeenkomst geldt grotendeels voor het voorwaardelijk sepot, zij het dat het consensuele karakter van het voorwaardelijk sepot over de gehele linie wat beter uit de verf komt. Niet alleen vinden de totstandkoming van de overeenkomst van voorwaardelijk sepot en de feitelijke uitvoering van de daarbij gestelde voorwaarden niet tegelijkertijd plaats, ook vereist het voorwaardelijk sepot meer dan de transactie

53 Zie onder meer Van de Biggelaar 1994, p. 54-56 en Hartmann 2002, p. 91-92 alsmede § 2.4.2.

het nodige maatwerk en overleg met de verdachte. Beide aspecten komen de herkenbaarheid van het voorwaardelijk sepot als overeenkomst ten goede.

4.4.3 De schikking

Zoals in het tweede hoofdstuk reeds besproken, schept de rechtsfiguur van de schikking ex artikel 511c Sv voor de verdachte ten aanzien van wie een vordering tot ontneming loopt of dreigt te gaan lopen de mogelijkheid de rechterlijke uitspraak op die vordering en eventueel het daaraan voorafgaande strafrechtelijk financieel onderzoek ex artikel 126 e.v. Sv te voorkomen door met de officier van justitie overeen te komen dat hij een bepaald bedrag aan de Staat betaalt of bepaalde voorwerpen overdraagt ter gehele of gedeeltelijke ontneming van het wederrechtelijk verkregen voordeel.[54] Door voldoening aan de voorwaarden van de schikking door de verdachte vervalt ingevolge artikel 578a lid 1 Sv de bevoegdheid van het Openbaar Ministerie tot het indienen van de ontnemingsvordering of is – wanneer de vordering reeds is ingediend – de ontnemingszaak van rechtswege geëindigd.[55] De mogelijkheid tot schikking bestaat zolang het onderzoek ter terechtzitting ter zake de ontnemingsvordering niet is gesloten (zie artikel 511c Sv).[56] Het kost weinig moeite in de constructie van de schikking de contouren van een (obligatoire en wederkerige) strafrechtelijke overeenkomst te herkennen. De schikking komt immers slechts tot stand indien zowel het Openbaar Ministerie als de verdachte met deze wijze van afdoening van de ontnemingszaak instemt (wilsovereenstemming), terwijl de schikking zowel voor de verdachte als voor het Openbaar Ministerie rechtsgevolgen in de zin van verbintenissen in het leven roept, te weten voor de verdachte de plicht tot het betalen van een bij de schikking bepaald bedrag en voor het Openbaar Ministerie de plicht niet of niet opnieuw

54 Voor wat betreft de feiten ter zake waarvan kan worden geschikt, geldt dat volledig kan worden aangesloten bij de categorieën strafbare feiten die op grond van artikel 36e Sr voor ontneming in aanmerking komen. Zie in dit kader ook Hartmann 2002, p. 88.

55 De schikking heeft uitdrukkelijk geen consequenties voor de bevoegdheid tot vervolging in de onderliggende strafzaak. Dit is anders indien een transactie wordt aangegaan met als voorwaarde de betaling door de verdachte van een bedrag ter gehele of gedeeltelijke ontneming van het wederrechtelijk verkregen voordeel (artikel 74 lid 2 sub d Sr); een dergelijke transactie doet zowel de bevoegdheid tot vervolging in de onderliggende strafzaak als de bevoegdheid tot het instellen of handhaven van een ontnemingsvordering vervallen. Zie over het onderscheid tussen de rechtsgevolgen van de schikking en de transactie uitgebreid *Kamerstukken II* 1989/90, 21 504, nr. 3, p. 50-51; alsmede Borgers 2001, p. 149-150 en Hartmann 2002, p. 88-90; zie ook § 2.4.3.

56 Op dit punt verschilt de schikking opvallend van de transactie. Het aangaan van een transactie is ingevolge artikel 74 Sr immers slechts mogelijk tot aan de start van het onderzoek ter terechtzitting (in de strafzaak). Op dat moment is het niet meer aan het Openbaar Ministerie en de verdachte onderling om het onderzoek ter terechtzitting zelfstandig te beëindigen door een transactie aan te gaan, maar kan deze nog slechts eindigen met een einduitspraak van de rechter.

een ontnemingsvordering ten laste van de verdachte aanhangig te maken.[57] Deze verbintenissen zijn ook over en weer van elkaar afhankelijk: de verdachte voldoet aan de termen van de schikking *opdat* het Openbaar Ministerie van de ontnemingsvordering afziet of deze staakt, terwijl het Openbaar Ministerie van de ontnemingsvordering afziet of deze staakt *omdat* verdachte heeft voldaan aan de termen van de schikking. Aldus creëert de schikking een duidelijke relatie van wederkerigheid.

4.4.3.1 Typering van de overeenkomst

Hoewel de schikking ex artikel 511c Sv in veel opzichten sterk vergelijkbaar is met de transactie,[58] is het maar zeer de vraag of dit ook geldt waar het gaat om het rechtskarakter als overeenkomst. In het bijzonder rijst de vraag of ook de schikking evenals de transactie moet worden beschouwd als een overeenkomst die tot stand komt door middel van een aanbod van het Openbaar Ministerie onder ontbindende voorwaarde en een aanvaarding door de verdachte door middel van ofwel voldoening aan de termen van de overeenkomst ofwel de enkele mededeling van aanvaarding onder de opschortende voorwaarde van daadwerkelijke voldoening aan de termen van de overeenkomst. De vergaande gelijkenis tussen de transactie en de schikking vormt weliswaar een argument dat voor een bevestigende beantwoording van deze vraag pleit. Het feit dat het Modelformulier schikking dat als bijlage is gevoegd bij de Aanwijzing ontneming de enkele aanvaarding door de verdachte[59] voldoende lijkt te achten voor totstandkoming van de schikking, pleit hier evenwel sterk tegen. Het modelformulier stelt immers:

> 'Het aanbod is eerst aanvaard indien het voor akkoord getekend exemplaar van deze schikking door mij [de officier van justitie, JHC] vóór de vervaldatum is ontvangen. Voor zover het aanbod strekt tot betaling van een geldbedrag of overdracht van een roerende zaak, of rechten aan toonder of order, kan het aanbod bovendien worden aanvaard door betaling door middel van bijgevoegde acceptgiro vóór de vervaldatum, respectievelijk feitelijke afgifte van de zaak of het betreffende document (…).'[60]

57 Zie ook Hartmann 2002, p. 87 die stelt dat de schikking evenals de transactie zowel het karakter van een sanctie als van een overeenkomst heeft.

58 Zie Hartmann 2002, p. 87-88.

59 Omwille van de leesbaarheid wordt hier in het kader van de schikking ex artikel 511c Sv telkens eenvoudigweg gesproken van verdachte. Het Modelformulier duidt degene die de schikking met het Openbaar Ministerie aangaat meer neutraal aan als 'de aanvaardende partij', omdat het immers niet alleen kan gaan om een verdachte burger, maar ook om een burger die reeds is veroordeeld.

60 Zie § 3 van Bijlage 3 bij de Aanwijzing ontneming van 16 februari 2009, *Stcrt*. 2009, 40, geldig van 1 maart 2009 tot 28 februari 2013.

Vervolgens beschrijft het modelformulier in de paragraaf 'rechtsgevolgen' welke verplichtingen de verdachte na aanvaarding van de schikking heeft en op welke wijze hij hieraan dient te voldoen. In de paragraaf 'niet-nakoming' bepaalt het modelformulier vervolgens:

> 'Indien de hierboven omschreven verplichtingen niet, niet tijdig of niet volledig worden nagekomen kan door de Officier van Justitie (alsnog) een ontnemingsmaatregel als bedoeld in artikel 36e Wetboek van Strafrecht worden gevorderd. In dat geval kan op deze schikking in rechte geen beroep worden gedaan.'[61]

De hier gekozen constructie wijst toch duidelijk de kant op van de 'gewone' consensuele overeenkomst, waarbij de overeenkomst tot stand komt door de enkele geopenbaarde wilsovereenstemming, terwijl de totstandkoming door middel van aanbod en aanvaarding theoretisch gezien los van de uitvoering van de overeenkomst staat. De verdachte kan weliswaar de schikking aanvaarden door middel van betaling van het geldbedrag of feitelijke afgifte van de gevraagde goederen, de enkele aanvaarding door ondertekening van het modelformulier is ook reeds voldoende om de overeenkomst tot stand te laten komen. De hier voorgeschreven wijze van aanvaarding pleit toch sterk tegen een benadering waarin de schikking de wijze van totstandkoming van de transactie volgt. Veeleer volgt de schikking hier de wijze van totstandkoming van het voorwaardelijk sepot: de enkele gebleken wilsovereenstemming is voldoende de overeenkomst in werking te doen laten treden, terwijl de werking van de daaruit voortvloeiende verbintenissen eventueel afhankelijk kan worden gesteld van het intreden van bepaalde ontbindende of opschortende voorwaarden.

Op dit punt bestaat een zekere discrepantie tussen de theoretische benadering van de schikking als rechtsfiguur en de meer feitelijke benadering van de concreet voorliggende schikking tussen het Openbaar Ministerie en een individuele verdachte. De theoretische benadering wijst gezien de gelijkenis van de rechtsfiguur van de schikking met de rechtsfiguur van de transactie eerder richting een benadering waarin ook de schikking wordt gezien als een overeenkomst die pas daadwerkelijk tot stand komt door voldoening aan de termen van de overeenkomst. Een meer feitelijke benadering wijst evenwel eerder richting een 'gewone' overeenkomst die reeds door de enkele gebleken wilsovereenstemming tot stand komt, nu uit het genoemde modelformulier naar voren komt dat de overeenkomst reeds tot stand kan komen door de enkele ondertekening van het formulier. Toch zal deze laatste benadering leidend moeten zijn, nu de termen van een overeenkomst niet slechts worden bepaald door het ter zake geldende recht en de bijbehorende dogmatiek, maar ook en niet in de laatste plaats door hetgeen partijen onderling hebben afge-

---

61 Zie § 5 van Bijlage 3 bij de Aanwijzing ontneming van 16 februari 2009, *Stcrt*. 2009, 40, geldig van 1 maart 2009 tot 28 februari 2013.

sproken. Wanneer partijen onderling hebben afgesproken dat de overeenkomst tot stand kan komen door middel van de enkele ondertekening van het genoemde modelformulier en het geldende recht zich niet tegen een dergelijke wijze van totstandkoming verzet – hetgeen inderdaad niet het geval is –, dan moet de conclusie zijn dat de overeenkomst inderdaad enkel op basis van wilsovereenstemming – welke dient te blijken door de ondertekening van het modelformulier[62] – tot stand komt. Aldus vaart de schikking, evenals het voorwaardelijk sepot, voor wat betreft de wijze waarop deze tot stand komt een andere koers dan de transactie. Wel zal evenals het geval was bij het voorwaardelijk sepot, ook in het kader van de schikking gelden dat niet alle uit de overeenkomst voortvloeiende verbintenissen direct hun werking hebben. In het bijzonder de verbintenis van het Openbaar Ministerie om zich te onthouden van het indienen van een ontnemingsvordering of om een reeds ingediende ontnemingsvordering weer in te trekken, zal moeten worden beschouwd als een verbintenis onder de opschortende voorwaarde dat de verdachte het schikkingsbedrag geheel voldoet.[63]

4.4.3.2 Contractsvrijheid en vrijwilligheid

Ten aanzien van de vraag in hoeverre de schikking op contractsvrijheid berust en in hoeverre kan worden gezegd dat de verdachte daadwerkelijk vrijwillig met deze wijze van afdoening van de ontnemingsprocedure instemt, rijzen vergelijkbare problemen als die in het voorgaande in het kader van de transactie en het voorwaardelijk sepot zijn besproken. Ook hier trekt het feit dat het Openbaar Ministerie bij weigering van de schikking door de verdachte te allen tijde het alternatief van het instellen of het doorzetten van een ontnemingsvordering achter de hand heeft, een zekere wissel op de mate van vrijwilligheid waarmee de verdachte met de schikking instemt. De openbaarheid van een dergelijke procedure en de onzekere uitkomst daarvan maakt dit alternatief voor veel verdachten, niet in de laatste plaats wanneer het gaat om verdachte rechtspersonen, bijzonder onaantrekkelijk. Bij de schikking in het kader van de ontneming zal daarentegen niet snel het probleem rijzen dat de verdachte die de schikking aangaat het rechtskarakter daarvan misverstaat en ten onrechte in de veronderstelling verkeert dat het om een eenzijdig opgelegd besluit tot ontneming gaat.

Een van de factoren die ten grondslag ligt aan het feit dat het meerzijdige karakter van de schikking betrekkelijk helder naar voren komt, is de aanzienlijke mate van contractsvrijheid waardoor de schikking zich veelal kenmerkt. Niet alleen geldt dat het te ontnemen bedrag in de meeste gevallen voor de

62 Dit vormvoorschrift van ondertekening is een constitutief vereiste voor totstandkoming van de overeenkomst (zie artikel 511c Sv). Het gaat hier derhalve strikt genomen om een formele overeenkomst.

63 Zie § 4.4.2.1.

nodige discussie vatbaar is – bij het vaststellen van dit bedrag rijzen nu eenmaal veel feitelijke en juridische kwesties, bijvoorbeeld over kostenaftrek –, ook is er in de ontnemingsprocedure altijd ruimte het te ontnemen bedrag met het oog op de huidige of de in de toekomst te verwachten draagkracht van de verdachte te matigen (artikel 36e lid 4 Sr). Nu deze matigingsbevoegdheid reeds in de ontnemingsprocedure voor de rechter geldt en de verdachte derhalve ook in de gerechtelijke procedure aanspraak kan maken op een zekere 'korting' van het uiteindelijk door de rechter vast te stellen te ontnemen bedrag, zal de verdachte in het kader van een schikking niet snel instemmen met een bedrag dat niet aanzienlijk veel lager ligt dan het bedrag dat strikt genomen voor ontneming in aanmerking zou komen. Aldus is de onderhandelingsruimte in het kader van de schikking – zeker in vergelijking met de transactie – betrekkelijk groot. Dit geldt temeer nu het in de praktijk om aanzienlijke bedragen kan gaan, ook omdat de mogelijkheid tot schikking niet slechts is gereserveerd voor de relatief lichtere zaken, maar ook in het kader van ernstiger en omvangrijker zaken kan worden toegepast.

4.4.3.3 Conclusie

De schikking is in al zijn aspecten als een strafrechtelijke overeenkomst te beschouwen. Nu het hier een overeenkomst betreft waarvan de totstandkoming en de uitvoering helder van elkaar te onderscheiden rechtshandelingen zijn en de contractsvrijheid in veel gevallen aanzienlijk is, komt het karakter van de schikking als overeenkomst – zeker in vergelijking met de transactie – goed uit de verf. De terminologie (schikking) waarmee deze rechtsfiguur wordt aangeduid, draagt hieraan nog eens extra bij. Tot slot maakt wellicht het feit dat de ontnemingsprocedure in zijn geheel, mede als gevolg van zijn karakter als maatregel en zijn gerichtheid op herstel van de rechtmatige toestand in plaats van leedtoevoeging, reeds de nodige privaatrechtelijke karaktertrekken kent,[64] dat de schikking in dat geheel van de ontnemingsprocedure een meer natuurlijke plaats inneemt dan de eerder besproken mogelijkheden tot buitengerechtelijke afdoening binnen het sterk publiekrechtelijke kader van de vervolging in de strafzaak zelf.

4.5 Overeenkomsten ter verkorting van het geding

Naast de in het voorgaande besproken consensuele procedures ter afdoening buiten geding – welke alle als strafrechtelijke overeenkomst bleken te kunnen worden beschouwd – is in het tweede hoofdstuk de categorie van de consensuele procedures ter verkorting van het geding onderscheiden. Van een consensuele procedure ter verkorting van het geding werd gesproken wanneer sprake

64 Zie Borgers 2001, p. 78.

is van het toekennen van rechtsgevolg of bepalende invloed op de loop van het strafproces of de strafoplegging aan consensus tussen het Openbaar Ministerie en de verdachte, met als gevolg dat de loop van dat onderzoek ter terechtzitting of de loop van de strafzaak in zijn algemeenheid wordt beïnvloed en/of de duur daarvan wordt verkort. De consensuele procedure ter verkorting van het geding veronderstelt aldus dat het onderzoek ter terechtzitting reeds is begonnen. Als belangrijkste voorbeeld van een dergelijke procedure is op de voeging ad informandum gewezen, maar ook daarnaast bleken verschillende voorbeelden te bestaan van consensualiteit tussen het Openbaar Ministerie en de verdediging over de loop van het strafproces of over een aspect daarvan. Hoewel de inhoud van dergelijke consensuele momenten sterk uiteenloopt, strekken zij alle tot verkorting van het geding of komen zij daar in ieder geval materieel op neer. Voorbeelden zijn afspraken tussen de verschillende procesdeelnemers – al dan niet gemaakt tijdens een regiezitting – over de vraag welke getuigen ter zitting worden opgeroepen of welk nader onderzoek dient te worden uitgevoerd. Maar ook aparte procedures voor de bekennende verdachte – zoals de regeling van artikel 359 lid 3 Sv – of het maken van afspraken over het al dan niet instellen van rechtsmiddelen konden tot de consensuele procedures ter verkorting van het geding worden gerekend.

Voordat de verschillende consensuele procedures ter verkorting van het geding onder de loep worden genomen voor wat betreft hun karakter als overeenkomst – waarbij met name wordt stilgestaan bij de voeging ad informandum –, zij vooraf in zijn algemeenheid nog eens herhaald dat in het kader van dergelijke procedures de betrokkenheid van de strafrechter een belangrijk gegeven is.[65] Nog los bezien van de vraag of en in welke omstandigheden de strafrechter partij kan zijn bij een dergelijke procedure, staat het de procespartijen wanneer de fase van het onderzoek ter terechtzitting is aangebroken, nog maar zeer ten dele vrij met elkaar afspraken te maken over de verdere loop van het strafproces, nu de leiding over dat onderzoek ter terechtzitting in handen van de rechter ligt (artikel 272 Sv). Het Openbaar Ministerie en de verdediging kunnen de strafrechter in die fase van het geding dan ook niet meer eigenhandig buitenspel zetten, zoals dat nog wel mogelijk was in de fase voorafgaand aan het onderzoek ter terechtzitting. In wezen is dit slechts anders indien het onderzoek ter terechtzitting in eerste aanleg of in hoger beroep reeds is afgesloten en de rechter uitspraak heeft gedaan, terwijl deze uitspraak nog niet in kracht van gewijsde is gegaan. In een dergelijke situatie bestaat nog een zekere ruimte voor een 'consensueel moment' buiten de rechter om. Telkens wanneer gedurende het strafproces een onderzoek ter terechtzitting 'loopt', is de contractsvrijheid voor procespartijen evenwel beperkt en behoeft een voorgenomen afspraak steeds, impliciet of expliciet, de instemming van

65 Zie § 2.5.

de zittingsrechter, althans indien en voor zover de afspraak mede de positie en bevoegdheden van de zittingsrechter raakt. Dit laatste zal evenwel betrekkelijk snel het geval zijn, nu de rechter in ons inquisitoir georiënteerde strafproces een actieve rol heeft, hetgeen zich onder meer uit in het feit dat de regie over het geding tijdens het onderzoek ter terechtzitting in zijn handen ligt en hij een zelfstandige verantwoordelijkheid voor de waarheidsvinding draagt.[66] Bij die stand van zaken zal er weinig ruimte zijn voor consensualiteit tussen de verdachte en het Openbaar Ministerie zonder dat de zittingsrechter daarmee instemt.

4.5.1 De voeging ad informandum

Op basis van de schets van de voeging ad informandum in het tweede hoofdstuk, kan worden gesteld dat de voeging ad informandum teruggebracht tot de kern op het volgende neerkomt. Het Openbaar Ministerie meent, naast de ten laste gelegde feiten, een of meer andere feiten ook te kunnen bewijzen. Op grond van overwegingen van proceseconomie en mogelijk deels ook met het oog op de 'afnemende meeropbrengst' van het toevoegen van deze feiten aan de tenlastelegging met het oog op de eventuele latere straftoemeting, is het Openbaar Ministerie evenwel bereid deze feiten 'slechts' ter kennis van de rechter te brengen, zodat deze daarmee (in strafverzwarende zin) rekening kan houden bij de strafoplegging ter zake van de wel ten laste gelegde (en bewezen verklaarde) feiten. Hij kan dit evenwel slechts doen indien en op voorwaarde dat de verdachte tijdens het onderzoek ter terechtzitting onvoorwaardelijk en ondubbelzinnig heeft bekend deze ad informandum gevoegde feiten inderdaad te hebben gepleegd en de rechter de betrokkenheid van verdachte bij de gevoegde feiten, mede in het licht van diens bekentenis, overigens ook aannemelijk acht.[67] Indien aan deze voorwaarde wordt voldaan kan – niet: moet[68] – de rechter bij de strafoplegging (binnen de marges van het op grond van de ten laste gelegde feiten geldende strafmaximum) ten nadele van de verdachte rekening houden met het door de verdachte begaan zijn van deze gevoegde feiten. Doet de rechter dit – hetgeen gewoonlijk het geval zal zijn – dan is de consequentie dat de ad informandum gevoegde feiten strafrechtelijk gezien zijn afgedaan en een aparte vervolging voor deze feiten ingevolge het in artikel 68 Sr neergelegde *ne bis in idem* beginsel niet langer tot de mogelijkheden behoort. Deze laatste consequentie is in zekere zin te

66 Zie meer uitgebreid § 6.2.7. De beperkte ruimte tot het sluiten van overeenkomsten tijdens het onderzoek ter terechtzitting blijkt ook uit het verbod tot het aangaan van een transactie na de start van het onderzoek ter terechtzitting (artikel 74 lid 1 Sr). Zodra dit onderzoek eenmaal is begonnen, ligt het geding immers in handen van de rechter.

67 Zie voor de voorwaarden aan voeging ad informandum in verstekzaken § 2.5.3.

68 Zie HR 1 mei 1990, *NJ* 1991, 40 m.nt. ThWvV.

beschouwen als de 'tegenprestatie' van het Openbaar Ministerie waardoor de verdachte zich uitgenodigd moet voelen de ad informandum gevoegde feiten – hoewel niet ten laste gelegd – toch te bekennen. Aan deze redenering ligt de inschatting ten grondslag dat de verdachte wel eens slechter af zou kunnen zijn bij afzonderlijke tenlastelegging van de betreffende feiten, nu dit niet alleen zou leiden tot een volledig nieuwe berechting, maar ook tot een vermoedelijk per saldo zwaardere strafoplegging.

Op basis van deze rudimentaire schets van de afdoeningswijze van de voeging ad informandum kan worden gesteld dat het karakter van de voeging ad informandum als overeenkomst relatief zwak is. Zelfs zodanig zwak dat men zich kan afvragen of de voeging ad informandum eigenlijk wel als strafrechtelijke overeenkomst kan worden beschouwd. Aan deze constatering liggen grofweg twee factoren ten grondslag: ten eerste het ontbreken van een duidelijk aanwijsbare wilsovereenstemming gericht op het teweegbrengen van rechtsgevolg tussen de betrokken partijen; ten tweede de in het voorgaande reeds genoemde betrokkenheid van de rechter bij de voeging ad informandum. De combinatie van deze beide factoren maakt dat het lastig is in het kader van de voeging ad informandum een rechtshandeling of rechtsbetrekking te identificeren die daadwerkelijk als strafrechtelijke overeenkomst kan worden bestempeld. Daarvoor dient immers – het zij nog maar eens herhaald – sprake te zijn van een geopenbaarde wilsovereenstemming tussen twee of meer rechtssubjecten gericht op het teweegbrengen van een bepaald rechtsgevolg. Met enig kunst- en vliegwerk valt in het kader van de voeging ad informandum de wilsovereenstemming tussen Openbaar Ministerie, verdachte en (eventueel) de rechter nog wel te construeren; van een daadwerkelijke gerichtheid op het teweegbrengen van rechtsgevolg *tussen de betrokken partijen* kan evenwel niet of nauwelijks worden gesproken.

Dat er in het geval van de voeging ad informandum sprake is van een zeker consensueel moment in het strafproces moge duidelijk zijn. De voeging ad informandum wordt in de literatuur dan ook steevast onder de noemer van consensualiteit of onderhandelen geschaard.[69] Daarmee kan evenwel nog niet zonder meer van een overeenkomst worden gesproken. Als gezegd is het probleem met name dat binnen de dynamiek van de figuur van de voeging ad informandum de rechtshandeling of de rechtsbetrekking die eventueel als overeenkomst zou kunnen worden gekwalificeerd, moeilijk is te fixeren. Het vermelden door het Openbaar Ministerie van de ad informandum gevoegde feiten op de dagvaarding kan in zekere zin worden beschouwd als een uitnodiging aan de verdachte de betreffende feiten verkort af te doen. Op dat moment kan met enig recht worden gesproken van een aanbod tot het aangaan van een overeenkomst. De volgende wezenlijke stap binnen het proces van de

69 Zie onder meer Hildebrandt 1996, Corstens 1997 en Baauw 2009. Zie ook § 2.5.3.

voeging ad informandum is de verklaring van de verdachte omtrent zijn aandeel in de ad informandum gevoegde feiten. Wanneer de verdachte de betreffende feiten ontkent, dan kan dit worden gezien als een afwijzing van het aanbod van het Openbaar Ministerie de feiten verkort af te doen. Een bekennende verklaring door de verdachte daarentegen kan onder omstandigheden als een aanvaarding van het aanbod van het Openbaar Ministerie worden beschouwd. Of dat het geval is, hangt strikt genomen af van de vraag of sprake is van een causaal verband tussen de bereidheid van de verdachte een bekennende verklaring af te leggen en het feit dat de betreffende feiten door het Openbaar Ministerie zijn gevoegd in plaats van afzonderlijk ten laste gelegd.[70] Vanuit theoretisch perspectief kan deze vraag strikt genomen niet in het midden blijven, nu een van de elementen van de overeenkomst de onderlinge afhankelijkheid van de constituerende wilsverklaringen is.[71]

Maar ook als wel degelijk sprake is van een causaal verband tussen de bekennende verklaring van de verdachte en het feit dat het Openbaar Ministerie bereid is de feiten te voegen in plaats van deze nu of op een later moment afzonderlijk ten laste te leggen, blijft de vraag of op het moment dat de verdachte de gevoegde feiten heeft bekend sprake is van een overeenkomst. Wat pleit voor een bevestigende beantwoording van deze vraag is dat sprake is van wilsovereenstemming tussen de betrokken partijen: beide hebben immers elk op hun eigen wijze aangegeven de ad informandum gevoegde feiten op verkorte wijze te willen afdoen. De enkele consensus is evenwel niet genoeg om te kunnen spreken van een overeenkomst. De wilsovereenstemming dient immers voorts te zijn gericht op het teweegbrengen van 'rechtsgevolg ten behoeve van een der partijen en ten laste van de andere partij, of ten behoeve en ten laste van beide (alle) partijen over en weer'.[72] Hier rijst een probleem. De wilsovereenstemming is immers gericht op het teweegbrengen van het rechtsgevolg dat de ad informandum gevoegde feiten verkort worden afgedaan door deze mee te nemen in de strafoplegging ter zake van de ten laste gelegde en bewezen verklaarde feiten. De wilsovereenstemming tussen de betrokken partijen is evenwel op zichzelf niet geschikt om dit rechtsgevolg in het leven te roepen. Er wordt immers een rechtsgevolg beoogd waarvan de verwezenlijking buiten de macht van de betrokken partijen ligt. De vraag of dit rechts-

70 Op de achtergrond speelt ook in het kader van de voeging ad informandum weer de vraag naar de vrijwilligheid als voorwaarde voor wilsovereenstemming. Indien de verdachte besluit de feiten te bekennen daartoe uitgenodigd door het feit dat het Openbaar Ministerie deze voegt in plaats van deze ten laste te leggen, kan dan nog worden gezegd dat de verdachte deze feiten daadwerkelijk vrijwillig heeft bekend of trekt het feit dat een ontkennende verklaring het risico van een aparte vervolging voor deze feiten in het leven roept, een te grote wissel op de wilsvrijheid van de verdachte? Het antwoord op deze vraag zal telkens afhangen van de omstandigheden van het geval, waarbij mede betekenis toekomt aan de ernst van de gevoegde feiten en het gewicht van de bekennende verklaring van de verdachte in het licht van het overige voorhanden bewijsmateriaal in de gevoegde zaken.

71 Zie voor dit vereiste nog Asser/Hartkamp 4-II 2005, nr. 12; zie in dit verband ook § 3.2.

72 Zie Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III* 2010, nr. 8.

gevolg al dan niet intreedt, ligt exclusief in handen van de rechter die dient te oordelen over de dagvaarding waarop de ad informandum gevoegde feiten zijn vermeld. Daarmee is geen sprake van een wilsovereenstemming gericht op het teweegbrengen van rechtsgevolg *tussen de betrokken partijen*. De situatie waarin het Openbaar Ministerie de feiten ad informandum voegt en de verdachte deze feiten bekent, levert als zodanig dan ook geen overeenkomst op. Het al dan niet intreden van rechtsgevolgen is immers afhankelijk van de vraag of de rechter, wanneer hij zich met deze situatie geconfronteerd ziet, besluit de gevoegde feiten al dan niet in zijn strafoplegging te betrekken. Voordat de rechter zijn positie in dezen heeft bepaald, kan eenvoudigweg geen sprake zijn van een overeenkomst. Gegeven deze situatie resteren nog twee opties: 1) de voeging ad informandum is een overeenkomst tussen Openbaar Ministerie en verdachte waarvan de werking afhankelijk is van de opschortende voorwaarde van goedkeuring door de rechter; 2) de voeging ad informandum is een meerpartijenovereenkomst tussen Openbaar Ministerie, verdachte en rechter die daadwerkelijk tot stand komt op het moment dat de rechter daarmee instemt.

Wat te denken van de eerste optie van de voeging ad informandum als een overeenkomst waarvan de werking afhankelijk is van de opschortende voorwaarde van goedkeuring door de rechter? Onder een dergelijke overeenkomst dient te worden verstaan een overeenkomst waarbij de werking van een of meer van de daaruit voortvloeiende verbintenissen afhankelijk is gesteld van het zich voordoen van een toekomstige, onzekere gebeurtenis (zie artikel 6:21 BW).[73] De overeenkomst is derhalve al tot stand gekomen, terwijl ook de daaruit voortvloeiende verbintenissen al bestaan. Een of meer van deze verbintenissen heeft evenwel nog geen werking; het zijn sluimerende verbintenissen.[74] In deze voorstelling van zaken zouden de uit de overeenkomst voortvloeiende verbintenissen voor de verdachte bestaan uit de verplichting de ad informandum gevoegde feiten te bekennen en voor het Openbaar Ministerie uit de verplichting zich in de toekomst te onthouden van de afzonderlijke vervolging van de ad informandum gevoegde feiten. In deze visie is de verbintenis van de verdachte de gevoegde feiten te bekennen een onvoorwaardelijke verbintenis en heeft deze daarnaast te gelden als daad van aanvaarding, welke constitutief is voor de totstandkoming van de overeenkomst zelf. De verbinte-

73 Zie § 4.4.2.1.

74 Zie Hijma & Olthof 2008, nr. 305-307. Niet kan worden gezegd dat de afzonderlijke rechtshandelingen die de overeenkomst constitueren onder opschortende voorwaarde in de zin van artikel 3:38 BW worden afgelegd en dat zodoende de overeenkomst zelf voorwaardelijk zou zijn. Zowel de rechtshandeling van het ad informandum voegen van de feiten als de rechtshandeling van het bekennen van de gevoegde feiten worden immers volledig onvoorwaardelijk verricht en hebben hoe dan ook – los van de vraag wat gezien de opstelling van de rechter uiteindelijk de uitkomst is ten aanzien van de gevoegde feiten – zelfstandig betekenis.

nis van het Openbaar Ministerie zich in de toekomst te onthouden van afzonderlijke vervolging van de gevoegde feiten is in deze voorstelling van zaken evenwel een voorwaardelijke verbintenis onder de opschortende voorwaarde dat de rechter de gevoegde feiten inderdaad verdisconteert in de strafoplegging ter zake van de ten laste gelegde en bewezen verklaarde feiten. Pas als de rechter dit daadwerkelijk doet, wordt de opschortende voorwaarde vervuld en krijgt ook de verbintenis van het Openbaar Ministerie haar werking.

Een dergelijke voorstelling van zaken doet evenmin recht aan hetgeen feitelijk aan de hand is in geval van de voeging ad informandum. Het verdisconteren van de ad informandum gevoegde feiten door de rechter in de strafoplegging kan weliswaar in zekere zin worden beschouwd als de instemming door de rechter met een eerder tussen het Openbaar Ministerie en verdachte tot stand gekomen wilsovereenstemming de gevoegde feiten langs verkorte weg af te doen. In zoverre kan de houding van de rechter met enig recht als een opschortende, namelijk een toekomstige en onzekere, voorwaarde worden beschouwd. Het probleem schuilt evenwel in het feit dat de uit de voeging ad informandum voortvloeiende rechtsgevolgen niet zozeer worden gerealiseerd door de overeenkomst tussen Openbaar Ministerie en de verdachte (waarbij de rechter 'slechts' de opschortende voorwaarde vervult), maar door de rechter zelf. Hij is degene die er uiteindelijk voor zorgt dat de gevoegde feiten daadwerkelijk langs verkorte weg worden afgedaan door ze te verdisconteren in de strafmaat. Weliswaar geldt dat hij hiertoe slechts bevoegd is wanneer deze feiten door het Openbaar Ministerie als ad informandum gevoegde feiten aan hem zijn voorgelegd en de verdachte deze in een eerder stadium ondubbelzinnig heeft bekend; niettemin is het uiteindelijk zijn beslissing of hij de rechtsgevolgen al dan niet doet intreden. Daarmee is de rechter uiteindelijk degene die rechtsgevolgen verbindt aan het bestaan van wilsovereenstemming tussen het Openbaar Ministerie en de verdachte door de gevoegde feiten mee te nemen in de strafoplegging, niet de betrokken partijen (na instemming daartoe van de rechter). Wanneer de rechter dit eenmaal heeft gedaan, vloeien de consequenties die dit vervolgens heeft voor de verdachte en het Openbaar Ministerie vervolgens niet zozeer voort uit het bestaan van wilsovereenstemming tussen het Openbaar Ministerie en de verdachte, als wel uit het recht zelf. Het feit dat het Openbaar Ministerie zich vanaf dat moment dient te onthouden van een afzonderlijke vervolging ter zake van de ad informandum gevoegde feiten, vloeit niet voort uit het feit dat het Openbaar Ministerie zich hiertoe door middel van een overeenkomst met de verdachte zou hebben verbonden en zich aldus hieraan na het intreden van de opschortende voorwaarde ook zou moeten houden, als wel uit het recht zelf (artikel 68 Sr).

Resteert de optie van benadering van de voeging ad informandum als een zogenoemde meerpartijenovereenkomst tussen Openbaar Ministerie, verdachte en rechter. In deze variant wordt de rechter niet gezien als een factor die goedkeuring dient te verlenen aan een eerder tot stand gekomen overeenkomst

tussen Openbaar Ministerie en verdachte, maar als een zelfstandige, bij de overeenkomst betrokken partij. Wat pleit voor een dergelijke benadering is het feit dat de voeging ad informandum onmiskenbaar consensuele elementen in zich draagt en dat – gezien de in het voorgaande naar voren gebrachte bezwaren – de enige weg om dit gegeven te vertalen naar de terminologie van de overeenkomst de benadering lijkt te zijn waarin de rechter als partij bij de overeenkomst wordt betrokken. De problematische afhankelijkheid van de rechter in een benadering waarin de voeging ad informandum als bipolaire overeenkomst tussen Openbaar Ministerie en verdachte wordt gezien, wordt in deze benadering in die zin geneutraliseerd dat de rol van de rechter als het ware wordt ingekapseld binnen het verband van de overeenkomst. Toch doet ook deze benadering onvoldoende recht aan hetgeen er feitelijk bij de voeging ad informandum gebeurt. In de benadering waarin de rechter als partij bij een multipolaire overeenkomst wordt beschouwd, zou de rechter de ad informandum gevoegde feiten immers in de strafmaat verdisconteren omdat hij zich hiertoe bij overeenkomst met het Openbaar Ministerie en de verdachte heeft verbonden. Een dergelijke benadering doet geen recht aan de wijze waarop de voeging ad informandum in de praktijk functioneert en is ook vanuit theoretisch oogpunt onwenselijk. De rechter doet de ad informandum gevoegde feiten slechts verkort af, indien en voor zover hem dat gezien alle omstandigheden van het geval op dat moment raadzaam voorkomt. De rechter blijft in zijn verhouding tot de overige procesdeelnemers principieel en te allen tijde vrij in zijn oordeel over de straftoemeting, ook wanneer op zichzelf alle noodzakelijke voorwaarden voor afdoening door middel van voeging ad informandum aanwezig zijn. Men dient dan ook niet te snel aan te nemen dat de rechter zich bij overeenkomst tot een zekere wijze van handelen zou hebben verbonden.

Concluderend kan worden gesteld dat in het geval van de voeging ad informandum veeleer dan van een strafrechtelijke overeenkomst sprake lijkt te zijn van een bepaalde handelwijze van de rechter, wanneer hij zich geconfronteerd ziet met een aantal ad informandum gevoegde feiten die de verdachte heeft bekend te hebben gepleegd. In feite is sprake van een bepaald ingeslepen patroon in de rechtspraak, een vloeiende combinatie tussen de verschillende procesdeelnemers: het Openbaar Ministerie geeft de voorzet, de verdachte tikt de bal door en de rechter kopt hem in. Er bestaat op zichzelf geen bezwaar tegen een dergelijk fenomeen te scharen onder de noemer van consensualiteit: het toekennen van rechtsgevolg aan consensus tussen verdachte burger en vervolgende instantie. Het ontbreken van de mogelijkheid voor het Openbaar Ministerie en de verdachte het onderling gewenste rechtsgevolg zelfstandig te verwezenlijken en de specifieke wijze waarop de rechter bij deze wijze van afdoening is betrokken, maken het evenwel lastig de voeging ad informandum daadwerkelijk als strafrechtelijke overeenkomst te beschouwen.

4.5.2 Overige procesafspraken

Buiten de voeging ad informandum kunnen in de praktijk van de strafrechtspleging zowel tijdens als na afloop van het onderzoek ter terechtzitting tal van afspraken tussen het Openbaar Ministerie en de verdachte worden gemaakt. Het hangt van de omstandigheden van het geval af of dergelijke afspraken ook daadwerkelijk als een strafrechtelijke overeenkomst kunnen worden beschouwd. Steeds zal moeten worden bekeken of wordt voldaan aan de gestelde criteria van enerzijds geopenbaarde wilsovereenstemming tussen twee of meer rechtssubjecten en anderzijds de gerichtheid op het teweegbrengen van rechtsgevolg. Dit zijn – zoals reeds bleek bij de voeging ad informandum – serieus te nemen criteria. Met name de gerichtheid op het teweegbrengen van rechtsgevolg dient niet te gemakkelijk te worden aangenomen. In die zin is de sprong van consensualiteit naar de strafrechtelijke overeenkomst niet altijd even gemakkelijk te maken.

Het vereiste van de gerichtheid op het teweegbrengen van rechtsgevolg zal zich met name nogal eens kunnen wreken in het geval van overleg tussen de procesdeelnemers tijdens het onderzoek ter terechtzitting. Zeker wanneer dit tijdens een regiezitting gebeurt, zal dergelijk overleg niet zelden tot afspraken leiden tussen de verschillende procesdeelnemers – verdachte, officier van justitie, maar ook de rechter – over het horen van getuigen en het doen van nader onderzoek. In zoverre kan van wilsovereenstemming worden gesproken en in zekere zin ook van consensualiteit. De vraag is evenwel of en in hoeverre dergelijke afspraken daadwerkelijk zijn gericht op het teweegbrengen van rechtsgevolg in de zin dat afspraken tussen de verschillende procesdeelnemers worden gemaakt waarop later in rechte een beroep kan worden gedaan. Dit zal niet snel het geval zijn. Veelal mondt dergelijk overleg immers uiteindelijk uit in een eenzijdige beslissing van de rechter. De inhoud van deze beslissing mag dan in meer of mindere mate zijn ingegeven door de daaraan voorafgegane afstemming tussen de verschillende procesdeelnemers tijdens de regiezitting; rechtens gezien telt in feite alleen de beslissing die uiteindelijk door de rechter wordt genomen. Deze kan stroken met hetgeen eerder tussen de verschillende procesdeelnemers is afgesproken; deze kan evenwel ook van het eerdere besprokene afwijken. De rechter behoudt immers steeds zijn eigen verantwoordelijkheid voor hetgeen een goed verloop van het onderzoek ter terechtzitting in zijn ogen vereist, waarbij hij uiteraard rekening zal houden met de zienswijzen en de belangen van het Openbaar Ministerie en de verdachte, maar waaraan hij zich niet snel met handen en voeten gebonden zal achten. Ook wanneer deze laatstgenoemden het eens zijn met elkaar over wat er dient te gebeuren, is het uiteindelijk de rechter die met inachtneming van het geldende recht en alle in het geding zijnde belangen de knoop doorhakt. Informeel op consensualiteit gebaseerd vooroverleg over de meest wenselijke gang van zaken mondt dan uit in een formele, eenzijdige beslissing. Gegeven die situatie kan dan ook niet vaak worden gezegd dat dergelijke procesafspraken daad-

werkelijk op het teweegbrengen van rechtsgevolg zijn gericht. Dergelijke procesafspraken zullen dan ook niet licht tot de kwalificatie van overeenkomst kunnen leiden.

In situaties waarbij de rechter niet is betrokken omdat het onderzoek ter terechtzitting reeds tot een einde is gekomen, bestaat daarentegen meer ruimte een bepaalde rechtshandeling of rechtsbetrekking te duiden als een strafrechtelijke overeenkomst, zeker wanneer het gaat om heldere en eenduidige afspraken tussen het Openbaar Ministerie en de verdachte die evident zijn gericht op het teweegbrengen van rechtsgevolg. Zo kan in het voorbeeld van de afspraak tussen het Openbaar Ministerie en twee in eerste aanleg vrijgesproken verdachten inhoudende dat het Openbaar Ministerie het tegen die vrijspraak ingestelde hoger beroep zou intrekken wanneer en op voorwaarde dat de twee verdachten in ruil daarvoor zouden afzien van een vordering tot schadevergoeding op grond van artikel 89 en 591a Sv, wel degelijk van een strafrechtelijke overeenkomst worden gesproken.[75] Het gaat hier immers om geopenbaarde wilsovereenstemming gericht op het teweegbrengen van rechtsgevolg, welk rechtsgevolg bestaat uit voldoende bepaalbare verbintenissen over en weer. Dit was ook het oordeel van de rechtbank, nadat de gewezen verdachten in weerwil van de door hen gemaakte afspraak toch een vordering tot schadevergoeding aanhangig maakten. Naar het oordeel van de rechtbank schonden zij hiermee de door hen met het Openbaar Ministerie gesloten overeenkomst, met als gevolg dat hun vorderingen tot schadevergoeding niet-ontvankelijk werden verklaard.[76]

4.5.3 Conclusie

Op basis van het voorgaande kan worden gesteld dat het onderzoek ter terechtzitting niet het meest geschikte forum is voor het sluiten van strafrechtelijke overeenkomsten. Met name de rol van de rechter is hieraan debet. Wanneer het Openbaar Ministerie en verdachte bepalende invloed willen uitoefenen op de loop van de strafzaak, dienen zij voorafgaand aan het onderzoek ter terechtzitting met elkaar tot een vergelijk te komen in de vorm van een voorwaardelijk sepot of een transactie om zodoende de rechter buiten spel te zetten. Vanaf het moment dat de rechter in het geding wordt betrokken, is de ruimte tot het sluiten van overeenkomsten zolang het onderzoek ter terechtzitting loopt zeer beperkt. Pas als de rechter tot een uitspraak is gekomen, ontstaat weer de nodige ruimte voor het Openbaar Ministerie en de verdachte om onderling, op basis van wilsovereenstemming het eventuele vervolg van het geding te bepalen.

---

75 Zie § 2.5.4.

76 Zie Rb Haarlem 19 maart 2009, *LJN* BI0484 en *LJN* BI0503.

4.6 Overeenkomsten ter verkrijging van bewijs

Nadat het instrument van toezeggingen aan getuigen reeds sinds begin jaren negentig een plaats in de praktijk van de strafrechtspleging had weten te veroveren, is uiteindelijk in 2006 de bevoegdheid hiertoe in het Wetboek van Strafvordering opgenomen.[77] Waar in de media en het maatschappelijk debat in dit kader veelal van 'kroongetuigen' of 'deals met criminelen' wordt gesproken, heeft de wetgever ter duiding van dit fenomeen gekozen voor het begrip 'toezeggingen aan getuigen'. In het vorige hoofdstuk is geconcludeerd dat deze rechtsfiguur onmiskenbaar een consensueel moment in het strafproces oplevert.[78] De thans te beantwoorden vraag is of en in hoeverre deze rechtsfiguur ook een strafrechtelijke overeenkomst oplevert. Hiermee enigszins vooruitlopend op de later in dit onderzoek te bespreken kwestie van normering, kan worden gesteld dat beantwoording van deze vraag in het bijzonder in het geval van de toezeggingen aan getuigen niet alleen van theoretisch, maar zeer zeker ook van praktisch belang is, nu de wetgever bij de regeling van de toezeggingen aan getuigen met name aandacht heeft besteed aan de wijze van totstandkoming van de afspraak tussen het Openbaar Ministerie en de getuige, alsmede aan de gevallen waarin van dit instrument gebruik kan worden gemaakt, maar verhoudingsgewijs veel minder aan de fase van uitvoering wanneer de afspraak eenmaal tot stand is gekomen en de eventuele problemen die in dat stadium kunnen rijzen. Nu op dat vlak vooralsnog de nodige vragen onbeantwoord zijn gebleven, is het des te belangrijker de aard van de rechtsfiguur van de toezeggingen aan getuigen helder voor het voetlicht te brengen, zodat mede aan de hand van deze aard naar antwoorden op dergelijke vragen kan worden gezocht.

4.6.1 Opvattingen in de wetsgeschiedenis en de literatuur

Gezien het geconstateerde belang van duidelijkheid omtrent de wijze van normering van het instrument van de toezeggingen aan getuigen, met name in de fase van uitvoering daarvan, wekt het de nodige verbazing dat tijdens de langdurige parlementaire behandeling van het Wetsvoorstel toezeggingen aan getuigen in strafzaken[79] betrekkelijk weinig aandacht is besteed aan de aard van het nieuw in te voeren instrument toezeggingen aan getuigen en meer in het bijzonder aan de vraag of deze rechtsfiguur al dan niet een overeenkomst oplevert. Het debat in het parlement is met name gevoerd in – vanuit juridisch-normatief perspectief bezien betrekkelijk neutrale – termen als 'afspra-

77 Zie de Wet toezeggingen aan getuigen in strafzaken van 12 mei 2005, *Stb.* 2005, 254, in werking getreden op 1 april 2006.
78 Zie § 2.6.
79 Zie *Kamerstukken II* 1998/99, 26 294, nrs. 1-3.

ken met getuigen', 'toezeggingen aan getuigen' en 'deals'. Daarbij komt dat de nadruk tijdens de parlementaire behandeling – niet geheel ten onrechte – met name op de vraag naar de wenselijkheid en de reikwijdte van een dergelijke rechtsfiguur lag en niet zozeer op het rechtskarakter daarvan.[80] Hier en daar duikt in dit verband de term overeenkomst wel op, maar meestal lijkt dit terloops te gebeuren, zonder dat daarbij daadwerkelijk wordt geëxpliciteerd op grond waarvan of in welke zin de in te voeren toezeggingen aan getuigen en de als gevolg daarvan in het leven geroepen rechtsbetrekking tussen Openbaar Ministerie en getuige als overeenkomst zouden kunnen worden beschouwd. De Nederlandse Vereniging voor Rechtspraak merkt in zijn advies naar aanleiding van het concept-wetsvoorstel toezeggingen aan getuigen in strafzaken dan ook terecht op dat 'een uiteenzetting over de gevolgen van het feit dat in de procedure, de overeenkomst OM-getuige en de overeenkomst inzake de getuigenbescherming drie rechtsgebieden convergeren en mogelijk conflicteren: strafrecht, civielrecht en bestuursrecht' node werd gemist.[81] Ondanks het feit dat dit gemis al in een prille fase van de ontwikkeling van het wetsvoorstel werd geconstateerd, heeft ook de daaropvolgende parlementaire behandeling weinig licht kunnen werpen op de aard van de rechtsfiguur van de toezeggingen aan getuigen.

Niettemin kan in de schriftelijke behandeling van het wetsvoorstel toch een bescheiden aantal aanknopingspunten worden gevonden voor beantwoording van de vraag naar het rechtskarakter van de toezeggingen aan getuigen. Zo stelt de minister, door een aantal fracties in de Tweede Kamer gevraagd naar de aard van het instrument van toezeggingen aan getuigen, dat het maken van een afspraak met een getuige in ieder geval niet moet worden aangemerkt als een opsporingsmethode of een bijzondere opsporingsbevoegdheid.[82] Een obligatoire overeenkomst is het volgens de minister evenmin:

> 'Men kan de afspraak zoals die geregeld wordt in de artikelen 226g en 226h een overeenkomst noemen, mits men voor ogen houdt dat het niet een obligatoire overeenkomst is. Met het vermogensrecht heeft men hier immers niet te maken. Titel 5 van Boek 6 BW (Overeenkomsten in het algemeen) is niet van toepassing. Die titel geldt niet voor overeenkomsten buiten het vermogensrecht zoals bijvoorbeeld de familierechtelijke of de publiekrechtelijke overeenkomst. Het woord 'afspraak' dat in de voorgestelde artikelen gebruikt wordt, is in zoverre duidelijker dat het mogelijke verwarring met de obligatoire overeenkomst uitsluit. Op de afspraak kunnen wel de bepalingen in titel 2 van Boek 3 BW over rechtshandelingen analoog van toepassing zijn; volgens de schakelbepaling in artikel 3:59 BW vinden

80 Zie § 2.6.2.

81 Advies inzake het concept-wetsvoorstel toezeggingen aan getuigen in strafzaken, NVvR, september 1997, p. 3 (niet gepubliceerd).

82 *Kamerstukken II* 1999/2000, 26 294, nr. 6, p. 8. Dit is ook de reden dat de regeling van de toezeggingen geen onderdeel uitmaakt van de Wet bijzondere opsporingsbevoegdheden van 17 juni 1999, *Stb*. 1999, 245, in werking getreden op 1 februari 2000.

> de bepalingen van titel 2 overeenkomstige toepassing buiten het vermogensrecht, voor zover de aard van de rechtshandeling of van de rechtsbetrekking zich daartegen niet verzet.'[83]

Deze passage werpt van de kant van de wetgever toch het nodige licht op de zaak. Het instrument van toezeggingen aan getuigen mag van de minister de term overeenkomst dragen, mits wordt bedacht dat deze als zodanig weinig met de obligatoire overeenkomst in de zin van het Burgerlijk Wetboek te maken heeft.[84] De minister staat aldus op zichzelf niet principieel afwijzend ten opzichte van het etiket overeenkomst waar het toezeggingen aan getuigen betreft. De vraag op grond van welke argumenten de rechtsfiguur van de toezeggingen aan getuigen volgens de minister aan het concept van de overeenkomst beantwoordt (doch niet aan de obligatoire overeenkomst in de zin van Boek 6 van het Burgerlijk Wetboek), wordt evenwel niet uitgewerkt.

Ook tijdens de behandeling van het wetsvoorstel in de Eerste Kamer geeft de minister – ditmaal in het kader van de discussie met betrekking tot de nieuw in te voeren strafbaarstelling ex artikel 192 lid 2 Sr van de getuige die weigert de eerder door hem toegezegde verklaringen af te leggen – nog eens een bescheiden inzicht in zijn visie op de vraag of (het gebruik van) het instrument van de toezeggingen aan getuigen al dan niet een overeenkomst oplevert. De boodschap lijkt met name te zijn dat de afspraak tussen het Openbaar Ministerie en de getuige niet (al te) privaatrechtelijk moet worden opgevat:

> 'Anders dan de leden van de PvdA-fractie menen, gaat het hier niet om een louter civielrechtelijke overeenkomst waarbij het aan partijen met inachtneming van het beginsel pacta sunt servanda vrij staat om deze al dan niet na te komen.'[85]

Ook uit deze overweging lijkt indirect te kunnen worden opgemaakt dat de minister niet principieel afwijzend tegenover een kwalificatie als overeenkomst staat, maar dat de parallel met de privaatrechtelijke overeenkomst vooral niet te strak moet worden getrokken. Aan de andere kant lijkt hij toch ook een zekere ruimte voor aansluiting bij de privaatrechtelijke overeenkomst te willen openhouden ('niet om een *louter* civielrechtelijke overeenkomst'). De vraag wat de aard van een dergelijke overeenkomst nu precies is, blijft evenwel ook hier goeddeels in het midden.

---

83 *Kamerstukken II* 1999/2000, 26 294, nr. 6, p. 15.

84 Of de gevolgtrekking met betrekking tot de vraag naar het al dan niet toepasselijk zijn van de verschillende normen uit het Burgerlijk Wetboek een juiste is, zal in § 8.4.2.2 worden beantwoord.

85 *Kamerstukken I* 2004/05, 26 294 en 28 017, C, p. 7. Ook het advies van een interne werkgroep van het Openbaar Ministerie over de meest wenselijke reikwijdte van een regeling van toezeggingen aan getuigen, als bijlage gevoegd bij *Kamerstukken II* 2003/04, 26 294 en 28 017, nr. 6, spreekt in dit verband herhaaldelijk min of meer terloops van een overeenkomst.

De regelgeving zoals deze uiteindelijk tot stand is gekomen, hinkt voor wat betreft de naamgeving van de nieuwe rechtsfiguur op verschillende gedachten. Waar de nieuwe rechtsfiguur blijkens de wet waarbij deze is ingevoerd alsmede de opschriften van de afdelingen waarin deze is geregeld, onder de wat misleidende vlag van 'toezeggingen aan getuigen' vaart, spreken de artikelen 226g e.v. waarin deze rechtsfiguur wordt uitgewerkt consequent van 'afspraak' of 'voorgenomen afspraak'. Vervolgens bezigt de Aanwijzing toezeggingen aan getuigen in strafzaken voor de achtereenvolgende fasen in de totstandkoming van de afspraak de termen 'voorgenomen afspraak', 'onderhandelingsproces', 'afspraak' en 'overeenkomst'. Deze laatste term is daarbij gereserveerd voor de afspraak in zijn definitieve vorm, derhalve nadat deze is goedgekeurd door zowel het College van procureurs-generaal als de rechter-commissaris en is ondertekend door de officier van justitie en de getuige.[86] Deze term keert evenwel als gezegd in de wettelijke regeling niet terug, terwijl ook overigens onduidelijk blijft of aan deze benaming meer betekenis moet worden toegekend dan de enkele behoefte de niet-definitieve afspraak ook in de terminologie helder van de definitieve afspraak te onderscheiden.

De minimale aandacht voor de aard van de rechtsfiguur van de toezeggingen aan getuigen binnen de parlementaire geschiedenis zet zich door in de omvangrijke stroom aan literatuur die in de loop der jaren op het gebied van de toezeggingen aan getuigen is verschenen. Ook hierin wordt betrekkelijk weinig aandacht besteed aan de vraag wat nu het rechtskarakter is van de hier bedoelde afspraak tussen het Openbaar Ministerie en de getuige. De meeste literatuur richt zich – evenals het geval was tijdens de parlementaire behandeling van het wetsvoorstel – op de vraag naar de wenselijkheid van invoering van het instrument op zichzelf en de reikwijdte die een wettelijke regeling ter zake zou moeten hebben, waardoor de vraag naar het rechtskarakter van de toezeggingen aan getuigen ook in de literatuur tamelijk onderbelicht is gebleven. Zo wordt ook in de literatuur afwisselend gesproken van 'deals met criminelen', 'afspraken met getuigen', 'kroongetuigen', 'toezeggingen aan getuigen' en een enkele keer van 'overeenkomsten',[87] zonder dat de gemaakte keuze voor een bepaalde terminologie door een bepaalde specifieke opvatting omtrent het rechtskarakter van het in te voeren instrument lijkt te zijn ingegeven.

86 Zie § 7 van de Aanwijzing toezeggingen aan getuigen in strafzaken, *Stcrt*. 2006, 56, geldig van 1 april 2006 tot 30 september 2010.

87 Zie voor het gebruik van de term 'overeenkomst' Mols 1994, p. 66 e.v. en Buruma 1999, p. 589.

4.6.2 Typering van de overeenkomst

Uit het voorgaande moge duidelijk zijn geworden dat de parlementaire geschiedenis van het Wetsvoorstel toezeggingen aan getuigen in strafzaken en de naar aanleiding daarvan verschenen literatuur betrekkelijk weinig concrete aanknopingspunten bieden voor beantwoording van de vraag of het instrument van de toezeggingen aan getuigen al dan niet aan de begripsomschrijving van de overeenkomst beantwoordt. Niettemin is het feit dat zowel tijdens het wetgevingsdebat als in de literatuur zo nu en dan de term 'overeenkomst' opduikt, niet zonder betekenis. Hieruit blijkt immers dat het instrument van de toezeggingen aan getuigen minst genomen de nodige associatie met het concept van de overeenkomst oproept. Deze associatie is terecht. De rechtsbetrekking die als gevolg van het gebruik van de rechtsfiguur van de toezeggingen aan getuigen ontstaat, beantwoordt immers volledig aan de begripsomschrijving van de overeenkomst. Er is immers sprake van geopenbaarde wilsovereenstemming tussen het Openbaar Ministerie en de getuige, hetgeen uiteindelijk zelfs uitmondt in een op schrift gestelde overeenkomst die zowel door het Openbaar Ministerie als de getuige dient te worden ondertekend.[88] Daarnaast is deze wilsovereenstemming ook zonder meer op het teweegbrengen van rechtsgevolg gericht. Dit rechtsgevolg bestaat in het geval van toezeggingen aan getuigen onmiskenbaar uit verbintenissen van partijen over en weer. Naast verschillende bijkomende verbintenissen, kunnen als hoofdverbintenissen van de strafrechtelijke overeenkomst die als gevolg van het instrument van toezeggingen aan getuigen ontstaat, worden onderscheiden de verbintenis van de getuige in het kader van het gerechtelijk vooronderzoek en, indien daartoe opgroepen, tijdens het onderzoek ter terechtzitting een verklaring naar waarheid af te leggen, en de verbintenis van het Openbaar Ministerie – in ruil daarvoor – zich in te spannen bepaalde toezeggingen aan de getuige te verwezenlijken, waarbij het veelal met name om de toezegging tot het formuleren van een gemitigeerde strafeis zal gaan. Nu deze verbintenissen over en weer van elkaar afhankelijk zijn, kan ook zonder meer worden gesteld dat het hier om een wederkerige, obligatoire overeenkomst gaat. Het feit dat de verbintenissen van het Openbaar Ministerie naar hun inhoud bezien betrekking hebben op de wijze waarop deze bepaalde strafrechtelijke bevoegdheden hanteert, maakt voorts dat het om een strafrechtelijke overeenkomst gaat.

Nu de rechtsfiguur van de toezeggingen aan getuigen zonder meer aan de begripsomschrijving van de overeenkomst beantwoordt, dekt de door de wetgever gekozen terminologie van 'toezeggingen' aan getuigen slecht de lading. Deze term impliceert immers ten onrechte dat het hier om een op eenzijdigheid gebaseerd instrument zou gaan, terwijl deze rechtsfiguur juist

88 Zie § 7 van de Aanwijzing toezeggingen aan getuigen in strafzaken van 13 maart 2006, *Stcrt*. 2006, 56, geldig van 1 april 2006 tot 30 september 2010.

expliciet op meerzijdigheid en wederkerigheid berust. Het Openbaar Ministerie doet de hier bedoelde toezeggingen immers slechts in ruil voor een bepaalde prestatie van de getuige. In dat licht bezien is de gekozen terminologie van 'toezeggingen' dan ook enigszins verhullend, zo niet licht eufemistisch, zeker tegen de achtergrond van de principiële discussie die aan de invoering van dit instrument voorafging waarin de vraag centraal stond of een integere strafrechtspleging wel gebruik zou moeten maken van een instrument waarmee getuigenverklaringen worden 'gekocht'.[89] Nog los bezien van de inhoud van deze principiële discussie, kan het meerzijdige, contractuele karakter van de toezeggingen aan getuigen moeilijk worden ontkend. Dit blijkt overigens ook wel uit de tekst van de verschillende bepalingen die bij de Wet toezeggingen aan getuigen in strafzaken in het Wetboek van Strafvordering zijn ingevoegd en de terminologie die in de bijbehorende aanwijzing wordt gebezigd. Waar de rechtsfiguur als zodanig blijkens de opschriften van de afdelingen waarin deze is geregeld, alsmede de wet waarbij deze rechtsfiguur werd ingevoerd beide onder de wat misleidende vlag van 'toezeggingen aan getuigen' varen, heeft de wetgever er op het niveau van de uitwerking toch voor gekozen gebruik te maken van terminologie waaruit duidelijk naar voren komt dat het hier wel degelijk om een op meerzijdigheid gebaseerde rechtsfiguur gaat.

Buiten dit gebruik van soms wat verhullende terminologie komt het karakter van de toezeggingen aan getuigen als overeenkomst – zeker in vergelijking met de in het voorgaande besproken overeenkomsten ter afdoening buiten geding – evenwel goed naar voren. Aan deze goede herkenbaarheid als overeenkomst liggen verschillende factoren ten grondslag, waarvan het gegeven dat het bij toezeggingen aan getuigen altijd om maatwerk gaat wellicht de meest belangrijke is. De inhoud van de afspraak wordt in geval van toezeggingen aan getuigen immers niet bepaald door in richtlijnen gefixeerde standaarden en kan daardoor onderwerp van uitvoerige onderhandelingen tussen het Openbaar Ministerie en de getuige zijn, zolang daarbij binnen de bandbreedte van de door de wet en de Aanwijzing getrokken grenzen (waarvan ook de vereisten van proportionaliteit en subsidiariteit deel uit maken) wordt gebleven. Ook vergt het proces van totstandkoming veelvuldig individueel contact tussen Openbaar Ministerie en getuige, waarbij de getuige al in een vroeg stadium gebruik kan maken van rechtsbijstand (artikel 226h lid 1 Sv). Het is voor de getuige dan ook feitelijk vrijwel onmogelijk het meerzijdige, consensuele karakter van het instrument mis te verstaan.[90] Voorts wordt het meerzijdige, contractuele karakter nog eens onderstreept door het feit dat de afspraak uiteindelijk dient te worden bezegeld door deze – nadat deze is goedgekeurd door de landsadvocaat, het College van procureurs-generaal en

89 Zie voor elementen uit deze discussie § 2.7.3.

90 Hiermee is niet gezegd dat de getuige materieel gezien ook altijd daadwerkelijk geheel uit vrije wil de overeenkomst zal aangaan. Zie § 4.6.3.

de rechter-commissaris – op schrift vast te leggen en te ondertekenen.[91] Tot slot geldt dat de totstandkoming van de overeenkomst en de uitvoering daarvan duidelijk op andere momenten in de tijd liggen, waardoor de overeenkomst niet zozeer – zoals veelal wel het geval is bij de transactie – een moment in de tijd is, maar gedurende een langere tijdspanne blijft voortbestaan. Ook dit aspect komt de herkenbaarheid van de toezeggingen aan getuigen als overeenkomst mogelijk ten goede, niet in de laatste plaats omdat daardoor kwesties omtrent de uitvoering van de overeenkomst, in het bijzonder de niet-nakoming daarvan, duidelijker kunnen gaan spelen.

Een laatste in dit kader niet onbelangrijk aspect betreft het gegeven dat de bij de overeenkomst betrokken partijen in de meeste gevallen veel gelijkwaardiger zijn dan het geval is bij de verschillende overeenkomsten ter afdoening buiten geding. Waar in het geval van laatstgenoemd type overeenkomsten het Openbaar Ministerie veelal geen zelfstandig belang heeft bij het al dan niet tot stand komen van de overeenkomst in deze specifieke strafzaak, anders dan het algemene belang dat voldoende zaken langs buitengerechtelijke weg worden afgedaan,[92] heeft het Openbaar Ministerie in geval van de overeenkomst ter verkrijging van bewijs zelf ook een groot, individueel belang bij het tot stand komen van de overeenkomst. Dit geldt zowel feitelijk als normatief. Op grond van het subsidiariteitsbeginsel mag het Openbaar Ministerie immers geen overeenkomsten ter verkrijging van bewijs sluiten indien dit niet dringend noodzakelijk is.[93] Het grote belang dat het Openbaar Ministerie aldus bij het tot stand komen van de overeenkomst heeft, plaatst het Openbaar Ministerie in een zekere afhankelijkheidspositie en als spiegelbeeld daarvan de getuige in een goede onderhandelingspositie. Het feit dat het aanbod van potentieel bruikbare getuigen in het algemeen schaars zal zijn en het Openbaar Ministerie derhalve veelal niet zal kunnen terugvallen op alternatieve contractspartners, maakt het belang van het Openbaar Ministerie om precies met deze getuige tot een vergelijk te komen, des te groter. In het navolgende zal dit aspect van gelijkwaardigheid van partijen nader worden besproken, maar dan in de sleutel van de contractsvrijheid. Hier volstaat de conclusie dat de dynamiek die als gevolg van de meer gelijkwaardige verhouding tussen de bij de overeenkomst betrokken rechtssubjecten ontstaat, de herkenbaarheid van het contractuele karakter van de toezeggingen aan getuigen zowel voor de bij de overeenkomst betrokken partijen als de buitenwereld duidelijk ten goede komt.

---

91 Zie § 7 van de Aanwijzing toezeggingen aan getuigen in strafzaken, *Stcrt*. 2006, 56, geldig van 1 april 2006 tot 30 september 2010.

92 Dit is in feite slechts anders in geval van grote en/of complexe strafzaken die verhoudingsgewijs veel capaciteit van het Openbaar Ministerie vergen. Het zal hier veelal zaken betreffen die vallen onder de Aanwijzing hoge transacties en bijzondere transacties van 13 oktober 2008, *Stcrt*. 2008, 209, geldig van 1 november 2008 tot 31 oktober 2012.

93 Zie artikel 226h lid 3 Sv en § 3.2 van de Aanwijzing toezeggingen aan getuigen in strafzaken, *Stcrt*. 2006, 56, geldig van 1 april 2006 tot 30 september 2010. Zie ook § 2.6.5.

4.6.3 Contractsvrijheid en vrijwilligheid

In het voorgaande is reeds gesteld dat de herkenbaarheid van de toezeggingen aan getuigen als overeenkomst behoorlijk groot is, mede omdat de contractsvrijheid – een van de dragende beginselen van het overeenkomstenrecht – in dit kader aanzienlijk is. Binnen de grenzen die door de wet, de uitvoeringsregelgeving en de wetsgeschiedenis worden getrokken en met inachtneming van de eisen van proportionaliteit en subsidiariteit, staat het het Openbaar Ministerie en de getuige in hoge mate vrij de overeenkomst naar eigen inzicht in te richten. Hierbij dient te worden bedacht dat de minister bij herhaling heeft aangegeven dat de Wet toezeggingen aan getuigen in strafzaken geen verandering beoogt aan te brengen in de wijze waarop het Openbaar Ministerie gebruik kan maken van de discretionaire ruimte die het opportuniteitsbeginsel biedt.[94] Aldus heeft de wetgever geen sluitend stelsel van toezeggingen aan getuigen voor ogen gestaan.[95] Het zal dan ook duidelijk zijn dat de contractsvrijheid in geval van de overeenkomst ter verkrijging van bewijs aanzienlijk is, althans voor zover het gaat om de inhoud van de overeenkomst.

Wanneer het gaat om de contractsvrijheid, opgevat als de vrijheid van partijen al dan niet een overeenkomst met elkaar te sluiten, ligt dit enigszins anders. Hoewel strikt genomen het Openbaar Ministerie en een getuige vanzelfsprekend niet kunnen worden gedwongen met elkaar een overeenkomst ter verkrijging van bewijs aan te gaan en er ook in dit opzicht derhalve zonder meer van contractsvrijheid sprake is, kan dit op grond van de feitelijke omstandigheden toch anders zijn. Ten eerste zijn zowel voor het Openbaar Ministerie als de getuige de potentiële contractspartners zeer beperkt. Voor de getuige spreekt dit voor zich: een overeenkomst met betrekking tot de aan de orde zijnde strafrechtelijke bevoegdheden kan hij slechts met het Openbaar Ministerie – de monopolist van de strafrechtspleging – aangaan. Maar ook voor het Openbaar Ministerie is de hoeveelheid potentiële contractspartners schaars: er zijn immers maar weinig personen die niet alleen een dermate goede informatiepositie hebben dat zij als 'kroongetuige' aantrekkelijk zijn, maar die tegelijkertijd ook daadwerkelijk de bereidheid hebben als zodanig op te treden. Ervan uitgaande dat het Openbaar Ministerie dit type overeenkomsten slechts mag aangaan indien dit strikt noodzakelijk is voor de vervolging en hij in de daartoe in aanmerking komende gevallen aldus een groot belang heeft bij het tot stand komen van de overeenkomst, is ook de afhankelijkheid van het Openbaar Ministerie van zijn potentiële contractspartner *de facto* aanzienlijk. Het feit dat zowel het Openbaar Ministerie als de getuige een groot belang heeft bij totstandkoming van de overeenkomst doordat beide partijen sterk verlegen zitten om de prestatie die de ander kan bieden, terwijl alternatieve

94 Zie bijvoorbeeld *Kamerstukken II* 1998/99, 26 294, nr. 3, p. 12-13 en *Kamerstukken II* 1999/2000, 26 294, nr. 6, p. 25.

95 Zie uitgebreid § 2.6.7 tot en met § 2.6.9.

contractspartners niet of nauwelijks voorhanden zijn, maakt dat zij in zekere zin aan elkaar zijn overgeleverd. Gegeven die situatie is het de vraag of en in hoeverre beide partijen daadwerkelijk volledig vrijwillig de overeenkomst aangaan. Ten aanzien van het Openbaar Ministerie kan nog worden gesteld dat dit niet al te problematisch hoeft te zijn, omdat het hierbij om een professionele contractspartij gaat, terwijl voor het Openbaar Ministerie geen (individuele) rechten in het geding zijn die in het bijzonder bescherming verdienen. Voor de getuige kan deze situatie onder omstandigheden evenwel meer klemmen, nu de getuige door de overeenkomst te sluiten afstand doet van het hem als verdachte toekomende zwijgrecht en het hem als getuige toekomende verschoningsrecht ex artikel 219 Sv. De overeenkomst houdt immers mede in dat hij volledige openheid van zaken geeft over zijn eigen aandeel in de strafbare feiten waarop zijn verklaring betrekking heeft.[96] Niettemin gaf de minister tijdens het debat in de Eerste Kamer aan dat hij de door de leden van de PvdA-fractie geuite zorgen met betrekking tot de gebrekkige vrijwilligheid waarmee een getuige een afspraak met het Openbaar Ministerie maakt, niet deelde:

> 'Het staat de verdachte die een afspraak overweegt om strafvermindering te verkrijgen vrij zijn procespositie te bepalen; hij wordt daarin bijgestaan door zijn raadsman. Van een strafvorderlijke dwangpositie kan daarbij naar mijn oordeel geenszins worden gesproken. De verdachte kan ook besluiten een volledige bekentenis af te leggen zonder dat hem daarbij voordeel of strafvermindering in het vooruitzicht wordt gesteld. In verband met het karakter van de zaken waar het maken van een afspraak aan de orde is (een laatste middel om voldoende bewijs te verkrijgen) is ook bij de getuige bekend dat zijn rol in het geheel een cruciale is.'[97]

De door de minister geformuleerde gedachte dat in geval van toezeggingen aan getuigen geen sprake zou zijn van een strafvorderlijke dwangpositie, omdat het de getuige ook vrijstaat zijn verklaringen af te leggen zonder dat daar een tegenprestatie tegenover zou staan, doet enigszins vreemd aan. Het bestaan van contractsvrijheid wordt immers niet aangetoond door de optie van het sluiten van de overeenkomst af te zetten tegen een alternatief dat bepaald minder aantrekkelijk is. Wat hier van zij, belangrijker is dat in de overweging van de minister impliciet de gedachte besloten lijkt te liggen dat voor zover de getuige ten opzichte van het Openbaar Ministerie in een precaire positie zou verkeren, dit gecompenseerd wordt door het feit dat ook het Openbaar Ministerie ten opzichte van de getuige in een afhankelijkheidsrelatie staat. Voor zover bij één of bij beide bij de overeenkomst betrokken rechtssubjecten al van een zekere mate van onvrijwilligheid zou kunnen worden gesproken, leidt dit als gevolg van de onderlinge afhankelijkheid niet snel tot onbillij-

96 Zie voor dit vereiste § 6 van de Aanwijzing toezeggingen aan getuigen in strafzaken van 13 maart 2006, *Stcrt*. 2006, 56, geldig van 1 april 2006 tot 30 september 2010.

97 Zie *Kamerstukken I* 2004/05, 26 294 en 28 017, C, p. 7.

ke resultaten, zo lijkt de gedachte. Beiden verkeren – in ieder geval potentieel – in de positie hun huid duur te verkopen.

Hoewel in deze gedachte zonder meer een ke3rn van waarheid schuilt, mag dit de ogen niet doen sluiten voor het onderliggende probleem. Mede als gevolg van de onderlinge afhankelijkheid kan er naar het resultaat bezien best een evenwichtige overeenkomst tot stand komen;[98] feit blijft evenwel dat de situatie zich kan voordoen waarin de getuige zich door de omstandigheden waarin hij verkeert gedwongen ziet een overeenkomst aan te gaan die hij liever niet had gesloten. De ene getuige zal vanuit een welbegrepen eigenbelang en na afweging van alle betrokken belangen geheel vrijwillig een overeenkomst met het Openbaar Ministerie aangaan, bij de andere getuige zal een overeenkomst met het Openbaar Ministerie veeleer een laatste redmiddel zijn om uit handen van zijn belagers te blijven. Deze en dergelijke omstandigheden kunnen de mate van vrijwilligheid waarmee de getuige een overeenkomst met het Openbaar Ministerie aangaat, wel degelijk beïnvloeden.

4.6.4 Conclusie

De rechtsfiguur van de toezeggingen aan getuigen beantwoordt zonder meer aan de definitie van de overeenkomst. Er is immers sprake van wilsovereenstemming gericht op rechtsgevolg, welk rechtsgevolg bestaat uit verbintenissen over en weer. Daarmee is de overeenkomst als obligatoir en wederkerig te kenschetsen. Nu deze verbintenissen voor een belangrijk deel betrekking hebben op de wijze waarop het Openbaar Ministerie bepaalde bevoegdheden hanteert, is de overeenkomst voorts zonder meer strafrechtelijk. Het contractuele karakter van de rechtsfiguur van de toezeggingen aan getuigen komt ook goed uit de verf, zeker in vergelijking met de andere typen strafrechtelijke overeenkomsten. Zo bestaat er naar de inhoud bezien een aanzienlijke mate van contractsvrijheid, zijn de bij de overeenkomst betrokken rechtssubjecten meer dan het geval is bij de andere typen strafrechtelijke overeenkomsten aan elkaar gewaagd en strekt de overeenkomst zich over een langere periode in de tijd uit. Deze en dergelijke factoren maken dat de rechtsfiguur van de toezeggingen duidelijk de dynamiek van een overeenkomst kent. Wel kunnen – zoals ook het geval was bij de meeste overeenkomsten ter afdoening buiten geding – de nodige vraagtekens worden geplaatst bij de mate van vrijwilligheid waarmee de getuige de overeenkomst aangaat. Dit kan problematisch zijn,

98 In de civielrechtelijke dogmatiek ziet de zogenoemde *iustum pretium*-leer op het innerlijke evenwicht tussen de uit een overeenkomst voortvloeiende rechten en verplichtingen. Deze leer van het *iustum pretium* wordt binnen het Nederlandse privaatrecht evenwel niet in zijn algemeenheid aanvaard. De kwestie van de innerlijke rechtvaardigheid van de overeenkomst wordt binnen onze civielrechtelijke dogmatiek veeleer benaderd langs de weg van de wijze van totstandkoming van de overeenkomst of de omstandigheden waaronder deze is gesloten. Zie over de leer van het *iustum pretium* Abas 2000.

omdat elke overeenkomst op een minimale mate van partijautonomie dient te zijn gebaseerd. Bij de later in dit onderzoek te beantwoorden vraag op welke wijze de strafrechtelijke overeenkomst dient te worden genormeerd, dient derhalve mede aandacht te worden besteed aan deze problematiek van de beperkte vrijwilligheid.

4.7 SLOT

In dit hoofdstuk is duidelijk geworden dat de verschillende op consensualiteit gebaseerde rechtsfiguren binnen het strafrecht zich veelal ook in de terminologie van de overeenkomst laten beschrijven. Slechts voor de consensuele momenten tijdens het onderzoek ter terechtzitting bleek dit niet goed mogelijk. Deze exercitie van het gieten van op consensualiteit gebaseerde rechtsfiguren in het vat van de overeenkomst, bevordert het inzicht in de aard en de reikwijdte van deze rechtsfiguren. Daarmee is een begin van een antwoord gegeven op de later in dit onderzoek te beantwoorden vraag hoe dergelijke rechtsfiguren kunnen of dienen te worden genormeerd, zij het niet meer dan een begin. Voordat over normering kan worden gesproken zal immers eerst het rechtskarakter van de strafrechtelijke overeenkomst nader moeten worden bekeken en de vraag moeten worden beantwoord hoe de strafrechtelijke overeenkomst zich verhoudt tot de context waarbinnen zij wordt gesloten. Voordat in deel III op de ingeslagen weg van de strafrechtelijke overeenkomst zal worden voortgeborduurd, wordt daarom eerst de aandacht verlegd naar de context waarbinnen deze opereert: de strafrechtelijke rechtsbetrekking tussen het Openbaar Ministerie en de verdachte.

Deel II

Rechtsbetrekkingen

5 De rechtsbetrekking

5.1 INLEIDING

In het vervolg van dit onderzoek wordt mede de vraag beantwoord hoe de strafrechtelijke overeenkomst zich verhoudt tot de context waarbinnen deze wordt gesloten. Deze vraag gaat immers vooraf aan de later te beantwoorden vraag naar de normering van de strafrechtelijke overeenkomst. Wat betreft de context van de strafrechtelijke overeenkomst kan worden gesteld dat deze in de meest directe zin wordt gevormd door de strafrechtelijke verhouding zoals die tussen het Openbaar Ministerie en de verdachte of de getuige bestaat. In het volgende hoofdstuk wordt daarom uitgebreid aandacht aan deze verhouding besteed. Daarbij wordt deze verhouding beschreven als rechtsbetrekking. In dit hoofdstuk wordt de rechtsbetrekking eerst op conceptueel niveau geïntroduceerd.

De reden om het concept van de rechtsbetrekking te gebruiken bij de beschrijving van de strafrechtelijke verhouding tussen het Openbaar Ministerie en de verdachte of de getuige is gelegen in het feit dat de rechtsbetrekking als zodanig een domeinonafhankelijk concept is. Daarmee wordt bedoeld dat het concept van de rechtsbetrekking in hoge mate neutraal is ten opzichte van de verschillende rechtsdomeinen (strafrecht, civiel recht, staats- en bestuursrecht). De rechtsbetrekking vormt als het ware een kapstok waaraan de verschillende verhoudingen binnen de sfeer van het recht kunnen worden opgehangen en onderling kunnen worden vergeleken. De rechtsbetrekking is in die zin te beschouwen als de grootste gemeenschappelijke deler van de verhoudingen zoals die uit de verschillende rechtsgebieden voortvloeien.[1] Daarmee is de rechtsbetrekking ook een bruikbaar concept voor het duiden van rechtsfiguren die op het eerste gezicht belangrijke elementen van verschillende rechtsdomeinen in zich lijken te verenigen, zoals de strafrechtelijke overeenkomst. Door zowel de context van de strafrechtelijke overeenkomst – de verhouding tussen het Openbaar Ministerie en de verdachte of de ge-

1 Midden jaren negentig is aan de Erasmus Universiteit een faculteitsbreed onderzoeksproject opgezet onder de titel: 'De rechtsbetrekking als gemeenschappelijke noemer van bestuursrecht, strafrecht en privaatrecht. Theorie, methode en praktijk van geïntegreerde rechtswetenschap' . De bespreking van de rechtsbetrekking in dit hoofdstuk is deels op de publicaties gebaseerd die uit dit onderzoeksproject zijn voortgekomen. Zie voor een korte schets van het centrale thema van het onderzoeksproject Cleiren e.a. 1996, p. 3. Zie voorts § 5.2.8.

tuige – als de strafrechtelijke overeenkomst zelf in de neutrale terminologie van de rechtsbetrekking te beschrijven en ze zodoende tot dezelfde gemeenschappelijke noemer te herleiden, kan vervolgens hun onderlinge verhouding goed in beeld worden gebracht. Hiermee vormt de rechtsbetrekking een bruikbaar analytisch denkkader voor het vervolg van dit onderzoek.

In het navolgende wordt eerst de rechtsbetrekking als concept nader geïntroduceerd (§ 5.2). Vervolgens worden enkele criteria ter onderscheiding van verschillende typen rechtsbetrekkingen beschreven (§ 5.3). Hierbij wordt gebruikgemaakt van een tweetal begrippenparen: ten eerste het onderscheid tussen symmetrische en asymmetrische rechtsbetrekkingen en ten tweede het onderscheid tussen eenzijdige en wederkerige rechtsbetrekkingen. Door gebruik te maken van dergelijke onderscheidingen die enkel betrekking hebben op de vorm van de rechtsbetrekking, wordt het mogelijk rechtsbetrekkingen van elkaar te onderscheiden zonder gebruik te hoeven maken van criteria die zien op de inhoud of de herkomst van de rechtsbetrekking. Tot slot worden in § 5.4 de drie klassieke rechtsdomeinen – privaatrecht, bestuursrecht en strafrecht – in de terminologie van de rechtsbetrekking beschreven, waarbij mede voornoemde begrippenparen worden gebruikt.

5.2 De rechtsbetrekking

5.2.1 Inleiding

De rechtsbetrekking kan worden omschreven als '*die rechtsnormgestaltete Beziehung zwischen zwei oder mehreren Subjekten*',[2] ofwel als de door het recht geregelde verhouding tussen rechtssubjecten.[3] Uit deze basale omschrijving blijkt al dat het in geval van de rechtsbetrekking om een relationeel begrip gaat; het gaat altijd om de verhouding tussen twee of meer subjecten.[4] Vanuit het perspectief van de rechtsbetrekking is de aard van de bij de rechtsbetrekking betrokken rechtssubjecten slechts van belang voor zover deze de aard en inhoud van de rechtsbetrekking beïnvloedt. Voorts wordt duidelijk dat het gaat om een verhouding die wordt beheerst door het recht. De rechtsbetrekking ziet derhalve niet op sociale verhoudingen, hoewel zij hiermee wel samenvalt.[5] Een rechtsbetrekking kent immers altijd een onderliggende sociale verhouding.

In het navolgende wordt in vogelvlucht stilgestaan bij de historische ontwikkeling van de rechtsbetrekking, waarna vervolgens de verschillende

2 Zie Achterberg 1982, p. 31.
3 Zie Gribnau 1998, p. 113. Vgl. ook Heldeweg 2000, p. 37, die spreekt van een rechtsbetrekking 'zodra een verhouding tussen twee of meer personen geldt als een rechtsfeit, of zich daarbinnen rechtsfeiten voordoen, waaraan het objectieve recht voor betrokkenen, naar hun onderlinge verhouding in rechten en plichten beschouwd, rechtsgevolgen verbindt.'
4 Zie Gribnau 1998, p. 121.
5 Zie Achterberg 1982, p. 33 en p. 55. Zie nader § 5.2.4.

aspecten van het concept van de rechtsbetrekking nader worden geanalyseerd. Dit gebeurt met name aan de hand van het werk van Achterberg en Gribnau, omdat bij hen de meest uitgekristalliseerde opvattingen over het concept van de rechtsbetrekking kunnen worden aangetroffen. Hierbij wordt uitgegaan van genoemde definitie van de rechtsbetrekking, die ontleend is aan het werk van Achterberg en die in de literatuur inmiddels is uitgegroeid tot een standaarddefinitie van de rechtsbetrekking.

5.2.2 De historische ontwikkeling van het denken over de rechtsbetrekking

Het concept van de rechtsbetrekking is – voor zover bekend – voor het eerst gebruikt door Blackstone, die reeds in de achttiende eeuw het staatsrecht beschreef in termen van de rechtsbetrekking, zonder daarbij overigens de staat zelf als rechtssubject te zien.[6] Het concept van de rechtsbetrekking (*Rechtsverhältnis*) is evenwel pas als systematisch concept ter duiding van de rechtsorde tot ontwikkeling gekomen in de Duitse literatuur uit de negentiende en twintigste eeuw.[7] Volgens Gribnau was Savigny in 1840 de eerste die het concept van de rechtsbetrekking systematisch gebruikte door de rechtsbetrekking als grondslag te nemen voor zijn werk '*System des heutigen Römischen Rechts*'.[8] Hij deed dit met het doel de bijzondere delen van het vermogensrecht – zakenrecht, verbintenissenrecht, familierecht, erfrecht – onder één gemeenschappelijke noemer te brengen. Het zakenrecht wordt in dit perspectief gekenmerkt door betrekkingen tussen een persoon en een zaak, terwijl het familierecht, het erfrecht en het verbintenissenrecht volgens Savigny worden gekenmerkt door betrekkingen tussen een persoon en een andere persoon (respectievelijk een familielid, de overledene en een 'vreemd' persoon). Hieruit blijkt dat de rechtsbetrekking bij Savigny nog geen eenduidig concept vormt: soms is de rechtsbetrekking een betrekking tussen een persoon en een zaak, soms een betrekking tussen twee personen die door het recht wordt beheerst. Deze meerduidigheid van het concept van de rechtsbetrekking in de visie van Savigny blijkt ook uit het feit dat hij benadrukt dat een specifieke rechtsbetrekking altijd in de context van een leerstuk (*Rechtsinstitut*) moet worden gezien. Het concept van de rechtsbetrekking heeft volgens Gribnau bij Savigny dan ook slechts een zeer algemene functie bij de onderscheiding van rechtsgebieden.[9] Aan het einde van de negentiende eeuw werden de volgende belangrijke stappen met betrekking tot de studie naar de rechtsbetrekking als bouwsteen

6 Zie Achterberg 1982, p. 18 met verwijzing naar Blackstone 1765, p. 146.
7 Zie voor een uitgebreide bespreking van de Duitse literatuur over de rechtsbetrekking Achterberg 1978, p. 386-394 en Achterberg 1982, p. 18-31.
8 Zie Gribnau 1998, p. 112-113 met verwijzing naar Savigny 1840.
9 Zie Gribnau 1998, p. 113.

van de rechtsorde gezet door Bierling.[10] Volgens Bierling drukken rechtsnormen in wezen niets anders uit dan de inhoud van rechtsbetrekkingen, waaronder de relaties tussen *Berechtigten* en *Verpflichteten* moeten worden verstaan. Hiermee wordt duidelijk dat elke rechtsbetrekking een verhouding tussen een aantal subjecten is die bestaat uit een correlatie van rechten en verplichtingen.

De ontwikkeling in het denken over de rechtsbetrekking werd voortgezet door Kelsen, hoewel zijn werk uitgaat van het primaat van de rechtsnorm.[11] Kelsen ziet de rechtsbetrekking niet zozeer als iets tussen rechtssubjecten, maar als een verhouding van rechtssubjecten tot de rechtsorde zelf. Hij stelt de staat met andere rechtssubjecten gelijk en plaatst de rechtsorde vervolgens daartegenover. De meerwaarde van deze benadering voor het denken over de rechtsbetrekking is de opvatting van de staat als 'gewoon' rechtssubject. Voor het overige heeft Kelsen evenwel een duidelijk andere opvatting van de rechtsbetrekking dan de thans heersende, die de rechtsbetrekking immers ziet als een verhouding tussen rechtssubjecten en niet als een verhouding van rechtssubjecten tot de rechtsorde.[12] Pas in het werk van Rupp wordt de rechtsbetrekking daadwerkelijk als een verhouding tussen rechtssubjecten beschouwd.[13]

In het begin van de jaren tachtig van de vorige eeuw gaf Achterberg het concept van de rechtsbetrekking een nieuwe impuls door zijn uitgebreide studie *'Die Rechtsordnung als Rechtsverhältnisordnung. Grundlegung der Rechtsverhältnistheorie'*.[14] In deze studie hanteert Achterberg de rechtsbetrekking als bouwsteen van de rechtsorde. In zijn ogen is de rechtsorde in wezen niets anders dan een verzameling van afzonderlijke rechtsbetrekkingen.[15] Deze benadering is weliswaar niet nieuw – grondtrekken hiervan kunnen reeds worden aangetroffen bij Aristoteles,[16] Kant[17] en de eerdergenoemde auteurs –, maar is volgens Achterberg wel altijd onderbelicht gebleven. In het algemeen, met name in kringen van het rechtspositivisme, werd bij de bestudering en duiding van de rechtsorde de rechtsnorm als uitgangspunt genomen.[18] Overigens liggen de wortels van de rechtsbetrekkingentheorie van Achterberg

10 Zie Achterberg 1982, p. 19-23 met verwijzing naar Bierling 1894/1898.
11 Achterberg 1982, p. 104-108 met verwijzing naar Kelsen 1960.
12 Achterberg 1982, p. 23-24 met verwijzing naar Kelsen 1911.
13 Achterberg 1982, p. 25 met verwijzing naar Rupp 1965.
14 Achterberg 1982. De hoofdlijnen van de *Rechtsverhältnistheorie* van Achterberg kunnen ook worden gevonden in een artikel van zijn hand (zie Achterberg 1978).
15 Zie Achterberg 1982, p. 50.
16 Zie Aristoteles 1999, V. Achterberg wijst in dit kader op het onderscheid dat Aristoteles maakt tussen verdelende rechtvaardigheid (*iustitia distributiva*) en vergeldende rechtvaardigheid (*iustitia commutativa*). Dit onderscheid impliceert volgens Achterberg het bestaan van (naar hun aard verschillende) rechtsbetrekkingen. Zie Achterberg 1982, p. 51. Zie over dit onderscheid van Aristoteles ook Nieuwenhuis 1979, p. 55-61; en Hol 1993, p. 27-31.
17 Zie Kant (1798) 1907. Volgens Achterberg is de betekenis van relaties en betrekkingen voor de rechtsopvatting van Kant evident. Zie Achterberg 1982, p. 52.
18 Achterberg 1982, p. 50.

niet alleen in de genoemde rechtstheoretische literatuur over de rechtsbetrekking van onder meer Bierling en Kelsen, maar ook in meer sociologische stromingen, zoals de *Beziehungssoziologie* van Simmel en Van Wiese en de *Systemtheorie* van Luhmann.[19]

Sinds het werk van Achterberg mag de rechtsbetrekking zich in een groeiende aandacht verheugen. Tot die tijd was het gebruik van het concept van de rechtsbetrekking voorbehouden aan de rechtstheoretische en de privaatrechtelijke literatuur.[20] Pas vanaf de jaren tachtig begon men ook de bestuursrechtelijke en strafrechtelijke verhoudingen te beschrijven in de terminologie van de rechtsbetrekking. De aanleiding tot de aandacht voor het concept van de rechtsbetrekking binnen het bestuursrecht in de vroege jaren negentig was met name gelegen in het feit dat de verhouding tussen overheid en burger in die tijd hevig werd bediscussieerd in het kader van de wetgevingsprocedure rond de Algemene wet bestuursrecht.[21] Gribnau stond vervolgens in zijn dissertatie uit 1998 uitgebreid stil bij het concept van de rechtsbetrekking in relatie tot het belastingrecht.[22] Ook binnen het strafrecht heeft het denken in termen van rechtsbetrekkingen (bescheiden) ingang gevonden, met name als gevolg van de oraties van Schalken en Cleiren.[23]

Sinds de hernieuwde aandacht voor het concept van de rechtsbetrekking na het werk van Achterberg lijkt het belang van de rechtsbetrekking met name te zijn gelegen in zijn kwaliteit als instrument bij intern rechtsvergelijkend onderzoek.[24] Het concept van de rechtsbetrekking kent, naast de voordelen die voortvloeien uit het domeinoverstijgende karakter van de rechtsbetrekking, evenwel nog andere voordelen. Zo kan het denken in termen van de rechtsbetrekking ook verhelderend werken voor reflecties binnen het eigen rechtsdomein. Zo ziet Van Erp voor wat betreft het privaatrecht het concept van de rechtsbetrekking als een goed alternatief voor het (traditionele) denken in termen van verbintenissen en overeenkomsten,[25] terwijl binnen het bestuursrecht de aandacht voor het concept van de (wederkerige) rechtsbetrekking

19 Achterberg 1982, p. 26-31 onder verwijzing naar de aldaar genoemde literatuur van Simmel, Van Wiese en Luhmann. De *Beziehungssoziologie* gaat ervan uit dat de mens van nature is gericht op interactie met andere mensen. De maatschappij moet dan ook worden gezien als een optelsom van intermenselijke betrekkingen. De *Systemtheorie* beziet de maatschappij als een zelfregulerend systeem dat bestaat uit afzonderlijke delen die met elkaar een geheel vormen en elkaar voortdurend beïnvloeden.

20 Met name Suijling en Eggens hebben al in een vroeg stadium gebruik gemaakt van het concept van de rechtsbetrekking om de privaatrechtelijke begrippen overeenkomst en verbintenis nader te duiden. Zie Suijling 1927 en Land 1933; zie hierover nader Van Erp 1990, p. 286-287 en § 5.4.2.

21 Zie uitgebreid § 5.4.3.

22 Gribnau 1998.

23 Zie Schalken 1987 en Cleiren 1992, p. 22-23.

24 Vgl. het in § 5.1 genoemde onderzoeksproject van de Erasmus Universiteit.

25 Zie Van Erp 1990, p. 290. Zie nader § 5.4.2.

met name kan worden verklaard vanuit de wens tot uitdrukking te brengen dat de burger in het kader van het bestuursrecht niet (langer) kan worden gezien als onderdaan van overheid, maar als een rechtssubject met eigen rechten en plichten.[26]

5.2.3 De rechtsbetrekking als bouwsteen van de rechtsorde

De centrale these van het werk van Achterberg is dat zowel de rechtsnorm als de rechtsbetrekking moeten worden beschouwd als bouwstenen van de rechtsorde. Weliswaar wordt ook in de *Reine Rechtslehre* van Kelsen aandacht besteed aan de rechtsbetrekking, maar hierin wordt de rechtsnorm duidelijk vooropgesteld als bouwsteen van de rechtsorde.[27] Achterberg plaatst in zijn werk juist de rechtsbetrekking voorop, hoewel hij onderkent dat deze bestaat bij de gratie van de rechtsnorm: pas door een rechtsnorm wordt een bepaalde maatschappelijke verhouding een rechtsbetrekking.[28] Na een jarenlange focus op de rechtsnorm als bouwsteen van de rechtsorde is de tijd volgens Achterberg rijp om de betekenis van het concept van de rechtsbetrekking voor de rechtsorde nader te onderzoeken, niet in de laatste plaats omdat de rechtsnorm als exclusieve determinant voor de verhoudingen binnen de rechtsorde – ook binnen het publiekrecht – in toenemende mate concurrentie lijkt te ondervinden van andere instrumenten ter normering van de rechtsorde, zoals de publiekrechtelijke overeenkomst. Als gevolg van deze ontwikkeling, die kan worden beschouwd als een symptoom van de toenemende convergentie van de klassieke rechtsdomeinen, wordt de rechtsorde alleen maar complexer. Een andere benadering van deze rechtsorde, waarin de rechtsbetrekking als tweede belangrijke bouwsteen van de rechtsorde wordt erkend, kan volgens Achterberg verhelderend werken.[29]

Hoewel het concept van de rechtsbetrekking met name lijkt te worden gebruikt als neutraal instrument om specifieke juridische verhoudingen te duiden en met elkaar te vergelijken en niet zozeer als bouwsteen om de gehele rechtsorde te karakteriseren, heeft het idee van Achterberg dat de rechtsorde in de eerste plaats als een geheel van rechtsbetrekkingen dient te worden begrepen, nadien wel degelijk navolging gekregen. Zo beschouwt ook Hirsch Ballin de (publiekrechtelijke) rechtsorde als orde van rechtsbetrekkingen,[30] terwijl Schalken in zijn oratie het strafrecht tegen het licht houdt als systeem van rechtsbetrekkingen.[31] De Lange is kritisch over deze werkwijze waarin

26 Zie *Kamerstukken II* 1988-1989, 21 221, nr. 3, p. 11-13. Zie nader hierover § 5.4.3.
27 Achterberg 1982, p. 104-108 onder verwijzing naar Kelsen (1934) 1960.
28 Achterberg 1982, p. 109.
29 Achterberg 1982, p. 118-120.
30 Hirsch Ballin 1988b, p. 233 en 237. Zie ook Gribnau 1998, p. 112.
31 Schalken 1987, p. 7.

de rechtsbetrekking als uitgangspunt voor beschouwing van de rechtsorde wordt genomen. Hij is van mening 'dat er in de dynamiek van het recht en de sociale context waarin het functioneert altijd een 'ondefinieerbare rest' zal blijven bestaan'. Deze ondefinieerbare rest vormt in zijn ogen de onbepaaldheid van het recht, als gevolg waarvan 'de verhouding tussen recht en (andere) sociale velden en praktijken nooit in zijn geheel door het recht kan worden bepaald'. Hij ziet dan ook meer in een breder perspectief waarin mede een plaats aan die sociale context toekomt.[32] Het feit dat de maatschappelijke orde als gevolg van genoemde 'ondefinieerbare rest' niet in zijn totaliteit kan worden gevat in termen van rechtsbetrekkingen, neemt evenwel niet weg dat de *recht*sorde wel degelijk als een stelsel van *recht*sbetrekkingen kan worden beschouwd.

5.2.4 Het concept van de rechtsbetrekking volgens Achterberg

Als gezegd verstaat Achterberg onder de rechtsbetrekking '*die rechtsnormgestaltete Beziehung zwischen zwei oder mehreren Subjekten*'.[33] Naar zijn idee is de gehele rechtsorde opgebouwd uit rechtsbetrekkingen; hierbij gaat het niet alleen om de verhoudingen tussen burgers onderling, maar ook die tussen overheid en burger en die tussen de overheidsorganen onderling. Achterberg heeft zijn definitie bewust zo abstract en beknopt mogelijk gehouden; hij acht het onwenselijk om de definitie aan te vullen met bepaalde wezenskenmerken van de rechtsbetrekking, wanneer die reeds uit deze beknopte definitie kunnen worden afgeleid.[34] Zo moet de term *Subjekten* uit de definitie van Achterberg worden opgevat als 'rechtssubjecten'; hij acht het echter niet nodig dit in zijn definitie van de rechtsbetrekking expliciet tot uiting te brengen. Integendeel, dit zou zelfs tautologisch zijn: nu de relatie tussen de subjecten door rechtsnormen wordt gevormd, zijn deze subjecten per definitie rechtssubjecten.[35] Achterbergs definitie van de rechtsbetrekking schept evenmin duidelijkheid over de aard van de bij de rechtsbetrekking betrokken subjecten; uit zijn toelichting blijkt evenwel dat zowel natuurlijke als rechtspersonen hieronder kunnen worden geschaard.[36] Ook de staat en zijn organen worden door Achterberg als rechtssubject aangemerkt, hetgeen het mogelijk maakt ook het domein van het publiekrecht in de terminologie van de rechtsbetrekking te beschrijven. Tot slot brengt de definitie van de rechtsbetrekking ook niet expliciet tot uitdrukking dat de rechtsbetrekking altijd een onderliggende sociale relatie

32 De Lange 1991, p. 8-9 en p. 241.
33 Achterberg 1982, p. 31 en p. 54.
34 Achterberg 1982, p. 55.
35 Achterberg 1982, p. 34 en p. 57. In § 5.2.5 wordt nader ingegaan op de relatie tussen de begrippen rechtsbetrekking en rechtssubjectiviteit.
36 Achterberg 1982, p. 59.

kent; dit volgt evenwel reeds uit het feit dat de rechtsbetrekking, evenals de morele betrekking, een species van de alomvattende categorie van maatschappelijke en sociale relaties vormt.[37] Achterbergs definitie van de rechtsbetrekking drukt aldus slechts een tweetal essentiële kenmerken uit: 1) de betrekking wordt door het recht vormgegeven (*Rechtsnormgestaltung*); 2) de eindpunten van de betrekking worden gevormd door twee of meer (rechts)subjecten.

Het eerste essentiële kenmerk van de rechtsbetrekking dat het om een betrekking gaat die door de normen van het recht wordt beheerst, maakt duidelijk dat de rechtsbetrekking zich onderscheidt van maatschappelijke of morele betrekkingen, die niet worden beheerst door rechtsregels, maar door de regels van het maatschappelijk verkeer of door morele normen. Dit betekent evenwel niet dat deze drie normatieve sferen los van elkaar staan; zij zijn wel degelijk op elkaar betrokken. De verhoudingen tussen deze drie normatieve sferen liggen volgens Achterberg als volgt: het bereik van rechtsnormen en het bereik van morele normen verhouden zich tot elkaar als twee snijdende, deels met elkaar overlappende cirkels, terwijl het bereik van maatschappelijke normen deze beide cirkels in zijn geheel omvat.[38] In deze voorstelling van zaken vallen morele regels dus niet noodzakelijkerwijze samen met rechtsregels, maar is dit wel mogelijk. Duidelijke voorbeelden van rechtsregels die niet kunnen worden gekenschetst als morele regels kunnen worden gevonden in het ordeningsstrafrecht, terwijl Achterberg als voorbeelden van morele regels die niet kunnen worden gezien als rechtsregels deugden als naastenliefde en waarheidsgetrouwheid noemt. De regels van het sociale verkeer omvatten in het model van Achterberg zowel het bereik van rechtsregels als dat van morele regels, onafhankelijk van de vraag of deze onderling al dan niet samenvallen. Dit betekent dat rechtsregels en morele regels altijd ook sociale regels zijn.[39] Achterberg omschrijft de rechtsbetrekking daarom ook wel als '*ein mit Mitteln des Rechts geregeltes Sozialverhältnis*',[40] waarmee hij tot uitdrukking bedoelt te brengen dat in elke rechtsbetrekking een sociale relatie tussen de bij de rechtsbetrekking betrokken subjecten ligt besloten.

De definitie van de rechtsbetrekking leert voorts dat de eindpunten van de betrekking worden gevormd door minstens twee subjecten. Als gezegd worden deze subjecten door hun betrokkenheid bij de rechtsbetrekking en het feit dat deze wordt beheerst door rechtsregels als vanzelf rechtssubjecten. Wanneer bij de rechtsbetrekking slechts twee subjecten zijn betrokken, spreekt Achterberg van een bipolaire rechtsbetrekking, wanneer het om meer dan twee subjecten gaat, spreekt hij van een multipolaire betrekking.[41] Hierbij geldt

37 Achterberg 1982, p. 33 en p. 55.
38 Achterberg 1982, p. 33 en p. 55.
39 Het omgekeerde geldt evident niet: sociale regels zijn niet altijd ook rechtsregels of morele regels. Zie Achterberg 1982, p. 33 en p. 55.
40 Achterberg 1982, p. 32.
41 Achterberg 1982, p. 35, p. 58 en p. 74.

dat het aantal bij de multipolaire rechtsbetrekking betrokken subjecten zowel bepaald als onbepaald kan zijn. Bipolaire rechtsbetrekkingen worden veelal in het leven geroepen als gevolg van een overeenkomst, terwijl multipolaire rechtsbetrekkingen veelal ontstaan door wetten of andere algemeen verbindende voorschriften. Volgens Achterberg is het deze erkenning van het bestaan van de multipolaire rechtsbetrekking die de voorwaarde schept om hoogcomplexe maatschappelijke structuren te kunnen beschrijven in termen van de rechtsbetrekking en te kunnen duiden aan de hand van een alomvattende rechtsbetrekkingentheorie. De erkenning van louter de bipolaire rechtsbetrekking zou volgens hem ontoereikend zijn om dergelijke complexe structuren te kunnen duiden in termen van de rechtsbetrekking. Hiermee bedoelt Achterberg overigens niet te zeggen dat multipolaire rechtsbetrekkingen niet zouden kunnen worden uitgesplitst in verschillende bipolaire rechtsbetrekkingen, hij acht dit evenwel niet zinvol; een dergelijke uitsplitsing zou onvoldoende recht doen aan de complexiteit van de multipolaire rechtsbetrekking en de daaronder liggende maatschappelijke verhoudingen. De multipolaire rechtsbetrekking is niet een eenvoudige kwantitatieve optelsom van bipolaire rechtsbetrekkingen. Doordat de rechtsnormen die de multipolaire rechtsbetrekking beheersen niet slechts *inter partes*, maar ook *inter omnes* werken, verschilt de multipolaire rechtsbetrekking ook kwalitatief van de bipolaire rechtsbetrekking.[42]

Een aspect van de rechtsbetrekking dat niet expliciet in de definitie van Achterberg tot uitdrukking komt, maar dat wel als algemeen kenmerk van de rechtsbetrekking aandacht verdient, is het feit dat de rechtsbetrekking altijd een rechtsobject tot voorwerp heeft. Dit rechtsobject is het voorwerp waarop de uit de rechtsbetrekking voortvloeiende rechten en verplichtingen zien en vormt daarmee als het ware de substantie van de rechtsbetrekking.[43] Object van een rechtsbetrekking kan bijvoorbeeld zijn een goed, een geldsom of een vergunning. Uit de opvatting van de rechtsbetrekking zoals die hiervoor is weergegeven, volgt dat de verhouding tussen rechtssubject en rechtsobject zelf niet als een rechtsbetrekking kan worden gezien.

Voorts komt in het concept van de rechtsbetrekking zoals Achterberg dat opvat niet tot uitdrukking dat onderscheid kan worden aangebracht tussen algemene, latente rechtsbetrekkingen enerzijds en actuele, concrete rechtsbetrekkingen anderzijds. De algemene rechtsbetrekking ontstaat en eindigt door de aanvang en het einde van rechtssubjectiviteit (bij de geboorte en het overlijden van de natuurlijke persoon en bij het oprichten en tenietgaan van de rechtspersoon).[44] Een dergelijke algemene rechtsbetrekking vertaalt zich pas in een

42 Achterberg 1982, p. 36 en p. 58.
43 Gribnau 1998, p. 114.
44 Hierbij geldt dat de algemene rechtsbetrekking tussen burger en overheid in de regel ontstaat en tenietgaat met de aanvang en het einde van het staatsburgerschap. Maar ook door vestiging of het enkele verblijf binnen de grenzen van een staat wordt een algemene

concrete rechtsbetrekking waaruit concrete rechten en verplichtingen voortvloeien, wanneer het positieve recht rechtsgevolgen verbindt aan de handelingen van of de gebeurtenissen tussen de betreffende rechtssubjecten. Met andere woorden, 'door het intreden van in rechtsregels en -beginselen geformuleerde condities wordt een rechtsbetrekking geactiveerd en geactualiseerd'.[45] Uit deze terminologie van Gribnau ('activeren en actualiseren') wordt direct duidelijk dat de rechtsbetrekking moet worden opgevat als een dynamisch concept. Hierbij kan het activeren worden geacht te slaan op de overgang van een algemene, latente rechtsbetrekking naar een concrete rechtsbetrekking, terwijl het actualiseren veeleer ziet op de hernieuwde invulling van een reeds bestaande concrete rechtsbetrekking.[46]

De definitie van de rechtsbetrekking zoals Achterberg die geeft, kan als heersend worden beschouwd. Vrijwel alle auteurs die na 1982 het concept van de rechtsbetrekking hebben gebruikt, nemen deze definitie als uitgangspunt.[47] Ook in dit onderzoek zal onder de rechtsbetrekking worden verstaan de verhouding tussen twee of meer rechtssubjecten die door het recht wordt beheerst.

5.2.5 De theoretische inbedding van de rechtsbetrekking: van een autarke naar een relationele opvatting van de rechtssubjectiviteit

De rechtsbetrekking is een betrekking tussen subjecten die door het recht wordt beheerst. Deze definitie drukt uit dat het concept van de rechtsbetrekking onlosmakelijk is verbonden met het onderliggende concept van de rechtssubjectiviteit dat mensen (maar bijvoorbeeld ook instituties) als 'persoon voor het recht' bestempelt.[48] Met name Foqué en 't Hart hebben – zowel afzonderlijk

---

rechtsbetrekking tussen de betreffende staat en het rechtssubject in het leven geroepen. Zie Gribnau 1998, p. 114.

45 Gribnau 1998, p. 114.

46 Zie nader over het dynamische karakter van de rechtsbetrekking § 5.2.7.

47 Zie onder meer Schalken 1987, p. 7; Brenninkmeijer 1991, p. 23; Van Male 1993, p. 14; en Gribnau 1998, p. 113.

48 Zie Gribnau 1993, p. 93-94 en Gribnau 1998, p. 111. Zowel het concept van de rechtsbetrekking als dat van de rechtssubjectiviteit zijn abstracties; het betreft niet een afbeelding van werkelijke mensen en hun onderlinge relaties, de sociale werkelijkheid. De geconstrueerde werkelijkheid van de rechtsbetrekking en de rechtssubjectiviteit kan daarom niet worden vereenzelvigd met de sociale werkelijkheid, nu deze beide werkelijkheden niet noodzakelijkerwijze overeenkomen. Zie Gribnau 1996, p. 105. Dit komt duidelijk tot uiting wanneer het positieve recht rechtsbetrekkingen tussen rechtssubjecten creëert die binnen de sociale werkelijkheid niet als zodanig worden ervaren. Het is evenwel duidelijk dat deze twee werkelijkheden niet onbeperkt uit elkaar kunnen lopen. Pitlo verwoordt dit voor wat betreft de rechtssubjectiviteit als volgt: 'Hoewel in beginsel het recht bepaalt wie rechtssubject of wel persoon voor het recht is, is het recht daarbij niet almachtig, doch in hoge mate gebonden aan de aard der dingen'. Zie Pitlo 1995, p. 88; ontleend aan Gribnau 1998, p. 120.

als in hun gezamenlijk werk[49] – uitgebreid aandacht besteed aan dit onverbrekelijk verband tussen deze twee theoretische concepten. In het bijzonder de vraag welk van deze begrippen hierbij vanuit theoretisch perspectief het primaat heeft, is in dit kader interessant.

Volgens Foqué heeft historisch gezien het concept van de rechtssubjectiviteit het primaat boven het concept van de rechtsbetrekking; het (autonome, autarke) rechtssubject vormde het uitgangspunt van het rechtsdenken.[50] Vanuit de klassieke, etatistische rechtsopvatting diende het concept rechtssubjectiviteit evenals het begrip staatssoevereiniteit absoluut te worden opgevat: zowel de staat als het rechtssubject waren volstrekt autonoom in hun handelen.[51] Dit etatistische denkmodel vormde een bevestiging van het dualisme tussen de staat en de samenleving, wat zich onder meer vertaalde in een strikte scheiding tussen publiek- en privaatrecht: het publiekrecht representeerde hierbij de verticale dimensie en het privaatrecht de horizontale dimensie. Vervolgens was de gedachte dat het publiekrecht nauwelijks normering behoefde, nu het overheidshandelen vrijwel altijd kon worden geacht op het algemeen belang gericht te zijn. De rechtssubjectiviteit van de onderdaan werd binnen het kader van het publiekrecht zeer beperkt opgevat, nu de verhouding tussen overheid en onderdaan werd gekenmerkt door een sterk bevelskarakter: de wet is het bevel van de soeverein; buiten de wet is er geen recht.[52] Het privaatrecht daarentegen was binnen het etatistische denkmodel gebaseerd op het concept van het autarke rechtssubject: 'de drager van rechten en plichten die beschikt over een autonome rechtsbevoegdheid in het samenhandelen met zijn medesubjecten'.[53] Vanuit dit perspectief geredeneerd werd het privaatrecht gezien als het middel om die autonomie van het rechtssubject te verwezenlijken, wat zich onder meer vertaalde in de vrijwel absolute gelding van de vrije wil en de opvatting dat subjectieve rechten in beginsel autonoom konden worden uitgeoefend. De relatie tussen rechtssubjecten werd dan ook niet gekenmerkt door wederkerigheid – in de zin dat een recht jegens een ander per definitie ook gepaard ging met een of meer plichten jegens die ander –, maar hooguit door complementariteit – in de zin dat het recht van de één met een plicht van de ander correspondeerde. Gezien de identificatie van wet en recht in

---

Zie voorts Foqué & 't Hart 1990, p. 223 waar wordt gesteld dat het begrip rechtssubject steeds een contrafaktische betekenis dient te behouden en dus nooit geheel gelijkgesteld mag worden met de empirische werkelijkheid van het concrete individu.

49 Zie met name Foqué & 't Hart 1990, Foqué 1992 en 't Hart 1995. Ook Gribnau heeft herhaaldelijk aandacht besteed aan de ontwikkeling in het denken over de concepten rechtssubjectiviteit en rechtsbetrekking. Zie onder meer Gribnau 1996, p. 97-102 en Gribnau 1998, p. 106-112.

50 Foqué 1992, p. 23-25.

51 Zie in vergelijkbare zin Gribnau 1996, p. 98 en Gribnau 1998, p. 106-108.

52 Gribnau 1996, p. 97-100 en Gribnau 1998, p. 16-21 waar hij verwijst naar belangrijke exponenten van deze denkwijze als Hobbes, Rousseau, Kant en Hegel.

53 Foqué 1992, p. 23.

de klassieke rechtsstaat kwam geen zelfstandige plaats toe aan rechtsbeginselen als ongeschreven, aanvullend recht.[54]

Deze klassieke, etatistische denkwijze bleek niet houdbaar. Met name vanuit sociaal-wetenschappelijke hoek werd de kritiek geuit dat de etatistische wijze van denken het belang van 'het sociale weefsel van de samenleving en de factoren die daarin een bepalende rol spelen' volstrekt miskende. Binnen het etatistische denken raakte de soevereiniteit van zowel de staat als het individuele rechtssubject dermate verabsoluteerd, dat 'het gemeenschapsaspect' geheel buiten beeld was geraakt.[55] Naar aanleiding van deze en dergelijke kritiek en onder invloed van de ontwikkeling die veelal wordt geduid als de 'vermaatschappelijking' van het privaatrecht en het bestuursrecht, de toenemende osmose tussen deze klassieke rechtsdomeinen en de toenemende invloed van algemene rechtsbeginselen, verloor het etatistisch denken dan ook gaandeweg terrein ten faveure van het denken in termen van rechtsbetrekkingen.[56] Het idee van de overheid als ongenaakbaar soeverein en het idee van het rechtssubject als autonoom, autark wezen dat volstrekt onafhankelijk is van de context waarin hij functioneert was niet langer houdbaar; zowel de overheid als de burger maken als rechtssubject deel uit van een samenleving die wordt gevormd door een veelheid aan betrekkingen en waardoor zij worden beïnvloed en hun handelen betekenis krijgt. 'Wanneer de overheid te midden van een pluraliteit van burgers en belangen in de publieke ruimte handelt, dan houdt dat ondermeer in dat de overheid niet langer als een ongenaakbaar soeverein boven de samenleving troont, maar als een partner, zij het met specifieke taken en verantwoordelijkheden, in vaak complexe netwerken van rechtsbetrekkingen deelneemt.'[57] Hetzelfde geldt voor het individu als rechtssubject: ook deze werd niet langer beschouwd als een volstrekt autonoom, autark wezen dat onafhankelijk van zijn omgeving en van andere rechtssubjecten functioneert. 't Hart stelt dan ook: 'Individuele zelfontplooiing en autonomie, het ontwikkelen van eigen identiteit of authenticiteit, zijn dus altijd

54 Zie Gribnau 1996, p. 99 en Gribnau 1998, p. 108 en 205.

55 Foqué 1992, p. 26. Hij wijst in dit verband met name op het werk van Duguit en De Tocqueville. Zie ook Foqué & 't Hart 1990, p. 208-211: 'Tot het feitelijke funktioneren en handelen van de mens behoort onlosmakelijk zijn verbondenheid met de anderen en met de sociale context als zodanig. Het is nu juist deze wezenlijke samenhang van individueel handelen met de sociale context die in het dogmatische recht wordt ontkend.' Het individu werd daarom niet langer gezien als 'een statisch geïsoleerd wezen', maar 'als een dynamische kracht in een omvattender interactieproces'. Zie Foqué & 't Hart 1990, p. 238. Gribnau wijst in dit verband met name op de invloed van Spinoza en Montesquieu wier beider denken was gebaseerd op een relationele opvatting van het recht. Zie Gribnau 1998, p. 21-25.

56 Dat deze ontwikkeling van vermaatschappelijking zich zowel binnen het privaatrecht als het bestuursrecht heeft voorgedaan is volgens Foqué geen toeval, nu de veranderde wijze waarop de relatie tussen overheid en burger wordt gedacht naar zijn mening doorwerkt in de wijze waarop de verhoudingen tussen burgers onderling worden gedacht. Zie Foqué 1992, p. 23-25. Zie in dit verband nader Gribnau 1998, p. 205-208 en Pessers 1999, p. 201-233, alsmede § 5.4.2 en § 5.4.3.

57 Foqué 1992, p. 36.

contextgebonden. Het is geen solistische, individualistische activiteit, maar een activiteit die voortdurend gericht is op de relaties met anderen en die plaatsvindt in interactie.'[58] De mens wordt in deze visie niet langer gezien als de kleinste bouwsteen die aan het grote geheel van de gemeenschap voorafgaat en deze schept, maar – in de woorden van Wielemans – als een 'knooppunt van relaties, een wezen waarin individualiteit en gemeenschap gelijktijdig en onverbrekelijk co-habiteren'.[59]

Wanneer dit mensbeeld en deze opvatting van rechtssubjectiviteit vervolgens meer concreet wordt toegespitst op de verhouding van de individuele burger tot de overheid, dient de individuele burger niet langer te worden gezien als een 'object van gouvernementeel handelen', maar als 'een persoon met een *equal bargaining power*'.[60] Ook komt in de relationele opvatting van het recht – waarin het rechtssubject niet langer wordt beschouwd als een volstrekt autonoom wezen – een natuurlijke plaats toe aan ongeschreven rechtsbeginselen: elk rechtssubject – ook de overheid – is in de moderne democratische rechtsstaat gebonden aan het ongeschreven recht en daarom niet onbeperkt autonoom. In deze visie wordt het legaliteitsbeginsel in zoverre gerelativeerd dat de wet niet meer alleen bepalend is voor de rechtmatigheid van het handelen van zowel het bestuur als de burger, maar dat in dezen aanvullende normering toekomt aan ongeschreven rechtsbeginselen.[61]

Aldus ontstond in de moderne democratische rechtsstaat niet alleen het denken in termen van rechtsbetrekkingen, maar werd ook een andere – meer relationele – invulling gegeven aan het concept van de rechtssubjectiviteit. Een en ander heeft volgens Foqué duidelijke consequenties voor de begripsstructuur van ons recht. Waar voorheen binnen het rechtsdenken het primaat was weggelegd voor de rechtssubjectiviteit, staat thans de rechtsbetrekking als theoretisch concept voorop. Het rechtssubject ontleent zijn rechtskarakter slechts aan de rechtsbetrekkingen waaraan hij deelneemt, aldus Foqué.[62] Nu in de opvatting van democratie en recht die 't Hart voorstaat 'de interactie en de gerichtheid op de gemeenschappelijke zaak' vooropstaan, gaat ook volgens 't Hart het concept van de rechtsbetrekking begripsmatig vooraf aan de idee van rechtssubjectiviteit:

> 'Niet de staat maakt iedere afzonderlijke mens tot rechtssubject en niet het rechtssubject schept vervolgens de rechtsbetrekking, maar de rechtsbetrekking vormt de bouwsteen van een juridische grondstructuur, een 'disposition des choses', waarbinnen de verhouding tussen staat en burger behoort te worden geconcretiseerd. (…) Zoals individuele identiteit slechts tot stand kan komen in een wisselwer-

58 't Hart 1995, p. 30. Vgl. Gribnau 1998, p. 109: vrijheid is intersubjectief bepaald.
59 't Hart 1995, p. 32-33 met verwijzing naar Wielemans 1993, p. 86.
60 Foqué 1992, p. 37.
61 Zie uitgebreider Gribnau 1998, p. 109-112 en p. 205-208, alsmede § 5.4.3.
62 Foqué 1992, p. 37.

king met anderen, kan de rechtssubjectiviteit slechts ontstaan binnen een structuur van rechtsbetrekkingen.'[63]

Ook volgens Gribnau is het de rechtsbetrekking die de rechtssubjectiviteit kleur geeft en aldus het primaat heeft. Het feit dat rechtssubjectiviteit een algemene voorwaarde is tot het aangaan van rechtsbetrekkingen doet hieraan niets af:[64]

'De interactie tussen rechtssubjecten wordt aldus steeds beheerst door rechtsnormen. Deze interactie moet altijd beoordeeld worden vanuit het perspectief van de rechtsbetrekkingen; hetzij een algemene of virtuele rechtsbetrekking, hetzij een actuele, geconcretiseerde rechtsbetrekking. Rechtssubjecten worden door deze conceptualisering nooit geïsoleerd van, maar altijd in relatie tot andere rechtssubjecten beschouwd. Rechtssubjecten zijn toerekeningspunten van rechten en plichten in een rechtsbetrekking: een subject wordt betrokken op een of meer andere rechtssubjecten. De rechtssubjectiviteit van ieder verwerft enkel inhoud in die rechtsbetrekking. Omdat de rechtssubjectiviteit wordt bepaald door en geconcretiseerd in een rechtsbetrekking, staan er in een rechtsbetrekking – zoals gezegd – geen soevereine, autonome rechtssubjecten tegenover elkaar, zoals dat in de klassieke rechtsstaat het geval was. Er is sprake van een duidelijk ander rechtsbetrekkingenbegrip, het rechtssubject ontleent de concretisering en actualisering van zijn rechtssubjectiviteit aan een rechtsbetrekking.'[65]

Aldus heeft het verleggen van het primaat van de rechtssubjectiviteit naar de rechtsbetrekking op zijn beurt weer zijn weerslag op de wijze waarop het begrip rechtssubjectiviteit wordt ingevuld. Het begrip rechtssubjectiviteit dient niet langer autonoom, soeverein te worden opgevat, doch veeleer als een relationeel begrip. 't Hart drukt het als volgt uit:

'De rechtssubjectiviteit van de mens als kunstmatig, niet afbeeldend en daarmee beschermend begrip, is immers – zoals gezegd – afhankelijk van (het patroon van) de rechtsbetrekkingen die het recht kunstmatig aan de maatschappij ten grondslag legt (en niet andersom!). De zo begrepen rechtssubjectiviteit geeft een sfeer van vrijheid, benodigd voor emancipatie en ontwikkeling van de eigen identiteit, die voorwaarden zijn voor mondig burgerschap. (…) Het beeld van de mens die uit deze opvatting van rechtssubjectiviteit en burgerschap oprijst is niet dat van de geïsoleerde atoom, de kleinste bouwsteen van waaruit de maatschappij wordt gedacht en opgebouwd, de maker van maatschappij en recht, een monade als actor

63 't Hart 1995, p. 30-31. Deze begripsstructuur biedt volgens 't Hart belangrijke garanties tegen onbeperkte machtsuitoefening door de overheid. Doordat de rechtsbetrekking de bouwsteen van de juridische grondstructuur vormt, kan de individuele burger binnen die grondstructuur slechts als rechtssubject door de staat worden benaderd (en dus niet als mens van vlees en bloed). Hierdoor wordt voor elk individu een sfeer van vrijheid gecreëerd die benodigd is voor de ontplooiing van het individu. Zie 't Hart 1995, p. 21 en 31.

64 Zie Gribnau 1998, p. 114-116. Zie ook Gribnau 1993, p. 94 met verwijzing naar Achterberg 1982, p. 5 en Foqué 1992, p. 37.

65 Gribnau 1996, p. 103-104.

> in een samenhandelingsstelsel, 'maker' van cultuur en gemeenschap en van maatschappij en recht, die zelf reeds kant en klaar gegeven is voordat de opbouw daarvan wordt ter hand genomen of het samenhandelingsstelsel wordt tot stand gebracht. Rechtssubjectiviteit en burgerschap kunnen juist uitsluitend geschapen worden binnen en in wisselwerking met geëigende juridische en maatschappelijke structuren. (…) De mens als rechtssubject en burger is hier een knooppunt van relaties, waarin individualiteit en gemeenschap tegelijkertijd aanwezig zijn.'[66]

Aldus verkeren het denken in termen van rechtsbetrekkingen en de wijze waarop het begrip rechtssubjectiviteit dient te worden ingevuld in een proces van wederzijdse beïnvloeding, waarbij oorzaak en gevolg niet van elkaar zijn te onderscheiden. De ontwikkeling van een autonome naar een relationele invulling van het begrip rechtssubjectiviteit draagt bij aan het denken in termen van rechtsbetrekkingen, terwijl het denken in termen van rechtsbetrekkingen tot een meer relationele, minder autonome invulling van rechtssubjectiviteit leidt.[67]

De verandering van de begripsstructuur van het recht als gevolg van het denken in termen van rechtsbetrekkingen heeft evenwel nog meer consequenties. Het denken in termen van rechtsbetrekkingen brengt volgens Foqué voorts een zekere wederkerigheid in de relatie tussen de betrokken rechtssubjecten, hetgeen zijn weerslag heeft op het leerstuk van de subjectieve rechten en het leerstuk van rechtsmisbruik.[68] Ook volgens Gribnau kunnen de inhoud en de omvang van subjectieve rechten en bevoegdheden slechts in het perspectief van de rechtsbetrekking worden bepaald. De rechtsbetrekking gaat derhalve logisch vooraf aan het subjectieve recht, niet andersom.[69] Hiermee hangt samen dat bij de uitleg van rechtshandelingen niet langer alleen de autarke wil van het rechtssubject, maar ook het opgewekte vertrouwen binnen de rechtsbetrekking bepalend is:

> 'Een *rechtshandeling* dient hier opgevat te worden als een gedraging die weliswaar aan rechtssubjecten binnen rechtsbetrekkingen moet kunnen worden *toegerekend* maar die zijn *normatieve lading* pas ontleent aan de betekenis die dat *handelen* heeft binnen een rechtsbetrekking of een complex van rechtsbetrekkingen. Daarin is niet in de eerste plaats de wil van de actor bepalend, los van de positie die deze inneemt t.o.v. mede-actoren, maar een *situatie-analyse* van het geleverde samenspel, tegen de achtergrond van een *gedeeld referentiekader*.'[70]

---

66 't Hart 1995, p. 37.
67 Zie in gelijke zin Gribnau 1993, p. 87-93.
68 Zie Foqué 1992, p. 37-38.
69 Zie Gribnau 1998, p. 115-116, waar hij onder meer verwijst naar Vranken 1996, p. 93 die stelt dat subjectieve rechten en bevoegdheden in dit opzicht zijn 'gerelativeerd doordat ze onder het banier zijn geplaatst van hun verhouding tot anderen'.
70 Foqué 1992, p. 38.

Tot slot heeft het denken in termen van rechtsbetrekkingen volgens Foqué tot gevolg dat 'bij het concretiseren van de formele structuur van rechtsbetrekkingen' een groter gewicht dient toe te komen aan de 'algemene beginselen van behoorlijkheid'.[71]

Samenvattend kan worden gesteld dat volgens Foqué en 't Hart de begrippen rechtssubjectiviteit en rechtsbetrekking onlosmakelijk met elkaar zijn verbonden, maar dat – ondanks het feit dat het denken in termen van rechtssubjectiviteit historisch gezien voorafgaat aan het denken in termen van rechtsbetrekkingen – thans binnen het moderne rechtsdenken het primaat bij de rechtsbetrekking ligt.[72] In samenhang met het denken in termen van rechtsbetrekkingen heeft vervolgens ook het begrip rechtssubject een andere – minder autonome, meer relationele – invulling gekregen. Oorzaak en gevolg kunnen in dit verband evenwel niet duidelijk van elkaar worden onderscheiden: beide ontwikkelingen hangen met elkaar samen en hebben elkaar onderling versterkt. Met deze opvatting over de onderlinge verhouding tussen de rechtsbetrekking en de rechtssubjectiviteit en de nadruk op het relationele karakter van beide concepten hebben 't Hart en Foqué de basis gelegd voor hun relationele rechtsopvatting waarbinnen instrumentaliteit en rechtsbescherming als functies van het recht intrinsiek met elkaar samenhangen.[73] Ook is hiermee het theoretisch fundament gelegd voor de later in dit hoofdstuk te bespreken noties van wederkerigheid als imperatief en correlativiteit die beide uitdrukking geven aan het vereiste dat rechtssubjecten die tot elkaar in rechtsbetrekking staan over en weer zijn gehouden rekening te houden met elkanders posities en belangen.[74]

5.2.6 De heerschappij over de rechtsbetrekking: betekenis van norm en wil bij het ontstaan, de invulling en de beëindiging van rechtsbetrekkingen

Met betrekking tot het ontstaan, de inhoud en de beëindiging van rechtsbetrekkingen maakt Achterberg onderscheid tussen *Volldetermination* en *Teildetermination*.[75] Een bepaalde (wettelijke) norm kan op zichzelf reeds een rechtsbetrekking vestigen, maar kan hiertoe ook slechts machtigen. In het eerste geval waarin de rechtsbetrekking door de norm zelf wordt gevestigd, is sprake van *Volldetermination*; in het tweede geval, waarin de rechtsbetrekking slechts in potentie door de norm wordt gevestigd, is sprake van *Teildetermination*. Het

71 Foqué 1992, p. 38.
72 Ook Achterberg neemt in zijn *Rechtsverhältnistheorie* de rechtsbetrekking als uitgangspunt. Vanuit dat perspectief beredeneert hij dat elk subject dat betrokken is bij een rechtsbetrekking daarmee automatisch ook een rechtssubject is, omdat de betrekking waarvan hij deel uitmaakt wordt beheerst door de normen van het recht. Zie Achterberg 1982, p. 34.
73 Zie § 6.2.6.2.
74 Zie § 5.3.3.1 en § 5.3.3.3. Zie ook Foqué & 't Hart 1990, p. 223.
75 Achterberg 1982, p. 43-44 en p. 76-77.

is vervolgens aan de toekomstige subjecten bij de rechtsbetrekking deze potentiële rechtsbetrekking daadwerkelijk in het leven te roepen. Met betrekking tot de inhoud van de rechtsbetrekking geldt in wezen hetzelfde; ook deze kan *volldeterminiert* of *teildeterminiert* zijn.

Achterberg spreekt in het verband van *Teildetermination* van de *autonome Determinante* van de rechtsbetrekking: de aan subjecten toekomende vrije ruimte om een (potentiële) rechtsbetrekking al dan niet te vestigen en, indien dit gebeurt, deze op de door hen gewenste wijze in te vullen of te beëindigen. Hiertegenover staat de *heteronome Determinante*, waarmee hij doelt op de imperatieve invloed van de norm op ontstaan, inhoud en beëindiging van de rechtsbetrekking. In geval van *Volldetermination* is de heteronome determinant allesoverheersend;[76] in geval van *Teildetermination* komt naast de heteronome determinant een belangrijke plaats toe aan de autonome determinant.[77] Achterberg stelt dat het idee van *Teildetermination* bij het ontstaan en de invulling van rechtsbetrekkingen enerzijds voortkomt uit en invulling geeft aan het beginsel van contractsvrijheid, maar anderzijds vanwege zijn betrokkenheid op de normstellende (wettelijke) regel voorkomt dat de rechtsorde als los zand uiteenvalt (*die Atomisierung der Rechtsordnung*). Achterberg spreekt in dit verband ook wel van '*Die Bedeutung von Norm und Willen im Rechtsverhältnis*'.[78]

De wijze waarop de heteronome determinant (de norm) en de autonome determinant (de wil) zich tot elkaar verhouden is afhankelijk van de aard van de rechtsbetrekking.[79] Grofweg gezegd zal de invloed van de autonome determinant veelal groter zijn bij rechtsbetrekkingen binnen de privaatrechtelijke sfeer dan bij publiekrechtelijke rechtsbetrekkingen.[80] Daarnaast kan deze verhouding ook variabel zijn al naar gelang het gaat om het ontstaan, de invulling of de beëindiging van rechtsbetrekkingen.

Wat betreft het ontstaan van rechtsbetrekkingen, geldt dat de heteronome determinant te allen tijde aanwezig moet zijn. De norm is met andere woorden *conditio sine qua non* voor het ontstaan van de rechtsbetrekking.[81] Bij gebreke

---

76 Enige nuancering is hier op zijn plaats; ook bij *volldeterminierte* rechtsbetrekkingen is er vrijwel altijd een kleine ruimte waarbinnen partijen de rechtsbetrekking naar eigen believen nader kunnen invullen. Het onderscheid tussen *Voll-* en *teildeterminierte* rechtsbetrekkingen moet dan ook niet worden beschouwd als een principieel onderscheid; in de praktijk gaat het altijd om graduele verschillen. Zie Achterberg 1982, p. 65-66 en p. 77.

77 Achterberg duidt dit onderscheid ook wel in termen van *mittelbare und unmittelbare Normdetermination*. Van *unmittelbare Normdetermination* is sprake als de rechtsnorm de rechtsbetrekking vestigt of invult zonder dat daarbij een rol toekomt aan de autonome determinant, de vrije wil; van *mittelbare Normdetermination* daarentegen is sprake wanneer de rechtsnorm slechts machtigt tot vestiging of invulling van de rechtsbetrekking en aldus ruimte laat voor de autonome determinant, de vrije wil. Zie Achterberg 1982, p. 85.

78 Achterberg 1982, p. 63.

79 Achterberg 1982, p. 65.

80 Vgl. Drooglever Fortuijn 1979, p. 40-41.

81 Achterberg 1982, p. 63-64.

van een rechtsnorm, kunnen subjecten weliswaar betrekkingen met elkaar aangaan, deze kunnen evenwel niet worden gekenschetst als *rechts*betrekking, doch hooguit als morele of sociale betrekking. Of naast de invloed van de rechtsnorm ook nog bepalende invloed op het ontstaan van de rechtsbetrekking toekomt aan de wil, is afhankelijk van de vraag of sprake is van *Volldetermination* of *Teildetermination*. In dat laatste geval machtigt de norm tot het doen ontstaan van een rechtsbetrekking, terwijl de wil van subjecten deze daadwerkelijk doet ontstaan.

Met betrekking tot de invulling van de rechtsbetrekking geldt in grote lijnen hetzelfde. Deze kan eveneens *voll-* of *teildeterminiert* zijn. Vergeleken met de verhouding tussen de heteronome en de autonome determinant bij het ontstaan van de rechtsbetrekking lijkt de rol van de heteronome determinant bij de invulling van de rechtsbetrekking minder op de voorgrond te staan. Er zijn weliswaar vele voorbeelden van rechtsbetrekkingen waarbij de heteronome determinant allesoverheersend is waar het de invulling van de rechtsbetrekking betreft (bijvoorbeeld dwingend uit de wet voortvloeiende verbintenissen of diverse publiekrechtelijke rechtsbetrekkingen), maar er zijn daarnaast ook vele voorbeelden van rechtsbetrekkingen waarbij de invulling in vergaande mate is overgelaten aan de autonome determinant, de vrije wil van subjecten (bijvoorbeeld de privaatrechtelijke overeenkomst). Niettemin is de heteronome determinant ook ten aanzien van de invulling van de rechtsbetrekking nooit geheel afwezig; het is immers uiteindelijk de rechtsnorm die subjecten al dan niet de vrije ruimte laat de rechtsbetrekking naar eigen believen in te vullen. In dat opzicht bestaat de autonome determinant steeds bij de gratie van de heteronome determinant.

Ook voor wat betreft de beëindiging van rechtsbetrekkingen geldt in grote lijnen hetzelfde als hiervoor geschetst. Wanneer rechtsbetrekkingen van rechtswege eindigen, is sprake van *Volldetermination* en is de heteronome determinant dus allesoverheersend. Veelal komen rechtsbetrekkingen evenwel tot een einde als gevolg van een autonoom wilsbesluit van één of meer bij de rechtsbetrekking betrokken subjecten (bijv. het opzeggen van een overeenkomst, het intrekken van een vergunning). In een dergelijk geval is er sprake van *Teildetermination* en komt ook een plaats toe aan de autonome determinant. Ook hier wordt deze ruimte voor de vrije wil van subjecten evenwel geboden door de rechtsnorm.

Hoewel de verhouding tussen de mate waarin de heteronome en de autonome determinant invloed op de rechtsbetrekking kunnen uitoefenen, sterk kan variëren, al naar gelang de aard en het te beïnvloeden aspect (ontstaan, invulling of beëindiging) van de rechtsbetrekking, geldt derhalve dat het uiteindelijk de heteronome determinant is die bepaalt of en in hoeverre er ruimte is voor bepalende invloed van de autonome determinant op de rechtsbetrekking. In zoverre kan de autonome determinant de heteronome determinant nooit helemaal verdringen. Dit spreekt in wezen vanzelf; wanneer de heteronome determinant in zijn geheel zou kunnen ontbreken, zou een situatie

kunnen ontstaan waarin de rechtsnorm geen enkele bepalende invloed meer zou hebben op de rechtsbetrekking; een situatie die volstrekt tegenstrijdig zou zijn met het wezen van de rechtsbetrekking (een verhouding tussen subjecten die door het recht wordt beheerst). Het bestaan van de heteronome determinant is inherent aan het bestaan van de rechtsbetrekking.

5.2.7 De rechtsbetrekking als dynamisch concept

In de (privaatrechtelijke) literatuur over de rechtsbetrekking uit het begin van de twintigste eeuw lijkt te worden uitgegaan van een statische opvatting van het begrip rechtsbetrekking. Volgens Suijling is de term rechtsbetrekking 'een verzamelwoord; het dient ter aanduiding van de samenhangende geïndividualiseerde rechtsgevolgen, die een feit of een toestand, als geboorte, overlijden, overeenkomst, onrechtmatige daad, enz. ten aanzien van een zeker persoon in het leven roept'.[82] Suijling ziet de rechtsbetrekking derhalve als een samenstel van rechten en plichten van een bepaald persoon op een bepaald moment. Hiermee fixeert hij de rechtsbetrekking als het ware op een zeker moment in de tijd. Ook Eggens lijkt uit te gaan van een statische opvatting van het begrip rechtsbetrekking door het concept van de rechtsbetrekking te vereenzelvigen met de term verbintenis.[83]

In de meer recente literatuur over de rechtsbetrekking wordt evenwel vrij algemeen aangenomen dat de rechtsbetrekking moet worden opgevat als een dynamisch concept: de inhoud van de rechtsbetrekking tussen twee rechtssubjecten is voortdurend aan verandering onderhevig, althans staat hier voortdurend voor open. Achterberg omschrijft de rechtsbetrekking weliswaar niet expliciet als een dynamisch concept, maar deze dynamiek kan wel worden afgeleid uit zijn opvatting van de rechtsbetrekking. Nu hij de rechtsbetrekking als een door het recht beheerste verhouding tussen rechtssubjecten ziet en het recht voortdurend in bepaalde rechtsgevolgen voorziet die mede worden bepaald door feitelijke gebeurtenissen, louter tijdsverloop of de autonome wil van de bij de rechtsbetrekking betrokken subjecten, gaat hij impliciet ook uit van een dynamische opvatting van de rechtsbetrekking. Ook Gribnau ziet de rechtsbetrekking als een dynamisch concept: 'rechtsbetrekkingen evolueren voortdurend'.[84] De rechtsbetrekking moet in zijn ogen worden beschouwd als een zich ontwikkelende rechtsvorm, waarin het positieve recht wederzijds rechten en plichten oplegt. In de visie van Gribnau – waarin de inhoud van rechtssubjectiviteit wordt bepaald aan de hand van de concrete rechtsbetrek-

82 Zie Suijling 1927, p. 58, ontleend aan Van Erp 1990, p. 286.
83 Zie Land 1933, ontleend aan Van Erp 1990, p. 286-287.
84 Gribnau 1998, p. 117.

king[85] – betekent dit dat ook de inhoud van de rechtssubjectiviteit voortdurend aan verandering onderhevig is.[86]

Niet alleen op rechtstheoretisch niveau wordt uitgegaan van de dynamiek van de rechtsbetrekking, ook bij de meer concrete uitwerking van het concept van de rechtsbetrekking in de verschillende rechtsdomeinen wordt de rechtsbetrekking opgevat als een dynamisch concept. Voor wat betreft het verbintenissenrecht kan in dit verband worden gewezen op de studie van Van Erp naar het contract als rechtsbetrekking. De term rechts*betrekking* brengt volgens hem tot uitdrukking dat het gaat om een zich in de tijd ontwikkelende verhouding, uit welke relatie verplichtingen kunnen voortvloeien. Hij ziet de rechtsbetrekking aldus als een dynamisch begrip, om welke reden hij deze term dan ook verkiest boven de meer statische term rechtsverhouding.[87] Volgens Van Erp dient een overeenkomst slechts te worden gezien als een gebeurtenis in een zich voor het overige anderszins tussen partijen ontwikkelende rechtsbetrekking. Hij omschrijft de rechtsbetrekking dan ook 'als de zich in de tijd ontwikkelende juridische relatie tussen deelgenoten in een rechtsgemeenschap waaruit voor hen gehoudenheden voortvloeien'.[88] Als gevolg van deze dynamische opvatting van de contractuele rechtsbetrekking komt in het verbintenissenrecht een minder centrale positie toe aan de verbintenis ten faveure van het denken in termen van 'gehoudenheden'. Deze wijze van denken heeft binnen de privaatrechtelijke literatuur evenwel niet breed ingang gevonden.[89]

Ook binnen de bestuursrechtelijke literatuur heeft de gedachte van de dynamiek van de rechtsbetrekking postgevat.[90] Volgens Hirsch Ballin ontwikkelt de bestuursrechtelijke rechtsbetrekking zich voortdurend en vormt het daarmee een uitdrukking van de dynamiek van het recht. Hierbij hangt de wisselende inhoud van de rechtsbetrekking niet alleen af van rechtens relevante gebeurtenissen (het geven van beschikkingen, het verrichten van rechtshandelingen), maar ook van andere gebeurtenissen, zoals feitelijke voorvallen of uitspraken die een gerechtvaardigde verwachting wekken.[91] Volgens Van Male is de bestuursrechtelijke rechtsbetrekking vanwege zijn dynamiek naar zijn aard onvoltooid.[92] De benadering van de rechtsbetrekking als een dynamisch concept kan voor wat betreft het bestuursrecht overigens al in een eerder stadium worden aangetroffen bij Donner waar hij stelt dat de aandacht van het bestuursrecht zich sinds de receptie van de algemene beginselen van een behoorlijk bestuur niet meer beperkt tot de beschikking 'als een incidenteel

85 Zie § 5.2.5.
86 Zie Gribnau 1998, p. 116-119.
87 Van Erp 1990, p. 284-285.
88 Van Erp 1990, p. 291.
89 Zie nader § 5.4.2.
90 Zie voor een kritische reactie hierop Van der Linden & Tak 1995.
91 Hirsch Ballin 1989, p. 1-4.
92 Van Male 1993, p. 3.

aanrakingspunt tussen het bestuur en de bestuurden, doch dat de rechtsbetrekking tussen die beiden als een soort permanente toestand wordt gewaardeerd. In die betrekking valt elke opeenvolgende handeling te bezien bij het licht van wat eraan is voorafgegaan en wat er op kan volgen.'[93] Ook binnen het bestuursrecht valt aldus een ontwikkeling te ontwaren waarin leerstukken als de rechtshandeling en het besluit een minder dominante positie innemen bij de beantwoording van de vraag welke verplichtingen over en weer tussen bestuur en burger bestaan. Hierbij moet evenwel voor ogen worden gehouden dat het legaliteitsbeginsel zich tegen het aannemen van ongeschreven verplichtingen voor de burger verzet.[94] Hoewel dit tot op heden in de literatuur weinig is geëxpliciteerd, lijkt tot slot ook de strafrechtelijke rechtsbetrekking als gevolg van de acceptatie van ongeschreven rechtsbeginselen in toenemende mate te moeten worden opgevat als een dynamisch concept, zij het dat ook hier het legaliteitsbeginsel strikte grenzen stelt voor wat betreft het aannemen van ongeschreven verplichtingen voor de verdachte.[95]

5.2.8 De rechtsbetrekking als domeinoverstijgend grondbegrip

De rechtsbetrekking is – evenals het begrip rechtssubjectiviteit – een juridisch grondbegrip, 'een van de noodzakelijke begrippen van elk denkbaar recht'.[96] Evenals andere juridische grondbegrippen heeft ook het begrip rechtsbetrekking een sterk artificieel karakter. Bij het gebruik van het concept van de rechtsbetrekking moet daarom voortdurend voor ogen worden gehouden dat het hier een door het recht gecreëerd begrip betreft dat een aantal juridisch relevante kenmerken van de onderliggende sociale verhouding wil articuleren, maar geen zo exact mogelijke beschrijving van die onderliggende sociale werkelijkheid beoogt te bieden.[97] Dit geldt niet alleen wanneer in algemene termen over het concept van de rechtsbetrekking wordt gesproken, maar ook wanneer een meer specifieke rechtsfiguur in termen van de rechtsbetrekking wordt beschreven. De rechtsbetrekking is aldus een onderbepaald begrip. Dit is evenwel geen diskwalificatie van het concept van de rechtsbetrekking; juist het feit dat de rechtsbetrekking een onderbepaald begrip is, maakt het vanuit methodologisch oogpunt tot een bruikbaar begrip.[98] Juist zijn onderbepaald-

93 Donner 1974, p. 105.
94 Zie nader § 5.4.3.
95 Zie Gribnau 1998, p. 118. Zie ook § 5.4.4.
96 Zie Gribnau 1998, p. 120.
97 Zie Gribnau 1996, p. 105 en Gribnau 1998, p. 119-121.
98 Zie Gribnau 1998, p. 120-121. 't Hart en Foqué duiden deze eigenschap van juridische grondbegrippen aan met de term *contrafakticiteit* en zien deze eigenschap als een belangrijke waarborg tegen monopolisering door een bepaalde betekenisinhoud. Juist door hun principiële openheid en onderbepaaldheid blijft er ruimte voor verandering van de betekenisinhoud van juridische begrippen, hetgeen 't Hart en Foqué als een belangrijk aspect van

heid geeft de rechtsbetrekking het karakter van de grootste gemene deler van alle rechtens relevante verhoudingen tussen twee of meer subjecten.

Het concept van de rechtsbetrekking verwoordt volgens Gribnau (slechts) 'op het meest abstracte niveau de betrokkenheid op elkaar in een samenleving en rechtsorde, dat wil zeggen de afwezigheid van volledige autonomie'.[99] Aldus brengt het begrip rechtsbetrekking tot uitdrukking dat het recht relationeel van aard is. Voor het overige is het begrip rechtsbetrekking echter geheel onbepaald en ideologisch neutraal. Het brengt dan ook niet tot uitdrukking in welke mate rechtssubjecten op elkaar betrokken zouden moeten zijn, doch slechts dat bepaalde grenzen aan ieders vrijheid inherent zijn aan het samenleven in een democratische rechtsstaat. Waar deze grenzen binnen een bepaald rechtsstelsel op een bepaald moment liggen, wordt bepaald door het op dat moment geldende positieve recht, waarbij aanvullende normerende werking toekomt aan ongeschreven rechtsbeginselen. Uit het relationele karakter van de rechtsbetrekking kan evenwel de basale verplichting worden herleid dat rechtssubjecten te allen tijde in een zekere mate gehouden zijn over en weer met elkanders belangen en posities rekening te houden.[100]

Het feit dat de rechtsbetrekking een juridisch grondbegrip is, impliceert dat het in een bepaalde mate abstraheert van de klassieke rechtsdomeinen. Wanneer het begrip rechtsbetrekking wordt gebruikt ter beschrijving van een bepaalde verhouding binnen een concreet rechtsdomein dient derhalve een vertaalslag te worden gemaakt naar dat rechtsdomein, waarbij de specifieke kenmerken van dat specifieke rechtsdomein worden verdisconteerd. Dit betekent dat de invulling van het grondbegrip rechtsbetrekking in de verschillende rechtsdomeinen anders kan uitvallen.[101] Bij vergelijking van een civielrechtelijke rechtsbetrekking met een strafrechtelijke rechtsbetrekking dient dus in feite te worden teruggekoppeld naar de rechtsbetrekking als juridisch grondbegrip om vervolgens te vergelijken in hoeverre en in welke zin beide rechtsbetrekkingen door het concrete rechtsdomein nader zijn ingevuld. Beide rechtsbetrekkingen moeten als het ware onder gelijke noemer worden gebracht.

De rechtsbetrekking is daarmee een theoretisch concept dat boven de terminologie en dogmatiek van de verschillende rechtsdomeinen uitstijgt. Het concept van de rechtsbetrekking kan daarom ook van grote waarde zijn bij het analyseren van het proces van vervagen van de klassieke grenzen tussen

---

rechtsbescherming zien, te weten bescherming tegen het dominante stelsel. Zie Foqué & 't Hart 1990, p. 129-151.

99 Gribnau 1998, p. 121.

100 Deze algemene zorgplicht die rechtssubjecten te allen tijde over en weer jegens elkander hebben, duidt Gribnau aan met de term correlativiteit. Zie Gribnau 1998, p. 130. Zie nader § 5.3.3.3.

101 Zie Gribnau 1998, p. 122-123.

rechtsgebieden.[102] Dit domeinoverstijgende karakter van het concept van de rechtsbetrekking werd reeds onderkend door Savigny, die één van de eersten was die het concept van de rechtsbetrekking systematisch gebruikte om de verschillende onderdelen van het vermogensrecht onder één gemeenschappelijke noemer te brengen.[103] Ook Van Male meent dat vanuit het concept van de rechtsbetrekking zinvol nader onderzoek kan worden verricht 'naar verdere harmonisatie, coördinatie en unificatie van het recht van de traditionele rechtsgebieden'.[104]

5.3 Criteria ter onderscheiding van rechtsbetrekkingen

5.3.1 Inleiding

De rechtsbetrekking is een algemeen concept met behulp waarvan elke juridische verhouding kan worden beschreven. Een nadere definiëring van een specifieke rechtsbetrekking kan vervolgens plaatsvinden door gebruik te maken van een aantal indelingscriteria. In het voorgaande is bijvoorbeeld reeds aan de orde geweest dat Achterberg een onderscheid aanbrengt tussen bipolaire en multipolaire rechtsbetrekkingen, welk onderscheid ziet op het aantal bij de rechtsbetrekking betrokken rechtssubjecten. Voorts maakt hij onderscheid naar de aard van de bij de rechtsbetrekking betrokken rechtssubjecten, naar de duur van rechtsbetrekkingen en naar de onderlinge relaties tussen verschillende rechtsbetrekkingen.[105] De belangrijkste criteria op grond waarvan rechtsbetrekkingen van elkaar kunnen worden onderscheiden houden evenwel verband met het evenwicht binnen de rechtsbetrekking. Het al dan niet aanwezig zijn van een dergelijk evenwicht kan voor de verschillende aspecten van de rechtsbetrekking worden uitgedrukt met behulp van onderscheidende begrippenparen, zoals symmetrie en asymmetrie, eenzijdigheid en wederkerigheid, horizontaliteit en verticaliteit, etc.

De twee meest belangrijke aspecten van de rechtsbetrekking waarop dergelijke onderscheidingen kunnen worden toegepast zijn, ten eerste, de mogelijkheid van de bij de rechtsbetrekking betrokken rechtssubjecten om invloed uit te oefenen op ontstaan, inhoud en beëindiging van de rechtsbetrekking; en ten tweede, de wijze waarop de rechten en plichten binnen de rechtsbetrekking over de bij de rechtsbetrekking betrokken rechtssubjecten zijn verdeeld. Met het eerste aspect wordt in feite de kwestie van de machtsverhoudingen binnen de rechtsbetrekking aangesneden. Hierbij kan nader worden

---

102 Zie Gribnau 1998, p. 119. Zie kritisch over dit vermeend neutrale karakter van het concept van de rechtsbetrekking Teunissen 1995, p. 318-322.
103 Zie § 5.2.2.
104 Van Male 1993, p. 22-23.
105 Achterberg 1982, p. 78-83.

onderscheiden tussen enerzijds de juridische en anderzijds de feitelijke machtsverhoudingen, nu deze niet per definitie met elkaar overeenkomen.[106] Het tweede aspect ziet op de wijze waarop de rechten en verplichtingen die uit de rechtsbetrekking voortvloeien zich tot elkaar verhouden en over de betrokken rechtssubjecten zijn verdeeld. Beide aspecten kunnen weliswaar theoretisch van elkaar worden onderscheiden, zij kunnen niet los van elkaar worden gezien. De machtsverhouding tussen de bij de rechtsbetrekking betrokken rechtssubjecten heeft immers consequenties voor de wijze waarop de rechten en verplichtingen onderling zijn verdeeld, terwijl deze verdeling van rechten en verplichtingen veelal de machtsverhouding binnen de rechtsbetrekking zal weergeven en deze ook mede zal bepalen.

Teneinde onderscheid te kunnen maken tussen verschillende soorten rechtsbetrekkingen en zodoende de rechtsbetrekking te kunnen gebruiken als gemeenschappelijke noemer bij vergelijking van verschillende rechtsfiguren, wordt in de literatuur door diverse auteurs gebruik gemaakt van begrippenparen als eenzijdigheid/wederkerigheid, symmetrie/asymmetrie etc. Hierbij komen de door de verschillende auteurs gemaakte onderscheidingen niet altijd met elkaar overeen doordat zij ofwel een ander aangrijpingspunt kiezen ofwel afwijkende terminologie hanteren.[107] Voor het maken van onderscheid ten aanzien van het eerstbedoelde aspect van de machtsverhoudingen binnen de rechtsbetrekking wordt in het onderstaande in navolging van Gribnau het begrippenpaar symmetrie/asymmetrie gereserveerd. Voor het tweede aspect, het onderscheid tussen rechtsbetrekkingen naar de wijze waarop de rechten en plichten over de betrokken rechtssubjecten zijn verdeeld, wordt gebruik gemaakt van het begrippenpaar eenzijdigheid en wederkerigheid. Het begrippenpaar horizontaliteit/verticaliteit, dat veelal wordt gebruikt ter onderscheiding van privaatrechtelijke en publiekrechtelijke verhoudingen, zal in het vervolg niet worden gebruikt, nu het binnen het onderhavige kader te weinig onderscheidend vermogen bezit. Veelal wordt dit begrippenpaar ook niet zozeer gehanteerd ter aanduiding van specifieke (typen) rechtsbetrekkingen, maar veeleer om een bepaalde ontwikkeling te schetsen ('de horizontalisering van het strafrecht').

106 Zie in gelijke zin Gribnau 1998, p. 125.

107 Zo past Achterberg het onderscheid tussen symmetrie en asymmetrie toe op de vraag of een plicht van het ene rechtssubject al dan niet correspondeert met een recht van het andere rechtssubject, terwijl dit onderscheid bij Gribnau ziet op de machtsverhoudingen tussen de bij de rechtsbetrekking betrokken rechtssubjecten. Zie Achterberg 1982, p. 39-40, p. 61-63 en p. 75-76; en Gribnau 1998, p. 123-126.

5.3.2 De mate van gelijkheid van de betrokken rechtssubjecten

Een eerste onderscheidend criterium bij de categorisering van rechtsbetrekkingen is gelegen in de mate van gelijkheid van de bij de rechtsbetrekking betrokken rechtssubjecten, of anders gezegd, in de machtsverhoudingen binnen de rechtsbetrekking. Rechtssubjecten zijn immers niet altijd in gelijke mate bevoegd of in staat rechtsbetrekkingen aan te gaan of in te vullen. Zo kan het recht rechtssubjecten verschillende bevoegdheden toekennen, waardoor zij juridisch gezien ongelijk zijn. Dit komt met name duidelijk naar voren bij publiekrechtelijke rechtssubjecten, die in het algemeen verstrekkender bevoegdheden hebben dan de burger. Voorts kunnen rechtssubjecten – als gevolg van tal van (maatschappelijke, economische, financiële, intellectuele etc.) factoren – feitelijk ongelijk zijn voor wat betreft hun vermogen rechtsbetrekkingen aan te gaan of daaraan invulling te geven. Het spreekt vanzelf dat de hoedanigheden van de bij een concrete rechtsbetrekking betrokken rechtssubjecten, en hun onderlinge verhouding, van invloed zijn op de wijze waarop deze rechtsbetrekking wordt geconcretiseerd en zich ontwikkelt. Gribnau drukt de mate van gelijkheid tussen de rechtssubjecten binnen een rechtsbetrekking uit met behulp van het begrippenpaar symmetrie en asymmetrie en maakt hierbij onderscheid tussen juridische en feitelijke symmetrie.[108] Hij benadrukt evenwel dat de ongelijkheid tussen rechtssubjecten nooit zo absoluut kan zijn dat er sprake is van een autonoom rechtssubject 'dat rechtens ongenormeerd, volstrekt eenzijdig de actuele inhoud van een rechtsbetrekking zou kunnen bepalen'.[109]

5.3.2.1 Juridische symmetrie en asymmetrie

Met juridische symmetrie doelt Gribnau op de formele gelijkheid van rechtssubjecten in een rechtsbetrekking. De betrokken rechtssubjecten worden aldus voor het recht geacht elkanders gelijke te zijn, hetgeen betekent dat zij rechtens gelijkelijk bevoegd zijn de rechtsbetrekking vorm te geven of nader in te vullen. Indien de betrokken rechtssubjecten daarentegen niet gelijkelijk bevoegd zijn de rechtsbetrekking vorm te geven, is sprake van juridische asymmetrie. Nu rechtssubjecten zichzelf niet eigenhandig bevoegdheden kunnen aanmeten, worden dergelijke juridisch asymmetrische rechtsbetrekkingen altijd door het recht zelf gecreëerd.[110] Als voorbeeld van de juridisch symmetrische rechtsbetrekking noemt Gribnau de contractuele rechtsbetrekking: rechtssubjecten regelen hier in beginsel hun onderlinge rechtsbetrekking naar eigen inzicht, terwijl zij gelijkelijk bevoegd zijn af te zien van het aangaan van een rechtsbetrekking of deze in te vullen op de wijze die hen goeddunkt. Aldus geldt

108 Gribnau 1998, p. 123-126.
109 Gribnau 1998, p. 126. Zie nader § 5.3.3.3.
110 Gribnau 1998, p. 124.

binnen de symmetrische rechtsbetrekking het autonomiebeginsel, op grond waarvan rechtssubjecten vrij zijn om binnen de grenzen die het recht stelt hun onderlinge rechtsbetrekking vorm te geven. De uitoefening van autonomie door de een is daarbij gerelateerd aan de autonomie van het andere rechtssubject. De totstandkoming en invulling van de symmetrische rechtsbetrekking kan daarom nooit eenzijdig worden bepaald en dient altijd op wilsovereenstemming tussen beide rechtssubjecten te berusten.[111]

Dit in tegenstelling tot de juridisch asymmetrische rechtsbetrekking, waarbij geen sprake hoeft te zijn van wilsovereenstemming. Een eenzijdig wilsbesluit van het machtiger rechtssubject is in dat geval voldoende om een rechtsbetrekking te doen ontstaan of nader in te vullen. De asymmetrische rechtsbetrekking wordt aldus gekenmerkt door een principieel scheve verdeling van de rechtsbevoegdheid, hetgeen betekent dat de mogelijkheden tot het beïnvloeden van de inhoud van de rechtsbetrekking ongelijk zijn verdeeld over de betrokken rechtssubjecten. Het voorbeeld bij uitstek van de asymmetrische rechtsbetrekking is volgens Gribnau de publiekrechtelijke rechtsbetrekking tussen bestuur en burger: 'De burger kan zich niet onttrekken aan die rechtsbetrekking en doen of het bestuursoptreden hem niet regardeert. Het bestuur kan immers tegen de wil van de burger in een besluit nemen.'[112] Aldus is wilsovereenstemming tussen bestuur en burger geen voorwaarde voor het tot stand komen van een publiekrechtelijke verplichting aan de kant van de burger. Het legaliteitsbeginsel vormt in dit verband de belangrijkste waarborg tegen onrechtmatige inbreuken op de vrijheid van de burger.[113] Op vergelijkbare gronden dient ook de strafrechtelijke rechtsbetrekking te worden gekenschetst als principieel asymmetrisch: 'Het asymmetrische karakter van die rechtsbetrekking komt met name tot uitdrukking in het feit dat de overheid een burger onvrijwillig het strafproces inloodst.'[114]

De mate van juridische asymmetrie binnen een rechtsbetrekking kan in bepaalde gevallen aanzienlijk zijn. Niettemin mag asymmetrie nooit worden gelijkgesteld met soevereiniteit. Als gevolg van de wijze waarop rechtssubjectiviteit binnen de moderne rechtsstaat wordt opgevat – te weten als een relationeel begrip[115] – zijn rechtssubjecten nooit volstrekt soeverein, ook niet in geval van een asymmetrische rechtsbetrekking. De ongelijkheid van de betrokken rechtssubjecten laat immers onverlet dat hun concrete rechtssubjectiviteit door de rechtsbetrekking wordt bepaald. Dit geldt ook voor het bovengeschikte rechtssubject binnen een asymmetrische rechtsbetrekking; ook hij ontleent zijn rechten en verplichtingen aan de rechtsbetrekking, die hij – met name als gevolg van de gelding van ongeschreven rechtsbeginselen van behoorlijkheid –

111 Gribnau 1998, p. 127.
112 Gribnau 1998, p. 124.
113 Gribnau 1996, p. 109.
114 Cleiren 1992, p. 22.
115 Zie § 5.2.5.

nooit volledig eenzijdig kan bepalen zonder daarbij rekening te houden met zijn wederpartij. De ongelijkheid tussen rechtssubjecten kan daarom nooit zo absoluut zijn dat het bovengeschikte rechtssubject als soeverein kan worden bestempeld.[116]

5.3.2.2 Feitelijke symmetrie en asymmetrie

De formele, juridische mate van gelijkheid tussen rechtssubjecten strookt niet altijd met de mate van feitelijke gelijkheid tussen rechtssubjecten. Naast de juridische symmetrie onderscheidt Gribnau daarom de feitelijke symmetrie (*equality of bargaining power*).[117] De discrepantie tussen de mate van juridische en feitelijke gelijkheid kan zelfs zodanig zijn dat, ondanks een situatie van juridische symmetrie, de feitelijke ongelijkheid tussen rechtssubjecten tot een zeer ongelijke realisatie van op zichzelf gelijke subjectieve rechten leidt. Ongelijkheid in de feitelijke verhouding tussen rechtssubjecten werkt aldus door in de rechtsbetrekking. In de praktijk is een situatie van feitelijke ongelijkheid tussen de bij een rechtsbetrekking betrokken rechtssubjecten eerder regel dan uitzondering; rechtssubjecten zijn immers zelden volstrekt gelijkwaardig aan elkaar. De gelijkwaardigheid van rechtssubjecten, vaak één van de uitgangspunten van het recht, is dan ook niet zelden een juridische fictie. Een situatie van feitelijke asymmetrie kan worden veroorzaakt door de verschillende aard en grootte van de bij de rechtsbetrekking betrokken rechtssubjecten, maar ook door de monopoliepositie van één van de rechtssubjecten als gevolg waarvan het andere rechtssubject praktisch gedwongen wordt juist met dit rechtssubject een rechtsbetrekking aan te gaan en wel onder de door dit rechtssubject bepaalde condities. De feitelijke asymmetrie wordt dan in feite veroorzaakt door de schaarste aan alternatieve rechtssubjecten waarmee een dergelijke rechtsbetrekking kan worden aangegaan. Het spreekt vanzelf dat een situatie van feitelijke asymmetrie ook kan voortvloeien uit het feit dat de onderliggende rechtsbetrekking juridisch asymmetrisch is (vgl. de bestuursrechtelijke en strafrechtelijke rechtsbetrekkingen).

Ondanks het feit dat het recht veelal uitgaat van de juridische fictie van gelijkwaardigheid van rechtssubjecten, erkent het recht dit bestaan van feitelijke asymmetrie wel degelijk. Het voorziet daarom in verschillende waarborgen die een tegenwicht moeten bieden tegen al te vergaande ongelijkheid tussen rechtssubjecten die – gedwongen door het recht of de omstandigheden – tot elkaar zijn veroordeeld om met elkaar een rechtsbetrekking te onderhouden of aan te gaan. Met name in de twintigste eeuw is een ontwikkeling op gang gekomen waarbij het recht zich tot taak heeft gesteld de gevolgen van sociale en maatschappelijke ongelijkheid tot aanvaardbare proporties terug te dringen door specifieke rechtswaarborgen voor sociaal zwakkeren in het leven te

116 Zie Gribnau 1998, p. 109. Zie voor een verdere uitwerking § 5.3.3.3.
117 Zie Gribnau 1998, p. 125-126.

roepen. Als gevolg van dergelijke waarborgen wordt de autonomie van bepaalde rechtssubjecten begrensd, waardoor zij niet meer geheel vrij zijn hun rechtsbetrekkingen naar eigen believen in te richten, maar rekening dienen te houden met de belangen van het andere rechtssubject. Deze 'vermaatschappelijking van het recht' kan in diverse rechtsgebieden – onder meer het sociaal recht en het consumentenrecht – worden aangetroffen.[118]

Het onderscheid tussen juridisch dan wel feitelijk symmetrische en asymmetrische rechtsbetrekkingen in voornoemde zin is daarom niet onbelangrijk. Door te bezien hoe de verhoudingen tussen de rechtssubjecten binnen een rechtsbetrekking liggen, kan worden bekeken of deze verhoudingen aanleiding geven tot een nadere normering van de rechtsbetrekking. Hierbij kan het uitgangspunt zijn dat de mate van asymmetrie een vingerwijzing vormt voor de mate waarin nadere normering van de rechtsbetrekking is geboden. In situaties waarin één van de rechtssubjecten duidelijk meer invloed op de invulling van de rechtsbetrekking heeft dan het andere rechtssubject, ligt het – mits deze ongelijkheid als ongewenst wordt beschouwd – in de rede het zwakkere rechtssubject te beschermen tegen een al te vergaande monopolisering van de rechtsbetrekking door het andere rechtssubject.

5.3.3 De wijze van verdeling van de rechten en plichten binnen de rechtsbetrekking

Het tweede criterium op grond waarvan rechtsbetrekkingen van elkaar kunnen worden onderscheiden heeft betrekking op de rechten en verplichtingen die uit de rechtsbetrekking voortvloeien. Waar het hiervoor besproken onderscheid primair op de rechtssubjecten binnen de rechtsbetrekking zag, heeft dit onderscheid primair betrekking op de inhoud van de rechtsbetrekking. Het onderscheidend criterium in dezen is gelegen in de vraag op welke wijze de rechten en verplichtingen over de betrokken rechtssubjecten zijn verdeeld en op welke wijze deze rechten en verplichtingen zich tot elkaar verhouden. Achterberg duidde dit onderscheid in termen van symmetrie en asymmetrie;[119] nadien is het evenwel meer gebruikelijk geworden dit onderscheid te duiden in termen van eenzijdigheid en wederkerigheid.

---

118 Zie Gribnau 1998, p. 125. Zie uitgebreid over deze vermaatschappelijking van het recht in het algemeen en over de vermaatschappelijking van het privaatrecht, het arbeidsrecht en het bestuursrecht meer in het bijzonder Pessers 1999, p. 201-233. Zie ook § 5.4.2 en § 5.4.3.

119 Achterberg 1982, p. 39-40, p. 61-63 en p. 75-76. Achterberg kiest als onderscheidend criterium de vraag aan welke zijde(n) de rechtsbetrekking plichten neerlegt en in hoeverre deze plichten corresponderen met rechten aan de andere zijde van de rechtsbetrekking. Gribnau stelt dat Achterberg ter duiding van dit onderscheid wellicht beter had kunnen kiezen voor het begrip complementariteit. Zie Gribnau 1993, p. 92, met verwijzing naar Foqué 1992, p. 24.

In het geval van een eenzijdige rechtsbetrekking zijn de rechten en verplichtingen binnen de rechtsbetrekking zodanig verdeeld dat de rechten en bevoegdheden om aan de rechtsbetrekking vorm te geven (vrijwel) eenzijdig bij één van de rechtssubjecten zijn neergelegd, zodat deze vervolgens (vrijwel) eenzijdig de inhoud van de rechtsbetrekking kan bepalen. In het geval van een wederkerige rechtsbetrekking bepalen beide actoren over en weer de onderlinge rechtsbetrekking en de daaruit voortvloeiende rechten en verplichtingen. In het navolgende zal met name worden stilgestaan bij de vraag wat onder het begrip wederkerigheid dient te worden verstaan. Met name aan dit begrip is in zowel de juridische als de sociaal-wetenschappelijke literatuur veel aandacht besteed, met als gevolg dat thans verschillende typen wederkerigheid kunnen worden onderscheiden. Mede hierdoor lijkt het tegenwoordig niet zozeer meer de vraag te zijn of een rechtsbetrekking als eenzijdig dan wel als wederkerig moet worden beschouwd, maar veeleer in welke zin een rechtsbetrekking als wederkerig kan worden gezien.

De karakterisering van een bepaalde rechtsbetrekking als zijnde eenzijdig dan wel wederkerig is onlosmakelijk verbonden met het abstractieniveau waarop en het perspectief van waaruit men de problematiek benadert. Op een wat hoger abstractieniveau kan immers met recht worden volgehouden dat elke rechtsbetrekking een wederkerige is, ook de rechtsbetrekking die op meer concreet juridisch niveau niet anders dan als eenzijdig kan worden gezien. Zo wordt in filosofische, antropologische en sociologische kringen wel gesteld dat alle menselijke verhoudingen, dus ook de rechtsbetrekking, zijn gebaseerd op de notie van wederkerigheid. Voor een goed begrip van de betekenis en de achtergrond van de begrippen eenzijdigheid en wederkerigheid in juridische zin, wordt in het onderstaande eerst nader ingegaan op deze abstractere betekenis van het begrip wederkerigheid en de daarmee verwante, niet specifiek juridische, begrippen mutualiteit en reciprociteit. Vervolgens zal blijken dat ook binnen de juridische context het begrip wederkerigheid meerdere lagen heeft.

5.3.3.1 Drie vormen van wederkerigheid

De betekenis van het begrip wederkerigheid stijgt uit boven de context van het recht en dient daarom niet louter te worden gezien als een juridisch begrip. Integendeel, de meeste studies naar de betekenis en reikwijdte van het begrip wederkerigheid zijn metajuridisch. In filosofische, sociologische en antropologische kringen wordt het principe van wederkerigheid beschouwd als een universeel fenomeen dat aan de basis ligt van al het menselijk handelen en in alle landen, alle culturen en alle tijden kan worden aangetroffen: ‘menselijk

handelen is ruilhandelen'.[120] Deze stelling heeft niet slechts een feitelijke component, maar kan ook worden opgevat als norm voor al het menselijk handelen: menselijke interactie, van welke aard ook, waarbij 'slechts de één geeft en de ander neemt, zal op een gegeven moment aan deze eenzijdigheid ten onder gaan'.[121] Voor al het menselijk handelen geldt daarom het principe van *quid pro quo*.[122]

Wanneer het begrip wederkerigheid in deze zin wordt opgevat – als universeel fenomeen, als dé grondslag van al het menselijk handelen – wordt duidelijk dat het voor wat betreft de juridische context niet alleen is voorbehouden aan het contractenrecht of het privaatrecht in het algemeen, maar dat het zich uitstrekt tot al het menselijk handelen binnen de context van het recht. Wederkerigheid als strikt juridisch begrip – opgevat als het over en weer bestaan van onderling afhankelijke verplichtingen (vgl. artikel 6:261 lid 1 BW) – is in deze zin slechts een specifieke vorm van wederkerigheid *als norm* van menselijk handelen.[123] Hiermee is niet gezegd dat de wederkerigheid als juridisch begrip niet van de wederkerigheid als norm zou verschillen: het belangrijke verschil is gelegen in de bepaaldheid van de verplichtingen. In een wederkerige rechtsbetrekking – zoals de wederkerige overeenkomst – zijn de verplichtingen waaraan de betrokken rechtssubjecten moeten voldoen in meer of mindere mate bepaald of tenminste bepaalbaar, en voorts min of meer direct opeisbaar; in het geval van wederkerigheid als norm is slechts sprake van een vage – maar onmiskenbaar aanwezige – notie dat een bepaalde prestatie van het ene subject vraagt om een directe of toekomstige wederprestatie in welke vorm dan ook van het andere subject. Dit geldt zelfs bij schijnbaar belangeloze sociale interacties waarbij het ene subject een offer ten gunste van het andere subject brengt, zoals in geval van een gift. Ook dergelijke situaties worden bestreken door de notie van wederkerigheid als norm: in een dergelijk geval bestaat de voorziene wederprestatie uit dankbaarheid, de stijging van aanzien of een toekomstige gunst. De motivatie van de schenker om 'om niet' te handelen wordt daarbij steeds mede bepaald door de verwachting dat één of meer van deze wederprestaties uit zijn handelen zal voorvloeien.[124]

---

120 Zie Nieskens-Isphording 1991, p. 79-80, onder verwijzing naar onder meer Aristoteles 1999, VIII. Voor wat betreft de sociologische studies naar het principe van wederkerigheid verwijst zij naar Gouldner 1973 en Simmel 1950. Voor wat betreft de antropologie verwijst zij naar Malinowski 1926 en Mauss 1960, p. 145. Zie ook Pessers die wederkerigheid aanduidt als psychologisch en sociaal structuurbeginsel (Pessers 1999, p. 51).

121 Nieskens-Isphording 1991, p. 81.

122 Zie ook Gouldner: 'Reciprocity is the norm of the 'realistic' world of work. Something for nothing is the ideal of the world beyond work, the world of fantasy and imagination. Something for nothing is the surrealism of the world of art.' Zie Gouldner 1973, p. 268.

123 Nieskens-Isphording 1991, p. 83.

124 Nieskens-Isphording 1991, p. 82-83. Ook bij altruïsme in de zin van 'belangeloos geven' gaat het derhalve om een vorm van wederkerigheid. Dit altruïstisch handelen komt volgens Pessers voort uit moreel plichtsbewustzijn. Zie Pessers 1999, p. 45, alsmede Pessers 2000,

De vraag kan vervolgens worden gesteld of en in hoeverre de wederkerigheid als norm voor menselijke interactie ook opgeld doet in de privaatrechtelijke en publiekrechtelijke verhoudingen tussen rechtspersoon en natuurlijk persoon. Waar rechtsbetrekkingen tussen natuurlijke personen onderling altijd mede een sociale betrekking tussen mensen van vlees en bloed inhouden en zodoende altijd mede worden beheerst door de notie van wederkerigheid als norm voor menselijke interactie, bestaat de rechtsbetrekking tussen rechtspersoon en natuurlijke persoon louter als rechtsbetrekking. Het feit dat deze rechtsbetrekking wordt 'uitgevoerd' door mensen van vlees en bloed doet hieraan niet af. De wederkerigheid als norm – die betrekking heeft op menselijke interactie – lijkt dan ook niet als vanzelf betrekking te hebben op de louter voor het recht bestaande verhouding tussen rechtspersoon en natuurlijk persoon. Nu deze verhouding door het recht zelf is gecreëerd en slechts aan het recht zijn bestaansrecht ontleent, kan deze relatie niet aan normen beantwoorden die buiten het recht om gelden, zoals de wederkerigheid als norm van menselijke interactie. Niettemin wordt aangenomen dat ook de verhoudingen tussen rechtspersonen en natuurlijke personen tot op zekere hoogte als wederkerig kunnen worden gekenschetst, ook wanneer geen sprake is van wederkerigheid in de strikt juridische zin van onderling afhankelijke, vastomlijnde verplichtingen. Uit het concept van de rechtsbetrekking zelf – op te vatten als een relationeel begrip[125] – kan immers worden afgeleid dat rechtssubjecten die tot elkaar in rechtsbetrekking staan tot op zekere hoogte zijn gehouden over en weer rekening te houden met elkanders belangen en positie.[126] Aldus is sprake van wederkerigheid als verbod op zuivere behartiging van het eigenbelang. Deze vorm van wederkerigheid – die begripsmatig tussen de wederkerigheid als norm van menselijk handelen en de wederkerigheid in strikt juridische zin moet worden geplaatst – kan worden beschouwd als de imperatief dat de wederkerigheid als norm van menselijk handelen ook heeft te gelden binnen verhoudingen waarin deze niet als vanzelf geldt omdat zij slechts voor het recht bestaan. Nu deze vorm van wederkerigheid evenwel uit het concept van de rechtsbetrekking zelf voortvloeit, los van de vraag of hierbij al dan niet een rechtspersoon is betrokken, geldt deze vorm van wederkerigheid als imperatief ook voor rechtsbetrekkingen tussen louter natuurlijke personen. Zij dienen derhalve niet alleen de notie van wederkerigheid als norm voor menselijke interactie in acht te nemen, maar ook – nu zij niet enkel in een sociale betrekking, maar ook in een rechtsbetrekking tot elkaar staan – de notie van wederkerigheid als imperatief, althans indien en voor zover zij in het kader van de rechtsbetrekking handelen. Begripsmatig kunnen aldus drie vormen van wederkerigheid worden onderscheiden:

---

p. 107-108. Ook volgens Mauss kan er geen sprake zijn van zuivere giften: 'a gift is received with a burden attached'. Zie Salet 1994, p. 37 met verwijzing naar Mauss 1954, p. 41.

125 Zie § 5.2.5.

126 Zie voor een nadere uitwerking § 5.3.3.3.

1 Wederkerigheid als norm van menselijk handelen: wederkerigheid als fundamenteel uitgangspunt van alle vormen van menselijke interactie;
2 Wederkerigheid als imperatief: wederkerigheid als verplichting tussen rechtssubjecten die met elkaar in rechtsbetrekking staan;
3 Wederkerigheid als afspraak: wederkerigheid in de strikt juridische zin van onderling van elkaar afhankelijke verplichtingen als gevolg van een afspraak tussen rechtssubjecten.

Het zal duidelijk zijn dat deze drie vormen van wederkerigheid weliswaar begripsmatig van elkaar zijn te onderscheiden, maar niet altijd los van elkaar kunnen worden gezien doordat een concrete rechtsbetrekking meerdere vormen van wederkerigheid in zich kan verenigen. Zo worden zuiver sociale verhoudingen slechts door de eerste vorm van wederkerigheid bestreken, terwijl rechtsbetrekkingen tussen een natuurlijke persoon en een rechtspersoon slechts door de tweede vorm van wederkerigheid wordt bestreken, althans indien en voor zover zij niet ook op wederkerigheid in juridische zin zijn gebaseerd. In dat laatste geval geldt immers voorts de wederkerigheid als afspraak (bijvoorbeeld in geval van een publiekrechtelijke overeenkomst).[127] De in juridische zin wederkerige rechtsbetrekking tussen natuurlijke personen beantwoordt daarentegen niet alleen aan de eerste en de derde vorm van wederkerigheid, maar ook aan de tweede, nu deze verhouding zowel een sociale betrekking als een rechtsbetrekking is.

5.3.3.2 Mutualiteit en reciprociteit

Het gemaakte onderscheid tussen de drie vormen van wederkerigheid kan nader worden verklaard en verder worden verdiept aan de hand van het werk van Pessers en Salet. Pessers onderscheidt in haar dissertatie tussen wederkerigheid als mutualiteit en wederkerigheid als reciprociteit,[128] terwijl Salet in zijn dissertatie onderscheid aanbrengt tussen sociaal-economische ruilreciprociteit en morele, normatieve reciprociteit, welke hij beide ziet als *specialis* van het algemene concept van reciprociteit, waaronder hij in algemene zin verstaat 'wederkerige betrokkenheid van verantwoordelijke subjecten'.[129] De eerste vorm van reciprociteit ziet op economische en sociale ruilprocessen van objecten, terwijl de tweede vorm ziet op morele verplichtingen op het grensvlak van sociologie en recht. Deze vorm van reciprociteit heeft derhalve betrekking op gedragsregels die richting geven aan de betrekkingen tussen subjecten.[130] Nu dit onderscheid van Salet tussen beide vormen van reciprociteit voor een belangrijk deel samenvalt met het onderscheid tussen wederkerigheid als

127 Zie § 7.3.
128 Pessers 1999.
129 Salet 1994, p. 35.
130 Salet 1994, p. 35-45.

mutualiteit en wederkerigheid als reciprociteit zoals Pessers dat maakt;[131] zal het onderstaande zich beperken tot het door Pessers gemaakte onderscheid.

In dit onderscheid van Pessers moet mutualiteit worden opgevat als een onvolkomen vorm van reciprociteit. Mutualiteit wordt door haar opgevat als een beperkte *do ut des*-moraal (*quid pro quo*). De verhouding tussen subjecten wordt beheerst door achterdocht. Subjecten binden zich niet méér en niet langer aan elkaar dan de behartiging van het wederzijds belang vereist. Over en weer worden slechts strikt bepaalde prestaties uitgewisseld. Kort gezegd, mutualiteit duidt op het tegelijk, aan weerskanten oversteken.[132] Binnen de juridische context sluit het begrip mutualiteit het meest aan bij het begrip ruilrechtvaardigheid zoals Aristoteles dat onderscheidt.[133] Bij deze vorm van rechtvaardigheid vormt wederkerigheid het sleutelwoord; in de ogen van Aristoteles is het deze wederkerigheid die de mensen bijeenhoudt. Deze ruilrechtvaardigheid is louter een economisch bepaalde rechtvaardigheid die geen aspecten van de morele deugd bevat.[134] In zoverre kunnen de begrippen ruilrechtvaardigheid en mutualiteit worden gelijkgesteld met de sociaal-economische ruilreciprociteit zoals Salet die onderscheidt.[135]

Deze vorm van wederkerigheid strookt evenwel slechts ten dele met de werkelijkheid: in de praktijk worden plichten ook nagekomen zonder dat er direct aanwijsbare rechthebbenden zijn. Er wordt dan gehandeld zonder een tegenprestatie of het vooruitzicht van een eventueel toekomstige tegenprestatie. Deze vorm van wederkerigheid duidt Pessers aan als reciprociteit. Reciprociteit is de moraal van duurzame vertrouwensrelaties en ziet daarmee op persoonlijke verhoudingen.[136] Over en weer worden al naar gelang behoefte onbepaalde prestaties geleverd. Subjecten wisselen elkaar af als debiteur en crediteur, zonder hun verhouding ooit als zodanig te benoemen. Er wordt niet gepresteerd op grond van de *do ut des*-moraal, maar op grond van de morele regel *do quia mihi datum est*. De basis van de plicht tot geven is gelegen

131 Zie ook Cleiren 2003, p. 59.

132 Pessers 1999, p. 45.

133 Zie Aristoteles 1999, V.8. Aristoteles maakt onderscheid tussen distributieve (verdelende) en corrigerende (vereffenende) rechtvaardigheid. Daarbij ziet de verdelende rechtvaardigheid op de vraag hoe de lusten en lasten binnen een bepaalde gemeenschap op een rechtvaardige wijze moeten worden verdeeld, terwijl de vereffenende rechtvaardigheid op de vraag ziet hoe, gegeven die verdeling, een verstoring daarvan moet worden hersteld. Daarnaast onderscheidt Aristoteles ruilrechtvaardigheid, die als een zelfstandige, derde vorm van rechtvaardigheid kan worden gezien, maar ook als een nadere uitwerking van de vereffenende rechtvaardigheid. In die optiek ziet deze vorm van rechtvaardigheid niet alleen op situaties waarin het evenwicht tussen subjecten onvrijwillig is verstoord (diefstal, roof, etc.), maar ook op situaties waarin het evenwicht vrijwillig is verstoord (koop, ruil, etc.). Zie nader over de onderscheidingen zoals Aristoteles die maakt Nieuwenhuis 1979, p. 55-61, alsmede Hol 1993, p. 27-31.

134 Cleiren 2003, p. 60.

135 Salet 1994, p. 35-38.

136 Cleiren 2003, p. 60.

in de giftethiek: ik geef omdat aan mij is gegeven.[137] In geval van reciprociteit hebben rechten en plichten dan ook geen direct verband met elkaar, zoals dat wel het geval is bij mutualiteit. 'Er wordt meer gedaan dan waartoe men juridisch verplicht is, en er wordt meer verwacht dan waartoe men juridisch gerechtigd is.'[138] Er is aldus sprake van een surplus aan plichtsbesef dat Pessers aanduidt als moreel plichtsbesef. Dit moreel plichtsbesef is juridisch wel degelijk relevant: het bestaan van morele, onbepaalde plichten wordt door het recht immers erkend in het bestaan van zorgplichten en leerstukken als redelijkheid en billijkheid, goede trouw, algemene beginselen van behoorlijk bestuur en beginselen van een behoorlijke strafrechtspleging. Deze acceptatie van ongeschreven rechtsplichten door het recht heeft volgens Pessers de wederkerigheid als reciprociteit binnen de sfeer van het recht gebracht.[139] Binnen het genoemde onderscheid van Aristoteles tussen verdelende, vereffenende en ruilrechtvaardigheid sluit de reciprociteit zoals Pessers die ziet het meest aan bij de vereffenende rechtvaardigheid.[140] Deze vorm van rechtvaardigheid – dat ziet op het herstel van een verbroken evenwicht en aldus betrekking heeft op de directe relatie tussen twee of meer rechtssubjecten – veronderstelt een zekere situatie van onrecht die dient te worden gecorrigeerd. Hiermee doet de vereffenende rechtvaardigheid een zeker moreel appel op het subject dat het evenwicht dient te herstellen. Ook de gelijkenis met de reciprociteit als morele verplichting zoals Salet die onderscheidt dringt zich in dit kader op.[141]

Naast het onderscheid tussen mutualiteit en reciprociteit maakt Pessers onderscheid tussen affectieve, sociale en rationele wederkerigheid, waarbij affectieve wederkerigheid de grondslag vormt voor de verhoudingen binnen de institutie van het gezin en sociale wederkerigheid eenzelfde functie vervult binnen kleine, homogene gemeenschappen als school, kerk, buurt en werk. Binnen het grotere, pluriforme verband van de maatschappij – waarin geen gemeenschappelijk betekenis- en interpretatiesysteem (symbolische orde) meer bestaat – vervult het recht de functie van symbolische orde die het mogelijk maakt wederkerigheid ook de grondslag van het menselijk handelen binnen dit grotere verband te laten vormen.[142] Deze vorm van wederkerigheid noemt

137 Pessers 1999, p. 46 die zich hierbij baseert op de giftethiek van Ricoeur. Zie Ricoeur 1995.
138 Pessers 1999, p. 46.
139 Pessers 1999, p. 50. Zie voor de vraag waarin de bron van dit moreel plichtsbesef is gelegen Pessers 1999, p. 46-50.
140 Cleiren 2003, p. 61. Zie nader over de vereffenende rechtvaardigheid Hol 1993, p. 27-31.
141 Salet 1994, p. 39-42.
142 Pessers 1999, p. 20-22, alsmede p. 194-197. Zie ook Pessers 2000, p. 106-110. Zie voorts Cleiren 2003, p. 61, waar zij de symbolische orde van het recht omschrijft als de ruimte van het recht bestaande uit 'een geheel van waarden, normen, procedures, begrippen en beginselen die een gemeenschappelijk referentiekader en een gemeenschappelijke taal opleveren'.

Pessers de rationele wederkerigheid: 'Het recht blijkt bij uitstek zo'n instantie te zijn die tussen vreemden kan bemiddelen. De affectieve en sociale wederkerigheid wordt getransformeerd in een rationele, formele wederkerigheid waarbij vreemden elkaar als medelid van de rechtsgemeenschap erkennen.'[143]

De vraag is nu welke wederkerigheidsmoraal – mutualiteit of reciprociteit – deze verschillende sferen van wederkerigheid kennen. Op het eerste gezicht lijkt wederkerigheid als reciprociteit te zijn voorbehouden aan de affectieve wederkerigheid binnen de institutie van het gezin en – zij het in mindere mate – de sociale wederkerigheid binnen de homogene gemeenschap, terwijl de rationele wederkerigheid wordt gekenmerkt door wederkerigheid als mutualiteit. Anders gezegd, het recht zou slechts een smalle mutualiteitsmoraal en niet een brede reciprociteitsmoraal behelzen.[144] Dit is in beginsel juist, nu mensen elkaar binnen het kader van de rationele wederkerigheid slechts als rechtssubject hoeven te erkennen en zodoende slechts strikt bepaalde rechten en plichten jegens elkaar hebben. Wanneer deze erkenning als rechtssubject evenwel stelselmatig gebeurt, kan ook tussen vreemden binnen een pluriforme gemeenschap een duurzaam vertrouwen ontstaan dat op den duur kan leiden tot een brede reciprociteitsmoraal. 'In dat geval wordt een rechtsgemeenschap een solidaire gemeenschap waarin ook jegens vreemden onbepaalde plichten worden nagekomen in het vertrouwen dat er op termijn zal worden verevend.'[145] Daarbij komt dat de rationele wederkerigheid een principieel karakter heeft dat voortkomt uit het feit dat het recht een zekere innerlijke morele lading heeft. Deze morele lading is gelegen in het feit dat het recht elk mens erkent als rechtssubject.

> 'Omdat daarbij tevens een natuurrechtelijke vrijheid en gelijkheid tussen de rechtssubjecten wordt gepostuleerd, maakt het recht in beginsel een rationele wederkerigheid mogelijk op een hoger moreel niveau dan dat van de sociale wederkerigheid. Mensen worden immers niet meer op grond van familiale en sociale identificatie in het wederkerigheidssysteem ingesloten – en uitgesloten waar deze identificatie ontbreekt – maar allen worden ingesloten op de rationele grond van de gemeenschappelijke en gelijke rechtssubjectiviteit. In deze principiële opname van elk individu in de rechtsgemeenschap liggen de morele radicaliteit en solidariteit van het postconventionele recht besloten.'[146]

Uitgaande van dit principiële karakter en de voornoemde potentiële morele kracht van het recht kent het recht dus wel degelijk de bredere moraal van reciprociteit. Pessers brengt deze potentie van reciprociteit in verband met het eerdergenoemde proces van 'vermaatschappelijking van het recht', als gevolg waarvan de smalle, mutuele moraal van het recht zich heeft ontwikkeld

143 Pessers 1999, p. 51.
144 Pessers 1999, p. 199.
145 Pessers 1999, p. 200.
146 Pessers 1999, p. 195.

tot een bredere, reciproque moraal.[147] Cleiren meent zelfs dat beide vormen van wederkerigheid – zowel mutualiteit als reciprociteit – een plaats binnen het recht *behoren* te hebben.[148] Dit alles neemt niet weg dat de rationele wederkerigheid in vergaande mate dient te worden gezien als mutualiteit. Reciprociteit – zoals die te vinden is binnen het kader van de affectieve en de sociale wederkerigheid – kan nu eenmaal niet steeds volledig worden geïncorporeerd in de rationele wederkerigheid van het recht; er is altijd sprake van een zekere 'morele reductie'.[149] Hiermee ontstaat een zekere discrepantie tussen de formele, rationele wederkerigheid van het recht en de morele, normatieve reciprociteit. Het feit dat een zekere morele verplichting niet wordt vertaald in een juridische verplichting binnen de symbolische orde van het recht, ontdoet deze verplichting immers niet van haar morele geldigheid.[150]

Resteert de vraag hoe de verhouding tussen overheid en burger moet worden geduid in termen van mutualiteit en reciprociteit. De verhouding tussen overheid en burger is per definitie een door het recht geconstrueerde verhouding, die daarmee binnen de sfeer van de rationele wederkerigheid ligt. Deze rationele wederkerigheid moet over het algemeen worden gezien als mutualiteit. Niettemin zijn verhoudingen die beantwoorden aan de reciprociteitsmoraal binnen het kader van de rationele wederkerigheid niet uitgesloten, zoals hierboven is aangetoond. Het zal evenwel duidelijk zijn dat werkelijk reciproque relaties tussen overheid en burger niet bepaald voor de hand liggen; doorgaans moeten deze relaties dan ook worden gekenschetst als mutueel.[151] Niettemin kan de eerdergenoemde en in het navolgende verder uit te werken verplichting om binnen de context van de rechtsbetrekking, ook wanneer het gaat om een rechtsbetrekking tussen de overheid en de burger, over en weer rekening te houden met elkanders belangen en positie, tot op zekere hoogte worden gezien als een uitwerking van de reciprociteitsmoraal.

5.3.3.3 Het alternatief: correlativiteit

Hoewel het denken in termen van eenzijdigheid en wederkerigheid – en varianten daarop als reciprociteit en mutualiteit – breed ingang heeft gevonden, maakt Gribnau bezwaar tegen het duiden van rechtsbetrekkingen in dergelijke

147 Pessers 1999, p. 199-201, alsmede Pessers 2000, p. 110. Zie ook § 5.3.2.2, § 5.4.2 en § 5.4.3.
148 Cleiren 2003, p. 62.
149 Pessers 1999, p. 51. Volgens Cleiren is zeker bij het strafrecht de mate van morele reductie vrij groot. Zie Cleiren 2003, p. 64-66.
150 Cleiren schetst een duidelijk voorbeeld van deze discrepantie aan de hand van de positie van het slachtoffer binnen het strafrecht. Zie Cleiren 2003, p. 64-66.
151 Vgl. Cleiren 2003, p. 60, waar zij stelt dat wederkerigheid in de zin van reciprociteit ziet op *persoonlijke* verhoudingen. Dit lijkt niet te gelden voor de reciprociteit als morele verplichting, zoals Salet die onderscheidt; de morele verplichting is volgens Salet niet voorbehouden aan personen of groepen personen, maar kunnen ook bestaan jegens of tussen organisaties en over en weer tussen burgers en de staat. Zie Salet 1994, p. 41.

termen.[152] De term wederkerigheid zou gelijkheid van de betrokken rechtssubjecten impliceren, met als gevolg dat de wederkerige rechtsbetrekking identiek zou zijn aan de symmetrische rechtsbetrekking zoals die in het voorgaande is besproken. De term wederkerigheid zou daarmee een sterk privaatrechtelijke connotatie hebben. Voorts, en in het verlengde hiervan, zou wederkerigheid kunnen worden opgevat als de uitdrukking van een streven naar het opheffen van ongelijkheid, als ongelijkheidscompensatie van ongelijke rechtssubjecten. Tot slot zou het begrip wederkerigheid een (te) morele of moraliserende betekenis hebben. Er zou te zeer een 'ethisch appel' van uitgaan om het belang van de ander boven het eigen belang te stellen, terwijl het recht juist een zekere ruimte garandeert waarbinnen een rechtssubject het eigen belang mag laten prevaleren boven dat van een ander.[153]

Gribnau opteert daarom voor gebruik van de meer neutrale term 'correlativiteit' in plaats van wederkerigheid of reciprociteit. Onder dit begrip verstaat hij 'de intrinsieke samenhang en wisselwerking van rechten van een rechtssubject jegens een ander rechtssubject met verplichtingen van datzelfde rechtssubject jegens de wederpartij'.[154] In de optiek van Gribnau staan tegenover rechten en verplichtingen van het ene rechtssubject per definitie rechten en verplichtingen van het andere rechtssubject. Zo correleert met een bepaald recht of een bepaalde bevoegdheid altijd de plicht tot behoorlijke gebruikmaking daarvan.[155] Er is derhalve altijd sprake van een zekere algemene zorgplicht van de betrokken rechtssubjecten over en weer. Hierbij hangen de aard en de omvang van de concrete plichten die uit deze algemene zorgplicht voortvloeien, af van de aard van de rechtsbetrekking en de daarop van toepassing zijnde normen. De term correlativiteit impliceert uitdrukkelijk niet dat de wederzijds bestaande verplichtingen per definitie dezelfde omvang hebben. Het stelt slechts dat subjecten over en weer rekening met de belangen van de ander moeten houden; de mate waarin dit gebeurt kan wel degelijk verschillen. Zo is de omvang van deze rechten en plichten mede afhankelijk van de hoedanigheid van de betrokken rechtssubjecten. Hierbij geldt als algemene regel dat de ongeschreven plichten van – juridisch of feitelijk – minder machtige rechtssubjecten veelal minder vergaand zullen zijn dan de verplichtingen van machtiger rechtssubjecten. De mate van asymmetrie in een concrete rechtsbetrekking is daarom van invloed op de omvang van de wederzijdse

152 Gribnau 1996, p. 112-113 en Gribnau 1998, p. 131-134.

153 Zie ook Gribnau 1993, p. 88, waar hij verwijst naar Hol 1993, p. 163: 'Het eigen belang mag binnen het recht in vele gevallen prevaleren boven de belangen van anderen, ook al is het van relatief geringer gewicht'. Zie voor wat betreft het contractenrecht ook Nieuwenhuis 2009.

154 Gribnau 1998, p. 130.

155 Vgl. het onderscheid tussen het gedragsaspect en het geldingsaspect van bevoegdheidsverlenende normen zoals Cleiren dat maakt. Zie Cleiren 1989, p. 47; zie meer uitgebreid § 6.2.10.

rechten en plichten.[156] Dit neemt niet weg dat ook in een volstrekt asymmetrische rechtsbetrekking ten principale voor beide rechtssubjecten concrete verplichtingen kunnen voortvloeien uit de algemene zorgplicht die zij jegens elkander hebben. Daarom kunnen ook voor het onderliggende rechtssubject verplichtingen worden afgeleid uit ongeschreven rechtsnormen, zij het dat deze mogelijkheid ingevolge het legaliteitsbeginsel aan strikte grenzen is gebonden.[157]

Gribnau ziet het concept van correlativiteit als een nadere bepaling van het concept van asymmetrie. De asymmetrie van een rechtsbetrekking is in zijn visie nooit dermate absoluut dat sprake zou zijn van een autonoom rechtssubject zonder plichten jegens de andere rechtssubjecten binnen de rechtsbetrekking. Het concept correlativiteit brengt dan ook tot uitdrukking dat ook het machtiger rechtssubject in een asymmetrische rechtsbetrekking te allen tijde aan het recht is gebonden. De conceptuele winst van het begrip correlatieve asymmetrische rechtsbetrekking is volgens Gribnau daarom gelegen in 'het zichtbaar maken van de wezenlijke ongelijkheid en de desalniettemin – even wezenlijke – aanwezige verplichting rekening te houden met elkanders belangen'.[158] Het feit dat Gribnau het concept correlativiteit rechtstreeks verbindt met de asymmetrische rechtsbetrekking betekent evenwel niet dat de norm dat rechtssubjecten binnen een rechtsbetrekking over en weer met elkanders belangen rekening dienen te houden geen opgeld zou doen in geval van symmetrische rechtsbetrekkingen; in dat geval acht Gribnau de correlativiteit evenwel eenvoudigweg inherent aan de symmetrie en behoeft deze geen explicitering. Uitgaande van de scheiding zoals die in het voorgaande is gemaakt tussen enerzijds de vraag naar de gelijkheid van de bij de rechtsbetrekking betrokken rechtssubjecten (symmetrie en asymmetrie) en anderzijds de vraag naar de wijze waarop de rechten en plichten binnen de rechtsbetrekking zijn verdeeld (eenzijdigheid en wederkerigheid), verdient het evenwel de voorkeur de werking van de notie van correlativiteit ook voor de symmetrische rechtsbetrekking te expliciteren. Dit klemt temeer omdat de notie van correlativiteit kan worden geacht voort te vloeien uit het concept van de rechtsbetrekking zelf en meer in het bijzonder uit het relationele karakter daarvan,[159] en niet zozeer uit het asymmetrische karakter van bepaalde typen rechtsbetrekkingen. Het feit dat de notie van correlativiteit juist goede dienst kan bewijzen binnen rechtsbetrekkingen die door asymmetrie worden gekenmerkt, doet daaraan niet af.

156 Gribnau 1998, p. 130-131. Volgens Gribnau past dit in de 'subjectiveringstendens', hetgeen wil zeggen dat de omvang van rechten en plichten die uit de toepassing van algemene normen voortvloeien mede afhankelijk is van de hoedanigheid van partijen.

157 Gribnau 1998, p. 129-130.

158 Gribnau 1998, p. 134. Zie voor dezelfde redenering Gribnau 1996, p. 111.

159 Zie § 5.2.5.

Inhoudelijk verschilt het concept van de correlativiteit niet of nauwelijks van de in het voorgaande besproken notie van wederkerigheid als imperatief.[160] Ook hieruit volgt immers dat rechtssubjecten te allen tijde over en weer rekening met elkanders belangen dienen te houden en dat zij in zoverre onbepaalde plichten jegens elkaar hebben. Ook sluit het concept van correlativiteit goed aan bij de reciprociteitsmoraal zoals die door Pessers wordt opgevat. Hoewel de bezwaren die Gribnau tegen het gebruik van het begrip wederkerigheid aanvoert, niet alle even overtuigend zijn of zonder meer worden weggenomen door het begrip wederkerigheid te vervangen door het begrip correlativiteit,[161] zal in het navolgende niettemin gebruik worden gemaakt van de door hem daarvoor in de plaats gestelde notie van correlativiteit. Deze wordt daarbij opgevat als synoniem voor hetgeen eerder is aangeduid als wederkerigheid als imperatief: de verplichting van rechtssubjecten binnen een rechtsbetrekking om over en weer rekening met elkanders positie en belangen te houden. Deze notie van correlativiteit kan met name een nuttige rol vervullen binnen rechtsbetrekkingen die door asymmetrie worden gekenmerkt, omdat daarmee helder tot uitdrukking kan worden gebracht dat het machtiger rechtssubject binnen de rechtsbetrekking tot op zekere hoogte een verantwoordelijkheid heeft ten opzichte van het zwakkere rechtssubject binnen de rechtsbetrekking. Dit neemt niet weg dat deze notie ook onverkort geldt binnen rechtsbetrekkingen die goeddeels symmetrisch zijn.

5.4 De klassieke rechtsdomeinen in termen van de rechtsbetrekking

5.4.1 Inleiding

De oorsprong van het concept van de rechtsbetrekking is gelegen in het civiele recht,[162] hoewel in de wat oudere rechtstheoretische werken ook de publiekrechtelijke verhoudingen in termen van rechtsbetrekkingen werden beschreven. Pas in de late jaren tachtig van de vorige eeuw begon de rechtsbetrekking een wezenlijke rol van betekenis te spelen binnen het publiekrecht. In het bestuursrecht gebeurde dit vrij nadrukkelijk doordat de wetgever in de memorie van toelichting bij de eerste tranche van de Algemene wet bestuursrecht te kennen gaf de verhouding tussen overheid en burger als een wederkerige rechtsbetrek-

160 Zie § 5.3.3.1.

161 Zo is de term correlativiteit weliswaar neutraal, maar de inhoud die daaraan door Gribnau wordt gegeven is wel degelijk tot op zekere hoogte moreel geladen. Ook Gribnau drukt zich immers uit in termen van 'zorgplicht' en 'de verplichting tot het rekening houden met de belangen van de wederpartij'. De morele of ethische lading die Gribnau aan de term wederkerigheid toedicht, ligt dan ook eveneens in de notie van correlativiteit besloten.

162 Zie Hirsch Ballin 1989, p. 1; Van Male 1993, p. 1-2 en Beurskens 1995, p. 23 en 27.

king te zien.[163] Deze zienswijze kreeg vervolgens vrij veel navolging in de bestuursrechtelijke literatuur. Ook binnen het strafrecht heeft het denken in termen van de rechtsbetrekking inmiddels ingang gekregen. In het onderstaande wordt deze ontwikkeling nader toegelicht door apart aandacht te besteden aan de rol van de rechtsbetrekking in de drie klassieke rechtsdomeinen.

5.4.2 De rechtsbetrekking in het privaatrecht

Het denken in termen van rechtsbetrekkingen binnen het privaatrecht is begonnen bij Savigny[164] en is in de twintigste eeuw voortgezet in het werk van Suijling en Eggens. De rechtsbetrekking heeft binnen de privaatrechtelijke dogmatiek van de twintigste eeuw evenwel nooit breed ingang gevonden als wezenlijk alternatief voor de leidende privaatrechtelijke begrippen rechtshandeling, verbintenis en overeenkomst. Slechts Van Erp heeft in zijn dissertatie 'Contract als rechtsbetrekking' uit 1990 het concept van de rechtsbetrekking expliciet als uitgangspunt genomen voor zijn rechtsvergelijkende studie naar het 'klassieke' contractsbegrip.[165]

Volgens Suijling ziet de term 'rechtsbetrekking' op een geïndividualiseerde betrekking, een relatie tussen een of meer bepaalde personen of tussen een bepaald persoon en een bepaald object. De term rechtsbetrekking is volgens hem een verzamelnaam ter aanduiding van een samenhang van geïndividualiseerde rechtsgevolgen die een zeker feit of een zekere toestand (geboorte, overlijden, overeenkomst, onrechtmatige daad, etc.) ten aanzien van een zeker persoon in het leven roept. Hierbij beschouwt Suijling het begrip verbintenis als een specifieke rechtsbetrekking. Nu de rechtsgevolgen die voortvloeien uit een zeker feit of een zekere juridische toestand afhankelijk zijn van de specifieke situatie, zou het niet goed mogelijk zijn daarvoor algemene beginselen op te stellen. Het begrip rechtsbetrekking heeft daarom voor de praktijk van het recht nauwelijks waarde, aldus Suijling.[166] Eggens bouwde in vergelijkbare zin voort op de visie van Suijling. Hij zag de overeenkomst als een 'uit wederkeerige rechtshandeling geboren rechtsbetrekking', waarmee hij een duidelijk onderscheid maakt tussen rechtshandeling en rechtsbetrekking.[167] Deze benadering bleef niet zonder kritiek. Volgens Van der Grinten zou deze scheiding tussen rechtsbetrekking en rechtshandeling in strijd zijn met het

163 Zie *Kamerstukken II* 1988/89, 21 221, nr. 3, p. 11-13.
164 Zie Gribnau 1998, p. 112-113. Gribnau baseert zich op Savigny 1840. Zie nader § 5.2.2.
165 Van Erp 1990.
166 Zie Suijling 1927, p. 58. De opvatting die Suijling van de rechtsbetrekking heeft, verschilt aldus duidelijk van die van Achterberg, zoals die in het voorgaande is besproken, en niet alleen voor wat betreft het belang dat beide aan het concept van de rechtsbetrekking toekennen. Zie § 5.2.4.
167 Zie Land 1933, p. 16.

systeem van het burgerlijk recht; op grond van dit systeem zou de overeenkomst zelf als rechtsbetrekking kunnen worden aangemerkt.[168] Zo niet dus volgens Suijling en Eggens; in hun opvatting vormt de rechtsbetrekking juist het uitvloeisel van de tussen partijen gesloten overeenkomst. Binnen het kader van het verbintenissenrecht wordt de term rechtsbetrekking door hen dan ook gebruikt als equivalent voor de term verbintenis. In navolging van Suijling en Eggens wordt ook in de meer moderne verbintenisrechtelijke literatuur de term rechtsbetrekking veelal als synoniem van de term verbintenis gebruikt.[169] Aldus wordt de verbintenis gezien als een species van de idee van de rechtsbetrekking, naast andere verschijningsvormen zoals de goederenrechtelijke betrekking van de eigendom. Nu de privaatrechtelijke dogmatiek evenwel grotendeels is opgebouwd aan de hand van deze species, zijn algemene privaatrechtelijke beschouwingen over het concept van de rechtsbetrekking schaars.[170]

Van Erp kiest in zijn rechtsbetrekkingenmodel een andere invalshoek dan tot dan toe gebruikelijk door zich af te vragen in hoeverre het noodzakelijk is de verbintenis te zien als rechtsbetrekking. Van Erp gaat veeleer uit van een meer dynamische opvatting van het begrip rechtsbetrekking: een voortdurend aan verandering onderhevige verhouding tussen rechtssubjecten, waarin de overeenkomst (slechts) een gebeurtenis is.[171] Van Erp plaatst aldus de rechtsbetrekking en niet de overeenkomst of de daaruit voortvloeiende verbintenis(sen) voorop. De overeenkomst is weliswaar een niet te verwaarlozen gebeurtenis in de zich voortdurend ontwikkelende rechtsbetrekking, die van grote invloed is op de verplichtingen die uit de rechtsbetrekking voortvloeien, maar door de rechtsbetrekking voorop te plaatsen ontstaat minder snel de indruk dat 'alleen een overeenkomst de uitdrukking kan zijn van maximale intensiteit van de verhouding tussen partijen', aldus Van Erp.[172] Juist door de rechtsbetrekking voorop te stellen wordt bij voorbaat duidelijk dat naast de overeenkomst nog andere – wellicht even belangrijke – bronnen van verplichtingen ('gehoudenheden'[173]) tussen rechtssubjecten kunnen be-

168 Zie Van der Grinten 1946, p. 84.

169 Zie bijvoorbeeld Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-I* 2008, nr. 6, waar het begrip verbintenis wordt omschreven als 'een vermogensrechtelijke betrekking tussen twee of meer personen, krachtens welke de een jegens de ander tot een prestatie gerechtigd is en deze jegens gene tot die prestatie verplicht is'.

170 Zie Van Erp 1990, p. 288-289.

171 Van Erp 1990, p. 290.

172 Van Erp 1990, p. 290-291. Van Erp baseert zich hierbij onder meer op Hirsch Ballin die voor het publiekrecht in vergelijkbare zin redeneert. Zie Hirsch Ballin 1982.

173 Van Erp spreekt van gehoudenheden, waaronder hij zowel verbintenissen en rechtsplichten als verplichtingen *sui generis*, zoals *Obliegenheiten* verstaat. Zie Van Erp 1990, p. 292-298.

staan.[174] In een dergelijke opvatting krijgen leerstukken als pre- en postcontractuele verplichtingen een meer natuurlijke plaats dan in het 'klassieke' contractenrecht dat traditioneel is gericht op het bestaan van de overeenkomst en de daaruit voortvloeiende verbintenissen. De enkele vraag of er een overeenkomst tussen rechtssubjecten is, is in een dergelijke opvatting in ieder geval niet meer beslissend voor de vraag of en in hoeverre over en weer verplichtingen bestaan.[175] Evenmin is het dan van wezenlijk belang of dergelijke buitencontractuele verplichtingen voortvloeien uit onrechtmatige daad of uit de eisen van redelijkheid en billijkheid. Ook het leerstuk van onvoorziene omstandigheden komt volgens Van Erp in deze optiek in een ander daglicht te staan: er is niet zozeer sprake van onvoorziene omstandigheden ten opzichte van de eerder gesloten overeenkomst, doch veeleer van opvolgende omstandigheden in de zich ontwikkelende rechtsbetrekking die uit dien hoofde van invloed kunnen zijn op de verplichtingen tussen de betrokken rechtssubjecten.[176] Het rechtsbetrekkingenmodel van Van Erp, waarin de rechtsbetrekking voorop wordt gesteld als bron van gehoudenheden en de overeenkomst wordt beschouwd als één van de mogelijke gebeurtenissen daarbinnen, heeft het denken binnen het privaatrecht tot op heden niet ingrijpend veranderd; de overeenkomst en de daaruit voortvloeiende verbintenissen blijven de leidende begrippen binnen het overeenkomstenrecht.[177]

Gribnau plaatst het rechtsbetrekkingenmodel van Van Erp tegen de achtergrond van de eerdergenoemde ontwikkeling van vermaatschappelijking van het (privaat)recht zoals die zich in de loop van de twintigste eeuw heeft voorgedaan.[178] Als gevolg van de opkomst van het jurisprudentiële vereiste van de zorgvuldigheid die in het maatschappelijk verkeer betaamt en de eis van redelijkheid en billijkheid werd binnen het privaatrecht in toenemende mate van rechtssubjecten verwacht dat zij over en weer met elkanders belangen

174 Van Erp baseert zijn rechtsbetrekkingenmodel mede op een analyse van de Engelse en Amerikaanse rechtspraak. Hieruit blijkt dat bij bepaalde privaatrechtelijke leerstukken een juridische *relationship* tussen partijen wordt aangenomen, waarbij alleen in concreto kan worden bepaald welke gehoudenheden uit deze *relationship* voortvloeien. Zie Van Erp 1990, p. 277.

175 Beurskens meent dat deze wijze van benaderen – die voor wat betreft het bestuursrecht wordt gevolgd door onder meer Hirsch Ballin en Brenninkmeijer – het zicht op het 'wanneer en hoe' van het ontstaan en tenietgaan van rechten en plichten danig vertroebelt. Beurskens 1995, p. 27 en 42.

176 Van Erp 1990, p. 290.

177 Zie evenwel Nieuwenhuis 1997, p. 42: 'Subjectieve rechten maken steeds deel uit van een rechts*verhouding* en slechts tegen de achtergrond van die rechtsverhouding kunnen hun inhoud en omvang worden bepaald'. Hierbij worden het gewicht en de omvang van het subjectieve recht mede bepaald door de belangen van de andere bij de rechtsbetrekking betrokken rechtssubjecten. Nieuwenhuis baseert zich hierbij mede op Savigny: 'Das Urtheil über das Einzelne Recht [kann] nur insofern Wahr und überzeugend seyn, als es von der Gesammtanschauung des Rechtsverhältnisses ausgeht'. Zie Savigny 1840, § 4.

178 Gribnau 1993, p. 87-89. Zie ook § 5.2.5.

en posities rekening houden. Het privaatrecht kreeg aldus steeds meer een relationeel karakter. Het denken in termen van rechtsbetrekkingen, als bron van gehoudenheden die niet rechtstreeks uit de overeenkomst voortvloeien, was hiervan een logisch gevolg, aldus Gribnau.

Deze ontwikkeling van de vermaatschappelijking van het privaatrecht kan ook worden geduid in de eerdergenoemde terminologie van Pessers, waarbij wordt onderscheiden tussen mutualiteit en reciprociteit.[179] Het klassieke verbintenissenrecht zoals dat vastgelegd werd in de Code Civil kende een strikte smalle mutualiteitsmoraal. De markt had toentertijd behoefte aan onpersoonlijke, economische interactie waarbij vrijwel in zijn geheel werd geabstraheerd van persoonlijke en sociale aspecten van de verhouding tussen de contractanten. Het verbintenissenrecht was aldus gebaseerd op een strikte *do ut des*-verhouding, waarbij partijen over en weer slechts tot strikt juridisch bepaalde prestaties waren gehouden. Deze vorm van verbintenissenrecht bleek evenwel averechts te werken. De strikt mutuele moraal die aan dit verbintenissenrecht ten grondslag lag, leidde in wezen tot het tegendeel van de doelstelling vrijheid en gelijkheid: sociale uitsluiting van zwakkeren.[180] Zodoende kwam de ontwikkeling van vermaatschappelijking van het privaatrecht op gang, die vanuit één leidend principe de reciprociteit terugbracht in het wezen van het verbintenissenrecht: 'de verantwoordelijkheid van de leden van de gemeenschap voor elkaar, en de (mede)verantwoordelijkheid van de staat voor een in beginsel rechtvaardige samenleving.'[181] De vermaatschappelijking van het privaatrecht uitte zich niet alleen in de ontwikkeling van nieuwe wetgeving ter bescherming van de sociaal zwakkeren, zoals het huurrecht, het arbeidsrecht en het consumentenrecht, maar had ook een duidelijk effect op het algemeen vermogensrecht. Onder invloed van deze ontwikkeling werd niet langer volledig geabstraheerd van de persoonlijke situatie en bijzonderheden van de betrokken rechtssubjecten en werd 'de maatschappelijke positie van partijen, hun deskundigheid, hun gerechtvaardigde vertrouwen en de mate waarin zij adequaat geïnformeerd zijn' mede bij de uitleg van het contract betrokken, als gevolg waarvan partijen tot meer gehouden konden zijn dan waartoe de letterlijke bewoordingen en de strikt bepaalde verbintenissen verplichtten.[182] Voortaan waren partijen over en weer verplicht zich in elkanders positie te verdiepen, zich elkanders belangen in zekere mate aan te trekken en dienovereenkomstig te handelen.[183] Zodoende deden onbepaalde verplichtingen hun intrede in het vermogensrecht.[184]

---

179 Pessers 1999, p. 201-211.
180 Pessers 1999, p. 202-206.
181 Nieskens-Isphording 1991, p. 18. Zie ook Pessers 1999, p. 207.
182 Pessers 1999, p. 206. Zie ook Pessers 2000, p. 110.
183 Hiermee voldoet het recht volgens Pessers (weer) aan zijn opdracht: wederkerige betrekkingen mogelijk maken *buiten* de liefde en *buiten* de sociale verwantschap. Zie Pessers 1999, p. 211.
184 Pessers 1999, p. 207.

Als gevolg van deze ontwikkeling van vermaatschappelijking van het privaatrecht verloor de mutualiteitsmoraal die eigen was aan het klassieke contractenrecht zijn scherpte. De grens tussen de rechtssfeer en de sociale sfeer begon te vervagen, hetgeen zich onder meer uitte in de ontwikkeling dat gebeurtenissen binnen het sociale verkeer rechtens relevant konden worden en zodoende een bron van juridische gehoudenheden konden vormen.[185] Zoals Van Erp aangeeft met zijn rechtsbetrekkingenmodel, kan deze ontwikkeling beter worden geplaatst en verklaard in het licht van het concept van de rechtsbetrekking dan in het licht van het klassieke contractsbegrip, terwijl Pessers op haar beurt meent dat de term rechtsbetrekking meer recht doet aan de thans ontstane reciprociteitsnorm zoals die in het moderne verbintenissenrecht leeft dan het klassieke, strikt mutuele contractsbegrip.[186] De reciprociteitsnorm vindt binnen het recht evenwel zijn grenzen waar de werking van deze norm zou leiden tot vergaande rechtsonzekerheid. Zij kan de rechter immers een te grote vrijheid bieden om op grond van vage en open normen allerhande plichten en verbintenissen in het leven te roepen. Op de vraag tot in hoeverre de reciprociteitsnorm in het recht tot gelding mag worden gebracht, kan volgens Pessers evenwel onmogelijk een sluitend en definitief antwoord worden gegeven.[187]

5.4.3 De rechtsbetrekking in het bestuursrecht

Een belangrijke oorzaak van het feit dat het denken in termen van rechtsbetrekkingen sinds het einde van de vorige eeuw in Nederland in opkomst is gekomen, is gelegen in de ontwikkeling van de Algemene wet bestuursrecht in die periode. In het kader daarvan gaf de wetgever te kennen de verhouding tussen bestuur en burger te zien als een wederkerige rechtsbetrekking. Deze stelling in de memorie van toelichting leidde vervolgens tot een storm van reacties in de literatuur. Daarmee deed het denken in termen van rechtsbetrekkingen zijn intrede in het bestuursrecht.[188]

5.4.3.1 De wederkerige rechtsbetrekking volgens de Awb-wetgever

In de memorie van toelichting bij de eerste tranche van de Algemene wet bestuursrecht schetste de wetgever zijn visie op de verhouding tussen het

185 Pessers 1999, p. 207.
186 Pessers 1999, p. 208.
187 Pessers 1999, p. 210.
188 Brenninkmeijer merkt op dat het begrip rechtsbetrekking als wettelijk begrip reeds in 1983 in het bestuursrecht is geïntroduceerd, namelijk in artikel 112 lid 2 Grondwet. In dat kader dient het echter uitgelegd te worden in verband met het eerste lid van die bepaling. Zie Brenninkmeijer 1991, p. 23.

bestuur en de burger.[189] Volgens de wetgever weerspiegelden de grote betekenis van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur in het moderne bestuursrecht en de in die beginselen tot uitdrukking komende regels een gewijzigde benadering van de verhouding tussen bestuur en burger ten opzichte van de tot dan toe gebruikelijke opvattingen. Waar het bestuur zich voorheen ten opzichte van de individuele burger kon presenteren als boven de burger gestelde overheid die eenzijdig over het lot van de burger kon beslissen, diende het bestuur zich naar de moderne inzichten bij zijn functioneren mede te richten op de belangen en de zienswijzen van de burger. Deze nieuwe wijze van benaderen mocht volgens de wetgever evenwel niet zover gaan dat er geen evenwicht meer bestond tussen de belasting die dergelijke verplichtingen voor het bestuur kunnen betekenen en de voordelen die eruit voortvloeien. Dat evenwicht kan worden bereikt door de verhouding tussen bestuur en burger te beschouwen als een rechtsbetrekking, aldus de wetgever:

> 'Dat evenwicht wordt in het ontwerp nagestreefd door de betrekking tussen bestuur en burger te beschouwen als een rechtsbetrekking tussen weliswaar naar hun aard verschillende partijen – omdat het bestuur het algemeen belang vertegenwoordigt en daarbij dienstbaar is aan de uitvoering van democratisch genomen besluiten, terwijl de wederpartij een individueel belang naar eigen inzicht mag behartigen –, maar toch een rechtsbetrekking waarin beide partijen in een wederkerige relatie staan, zodat zij rekening moeten houden met de positie en de belangen van de andere partij. Voor beide partijen heeft dit gevolgen.'[190]

De wetgever definieert het begrip rechtsbetrekking niet als zodanig. Wel wordt aangegeven welke gevolgen een en ander heeft voor beide partijen. Voortaan zijn bestuursorganen gedwongen rekening te houden met de belangen en zienswijzen van de burger, indien en voor zover dat verenigbaar is met hun taak het algemeen belang te behartigen. Hiermee worden de algemene beginselen van behoorlijk bestuur nader geconcretiseerd tot expliciete verplichtingen voor het bestuur. De burger dient zich op zijn beurt bewust te zijn dat hij met het bestuur in een rechtsbetrekking staat waarin van een zekere wederkerigheid sprake is. Dit gaat niet zo ver dat hij zich het algemeen belang dient aan te trekken; dat is en blijft de taak van het bestuur. De wederkerigheid brengt echter wel mee dat hij – voor zover hij wenst dat met zijn inzichten of belangen rekening wordt gehouden – deze op de daartoe geschikte wijze naar voren dient te brengen en dat hij daaraan ook door het bestuur kan worden gehou-

189 *Kamerstukken II* 1988/89, 21 221, nr. 3, p. 11-13.

190 *Kamerstukken II* 1988/89, 21 221, nr. 3, p. 12. Deze zienswijze van de wetgever vormde geen eendagsvlieg. Ook de latere tranches van de Awb zijn op het uitgangspunt van de wederkerige rechtsbetrekking gebaseerd. Zie bijvoorbeeld *Kamerstukken II* 1991/92, 22 495, nr. 3, p. 33-35. Zie ook Beurskens 1995, p. 23 en Teunissen 1995, p. 283-284.

den.[191] De mogelijkheid tot het aannemen van dergelijke verplichtingen voor de burger wordt evenwel duidelijk begrensd door het legaliteitsbeginsel, op grond waarvan alleen bij of krachtens de wet verplichtingen aan de burger kunnen worden opgelegd.[192]

Het vernieuwende van de geschetste visie van de wetgever over de verhouding tussen bestuur en burger binnen het bestuursrecht was niet zozeer gelegen in het feit dat zij deze relatie zag als een rechtsbetrekking.[193] Vanuit het perspectief van de democratische rechtsstaat wekt het geen verbazing dat de verhouding tussen overheid en burger wordt beheerst door het recht en aldus dient te worden beschouwd als een rechtsbetrekking. Dit werd reeds onderkend door Vegting die in zijn handboek uit 1954 het administratief recht analyseert als een stelsel van rechtsbetrekkingen die worden geconstitueerd door wet, administratieve beschikking en overeenkomst.[194] In navolging van de in die tijd binnen het privaatrecht levende opvatting van de rechtsbetrekking vereenzelvigde ook Vegting de rechtsbetrekking met de verbintenis.[195] In zoverre is Vegtings opvatting van de rechtsbetrekking wezenlijk anders dan de moderne opvatting van de rechtsbetrekking van de wetgever die de verplichtingen voortvloeiende uit wet, beschikking of overeenkomst veeleer beschouwt als onderdeel van een reeds bestaande rechtsbetrekking. Vegting gaat daarentegen uit van een statische opvatting van het begrip rechtsbetrekking, waarbij hij deze volledig identificeert met de administratieve verbintenis en derhalve geen rol van betekenis toekent aan de verhouding tussen bestuur en burger die daaraan voorafgaat.[196] In Vegtings denkmodel komt dan ook geen zelfstandige plaats toe aan het ongeschreven recht.[197]

Het meest opvallende aan de geschetste visie van de wetgever was veeleer gelegen in het feit dat deze verhouding diende te worden beschouwd als een

191 Zie voor concrete voorbeelden in de Algemene wet bestuursrecht van de uit de wederkerigheidsconceptie voortvloeiende verplichtingen voor de burger Beurskens 1995, p. 26. Zie ook Van der Meulen 1995, p. 239 en Teunissen 1995, p. 285 die het aannemen van onbepaalde verplichtingen voor de burger op basis van de notie van wederkerigheid als een eerste stap in de richting van het ontwikkelen van algemene beginselen van behoorlijk burgerschap zien.

192 Zie in gelijke zin Damen 1993, p. 113 en Van Male 1993, p. 20-21.

193 Volgens de wetgever zelf was niet zozeer sprake van een visie of van fundamentele of dogmatische beschouwingen, doch veeleer van een constatering van een verandering die zich feitelijk al had voorgedaan. Zie evenwel Van der Linden & Tak 1995, p. 2-3 die vermoeden dat de wetgever wel degelijk een zekere theoretische grondslag voor ogen had.

194 Zie Vegting 1954, p. 215-217. Zie nader over deze opvatting van Vegting Van Male 1993, p. 11-13. Zie ook Gribnau 1998, p. 214-215 en De Haan, Drupsteen & Fernhout 2001, p. 34-35.

195 Vegting 1954, p. 181.

196 Gribnau 1998, p. 214-215.

197 Zie Van Male 1993, p. 11.

wederkerige rechtsbetrekking.[198] Het bestuursrecht diende niet langer te worden gezien als instrument van de overheid om eenzijdig de rechtspositie van de burger te bepalen. Voortaan werd van de overheid verwacht dat zij zich rekenschap gaf van de belangen, verwachtingen en wensen van de burger zoals hij deze zelf ziet, terwijl voortaan ook van de burger het een en ander mocht worden verwacht. Deze wijze van benaderen was nieuw, hoewel deze zienswijze in feite een codificatie van de bestaande praktijk vormde; als gevolg van de werking van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur voldeed de verhouding tussen bestuur en burger materieel gezien al voor een groot deel aan de eisen die voortvloeien uit deze wederkerigheid. Aldus deed zich binnen het bestuursrecht een ontwikkeling voor van wetmatig naar rechtmatig bestuur, met als gevolg dat ook de rechtsbetrekking tussen bestuur en burger van karakter veranderde.[199]

5.4.3.2 Waardering voor de wederkerige rechtsbetrekking

De benadering van de wetgever van de verhouding tussen bestuur en burger heeft in de bestuursrechtelijke literatuur uit de jaren negentig van de vorige eeuw – naast de nodige kritiek, die in het navolgende zal worden besproken – tamelijk veel bijval gekregen. Volgens Hirsch Ballin is het belang van deze zienswijze met name gelegen in het feit dat hiermee duidelijk tot uitdrukking wordt gebracht dat het gehele optreden van de overheid wordt beheerst door het recht en dat in zoverre geen sprake kan zijn van een rechtsvacuüm waarbinnen slechts normen van doelmatigheid gelden.[200] Ook Gribnau benadrukt dat de rechtsbetrekking tussen overheid en burger integraal wordt beheerst door het recht:

---

198 Toch was ook het feit dat de rechtsbetrekking tussen bestuur en burger als wederkerig werd gekenschetst niet geheel nieuw. Zo meenden Scheltema en Donner al in 1982 dat het bestuursrecht steeds een tweezijdige rechtsbetrekking regelt: het schept wederkerige rechten en verplichtingen tussen bestuursorgaan en burger. Dit is volgens hen ook het geval wanneer het bestuur bevoegd is eenzijdig de rechtsbetrekking in te vullen, ook dan blijft de betrekking tweezijdig van karakter. Zie Donner 1982, p. 4 en Scheltema 1982, p. 133.

199 Zie uitgebreider over deze ontwikkeling Gribnau 1998, p. 155-175. Een en ander kan daarnaast in een breder verband worden geplaatst door de geschetste ontwikkeling mede in het licht te bezien van de toegenomen mondigheid van de individuele burger, een verschuiving in de opvattingen over de vraag op welke wijze het bestuur zijn doelstellingen het beste kan verwezenlijken (van autoritaire, eenzijdige machtsuitoefening naar onderhandelend bestuur), een veranderende opvatting van het begrip burgerschap, etc. Zie in dit kader ook Brenninkmeijer 1991, p. 26-28.

200 Hirsch Ballin 1989, p. 2. Volgens Hirsch Ballin wordt de veronderstelling dat een dergelijke sfeer van doelmatigheid zou bestaan in de hand gewerkt door de wijze waarop de werking van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur veelal wordt uitgelegd: het bestuur is vrij in zijn handelen, mits dit bestuurlijk handelen geacht kan worden zowel de toets van wetmatigheid als de toets van rechtmatigheid aan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur te kunnen doorstaan. Zie over het ontbreken van een rechtsvrije sfeer ook Van Male 1993, p. 6 en 10.

> 'Het bestuur is niet meer autonoom in zijn handelen, maar moet op grond van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur rekening houden met de belangen van de burger. Het bestuur beschikt niet meer over een ruimte waarbinnen het volledig naar eigen inzicht kan handelen. Rechtsnormen beheersen de rechtsbetrekking tussen bestuur en burger integraal. Daarmee is het beeld van de staat als soeverein rechtssubject ondergraven. Bestuur noch burger zijn derhalve soeverein.'[201]

Dit betekent voor het bestuursrecht dat een bestuursorgaan van meet af aan verplichtingen jegens de belanghebbende burgers heeft en het tot deze burgers in een rechtsbetrekking staat, ook wanneer het gaat om de uitoefening van discretionaire bevoegdheden.[202] Het feit dat de uiteindelijke beslissing van het bestuursorgaan niet afhankelijk is van de instemming of medewerking van de betrokken burgers, doet aan de wederkerigheid van deze rechtsbetrekking niet af, aldus Hirsch Ballin. De wederkerige rechtsbetrekking is conceptueel gezien dan ook wel degelijk te verenigen met het eenzijdige karakter van de beschikking. Het over en weer bestaan van verplichtingen tussen bestuursorgaan en burger sluit immers niet uit dat aan één van de betrokken rechtssubjecten, te weten het bestuursorgaan, de bevoegdheid kan toekomen om bindend te beslissen over de inhoud van de rechtsbetrekking.[203] Ook Gribnau benadrukt nog eens dat noch de bevoegdheid van het bestuur om eenzijdig de rechtspositie van de burger te bepalen, noch de veelal feitelijk ongelijke machtsverhoudingen tussen bestuur en burger afdoet aan het principieel wederkerige karakter van de rechtsbetrekking tussen bestuur en burger. Wederkerigheid brengt immers niet mee dat de wederzijdse rechten en plichten symmetrisch over de betrokken rechtssubjecten zijn verdeeld, in de zin dat beide rechtssubjecten *evenveel* rechten en plichten toebedeeld hebben gekregen. Wederkerigheid brengt in dit verband evenwel wél mee dat het bestuur gehouden is bij zijn bevoegdheidsuitoefening rekening te houden met de gerechtvaardigde belangen van de burger.[204] Het duiden van de bestuursrechtelijke verhoudingen in termen van de rechtsbetrekking betekent dan ook niet dat de traditionele bestuursrechtelijke concepten zoals de beschikking worden vervangen, maar:

> 'het thematiseert de meer of minder duurzame, door het recht gedefinieerde relaties, waarvan de inhoud afhangt van rechtens relevante gebeurtenissen zoals het geven

201 Gribnau 1996, p. 101. Dit geldt volgens Gribnau overigens in zijn algemeenheid: 'Elke autonomie van rechtssubjecten is door het recht verleende of gelaten autonomie en de uitoefening daarvan is aan het recht gebonden. In die zin is er geen rechtsvrije sfeer.' Zie Gribnau 1998, p. 203.

202 In het kader van de discretionaire bevoegdheden wordt dan ook vaak gesproken van 'vrijheid in gebondenheid'. Zie Gribnau 1998, p. 212-213 en De Haan, Drupsteen & Fernhout 2001, p. 39.

203 Hirsch Ballin 1989, p. 3.

204 Gribnau 1993, p. 92. Zie – zij het in termen van correlativiteit – ook Gribnau 1996, p. 112.

> van beschikkingen en het verrichten van rechtshandelingen (naast andere gebeurtenissen, bij voorbeeld uitspraken die beschermenswaardige verwachtingen wekken en feitelijke voorvallen).'[205]

Deze wijze van benaderen kan ook worden teruggevonden in de dissertatie van De Jong uit 1988.[206] Ook De Jong constateert dat de beschikking als typisch eenzijdige bestuurshandeling in de bestuursrechttheorie terrein heeft verloren ten gunste van de rechtsbetrekking waarvan deze deel uitmaakt, terwijl ook hij deze ontwikkeling met name toeschrijft aan de opkomst van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur:

> 'De beschikking is ingebed in een rechtsbetrekking die zich tussen burger en bestuursorgaan ontwikkelt. Bestuursorganen moeten rekening houden met de standpunten van de burger en de betrokken belangen tegen elkaar afwegen, voordat zij tot het geven van een beschikking overgaan. Eventueel gewekt vertrouwen zal moeten worden gehonoreerd. De burger zal echter ook het zijne er toe bij moeten dragen dat het bestuursorgaan in staat wordt gesteld de rechtens juiste beslissing te nemen. Ook op de burger rusten in dit verband informatie- en medewerkingsplichten.'[207]

De beschikking kan volgens De Jong daarom niet langer worden opgevat als een momentopname van de verhouding tussen bestuur en burger, maar dient plaats te maken voor een visie waarin de verhouding tussen bestuur en burger wordt gezien als een dynamische, voortdurend aan verandering onderhevige relatie waaruit wederzijds rechten en plichten kunnen voortvloeien.[208]

De benaderingswijze van De Jong en Hirsch Ballin sluit goed aan bij de visie van Van Erp die de (privaatrechtelijke) rechtsbetrekking ziet als een zich in de tijd ontwikkelende verhouding tussen rechtssubjecten waarin de overeenkomst slechts één van de mogelijke gebeurtenissen is.[209] Ook Hirsch Ballin vat de rechtsbetrekking op als een dynamisch concept waarin de beschikking of de rechtshandeling niet alleen zaligmakend is, maar waarin het antwoord op de vraag waartoe bestuur en burger over en weer gehouden zijn niet alleen afhankelijk is van hetgeen voortvloeit uit de beschikking, maar ook van hetgeen daaraan is voorafgegaan en daarop volgt. Ook volgens Brenninkmeijer zou voor het bestuursrecht kunnen worden gezegd dat een beschikking de rechtsbetrekking tussen de burger en de overheid bepaalt, maar dat het juister is om te stellen dat de rechtsbetrekking *mede* door die beschikking wordt bepaald.[210] Zo zijn onder de werking van de algemene beginselen van behoor-

---

205 Hirsch Ballin 1989, p. 4. Zie in vergelijkbare zin Gribnau 1993, p. 92.
206 De Jong 1988, p. 71.
207 De Jong 1988, p. 71.
208 De Jong 1988, p. 81.
209 Zie § 5.4.2.
210 Brenninkmeijer 1991, p. 24-25.

lijk bestuur ook feitelijke omstandigheden mede bepalend voor de inhoud van de rechtsbetrekking. Van Male sluit zich aan bij de visie van Hirsch Ballin en Brenninkmeijer: 'Het thematiseren van verhoudingen tussen subjecten als permanente – door dynamiek bepaalde – rechtsverhoudingen kan verhelderen dat de toepassing van het recht niet alleen afhankelijk kan worden gesteld van een min of meer toevallige voorafgaande constituerende rechtshandeling.'[211] Van Male meent dan ook dat de bestuursrechtelijke rechtsbetrekking naar haar aard onvoltooid is: 'In deze benadering verschijnt de wet, de algemene maatregel van bestuur of de beschikking niet als de bron van een rechtsbetrekking, maar als de bron van rechtsnormen die aan de reeds tussen partijen geldende rechtsnormen worden toegevoegd.'[212] Ook Scheltema – als regeringscommissaris nauw betrokken bij de totstandkoming van de Algemene wet bestuursrecht – sluit zich bij deze benadering aan: 'Door niet naar al het handelen van het bestuur te kijken, maar alleen naar de besluiten, mist het bestuursrecht het zicht op essentiële onderdelen van de rechtsbetrekking tussen bestuur en burger.' Daar komt vervolgens bij dat in een dergelijke benadering de bijdrage van de burger aan het functioneren van de bestuursrechtelijke rechtsbetrekking goeddeels buiten beeld blijft.[213]

De voordelen die een benadering aan de hand van het concept van de rechtsbetrekking met zich brengt voor het bestuursrecht zijn vergelijkbaar met de eerder geschetste voordelen binnen het kader van het privaatrecht:[214] geredeneerd vanuit het perspectief van de rechtsbetrekking is het niet in de eerste plaats van belang of sprake is van een besluit, doch is het veeleer de vraag of de betrokken rechtssubjecten al dan niet ten opzichte van elkaar tot iets zijn gehouden.[215] Volgens Gribnau gaat dit evenwel niet zover dat het concept van de rechtsbetrekking dat van de rechtshandeling – zoals de beschikking en de overeenkomst – in zijn geheel terzijde zou schuiven: 'het biedt daar juist een dynamisch kader voor'. Aldus wordt de inhoud van de concrete rechtsbetrekking niet alleen bepaald door het geven van beschikkingen en het verrichten van rechtshandelingen, maar onder omstandigheden ook door rechtens relevante feitelijke voorvallen en uitspraken die een zeker gerechtvaardigd vertrouwen wekken.[216] Wanneer de rechtsbetrekking als een dynamisch concept wordt gezien, bestaat de rechtsbetrekking tussen bestuur en burger al voorafgaand aan de rechtshandeling die de rechtsbetrekking op een bepaald

211 Van Male 1993, p. 16. Hij acht de eerdergenoemde opvatting van Vegting dat de rechtsbetrekking wordt geconstitueerd door een wet, beschikking of overeenkomst dan ook onjuist. Zie Van Male 1993, p. 22.
212 Van Male 1993, p. 17.
213 Scheltema 2008, p. 209-211, citaat op p. 210.
214 Zie § 5.4.2.
215 Brenninkmeijer 1991, p. 25.
216 Gribnau 1996, p. 117.

moment beoogt te fixeren. Op deze wijze wordt de rechtsbetrekking tussen bestuur en burger steeds opnieuw geconcretiseerd.[217]

De potentiële voordelen van een benadering aan de hand van het concept van de rechtsbetrekking lijken ook in toenemende mate te worden onderkend binnen de bestuursrechtspraak, in het bijzonder wanneer het gaat om het bepalen van de competentie van de bestuursrechter ten opzichte van de civiele rechter. Schlössels betoogt in zijn oratie uit 2003 dat de bestuursrechter – hoewel voor wat betreft zijn competentie formeel nog steeds gebonden aan het besluitbegrip – vanuit de wens de burger rechtsbescherming te bieden steeds meer geneigd lijkt te zijn het besluitbegrip waar mogelijk extensief uit te leggen (het 'strategisch besluitbegrip') en daarmee opschuift in de richting van een benadering aan de hand van de bestuursrechtelijke rechtsbetrekking.[218] Schlössels pleit er dan ook voor de competentie van de bestuursrechter – zoals het geval is in Duitsland en Frankrijk[219] – in de toekomst daadwerkelijk te baseren op het concept van de bestuursrechtelijke rechtsbetrekking in plaats van deze (louter) afhankelijk te stellen van het besluitbegrip.[220] Een dergelijke ontwikkeling zou volgens hem niet alleen goed aansluiten bij de filosofie achter de Algemene wet bestuursrecht,[221] maar ook het meest recht doen aan de dynamiek binnen de bestuursrechtelijke verhoudingen.[222] Daarnaast zou de bestuursrechtelijke rechtsbetrekking volgens Schlössels een goede basis kunnen vormen om de processuele mogelijkheden van het bestuursrecht, dat thans in de kern nog steeds bestaat uit toetsing van het voorliggende besluit ('vernietigen en opnieuw voorzien'),[223] in de toekomst verder uit te breiden in de richting van daadwerkelijke geschillenbeslechting.[224]

Ook Verheij pleitte in een eerder stadium al voorzichtig voor een geleidelijke vervanging van het besluitbegrip door het concept van de bestuursrechtelijke rechtsbetrekking ter bepaling van de competentie van de bestuursrechter.[225] En in 2004 onderschreef de Commissie Rechtsbescherming van de VAR de conclusie van Schlössels dat het besluitbegrip als te knellend wordt ervaren, met name omdat het besluitbegrip tot het onwenselijke gevolg leidt dat de bestuursrechtelijke rechtsbetrekking telkens in verschillende, door de bestuursrechter afzonderlijk te beoordelen, fragmenten wordt verdeeld.[226] Niettemin

217 Gribnau 1998, p. 215-217.
218 Schlössels 2003, p. 25-30.
219 Schlössels 2003, p. 15-21.
220 Schlössels 2003, p. 43.
221 Schlössels 2003, p. 9.
222 Schlòssels 2003, p. 27-28.
223 Schlössels 2003, p. 30.
224 Schlössels 2003, p. 54-55.
225 Verheij 1999, p. 68. Zie voorts Polak 1999, p. 155-163 die ervoor pleit de bestuursrechter bij al het overheidshandelen – inclusief het privaatrechtelijke – tot de competente rechter te maken.
226 Polak e.a. 2004, p. 170. Zie in vergelijkbare zin Scheltema 2008, p. 213-214.

wilde de Commissie Rechtsbescherming het besluitbegrip niet overboord zetten ten faveure van de bestuursrechtelijke rechtsbetrekking als leidend wettelijk concept, niet in de laatste plaats omdat een dergelijke operatie tot langdurige onduidelijkheid binnen de jurisprudentie over de bestuursrechtelijke competentie zou kunnen leiden. Daarom bepleitte de Commissie een duaal stelsel waarin de rechtsmacht van de bestuursrechter afhankelijk van de betrokken materie en het doel van de procedure wordt bepaald door het besluitbegrip dan wel (impliciet) door het concept van de bestuursrechtelijke rechtsbetrekking.[227] Scheltema verdedigde in 2008 daarentegen expliciet een benadering waarin de bevoegdheidsgrondslag van de bestuursrechter niet langer louter wordt gezocht in het besluit, maar veeleer in de bestuursrechtelijke rechtsbetrekking als geheel.[228]

5.4.3.3 Kritiek op de wederkerige rechtsbetrekking

In de bestuursrechtelijke literatuur is ook meer kritisch gereageerd op de perceptie van de verhouding tussen bestuur en burger als een wederkerige rechtsbetrekking. Zo plaatsen De Haan, Drupsteen en Fernhout niet alleen kanttekeningen bij het beweerdelijk wederkerige karakter van de bestuursrechtelijke rechtsbetrekking, maar nemen zij ook het denken in termen van de rechtsbetrekking als zodanig op de korrel. Zij achten de algemene verhouding tussen burger en overheid – in tegenstelling tot de in het privaatrecht geregelde verhoudingen tussen burgers – te onbepaald om als rechtsbetrekking aan te kunnen duiden. Los van de concrete rechten en verplichtingen die wettelijk zijn verankerd of uit het ongeschreven recht kunnen worden afgeleid, is het volgens De Haan, Drupsteen en Fernhout mogelijk noch wenselijk aan de algemene verhouding tussen bestuur en burger nadere rechten en verplichtingen te verbinden en bij die stand van zaken is het volgens hen weinig zinvol de verhouding tussen bestuur en burger als rechtsbetrekking aan te duiden. Zij achten de rechtsbetrekking als funderend begrip voor de opbouw van het bestuursrecht daarom ontoereikend.[229]

---

227 Polak e.a. 2004, p. 170-171. De Commissie wil de bestuursrechtelijke rechtsbetrekking om de voornoemde reden niet daadwerkelijk als bevoegdheidsgrondslag in de wet opnemen. Zij pleit er daarom voor een aantal specifieke verzoekschriftprocedures in de wet te benoemen en daarmee de bestuursrechtelijke rechtsbetrekking impliciet onder de competentie van de bestuursrechter te brengen. Hiermee zouden deze verzoekschriftprocedures verlost zijn van de beknelling van het besluitbegrip, terwijl dit begrip voor de kern van het bestuursrecht kan blijven bestaan.

228 Scheltema 2008, p. 214.

229 Zie De Haan, Drupsteen & Fernhout 2001, p. 37-40. Voor het overige sluit hun kritiek materieel tamelijk nauw aan op de in het navolgende te bespreken kritiek van de 'Maastrichtse school'. Wel achten zij de benadering van de Maastrichtse school te dogmatisch, waardoor in deze benadering wel erg weinig ruimte overblijft om nieuwe, horizontale bestuursverhoudingen in de dogmatiek van het bestuursrecht in te passen (zie De Haan, Drupsteen & Fernhout 2001, p. 44).

De meeste auteurs die kritisch staan tegenover een benadering van het bestuursrecht als stelsel van wederkerige rechtsbetrekkingen komen evenwel niet zozeer in het geweer tegen het denken in termen van de rechtsbetrekking, maar met name tegen de kwalificatie van de rechtsbetrekking als zijnde wederkerig. Zo beschouwt Damen de gedachte van wederkerigheid en het streven naar horizontalisering als een 'aantrekkelijke utopie'. Aan de hand van talrijke voorbeelden schetst hij hoe de op abstract niveau aantrekkelijke gedachte van wederkerigheid en horizontalisering op concreet zaaksniveau vaak slecht uit de verf komt. En voor zover dit in de bestuursrechtelijke praktijk wel gebeurt, lijkt dit slechts het geval te zijn in situaties waarin de burger de hoedanigheid van een machtige rechtspersoon heeft of het bestuur iets van de burger wil dat het niet of moeilijk met eenzijdige machtsuitoefening kan bereiken.[230] De wederkerigheidsgedachte lijkt volgens Damen in concreto dan ook weinig meer in te houden dan het zorgvuldigheidsbeginsel, op grond waarvan elk bestuursorgaan is gehouden zijn besluiten op zorgvuldige wijze voor te bereiden en te nemen. Aan dit beginsel – één van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur – moest het bestuur zich evenwel altijd al houden. Wanneer de wederkerigheidsgedachte niet meer inhoudt dan dit beginsel is er volgens Damen dan ook weinig nieuws onder de zon, behalve de eis dat bestuur en burger over en weer rekening dienen te houden met elkanders belangen en posities.[231]

Dit betoog van Damen ligt in de lijn van de visie van Oosting waar deze opmerkt dat wederkerigheid niet mag worden verward met gelijkheid tussen overheid en burger, doch (hooguit) kan worden verstaan als de uitdrukking van het streven naar een zekere gelijkwaardigheid tussen overheid en burger.[232] Strikt juridisch beschouwd blijft het altijd gaan om een ongelijkwaardige, asymmetrische verhouding:

> 'In bepaalde gevallen – en met name bij belastend overheidsoptreden – zal de overheid immers nadrukkelijk de ruimte moeten hebben de gedragsalternatieven

230 Damen 1993. Volgens Damen moet het ontstaan van de wederkerige rechtsbetrekking binnen het bestuursrecht goed worden onderscheiden van de tendens van horizontalisering, nu daarmee duidelijk een stap verder wordt gezet dan met wederkerigheid. In geval van horizontalisering gaan bestuursorganen via samenwerking en afspraken op voet van gelijkwaardigheid om met burgers, terwijl wederkerigheid niet verder gaat dan 'het over en weer rekening houden met elkanders belangen'. Horizontalisering gaat veeleer in de richting van instemming van de burger en het idee van onderhandelend bestuur. Zie Damen 1993, p. 111-112. Zie voorts uitgebreid over het in de jaren negentig opkomende idee van onderhandelend bestuur Stout & Hoekema 1994; Hoekema e.a. 1998; Pront-van Bommel, Stout & Van der Vlies 1998; Hertogh, Huls & Wilthagen 1998.

231 Damen 1993, p. 119-120. Zie ook Damen 1997 waar hij spreekt van 'de geheime directe' van het bestuur, doelend op het feit dat het bestuur steeds de bevoegdheid behoudt eenzijdig de positie van de burger te bepalen. Zie Kloosterman 2006 en Scheltema 2006 voor nuancering van de kritiek van Damen.

232 Oosting 1990, p. 21.

van de burger te beperken, zonder dat deze daarmee kan instemmen. Ook als wordt onderhandeld, en als overeenkomsten worden gesloten is dat toch tegen de achtergrond van de machtspositie van de overheid die als zodanig niet wordt aangetast.'[233]

Oosting voegt daaraan toe dat de verhouding tussen overheid en burger als gevolg van een 'tekort aan bureaucratische vaardigheid' van veel burgers ook feitelijk vaak door asymmetrie wordt gekenmerkt.[234]

Naast deze nog betrekkelijk genuanceerde kritiek van Damen en Oosting zijn er ook diverse auteurs die de wederkerige rechtsbetrekking als bestuursrechtelijk concept in zijn totaliteit verwerpen. In dit verband dient met name te worden gewezen op de 'Maastrichtse school' die zich in de bundel 'Eenzijdig en wederkerig?' hevig verzet tegen de introductie van het concept van de wederkerige rechtsbetrekking binnen het bestuursrecht.[235] De kritiek van de Maastrichtse onderzoekers op de conceptie van de wederkerige rechtsbetrekking binnen de bestuursrechtelijke context kan worden samengevat in een drietal onderling verweven hoofdpunten.

Ten eerste achten de Maastrichtse onderzoekers het idee van wederkerigheid binnen de verhouding tussen bestuur en burger fundamenteel onjuist, omdat bestuur en burger zowel juridisch als feitelijk ongelijkwaardig aan elkaar zijn. De verhouding is uiteindelijk principieel eenzijdig en verticaal, omdat het bestuur eenzijdig de rechtspositie van de burger kan bepalen, invullen of wijzigen.[236] Volgens Van der Meulen komt deze eenzijdigheid van de verhouding tussen bestuur en burger het meest pregnant tot uitdrukking in het geweldsmonopolie van de overheid, op grond waarvan het bestuur zonder daartoe gemachtigd te hoeven zijn door een rechterlijke uitspraak tot handhaving van door haarzelf gestelde normen kan overgaan. De rechtsbetrekking tussen bestuur en burger moge wellicht trekken van wederkerigheid vertonen in de fase waarin het stellen van normen aan de orde is, of de vraag of al dan niet tot handhaving zal worden overgegaan; wanneer evenwel eenmaal tot handhaving is besloten (en overgegaan) is de relatie tussen bestuur en burger een volstrekt eenzijdige en verticale. Maar ook het enkele feit dat het bestuur de mogelijkheid heeft in de toekomst eventueel tot handhaving over te gaan, werpt zijn schaduw reeds vooruit en maakt de verhouding tussen bestuur en burger – ook in de fase van normstelling en uitvoering – tot een in hoge

233 Oosting 1990, p. 21. Vgl. ook De Haan, Drupsteen & Fernhout 2001, p. 37 die erop wijzen dat er in het bestuursrecht naast een duidelijke tendens tot horizontalisering nog veel gevallen blijven waarin een bestuursorgaan bevoegd is met gezag, zonodig tegen de wil van de betrokkene, de (inhoud van de) rechtsbetrekking eenzijdig bindend vast te stellen.

234 Oosting 1990, p. 21-22. Volgens Oosting mag deze feitelijke asymmetrie evenwel niet zover gaan dat zij de juridische asymmetrie nog eens versterkt.

235 Van der Linden & Tak 1995.

236 Zie Teunissen 1995, p. 277-280.

mate eenzijdige, verticale relatie.[237] Naast de bevoegdheid van het bestuur tot handhaving van de eigen normen over te gaan, komt de eenzijdigheid van de verhouding tussen bestuur en burger voorts sterk tot uitdrukking in het rechtskarakter van de meest gehanteerde bestuursrechtelijke rechtshandeling: het besluit. Waar de verbintenis in het verbintenissenrecht veelal door een meerzijdige rechtshandeling van aanbod en aanvaarding tot stand komt, wordt de verbintenis in het bestuursrecht in de regel eenzijdig door middel van een besluit van een bestuursorgaan bepaald. Voor zover sprake kan zijn van wederkerigheid binnen de bestuursrechtelijke context is dit slechts het geval binnen een eenzijdig door de overheid beheerste rechtsverhouding.[238] Het schetsen van de bestuursrechtelijke verhoudingen in termen van wederkerigheid is daarom in hoge mate misleidend en kan daarom beter achterwege blijven.[239] Het etiket van wederkerigheid wekt de suggestie dat de verhouding tussen bestuur en burger wordt gekenschetst door symmetrie en gelijkwaardigheid, waarbinnen zij beiden kunnen opereren als autonome rechtssubjecten. Dit is evenwel geenszins het geval. Integendeel, het bestuursrecht is gebaseerd op de premisse van wederzijdse onvrijheid tussen en principiële ongelijkheid van bestuur en burger. De verhouding tussen bestuur en burger is een verhouding tussen twee volstrekt ongelijkwaardige partijen die tot elkaar zijn veroordeeld; een combinatie van factoren die het bestaan van wederkerige rechtsbetrekkingen uitsluit.[240] Ook Beurskens acht de beschrijving van de bestuursrechtelijke verhoudingen in termen van wederkerigheid misplaatst, omdat er vanuit privaatrechtelijk perspectief geenszins sprake is van werkelijke wederkerigheid, opgevat als het uitwisselen van gelijkwaardige prestaties op grond van uitdrukkelijk van elkaar afhankelijk gestelde hoofdverbintenissen.[241] Schlössels meent dat het predikaat wederkerige rechtsbetrekking de schijn wekt dat beide partijen op basis van een zekere gelijkwaardigheid 'een vrije normatieve invulling kunnen geven' aan de bestuursrechtelijke rechtsbetrekking, hetgeen vanuit het oogpunt van het specialiteitsbeginsel – op grond waarvan een bepaalde bevoegdheid slechts mag worden ingezet ter behartiging van een specifiek bepaald belang – bevreemding wekt.[242] Voor zover al

237 Van der Meulen 1995, p. 226-231 en 246-247. Zie ook instemmend De Haan, Drupsteen en Fernhout 2001, p. 44.

238 Simon 1995, p. 85 en 118-119.

239 Beurskens 1995, p. 59-60. Zie in vergelijkbare zin Van der Linden 1995, p. 217 en Teunissen 1995, p. 318, waarbij laatstgenoemde tot de conclusie komt dat de overheid die zich 'horizontaal' aan de burger presenteert wel eens een wolf in schaapskleren zou kunnen zijn.

240 Deze wederzijdse onvrijheid in de verhouding tussen bestuur en burger is volgens Heldeweg gelegen in het feit dat de burger zich niet kan onttrekken aan het overheidsgezag, terwijl de overheid op haar beurt te allen tijde is gebonden aan haar democratisch gelegitimeerde taak het algemeen belang te behartigen en aan de aard en strekking van haar bevoegdheden. Ook de publiekrechtelijke autonomie van de overheid is derhalve begrensd (Heldeweg 1995, p. 122-135).

241 Beurskens 1995, p. 43. Zie ook Seerden 1995, p. 266 en Schlössels 1995, p. 189-190.

242 Schlössels 1995, p. 155-156.

sprake kan zijn van wederkerigheid in de rechtsbetrekking tussen bestuur en burger is het normatieve kader van de bestuursrechtelijke rechtsbetrekking 'in abstracto' bepalend voor de mogelijke interpretatie van dit begrip. Volgens Schlössels is in ieder geval uitgesloten dat wederkerigheid staat voor een zekere vrijheid van onderhandelen over de normatieve invulling van deze rechtsbetrekking.[243] Schlössels vermoedt dan ook dat de wetgever met het begrip wederkerigheid in het bijzonder de aandacht heeft willen vestigen op de reeds bestaande plicht van het bestuur om zo veel mogelijk rekening te houden met de belangen van de burger. Deze zorgvuldigheidsplicht voor het bestuur impliceert evenwel nog geen corresponderende plicht voor de burger.[244]

In het verlengde van dit laatste richt de Maastrichtse kritiek zich in de tweede plaats op het ontstaan van onbepaalde plichten voor de burger die niet rechtstreeks kunnen worden herleid tot een specifieke wettelijke grondslag of een specifiek bestuursbesluit, maar voortspruiten uit de notie van wederkerigheid. Een dergelijke wijze van benaderen zou een sterke relativering van het legaliteitsbeginsel met zich brengen.[245] Met name Beurskens vreest een wildgroei aan onbepaalde plichten voor de burger. In zijn ogen bergt het gebruik van het concept van de wederkerige rechtsbetrekking binnen de bestuursrechtelijke context – zeker in de wijze waarop Van Erp, De Jong, Hirsch Ballin, Brenninkmeijer en Van Male dit doen – het gevaar van onzekerheid over de grondslag, de aard en de omvang van de rechten en plichten tussen bestuur en burger in zich. Vanuit het oogpunt van legaliteit en rechtszekerheid, dient het besluit volgens Beurskens centraal te blijven staan als bron van rechten en verplichtingen binnen het bestuursrecht; voor rechtsbetrekkingen zonder dat deze direct verband houden met een besluit ziet hij geen plaats.[246] In dezelfde lijn ligt de kritiek van Van der Linden, waar zij stelt dat het centraal stellen van het concept van de wederkerige rechtsbetrekking ten detrimente van het besluitbegrip met zich brengt dat het leerstuk van de rechtskracht zijn relevantie vrijwel volledig verliest, hetgeen rechtsonzekerheid voor de burger tot gevolg heeft.[247] Ook volgens Schlössels leiden noties als wederkerigheid en horizontaliteit de aandacht af van legaliteit en de vraag of er al dan niet een deugdelijke bevoegdheidsgrondslag is voor bepaald

243 Zie in gelijke zin Van Male 1993, p. 17.

244 Schlössels 1995, p. 189-190.

245 Vgl. Tak 1995a, p. 3. Zie in vergelijkbare zin De Haan, Drupsteen & Fernhout 2001, p. 40 die vrezen voor 'vrijwel ongenormeerde overheidsbevoegdheden en daarmee corresponderende plichten van burgers'. Zie voorts Ten Berge 2007, p. 25 en Van der Linden 2008, p. 136-137.

246 Beurskens 1995, p. 33-42. Om dezelfde reden pleit Beurskens ook binnen de civielrechtelijke context voor terughoudendheid bij het verlenen van het predikaat rechtsbetrekking. Hij verzet zich dan ook tegen de rechtsbetrekking als dynamisch concept, zoals Van Erp die ziet. Vgl. § 5.4.2.

247 Van der Linden 1995, p. 208-211.

bestuurlijk handelen,[248] terwijl Teunissen in vergelijkbare zin meent dat het concept van wederkerigheid een relativering van het beginsel van wetmatigheid van bestuur tot consequentie heeft.[249]

Ten derde – en wederom in het verlengde van het voorgaande – richt de Maastrichtse kritiek zich op de onverenigbaarheid van het concept van wederkerigheid met de taak van het overheidsbestuur: de behartiging van het algemeen belang.[250] Volgens Schlössels dient men zich terdege te realiseren dat de rechtsbetrekking tussen bestuur en burgers een multipolair karakter draagt en hierdoor fundamenteel van karakter verschilt van de privaatrechtelijke rechtsbetrekking die wordt gekenmerkt door bipolariteit.[251] Dit betekent dat het bestuur niet alleen dient te letten op de rechtstreeks betrokken 'algemene deelbelangen' en het belang van de direct betrokken wederpartij, maar ook op de rechtstreeks betrokken belangen van derden. Wederkerigheid mag binnen het kader van het bestuursrecht dan ook niet worden uitgelegd als de mogelijkheid voor bestuur en burger om 'vrij te onderhandelen over algemene belangen en over de normatieve invulling van rechtsbetrekkingen'.[252] Naast het gevaar dat de direct betrokken belangen van derden worden veronachtzaamd, rijst het gevaar dat het algemeen belang wordt gereduceerd tot een 'eigen belang' van het bestuur dat het één op één moet opnemen en kan worden afgewogen tegen het belang van de burger waarmee wordt onderhandeld. Na de fase van 'wederkerige communicatie' tussen bestuur en burger – waarmee Beurskens doelt op 'het mantra' van de wetgever dat bestuur en burger over en weer rekening dienen te houden met elkanders belangen en posities – dient het bestuur dan ook, rekening houdend met álle betrokken belangen, eenzijdig tot een besluit te komen. Instemming van de burger met dit besluit is geenszins vereist.[253] Ook Simon acht het concept van wederkerigheid onverenigbaar met de taak van de overheid het algemeen belang te behartigen. Nu de overheid monopolist is en derhalve niet hoeft te vrezen voor (potentiële) concurrentie, zal zij zich ook als zodanig gaan gedragen wanneer zij haar taken uitvoert op basis van wederkerigheid. In dat geval is het algemeen belang de verliezer, terwijl ook het moreel gezag van de overheid op het spel wordt gezet. Aldus raakt het concept van wederkerigheid recht-

248 Schlösssels 1995, p. 157.

249 Teunissen 1995, p. 290. Vgl. ook Heldeweg die vreest dat de wederkerigheid voortaan de basis voor rechtmatigheid gaat vormen in plaats van de wetmatigheid, dat daarmee in wezen verwordt tot een gepasseerd station: 'Wat kan er tegen zijn *dat* de overheid optreedt of dat de overheid op een bepaalde *wijze* optreedt als daarover tussen betrokkenen 'wederkerig overeenstemming' bestaat? Is daarmee niet een grondslag gegeven die de rechtvaardiging van democratische legitimatie als gezagsbasis te boven gaat?' Zie Heldeweg 1995, p. 123.

250 Zie onder meer Heldeweg 1995, p. 150.

251 Vgl. Teunissen 1995, p. 316.

252 Schlössels 1995, p. 166-167. Zie ook Seerden 1995, p. 271.

253 Beurskens 1995, p. 52-54.

streeks aan de geloofwaardigheid en de integriteit van de overheid als behartiger van het algemeen belang.[254]

Op basis van genoemde kritiek achten de Maastrichtse onderzoekers het concept van de wederkerige rechtsbetrekking niet alleen overbodig, maar ook misleidend en gevaarlijk. Het concept doet geen recht aan het fundamenteel eenzijdige karakter van de verhouding tussen bestuur en burger, het leidt tot tal van onbepaalde plichten met als gevolg een uitholling van het legaliteitsbeginsel en grote rechtsonzekerheid en het doet afbreuk aan de taak van de overheid het algemeen belang te behartigen. Daarnaast roept het concept van de wederkerige rechtsbetrekking onjuiste en te vergaande associaties met het privaatrecht op: van ware, privaatrechtelijke wederkerigheid in de zin van 'voor wat hoort wat' is geen sprake en kan ook geen sprake zijn.[255] De wederkerigheid binnen het bestuursrecht dient daarom beperkt te blijven tot het algemene vereiste dat bestuur en burger over en weer rekening met elkanders positie en belangen moeten houden,[256] een vereiste dat voor wat betreft het bestuurlijk handelen reeds kan worden teruggevoerd op de algemene beginselen van behoorlijk bestuur. In zoverre kan dan ook worden gezegd dat elke bestuursrechtelijke rechtsbetrekking per definitie wederkerig is.[257] De conclusie van de Maastrichtse onderzoekers luidt dan ook dat aan het concept van de wederkerige rechtsbetrekking binnen het bestuursrecht geen zelfstandige plaats toekomt.[258]

Ook op een later moment – toen het stof rond de introductie van de wederkerige rechtsbetrekking door de wetgever al wat meer was neergedaald – is herhaaldelijk geageerd tegen de beschrijving van de verhouding tussen bestuur en burger in termen van wederkerigheid.[259] Wolfson betoogt dat deze rechtsbetrekking in juridische zin ten principale asymmetrisch blijft, nu de overheid bevoegd is eenzijdig de rechtspositie van de burger te bepalen.[260] In zijn visie kan pas worden gesproken van ware wederkerigheid wanneer de bevoegdheid

254 Simon 1995, p. 119.

255 Vgl. Hes 1995, p. 20-21. Ook Simon is van mening dat de notie van wederkerigheid in de zin van *do ut des* in het publiekrecht geen rol mag spelen, gezien het feit dat binnen het bestuursrecht altijd sprake dient te zijn van een objectieve taakvervulling ongeacht de 'opstelling' van de burger. Zie Simon 1995, p. 89-90. Volgens Heldeweg suggereert wederkerigheid – ten onrechte – dat het bestuur door middel van ruil iets zou kunnen aanbieden dat op grond van het objectieve recht niet geboden zou kunnen worden. Zie Heldeweg 1995, p. 150. Zie voorts in vergelijkbare zin Beurskens 1995, p. 59; Schlössels 1995, p. 189 en Seerden 1995, p. 266-267.

256 Zie onder meer Van der Meulen 1995, p. 231.

257 Beurskens 1995, p. 55.

258 Zie voor een samenvatting van deze bevindingen Tak 1995b.

259 Zie ook Van der Linden 2008, p. 132-136 voor een handzaam overzicht van kritische reacties op het concept van de wederkerige rechtsbetrekking sinds 1995, waarbij zij onder meer verwijst naar Damen 1997 en Ten Berge 2007.

260 Wolfson 2003.

van de overheid tot inmenging in de rechtspositie van de burger afhankelijk wordt gemaakt van de instemming van de burger met die inmenging. Volgens Wolfson blijft de wederkerigheid in de rechtsbetrekking tussen overheid en burger dan ook een fictie, 'zolang en voorzover de bovenschikking niet is gehorizontaliseerd in een transactierelatie'.[261] Wolfson staaft deze analyse door twee aspecten van de rechtstreekse, gelijkwaardige ruil te onderscheiden: enerzijds het gelijk oversteken (voor wat hoort wat als *sanctiemechanisme*), anderzijds de wijze waarop het rechtstreeks koppelen van rechten en plichten voorkeuren verheldert (voor wat hoort wat als *informatiemechanisme*). Nu het traditionele overheidsoptreden wordt gekenmerkt door indirecte ruil (belastingbetaling door de burger versus behartiging van het algemeen belang door de overheid), waarbij individuele aanspraken niet meer met individuele verplichtingen worden geconfronteerd, ontbreekt het binnen de traditionele, op eenzijdigheid gebaseerde verhoudingen binnen het bestuursrecht met name aan dit tweede aspect. Slechts wanneer overheid en burger elkaar vinden binnen een transactierelatie kan worden gezegd dat hun onderlinge verhouding ook door deze informerende wederkerigheid wordt gekenmerkt.[262]

En in 2008 constateert Van der Linden dat de in het voorgaande beschreven door de Maastrichtse school geuite bezwaren tegen het concept van de wederkerige rechtsbetrekking zich in de praktijk van het bestuursrecht inderdaad zouden hebben verwezenlijkt: 'De wederkerige rechtsbetrekking is als concept fluisterend het bestuursrecht binnengerold. Als concrete uitwerking van onzichtbaar bestuur is het zeer levendig. Het legt vaak vage (buiten)wettelijke (extra) plichten op burgers, waar rechtsbescherming afkalft. Zo bezien is het concept het bestuursrecht binnengesmokkeld als toverformule voor pragmatisch bestuur, tegen de burger en tegen gerechtvaardigde eisen van [de] rechtsstaat.'[263] Scheltema is een andere mening toegedaan waar hij stelt dat het concept van de wederkerige rechtsbetrekking – mede door de verschillende kritische reacties – bij de interpretatie en de toepassing van de Algemene wet bestuursrecht tot op heden weinig richtinggevend is geweest. Het besluitbegrip is in zijn ogen centraal blijven staan.[264]

5.4.3.4 De bestuursrechtelijke rechtsbetrekking volgens Gribnau

Een overtuigende weerlegging van de hierboven weergegeven kritiek op de wederkerige rechtsbetrekking binnen het bestuursrecht kan worden gevonden

261 Wolfson 2003, p. 959.

262 Wolfson betoont zich vervolgens dan ook een voorstander van het hanteren van transacties voor het bereiken van beleidsdoelstellingen. Zie Wolfson 2003, p. 963.

263 Van der Linden 2008, p. 146. Zie in dit verband ook Ten Berge 2007, p. 21-25.

264 Scheltema 2008, p. 208. Volgens hem ten onrechte (p. 217): 'In de verhouding tussen bestuur en burger gebeurt veel meer – en moet ook veel meer gebeuren – dan het nemen van besluiten.'

bij Gribnau.[265] Naar zijn mening is de kritiek in feite gebaseerd op conceptuele onduidelijkheid die voor een belangrijk deel wordt veroorzaakt door het begrip wederkerigheid. Zoals eerder gememoreerd, pleit Gribnau daarom voor gebruik van de term correlativiteit ter aanduiding van hetgeen in het algemeen wordt verstaan onder de wederkerige rechtsbetrekking, daar dit begrip de bezwaren die tegen het gebruik van de term wederkerigheid zijn gerezen, zou kunnen ondervangen.[266] In tegenstelling tot de term wederkerigheid miskent de term correlatieve asymmetrische rechtsbetrekking immers niet dat bestuur en burger principieel ongelijke partijen zijn en dat het bestuur de bevoegdheid heeft eenzijdig invloed op de rechtsbetrekking uit te oefenen. Beide beweringen zijn zonder meer juist, aldus Gribnau. Zij nemen evenwel niet weg dat bestuur en burger over en weer rekening met elkanders belangen en posities moeten houden en er zodoende te allen tijde over en weer rechten en verplichtingen tussen bestuur en burger bestaan. Dat deze rechten en verplichtingen in het algemeen ongelijk zijn verdeeld tussen bestuur en burger komt tot uitdrukking door de bestuursrechtelijke rechtsbetrekking te karakteriseren als een correlatieve asymmetrische rechtsbetrekking.[267] Hierbij is de eenzijdigheid van het bestuurlijk handelen – de principieel scheve verdeling van de rechtsbevoegdheid – verdisconteerd in de asymmetrie, terwijl de correlativiteit aangeeft dat beide partijen gehouden zijn rekening met elkanders belangen en posities te houden. Hieraan voegt Gribnau toe dat het legaliteitsbeginsel – één van de pijlen die de critici op het concept van de wederkerige rechtsbetrekking afvuren – inderdaad impliceert dat de verplichting van de burger om rekening te houden met de positie en de belangen van het bestuur 'steeds met de nodige terughoudendheid en prudentie moet worden geconcretiseerd'.[268] De voor zowel bestuur als burger bestaande abstracte plicht om over en weer rekening met elkander te houden kan daarom in concreto vanwege de ongelijkheid van de betrokken rechtssubjecten ongelijk zijn verdeeld: het bestuur dient dientengevolge meer met de belangen van de burger rekening te houden dan omgekeerd.[269] Dit brengt onder meer met zich dat de burger – binnen zekere grenzen – zijn individuele belang naar eigen inzicht mag behartigen, terwijl het bestuur zowel het algemeen belang als het individuele belang van de betrokken burger in het oog dient te houden. Nu de algemene zorgplicht die bestuur en burger over en weer jegens elkander hebben in zijn concrete uitwerking omgekeerd asymmetrisch is verdeeld, kan in dat opzicht van een zekere ongelijkheidscompensatie worden gesproken.

265 Zie Gribnau 1996, p. 113-115. Overigens zet hij zich op deze plaats niet expliciet af tegen de Maastrichtse kritiek. Zie ook Gribnau 1998, p. 233-241.
266 Zie § 5.3.3.3.
267 Gribnau 1998, p. 222-224.
268 Gribnau 1996, p. 115, met verwijzing naar Damen 1993, p. 113 en Van Male 1993, p. 20-21.
269 Gribnau 1998, p. 224.

Wat betreft de asymmetrie van de bestuursrechtelijke rechtsbetrekking, moet worden bedacht dat deze in het algemeen tweeledig is. Niet alleen kenmerkt de rechtsbetrekking tussen bestuur en burger zich door juridische asymmetrie, veelal is zij ook feitelijk asymmetrisch. Dit is vanzelfsprekend met name het geval wanneer het een rechtsbetrekking tussen het bestuur en een natuurlijke persoon betreft.[270] In dat geval wordt de asymmetrische verhouding die ligt besloten in de juridische aard van de verhouding tussen bestuur en burger nog eens versterkt door een situatie van feitelijke asymmetrie. Niettemin kan – gezien het correlatieve karakter van de asymmetrische rechtsbetrekking – ook in een dergelijk geval de situatie van asymmetrie nooit in volledige publiekrechtelijke autonomie van het bestuur ontaarden. De heerschappij van ongeschreven rechtsbeginselen vormt hiertegen de ultieme waarborg, aldus Gribnau.[271] Sterker nog, veelal hebben deze rechtsbeginselen een zekere dempende werking op de asymmetrische verhouding tussen bestuur en burger. Zeker de juridische asymmetrie wordt volgens Gribnau vaak gemitigeerd doordat extra eisen van behoorlijkheid worden gesteld aan de eenzijdige uitoefening van bevoegdheden,[272] terwijl er – gezien het legaliteitsbeginsel – buitengewoon weinig ruimte is om ongeschreven eisen aan het optreden van de burger te stellen.[273] In een situatie van juridische asymmetrie is de algemene, ongeschreven zorgplicht van bestuur en burger om over en weer rekening met elkanders belangen en positie te houden daarom omgekeerd asymmetrisch verdeeld. In de praktijk betekent dit dat de ongeschreven plichten van de burger in het algemeen beperkt blijven tot communicatieve plichten: de ongeschreven plicht tot het verschaffen van informatie die het bestuur nodig heeft bij zijn taakuitoefening.[274] Gribnau ziet in feite slechts ruimte voor het stellen van aanvullende, ongeschreven eisen aan het handelen van de burger op indirecte wijze, namelijk door het niet honoreren van de aanspraak van de burger op rechtsbescherming op grond van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur indien de burger zelf niet aan zijn ongeschreven plichten heeft voldaan. Niettemin moet de rechter volgens Gribnau ook met het toelaten van dergelijke voorwaardelijke ongeschreven plichten van de burger uiterst zuinig omgaan.[275] Aldus wordt de voor het bestuursrecht kenmerkende asymmetrie verdisconteerd in de wijze waarop en de mate waarin voor bestuur en burger concrete verplichtingen voortvloeien uit de algemene zorgplicht die zij jegens elkander hebben. Dit geldt ook voor de mate van feitelijke asymmetrie, hetgeen met zich brengt dat de aanvullende ongeschreven verplichtingen voor de burger als rechtspersoon verstrekkender kunnen zijn dan

270 Gribnau 1998, p. 220.
271 Gribnau 1998, p. 222.
272 Gribnau 1998, p. 218.
273 Gribnau 1998, p. 225. Zie in vergelijkbare zin Pessers 1999, p. 226.
274 Gribnau 1998, p. 226-228.
275 Gribnau 1998, p. 231-233.

de aanvullende ongeschreven verplichtingen van de burger als natuurlijke persoon.[276]

5.4.3.5 Conclusie

Uit het voorgaande moge duidelijk zijn geworden dat de introductie in het bestuursrecht van het concept van de wederkerige rechtsbetrekking veel stof heeft doen opwaaien. Het feit dat in deze nieuwe benaderingswijze het besluit niet langer centraal staat, maar uitgegaan wordt van een dynamische verhouding waarin het besluit één van de mogelijke gebeurtenissen is, wordt door de één als een groot voordeel gezien, terwijl de ander hierin een groot gevaar ziet. Wat zich in de discussie lijkt te wreken, is dat de wetgever zijn bedoeling met het concept van de wederkerige rechtsbetrekking nooit geheel duidelijk heeft gemaakt en onduidelijkheid heeft laten bestaan over de wijze waarop het begrip wederkerige rechtsbetrekking dient te worden ingevuld en wat de consequenties van dit concept (zouden moeten) zijn, als gevolg waarvan de critici wellicht meer beren op de weg hebben gezien dan strikt genomen nodig was geweest. Het gros van de kritiek richt zich dan ook niet zozeer op hetgeen de wetgever wel over de wederkerige rechtsbetrekking opmerkt, maar veeleer op hetgeen onvermeld blijft. Leidt de wederkerige rechtsbetrekking niet tot een ongerechtvaardigde gelijkschakeling van de per definitie ongelijkwaardige partijen binnen het bestuursrecht? Leidt de wederkerige rechtsbetrekking niet tot een omzeiling van het klassieke, op legaliteit gebaseerde bestuursrecht door het gebruik van tal van privaatrechtelijke instrumenten door het bestuur? Wordt de burger niet belast met een toenemend aantal onbepaalde (zorg)plichten? Leidt de wederkerige rechtsbetrekking niet tot een veronachtzaming van het algemeen belang en de belangen van derden?

Een deel van de kritiek kan worden toegeschreven aan de identificatie van het begrip wederkerigheid met het begrip gelijkwaardigheid, een identificatie waartoe de bewoordingen van de memorie van toelichting op zichzelf geen aanleiding geven. Integendeel, de memorie spreekt expliciet van 'een rechtsbetrekking tussen weliswaar naar hun aard verschillende partijen'.[277] Wanneer het begrip wederkerigheid wordt gereserveerd voor de wijze waarop de rechten en plichten binnen een zekere relatie zijn verdeeld,[278] treft de herhaaldelijk geuite kritiek dat het concept van de wederkerige rechtsbetrekking miskent dat het binnen het bestuursrecht gaat om volstrekt ongelijkwaardige partijen dan ook geen doel. Wanneer voorts wordt onderkend dat in dit verband met de term wederkerigheid op niet meer wordt gedoeld dan de wederkerigheid als imperatief – door Gribnau aangeduid als de notie van

276 Gribnau 1998, p. 226-228.
277 *Kamerstukken II* 1988/89, 21 221, nr. 3, p. 12. Zie ook Scheltema 2008, p. 208.
278 Zie § 5.3.3.

correlativiteit –,[279] neemt dat ook de wind uit de zeilen van het bezwaar dat de notie van wederkerigheid ertoe zou kunnen leiden dat de overheid met behulp van privaatrechtelijke instrumenten het klassieke bestuursrecht zou kunnen omzeilen, met alle negatieve gevolgen van dien voor het algemeen belang en de belangen van derden. Dit bezwaar is immers (ten onrechte) gebaseerd op een interpretatie van het begrip wederkerigheid op een wijze die in het voorgaande is geduid als wederkerigheid als afspraak, de wederkerigheid in strikt juridische zin.[280] Daarmee resteert enkel het gevaar dat de notie van wederkerigheid – op te vatten als wederkerigheid als imperatief – gemakkelijk zou kunnen leiden tot het aannemen van allerhande ongeschreven verplichtingen voor de burger. Dit kan binnen de bestuursrechtelijke rechtsbetrekking, gebaseerd als deze is op het legaliteitsbeginsel, inderdaad niet worden geaccepteerd. Een in dit opzicht voor wat betreft de positie van de burger terughoudende interpretatie van de uit de notie van correlativiteit voortvloeiende stelregel dat rechtssubjecten over en weer rekening dienen te houden met elkanders belangen, kan evenwel genoegzaam tegen dit gevaar waken. Voor een dergelijke terughoudende interpretatie is ook alle aanleiding gezien de asymmetrie binnen de bestuursrechtelijke rechtsbetrekking.[281]

5.4.4 De rechtsbetrekking in het strafrecht

Het begrip rechtsbetrekking heeft tot op heden nauwelijks ingang gevonden in de strafrechtelijke literatuur. Alleen Schalken en Cleiren hebben op enig moment de strafrechtelijke verhouding(en) expliciet aan de hand van het concept van de rechtsbetrekking beschreven.[282] Schalken deed dit zeer nadrukkelijk in zijn oratie *Strafrecht als systeem van rechtsbetrekkingen*.[283] Volgens Schalken kan het strafrecht worden omschreven als 'een methode tot ordening van publiekrechtelijke rechtsbetrekkingen met behulp van bijzondere, soms exclusief aan het strafrecht toevertrouwde instrumenten',[284] waarbij hij het begrip rechtsbetrekking – in navolging van Achterberg[285] – opvat als een door rechtsnormen vormgegeven betrekking tussen twee of meer subjecten. In het verband van het (materiële en formele) strafrecht staat de overheid als rechtssubject in rechtsbetrekking tot een bepaald of onbepaald aantal burgers als rechtssubject. Hierbij geldt dat de overheid beschikt over het recht tot normschepping en normhandhaving, terwijl de burger beschikt over het recht op vrijheid. Volgens Schalken kunnen deze rechten alleen bestaan in relaties

279 Zie § 5.3.3.1 en 5.3.3.3.
280 Zie § 5.3.3.1.
281 Zie § 5.4.3.4
282 Cleiren 1992. Zie § 5.4.4.2.
283 Schalken 1987.
284 Schalken 1987, p. 7.
285 Achterberg 1982, p. 31.

tussen de rechtssubjecten onderling. Hij plaatst het belang van de rechtsbetrekking aldus voorop.[286] Hij werkt de relatie tussen rechtssubjectiviteit en rechtsbetrekking vervolgens als volgt uit:

> 'Omdat een rechtssubject slechts in zoverre en juist daardoor rechtssubject is als hij in rechtsbetrekking tot anderen staat, kan elk rechtssubject bij de verwezenlijking van zijn rechten over niet méér beschikken dan hem uit hoofde van de rechtsbetrekking tot andere rechtssubjecten toekomt of is toegestaan. De inhoud van het recht van de een wordt dus vormgegeven door de inhoud van het recht van de ander. Deze gebondenheid van rechtssubjecten aan elkaar bepaalt de geldigheid van argumenten, die met het oog op de ordening van rechtsbetrekkingen in het geding worden gebracht. Zo zal het recht van de overheid om normen te creëren en de handhaving daarvan desnoods af te dwingen, zijn begrenzing vinden in de fundamentele rechten en vrijheden van de mens. Maar omgekeerd wordt de reikwijdte van de burgerlijke vrijheid mede bepaald door de ruimte, die de overheid voor de publieke zaak nodig heeft. Dit leidt ertoe dat elk rechtssubject zijn rechten in de keerzijde ervan, in plichten, weerspiegeld ziet.'[287]

Schalken gaat aldus uit van een relationele opvatting van het begrip rechtssubject, waarbij de invulling van de subjectieve rechten en plichten van de betrokken rechtssubjecten afhankelijk is van de concrete onderlinge rechtsbetrekking. Schalken omarmt hiermee niet alleen expliciet het concept van de rechtsbetrekking voor de strafrechtelijke verhoudingen, maar hij lijkt in deze strafrechtelijke rechtsbetrekking ook impliciet een zekere notie van wederkerigheid in te lezen. Dit blijkt met name wanneer hij de strafrechtelijke rechtsbetrekking verder uitwerkt:

> 'De vrijheid wordt beperkt door de plicht rechtsnormen, die in het algemeen de vrijheid voor een ieder garanderen, in concreto na te leven. Dat geldt zowel voor de burger als voor de overheid. Voor de burger kan erop worden gewezen, dat zijn vrijheid beperkt wordt door de wettelijk omschreven verplichting om in een aantal gevallen, ook in zijn eigen zaak, aan de opheldering van strafbare feiten mee te werken. Voor de overheid geldt dat haar beleidsvrijheid niet gelijk kan worden gesteld met het naar eigen inzicht uitoefenen van een discretionaire bevoegdheid. Zij omvat eerder de plicht om binnen de grenzen van de rechtsbetrekking, uit hoofde waarvan de discretionaire bevoegdheid is toegekend, rekening te houden met de belangen van de burger waarop deze rechtens aanspraak heeft.'[288]

Zonder de strafrechtelijke rechtsbetrekking met zoveel woorden in termen van wederkerigheid te beschrijven, komt Schalken met deze observaties dicht in de buurt van de eerdergenoemde notie van wederkerigheid als imperatief

286 Vgl. § 5.2.5.
287 Schalken 1987, p. 8.
288 Schalken 1987, p. 8.

en de notie van correlativiteit, opgevat als de eis om over en weer rekening te houden met elkanders belangen en positie.

Vervolgens geeft Schalken een meer inhoudelijke invulling aan de strafrechtelijke rechtsbetrekking. Hij karakteriseert deze rechtsbetrekking als een publiekrechtelijke verhouding. De publiekrechtelijke aard van de strafrechtelijke rechtsbetrekking wordt volgens hem evenwel niet in de eerste plaats bepaald door het feit dat daarin de behartiging van het algemeen belang centraal staat – ook de private normhandhaving binnen het civiele recht draagt volgens Schalken tot het algemeen belang van de rechtsorde bij –, maar met name door het feit dat de overheid op grond van haar recht tot normhandhaving bevoegd is dwangmiddelen en punitieve sancties toe te passen, doch daarbij tegelijkertijd wordt beperkt door de opdracht adequate rechtsbescherming voor de betrokkenen te garanderen. Juist in deze rechtsbeschermende component is de publiekrechtelijke aard van de strafrechtelijke rechtsbetrekking gelegen.[289] De strafrechtelijke rechtsbetrekking wordt aldus in zijn algemeenheid gekenmerkt door het feit dat het twee belangen in zich moet verenigen: normhandhaving en rechtsbescherming. Schalken begrijpt deze twee belangen als twee algemene, op de rechtsstaat georiënteerde belangen, die beide dienen te worden behartigd door de overheid. Het belang van rechtsbescherming dient in zijn visie dan ook niet te worden opgevat als een louter individueel belang van de verdachte burger.[290] Hierbij geldt dat de mate van rechtsbescherming die de overheid moet bieden afhankelijk is van de ingrijpendheid van de (mogelijke) sanctie, hetgeen betekent dat de overheid binnen de context van het strafrecht in vergelijking met de overige gebieden van het publiekrecht een hoge mate van rechtsbescherming dient te garanderen. Juist in deze 'gebondenheid van de overheid aan het respect dat zij voor de rechtspositie van de burger weet op te brengen naar de mate van ingrijpendheid van de sanctie' ligt volgens Schalken 'de ethische kern van het publiekrecht'.[291] Of, in andere woorden: 'Het principe van de rechtsstaat berust op een blijvend evenwichtige uitkomst van de dialectische afweging tussen normhandhaving en rechtsbescherming.'[292]

Vervolgens maakt Schalken een onderscheid tussen de materieelrechtelijke en de procesrechtelijke rechtsbetrekking. Hierbij kan het materiële strafrecht worden gezien als een complex van rechtsbetrekkingen tussen (alle) rechtssubjecten onderling. Schalken spreekt van 'alle rechtsgenoten die van de overheid garanties verlangen tegen een onrechtmatige inbreuk op hun fundamentele rechten en vrijheden'.[293] Wanneer een strafbaar feit wordt gepleegd, wordt

289 Schalken 1987, p. 9-10.
290 Schalken 1987, p. 6-7. Volgens Schalken zijn binnen de rechtsstaat beide belangen van 'publiekrechtelijke orde' en behoren zij tot dezelfde 'rechtsgradatie'. Zie Schalken 1987, p. 16.
291 Schalken 1987, p. 11.
292 Schalken 1987, p. 19.
293 Schalken 1987, p. 14-15.

niet alleen een norm overtreden, maar vindt ook een inbreuk op (één of meerdere van) deze rechtsbetrekkingen plaats. De materiële rechtsbetrekking is aldus niet beperkt tot de dader, het slachtoffer en eventueel andere direct betrokkenen, maar kan zich mede uitstrekken tot alle andere rechtssubjecten binnen de samenleving. In veel gevallen zal de overheid volgens Schalken dan ook niet kunnen volstaan met het respecteren van de rechtsbetrekking tot de dader, maar zal hij mede acht moeten slaan op de rechtsbetrekkingen met andere direct betrokkenen of de samenleving als geheel. De taak van de overheid te zorgen voor rechtsbescherming is dan ook tweeërlei: enerzijds rechtsbescherming *door* normhandhaving, waarmee de rechten van anderen dan de normovertreder worden beschermd, en anderzijds rechtsbescherming *tegen* normhandhaving, waarmee de rechtspositie van de normovertreder wordt bewaakt.[294]

Een en ander dient te worden verwezenlijkt door middel van het strafproces. Naast de materieelrechtelijke rechtsbetrekking onderscheidt Schalken dan ook de procesrechtelijke rechtsbetrekking. Hij beschouwt de procesrechtelijke rechtsbetrekking – gezien de dienende rol van het strafprocesrecht ten opzichte van het materieel strafrecht – als een afgeleide van de eerste. Het strafproces strekt ertoe rechtsnormen in de materieelrechtelijke rechtsbetrekkingen tussen rechtssubjecten langs de formele weg van procedures tot gelding te brengen.[295] Hierbij dient de waarheidsvinding als doel van het strafproces te worden verstaan als het vinden van de grondslag waarop rechtsbetrekkingen functioneren.[296] Vanaf het moment dat een strafbaar feit is gepleegd of de verdenking daartoe aanwezig is, ontstaat een geheel eigen systeem van rechtsbetrekkingen dat de procesrechtelijke verhoudingen regelt tussen alle rechtssubjecten die bij de opheldering en afdoening van het strafbare feit zijn betrokken (politie, Openbaar Ministerie en rechter, maar ook getuigen en deskundigen).[297] Binnen het kader van de waarheidsvinding heeft de overheid de beschikking over vergaande dwangmiddelen, die zij eenzijdig kan toepassen zonder dat andere rechtssubjecten hierover zeggenschap hebben. Hierbij zijn de ingrijpendheid van de dwangmiddelen en de daaraan gerelateerde ruimte voor de verdachte zich hiertegen te verweren, gekoppeld aan de ernst van de verdenking tegen de verdachte. Aldus vindt volgens Schalken de bevoegdheidsuitoefening binnen het strafprocesrecht plaats in een voortdurend proces van ontwikkeling van rechtsbetrekkingen.[298] Ook de strafvorderlijke rechtsbetrekking moet dan ook als een dynamisch concept worden beschouwd.[299]

---

294 Schalken 1987, p. 15. Deze opvatting komt overeen met de betekenis die 't Hart toekent aan het begrip rechtsbescherming binnen de relationele rechtsopvatting. Zie onder meer 't Hart 1994, p. 226-228. Zie meer uitgebreid § 6.2.6.2 en § 6.3.4.3.

295 Schalken 1987, p. 13.

296 Schalken 1987, p. 15.

297 Schalken 1987, p. 13. Zie in vergelijkbare zin Cleiren 1992, p. 13. Zie voorts § 6.2.1.2.

298 Schalken 1987, p. 14.

299 Vgl. § 5.2.7.

Binnen deze dynamiek wordt volgens Schalken 'een stelsel van wederzijdse rechtsposities' zichtbaar, dat zowel door geschreven als ongeschreven recht tot stand komt. Karakteristiek voor het strafprocesrecht is evenwel dat de posities van partijen binnen de strafvorderlijke rechtsbetrekking in sterke mate worden bepaald door dwingend recht.[300]

5.4.4.1 De mate van gelijkheid van de betrokken rechtssubjecten

De vraag is vervolgens hoe deze procesrechtelijke rechtsbetrekkingen binnen het strafrecht – in het bijzonder de verhouding tussen Openbaar Ministerie en verdachte – moeten worden geduid in termen van symmetrie/asymmetrie en eenzijdigheid/wederkerigheid. Wat betreft de vraag naar de machtsverhouding tussen de procesdeelnemers – het Openbaar Ministerie en de verdachte – is duidelijk dat deze wordt gekenmerkt door een hoge mate van juridische asymmetrie: het Openbaar Ministerie heeft diverse bevoegdheden met behulp waarvan hij de rechtsbetrekking met de verdachte eenzijdig kan beïnvloeden. De verdachte heeft in de verschillende stadia weliswaar ook bepaalde rechten en bevoegdheden, maar deze zijn in het algemeen in hoge mate reactief, hetgeen betekent dat zij veelal afhankelijk zijn van de vraag op welke wijze het Openbaar Ministerie zijn bevoegdheden ten aanzien van de verdachte hanteert. De verdachte kan de inhoud van de rechtsbetrekking dan ook niet wezenlijk beïnvloeden. Het primaat om vorm te geven aan de onderlinge rechtsbetrekking ligt duidelijk bij het Openbaar Ministerie. Ook Cleiren is van mening dat de rechtsbetrekking in het strafrecht ten principale asymmetrisch blijft:

> 'Het asymmetrische karakter van die rechtsbetrekking komt met name tot uitdrukking in het feit dat de overheid een burger onvrijwillig het strafproces binnenloodst. De mogelijkheid daartoe wordt wel beperkt door de eis dat het moet gaan om een burger met een bepaalde hoedanigheid, de verdachte. Ook als die burger eenmaal als zodanig is 'aangewezen' blijft de rechtsbetrekking overwegend asymmetrisch. De verdachte verkeert immers – ondanks het feit dat hem rechten en bevoegdheden zijn toegekend – ook gedurende de strafprocedure niet in een gelijkwaardige positie met de organen van strafrechtspleging.'[301]

Veelal wordt deze situatie van juridische asymmetrie nog eens versterkt door een situatie van feitelijke asymmetrie: het Openbaar Ministerie als professioneel overheidsorgaan tegenover de individuele verdachte. Deze feitelijke asymmetrie wordt weliswaar deels gemitigeerd door het feit dat de verdachte zich kan doen laten bijstaan door een raadsman, maar dit gaat in het algemeen niet zover dat de asymmetrie in de feitelijke verhoudingen tussen Openbaar Minis-

300 Schalken 1987, p. 14.
301 Zie Cleiren 1992, p. 22-23.

terie en verdachte nagenoeg wordt opgeheven. Slechts in situaties waarin het gaat om een rechtspersoon als verdachte kan er *de facto* sprake zijn van een zekere gelijkwaardigheid van procespartijen, maar ook dan wordt deze feitelijke symmetrie steeds overschaduwd door het principieel juridische asymmetrische karakter van de onderlinge rechtsbetrekking.

5.4.4.2 De wijze van verdeling van de rechten en plichten binnen de rechtsbetrekking

Een en ander heeft zijn weerslag op de wijze waarop de verschillende rechten en plichten binnen de rechtsbetrekking over de betrokken rechtssubjecten zijn verdeeld, en dus op de vraag hoe de rechtsbetrekking tussen Openbaar Ministerie en verdachte moet worden geduid in termen van eenzijdigheid en wederkerigheid. In strikt juridische zin wordt deze verhouding gekenmerkt door een sterke mate van eenzijdigheid, al was het alleen al vanwege het feit dat het Openbaar Ministerie de rechtsbetrekking eenzijdig doet ontstaan door de verdachte onvrijwillig het proces in te loodsen. Ook daarna monopoliseert het Openbaar Ministerie de rechtsbetrekking met de verdachte vrijwel in zijn geheel: waar het Openbaar Ministerie tal van bevoegdheden heeft waarmee het de rechtsbetrekking eenzijdig kan invullen, staat de verdachte slechts een bescheiden aantal bevoegdheden ter beschikking, waarvan de hantering veelal afhankelijk is gemaakt van de opstelling of de medewerking van het Openbaar Ministerie of de rechter. In dat verband spreekt Cleiren dan ook van afgeleide bevoegdheden.[302]

Dit neemt niet weg dat ook de strafrechtelijke rechtsbetrekking – evenals de bestuursrechtelijke rechtsbetrekking – wel degelijk wederkerige elementen kent. Het gaat dan niet om wederkerigheid in strikt juridische zin, maar om wederkerigheid als imperatief, de eis om over en weer rekening te houden met elkaars posities en belangen.[303] Uit deze algemene zorgplicht – eerder ook aangeduid als de notie van correlativiteit – kunnen voor beide partijen, afhankelijk van de concrete omstandigheden van het geval, verschillende verplichtingen worden afgeleid, waarbij de verdeling van deze ongeschreven verplichtingen mede afhankelijk is van de mate van symmetrie tussen de betrokken procesdeelnemers.[304] Hoe machtiger de ene procesdeelnemer (het Openbaar Ministerie) ten opzichte van de andere procesdeelnemer (de verdachte) is, hoe meer hij vanuit de algemene zorgplicht die voortvloeit uit de notie van wederkerigheid als imperatief zal worden belast met concrete, ongeschreven verplichtingen. Voor wat betreft het handelen van het Openbaar Ministerie kan de uit de wederkerigheid als imperatief voortvloeiende algemene zorgplicht worden herkend in de gelding van de beginselen van een behoorlijke strafrechtspleging en de notie van magistratelijkheid. Ook van de verdachte

302 Zie Cleiren 1992, p. 22; zie in dit verband uitgebreider § 6.2.5.2.
303 Zie § 5.3.3.1.
304 Zie § 5.3.3.3.

mag op grond van de notie van wederkerigheid als imperatief evenwel het een en ander worden verwacht, zij het dat de ruimte tot het aannemen van ongeschreven verplichtingen voor de verdachte ingevolge het legaliteitsbeginsel uiterst beperkt is. Het blijkt in de praktijk met name te gaan om het voorschrijven van een actieve proceshouding voor de verdediging. Ook de strafrechtelijke rechtsbetrekking kan daarmee in zekere zin als wederkerig worden gekenschetst.[305]

Hierbij dient evenwel te worden bedacht dat de wederkerigheid binnen de strafrechtelijke rechtsbetrekking (nog) beperkter is dan binnen het bestuursrecht. De rechtsbetrekking tussen Openbaar Ministerie en verdachte wordt immers per definitie eenzijdig door het Openbaar Ministerie in het leven geroepen, terwijl binnen het bestuursrecht rechtsbetrekkingen niet alleen op eenzijdig initiatief van het bestuur kunnen ontstaan, maar ook op initiatief van de burger, bijvoorbeeld in de situatie waarin de burger een aanvraag tot verlening van een vergunning doet bij het bestuur. Hoewel een dergelijke rechtsbetrekking wellicht in die zin niet geheel vrijwillig ontstaat, dat de burger voor het aanvragen van een vergunning nu eenmaal op het bestuur is aangewezen, kan hier in ieder geval een zekere mate van vrijwilligheid aan de kant van de burger worden waargenomen, nu hij ook van het aanvragen van een vergunning kan afzien. Binnen de strafrechtelijke verhoudingen ontbreekt vrijwilligheid van de kant van de verdachte volledig.

5.5 SLOT

In dit hoofdstuk is de rechtsbetrekking geïntroduceerd als concept met behulp waarvan de rechtsverhoudingen binnen de verschillende klassieke rechtsdomeinen onder een gemeenschappelijke noemer kunnen worden gebracht. Hierbij wordt de rechtsbetrekking beschouwd als een door het recht beheerste verhouding tussen twee of meer rechtssubjecten. Het betreft hier een dynamisch concept, hetgeen betekent dat de inhoud van de rechtsbetrekking voortdurend aan verandering onderhevig is als gevolg van rechtshandelingen en feitelijke gebeurtenissen. Voorts is bij de beschrijving van de rechtsbetrekking in dit hoofdstuk gebruik gemaakt van een aantal onderscheidende begrippenparen met behulp waarvan ordening kan worden aangebracht in verschillende typen rechtsbetrekkingen zonder daarbij de inhoud van de afzonderlijke rechtsdomeinen te betrekken. Aldus zijn in het voorgaande de klassieke rechtsdomeinen privaatrecht, bestuursrecht en strafrecht beschreven in termen van symmetrie en asymmetrie, respectievelijk eenzijdigheid en wederkerigheid. Hierbij bleken alle rechtsgebieden in zekere zin als wederkerig te kunnen worden omschre-

305 De werking van de noties van correlativiteit en wederkerigheid als imperatief binnen de strafrechtelijke rechtsbetrekking zal in het volgende hoofdstuk verder worden uitgewerkt. Zie met name § 6.2.11.

ven, mits wederkerigheid hier wordt opgevat in de zin van wederkerigheid als imperatief: de plicht voor de bij een rechtsbetrekking betrokken rechtssubjecten over en weer rekening te houden met elkaars belangen. Aan de hand van het aan het werk van Gribnau ontleende concept van correlativiteit is vervolgens duidelijk gemaakt dat deze plicht zwaarder op een rechtssubject drukt naarmate deze machtiger is ten opzichte van het rechtssubject tot wie het in rechtsbetrekking staat.

Met behulp van het in dit hoofdstuk beschreven theoretisch kader kan worden beoordeeld hoe de strafrechtelijke overeenkomst zich verhoudt tot de context waarbinnen zij wordt gesloten: de strafrechtelijke rechtsbetrekking tussen Openbaar Ministerie en verdachte of getuige. Bezien moet worden in hoeverre de strafvorderlijke rechtsbetrekking tussen Openbaar Ministerie en verdachte of getuige ruimte biedt tot het sluiten van strafrechtelijke overeenkomsten en wat de consequenties zijn voor deze strafvorderlijke rechtsbetrekking wanneer Openbaar Ministerie en verdachte of getuige besluiten een strafrechtelijke overeenkomst met elkaar aan te gaan. De rechtsbetrekking beschouwend als dynamisch concept, vormt deze overeenkomst immers een gebeurtenis die moet worden beoordeeld tegen de achtergrond van de strafrechtelijke rechtsbetrekking en daarin tegelijkertijd verandering aanbrengt. In het volgende hoofdstuk wordt daarom de strafrechtelijke rechtsbetrekking tussen Openbaar Ministerie en verdachte of getuige verder ingevuld, opdat duidelijk wordt wat de context is van de strafrechtelijke overeenkomst.

6 De strafrechtelijke rechtsbetrekking

6.1 INLEIDING

Uitgaande van het dynamische karakter van de rechtsbetrekking zoals dat in het voorgaande hoofdstuk is geconstateerd, kan ook het aangaan van een strafrechtelijke overeenkomst worden beschouwd als een gebeurtenis binnen een reeds bestaande strafrechtelijke rechtsbetrekking tussen Openbaar Ministerie en verdachte of getuige. De rechtsbetrekking tussen Openbaar Ministerie en verdachte of getuige komt doorgaans immers niet tot stand als gevolg van de overeenkomst; de overeenkomst is veelal een (bepalende) gebeurtenis binnen een reeds eerder gevestigde rechtsbetrekking, als gevolg waarvan de inhoud van deze reeds langer bestaande rechtsbetrekking komt te veranderen. Teneinde deze verandering zichtbaar te maken, dient de rechtsbetrekking die ontstaat als gevolg van een strafrechtelijke overeenkomst te worden bezien in relatie tot deze 'normale' strafrechtelijke rechtsbetrekking zoals die bestond voordat de overeenkomst werd aangegaan.

In dit hoofdstuk wordt eerst stilgestaan bij de algemene rechtsbetrekking tussen Openbaar Ministerie en verdachte, nu deze de context vormt waarbinnen de strafrechtelijke overeenkomst wordt gesloten. In het voorgaande hoofdstuk is al het nodige gezegd over de strafrechtelijke rechtsbetrekking aan de hand van de begrippenparen symmetrie en asymmetrie, en eenzijdigheid en wederkerigheid. In dit hoofdstuk wordt de strafrechtelijke rechtsbetrekking tussen Openbaar Ministerie en verdachte meer inhoudelijk ingevuld zodat de complexiteit van deze rechtsbetrekking in volle omvang duidelijk wordt. In de eerste plaats wordt aandacht besteed aan het ontstaan en de grondslag van de rechtsbetrekking tussen Openbaar Ministerie en verdachte (§ 6.2.1). Voorts wordt in het bijzonder stilgestaan bij de betekenis van het legaliteitsbeginsel voor de strafrechtelijke rechtsbetrekking (§ 6.2.5) en bij de bijzondere positie van het Openbaar Ministerie binnen het strafrechtelijk stelsel, nu deze de inhoud van de strafrechtelijke rechtsbetrekking in belangrijke mate beïnvloedt (§ 6.2.6). In dit kader wordt ook gepoogd nadere inhoud te geven aan de notie van magistratelijkheid (§ 6.2.9). Aan het slot van de schets van de rechtsbetrekking tussen Openbaar Ministerie en verdachte wordt afzonderlijk bij het perspectief van de verdachte op de strafrechtelijke rechtsbetrekking stilgestaan, nu dit perspectief niet volledig tot zijn recht komt binnen de daaraan voorafgaande bespreking van de rechtsbetrekking vanuit constitutioneel en institutioneel perspectief (§ 6.2.10).

In het tweede deel van dit hoofdstuk wordt vervolgens een gelijksoortige beschrijving gegeven van de rechtsbetrekking tussen Openbaar Ministerie en getuige, waarbij in het bijzonder wordt stilgestaan bij de emancipatie van de positie van de getuige zoals die zich de laatste decennia binnen deze rechtsbetrekking heeft voorgedaan (§ 6.3.8 - § 6.3.10). Deze emancipatie van de getuige kan worden gekenschetst als een ontwikkeling naar meer wederkerigheid binnen de rechtsbetrekking. Daaraan voorafgaand wordt ook hier bijzondere aandacht besteed aan de grondslag van de rechtsbetrekking tussen Openbaar Ministerie en getuige, nu deze – zij het om andere redenen dan het geval is bij de rechtsbetrekking met de verdachte – ook hier niet zonder meer evident is (§ 6.3.4). Tot slot worden de specifieke kenmerken van de rechtsbetrekking met een aantal categorieën bijzondere getuigen besproken, te weten de bedreigde getuige, de afgeschermde getuige en de getuige aan wie toezeggingen zijn gedaan (§ 6.3.11). Daarmee is ook gelijk duidelijk met welk doel in dit hoofdstuk afzonderlijk aandacht wordt besteed aan de rechtsbetrekking tussen Openbaar Ministerie en getuige. Deze beschrijving is er met name op gericht een beeld te schetsen van de context waarin de strafrechtelijke overeenkomst ter verkrijging van bewijs dient te worden beoordeeld. Hierbij moet worden bedacht dat in de situatie van een overeenkomst ter verkrijging van bewijs conceptueel sprake is van een cumulatie van rechtsbetrekkingen: enerzijds een rechtsbetrekking tussen Openbaar Ministerie en verdachte, anderzijds een rechtsbetrekking tussen Openbaar Ministerie en getuige, waarbij de rol van verdachte en getuige binnen deze rechtsbetrekkingen wordt vervuld door een en hetzelfde rechtssubject. Als gevolg van de overeenkomst beïnvloeden beide rechtsbetrekkingen elkaar over en weer zodanig dat beide rechtsbetrekkingen weliswaar conceptueel van elkaar kunnen worden onderscheiden, maar in de praktijk samenvloeien tot één rechtsbetrekking tussen enerzijds het Openbaar Ministerie en anderzijds de verdachte/getuige.

6.2 De rechtsbetrekking tussen Openbaar Ministerie en verdachte

6.2.1 De grondslag van de rechtsbetrekking met de verdachte

Waarom komt een burger op een zeker moment in een rechtsbetrekking te staan met het Openbaar Ministerie? Welk rechtsfeit ligt aan de basis van de rechtsbetrekking tussen Openbaar Ministerie en verdachte? Of anders gezegd, wat is de grondslag van deze verhouding? Het Openbaar Ministerie staat immers niet van rechtswege in rechtsbetrekking met alle individuele burgers

die zich binnen de Nederlandse jurisdictie bevinden.[1] Staatsrechtelijk moge weliswaar sprake zijn van een algemene rechtsbetrekking tussen de overheid en elke burger binnen het Nederlands grondgebied; dit levert evenwel niet *eo ipso* een (strafrechtelijke) rechtsbetrekking op tussen de burger en het Openbaar Ministerie als een van de vertegenwoordigers van de overheid. Vanuit rechtsstatelijk perspectief dient voor het ontstaan van een dergelijke rechtsbetrekking een meer bepaalde grondslag te bestaan, niet in de laatste plaats omdat de strafrechtelijke rechtsbetrekking kan legitimeren tot het maken van vergaande inbreuken op de grondrechten van burgers door de strafvorderlijke overheid.[2] Er kunnen diverse aanknopingspunten voor een dergelijke grondslag worden gekozen. Achtereenvolgens zullen een materieelrechtelijke en een formeelrechtelijke benadering worden besproken.

6.2.1.1 Een materieelrechtelijke benadering

Betoogd kan worden dat de grondslag van de rechtsbetrekking tussen het Openbaar Ministerie en de burger is gelegen in het samenstel van normen van het materiële strafrecht, nu het Openbaar Ministerie strafvorderlijk kan optreden op het moment dat de burger één van deze normen overtreedt. In deze visie is als het ware sprake van een latente rechtsbetrekking tussen het Openbaar Ministerie en alle binnen de Nederlandse jurisdictie ressorterende burgers, die tot leven wordt gewekt indien en doordat een van de normen van het materiële strafrecht wordt overtreden.[3] Met het overtreden van een materieelrechtelijke norm door de burger komen Openbaar Ministerie en burger in een actuele rechtsbetrekking tot elkaar te staan waaruit over en weer rechten, bevoegdheden en verplichtingen kunnen voortvloeien. In deze benadering schuilt zonder meer een kern van waarheid: de rechtsbetrekking tussen Openbaar Ministerie en burger vindt zijn legitimatie immers in het gegeven dat een of meer normen van het materiële strafrecht zijn overtreden. In die zin gaat het materiële strafrecht aan de strafrechtelijke rechtsbetrekking vooraf. Niettemin voert een dergelijke visie waarin de grondslag van de strafrechtelijke

1 In het onderstaande wordt kortheidshalve telkens gesproken van een strafrechtelijke rechtsbetrekking tussen verdachte en Openbaar Ministerie. In deze terminologie kan veelal mede de verhouding tussen verdachte en politie worden begrepen, daar de politie zijn strafvorderlijke bevoegdheden onder leiding van de officier van justitie uitoefent (zie artikel 132a en 148 Sv alsmede artikel 13 Politiewet 1993). Ook waar het Openbaar Ministerie *de facto* (nog) geen bemoeienis heeft met de rechtsbetrekking doordat de opsporingsambtenaar zelfstandig tot enige opsporingshandeling overgaat, is het daarbij *de iure* altijd als rechtstreeks verantwoordelijk rechtssubject op de achtergrond aanwezig. De rechtsbetrekking tussen politie en verdachte in de fase van de opsporing en bij de inzet van opsporingsbevoegdheden en dwangmiddelen daarbinnen mag voor wat betreft het onderhavige kader dan ook worden geacht op te gaan in de rechtsbetrekking tussen Openbaar Ministerie en verdachte.

2 Zie ook Cleiren 1992, p. 12.

3 Zie nader over de latente rechtsbetrekking § 5.2.4.

rechtsbetrekking rechtstreeks in het materiële strafrecht wordt gezocht, te ver. Goed beschouwd is er immers geen duidelijke wettelijke grondslag voor een dergelijke latente rechtsbetrekking tussen het Openbaar Ministerie en de burger aan te wijzen, niet in de laatste plaats omdat de normen van het materiële strafrecht in veel gevallen zijn geformuleerd als instructienorm aan de rechter.[4] En voor zover daaruit onderliggende gedragsnormen voor de burger kunnen worden afgeleid, geldt dat ook deze niet zozeer een – al dan niet latente – rechtsbetrekking met het Openbaar Ministerie in het leven roepen, doch veeleer (horizontale) rechtsbetrekkingen vestigen die voor wat betreft de betrokken rechtssubjecten onbepaald zijn en *erga omnes* werken. Hetzelfde geldt voor die strafbepalingen die wel een directe verbodsnorm voor de burger formuleren; ook in die gevallen bestaat voor de burger als normadressaat van de verbodsnorm geenszins een verplichting ten opzichte van het Openbaar Ministerie die norm na te leven. Aldus roepen de normen van het materiële strafrecht materieelrechtelijke rechtsbetrekkingen in het leven, welke van inhoud veranderen op het moment dat de daaraan ten grondslag liggende materieelrechtelijke normen worden overtreden. Schalken formuleert het als volgt:

> 'Het strafrecht omvat een complex van rechtsbetrekkingen, waaraan ook degene die geen strafbaar feit heeft gepleegd, deel heeft, alle rechtsgenoten die van de overheid garanties verlangen tegen een onrechtmatige inbreuk op hun fundamentele rechten en vrijheden. Wanneer een strafbaar feit is gepleegd, gaat het om méér dan de enkele vaststelling, dat de norm is overtreden. Door het delict vindt een inbreuk op rechtsbetrekkingen plaats. De relatie met de rechtsorde is geschonden, de verhouding tot een medeburger die schade heeft geleden, is aangetast, terwijl ook andere bepaalde of niet bepaalde rechtsbetrekkingen verstoord kunnen raken, zoals die tot een bepaalde bevolkingsgroep (bij discriminatie) of tot de samenleving als geheel (wanneer de rechtsorde ernstig is geschokt).'[5]

Als gevolg van de overtreding van de normen van het materiële strafrecht krijgen deze materieelrechtelijke rechtsbetrekkingen een andere invulling, met name de rechtsbetrekking tussen dader en de als gevolg van het delict direct benadeelden. Waar het in dit kader evenwel vooral om gaat, is het feit dat het Openbaar Ministerie als zodanig aan deze materieelrechtelijke rechtsbetrekkingen part noch deel heeft, waarbij het in wezen ook geen verschil maakt of al dan niet sprake is geweest van overtreding van een materieelrechtelijke norm. Wel ontstaat voor het Openbaar Ministerie in geval van overtreding van de normen van het materiële strafrecht een bevoegdheid daartegen handhavend op te treden. Dit gegeven alleen lijkt evenwel onvoldoende om de grondslag van de rechtsbetrekking tussen Openbaar Ministerie en burger

4 Zie voor deze opvatting Enschedé 1979, p. 59-63; zie anders Remmelink 1996, p. 10-11.
5 Schalken 1987, p. 14-15. Zie ook § 5.4.4.

rechtstreeks in de normen van het materiële strafrecht zelf te zoeken. De exclusieve bevoegdheid voor het Openbaar Ministerie tot strafvorderlijk optreden vloeit immers voort uit de normen van het strafprocesrecht: daarin is de grondslag gelegen handhavend op te treden in geval van overtreding van het materiële strafrecht. Indien van deze bevoegdheid gebruik wordt gemaakt, ontstaat derhalve een zelfstandige, processuele rechtsbetrekking tussen Openbaar Ministerie en burger, waarvan de aanleiding weliswaar ligt in (de overtreding van) de normen van het materiële strafrecht, maar waarvan de directe grondslag buiten dat materiële strafrecht is gelegen. In de vraag naar het ontstaan van de rechtsbetrekking schuilt aldus een zeker keuzemoment voor het Openbaar Ministerie, hetgeen voortvloeit uit het feit dat het strafprocesrecht is opgebouwd als een stelsel van bevoegdheidverlenende normen.[6] Anders gezegd: overtreding van het materiële strafrecht brengt nog niet automatisch de inzet van het formele strafrecht en het ontstaan van een strafrechtelijke rechtsbetrekking tussen Openbaar Ministerie en burger met zich.

Daar komt bij dat een visie waarin de grondslag van de rechtsbetrekking tussen Openbaar Ministerie en burger rechtstreeks in het materiële strafrecht zelf wordt gezocht, tot de in de praktijk wat moeizaam te hanteren consequentie leidt dat de burger, indien en op het moment dat hij een of meer strafbepalingen overtreedt, als het ware automatisch in rechtsbetrekking tot het Openbaar Ministerie zou komen te staan, zonder dat het Openbaar Ministerie enig aandeel in het ontstaan van die rechtsbetrekking heeft. Meer principieel kan tegen een dergelijke visie worden ingebracht dat het strafrecht zich vanuit het perspectief van rechtszekerheid slecht tot de idee van sluimerende rechtsbetrekkingen verhoudt. Er dient vanuit rechtsstatelijke overwegingen dan ook een meer concrete grondslag voor de strafrechtelijke rechtsbetrekking te worden gevonden dan louter het materiële strafrecht als geheel. Een formeelrechtelijke benadering lijkt in dezen meer bruikbare aanknopingspunten te bieden. Dit wekt geen verbazing, nu de bevoegdheid van het Openbaar Ministerie handhavend op te treden tegen normschendingen zijn grondslag vindt in het formele recht en de verhouding tussen Openbaar Ministerie en burger derhalve in eerste instantie strafprocessueel van aard is.[7]

6.2.1.2 Een formeelrechtelijke benadering

Bij een strafprocessuele benadering van de vraag waarin de grondslag van de strafrechtelijke rechtsbetrekking is gelegen kunnen twee criteria worden gekozen: in de eerste plaats kan worden aangesloten bij het normatieve criterium dat een rechtsbetrekking ontstaat indien en zodra bij het Openbaar

6 Zie Cleiren 1992, p. 15

7 Vgl. ook Schalken 1987, p. 13 die de verhouding tussen Openbaar Ministerie en verdachte burger omschrijft als een procesrechtelijke of processuele rechtsbetrekking.

Ministerie een (redelijk) vermoeden rijst dat een burger zich schuldig heeft gemaakt of zal maken aan een strafbaar feit. Dit is het criterium zoals dat tot op heden in de literatuur over de strafrechtelijke rechtsbetrekking het meest wordt verdedigd.[8] In de tweede plaats kan worden gekozen voor het meer feitelijke criterium dat een rechtsbetrekking tussen Openbaar Ministerie en burger ontstaat op het moment dat zijdens het Openbaar Ministerie een strafvorderlijk relevante handeling jegens een burger wordt verricht. De vraag is welke van de twee criteria constituerend is voor het ontstaan van een rechtsbetrekking tussen Openbaar Ministerie en burger.

Wanneer wordt aangesloten bij het eerste criterium, is de grondslag voor het ontstaan van een rechtsbetrekking tussen het Openbaar Ministerie en een burger gelegen in het vermoeden dat de betreffende burger zich schuldig heeft gemaakt of zal maken aan een strafbaar gestelde gedraging. Als gevolg van de legislatieve ontwikkelingen van de voorbije tien jaar is het moment waarop het bestaan van een dergelijk vermoeden kan worden aangenomen en de grondslag voor de rechtsbetrekking tussen Openbaar Ministerie en burger derhalve kan ontstaan weliswaar steeds vroeger komen te liggen;[9] nog steeds geldt evenwel dat een meer of minder specifieke aanleiding moet bestaan om een dergelijke grondslag te kunnen aannemen. Slechts wanneer sprake is van een redelijk vermoeden van schuld aan enig strafbaar feit (artikel 27 Sv), een redelijk vermoeden dat in georganiseerd verband bepaalde ernstige misdrijven worden beraamd of gepleegd (artikel 126o e.v. Sv) of aanwijzingen van een terroristisch misdrijf (artikel 126zd e.v. Sv) heeft het Openbaar Ministerie een geldige titel om eenzijdig een rechtsbetrekking met een individuele burger te vestigen door ten aanzien van die burger opsporingsbevoegdheden toe te passen. Dit uitgangspunt lijdt slechts uitzondering waar het Openbaar Ministerie en politie in het kader van een opsporingsonderzoek bevoegdheden toepassen ten aanzien van burgers die zelf geen verdachte zijn.[10] Ook in laatstbedoeld geval dient evenwel zonder meer sprake te zijn van enigerlei

8 Zie Schalken 1987 en Cleiren 1992.

9 Vgl. de Wet bijzondere opsporingsbevoegdheden van 27 mei 1999, *Stb.* 1999, 245 (in werking getreden op 1 februari 2000) en de Wet tot verruiming van de mogelijkheden tot opsporing en vervolging van terroristische misdrijven van 20 november 2006, *Stb.* 2006, 580 (in werking getreden op 1 februari 2007). Op grond van deze wetten zijn respectievelijk het redelijk vermoeden dat in georganiseerd verband bepaalde ernstige misdrijven worden beraamd of gepleegd (artikel 126o Sv) en de aanwijzingen van een terroristisch misdrijf (artikel 126zd Sv) als grondslag voor de inzet van bijzondere opsporingsbevoegdheden ingevoerd.

10 Men denke aan de verschillende bevoegdheden tot het vorderen van gegevens (artikel 126nc-126nh, artikel 126uc-126uh, artikel 126zk-126zp Sv), de doorzoeking en inbeslagneming (artikel 95-114 Sv) en de bijzondere opsporingsbevoegdheden stelselmatige observatie (artikel 126g, 126o en 126zd lid 1 sub a Sv) en de telefoontap (artikel 126m, 126t, 126zg Sv). Ook in dergelijke gevallen ontstaat een rechtsbetrekking tussen Openbaar Ministerie en burger, zonder dat ten aanzien van die burger een verdenking hoeft te bestaan. Vgl. Van de Griend 2002, p. 214.

vorm van verdenking, zij het dat deze verdenking in dit geval is gericht op een ander dan degene jegens wie de betreffende bevoegdheid wordt ingezet.

Met uitzondering van laatstgenoemde situatie vindt de rechtsbetrekking tussen Openbaar Ministerie en burger in deze visie zijn grondslag derhalve in het ontstaan van een verdenking ten aanzien van deze burger.[11] Schalken formuleert het als volgt:

> 'Het strafprocesrecht schept de voorwaarden waaronder de naleving van materieelrechtelijke normen (…) kan worden afgedwongen. Anders gezegd: het strafproces strekt ertoe rechtsnormen in de materieelrechtelijke rechtsbetrekkingen tussen rechtssubjecten langs de formele weg van procedures tot gelding te brengen. Daarbij is de overheid met bijzondere rechtsmacht bekleed. Dit stelsel van formele procedures houdt in, dat vanaf het moment dat een strafbaar feit is gepleegd of de verdenking daartoe aanwezig is, een geheel eigen systeem van rechtsbetrekkingen ontstaat dat de *procesrechtelijke* verhoudingen regelt tussen al diegenen, die bij de opheldering van het strafbare feit en de reactie daarop ieder hun specifieke rol vervullen. Vanaf het tijdstip dat aan de criteria van het redelijk schuldvermoeden is voldaan, ontvouwt zich een spectrum van formeelrechtelijke relaties die rond de doelstelling van de waarheidsvinding zijn gegroepeerd (…).'[12]

In de visie van Schalken ontstaan derhalve door middel van een verdenking diverse processuele rechtsbetrekkingen tussen alle rechtssubjecten die bij het strafproces in brede zin zijn betrokken. Binnen deze nieuwe processuele rechtsbetrekkingen kunnen vervolgens de daaraan voorafgaande materieelrechtelijke rechtsbetrekkingen tot gelding worden gebracht. Ook Cleiren is van mening dat de rechtsbetrekking tussen Openbaar Ministerie en burger pas mag worden aangegaan als sprake is van een verdenking:

> 'De strafvorderlijke rechtsbetrekking mag pas worden aangegaan als er sprake is van een 'redelijk vermoeden van schuld aan eenig strafbaar feit'. Het hanteren van zo'n 'geconcretiseerde' vorm van rechtssubjectiviteit als voorwaarde voor overheidsoptreden biedt een garantie tegen het onbeperkt en als pure formaliteit toepassen van wettelijke bevoegdheden op onverschillig welke burger.'[13]

Deze wijze van benaderen waarin het ontstaan van de strafrechtelijke rechtsbetrekking tussen Openbaar Ministerie en verdachte wordt gezien als een actieve daad zijdens het Openbaar Ministerie en waarbij de grondslag van

---

11 Indien in het navolgende wordt gesproken van een verdenking wordt hieronder niet alleen de klassieke verdenking van artikel 27 Sv verstaan, maar ook de verdenkingscriteria van de artikelen 126o en 126zd Sv.

12 Schalken 1987, p. 13.

13 Cleiren 1992, p. 13. Voor de goede orde zij opgemerkt dat in de aangehaalde werken van Schalken en Cleiren de verdenking niet nader wordt uitgesplitst in verschillende verdenkingscriteria, nu de ontwikkeling van aparte verdenkingscriteria voor specifieke contexten van latere datum is.

de strafrechtelijke rechtsbetrekking wordt gezocht in de verdenking, verschilt in die zin van de hiervoor genoemde benadering waarin de normen van het materiële strafrecht reeds op zichzelf een rechtsbetrekking tussen Openbaar Ministerie en burger constitueren, dat in deze formeelrechtelijke benadering waarin de verdenking als grondslag voor de rechtsbetrekking wordt gezien, het ontstaan van de rechtsbetrekking niet afhankelijk wordt gesteld van een min of meer toevallige feitelijke gebeurtenis – het strafbare feit –, maar veeleer van een juridisch-normatieve omstandigheid (vgl. de door Cleiren genoemde geconcretiseerde vorm van rechtssubjectiviteit). Dit maakt dat de vraag naar het ontstaan van strafrechtelijke rechtsbetrekkingen en de grondslag waarop dit gebeurt ook vatbaar wordt voor een meer normatieve benadering. Dit verschil in wijze van benaderen neemt evenwel niet weg dat de achtergrond van het ontstaan van de rechtsbetrekking in beide visies niet wezenlijk uiteenloopt: (een vermoeden van) de overtreding van een of meer strafbepalingen. Ook binnen de formeelrechtelijke benadering waarin de verdenking als constituerend criterium wordt gekozen, gaan de normen van het materiële strafrecht aan de strafrechtelijke rechtsbetrekking tussen Openbaar Ministerie en burger vooraf – door middel van het criterium van de verdenking worden het materiële en het formele strafrecht immers op elkaar betrokken –, maar wordt de nadruk niet zozeer gelegd op de normovertreding zelf als wel op de vraag of en in hoeverre deze normovertreding door het Openbaar Ministerie in verband kan worden gebracht met een bepaalde burger. Het voordeel van deze wijze van benaderen is dat deze goed past binnen het rechtsstatelijk gedachtegoed waarin de burger niet zonder meer en onvoorwaardelijk door de overheid kan worden benaderd.[14]

Belangrijk nadeel van dit normatieve aanknopingspunt van de verdenking is dat ook dit criterium in zekere mate het gevaar van rechtsonzekerheid in zich draagt. De vraag of en vanaf welk moment sprake is van een verdenking is voor discussie vatbaar en laat zich moeilijk aan de hand van vastomlijnde criteria beantwoorden. Indien het ontstaan van de rechtsbetrekking louter afhankelijk zou worden gesteld van het bestaan van een verdenking, zou in dergelijke situaties ook het bestaan van de rechtsbetrekking zelf derhalve kunnen worden betwist. Hoewel het criterium van de verdenking het aantal rechtsbetrekkingen tussen Openbaar Ministerie en burger al drastisch vermindert in vergelijking met het eerder besproken materieelrechtelijke criterium en in zoverre vanuit het oogpunt van rechtsstatelijkheid en rechtszekerheid als een stap in de goede richting kan worden beschouwd, is ook dit criterium uiteindelijk te onbepaald. Dit criterium behoeft derhalve aanvulling. Het enkele bestaan van een verdenking, zonder dat daar op enigerlei wijze door het Openbaar Ministerie gevolg aan wordt gegeven door tot strafvorderlijk handelen over te gaan, kan niet op zichzelf al constitutief zijn voor het ontstaan van de rechtsbetrekking. Hoewel in zijn algemeenheid niet kan worden volgehou-

14 Vgl. het weergegeven citaat van Cleiren 1992, p. 13.

den dat rechtsbetrekkingen slechts ontstaan als gevolg van een al dan niet expliciet genomen wilsbesluit van een of meer van de betrokken rechtssubjecten – vergelijk bijvoorbeeld de verbintenissen uit de wet zoals die uit artikel 6:162 BW voortvloeien – lijkt het in het kader van de strafrechtelijke rechtsbetrekking toch niet onredelijk aan het ontstaan hiervan de eis te verbinden van een min of meer expliciete keuze van het Openbaar Ministerie.[15] Een dergelijke benadering past goed in het eerdergenoemde uitgangspunt van het strafprocesrecht als stelsel van veroorlovende bevoegdheden en de positionering van het Openbaar Ministerie daarbinnen als *dominus litis*, toegerust met zowel het vervolgingsmonopolie en het opportuniteitsbeginsel als het gezag over de opsporing. Voorts past een dergelijke benadering goed bij de omschrijving van de strafrechtelijke rechtsbetrekking als een asymmetrische rechtsbetrekking, waarbinnen het Openbaar Ministerie als het bovenliggende rechtssubject moet worden beschouwd.[16] Een dergelijke asymmetrische verhouding laat zich minder goed denken wanneer het Openbaar Ministerie als overheersend rechtssubject binnen de rechtsbetrekking geen zeggenschap zou hebben over de vraag wanneer en met wie het in rechtsbetrekking zou komen te staan. Tot slot lijkt een benadering waarin strafrechtelijke rechtsbetrekkingen pas ontstaan na een daartoe strekkend wilsbesluit zijdens het Openbaar Ministerie, het meest passend bij het *ultimum remedium* karakter van het strafrecht.

Het normatieve aanknopingspunt van de verdenking behoeft derhalve aanvulling met een criterium waarin het eenzijdige wilsbesluit van het Openbaar Ministerie tot het vestigen van een rechtsbetrekking met een bepaalde burger tot uitdrukking komt. Dit aanknopingspunt kan worden gevonden in het eerdergenoemde feitelijke criterium op grond waarvan sprake is van een rechtsbetrekking tussen Openbaar Ministerie en een individuele burger indien en zodra van de zijde van het Openbaar Ministerie of de politie – al dan niet heimelijk – enigerlei handeling jegens deze burger wordt verricht.[17] Een strafrechtelijke rechtsbetrekking komt derhalve (pas) daadwerkelijk tot stand door de inzet van een bepaalde opsporingsbevoegdheid of de toepassing van een bepaald dwangmiddel jegens de burger. In deze visie kan het besluit tot de inzet van een bepaalde bevoegdheid worden beschouwd als de concrete vertaling van het eenzijdige wilsbesluit van het Openbaar Ministerie om een

15 Zie in dit kader het in § 5.2.6 besproken onderscheid tussen *Volldetermination* en *Teildetermination*. Op grond van dit onderscheid kan worden gezegd dat de strafrechtelijke rechtsbetrekking voor wat betreft zijn ontstaan *teildeterminiert* is, waarbij het aan het Openbaar Ministerie is de rechtsbetrekking daadwerkelijk te vestigen.

16 Zie § 5.4.4.

17 In de hiervoor weergegeven visie van Schalken lijkt een dergelijke aanvulling met een feitelijk criterium niet noodzakelijk te zijn. In zijn visie lijkt de strafvorderlijke rechtsbetrekking door de verdenking zelf te ontstaan. Cleiren daarentegen lijkt aanvulling met een feitelijk criterium dat betrekking heeft op concreet handelen zijdens het Openbaar Ministerie wel te veronderstellen, nu zij spreekt van het pas mogen 'aangaan' van de rechtsbetrekking in geval van een verdenking.

rechtsbetrekking met een bepaalde burger te vestigen.[18] Aldus kan worden gesteld dat daadwerkelijk handelend optreden van het Openbaar Ministerie jegens de burger constituerend is voor de rechtsbetrekking met die burger. Anders gezegd, met en door de handeling ontstaat de rechtsbetrekking.

Vervolgens is voor de rechtmatigheid van de vestiging van die rechtsbetrekking van belang de vraag of er een legitieme grondslag voor die vestiging (en dus de handeling) was. In de meeste gevallen dient die grondslag gelegen te zijn in het bestaan van een verdenking jegens degene ten aanzien van wie een bevoegdheid wordt ingezet, maar het is als gezegd onder omstandigheden ook mogelijk dat het Openbaar Ministerie in rechtsbetrekking komt te staan tot een burger ten aanzien van wie zelf geen verdenking bestaat.[19] In de situatie dat het Openbaar Ministerie handelt jegens een burger zonder dat sprake is van een afdoende legitimatie daarvoor in de vorm van een verdenking, kan evenwel niet worden gezegd dat (daardoor) geen sprake zou zijn van een rechtsbetrekking. Ware dat het geval geweest, dan zou daarvan de consequentie zijn dat het Openbaar Ministerie bij het ontbreken van een afdoende grondslag in een juridisch vacuüm jegens de verdachte zou komen te handelen. Bovendien kan binnen de context van de rechtsstaat de vraag of een bepaalde publiekrechtelijke verhouding al dan niet door de normen van het recht wordt beheerst, bezwaarlijk afhankelijk worden gesteld van de visie van een van de betrokken rechtssubjecten op de vraag of een voldoende grondslag voor vestiging van de rechtsbetrekking bestaat. Wel heeft het ontbreken van een afdoende grondslag voor het vestigen van de rechtsbetrekking consequenties voor de rechtmatigheid van de op basis van die rechtsbetrekking verrichte handelingen. Feit blijft evenwel dat een onrechtmatig gevestigde rechtsbetrekking ook een rechtsbetrekking is, zij het een met bijzondere ken-

18 In wezen gaat het om het wilsbesluit een bepaalde activiteit jegens de burger te verrichten, met als logisch en noodzakelijk gevolg de vestiging van de rechtsbetrekking. Er bestaat derhalve geen ruimte voor het Openbaar Ministerie tot het verrichten van handelingen jegens de burger zonder het daarmee inherent samenhangende gevolg van het ontstaan van een rechtsbetrekking. Voor zover kan worden gesproken van een wilsbesluit van het Openbaar Ministerie tot het vestigen van de rechtsbetrekking, kan deze dan ook het beste worden beschouwd als een impliciet, achter het concrete besluit tot de inzet van een bevoegdheid liggend wilsbesluit. De handeling is uiteindelijk constituerend voor het ontstaan van de rechtsbetrekking, niet het al dan niet daadwerkelijk bestaan van een daartoe strekkend wilsbesluit. Dit neemt niet weg dat het ook voorstelbaar is dat een rechtsbetrekking tussen Openbaar Ministerie en burger tot stand komt zonder dat het daartoe strekkende eenzijdige wilsbesluit van het Openbaar Ministerie tot uitdrukking komt in de inzet van bevoegdheden. In een dergelijk geval zal het wilsbesluit om een rechtsbetrekking met een burger aan te gaan op andere wijze moeten blijken, bijvoorbeeld door middel van de mededeling aan de betreffende burger dat deze door het Openbaar Ministerie als verdachte wordt beschouwd. Ook in een dergelijk geval kan het bestaan van een rechtsbetrekking worden aangenomen.

19 In dergelijke gevallen is wel vereist dat sprake is van een verdenking ten aanzien van anderen dan degene die de inzet van een dwangmiddel of opsporingsbevoegdheid moet dulden.

merken. Zo kan de onrechtmatig gevestigde rechtsbetrekking de burger onder omstandigheden aanspraak geven op schadevergoeding zijdens de strafvorderlijke overheid (artikel 89 en 591a Sv) of compensatie door middel van één van de sancties van artikel 359a Sv.

6.2.1.3 De dubbele grondslag van de rechtsbetrekking tussen Openbaar Ministerie en verdachte

Concluderend kan worden gesteld dat een rechtsbetrekking tussen het Openbaar Ministerie en een burger ontstaat op het moment dat zijdens het Openbaar Ministerie een handeling wordt verricht jegens die burger. Dit betekent dat concreet justitieel optreden jegens de burger uiteindelijk de enige daadwerkelijk constitutieve voorwaarde voor het ontstaan van de strafrechtelijke rechtsbetrekking is. Of voor het vestigen van die rechtsbetrekking een voldoende legitieme grondslag bestaat in de vorm van een verdenking, is vervolgens van belang voor de vraag of de burger al dan niet rechtmatig in rechtsbetrekking tot het Openbaar Ministerie is komen te staan. De waarheid omtrent de vraag waarin de grondslag voor de strafrechtelijke rechtsbetrekking is gelegen, moet aldus worden gevonden in de combinatie van de twee eerdergenoemde aanknopingspunten. Het aanknopingspunt van feitelijk justitieel optreden is constitutief voor het ontstaan van de rechtsbetrekking, het aanknopingspunt van de verdenking is veeleer een vereiste voor de rechtmatigheid van de rechtsbetrekking. Hiermee is voor het ontstaan van een rechtmatige rechtsbetrekking sprake van een combinatie van een normatief criterium (de verdenking) en een feitelijk criterium (de inzet van de bevoegdheid). Met het enkele bestaan van een verdenking hoeft nog niet in alle gevallen een rechtsbetrekking te ontstaan, terwijl een rechtsbetrekking ook kan ontstaan zonder dat sprake is van een verdenking. Daarmee is de vestiging van de strafrechtelijke rechtsbetrekking een eenzijdige rechtshandeling van het Openbaar Ministerie, waarvan de legitimatie is gelegen in de aanwezigheid van een verdenking.

6.2.2 De dynamiek in de strafrechtelijke rechtsbetrekking

Nadat de rechtsbetrekking eenmaal eenzijdig door het Openbaar Ministerie is gevestigd, kan deze zich op verschillende wijzen verder ontwikkelen. In deze uiteenlopende richtingen waarin de strafrechtelijke rechtsbetrekking zich gedurende het verloop van de verschillende fasen van het strafproces kan ontwikkelen, manifesteert zich de dynamiek die eigen is aan het concept van de rechtsbetrekking. Daarbij geldt dat de actuele inhoud van de strafrechtelijke rechtsbetrekking op een bepaald moment in de tijd wordt bepaald door de handelingen en gebeurtenissen die in een eerder stadium binnen de context van deze individuele rechtsbetrekking zijn verricht of zich hebben voorgedaan, en de keuzes die de betrokken rechtssubjecten, in het bijzonder het Openbaar

Ministerie, op basis daarvan hebben gemaakt. Dit maakt dat het slechts tot op zekere hoogte mogelijk is uitspraken te doen over 'de' strafrechtelijke rechtsbetrekking, nu elke strafrechtelijke rechtsbetrekking naast een aantal algemene kenmerken verschillende individuele kenmerken kent die samenhangen met de concrete omstandigheden van het geval. Hierbij geldt dat de richting waarin de individuele strafrechtelijke rechtsbetrekking zich ontwikkelt, niet alleen door het resultaat van de inzet van opsporingsbevoegdheden wordt bepaald. Voor het antwoord op de vraag of en in hoeverre het Openbaar Ministerie de mogelijkheid heeft nadere invulling te geven aan een reeds eerder gevestigde rechtsbetrekking kunnen immers ook beleidsmatige factoren bepalend zijn. Dit speelt in het bijzonder in het kader van de bevoegdheid van het Openbaar Ministerie om al dan niet tot vervolging van de verdachte over te gaan of de zaak zelfstandig af te doen door middel van enige vorm van buitengerechtelijke afdoening. Voorts kan de koers van de rechtsbetrekking in concreto door tal van andere factoren worden beïnvloed: de opstelling van de betrokken verdachte, diens persoonlijke omstandigheden en justitieel verleden, de zienswijze van het slachtoffer welke langs de weg van het beklag ex artikel 12 Sv zelfs kan resulteren in een dwingende opdracht voor het Openbaar Ministerie de rechtsbetrekking voort te zetten in de vorm van vervolging of – in geval van klachtdelicten – juist aan voortzetting in de vorm van vervolging in de weg kan staan, afspraken met ketenpartners en lokale overheden, politieke wensen van Tweede Kamer en minister van Justitie, etc. Bedacht dient te worden dat deze en dergelijke concrete omstandigheden van het geval evenzeer bepalend zijn voor de richting waarin de rechtsbetrekking zich ontwikkelt als de kaders van het recht waarbinnen dit geschiedt.

In onderlinge samenhang met deze ontwikkeling van de rechtsbetrekking gedurende de verschillende procesfasen, vertaalt de dynamiek binnen de strafrechtelijke rechtsbetrekking zich voorts in het feit dat gedurende het verloop van de rechtsbetrekking het karakter van deze rechtsbetrekking aan verandering onderhevig kan zijn. Het karakter van de rechtsbetrekking tussen het Openbaar Ministerie en de verdachte tijdens het opsporingsonderzoek is anders dan het karakter van de onderlinge rechtsbetrekking tijdens het onderzoek ter terechtzitting. Het asymmetrische karakter blijft weliswaar gedurende het gehele strafproces overheersend, maar gaandeweg krijgt ook de verdachte de nodige mogelijkheden invulling te geven aan de rechtsbetrekking, terwijl ook de rechter gaande het strafproces steeds meer invloed op de rechtsbetrekking kan gaan uitoefenen. Voor wat betreft deze laatste geldt dat hij afhankelijk is van de vraag of hij hiertoe in staat wordt gesteld door de bij de rechtsbetrekking betrokken rechtssubjecten. In de regel zal dit door het Openbaar Ministerie gebeuren door middel van een dagvaarding, met uitzondering van de situatie waarin de zaak bij de strafrechter terechtkomt als gevolg van het aantekenen van verzet door de verdachte tegen een jegens hem uitgevaardigde

strafbeschikking.[20] Ook buiten deze gevallen kan de rechter in meer of mindere mate betrokken raken bij de rechtsbetrekking tussen Openbaar Ministerie en verdachte, bijvoorbeeld in het kader van een gerechtelijk vooronderzoek, de toepassing van de voorlopige hechtenis of verschillende andere raadkamerprocedures, maar ook in dergelijke gevallen geldt dat de rechter pas invloed kan uitoefenen op de rechtsbetrekking, indien één van de betrokken rechtssubjecten – in de regel het Openbaar Ministerie, maar soms ook de verdachte – hem daartoe in de gelegenheid stelt.[21]

Voor de verdachte zelf geldt evenzeer dat de vraag in hoeverre hij in staat wordt gesteld invloed uit te oefenen op de rechtsbetrekking in belangrijke mate wordt bepaald door de wijze waarop het Openbaar Ministerie nadere invulling geeft aan de rechtsbetrekking. Belangrijk verschil met de positie van de rechter is evenwel dat de verdachte een van de rechtstreeks betrokken rechtssubjecten bij de strafrechtelijke rechtsbetrekking is, terwijl dit – in ieder geval in eerste instantie – niet geldt voor de rechter. Maar ook al is de verdachte een van de rechtstreeks betrokken rechtssubjecten, zijn mogelijkheden tot beïnvloeding van de rechtsbetrekking zijn toch eerst en vooral afhankelijk van de keuzes die het Openbaar Ministerie maakt. Het gegeven dat de officier van justitie in de literatuur veelal wordt omschreven als *dominus litis* vertaalt zich dan ook direct door naar de strafrechtelijke rechtsbetrekking. Ook in het kader van de strafrechtelijke rechtsbetrekking kan de officier van justitie zonder meer worden omschreven als de dominante partij, reden waarom de strafrechtelijke rechtsbetrekking eerder is gekarakteriseerd als een asymmetrische rechtsbetrekking. Wel is daarbij direct de nuancering aangebracht dat het hier een correlatief asymmetrische rechtsbetrekking betreft, hetgeen betekent dat het uitgebreide pakket aan bevoegdheden waarop het Openbaar Ministerie een beroep kan doen, gepaard gaat met daarmee corresponderende verplichtingen.[22] De vraag op welke wijze de uit het correlatief asymmetrische karakter van de rechtsbetrekking voortvloeiende verplichtingen van het Openbaar Ministerie jegens de verdachte burger worden uitgewerkt, zal in het navolgende mede aan de hand van de notie van magistratelijkheid nader worden uitgewerkt. Op deze plaats volstaat de constatering dat ook de strafrechtelijke rechtsbetrekking tussen Openbaar Ministerie en verdachte een dynamisch concept is, met als gevolg dat ook de wijze waarop de rechten en verplichtingen over de betrok-

20 Strikt genomen wordt ook in dit laatste geval de zaak bij de strafrechter aanhangig gemaakt door het Openbaar Ministerie. Artikel 257e lid 2 Sv bepaalt immers dat de verdachte het verzet tegen de strafbeschikking indient bij de officier van justitie, waarna deze ingevolge artikel 257f lid 1 Sv het verzet bij de rechtbank aanhangig maakt. De achtergrond van deze getrapte constructie is mede gelegen in de mogelijkheid voor de officier van justitie na het instellen van verzet de strafbeschikking in te trekken of te wijzigen (artikel 257e lid 8 Sv).

21 De verplicht voorgeschreven voorgeleiding bij de rechter-commissaris ex artikel 59a Sv ter toetsing van de rechtmatigheid van de inverzekeringstelling vormt een van de weinige uitzonderingen op dit uitgangspunt.

22 Zie § 5.4.4.

ken rechtssubjecten zijn verdeeld gedurende de loop van het strafproces aan verandering onderhevig kan zijn. Dit kan op zijn beurt consequenties hebben voor de wijze waarop de rechtsbetrekking op een bepaald moment in de tijd moet worden gekarakteriseerd.

6.2.3 Het doel van de strafrechtelijke rechtsbetrekking

Het doel van de rechtsbetrekking tussen Openbaar Ministerie en verdachte is het verifiëren van het vermoeden van het Openbaar Ministerie, eventueel neergelegd in een formele beschuldiging, dat de verdachte zich schuldig heeft gemaakt aan een strafbaar feit, en het eventueel verbinden van bestraffende gevolgen hieraan, door de rechter of (in geval van een strafbeschikking) door het Openbaar Ministerie zelf. Dit doel kan worden gezien als de resultante van de taakstelling van het Openbaar Ministerie, de strafrechtelijke handhaving van de rechtsorde, en de hoofddoelstelling van het strafproces in het algemeen, de juiste toepassing van het materiële strafrecht, en de daarvan direct af te leiden doelstellingen van waarheidsvinding en rechtsbescherming.[23] Waar de doelstelling van het strafproces tweeledig is en ook de taakstelling van het Openbaar Ministerie niet louter instrumenteel mag worden opgevat,[24] geldt dit ook voor de doelstelling van de strafrechtelijke rechtsbetrekking. Deze mag niet louter worden gezien als het handhaven van strafbaarstellingen en het bestraffen van overtreders daarvan; de doelstelling is expliciet breder en omvat mede de bescherming van de burger tegen handhavend optreden door de strafvorderlijke overheid. Het doel van de rechtsbetrekking tussen Openbaar Ministerie en verdachte kan dan ook niet worden omschreven als enkel het verkrijgen van veroordelingen of het afdoen van strafzaken.

6.2.4 Het normatief kader van de strafrechtelijke rechtsbetrekking

De strafrechtelijke rechtsbetrekking wordt in zijn algemeenheid beheerst door alle normen die kunnen worden gerekend tot het straf(proces)recht in brede zin. Hierbij gaat het niet alleen om de normen van het Wetboek van Strafrecht, het Wetboek van Strafvordering en alle strafrechtelijk relevante bijzondere wetgeving, maar ook om de voor het straf(proces)recht relevante bepalingen van de Grondwet, de Wet op de rechterlijke organisatie en het EVRM.[25] Ook onderdelen van het communautair recht en sommige Kaderbesluiten van de EU kunnen thans worden beschouwd als (al dan niet rechtstreeks doorwerken-

23 Zie Crijns & Van der Meij 2005, p. 45.
24 Zie uitgebreid § 6.2.6.
25 Zie uitgebreid over de bronnen van strafprocesrecht Corstens 2008, p. 15-39.

de) rechtsbron van de strafrechtelijke rechtsbetrekking.[26] Voorts kunnen diverse vormen van lagere – al dan niet decentrale – regelgeving strafrechtelijk relevante normen bevatten (AMvB's, ministeriële regelingen, APV's). Tot slot vormen de beleidsregels van het Openbaar Ministerie – mede in samenhang met de hierna te noemen beginselen van een behoorlijke strafrechtspleging – een belangrijke bron van normen die de rechtsbetrekking beheersen. Hierbij gaat het zowel om richtlijnen die het vervolgingsbeleid van het Openbaar Ministerie regarderen als om aanwijzingen die de inzet van bepaalde bevoegdheden aan nadere regels onderwerpen. Buiten deze geschreven rechtsbronnen wordt de strafrechtelijke rechtsbetrekking beheerst door normen van ongeschreven recht, meer in het bijzonder de beginselen van een behoorlijke strafrechtspleging. Met name aan het vertrouwensbeginsel en de beginselen van proportionaliteit en subsidiariteit komt een belangrijke plaats toe bij de normering van de individuele strafrechtelijke rechtsbetrekking. Deze nadere normering van de strafrechtelijke rechtsbetrekking door normen van ongeschreven recht is in de loop der jaren ontwikkeld binnen de strafrechtelijke jurisprudentie.[27] Reeds hieruit blijkt dat ook de jurisprudentie als zelfstandige rechtsbron voor de strafrechtelijke rechtsbetrekking kan fungeren, niet alleen door een nadere invulling van geschreven rechtsnormen te geven, maar ook door geheel nieuwe aanvullende normen voor de strafrechtelijke rechtsbetrekking te ontwikkelen. De vraag of daarnaast aan de notie van magistratelijkheid zelfstandige normen kunnen worden ontleend, zal in het navolgende worden beantwoord.[28]

Het antwoord op de vraag welke normen van de genoemde normstelsels specifiek van toepassing zijn op de individuele rechtsbetrekking is vervolgens afhankelijk van de omstandigheden van het concrete geval. Hierbij zijn aspecten als het aan de rechtsbetrekking ten grondslag liggende feitencomplex, de graad van verdenking, de beweerdelijk overtreden strafrechtelijke norm, de fase waarin het strafproces zich bevindt en de feitelijke beslissingen die daarin worden genomen, de belangrijkste bepalende factoren. Daarbij komt dat de individuele rechtsbetrekking niet alleen wordt genormeerd door een op het specifiek voorliggende geval toegesneden selectie van algemeen geldende rechtsnormen uit genoemde normstelsels, maar onder omstandigheden ook door individueel voor deze rechtsbetrekking in het leven geroepen normen, zoals de door de raadkamer van de rechtbank gestelde bijzondere voorwaarden in het kader van een schorsing van de voorlopige hechtenis of de door het Openbaar Ministerie gestelde gedragsvoorwaarden in het kader van een voorwaardelijk sepot. De vraag door welke rechtsnormen de individuele rechtsbetrekking tussen Openbaar Ministerie en verdachte wordt beheerst, kan dan ook alleen worden beantwoord door deze rechtsbetrekking te bezien in het licht van de specifieke omstandigheden.

---

26 Zie over deze ontwikkeling onder meer Klip 2005.
27 Zie over deze ontwikkeling uitgebreid Cleiren 1989, met name hoofdstuk 3.
28 Zie § 6.2.9.

6.2.5 Het legaliteitsbeginsel en de exclusiviteit van de wettelijke regeling

Een van de belangrijkste pijlers van het Nederlandse straf(proces)recht is het legaliteitsbeginsel, dat voor wat betreft het strafproces is neergelegd in artikel 1 Sv en voor wat betreft het materiële strafrecht in artikel 1 Sr. Met dit beginsel wordt de exclusiviteit van de wettelijke regeling nagestreefd: als stelregel geldt dat zonder een wettelijke basis geen strafrecht en strafvordering mogelijk is.[29] Hiermee is niet gezegd dat het Wetboek van Strafrecht en het Wetboek van Strafvordering de exclusieve bron van straf- en strafprocesrecht zouden vormen, hetgeen in het voorgaande al bleek bij de schets van het normatief kader van de strafrechtelijke rechtsbetrekking.[30] Beide wetboeken bieden langs verschillende wegen openingen om normen van materieel en/of formeel strafrecht in bijzondere wetten dan wel in lagere regelgeving neer te leggen. Hierbij geldt dat de mogelijkheden voor wat betreft strafvordering beperkter zijn dan voor wat betreft het materiële strafrecht: het neerleggen van bevoegdheidsverlenende normen van strafprocesrecht in decentrale regelingen zoals APV's is niet toegestaan.[31]

De invloed van het legaliteitsbeginsel op de strafrechtelijke rechtsbetrekking spitst zich in het onderstaande verdere toe op de strafvorderlijke variant van dit beginsel.[32] Hiermee is niet gezegd dat het strafrechtelijk legaliteitsbeginsel niet van belang zou zijn, daar de legitimatie van de vestiging van de strafrechtelijke rechtsbetrekking langs de weg van het criterium van de verdenking primair is gelegen in de door middel van het strafrechtelijk legaliteitsbeginsel in aantal begrensde normen van het materiële strafrecht.[33] Anders gezegd, de door het strafrechtelijk legaliteitsbeginsel gelimiteerde strafbaarstellingen bepalen in welke gevallen de strafrechtelijke rechtsbetrekking kan worden gevestigd. De loop van en de mogelijkheden inhoud te geven aan de strafrechtelijke rechtsbetrekking worden vervolgens in hoofdzaak door de normen van strafvordering bepaald, zij het dat voortdurend een intrinsiek verband blijft bestaan met de normen van het materiële strafrecht.[34]

---

29 Vgl. ook Cleiren 1992, p. 9 waar zij stelt dat het legaliteitsbeginsel de intentie tot uitdrukking brengt om het stelsel van strafvordering te beschouwen als een door de wet gesloten stelsel.

30 Het geclausuleerde codificatiebeginsel zoals dat is neergelegd in artikel 107 lid 1 Grondwet heeft dan ook niet al teveel sturende werking. Zie in vergelijkbare zin Corstens 1987, p. 101.

31 Zie in dit verband het aloude HR 12 april 1897, *W* 6954 (Muilkorf).

32 Zie uitgebreider over de betekenis van het legaliteitsbeginsel voor het stelsel van strafvordering het commentaar van C.P.M. Cleiren bij artikel 1 Sv in: Melai/Groenhuijsen e.a., alsmede in het kader van het onderzoeksproject Strafvordering 2001 Groenhuijsen & Knigge 2004, p. 8-77.

33 Vgl. § 6.2.1.

34 Zie onder meer het bij de inzet van opsporingsbevoegdheden en dwangmiddelen veel voorkomende vereiste dat sprake dient te zijn van een verdenking van een misdrijf waarvoor voorlopige hechtenis is toegelaten.

6.2.5.1 De reikwijdte van het legaliteitsbeginsel

Als gevolg van het formele wetsbegrip in artikel 1 Sv laat het strafvorderlijk legaliteitsbeginsel betrekkelijk weinig ruimte tot regeling van strafvordering bij lagere regelgeving dan de wet in formele zin. Voor zover deze ruimte bestaat, blijft deze beperkt tot de mogelijkheid de toepassing van bevoegdheden die zijn toegekend bij wet in formele zin nader in te vullen door middel van algemene maatregelen van bestuur, ministeriële regelingen en beleidsregels van het Openbaar Ministerie.[35] Uitbreiding van strafvorderlijke bevoegdheden ten opzichte van de bevoegdheidstoedeling in de wet in formele zin is uit den boze. Tegenover deze beperkte ruimte om strafvordering buiten de wet in formele zin te regelen, staat het gegeven dat het strafvorderlijk legaliteitsbeginsel in vergelijking met zijn strafrechtelijke pendant meer ruimte laat voor invloeden van buitenaf. Anders gezegd, de regeling van strafvordering is in vergelijking met het materiële strafrecht aan een sterkere beïnvloeding door externe rechtsbronnen onderhevig.[36] In de eerste plaats staat het legaliteitsbeginsel niet in de weg aan doorwerking van strafrechtelijk relevante normen van internationaal niveau, mits het hierbij gaat om een ieder verbindende bepalingen (artikel 93 en 94 Gw). Het meest sprekende voorbeeld in dit verband is de grote invloed van het EVRM op de Nederlandse strafrechtspleging. Deze mogelijkheid van beïnvloeding door direct doorwerkende normen van internationaal niveau geldt in theorie gelijkelijk voor het materiële als voor het formele strafrecht; de invloed op het strafprocesrecht laat zich in de praktijk evenwel sterker gevoelen. Daarnaast kent de regeling van strafvordering een aantal andere externe invloeden die het materiële strafrecht als zodanig niet kent. Zo wordt aangenomen dat het strafvorderlijk legaliteitsbeginsel niet in de weg staat aan de werking van ongeschreven rechtsnormen als de beginselen van een behoorlijke strafrechtspleging, nu deze de reikwijdte van de wettelijke bevoegdheden van de strafvorderlijke overheid nader inperken, zodoende voor de burger beschermend werken en in zoverre dezelfde strekking hebben als het legaliteitsbeginsel.[37] Tot slot dwingt het strafvorderlijk legaliteitsbeginsel

35 Zie uitgebreider over de vraag tot op welke hoogte delegatie van strafvorderlijke regelgeving in het licht van het legaliteitsbeginsel is toegestaan Corstens 1987, p. 97-100 en C.P.M. Cleiren, aant. 7 op art. 1 (suppl. 89, juli 1994), in: Melai/Groenhuijsen e.a.. Beiden bepleiten in dit kader terughoudendheid.

36 Dit kan worden verklaard door het feit dat – nu het strafrechtelijk legaliteitsbeginsel betrekking heeft op de vraag in welke gevallen strafrechtelijke aansprakelijkheid kan worden aangenomen –de behoefte aan duidelijkheid van de wet (*lex certa*) en, breder, rechtszekerheid in het kader van het materiële strafrecht zich nog sterker laat gevoelen dan in het kader van het strafprocesrecht.

37 Zie ook Cleiren 1989, p. 331 en 352 die de beginselen kwalificeert als 'binnen-wettelijk', waarmee zij bedoelt dat enerzijds de inhoud van de normen die uit de beginselen voortvloeien rechtstreeks is gekoppeld aan bepalingen uit het Wetboek van Strafvordering en de verdragen en anderzijds de functie van de beginselen is gelegen in het beperken van de bevoegdheid tot uitoefening van de in de wet omschreven bevoegdheden.

niet tot een uitputtende en gedetailleerde regeling van strafvorderlijk optreden (terwijl de strafrechtelijke pendant daarvan daarentegen wel tot het opstellen van een uitputtende wettelijke catalogus van strafbare feiten strekt). In de jurisprudentie en de literatuur wordt aangenomen dat slechts die strafvorderlijke bevoegdheden expliciete wettelijke regeling behoeven die een ernstige of stelselmatige inbreuk op grondrechten van de burger met zich brengen of direct aan de integriteit van de strafrechtspleging raken. Indien het bevoegdheden betreft die geen of slechts een beperkte inbreuk op grondrechten maken, volstaat een algemene, taakstellende wettelijke grondslag als artikel 2 Politiewet of artikel 141 Sv.[38] Het strafvorderlijk legaliteitsbeginsel laat politie en Openbaar Ministerie daarmee tot op zekere hoogte ruimte om in de praktijk van de strafrechtspleging naar bevind van zaken te handelen, mits daarbij de grondrechten van de burger en de beginselen van een behoorlijke strafrechtspleging worden gerespecteerd.

Ondanks deze relativeringen van de reikwijdte van het strafvorderlijk legaliteitsbeginsel, is duidelijk dat het legaliteitsbeginsel van artikel 1 Sv als normatief uitgangspunt formuleert dat het primaat over de strafrechtspleging bij de democratisch gelegitimeerde wetgever behoort te liggen, hetgeen wordt gezien als een waarborg voor de individuele vrijheid van de burger en voor rechtszekerheid.[39] Uit deze ratio komt duidelijk naar voren dat het legaliteitsbeginsel direct samenhangt met de rechtsstaatgedachte dat overheidsgezag dat inbreuk maakt op grondrechten van burgers zoveel mogelijk aan banden dient te worden gelegd. Vanuit dit perspectief bezien vormen de genoemde factoren die zich aan de werking van het strafvorderlijk legaliteitsbeginsel lijken te onttrekken – de rechtstreekse doorwerking van normen van internationaal recht, de aanvullende werking van de ongeschreven beginselen van een behoorlijke strafrechtspleging, de mogelijkheid tot gelegitimeerd strafvorderlijk optreden op basis van algemene, taakstellende bepalingen en de nadere invulling van wettelijke bevoegdheden door middel van algemene maatregelen van bestuur en beleidsregels – min of meer logische beperkingen op een al te strikte werking van het legaliteitsbeginsel, daar zij deze ratio van bescherming van de burger tegen te vergaande overheidsinmenging minst genomen niet in de weg staan of zelfs ondersteunen.[40] Dit neemt evenwel niet weg dat het legaliteitsbeginsel normatief met zich brengt dat het primaat over de inrichting van de strafrechtspleging uiteindelijk bij de democratisch gelegitimeerde wetgever behoort te liggen. Relativeringen op dit uitgangspunt behoren in die visie met terughoudendheid te worden toegelaten, zeker wanneer deze materieel een

38 Zie HR 19 december 1995, *NJ* 1996, 249 m.nt. Sch (Zwolsman). Zie voor een voorbeeld HR 20 januari 2009, *NJ* 2009, 225, m.nt. M.J. Borgers. Zie over de reikwijdte van het legaliteitsbeginsel ook C.P.M. Cleiren, aant. 8 op art. 1 (suppl. 115, juni 2000), in: Melai/Groenhuijsen e.a.

39 Zie onder meer Corstens 2008, p. 15.

40 Zie in vergelijkbare zin Groenhuijsen & Knigge 2004, p. 37.

uitbreiding van bevoegdheden betekenen, zoals het geval is bij het aanwijzen van algemene taakstellende wettelijke bepalingen als bevoegdheidsgrondslag voor opsporingsbevoegdheden die geen of slechts lichte, niet stelselmatige inbreuken op grondrechten van burgers maken.

6.2.5.2 De normadressaat van het legaliteitsbeginsel

Met het oog op het normatief kader van de individuele strafrechtelijke rechtsbetrekking is vervolgens van belang de vraag wie als normadressaat van het legaliteitsbeginsel kan worden beschouwd. Algemeen wordt aangenomen dat het legaliteitsbeginsel zich niet slechts als opdracht tot de wetgever richt, maar ook als richtsnoer voor de uitvoerende en de rechterlijke macht fungeert. In alle aspecten van hun taakuitoefening dienen zij te handelen overeenkomstig de normen van de wet.[41] Resteert de vraag of ook de verdachte en diens verdediging kunnen worden beschouwd als normadressaten van het legaliteitsbeginsel. Een argument om verdachte en verdediging niet rechtstreeks aan de werking van het strafvorderlijk legaliteitsbeginsel gebonden te achten, kan worden ontleend aan de tekst van artikel 1 Sv zelf, dat bepaalt dat *strafvordering* alleen plaats heeft op de wijze bij de wet voorzien. Naar algemeen wordt aangenomen dient onder het begrip strafvordering te worden verstaan de opsporing, vervolging, berechting en tenuitvoerlegging van strafbare feiten.[42] Deze activiteiten zijn alle te beschouwen als strafvorderlijke overheidstaken, welke in ieder geval niet als zodanig als taak, opdracht of activiteit kunnen worden toegeschreven aan de verdachte. Hij dient veeleer te worden beschouwd als het lijdend voorwerp van deze strafvorderlijke activiteiten. Vanuit dit perspectief bezien kan het legaliteitsbeginsel zich dan ook niet tot de verdachte richten. Voorts kan aan de hand van de rechtsstatelijke herkomst van het legaliteitsbeginsel worden betoogd dat de strikte binding aan de wet op grond van dit beginsel zich niet tot het handelen van de verdachte en diens verdediging uitstrekt.[43] Het legaliteitsbeginsel strekt immers primair ter bescherming van de verdachte tegen al te vergaande inbreuken op diens grondrechten als gevolg van strafvorderlijke overheidsinmenging, en uitdrukkelijk niet ter beperking van de mogelijkheden van de verdachte zich tegen deze overheidsinmenging te verdedigen. Hiermee is niet gezegd dat de verdediging volledig vrij zou zijn in de wijze waarop en de methoden waarmee zij invulling geeft aan haar rechtsbetrekking met het Openbaar Ministerie; wel is hiermee gezegd dat de eventuele beperkingen aan haar mogelijkheden niet uit het legaliteitsbeginsel voortvloeien. Er bestaan dan ook weinig aanknopingspunten naast de publieke organen van de strafrechtspleging ook de verdachte en diens verdediging tot de normadressaten van het legaliteitsbeginsel te rekenen.

41 Zie Cleiren 1992, p. 14-15.
42 Zie Corstens 2008, p. 21.
43 Zie ook C.P.M. Cleiren, aant. 3 op art. 1 (suppl. 115, juni 2000), in Melai/Groenhuijsen e.a.

6.2.5.3 Consequenties voor de rechtsbetrekking

Op basis van het voorgaande kan worden gesteld dat in zijn algemeenheid geldt dat het de betrokken rechtssubjecten bij de strafrechtelijke rechtsbetrekking – het Openbaar Ministerie en de verdachte – niet vrij staat zelfstandig, buiten de wettelijke normen om, naar eigen goeddunken en believen hun onderlinge rechtsbetrekking in te richten. Voor de strafvorderlijke overheidsorganen vloeit deze onmogelijkheid eerst en vooral voort uit het strafvorderlijk legaliteitsbeginsel. Op grond hiervan dienen politie en Openbaar Ministerie zich te houden aan de bevoegdheden die hen bij wet zijn toegekend. Geheel sluitend is dit stelsel evenwel niet. Als gevolg van genoemde interpretatie van het strafvorderlijk legaliteitsbeginsel in het Zwolsman-arrest,[44] is in zekere mate een grijs gebied gecreëerd waarbinnen Openbaar Ministerie en politie invulling aan de rechtsbetrekking kunnen geven zonder dat deze wijze van invulling kan worden herleid tot een expliciete wettelijke grondslag. Daarnaast geldt dat voor zover de wet daartoe ruimte biedt door het formuleren van discretionaire bevoegdheden, het Openbaar Ministerie in beginsel vrij is een eigen invulling te geven aan de rechtsbetrekking met de verdachte. Ook deze door de wet geboden discretionaire ruimte biedt evenwel geen vrijbrief voor het Openbaar Ministerie om de rechtsbetrekking naar believen in te vullen, daar de strafrechtelijke rechtsbetrekking naast de gebondenheid aan de wet mede wordt beheerst door ongeschreven rechtsnormen als de beginselen van een behoorlijke strafrechtspleging. Wanneer de balans binnen dit krachtenveld wordt opgemaakt, mag aan de gebondenheid aan het legaliteitsbeginsel en ongeschreven rechtsbeginselen evenwel niet de gevolgtrekking worden verbonden dat het Openbaar Ministerie binnen de strafrechtelijke rechtsbetrekking met handen en voeten zou zijn gebonden. Integendeel, mede als gevolg van de oriëntatie op de inquisitoire procestraditie biedt het wettelijk stelsel van strafvordering het Openbaar Ministerie een uitgebreid arsenaal aan mogelijkheden de inhoud en koers van de strafrechtelijke rechtsbetrekking te bepalen.[45] Het legaliteitsbeginsel bepaalt (slechts) dat het Openbaar Ministerie het in beginsel met dit arsenaal zal moeten doen.

Ook de verdachte is niet vrij naar eigen goeddunken en believen invulling te geven aan de rechtsbetrekking met het Openbaar Ministerie; de verdachte ontleent zijn mogelijkheden om invloed uit te oefenen op het verloop van de rechtsbetrekking immers ook exclusief aan de wet. Anders gezegd, meer of andere mogelijkheden dan de rechten en bevoegdheden die de wettelijke regeling van strafvordering hem biedt, kan de verdachte rechtens niet te gelde maken. Aan deze gebondenheid aan de wet ligt evenwel niet zozeer de wer-

44 HR 19 december 1995, *NJ* 1996, 249 m.nt. Sch (Zwolsman). Zie § 6.2.5.1.

45 Zie voor de wijze waarop de wetgever deze ruimhartige toedeling van bevoegdheden aan politie en Openbaar Ministerie heeft gerechtvaardigd de memorie van toelichting bij het huidige Wetboek van Strafvordering uit 1926 (*Kamerstukken II* 1913/14, 286, nr. 3, p. 55).

king van het strafvorderlijk legaliteitsbeginsel ten grondslag – de verdachte en diens verdediging kunnen immers niet als normadressaat van artikel 1 Sv worden beschouwd – als wel het feit dat de rechten en bevoegdheden waarop verdachte en verdediging aanspraak kunnen maken in vergaande mate zijn afgeleid van de wijze waarop het Openbaar Ministerie zijn eigen bevoegdheden hanteert.[46] Zo bezien lijken de beperkingen aan de uitoefening van rechten en bevoegdheden door de verdachte in de eerste plaats gelegen te zijn in de feitelijke stand van de rechtsbetrekking zoals die door het Openbaar Ministerie wordt bepaald en pas in de tweede plaats in de mogelijkheden die de wet aan deze stand van zaken voor de verdachte verbindt. Daarnaast is moeilijk voorstelbaar op welke wijze de strafrechtelijke rechtsbetrekking door de verdachte buiten de wettelijke mogelijkheden om zou kunnen worden beïnvloed, juist omdat de wijze waarop de verdachte invloed kan uitoefenen door gebruik te maken van zijn wettelijke bevoegdheden altijd geschiedt langs de weg van en met medewerking van het Openbaar Ministerie en/of de rechter. Anders dan het geval is bij de strafvorderlijke overheid die bij machte is de rechtsbetrekking eenzijdig te beïnvloeden door middel van feitelijk optreden via dwangmiddelen of opsporingsbevoegdheden dan wel rechtens door middel van eenzijdige rechtshandelingen, bestaat er geen noodzaak de verdachte via het legaliteitsbeginsel te binden aan de wet, omdat deze eenvoudigweg niet bij machte is door middel van feitelijk optreden of eenzijdige rechtshandelingen buiten het Openbaar Ministerie of de rechter om de koers of inhoud van de rechtsbetrekking te beïnvloeden. Slechts indien de wet rechtsgevolgen aan het handelen van de verdachte verbindt, 'gebeurt' er daadwerkelijk iets in het kader van de strafrechtelijke rechtsbetrekking. Weer anders geformuleerd, in geval van het Openbaar Ministerie is veeleer sprake van het stellen van grenzen aan reeds bestaande mogelijkheden om de rechtsbetrekking te beïnvloeden – zij het dat het ook in het geval van het Openbaar Ministerie strikt genomen de wet of de beginselen van behoorlijke strafrechtspleging zijn die rechtsgevolg verbinden aan feitelijk optreden of het verrichten van eenzijdige rechtshandelingen –, terwijl in het geval van de verdachte veeleer sprake is van het creëren van nog niet bestaande mogelijkheden om invloed uit te oefenen op de rechtsbetrekking.

Tegenover de beperkte invloed die de verdachte op de invulling en koers van de rechtsbetrekking kan uitoefenen en zijn afhankelijkheid daarbij van de mogelijkheden die de wet hem biedt, staat evenwel dat de verdachte binnen de marges van het strafvorderlijk speelveld zoals die door de wetgever *in abstracto* en door het Openbaar Ministerie *in concreto* worden bepaald, in vergaande mate vrij is om te doen en laten wat hij wil. Zo kan de verdachte niet worden gehouden aan de beginselen van een behoorlijke strafrechtspleging

46 Zie C.P.M. Cleiren, aant. 5 op art. 1 (suppl. 89, juni 2000), in: Melai/Groenhuijsen e.a. Zie voor kritiek op deze visie Groenhuijsen & Knigge 2004, p. 53-56.

en rust op hem – nu aan hem geen publieke functie toekomt[47] – ook geen specifieke verantwoordelijkheid voor de verwezenlijking van de doelen van het strafproces. De wet kent rechten en bevoegdheden voor de verdachte alsmede verplichtingen voor de verdachte bepaalde handelingen te dulden; daadwerkelijke opdrachten voor de verdachte kent de wet evenwel niet of nauwelijks.[48] Slechts indien de verdachte van een bepaalde bevoegdheid gebruik wenst te maken, kan de wet de nodige verplichtingen aan het effectueren van die bevoegdheid verbinden, bijvoorbeeld in de vorm van het voldoen aan een aantal vormvoorschriften. Voor het overige wordt de verdachte geheel vrijgelaten in de keuzes die hij maakt, waarbij het zelfs tot de mogelijkheden behoort zich volledig afzijdig te houden van het strafproces en als zodanig geen actieve invulling te geven aan de rechtsbetrekking met het Openbaar Ministerie. Bijgevolg kan de verdachte niet alleen zelf zijn proceshouding kiezen, maar staat het hem (tot op zekere hoogte[49]) ook vrij deze gedurende de loop van het strafproces – en dus gedurende de loop van de rechtsbetrekking – te wijzigen.[50]

Met deze beschrijving van de invloed van het legaliteitsbeginsel en de normen van de strafvorderlijke regelgeving op de strafrechtelijke rechtsbetrekking is één van de meest kenmerkende kwalitatieve eigenschappen van deze rechtsbetrekking gegeven: ook wanneer de in het bovenstaande besproken nuanceringen en kanttekeningen met betrekking tot de reikwijdte en adressering van het legaliteitsbeginsel daarbij in ogenschouw worden genomen, bestaat over het geheel genomen voor de betrokken rechtssubjecten toch een tamelijk strikte gebondenheid aan de wet (en – voor wat betreft het Openbaar Ministerie – het ongeschreven recht) en een daarmee samenhangende beperkte mogelijkheid tot vrije invulling van de onderlinge rechtsbetrekking. Hierbij moet worden opgemerkt dat de beperkte mogelijkheid van de bij de strafrechtelijke rechtsbetrekking betrokken rechtssubjecten om naar eigen inzicht invulling te geven aan de onderlinge rechtsbetrekking niet alleen voortvloeit uit de gebondenheid

47 Zie Cleiren 1990, p. 153-154.

48 Ter nuancering dient evenwel te worden opgemerkt dat in de jurisprudentie in toenemende mate eisen worden gesteld aan de proceshouding van de verdediging, in die zin dat wordt verwacht dat de verdediging tijdig en actief gebruik maakt van zijn rechten en bevoegdheden dan wel tijdig bepaalde verweren voert. Indien de verdediging dit nalaat, kunnen hieraan door de rechter bij wijze van rechtsverwerking gevolgen worden verbonden in de zin van het niet honoreren van bepaalde (onderzoeks)wensen of het niet verbinden van consequenties aan bepaalde verweren van de verdediging. Zie voor een voorbeeld van dit laatste HR 15 april 2008, *NJ* 2008, 453, m.nt. Sch; zie voorts (voor debat) over deze ontwikkeling Spronken 2001, p. 146-150; Groenhuijsen en Knigge 2004, p. 78-93; Franken 2004, p. 26-40; Machielse 2009, p. 123-128 en Van der Meij 2010, p. 568-569.

49 Vgl. de in de vorige voetnoot beschreven nuancering. In toenemende mate wordt aangenomen dat de verdediging in bepaalde gevallen kan worden gehouden aan eerder gemaakte keuzen. Zie bijv. Groenhuijsen en Knigge 2004, p. 78.

50 Zie uitgebreider over de positie van de verdachte binnen de rechtsbetrekking § 6.2.10.

aan het legaliteitsbeginsel, maar ook intrinsiek samenhangt met het feit dat het Nederlandse strafproces is georiënteerd op het inquisitoire procesmodel en met de bij deze oriëntatie behorende constitutionele en institutionele positie van het Openbaar Ministerie. Het adversaire procesmodel, waarin de verantwoordelijkheid voor het realiseren van de procesdoelen in de eerste plaats bij de procespartijen en niet bij de rechter wordt gelegd, biedt bepaald meer ruimte aan de betrokken rechtssubjecten om hun onderlinge rechtsbetrekking naar eigen inzicht in te richten.[51] Niet voor niets hebben allerhande onderhandelingsfiguren tussen vervolgende instantie en verdachte ter bespoediging of verkorting van de strafrechtelijke procedure (bijvoorbeeld *plea bargaining*) een eerdere en hogere vlucht genomen binnen strafrechtelijke stelsels die meer adversair zijn georiënteerd.[52] In het navolgende zal uitgebreider worden ingegaan op de invloed die de constitutionele en institutionele positie van het Openbaar Ministerie en de Nederlandse oriëntatie op de inquisitoire procestraditie, op de strafrechtelijke rechtsbetrekking hebben.

6.2.6 Constitutioneel en institutioneel kader

De strafrechtelijke rechtsbetrekking tussen Openbaar Ministerie en verdachte wordt mede beïnvloed door het constitutionele en institutionele kader waarbinnen het Openbaar Ministerie functioneert.[53] Anders gezegd, de wijze waarop de positie van het Openbaar Ministerie constitutioneel is ingebed ten opzichte van de andere instituties en organen binnen de strafrechtspleging heeft zijn weerslag op de invulling van de rechtsbetrekking met de verdachte. In feite raakt de vraag naar de constitutionele en institutionele inbedding daarmee de wijze waarop de rechtssubjectiviteit van het Openbaar Ministerie wordt ingevuld, terwijl deze invulling van de rechtssubjectiviteit op haar beurt onmiskenbaar de rechtsbetrekking tussen Openbaar Ministerie en verdachte beïnvloedt.[54]

Het Openbaar Ministerie vervult zijn taak van (leidinggeven aan de) opsporing, vervolging en tenuitvoerlegging volgens De Wijkerslooth in een krachtenveld tussen minister van Justitie en politiek, lokaal openbaar bestuur, politie en rechtsprekende macht, waarbij geldt dat vanuit rechtsstatelijk perspectief de invloed van deze verschillende instituties op het Openbaar Ministerie in

51 Zie voor een beschrijving en nadere verdieping van de beide procesmodellen Damaška 1986, alsmede de in § 6.2.7 genoemde literatuur.

52 Zie voor de samenhang tussen *plea bargaining* en het adversaire procesmodel ook Brants & Stapert 2004, p. 15-18.

53 Zie meer uitgebreid over de positie van het Openbaar Ministerie onder meer 't Hart 1976, De Doelder 1988, 't Hart 1994, De Doelder, Foqué & Gerding 1994, 't Hart 2001 en Van Daele 2003.

54 Zie § 5.2.5.

een zeker evenwicht moet zijn.[55] Elk van deze vier heeft zijn eigen ideeën over en wensen met betrekking tot de taakuitoefening door het Openbaar Ministerie. Het is aan het Openbaar Ministerie zowel op beleidsmatig niveau als op het niveau van de individuele strafzaak een zodanige koers te kiezen dat aan deze verschillende belangen zoveel mogelijk recht wordt gedaan, waarbij geldt dat de wijze waarop het Openbaar Ministerie invulling geeft aan deze opdracht naar context, tijd en plaats kan verschillen.[56] Hierbij moet voorts worden bedacht dat op het niveau van de individuele strafzaak deze lijst van 'belanghebbenden' bij het optreden van het Openbaar Ministerie nog eens wordt aangevuld met de direct bij de strafzaak betrokkenen, te weten de verdachte en veelal het slachtoffer of diens nabestaanden en eventuele getuigen. Tot slot dient het Openbaar Ministerie zich bij zijn taakuitoefening ervan bewust te zijn dat de samenleving als geheel voortdurend over zijn schouder meekijkt.

Wanneer derhalve de strafrechtelijke rechtsbetrekking tussen Openbaar Ministerie en verdachte wordt bezien, moet worden bedacht dat een van de betrokken rechtssubjecten, te weten het Openbaar Ministerie, constitutioneel en institutioneel is verbonden met genoemde 'partners' (rechtsprekende macht, politie, landelijke politiek en lokaal bestuur) en zich daarnaast rekenschap moet geven van de belangen van verdachten, slachtoffers, getuigen en – indirect – de samenleving als geheel. Naast het feit dat het Openbaar Ministerie bij de invulling van zijn rechtsbetrekkingen met de verdachte aan wet- en regelgeving en beginselen van een goede procesorde is gebonden, is het Openbaar Ministerie derhalve gehouden zijn resterende discretionaire ruimte zodanig in te vullen dat recht wordt gedaan aan alle betrokken belangen en aan alle belanghebbenden. Anders gezegd, het Openbaar Ministerie als rechtssubject functioneert in een context die zijn invloed heeft op elke rechtsbetrekking waarbij het Openbaar Ministerie is betrokken en daarom niet kan worden genegeerd bij de beschouwing en waardering van deze rechtsbetrekkingen. Deze context bestaat uit allerhande relevante factoren, variërend van (gebondenheid aan) strafrechtelijk beleid, internationale afspraken en politieke wensen, via overwegingen van capaciteit en prioriteit tot medeverantwoordelijkheid voor de rechtspositie van verdachten, slachtoffers en getuigen. Daarbij moet worden bedacht dat deze factoren afhankelijk van het concrete geval en het moment in de tijd voortdurend fluctueren in soortelijk gewicht en telkens opnieuw tegen elkaar dienen te worden afgewogen. Enerzijds kan deze context verklaren waarom het Openbaar Ministerie handelt of heeft gehandeld zoals het handelt of heeft gehandeld en anderzijds kan deze context fungeren als een toetssteen voor dat handelen.

55 Zie De Wijkerslooth 2007, p. 66-76.
56 Zie De Wijkerslooth 2007, p. 66.

Over het geheel genomen neemt het Openbaar Ministerie een centrale en – ook in vergelijking met de processtelsels in de ons omringende landen[57] – bijzondere positie in het strafrechtelijk stelsel in. Deze bijzondere positie van het Openbaar Ministerie als spin in het web van de strafrechtspleging[58] is verankerd in de bijzondere constitutionele en institutionele positie van het Openbaar Ministerie tussen uitvoerende en rechterlijke macht, een positionering die zich vertaalt in een taakstelling die eveneens wordt gekenmerkt door een zekere dualiteit. Op beide aspecten van de positie van het Openbaar Ministerie wordt in het navolgende nader ingegaan. In § 6.2.7 zal nader worden ingegaan op de achtergrond van deze bijzondere positie, welke is gelegen in de oriëntatie van het Nederlandse strafproces op de inquisitoire procestraditie.

6.2.6.1 Het Openbaar Ministerie tussen uitvoerende en rechterlijke macht

De bijzondere constitutionele en institutionele positie van het Openbaar Ministerie is geregeld binnen de Grondwet en de Wet op de rechterlijke organisatie. Uit deze beide wetten kan impliciet worden afgeleid dat het Openbaar Ministerie deel uitmaakt van de rechterlijke macht, terwijl de Wet op de rechterlijke organisatie tegelijkertijd een gezagsverhouding met de minister van Justitie creëert door deze laatste de bevoegdheid te verlenen het Openbaar Ministerie algemene en bijzondere aanwijzingen te geven (artikel 127 en 128 Wet RO). Er is aan het einde van de vorige eeuw dan ook een fel debat gevoerd over de vraag of het Openbaar Ministerie tot de uitvoerende of tot de rechterlijke macht moet worden gerekend. Dit debat kan met de invoering van de Wet reorganisatie openbaar ministerie en instelling landelijk parket in 1999, in ieder geval voorlopig, als beslecht worden beschouwd.[59] De wijze waarop de positie van het Openbaar Ministerie thans is ingebed duidt op een hybride oplossing, waarin het Openbaar Ministerie moet worden gerekend tot beide machten. Veelal wordt aangenomen dat het optreden van het Openbaar Ministerie op beleidsniveau moet worden gerekend tot de uitvoerende macht, terwijl het optreden van het Openbaar Ministerie op concreet zaaksniveau moet worden teruggevoerd op zijn hoedanigheid als onderdeel van de rechterlijke macht. Dit laatste aspect wordt in het algemeen vertaald in het vereiste dat het Openbaar Ministerie een magistratelijke positie dient in te nemen ten opzichte van de verdachte. Wat hieronder moet worden verstaan is onderwerp van voortdurende discussie, maar algemeen wordt aangenomen dat hieruit mede voort-

57 Zie voor een inventarisatie van de taken en bevoegdheden van de verschillende vervolgende autoriteiten binnen de Europese Unie Tak 2004 & 2005. Zie meer specifiek voor België, Nederland en Duitsland Van Daele 2002, alsmede Fionda 1995 die zich naast Nederland en Duitsland richt op de landen van het Verenigd Koninkrijk.

58 Vgl. Pakes 2000, p. 67.

59 Wet reorganisatie openbaar ministerie en instelling landelijk parket van 19 april 1999, *Stb.* 1999, 194, in werking getreden op 1 juni 1999. Zie voor een weergave van de verschillende standpunten in deze discussie Van Daele 2003, p. 119-133. Zie ook 't Hart 1994, p. 311-324.

vloeit dat van het Openbaar Ministerie een objectieve houding ten opzichte van de verdachte mag worden verwacht, waarbij het Openbaar Ministerie zich mede rekenschap geeft van de belangen van de verdachte en mede zorg draagt voor een adequaat niveau van rechtsbescherming voor de verdachte. Reijntjes omschrijft de positie van het Openbaar Ministerie dan ook als volgt:

> 'De officier behoort niet enkel te streven naar een veroordeling; hij moet vechten voor het Recht, met een hoofdletter. Alleen wanneer het recht zegeviert, kan hij zeggen dat hij zijn taak heeft volbracht. De eindverantwoordelijkheid ligt bij de rechter, maar de officier is degene die de rechter tot recht doen in staat moet stellen.'[60]

Beide aspecten van de rechtssubjectiviteit van het Openbaar Ministerie – zijn 'lidmaatschap' van zowel de uitvoerende als de rechterlijke macht – komen terug in de individuele strafrechtelijke rechtsbetrekking tussen Openbaar Ministerie en verdachte. De hiërarchische organisatiestructuur van het Openbaar Ministerie en de daaruit voortvloeiende gebondenheid van de individuele officier van justitie aan algemene en bijzondere directieven van hogerhand kunnen worden beschouwd als een voor de rechtsbetrekking relevant aspect dat voortvloeit uit het 'lidmaatschap' van de uitvoerende macht, evenals de mogelijkheid tot inmenging in een concrete strafzaak door de minister van Justitie en diens politieke verantwoordelijkheid voor het optreden van het Openbaar Ministerie. De magistratelijke rol van het Openbaar Ministerie, voortvloeiende uit zijn 'lidmaatschap' van de rechterlijke macht, dient evenwel ook te worden geconcretiseerd en tot gelding gemaakt binnen de concrete rechtsbetrekking. Uitgaande van bovengenoemde betekenis van de notie van magistratelijkheid – nastreven dat het recht zegeviert en zich rekenschap geven van de belangen van de verdachte – betekent dit in ieder geval dat het Openbaar Ministerie zich in het kader van de strafrechtelijke rechtsbetrekking met de verdachte dient te houden aan de normen van de wet en de beginselen van een behoorlijke strafrechtspleging en zich voor het overige niet mag opstellen als tegenpartij van de verdachte die hem te vuur en te zwaard bestrijdt. De vraag of daarnaast op grond van de notie van magistratelijkheid nog extra en meer concrete eisen aan het optreden van het Openbaar Ministerie kunnen worden gesteld, wordt in een later stadium beantwoord.[61]

6.2.6.2 De taakstelling van het Openbaar Ministerie

De eis van magistratelijkheid die aan het optreden van het Openbaar Ministerie wordt gesteld, kan niet alleen worden afgeleid uit de positionering van het Openbaar Ministerie tussen uitvoerende en rechterlijke macht in, maar ook

60 Reijntjes 2005, p. 598.
61 Zie § 6.2.9.

uit de taak die het Openbaar Ministerie in de Wet op de rechterlijke organisatie krijgt opgedragen.[62] Artikel 124 Wet RO omschrijft deze taak als de strafrechtelijke handhaving van de rechtsorde.[63] De vraag wat hieronder moet worden verstaan, is met name door 't Hart uitvoerig beantwoord ten aanzien van de oude formulering van de taak van het Openbaar Ministerie in artikel 4 (oud) Wet RO: de handhaving der wetten. 't Hart heeft in 1976 in zijn Tilburgse oratie 'Om het O.M.' betoogd dat deze oude taakstelling breder moest worden geïnterpreteerd, en wel als handhaving van het recht.[64] Deze lezing van 't Hart van de oude taakstelling van het Openbaar Ministerie heeft vervolgens binnen de literatuur veel navolging gekregen en is in het Jaarverslag uit 1980 ook expliciet door het Openbaar Ministerie zelf onderschreven.[65] Sinds de wijziging van de Wet op de rechterlijke organisatie in 1999 blijkt deze bredere lezing van de taakstelling ook uit de wettekst zelf doordat artikel 124 Wet RO spreekt van strafrechtelijke handhaving van de rechtsorde.[66]

Achter het pleidooi van 't Hart om de taakstelling van het Openbaar Ministerie te herformuleren van handhaving der wetten tot rechtshandhaving gaat een gedachtegoed schuil, dat hij in een later stadium in samenwerking met Foqué verder heeft uitgewerkt.[67] Binnen dit gedachtegoed komt met name betekenis toe aan de begrippen instrumentaliteit en rechtsbescherming als functies van het recht. Deze begrippen waren als zodanig niet nieuw; in de literatuur waren al eerder vele pennen in beweging gebracht over de vraag waarin de specifieke functie van het recht was gelegen: in sturing van de maatschappij door middel van de handhaving van wetten (instrumentaliteit) of in bescherming van de individuele burger tegen die maatschappelijke sturing (rechtsbescherming).[68] Het vernieuwende van het werk van 't Hart en Foqué

62 Zie ook Van Daele 2003, p. 130.

63 Voorts is het Openbaar Ministerie op grond van deze bepaling belast met 'andere bij de wet vastgestelde taken'. Hierbij moet worden gedacht aan de verschillende vormen van aanwezigheid van het Openbaar Ministerie in civiele zaken. Zo heeft het een rol in het kader van het personen- en familierecht, de gedwongen opneming in psychiatrische ziekenhuizen op grond van de Wet BOPZ, het erfrecht, het rechtspersonenrecht, het faillissementsrecht en het merkenrecht. Zie uitgebreid over het Openbaar Ministerie *in civilibus* De Meijer 2003.

64 Zie 't Hart 1976, p. 6-7. Aan deze nieuwe interpretatie liggen in het denken van 't Hart met name de eerdere herformulering in 1963 van de cassatiegronden in artikel 99 (oud) Wet RO (van 'verkeerde toepassing of schending der wet' naar 'schending van het recht') en de gewijzigde opvatting van het opportuniteitsbeginsel (van een negatieve interpretatie, naar een positieve interpretatie) ten grondslag.

65 Jaarverslag Openbaar Ministerie 1980, bijlage bij de Justitiebegroting 1982, *Kamerstukken II* 1981/82, 17 100 VI, nr. 3, bijlage VIII, p. 41-42.

66 Wet reorganisatie openbaar ministerie en instelling landelijk parket van 19 april 1999, *Stb.* 1999, 194, in werking getreden op 1 juni 1999.

67 Zie met name Foqué & 't Hart 1990, 't Hart 1994a en 't Hart 1995.

68 Als belangrijkste representant van deze laatste, machtskritische visie kan Peters worden genoemd, die in zijn bekende oratie 'Het rechtskarakter van het strafrecht' betoogde dat het specifieke van het recht was gelegen in secundaire controle, het normeren van de

was wat betreft dit aspect met name gelegen in het feit dat in hun relationele rechtsopvatting beide functies inherent zijn aan het recht en niet los van elkaar kunnen worden gedacht. Het recht is niet louter een instrument ter uitvoering van overheidsbeleid, maar evenmin louter een middel ter bescherming van de burger tegen machtsuitoefening door de overheid. Beide functies zijn twee kanten van dezelfde medaille en kunnen als zodanig niet van elkaar worden gescheiden. Terwijl rechtsbescherming als waarde van het recht niet kan bestaan buiten de instrumentaliteit van maatschappelijke ordening om – er dient immers een maatschappelijk kader te worden ontworpen waarbinnen de vrijheid van de burger kan worden gegarandeerd –, omvat rechtshandhaving mede de handhaving van rechtsbescherming.[69] Deze rechtsopvatting van 't Hart en Foqué – waarvan hier niet meer dan de hoofdlijn is weergegeven – heeft in de literatuur veel navolging gekregen.

Wanneer een en ander wordt betrokken op de taak van het Openbaar Ministerie het recht te handhaven, betekent dit dat het Openbaar Ministerie zich gehouden moet weten aan beide functies van het recht. In zijn taakuitoefening zal het Openbaar Ministerie recht moeten doen aan zowel de instrumentele aspecten van het recht als aan de rechtsbeschermende. In de woorden van 't Hart uit 1976 betekent dit laatste meer concreet:

> 'Als handhaver van het recht heeft het O.M. bovendien nog een zeer belangrijke taak ter bescherming van individuen en groeperingen, die met het strafrechtelijk apparaat in aanraking komen. Deze taak (…) bestaat in het kontroleren of in het spanningsveld tussen hetgeen gezien wordt als het algemeen belang en dat van de individu – verdachte, getuige – de weegschaal niet te gemakkelijk en/of te ver naar het eerstgenoemde doorslaat: of het optreden alleen geschiedt op wettelijke gronden en volgens de regels van procedurele aard, of het wettelijk instrumentarium wordt gehanteerd op een wijze die 'fair' geacht mag worden, en of er niet anderszins in het geheel van het strafrechtelijk gebeuren situaties plegen voor te komen, die voor die betrokkenen als onevenredig bezwarend moeten worden beschouwd.'[70]

In deze woorden van 't Hart kan duidelijk de eerdergenoemde medeverantwoordelijkheid van het Openbaar Ministerie voor de rechtspositie van de verdachte worden herkend, welke in het voorgaande is omschreven als het

---

maatschappelijke controle door de overheid. Zie Peters 1972, p. 7. De eerste visie, het instrumentalisme, laat zich minder gemakkelijk duidelijke representanten toedichten, omdat het niet zozeer gaat om een uniforme leer als wel om een gemene deler van verschillende opvattingen over het recht (vgl. 't Hart 1994a, p. 183). Zie voor een beschrijving van de karakteristieken van het instrumentalisme Schuyt 1985. Zie voorts voor zowel lovende als kritische reacties vanuit de strafrechtswetenschap op het gedachtegoed van Foqué en 't Hart naar aanleiding van het verschijnen van Foqué & 't Hart 1990 de verschillende bijdragen in Van Roermund, Groenhuijsen & Wittteveen 1993.

69 Zie bijv. 't Hart 1994a, p. 216-217.

70 't Hart 1976, p. 19-20.

vereiste van magistratelijkheid. De notie van magistratelijkheid ligt derhalve ook besloten in de taakstelling van het Openbaar Ministerie: het is het Openbaar Ministerie krachtens zijn wettelijke taak ex artikel 124 Wet RO opgedragen mede zorg te dragen voor de rechtsbescherming van de verdachte. Aan de hand van het denkmodel van 't Hart kan evenwel worden betoogd dat de rechtsbeschermende taak van het Openbaar Ministerie breder is dan enkel de zorg voor de rechtspositie van de verdachte. Nu 't Hart uitgaat van een brede opvatting van het begrip rechtsbescherming, waarin rechtsbescherming dient te worden opgevat als de bescherming van de burger tegen iedere inbreuk, hetzij door de overheid hetzij door anderen (criminaliteit), dient hieronder mede de bescherming van de belangen van het slachtoffer en de getuige te worden begrepen.[71] Het Openbaar Ministerie heeft dienovereenkomstig een brede rechtsbeschermende taak, waarbij het voortdurend de individuele belangen van verdachten, getuigen en slachtoffers in het oog dient te houden en dient te zorgen dat deze niet al te gemakkelijk worden opgeofferd aan het algemeen belang van handhaving van de strafrechtelijke normen. De primaire verantwoordelijkheid voor het vinden van een juiste balans tussen het instrumentele en het rechtsbeschermende aspect van strafrechtelijke normen en de handhaving daarvan ligt weliswaar bij de wetgever; binnen de door de wetgever gecreëerde verhouding is het aan het Openbaar Ministerie recht te doen aan beide functies van het recht door ook in de praktijk van de strafrechtspleging deze delicate balans overeind te houden.

Waar reeds uit het relationele karakter van het concept van de rechtsbetrekking zelf kon worden afgeleid dat rechtssubjecten die tot elkaar in rechtsbetrekking staan zich elkanders belangen en posities dienen aan te trekken (de noties van correlativiteit en wederkerigheid als imperatief),[72] geldt dit ingevolge de relationele rechtsopvatting van 't Hart en Foqué des te sterker voor de strafrechtelijke rechtsbetrekking. Eerder is reeds opgemerkt dat met de relationele invulling van de concepten van de rechtssubjectiviteit en de rechtsbetrekking de basis is gelegd voor de notie van correlativiteit.[73] Thans kan worden vastgesteld dat met name de plicht van het Openbaar Ministerie om op grond van de notie van correlativiteit als machtiger rechtssubject binnen de strafrechtelijke rechtsbetrekking mede zorg te dragen voor de rechten en belangen van de verdachte door de relationele rechtsopvatting extra kracht wordt bijgezet. In feite kan de uit deze rechtsopvatting af te leiden notie van magistratelijkheid daarmee als een specifieke strafrechtelijke verbijzondering van de algemene notie van correlativiteit worden beschouwd.

71 Zie 't Hart 1994a, p. 280 en 't Hart 1995, p. 20.
72 Zie § 5.3.3.1 en 5.3.3.3.
73 Zie § 5.2.5.

6.2.7 De invloed van het gematigd inquisitoire procesmodel

In het voorgaande is achtereenvolgens aandacht besteed aan de dominantie van het strafvorderlijk legaliteitsbeginsel, de positionering van het Openbaar Ministerie tussen de uitvoerende en de rechterlijke macht en de bijbehorende omschrijving van de taakstelling van het Openbaar Ministerie in artikel 124 RO als de strafrechtelijke handhaving van de rechtsorde. Gebleken is dat de genoemde factoren elk afzonderlijk, maar vooral in hun onderlinge samenhang het Openbaar Ministerie dwingen tot een magistratelijke houding waarin recht wordt gedaan aan zowel het algemeen belang van strafvordering als het (eveneens algemene[74]) belang van individuele rechtsbescherming. Eén factor is nog onbenoemd gebleven en dat betreft de hier ten lande bestaande processtraditie, of zo men wil, het in Nederland gehanteerde procesmodel. Het dwingende richtsnoer van magistratelijkheid voor al het handelen van het Openbaar Ministerie binnen de strafrechtspleging hangt immers niet alleen samen met de reeds geïdentificeerde factoren, maar kan voorts mede worden verklaard aan de hand van de oriëntatie van het Nederlandse strafproces op het inquisitoire procesmodel.[75] Een kernachtige samenvatting van het algemeen gehanteerde, maar ook veelvuldig bekritiseerde onderscheid[76] tussen de adversaire en de inquisitoire stijl van procederen wordt gegeven door Jörg, Field en Brants:

> 'Let us start with the classical distinction between adversarial and inquisitorial systems of criminal justice. The usual way of describing the former is as a contest between two equal parties, seeking to resolve a dispute before a passive and impartial judge, with a jury ('the people') pronouncing one version of events to be the truth. The inquisitorial system is described as the investigation of an event and the persons involved in that event by the state with a view to establishing the truth – the state doubly present in the 'fact-collecting' prosecutor on the one hand and, on the other, an impartial and independent judge actively involved in truth-finding.'[77]

---

74 Vgl. 't Hart 1994b, p. 49-51 en 't Hart 1995, p. 20.

75 Corstens kenschetst in zijn handboek het Nederlandse strafproces als getemperd inquisitoir (of gematigd accusatoir), nu de verdachte in het beginstadium van het strafproces met name object van onderzoek is, terwijl hij tijdens het onderzoek ter terechtzitting op meer gelijke voet met het Openbaar Ministerie wordt behandeld (Corstens 2008, p. 8).

76 De kern van de kritiek is dat het onderscheid tussen beide processtijlen te weinig fijnmazig is om aan de hand daarvan de genuanceerde werkelijkheid te kunnen beschrijven, hetgeen dwingt tot het beschrijven van processtelsels in meer genuanceerde en daardoor al wat minder heldere terminologie als gematigd inquisitoir en gematigd accusatoir. Vgl. ook Pompe 1952, p. 677-678.

77 Jörg, Field & Brants 1995, p. 42. Zie voor het onderscheid tussen een adversaire en een inquisitoire stijl van procederen ook Drenth, wiens conclusie is dat het Nederlandse strafproces niet alleen historisch maar ook praktisch inquisitoir is (Drenth 1939, p. 243). Zie voorts Nijboer 1992 die betoogt dat de aangehangen processtijl nauw verbonden is met de cultuur van een bepaalde maatschappij en dat zodoende voorzichtig moet worden

Dit schetsmatige onderscheid tussen deze beide procesmodellen blijkt met name een vruchtbaar middel te zijn bij het vergelijken van verschillende strafrechtsstelsels, nu het onderscheid is gebaseerd op een aantal belangrijke (structuur)kenmerken van elk strafproces.[78] Zonder volledig te zijn, kunnen worden genoemd: het gehanteerde waarheidsbegrip en de wijze waarop het proces van waarheidsvinding plaatsvindt,[79] de mate waarin de rechter hiervoor een zelfstandige verantwoordelijkheid draagt, de taak en positie van de vervolgende instantie en de verdachte ten opzichte van elkaar en van de rechter,[80] de vraag in hoeverre de verdachte met zelfstandige bevoegdheden is toegerust, en de vraag of en in hoeverre binnen het strafproces plaats is voor burgerparticipatie. Zonder deze in de literatuur veelbesproken aspecten op deze plaats verder uit te werken en daarmee uitvoerig in te gaan op de inhoud en de reikwijdte van het onderscheid tussen het inquisitoire en het adversaire procesmodel, worden de implicaties van de oriëntatie op het inquisitoire procesmodel voor de wijze waarop het Openbaar Ministerie zich binnen de Nederlandse verhoudingen dient op te stellen goed geïllustreerd in de navolgende overwegingen van Keijzer in zijn annotatie bij een arrest van het Hof Den Haag uit 2008. In dit arrest bekritiseerde het Hof het Openbaar Ministerie stevig om diens afwachtende en weinig kritische houding tijdens het opsporingsonderzoek.

> 'Door zijn kritiek op de wijze waarop het openbaar ministerie slechts in beperkte mate rekening heeft gehouden met de belangen van de verdediging (…) neemt het Hof een conservatief standpunt in en houdt het vast aan het hier te lande vanouds gehuldigde verticale procesmodel (de verdachte wordt primair gezien als voorwerp van onderzoek door de justitiële organen) waarbij de justitiële organen een evenwichtige opstelling dienen te kiezen en niet alleen de gegevens die de verdachte belasten maar ook die welke hem ontlasten op tafel dienen te leggen, zulks in tegenstelling tot het in *common law* landen overwegend heersende horizontale procesmodel (aanklager en beschuldigde worden daarbij gezien als tegenover elkaar staande partijen) volgens hetwelk het opsporen van ontlastende gegevens in beginsel niet behoort tot de taak van de *prosecution* maar tot die van de verdediging, die daartoe dan ook adequaat dient te zijn toegerust. (…)
>
> Het valt te prijzen dat het Hof een lans heeft gebroken voor behoud van onze traditionele waarden, in het bijzonder die van zorg van het openbaar ministerie

---

omgegaan met het overnemen van aspecten van de ene processtijl in de andere. Zie in vergelijkbare zin Brants e.a. 2003, p. 7.

78 Zie voor de vergelijking van processtelsels ook Damaška 1986, zij het dat hij geen gebruik maakt van het onderscheid tussen adversair en inquisitoir, maar een eigen model hanteert dat is gebaseerd op het onderscheid tussen een *conflict-solving type of proceeding* en een *policy-implementing type of proceeding*, welk onderscheid hij vervolgens verfijnt door daarbinnen nog eens te onderscheiden tussen *hierarchical authority* en *coordinate authority*, welk onderscheid ziet op de interne organisatie van het rechtssysteem.

79 Zie Grande 2008.

80 Zie voor de positie van de strafrechter Duijst 2009.

> voor de belangen ook van de verdachte. Het komt me echter voor dat de beïnvloeding van onze strafrechtspleging door het horizontale procesmodel van de *common law* wereld tot op zekere hoogte als een *fact of life* moet worden gezien. Behoud van het nodige evenwicht zal dan ook vooral moeten worden gezocht in versterking van de positie van de verdediging, onder meer door uitbreiding van haar mogelijkheden tot het (eventueel: laten) doen van eigen onderzoek.'[81]

In deze woorden van Keijzer komt duidelijk naar voren dat het Nederlandse strafproces op het inquisitoire procesmodel is toegesneden en dat dit belangrijke implicaties heeft voor de wijze waarop het Openbaar Ministerie invulling dient te geven aan zijn taakuitoefening, te weten door zich rekenschap te geven van de belangen van de verdachte. Aan deze eis lijkt een zekere wens tot ongelijkheidscompensatie ten grondslag te liggen,[82] zij het dat dit binnen het inquisitoire model niet zozeer gebeurt door de verdachte toe te rusten met mogelijkheden om zichzelf te verheffen tot een met het Openbaar Ministerie gelijkwaardige procespartij, maar door het Openbaar Ministerie als het machtiger rechtssubject binnen de rechtsbetrekking medeverantwoordelijk te maken voor de rechtspositie van de verdachte als ondergeschikt rechtssubject binnen de strafrechtelijke rechtsbetrekking. De fundamentele ongelijkheid tussen de betrokken rechtssubjecten in de inquisitoire strafrechtelijke rechtsbetrekking blijft aldus bestaan, maar de mogelijkheid dat dit tot ongewenste gevolgen leidt, wordt beperkt door het Openbaar Ministerie toe te rusten met de specifieke verantwoordelijkheid dit te voorkomen (in combinatie met de waarborgfunctie van de mogelijkheid van rechterlijke tussenkomst). Dit is fundamenteel anders bij accusatoir georiënteerde strafprocessen, waar wordt getracht de ongelijkheid tussen vervolgende instantie en verdachte juist zoveel mogelijk op te heffen door de verdediging toe te rusten met gelijke processuele mogelijkheden als de vervolgende instantie.

Voorts komt uit de woorden van Keijzer duidelijk naar voren dat het Hof hier – door in zijn overwegingen aan te sluiten bij de in Nederland heersende inquisitoire procestraditie – in zijn ogen een weliswaar historisch juist, maar daarmee ook wat conservatief standpunt inneemt. De beïnvloeding van het Nederlandse, gematigd inquisitoire, verticale strafproces door elementen vanuit het adversaire, horizontale, *common law* procesmodel is volgens Keijzer immers een *fact of life*, dat volgens hem noopt tot het doen van aanpassingen teneinde het evenwicht tussen de procesdeelnemers te behouden. Hiermee doelt Keijzer op de adversaire werkwijze van het compenseren van ongelijkheid tussen procespartijen door hen gelijkelijk toe te rusten met processuele mogelijkheden.[83] Of anders gezegd: de toenemende invloed van adversair getinte

81 Annotatie N. Keijzer bij Hof Den Haag 10 maart 2008, *NJ* 2008, 469 (Kouwenhoven).

82 Zie ook Nijboer 1997.

83 Zie ook 't Hart 1997, p. 153: 'het accusatoire strafproces moet zodanig worden ingericht, dat de verdachte kunstmatig de positie van een aan het OM gelijke procespartij krijgt aangereikt'.

elementen in een van oorsprong inquisitoir georiënteerd strafproces vraagt om emancipatie van de verdediging als procespartij.[84]

Op deze plaats kan worden volstaan met de constatering dat het gematigd inquisitoire procesmodel dwingt tot een houding van het Openbaar Ministerie ten opzichte van de verdediging waarin het zich rekenschap geeft van de belangen van de verdediging. Een houding die eerder is omschreven als magistratelijk en die eveneens samenhangt met en voortvloeit uit de in het voorgaande besproken factoren die van invloed zijn op de strafrechtelijke rechtsbetrekking tussen Openbaar Ministerie en verdachte. In zoverre kan worden gesteld dat sprake is van een complex constitutioneel, institutioneel en historisch bepaald samenstel van factoren die het karakter van de strafrechtelijke rechtsbetrekking bepalen.

6.2.8 Strafvorderlijk kader

De oriëntatie van het Nederlandse strafproces op de inquisitoire procestraditie is – ondanks het feit dat in toenemende mate sprake is van accusatoire invloeden – nog steeds duidelijk te herkennen in de wijze waarop de strafrechtspleging in het Wetboek van Strafvordering is ingericht. Dit gegeven uit zich in het bijzonder in de wettelijke regeling van de positie van het Openbaar Ministerie, dat in het Wetboek van Strafvordering wordt belast met zowel de opsporing, als de vervolging en de tenuitvoerlegging van strafbare feiten. De algemene institutionele taakstelling van het Openbaar Ministerie ex artikel 124 Wet RO, de strafrechtelijke handhaving van de rechtsorde, wordt op het meer concrete niveau aldus ruim uitgelegd. Goed beschouwd is alleen de berechting van strafbare feiten een strafvorderlijke taak die exclusief is voorbehouden aan de rechter.[85] Het Openbaar Ministerie is daarmee in alle fasen van de strafrechtspleging sterk vertegenwoordigd en vervult aldus een spilfunctie binnen de strafrechtspleging als geheel. Dit begint reeds in de fase van de opsporing, waarover het Openbaar Ministerie op grond van artikel 148 Sv en artikel 13 Politiewet de leiding heeft. Binnen dit kader van de opsporing bepaalt het Openbaar Ministerie eenzijdig of, wanneer en op welke wijze het met een burger (langs de weg van handelend optreden door opsporingsambtenaren) in rechtsbetrekking komt te staan, waarbij de legitimatie is gelegen in het bestaan van een verdenking.[86] Ook wanneer de feitelijke beslissing tot vestiging van de rechtsbetrekking zonder voorafgaand overleg met het Openbaar Ministerie zelfstandig door opsporingsambtenaren wordt genomen, kan

84 Vgl.'t Hart 1997, p. 151.

85 Als gevolg van de Wet OM-afdoening van 7 juli 2006, *Stb.* 2006, 330 (grotendeels in werking getreden op 1 februari 2008) is ook de schuldvaststelling en strafoplegging niet langer een exclusieve taak van de rechter. Zie in dit verband § 2.2.2 en § 2.4.5.

86 Zie § 6.2.1.3.

deze rechtsbetrekking aan het Openbaar Ministerie worden toegeschreven, nu de rechtsbetrekking onder diens leiding en gezag is gevestigd.

De spilfunctie van het Openbaar Ministerie komt het meest pregnant naar voren in het kader van de vervolgingsbeslissing. Het is immers het Openbaar Ministerie dat bepaalt of er wordt vervolgd, op welke wijze er wordt vervolgd en ter zake van welk(e) feit(en) vervolging wordt ingesteld. De ruimte tot deze beslissingen wordt geboden door het opportuniteitsbeginsel, terwijl het vervolgingsmonopolie het Openbaar Ministerie exclusief bevoegd maakt tot het nemen van deze beslissingen. Het strafrechtelijk beleid van het Openbaar Ministerie in de vorm van richtlijnen verleent aan deze beslissingen de nodige coherentie, openbaarheid, inzichtelijkheid en voorspelbaarheid. Met name door deze voorspelbaarheid werpt het strafrechtelijk beleid omtrent de vervolgingsbeslissing van het Openbaar Ministerie zijn schaduw vooruit naar de opsporingsfase. Het Openbaar Ministerie heeft aldus niet alleen een directe greep op de opsporingsfase doordat het hieraan leiding geeft, maar ook een indirecte invloed als gevolg van het vervolgings- en opsporingsbeleid. Daarnaast beïnvloedt het Openbaar Ministerie de fase van berechting sterk, door te bepalen welke strafzaken voor de rechter komen en welke omvang het geding voor de rechter vervolgens zal hebben. Tot slot heeft het Openbaar Ministerie een duidelijke invloed op de straftoemeting door de rechter, zowel in zijn algemeenheid door middel van richtlijnen[87] als in concreto door middel van zijn strafeis ter zitting.[88]

De fase van tenuitvoerlegging blijft hier verder onbesproken, nu het Openbaar Ministerie daarvoor op grond van artikel 553 Sv weliswaar formeel de verantwoordelijkheid draagt, maar de feitelijke uitvoering daarvan in de praktijk toch grotendeels door het ministerie van Justitie (DJI), het CJIB en de Reclassering geschiedt. De rol van het Openbaar Ministerie beperkt zich in deze fase tot het controleren of door de rechter opgelegde sancties daadwerkelijk ten uitvoer worden gelegd en, in gevallen waarin dat niet het geval is, het beoordelen of en in hoeverre daaraan gevolgen moeten worden verbonden. Bedacht dient evenwel te worden dat het Openbaar Ministerie in deze fase steeds de uitspraak van de rechter dient te respecteren.[89]

87 Zie Schoep 2008 over de invloed van (de richtlijnen van) het Openbaar Ministerie op de straftoemeting, ook in relatie tot de door de rechtsprekende macht gehanteerde oriëntatiepunten.

88 Deze invloed op het niveau van de concrete strafzaak gaat niet zover dat de rechter in alle gevallen bij afwijking van de door het Openbaar Ministerie voorgestelde strafsoort en –maat op grond van artikel 359 lid 2 Sv verplicht zou zijn deze afwijking uitdrukkelijk te motiveren. Zie HR 3 oktober 2006, *NJ* 2006, 549.

89 Dat dit laatste mede gelet op artikel 553 Sv het geval is, werd door de Hoge Raad nog eens met kracht onderstreept in HR 1 juni 1999, *NJ* 1999, 567 m.nt. Sch (Karman). Zie § 2.6.9.2.

6.2.9 Magistratelijkheid

Op basis van het voorgaande kan worden vastgesteld dat de wetgever het Openbaar Ministerie bij zijn taakuitoefening veel vrijheid heeft gelaten, met name voor wat betreft de vervolgingsbeslissing.[90] Deze vrijheid wordt evenwel langs verschillende wegen ingeperkt. Hierbij kan niet alleen worden gedacht aan de aanwijzingsbevoegdheid van de minister op grond van artikel 127 Wet RO en de beklagprocedure bij niet-vervolging ex artikel 12 Sv, maar vooral aan de gebondenheid van het Openbaar Ministerie aan de beginselen van een behoorlijke strafrechtspleging. Het is vooral deze gebondenheid aan ongeschreven rechtsnormen die van groot theoretisch en praktisch belang is voor de rechtsbetrekking tussen Openbaar Ministerie en verdachte. Juist omdat het Openbaar Ministerie door de wetgever bij zijn taakuitoefening een grote vrijheid is gelaten, is het van belang te onderkennen dat deze vrijheid zijn grenzen kent en niet mag leiden tot een behandeling van de verdachte die grenst aan willekeur of anderszins in strijd komt met de beginselen van een behoorlijke strafrechtspleging. In deze gebondenheid aan de normen van ongeschreven recht komt de uit de constitutionele en institutionele positie van het Openbaar Ministerie en diens taakstelling voortvloeiende bijzondere rechtsbeschermende taak van de officier van justitie binnen de individuele rechtsbetrekking dan ook duidelijk terug. Juist hier ligt de ruimte en de noodzaak voor de officier van justitie zijn medeverantwoordelijkheid voor de rechtsbescherming van de verdachte gestalte te geven. De ongeschreven beginselen van een behoorlijke strafrechtspleging hebben in de afgelopen decennia dan ook een vaste plaats binnen het strafvorderlijk kader verworven en zijn daarmee van groot praktisch belang voor het normatieve kader van de individuele strafrechtelijke rechtsbetrekking.

De vraag of en in hoeverre dit laatste ook geldt voor de notie van magistratelijkheid, is minder eenduidig te beantwoorden. Dat het Openbaar Ministerie zich magistratelijk dient op te stellen binnen de rechtsbetrekking met de verdachte is op theoretisch niveau (vrijwel) onomstreden.[91] In het voorgaande is langs verschillende wegen betoogd dat het Openbaar Ministerie zich binnen het kader van de strafrechtelijke rechtsbetrekking dient te houden aan het

---

90 De opsporingsfase kenmerkt zich weliswaar ook door de nodige vrije beslissingsruimte voor het Openbaar Ministerie, maar *als* wordt besloten tot de inzet van opsporingsbevoegdheden overheerst het legaliteitsbeginsel toch sterk.

91 Zie Van Daele 2003, p. 133. Slechts in de tegenwoordig weinig gangbare opvatting dat het Openbaar Ministerie louter als onderdeel van de uitvoerende macht moet worden gezien, bestaat enige ruimte het vereiste van magistratelijk handelen te ontkennen. In deze opvatting zou het kunnen volstaan dat het Openbaar Ministerie zich als een 'gewoon bestuursorgaan' bij zijn taakuitoefening houdt aan de grenzen van de wet en het ongeschreven recht. Niettemin wordt zelfs door de meeste auteurs die het Openbaar Ministerie tot de uitvoerende macht rekenen, erkend dat het hier een 'bijzonder bestuursorgaan' betreft (zie Van Daele 2003, p. 124-125).

vereiste van magistratelijkheid. Dat dit het geval zou zijn, werd afgeleid uit de constitutionele en institutionele positie van het Openbaar Ministerie tussen uitvoerende en rechterlijke macht, uit de bijbehorende taakstelling van strafrechtelijke handhaving van de rechtsorde en uit de oriëntatie van de Nederlandse strafrechtspleging op de inquisitoire procestraditie. Hierbij is de notie van magistratelijkheid geduid als de medeverantwoordelijkheid van het Openbaar Ministerie voor de rechtspositie van de verdachte, hetgeen zich meer concreet uit in het vereiste zich bij de taakuitoefening voortdurend rekenschap te geven van de belangen van de verdachte. Ook is de notie van magistratelijkheid neergezet als een strafrechtelijke verbijzondering van de algemene notie van correlativiteit.[92] Met dit alles is op zichzelf duidelijk dat de notie van magistratelijkheid onderdeel uitmaakt van het normatieve kader van de strafrechtelijke rechtsbetrekking. De reikwijdte en inhoud daarvan staan evenwel nog allerminst vast. Met name de vraag of en in hoeverre uit de notie van magistratelijkheid ook meer concrete rechtsregels kunnen worden afgeleid en in hoeverre deze zich verhouden tot de eisen zoals die reeds voortvloeien uit de beginselen van een behoorlijke strafrechtspleging, is tot op heden goeddeels onbeantwoord gebleven.

Waar Reijntjes in het kader van de magistratelijkheid spreekt van het vechten voor het Recht met een hoofdletter,[93] spreekt Meijers in dit verband van de normen van de ethiek. Het gaat bij ethiek dan niet om de eis dat wordt gehandeld in overeenstemming met wettelijke normen en ongeschreven rechtsbeginselen; ethisch handelen is meer dan dat en veronderstelt juist dat de vereisten van wettelijk en rechtmatig reeds succesvol zijn gepasseerd. Pas wanneer dat het geval is, komt zelfstandige betekenis toe aan de vraag of er – *binnen* de grenzen van wet en ongeschreven recht – sprake is van ethisch juist handelen.[94] Met de incorporatie van de normen van ethiek binnen de notie van magistratelijkheid is evenwel nog steeds maar een beperkte juridisch-inhoudelijke invulling aan deze notie gegeven, niet in de laatste plaats omdat het hier om een per definitie open stelsel van normen gaat. Meijers volstaat in dit verband met het formuleren van een aantal voorwaarden voor een goede beroepsuitoefening van de officier van justitie: onpartijdigheid, innerlijke onafhankelijkheid, waarachtigheid ten aanzien van de feiten en het vermogen tot reflectie.[95] Hierbij gaat Meijers voor wat betreft het vereiste van onpartijdigheid niet alleen uit van formele onpartijdigheid, maar ook van een:

> 'mentale en dynamische onpartijdigheid, nodig om afweging en beslissing zoveel mogelijk te vrijwaren zowel van de macht van eigen vooroordelen en eenzijdig-

92 Zie § 6.2.6 en § 6.2.7.
93 Zie Reijntjes 2005, p. 598; zie ook § 6.2.6.1
94 Meijers 1995, p. 126-127, en meer toegespitst op de officier van justitie p. 128-129.
95 Meijers 1995, p. 134.

> heden, van welke aard ook (religieuze, partij-politieke), als van de neiging van beleidmakers om een door hen gewenste ordening van de samenleving met een door het recht geïndiceerde orde te vereenzelvigen. (…) De officier van justitie zal de onpartijdigheid die van hem mag worden verwacht slechts kunnen vinden in een oriëntatie op het recht en op de rechter.'[96]

Daarmee plaatst Meijers de eis van ethisch handelen expliciet in de sleutel van het door 't Hart geconstateerde onlosmakelijke verband tussen instrumentaliteit en rechtsbescherming. Volgens Meijers staat de officier van justitie op het snijvlak van die verbinding, waarbij geldt dat de officier van justitie die tot het maken van een keuze tussen een van beide wordt gedwongen, voor een valse keuze wordt gesteld.[97] Hoewel met de door Meijers geformuleerde vier waarden al meer duidelijkheid bestaat over de invulling van de notie van magistratelijkheid, is nog steeds betrekkelijk weinig gezegd over de vraag in hoeverre daaruit concrete, voor de normering van de strafrechtelijke rechtsbetrekking bruikbare vereisten kunnen worden afgeleid.

Ook de Handleiding gedragscode van het Openbaar Ministerie biedt in dit verband weinig houvast.[98] In deze handleiding – die als zodanig geen externe werking heeft[99] – geeft het Openbaar Ministerie inzicht in de vraag aan welke normatieve kaders het zich bij zijn taakuitoefening gebonden acht. Als eerste algemene regel bepaalt de gedragscode dat de medewerker van het Openbaar Ministerie zijn werkzaamheden uitvoert: 1) binnen de grenzen van het recht; 2) met bijzondere aandacht voor de fundamentele rechten van de mens; 3) met eerbiediging van de inherente menselijke waardigheid, zonder aanzien van persoon en status, en zonder te discrimineren (…); 4) eerlijk, onpartijdig, objectief en onbevreesd; 5) op een wijze die ook achteraf controleerbaar is en waarbij over de in de taakuitoefening gemaakte keuzen steeds verantwoording kan worden afgelegd; 6) met inachtneming van de regels van proportionaliteit en subsidiariteit; 7) op een zorgvuldige en voortvarende manier.[100] In het kader van de noties van magistratelijkheid en ethiek komt binnen deze opsomming met name betekenis toe aan de vierde, vijfde en

---

96 Meijers 1995, p. 134-135.

97 Meijers 1995, p. 131.

98 Handleiding gedragscode OM, vastgesteld op 24 juli 2006 door het College van procureurs-generaal en op 1 september 2006 in werking getreden (te vinden op de website van het Openbaar Ministerie). Zie voor de voorgeschiedenis van deze gedragscode Myjer 2001 en Myjer 2002. Zie over de betekenis en de reikwijdte van de gedragscode ook 't Hart 2001, p. 45-47.

99 Een handleiding van het Openbaar Ministerie is een schriftelijke mededeling van descriptieve aard, die niet wordt gepubliceerd in de Staatscourant en die daarmee uitsluitend interne werking heeft (zie Myjer 2001, p. 245).'t Hart verwacht evenwel dat een ieder, de rechter incluis, het optreden van het Openbaar Ministerie in individuele strafzaken toch tegen de achtergrond van de gedragscode zal bekijken en dat het Openbaar Ministerie zich daarom niet al te lang naar buiten aan de normatieve werking van de gedragscode zal kunnen onttrekken. Zie 't Hart 2001, p. 46.

100 Zie de eerste rubriek 'Algemene regels' van de Handleiding gedragscode OM.

zevende categorie, daar de vereisten in de overige categorieën reeds kunnen worden teruggevoerd op de gebondenheid van het Openbaar Ministerie aan het recht en het bij magistratelijkheid en ethiek juist om meer dan (louter) wettelijk gelegitimeerd en rechtmatig optreden gaat. Het gaat bij magistratelijkheid in de visie van de gedragscode blijkbaar met name om begrippen als onpartijdigheid, objectiviteit, zorgvuldigheid en het kunnen afleggen van verantwoording. De vraag blijft evenwel in hoeverre uit deze met de notie van magistratelijkheid samenhangende waarden nadere juridisch-inhoudelijke vereisten kunnen worden afgeleid.

In de parlementaire geschiedenis van de Wet reorganisatie openbaar ministerie en instelling landelijk parket is de notie van magistratelijkheid door de minister van Justitie aangeduid als een essentiële grondhouding.[101] In die visie gaat het bij magistratelijkheid derhalve niet zozeer om (nieuwe) specifieke taken van het Openbaar Ministerie, maar met name om een bepaalde professionele attitude die zich dient te manifesteren in de gehele taakuitoefening van de officier van justitie.[102] In dit kader kan nogmaals worden teruggegrepen op de relationele rechtsopvatting van 't Hart waarin instrumentaliteit en rechtsbescherming op elkaar worden betrokken als onlosmakelijk met elkaar verbonden functies van het recht.[103] Een magistratelijke houding van het Openbaar Ministerie kan in het licht van deze terminologie het beste worden omschreven als die houding van de officier van justitie die deze inherente betrokkenheid van instrumentaliteit en rechtsbescherming onderkent. Het optreden van het Openbaar Ministerie dient zogezegd 'telkens het resultaat [te zijn] van een afweging van de in het geding zijnde instrumentele belangen tegen de rechtsbeschermende belangen'.[104]

Met dit uitgangspunt in het achterhoofd dat magistratelijkheid een essentiële grondhouding van de officier van justitie dient te zijn, welke inhoudt het voortdurende besef dat instrumentaliteit en rechtsbescherming als functies van het recht inherent op elkaar zijn betrokken, kan een poging worden

101 Zie *Kamerstukken II* 1997/98, 25 392, nr. 7, p. 3; zie ook Van der Vinne 2008.

102 Posthumus en Hoekman zijn evenwel van mening dat de notie van magistratelijkheid niets te maken heeft met het onderscheid dat in de maatschappelijke, politieke en wetenschappelijke discussie wel wordt gemaakt tussen officieren van justitie die tot het uiterste gaan, de *crime fighters*, en de officieren van justitie die magistratelijk zijn. Dit onderscheid suggereert volgens hen ten onrechte dat het een het ander zou uitsluiten. Zie Posthumus & Hoekman 2008, p. 453. Zie over het onderscheid tussen *crime fighters* en 'magistratelijken' ook Reijntjes 2005, p. 601.

103 Zie § 6.2.6.2.

104 De Doelder 1988, p. 13 met verwijzing naar 't Hart 1976. In § 6.3.4.3 zal blijken dat de notie van magistratelijkheid niet alleen de zorg voor de positie van de verdachte omvat, maar ook de zorg voor de belangen van slachtoffers en getuigen. In de visie van 't Hart houdt rechtsbescherming immers niet alleen in bescherming tegen inbreuken gemaakt door de overheid, maar ook tegen inbreuken door medeburgers. Zie 't Hart 1994, p. 226 en 264; en 't Hart 1995, p. 20.

gewaagd de notie van magistratelijkheid nader te concretiseren door daaruit meer concrete voorschriften, regels of mores af te leiden. Wanneer een poging wordt gewaagd de notie van magistratelijkheid nader juridisch-inhoudelijk in te vullen, blijkt evenwel direct hoe moeilijk deze notie is af te grenzen van de beginselen van een behoorlijke strafrechtspleging. Deze afgrenzing is evenwel van belang, nu in het voorgaande is betoogd dat het bij het vereiste van magistratelijkheid daadwerkelijk om een zelfstandig derde normatief kader gaat, bovenop de toetsing aan wet en ongeschreven recht. Uitgangspunt van het navolgende is dan ook dat de ondergrens van magistratelijkheid wordt gevormd door justitieel handelen in overeenstemming met de wet en de ongeschreven beginselen van een behoorlijke strafrechtspleging. Thans zal worden bezien of en in welke zin op grond van de notie van magistratelijkheid meer kan worden verwacht van het Openbaar Ministerie.

6.2.9.1 De nadere invulling van magistratelijkheid

In het Versterkingsprogramma dat door het Openbaar Ministerie, de politie en het NFI is opgesteld naar aanleiding van de gerechtelijke dwaling in de Schiedammer Parkmoordzaak wordt in het kader van de notie van magistratelijkheid gebruik gemaakt van de terminologie 'betrokken distantie', waarmee wordt aangegeven dat van de officier van justitie wordt verlangd dat hij in de fase van de opsporing 'een zodanige afstand houdt tot het onderzoek en het onderzoeksteam, dat hij in staat is onbevangen te oordelen over alle in het geding zijnde belangen en de inhoud van het opsporingsonderzoek'.[105] Meer concreet spreekt het Versterkingsprogramma onder meer van het beoordelen van de rechtmatigheid, proportionaliteit en subsidiariteit van voorgenomen opsporingshandelingen en dwangmiddelen, het toetsen of processenverbaal objectief en feitelijk de opsporingshandelingen en resultaten daarvan relateren, het kritisch reflecteren op de loop van het opsporingsonderzoek, het evenwichtig samenstellen van het procesdossier en het entameren van toetsings- en onderzoekshandelingen door de rechter-commissaris.[106] Wat aan deze opsomming van taken direct opvalt, is dat het telkens gaat om taken van de officier van justitie die hem bij wet zijn opgedragen. De notie van magistratelijkheid lijkt derhalve niet zozeer te zijn gelegen in extra taken en verplichtingen voor de officier van justitie dan die hem reeds bij wet zijn toegekend, maar veeleer in de wijze waarop hij deze wettelijke taken dient uit te voeren. Zogezegd schuilt het magistratelijke in de gegeven opsomming eerst en vooral in de bijvoeglijke naamwoorden (objectief en feitelijk, kritisch en evenwichtig). Dit sluit aan bij de eerder gegeven omschrijving van magistra-

105 Programma versterking opsporing en vervolging, 4 november 2005, p. 5, bijlage bij *Kamerstukken II* 2006/07, 30 300 VI, nr. 32, eveneens te vinden op de website van het Openbaar Ministerie.

106 Programma versterking opsporing en vervolging, p. 15.

telijkheid als essentiële grondhouding, als professionele attitude van de officier van justitie,[107] alsmede bij de vier waarden die door Meijers in het kader van de normen van ethiek zijn geformuleerd: onpartijdigheid, innerlijke onafhankelijkheid, waarachtigheid ten aanzien van de feiten en het vermogen tot reflectie.

De formulering van de kwalificaties die in de literatuur aan de notie van magistratelijkheid worden gegeven, verschuift onder invloed van de te verrichten taken licht wanneer het het optreden van het Openbaar Ministerie in de fasen van vervolging en berechting betreft. In de context van de vervolgingsbeslissing en het onderzoek ter terechtzitting wordt magistratelijkheid met name omschreven als optreden van de officier van justitie 'als ware hij rechter'.[108] Deze benadering sluit wellicht het beste aan bij het onderscheid dat in de wandeling wordt gemaakt tussen de rechtsprekende macht als de zittende magistratuur en de leden van het Openbaar Ministerie als de staande magistratuur. Beide onderdeel uitmakend van dezelfde species – de rechterlijke macht, de magistratuur –, maar belast met een andere taak binnen de rechtspleging. De gemeenschappelijke herkomst van de officier van justitie en de rechter uit de familie van de magistratuur zou in die visie moeten zorgen voor een gedeelde professionele attitude. Een benadering waarin magistratelijkheid wordt gezien als optreden van de officier van justitie 'als ware hij rechter' is temeer interessant wanneer wordt bedacht dat het Openbaar Ministerie steeds meer taken krijgt toebedeeld die voorheen waren gereserveerd voor de rechter.[109] In zoverre is thans niet alleen meer sprake van een gemeenschappelijke herkomst die een bepaalde gedeelde grondhouding dicteert, maar is ook steeds meer sprake van een gedeeld takenpakket. Vanuit dat perspectief bezien wint het vereiste van magistratelijk handelen opgevat als handelen 'als ware hij rechter' alleen maar meer aan belang. De vraag is wat dat vervolgens inhoudt, behalve een algemene verwijzing naar de houding die de rechter pleegt aan te nemen. Het gaat dan uiteraard in de eerste plaats om de grondwaarden

107 Tijdens de behandeling van het Wetsvoorstel reorganisatie openbaar ministerie en instelling landelijk parket heeft de minister van Justitie op vragen van de Tweede Kamer aangegeven er om deze reden vanaf te hebben gezien in de nieuwe Wet op de rechterlijke organisatie zelf expliciet te regelen dat het Openbaar Ministerie 'een onafhankelijke en niet vooringenomen bijdrage aan de strafrechtspleging dient te leveren'. Volgens de minister gaat het hier om 'een attitude die zodanig met het functioneren van het Openbaar Ministerie moet zijn verbonden dat zij als het ware vanzelf door elke officier van justitie in de praktijk wordt gebracht'. Een dergelijke grondhouding leent zich niet goed voor regeling bij wet. Zie *Kamerstukken II* 1997/98, 25 392, nr. 7, p. 3.

108 Zie Reijntjes 2005, p. 598 en Van der Vinne 2008, p. 454.

109 Hierbij kan niet alleen worden gedacht aan de recentelijk bij Wet OM-afdoening (Wet van 7 juli 2006, *Stb.* 2006, 330, in werking getreden op 1 februari 2008) ingevoerde bevoegdheid van de officier van justitie om door middel van het uitvaardigen van een strafbeschikking schuld vast te stellen en een straf op te leggen, maar ook aan de eerder ingezette tendens om de controle op de rechtmatigheid van de opsporing in toenemende mate neer te leggen bij de officier van justitie in plaats van bij een rechterlijke autoriteit als de rechter-commissaris.

van onafhankelijkheid en onpartijdigheid zoals die aan de rechter worden toegeschreven. In die optiek wordt derhalve van een magistratelijk officier van justitie verwacht dat deze zich bij zijn bemoeienis met een concrete strafzaak onafhankelijk, onpartijdig en kritisch opstelt.[110] Concreet vertaald zou dit onder meer kunnen betekenen dat van de officier van justitie mag worden verwacht dat hij geen vervolging instelt wanneer geen redelijke kans op succes bestaat, dat hij bij de bewijsvoering geen gebruik maakt van onbetrouwbaar of onrechtmatig verkregen bewijsmateriaal, dat hij vrijspraak vordert wanneer hij ten tijde van zijn requisitoir niet is overtuigd van de schuld van de verdachte en dat hij bij zijn strafeis niet hoger inzet dan op basis van de zaak is gerechtvaardigd.[111]

Een kanttekening is evenwel op zijn plaats. Het gaat hier om het streven zich op te stellen *als ware hij* rechter. De officier van justitie *is* evenwel geen rechter. Dientengevolge is zijn positie binnen het strafrechtelijk stelsel dan ook niet zodanig dat volstrekte onafhankelijkheid en onpartijdigheid is gegarandeerd, zoals dat wel het geval is bij de rechter.[112] De notie van magistratelijkheid als optreden 'als ware hij rechter' laat derhalve ruimte voor, en dient het onder omstandigheden op te nemen tegen, legitieme 'tegenkrachten', waarvan het strafvorderlijk beleid, de daarmee samenhangende ondergeschiktheid aan het politieke gezag van de minister en de afspraken met en de verhouding tot de andere actoren binnen de strafrechtspleging er een aantal zijn. Magistratelijkheid opgevat als optreden 'als ware hij rechter' moet dan ook worden gezien als een voorschrift met betrekking tot de gewenste werkwijze van de officier van justitie – namelijk integer, kritisch en met oog voor alle ter zake dienende belangen –, maar mag niet zonder meer worden gelijkgesteld met de vraag tot welke beslissing de rechter in het voorliggende geval zou zijn gekomen. Voor een dergelijke gelijkschakeling liggen de taken en posities van de rechter en de officier van justitie te ver uit elkaar. Reijntjes stelt in dit kader dat het uiteindelijk de zorg van de rechter is om het evenwicht tussen Openbaar Ministerie en verdachte te garanderen door middel van rechterlijke controle, terwijl van het Openbaar Ministerie vooral moet worden verwacht dat hij het de rechter mogelijk maakt deze taak uit te oefenen door in het dossier en ter zitting inzichtelijk te maken wat er in het vooronderzoek is

110 Zie in vergelijkbare zin *Kamerstukken II* 1997/98, 25 392, nr. 7, p. 3.

111 Zie voor vergelijkbare voorbeelden Reijntjes 2005, p. 598. Een aantal van deze voorbeelden komt ook terug in § 3.2 van de Handleiding gedragscode OM.

112 De waarde van onpartijdigheid zoals die in § 6.2.9 onder verwijzing naar Meijers voor de officier van justitie is geformuleerd in het kader van het vereiste van het maken van de normen van de ethiek, kent dan ook een wat andere invulling dan de onpartijdigheid zoals die wordt toegedicht aan de rechter. Voor de officier geldt met name het vereiste van 'mentale en dynamische onpartijdigheid' en gaat het in mindere mate om formele onpartijdigheid.

gebeurd.[113] In het rapport van de Commissie Evaluatie Afgesloten Strafzaken in de zaak Post wordt deze gewenste houding kernachtig omschreven:

> 'Naast de eisen van wet, verdrag en ongeschreven recht worden aan de officier van justitie eisen gesteld als magistraat. Deze eisen betreffen in het bijzonder de individuele rol van de officier van justitie in een concrete zaak. Zij brengen met zich mee dat op hem een zorgplicht rust om de rechter maximaal te informeren en alle relevante onderzoeksmateriaal ter beschikking te stellen. Het dossier dient met het oog daarop maximaal consistent te zijn, zo mogelijk geen tegenstrijdigheden te bevatten en zo volledig mogelijk te zijn. Bovendien geldt als eis van magistratelijkheid dat ook ontlastend materiaal in het procesdossier dient te worden opgenomen.'[114]

De op grond van de notie van magistratelijkheid gewenste houding van de officier van justitie in het kader van de vervolging en de berechting kan daarom wellicht het beste worden omschreven als een 'op de rechter georiënteerde houding'.

6.2.9.2 Het rechtskarakter van magistratelijkheid

Op grond van het voorgaande kan magistratelijkheid worden gedefinieerd als een essentiële grondhouding van het Openbaar Ministerie die tegenwoordig dient te zijn in al het justitieel handelen. Deze grondhouding wordt bepaald door waarden als objectiviteit, kritische reflectie, onafhankelijkheid en onpartijdigheid. Een dergelijke grondhouding kan ervoor zorgen dat het Openbaar Ministerie daadwerkelijk op een zodanige wijze invulling kan geven aan zijn taak van de strafrechtelijke handhaving van de rechtsorde dat sprake is van een juiste balans tussen instrumentaliteit en rechtsbescherming als functies van het recht. In dit kader is een aantal concrete voorbeelden gegeven, die er kort gezegd op neer komen dat het Openbaar Ministerie zich voortdurend moet oriënteren op het recht. Resteert de vraag of en in hoeverre de hypothese juist is dat de notie van magistratelijkheid een zelfstandig, derde normatief kader vormt binnen de strafrechtelijke rechtsbetrekking, naast dat van de wet en het ongeschreven recht.

Op basis van het voorgaande kan worden geconcludeerd dat de notie van magistratelijkheid wel degelijk extra eisen stelt aan het optreden van het Openbaar Ministerie in de context van de rechtsbetrekking. Deze extra eisen resulteren niet in extra taken of daadwerkelijk nieuwe verplichtingen voor

113 Zie Reijntjes 2005, p. 604.

114 Zie het CEAS-rapport van het driemanschap in de zaak betreffende mevr. C.M. Post, Amsterdam februari 2008 (te raadplegen via de website van het Openbaar Ministerie), waarin werd geconcludeerd dat het in de onderzochte zaak in een aantal opzichten aan deze gewenste houding had ontbroken.

het Openbaar Ministerie, maar bestaan met name in het voorschrijven van een grondhouding waarmee de door de wet gestelde eisen dienen te worden verricht. In dat opzicht is magistratelijkheid eerst en vooral een appel aan de medewerkers van het Openbaar Ministerie in hun gehele optreden integer en fatsoenlijk te handelen. Deze grondhouding wordt niet reeds voorgeschreven door de wettelijke regeling zelf of door de beginselen van een behoorlijke strafrechtspleging. In zoverre is in de vorm van de notie van magistratelijkheid wel degelijk sprake van een extra normatief kader binnen de strafrechtelijke rechtsbetrekking. Daarmee is evenwel niet gezegd dat de normatieve kracht van dit derde kader erg sterk is. Een complicerende factor in dit verband is het gegeven dat de notie van magistratelijkheid zich in rechte slecht te gelde laat maken door de verdachte binnen de context van een concrete strafzaak.[115] Hoe kan de verdachte in de context van het strafproces hard maken dat de officier van justitie zijn grondhouding van magistratelijkheid heeft laten varen en dusdoende onvoldoende objectief, onpartijdig en kritisch heeft gehandeld? Wanneer de verdachte bij de rechter bepaald handelen van de officier van de justitie aan de kaak wil stellen en aan het ondermaatse optreden de nodige sancties wil laten verbinden door de rechter, zal hij dit immers altijd moeten doen over de band van wet, verdrag of beginselen van een behoorlijke strafrechtspleging. Dit vereist evenwel dat optreden dat de toets der magistratelijkheid niet kan doorstaan, eerst vertaald wordt in termen van een schending van de beginselen van een behoorlijke strafrechtspleging. Dit is ten eerste geen gemakkelijke opgave vanuit het perspectief van de verdachte en ten tweede kunnen bij deze werkwijze vanuit theoretisch perspectief de nodige vraagtekens worden geplaatst, omdat de notie van magistratelijkheid als derde, zelfstandig toetsingskader juist veronderstelt dat het justitieel optreden de toets der kritiek van wet en ongeschreven recht reeds heeft doorstaan.

Concluderend kan worden gesteld dat de normen die voortvloeien uit de notie van magistratelijkheid weliswaar een duidelijk gedragsaspect, maar niet of nauwelijks een daarmee corresponderend geldingsaspect hebben.[116] Zolang het Openbaar Ministerie binnen de grenzen van de wet en de ongeschreven beginselen van een behoorlijke strafrechtspleging blijft opereren, verkeert het rechtens goeddeels in veilige haven. Daarmee kan gerechtvaardigd de vraag worden gesteld of en in hoeverre de notie van magistratelijkheid daadwerkelijk onderdeel uitmaakt van het normatief kader van de strafrechtelijke rechtsbetrekking tussen Openbaar Ministerie en verdachte. Betoogd kan worden dat de notie van magistratelijkheid slechts de onder de rechtsbetrekking

115 Dit laat onverlet de eventuele mogelijkheden tot het treffen van disciplinaire of rechtspositionele maatregelen jegens de betrokken ambtenaren. De mogelijkheid van sanctionering langs deze weg gaat het normatief kader van de strafrechtelijke rechtsbetrekking tussen Openbaar Ministerie en verdachte evenwel te buiten en maakt veeleer onderdeel uit van het normatief kader van de rechtsbetrekking tussen de betrokken ambtenaar en de organisatie die hij vertegenwoordigt.

116 Zie voor deze aan Cleiren 1989 ontleende terminologie § 6.2.10.

liggende sociale verhouding regardeert. Een dergelijke zienswijze miskent evenwel dat de notie van magistratelijkheid is gelegen in het recht zelf, te weten in de taakstelling van strafrechtelijke handhaving van de rechtsorde en de daarmee samenhangende bijzondere constitutionele en institutionele inbedding van het Openbaar Ministerie. Het ontbreken van een sterk geldingsaspect bij de normen die voortvloeien uit de notie van magistratelijkheid doet niet af aan het feit dat het gedragsaspect van die normen voor het Openbaar Ministerie blijft bestaan. Het feit dat naleving van de norm niet effectief kan worden afgedwongen, betekent immers nog niet dat de norm als zodanig niet zou gelden. Het Openbaar Ministerie dient zich bij zijn optreden binnen de strafrechtelijke rechtsbetrekking mede te laten sturen door de eisen die uit de notie van magistratelijkheid voortvloeien en daarmee maakt de notie van magistratelijkheid wel degelijk onderdeel uit van het normatieve kader van die strafrechtelijke rechtsbetrekking.

6.2.10 Het perspectief van de verdachte

In het voorgaande is de rechtsbetrekking tussen Openbaar Ministerie en verdachte met name bezien vanuit het strafvorderlijk stelsel. Er is gebruik gemaakt van een constitutioneel en een institutioneel perspectief aan de hand waarvan met name het Openbaar Ministerie als betrokken rechtssubject meer reliëf heeft gekregen. Hiertegenover staat het perspectief van de verdachte. Deze zal zijn rechtsbetrekking met het Openbaar Ministerie in eerste instantie niet benaderen vanuit noties als rechtsstatelijkheid, legaliteit en magistratelijkheid, doch veeleer vanuit een persoonlijk perspectief. Als het rechtsstatelijk en strafvorderlijk systeem werkt zoals dat zou moeten werken, vindt dit persoonlijke perspectief van de verdachte burger 'als vanzelf' erkenning binnen het systeem; daarmee is evenwel nog niet zonder meer iets gezegd over de wijze waarop de verdachte zijn strafrechtelijke rechtsbetrekking met het Openbaar Ministerie benadert.

De rechtsbetrekking met het Openbaar Ministerie wordt eenzijdig en onafhankelijk van de wil van de verdachte gevestigd. Als gevolg van deze eenzijdige vestiging van de rechtsbetrekking door handelend optreden zijdens het Openbaar Ministerie jegens de verdachte, 'overkomt' de rechtsbetrekking de verdachte als het ware. Het belang van de verdachte is er vervolgens op gericht deze rechtsbetrekking zo snel mogelijk en met zo min mogelijk schade te beëindigen. Hierbij kan schade in de breedste zin des woords worden opgevat als al hetgeen verdachte als negatief ervaart: schuldvaststelling, strafoplegging, justitiële documentatie, verlies van tijd, geld, reputatie en (geestelijke) gezondheid, etc. Hoewel een verdachte wellicht *in abstracto* de belangen van het Openbaar Ministerie zal onderschrijven en zelfs ook aanspraak zal maken op rechtshandhaving door het Openbaar Ministerie indien en zolang hij niet zelf in strafrechtelijke rechtsbetrekking tot het Openbaar

Ministerie staat, wordt hij in zijn handelen binnen het kader van de strafrechtelijke rechtsbetrekking waarvan hij zelf als rechtssubject deel uitmaakt, louter gedreven door zijn persoonlijke belangen en keuzes. En dat wordt hem ook door de wetgever (tot op zekere hoogte) gegund, hetgeen bijvoorbeeld kan blijken uit de toekenning van een zwijgrecht voor de verdachte en, breder, de gedeeltelijke aanvaarding van het daarmee verband houdende *nemo teneturbeginsel*.[117] Hierdoor is gegarandeerd dat de verdachte niet actief hoeft mee te werken aan de invulling van de rechtsbetrekking zoals het Openbaar Ministerie die graag zou zien of aan de verwezenlijking van de door het Openbaar Ministerie nagestreefde belangen.[118] Zo kan niet van de verdachte en diens verdediging worden verwacht dat hij een actieve bijdrage levert aan de waarheidsvinding of enige andere publieke taak,[119] en kunnen aan zijn proceshouding geen verdere eisen, zoals het voldoen aan de ongeschreven beginselen van een behoorlijke strafrechtspleging, worden gesteld dan de eisen die voortvloeien uit de wet.[120] Zolang de verdediging zich houdt aan de wettelijke (en tuchtrechtelijke) grenzen, kunnen aan zijn optreden bezwaarlijk nadere eisen worden gesteld, 'hoe inefficiënt, ondoelmatig, kostbaar, tijdrovend, onfatsoenlijk etc. het optreden van de verdachte ook is'.[121]

Naast het algemene beginsel dat de verdachte zich volledig op behartiging van zijn eigen belangen mag richten, wordt hem door de wetgever een aantal bescheiden mogelijkheden geboden de rechtsbetrekking met het Openbaar Ministerie te beïnvloeden of nader in te vullen. Hierbij valt te denken aan de mini-instructie in de zin van artikel 36a Sv of het algemene recht onderzoekswensen te richten aan de rechter-commissaris in het kader van het gerechtelijk vooronderzoek of de rechter tijdens het onderzoek ter terechtzitting. Hoewel deze zelfstandige rechten van essentieel belang zijn voor het voeren van een effectieve verdediging door de verdachte en diens raadsman, gaat het bij deze zelfstandige rechten toch veelal om bevoegdheden die de rechtsbetrekking slechts marginaal kunnen bijsturen. De koers van de rechtsbetrekking wordt in hoofdzaak bepaald door het Openbaar Ministerie; mogelijkheden voor de verdachte om deze koers wezenlijk te beïnvloeden zijn er nauwelijks.[122] In

117 Zie over de (beperkte) reikwijdte van dit beginsel uitgebreid Stevens 2005.

118 Hiermee is niet gezegd dat de verdachte niet het nodige zou moeten dulden. De diverse dwangmiddelen binnen het Wetboek van Strafvordering maken het juist mogelijk onderzoek te doen tegen de wil van de verdachte.

119 Zie Cleiren 1990, p. 153-154 en Van der Meij 2008, p. 68-75.

120 Zie Cleiren 1990, p. 155; De Roos 1994, p. 129-130; Crijns 2008a, p. 67 en Machielse 2009, p. 123.

121 Cleiren 1990, p. 157.

122 De wet kent een aantal mogelijkheden voor de verdachte om beëindiging van de rechtsbetrekking of een nadere invulling daarvan te forceren. Hierbij kan worden gedacht aan de voorzieningen van artikel 36 Sv en artikel 253 lid 2 Sv. Het betreft hier evenwel betrekkelijk uitzonderlijke voorzieningen, waarvan in de praktijk niet al te veelvuldig gebruik wordt gemaakt.

zoverre kan de strafrechtelijke rechtsbetrekking zonder meer als een asymmetrische rechtsbetrekking worden beschreven.[123]

Niettemin omvat de strafrechtelijke rechtsbetrekking vanuit het perspectief van de verdachte meer dan een aantal zelfstandige rechten gecombineerd met het algemene beginsel zich volledig op behartiging van de eigen belangen te kunnen richten. Het feit dat de verdachte in rechtsbetrekking tot het Openbaar Ministerie staat geeft hem immers bovenal een aanspraak op rechtmatig handelen door datzelfde Openbaar Ministerie en de onder diens gezag opererende opsporingsambtenaren. Waar in het voorgaande is benadrukt dat de rechtsbetrekking voor het Openbaar Ministerie zowel bevoegdheden als verplichtingen met zich brengt, vertaalt dit zich vanuit het perspectief van de verdachte in aanspraken op rechtmatig handelen bij uitoefening van die bevoegdheden door het Openbaar Ministerie. In navolging van Jue[124] duidt Cleiren dit aan als het geldingsaspect van bevoegdheidsverlenende normen:

> 'Waar een verplichting betrekking heeft op het nemen van individuele normatieve besluiten correspondeert deze met het subjectieve recht van het individu op een bevoegdheidsuitoefening overeenkomstig de rechtsnorm. In dit subjectieve recht vindt materieel de rechtspositie van het individu bescherming tegenover de genormeerde machtspositie van het bevoegde overheidsambt. Deze bescherming kan worden gerealiseerd als gevolg van de afdwingbaarheid van de rechten en bevoegdheden van het individu, de burger.'[125]

Meer concreet en toegepast op het strafprocesrecht betekent dit dat het optreden van het Openbaar Ministerie binnen de context van de rechtsbetrekking met de verdachte dient te voldoen aan de voorschriften van de wet en de eisen die voortvloeien uit de ongeschreven beginselen van een behoorlijke strafrechtspleging. In het verlengde van deze aanspraak ligt de voorziening van artikel 359a Sv op grond waarvan de verdachte bij niet naleving door het Openbaar Ministerie van de geldende wettelijke voorschriften of ongeschreven beginselen van een behoorlijke strafrechtspleging een afgeleide aanspraak op compensatie (strafvermindering) of sanctionering (bewijsuitsluiting of niet-ontvankelijkheid) van het Openbaar Ministerie kan doen gelden. Met name dit laatste aspect van aanspraak op rechtmatig handelen zijdens de strafvorderlijke overheid

123 Zie in deze zin ook Cleiren 1990, p. 152-153, waar zij opmerkt dat de rechtsbetrekking tussen verdachte en vervolgende overheid overwegend eenzijdig blijft, nu de verdachte over de gehele linie het initiatief ontbeert en 'in de meest letterlijke zin structureel genoodzaakt [is] de verdedigende en niet de aanvallende 'procesdeelnemer' te zijn'. Zie ook § 5.4.4.1.

124 Zie Jue 1982.

125 Zie Cleiren 1989, p. 47. Tegenover dit geldingsaspect staat het gedragsaspect van de bevoegdheidsverlenende norm, welke voorschrijft in welke gevallen en onder welke voorwaarden de bevoegde autoriteit al dan niet van zijn bevoegdheid gebruik mag of moet maken. Beide aspecten van de bevoegdheidsverlenende norm zijn onlosmakelijk met elkaar verbonden. Het geldingsaspect wordt door Cleiren ook wel aangeduid als de sanctienorm (Cleiren 1989, p. 287).

heeft de afgelopen twee decennia veel aandacht gekregen en vormt in de praktijk van de strafrechtspleging in toenemende mate een factor van belang binnen de strafrechtelijke rechtsbetrekking. Het zwaartepunt van de discussie tijdens het onderzoek ter terechtzitting kent dan ook een zekere verschuiving van de vraag naar de feiten die de verdachte worden verweten richting de vraag of het Openbaar Ministerie bij het strafvorderlijk onderzoek naar die gewraakte handelingen al dan niet rechtmatig heeft gehandeld.[126] Rechtsbescherming tegen strafvorderlijk ingrijpen van overheidswege kan in dat licht worden beschouwd als een minstens zo essentieel kenmerk van de strafrechtelijke rechtsbetrekking als de zelfstandige mogelijkheden voor de verdachte invulling te geven aan die rechtsbetrekking.

Uit deze observaties op het abstracte niveau van de rechtsbetrekking mag evenwel niet worden afgeleid dat de verdachte en diens verdediging in strafzaken in de praktijk van de strafrechtspleging per definitie tot een lijdzame rol zijn veroordeeld. Met name sinds de jaren tachtig hebben de verdachte en diens verdediging zich ook binnen het Nederlandse strafproces duidelijk geëmancipeerd, hetgeen mede blijkt uit de bovenomschreven ontwikkeling dat in toenemende mate de rechtmatigheid van het optreden van het Openbaar Ministerie en de politie onderwerp van discussie vormen. Als onderling samenhangende en elkaar over en weer versterkende factoren die aan deze ontwikkeling ten grondslag liggen, kan worden gewezen op de toenemende invloed van het EVRM sinds de jaren tachtig,[127] de ontwikkeling naar actief burgerschap waarbinnen de burger het overheidsgezag niet zonder meer als legitiem accepteert,[128] en de professionalisering van de strafrechtadvocatuur.[129] De duiding van de strafrechtelijke rechtsbetrekking als zonder meer asymmetrisch behoeft dan ook een zekere nuancering. Met name in strafzaken van wat grotere omvang waarbij sprake is van een professionele verdediging wordt de juridisch asymmetrische verhouding tot op zekere hoogte van zijn scherpe kantjes ontdaan door een ontwikkeling richting feitelijke symmetrie.

6.2.11 Conclusie

In het vijfde hoofdstuk is naar voren gekomen dat de individuele rechtsbetrekking een resultante is van een wisselwerking tussen de rechtsbetrekking op zichzelf en de daarbij betrokken rechtssubjecten. Daarnaast is betoogd dat de rechtsbetrekking een dynamisch concept is, dat voortdurend aan verandering

126 Zie Spronken 2001, p. 125-129. Zij spreekt in dit kader van de juridisering van het strafproces.
127 Zie Spronken 2001, p. 127.
128 Zie WRR 2002, p. 108-109.
129 Zie Spronken 2001, p. 129-137

onderhevig is of kan zijn.[130] Deze kenmerken van het concept van de rechtsbetrekking komen ook terug bij rechtsbetrekkingen waarbij het Openbaar Ministerie als rechtssubject is betrokken. En wellicht zelfs sterker dan het geval is bij andere rechtsbetrekkingen, gezien het bijzondere karakter van de rechtssubjectiviteit van het Openbaar Ministerie. De in het voorgaande genoemde noties als handhaving van de rechtsorde, instrumentaliteit en rechtsbescherming, en magistratelijkheid, geven de rechtssubjectiviteit van het Openbaar Ministerie en daarmee de rechtsbetrekkingen waarbij het Openbaar Ministerie is betrokken een bijzondere kleur. Daarbij komt dat de strafrechtelijke rechtsbetrekking tussen Openbaar Ministerie en verdachte niet alleen wordt beïnvloed door de bijzondere rechtssubjectiviteit van het Openbaar Ministerie, maar ook door de bijzondere karakteristieken van de rechtsbetrekking zelf, waarbij de invloeden van het legaliteitsbeginsel en de inquisitoire procestraditie het meest dominant zijn.

Deze kenmerken van de strafrechtelijke rechtsbetrekking tussen Openbaar Ministerie en verdachte brengen mee dat deze rechtsbetrekking zonder meer kan worden gekenschetst als asymmetrisch. Binnen de rechtsbetrekking is het Openbaar Ministerie evident het machtiger rechtssubject dat in vergaande mate eenzijdig het ontstaan en het verloop van de rechtsbetrekking kan bepalen. Dit uit zich met name in het gegeven dat de verdachte onvrijwillig het strafvorderlijk traject wordt binnengeloodst en in rechtsbetrekking tot het Openbaar Ministerie komt te staan.[131] Maar ook als de rechtsbetrekking eenmaal is gevestigd, blijft het Openbaar Ministerie – mede onder invloed van het inquisitoire karakter van het vooronderzoek – het dominante rechtssubject binnen de rechtsbetrekking. Pas in een later stadium als de context van de rechtsbetrekking wordt gevormd door het onderzoek ter terechtzitting en een derde partij het speelveld heeft betreden, ontwikkelt de rechtsbetrekking zich tot een wat meer symmetrische verhouding. Of de rechtsbetrekking zich daadwerkelijk in een dergelijke, meer symmetrische richting kan ontwikkelen, is evenwel afhankelijk van de vraag of het Openbaar Ministerie voor een onderzoek ter terechtzitting kiest. Met de leiding over de opsporing en de middelen om daaraan invulling te geven in combinatie met het vervolgingsmonopolie en het opportuniteitsbeginsel heeft het Openbaar Ministerie de instrumenten in handen de rechtsbetrekking met de verdachte eenzijdig te vestigen, in te vullen en te beëindigen. De asymmetrie van de strafrechtelijke rechtsbetrekking tussen Openbaar Ministerie en verdachte is daarmee evident.

De asymmetrie van de rechtsbetrekking kan evenwel nooit zover gaan dat het ene rechtssubject speelbal kan worden van het overheersende rechtssubject binnen de rechtsbetrekking.[132] Dit geldt niet in de laatste plaats ook voor de strafrechtelijke rechtsbetrekking. Het inherent ingrijpende karakter van het

130 Zie § 5.2.5 en § 5.2.7.
131 Zie § 5.4.4.
132 Zie § 5.3.3.3.

strafrecht als rechtsgebied brengt de noodzaak dat de burger tegen de strafvorderlijke overheid wordt beschermd als het ware als vanzelf mee. Het legaliteitsbeginsel, de gebondenheid aan normen van ongeschreven recht, de positie van het Openbaar Ministerie als onderdeel van de rechterlijke macht en het daaruit voortvloeiende vereiste dat het Openbaar Ministerie zich binnen zijn taakuitoefening voortdurend van een magistratelijke tooi voorziet, dienen te voorkomen dat de asymmetrie van de rechtsbetrekking zodanig doorschiet dat de verdachte volledig raakt ondergesneeuwd. In deze kenmerken van de strafrechtelijke rechtsbetrekking komt het correlatieve karakter van die betrekking naar voren. Er kan geen sprake zijn van een bevoegdheid van de strafvorderlijke overheid zonder dat daar de correlatieve verplichting voor het Openbaar Ministerie tegenover staat daarvan gebruik te maken overeenkomstig alle daaraan te stellen vereisten. Met name de ongeschreven beginselen van een behoorlijke strafrechtspleging en de notie van magistratelijkheid kunnen als uitdrukking van het correlatieve karakter van de strafrechtelijke rechtsbetrekking worden beschouwd.[133] Naast de bescheiden bevoegdheden die de verdachte heeft om zelf invulling aan de strafrechtelijke rechtsbetrekking te geven, heeft de verdachte te allen tijde de aanspraak, het recht op rechtmatig, ethisch en fatsoenlijk handelen zijdens het Openbaar Ministerie. De correlativiteit van de rechtsbetrekking komt wellicht in dit geldingsaspect van de bevoegdheidsverlenende norm nog het meest duidelijk tot uitdrukking.

Daarbij moet voorts worden bedacht dat het concept van de correlatief asymmetrische rechtsbetrekking mede inhoudt dat de mate van asymmetrie maatgevend is voor de verdeling van de uit de notie van correlativiteit voortspruitende ongeschreven verplichtingen zoals die tussen de betrokken rechtssubjecten over en weer gelden: hoe sterker een rechtssubject is ten opzichte van de ander, hoe meer van hem kan worden verlangd dat hij zich rekenschap geeft van de belangen en positie van de ander.[134] Dit uitgangspunt komt in het kader van de strafrechtelijke rechtsbetrekking met name tot uitdrukking in het feit dat het Openbaar Ministerie als machtiger rechtssubject aan de beginselen van een behoorlijke strafrechtspleging en de notie van magistratelijkheid wordt gehouden, waar dergelijke ongeschreven vereisten niet aan de verdachte worden gesteld. Aan de verdachte wordt zelfs niet de eis gesteld dat hij zich mede het door het Openbaar Ministerie behartigde algemeen belang aantrekt;[135] ondanks de notie van correlativiteit mag de verdachte zich in het kader van de strafrechtelijke rechtsbetrekking ten volle richten op behartiging van het eigen, individuele belang. Wel dient in dit kader te worden gewezen op de tendens dat in toenemende mate een actieve proceshouding van de verdediging wordt verwacht.[136] Hoewel het aannemen van nieuwe,

133 Zie § 6.2.6.2.
134 Zie § 5.3.3.3.
135 Zie § 6.2.5.3 en § 6.2.10.
136 Zie § 6.2.5.3.

ongeschreven verplichtingen voor de verdachte op basis van de notie van correlativiteit op gespannen voet met het legaliteitsbeginsel staat, wordt in de praktijk van de strafrechtspleging steeds meer geëist dat de verdediging tijdig en ondubbelzinnig kenbaar maakt wat zijn verzoeken en verweren zijn, een en ander op straffe van rechtsverwerking.[137] Dit neemt niet weg dat de uit het concept van correlativiteit voortvloeiende ongeschreven verplichtingen in vergaande mate scheef zijn verdeeld tussen het Openbaar Ministerie en de verdachte, hetgeen als gezegd kan worden toegeschreven aan de grote mate van juridische asymmetrie tussen Openbaar Ministerie en verdachte. Daarnaast is ook de mate van feitelijke asymmetrie zoals die in concreto tussen Openbaar Ministerie en verdachte bestaat, in dit kader van het toedelen van ongeschreven verplichtingen niet zonder belang. Zo dient de omstandigheid of de verdachte al dan niet wordt bijgestaan door een raadsman mede bepalend te zijn voor de wijze waarop het Openbaar Ministerie zich opstelt. Wanneer rechtsbijstand ontbreekt, mag van de officier van justitie op grond van de notie van magistratelijkheid meer worden verwacht.[138]

Daarmee is in feite ook de vraag beantwoord of en in hoeverre de rechtsbetrekking tussen Openbaar Ministerie en verdachte als wederkerig kan worden beschouwd. Met het ontstaan van correlatieve verplichtingen zijdens het Openbaar Ministerie jegens de verdachte wordt al aangegeven dat de strafrechtelijke rechtsbetrekking niet kan worden beschouwd als een zuiver eenzijdige. Het Openbaar Ministerie heeft weliswaar verschillende bevoegdheden om de rechtsbetrekking eenzijdig te vestigen, in te vullen en te beëindigen, als gevolg van het bestaan van correlatieve verplichtingen is niettemin sprake van een zekere wederkerigheid binnen de rechtsbetrekking, te weten wederkerigheid als imperatief: de verplichting tussen rechtssubjecten die met elkaar in rechtsbetrekking staan over en weer rekening te houden met elkanders positie en belangen.[139] Deze verplichting geldt zonder meer ook binnen de verhouding tussen Openbaar Ministerie en verdachte, waarbij als gevolg van de sterk asymmetrische verhoudingen binnen de strafrechtelijke rechtsbetrekking de mate waarin van de verdachte kan worden verwacht dat hij zich rekenschap geeft van de belangen en de positie van het Openbaar Ministerie uiterst gering is, terwijl op grond van diezelfde asymmetrie de verwachtingen die in dezen aan het Openbaar Ministerie kunnen worden gesteld des te groter zijn.

Hoewel de strafrechtelijke rechtsbetrekking tussen Openbaar Ministerie en verdachte als zodanig geenszins consensueel van aard is, dient te worden

137 Zie Machielse 2009. Zie voorts voor een vergelijkbare wijze van verwerking van de notie van correlativiteit binnen het bestuursrecht § 5.4.3.4. Ook daar vertaalt deze notie zich met name in communicatie- en informatieverplichtingen voor de burger jegens het bestuur, op straffe van het niet honoreren van aanspraken van de burger op rechtsbescherming.

138 Zie ook Reijntjes 2005, p. 599.

139 Zie § 5.3.3.1.

bedacht dat ook deze rechtsbetrekking derhalve kan worden beschreven in termen van wederkerigheid. Ook in de klassieke rechtsbetrekking die wordt gekenmerkt door eenzijdig handelen zijdens het Openbaar Ministerie en waarin geenszins sprake is van een overeenkomst tussen Openbaar Ministerie en verdachte bestaan blijkbaar over en weer rechten en verplichtingen. Het is van belang dit in het achterhoofd te houden daar waar deze klassieke rechtsbetrekking komt te veranderen als gevolg van het feit dat Openbaar Ministerie en verdachte een strafrechtelijke overeenkomst met elkaar besluiten aan te gaan. In het achtste hoofdstuk wordt op deze kwestie teruggekomen.[140]

6.3 De rechtsbetrekking tussen Openbaar Ministerie en getuige

6.3.1 Terminologie

Voordat de rechtsbetrekking met de getuige onder de loep wordt genomen, dienen voor een goed begrip eerst enkele terminologische opmerkingen te worden gemaakt over het begrip getuige. Mede als gevolg van de ontwikkelingen in wetgeving en rechtspraak van de afgelopen eeuw lijkt een zeker verschil in benadering te zijn ontstaan tussen de wijze waarop enerzijds het Wetboek van Strafvordering en anderzijds de literatuur, de rechtspraktijk en de Straatsburgse jurisprudentie het begrip getuige opvatten. Het onderscheid tussen deze beide zienswijzen lijkt niet zozeer te zijn gelegen in een daadwerkelijk inhoudelijk verschil van opvatting over de vraag wat onder het begrip getuige dient te worden begrepen, als wel in de in dit kader gehanteerde terminologie.

Voor wat betreft de inhoud die het Wetboek van Strafvordering aan het begrip getuige toekent, wordt veelal verwezen naar artikel 342 lid 1 Sv, waarin niet zozeer een omschrijving van het begrip getuige zelf wordt gegeven als wel een omschrijving van datgene wat onder de verklaring van een getuige als één van de vijf wettelijke bewijsmiddelen dient te worden verstaan: 'zijne bij het onderzoek op de terechtzitting gedane mededeeling van feiten of omstandigheden, welke hij zelf waargenomen of ondervonden heeft'. Uit deze omschrijving van hetgeen als getuigenverklaring voor het bewijs kan meewerken, wordt vervolgens de daarin besloten gelegen definitie van het begrip getuige afgeleid, te omschrijven als de persoon die ter terechtzitting een verklaring aflegt over hetgeen hij zelf heeft waargenomen of ondervonden. Deze definitie van het begrip getuige wordt gekenmerkt door een tamelijk formeel karakter; niet zozeer wordt aangesloten bij de functie van de persoon van de getuige voor of diens bijdrage aan de strafrechtspleging, veeleer wordt aangesloten bij een formeel vereiste dat het getuigenbegrip inkadert. Volgens

140 Zie § 8.3.4.3.

het wettelijk getuigenbegrip moet het steeds gaan om een verklaring die tijdens het onderzoek ter terechtzitting is afgelegd; alle verklaringen die buiten deze context (in het vooronderzoek) zijn afgelegd, vallen daarmee buiten het bereik van de definitie van getuigenverklaring zoals die in artikel 342 lid 1 Sv wordt gegeven. Van meer materiële aard is het tweede vereiste dat ziet op de aard van de informatie die de persoon in kwestie in zijn verklaring als getuige naar voren kan brengen: het kan slechts gaan om feiten of omstandigheden die hij *zelf* heeft waargenomen of ondervonden.[141] Beide vereisten kunnen zowel afzonderlijk als in hun onderlinge samenhang worden gezien als concrete uitvloeiselen van het beginsel van onmiddellijkheid, op te vatten als het streven de rechter bij zijn oordeelsvorming te laten beschikken over *best evidence*, bewijs waarbij het aantal schakels tussen de betreffende informatie enerzijds en de oordelende rechter anderzijds die de betrouwbaarheid van die informatie negatief kunnen beïnvloeden, tot een minimum wordt beperkt.[142]

Onder invloed van de *de auditu*-jurisprudentie is de werkingssfeer van de formele definitie uit het wetboek al snel na invoering van het Wetboek van Strafvordering in 1926 drastisch kleiner geworden.[143] In de eerste plaats wordt als gevolg van deze jurisprudentie het vereiste dat het moet gaan om feiten of omstandigheden die de getuige daadwerkelijk zelf heeft waargenomen of ondervonden, niet al te strikt meer opgevat, in die zin dat de verklaring ook informatie mag betreffen die de getuige van anderen heeft gehoord. In de tweede plaats en hiermee in onderlinge samenhang bestaat sindsdien in de meeste gevallen niet langer een noodzaak tot het horen van getuigen ter terechtzitting; in plaats daarvan kan worden volstaan met het horen van diezelfde personen bij de rechter-commissaris of de politie, waarna de inhoud van hun verklaringen langs de weg van een proces-verbaal ter kennis van de rechter kan worden gebracht en voor het bewijs kan worden gebezigd.[144] Wanneer strikt de hand wordt gehouden aan de formele definitie van artikel 342 lid 1 Sv kunnen deze personen niet langer als getuige worden aangemerkt; materieel vervullen zij deze rol echter wel degelijk. Om die reden wordt in

141 Daarnaast vloeit uit het wettelijk stelsel zelf nog een derde (ongeschreven) formeel vereiste voort, namelijk dat het niet mag gaan om de persoon die reeds als verdachte in de zaak is betrokken. Zie Corstens 2008, p. 139. Dit laat onverlet dat medeverdachten wel degelijk als getuige kunnen optreden als de strafzaken formeel van elkaar zijn gescheiden.

142 Vgl. Garé 1994, p. 76: 'Met het onmiddellijkheidsbeginsel wordt bedoeld de eis, dat alle oorspronkelijke bewijsbronnen ter terechtzitting ten overstaan van de rechter en (bij voorkeur) in het bijzijn van de verdachte worden gepresenteerd, opdat de rechter alleen dat bewijs aan zijn oordeel ten grondslag legt, waarvan hij zelfstandig de kwaliteit en betrouwbaarheid heeft kunnen controleren a) door middel van zijn eigen waarneming van de oorspronkelijke bron (visueel en/of auditief); b) (zo mogelijk) door middel van de ondervraging van de oorspronkelijke bron en c) door middel van de confrontatie van de oorspronkelijke bewijsbron en zijn informatie met ander bewijs en/of (zo mogelijk) de verdediging.'

143 Zie HR 20 december 1926, *NJ* 1927, 85 (De auditu).

144 Zie over de *de auditu*-jurisprudentie en de consequenties daarvan Garé 1994, p. 88-93 en 101-107 alsmede Nijboer 2008, p. 104-111.

de literatuur over getuigen in strafzaken dan ook algemeen uitgegaan van een meer materiële invulling van het getuigenbegrip waarin de eis dat de verklaring ter terechtzitting wordt afgelegd, niet (langer) wordt gesteld. In deze visie kan als getuige worden beschouwd een ieder (niet zijnde de verdachte) die in het strafproces iets over het strafbare feit of de pleger daarvan meent te kunnen verklaren of van wie een van de procesdeelnemers meent dat dit het geval zou kunnen zijn.[145] Binnen een dergelijke materiële benadering is de vraag naar de procesfase waarin of de autoriteit ten overstaan van wie de betreffende persoon zijn verklaring aflegt, op zichzelf niet relevant voor het al dan niet toekennen van de status van getuige aan die persoon. Het gaat in die benadering eerst en vooral om het enkele feit dat een zeker persoon kennis draagt van informatie die voor de strafzaak relevant is en een bijdrage aan de strafrechtspleging kan leveren door daaromtrent een verklaring af te leggen. Voorts dient in dit kader te worden gewezen op het feit dat ook het Europees Hof zich om voor de hand liggende redenen in zijn jurisprudentie met betrekking tot getuigen niet gebonden acht aan de formele definitie uit het Wetboek van Strafvordering (of welke nationale regeling uit één van de lidstaten dan ook) en een autonome interpretatie van het begrip getuige hanteert.[146] Het springende punt in de benadering van het Europees Hof is volgens Alink en Van Zeben de (feitelijke) vraag of een verklaring van wie dan ook en in welke vorm dan ook (rechtstreeks of via proces-verbaal) ter kennis van de rechter komt en voor het bewijs kan worden gebezigd.[147] Indien dat het geval is, dan wordt de persoon die de verklaring heeft afgelegd, aangemerkt als getuige in de zin van artikel 6 lid 3 sub d EVRM. Ook het Europees Hof hanteert daarmee een duidelijk materiële benadering van het getuigenbegrip.

Ook om een geheel andere reden, welke in de structuur van het wetboek zelf is gelegen, zou een al te strikte aansluiting bij de formele definitie van artikel 342 lid 1 Sv problematisch zijn. Deze definitie wordt immers gegeven binnen de specifieke context van de bewijsregeling en ziet op de verklaring van een getuige *als bewijsmiddel*. Daarnaast voorziet het wetboek evenwel op verschillende andere plaatsen binnen het wetboek in regelingen met betrekking tot het verhoor van getuigen en de positie van de getuige daarbinnen, zonder daarbij per definitie het oog te hebben op de persoon, niet zijnde de verdachte, die ter terechtzitting een verklaring aflegt. Integendeel, een belangrijk deel

145 Zie Mols 2003, p. 5, alsmede voor vergelijkbare definities Alink & Van Zeben 2006, p. 1 en Corstens 2008, p. 138.

146 Zie bijv. EHRM 20 november 1989, Series A 166, *NJ* 1990, 245 m.nt. EAA, § 40 (Kostovski v. the Netherlands). Zie voorts Corstens & Pradel 2003, p. 401 voor een aantal voorbeelden van situaties waarin het Hof op grond van een autonome benadering bepaalde 'informanten' die op grond van het nationale recht van de betrokken lidstaat niet noodzakelijkerwijs als getuige worden aangemerkt, wel als getuige in de zin van artikel 6 lid 3 sub d EVRM aanmerkt.

147 Alink & Van Zeben 2006, p. 1.

van de normen die betrekking hebben op de rechten en plichten van getuigen in het strafproces wordt gegeven binnen de regeling van het voorbereidend onderzoek (zie artikel 210 e.v. waarin onder meer de beëdiging, de verschoningsrechten en de mogelijkheid tot gijzeling van getuigen worden geregeld). Deze personen worden door de wet zelf expliciet als getuigen aangemerkt. Zonder dat het wetboek zelf een definitie van het begrip geeft, kan daarmee reeds uit de systematiek van het wetboek worden afgeleid dat de reikwijdte van het getuigenbegrip ruimer is dan alleen de personen, niet zijnde de verdachte, die verklaringen afleggen tijdens het onderzoek ter terechtzitting.[148] Ook de wet biedt derhalve ruimte voor een meer materiële invulling van het getuigenbegrip. Dit klemt temeer nu de wettelijke regeling in de loop der jaren verschillende voorzieningen heeft getroffen voor bijzondere categorieën getuigen, waarvan het juist expliciet de bedoeling is dat zij optreden als getuige zonder ter terechtzitting te hoeven verschijnen (vgl. de bedreigde getuige ex artikel 226a e.v. Sv en de afgeschermde getuige ex artikel 226m e.v. Sv).[149] Aldus wordt ook binnen de wettelijke regeling het getuigenbegrip gedeeltelijk losgekoppeld van het afleggen van verklaringen ter terechtzitting door personen, niet zijnde de verdachte. Hiermee is evenwel nog niet gezegd dat het materiële getuigenbegrip in zijn volle omvang uit het Wetboek van Strafvordering zou kunnen worden afgeleid. Personen, niet zijnde verdachten, die door de politie of door andere opsporingsambtenaren over het strafbare feit worden gehoord en daarom materieel als getuige kunnen worden aangemerkt, worden door het wetboek immers niet als zodanig bestempeld. In de systematiek van het Wetboek van Strafvordering is het horen van getuigen immers voorbehouden aan de rechter-commissaris of de zittingsrechter.[150] Op dit punt is de regeling binnen het wetboek dan ook duidelijk achterhaald door de praktijk van de strafrechtspleging, waarbinnen het horen van getuigen door de politie een vast onderdeel van het opsporingsonderzoek uitmaakt en hun verklaringen onverkort voor het bewijs kunnen worden gebruikt.

148 Hiermee is niet gezegd dat de verklaring van deze personen vervolgens als bewijsmiddel 'verklaring van een getuige' in de zin van artikel 342 lid 1 Sv kan worden bestempeld. Verklaringen van getuigen die in het vooronderzoek zijn afgelegd, worden immers langs de weg van artikel 344 lid 1 Sv als schriftelijk bescheid voor het bewijs gebezigd.

149 Van de getuige aan wie ingevolge artikel 226g e.v. Sv in ruil voor zijn verklaringen toezeggingen zijn gedaan, wordt daarentegen juist wel verlangd dat hij zich bereid verklaart ter terechtzitting te verschijnen om daar ten overstaan van de rechter zijn verklaringen af te leggen. Zie § 2.6.10.

150 Dit betekent dat het horen van getuigen door de politie of andere opsporingsambtenaren gedurende het opsporingsonderzoek thans niet door de wet wordt genormeerd. De bepalingen omtrent beëdiging, verschoningsrechten, gijzeling etc. zien dan ook niet op dit verhoor. Niettemin is het in de praktijk wel aangewezen dat getuigen in voorkomende gevallen ook bij het verhoor ten overstaan van de politie op het bestaan van hun verschoningsrecht(en) worden gewezen. Ook geldt in zijn algemeenheid dat de opsporingsambtenaar zich, analoog aan het voorschrift van artikel 29 Sv, in alle opzichten dient te onthouden van gedrag waardoor de verklaringsvrijheid van de getuige negatief wordt beïnvloed. Vgl. Mols 2003, p. 148-149.

Samenvattend kan worden gesteld dat de huidige wettelijke regeling impliciet op de volgende systematiek lijkt te zijn gebaseerd: getuige is hij die een verklaring over het strafbare feit en/of de pleger daarvan kan afleggen en door een van de procesdeelnemers als zodanig wordt aangemerkt, terwijl binnen de bewijsrechtelijke context de nadere beperking geldt dat slechts verklaringen van getuigen die ter terechtzitting worden afgelegd als bewijsmiddel verklaring van een getuige in de zin van artikel 342 lid 1 Sv kunnen worden gebezigd.[151] Personen die binnen de context van het opsporingsonderzoek door de politie worden gehoord vallen evenwel buiten dit wettelijk getuigenbegrip. Hiermee komt in feite een driedeling tot stand binnen het getuigenbegrip: 1) getuigen die tijdens het onderzoek ter terechtzitting worden gehoord en wiens verklaringen als getuigenbewijs hebben te gelden; 2) getuigen die in het voorbereidend onderzoek door de rechter-commissaris worden gehoord, wier positie weliswaar wettelijk is verankerd en genormeerd maar wier verklaringen formeel niet als bewijsmiddel verklaring van een getuige hebben te gelden; en 3) getuigen die in het opsporingsonderzoek door de politie worden gehoord en wier positie in zijn geheel niet door de wet wordt erkend of genormeerd. Nu als gevolg van de genoemde *de auditu* praktijk relatief gezien nog maar weinig getuigen op zitting worden gehoord en de overgrote meerderheid van de getuigen binnen de strafrechtspleging daarom dient te worden aangemerkt als getuige in de zin van de tweede of de derde categorie, is een materiële benadering van het getuigenbegrip welhaast onontkoombaar. Dit klemt temeer nu een en dezelfde getuige in de loop van het strafproces meerdere van de genoemde drie hoedanigheden kan aannemen. De meeste getuigen zullen hun verklaringen immers eerst ten overstaan van de politie afleggen, waarna sommigen van hen in een later stadium nog nader door de rechter-commissaris en/of de zittingsrechter worden gehoord. In zoverre kan dan ook beter worden gesproken van verschillende stadia van het getuigenbegrip dan van verschillende hoedanigheden van de getuige. Een dergelijke benadering past ook het beste in de dynamische opvatting van het begrip rechtsbetrekking.[152] Ook om die reden ligt een meer materiële invulling van het getuigenbegrip binnen de context van de huidige strafrechtspleging alleszins in de rede.[153]

---

151 Dit neemt niet weg dat de inhoudelijke eisen die worden gesteld aan getuigenverklaringen in de zin van artikel 342 Sv thans ook gelden voor getuigenverklaringen die zijn neergelegd in een proces-verbaal. Zie HR 20 december 1955, *NJ* 1956, 202.

152 Zie § 5.2.7.

153 Aangenomen mag worden dat ook de door de wetgever aangekondigde zelfstandige titel in het Wetboek van Strafvordering waarin de positie van de getuige zal worden geregeld, meer expliciet zal aansluiten bij een materieel getuigenbegrip en in zoverre op het niveau van de wettelijke regeling meer helderheid over de reikwijdte van het getuigenbegrip zal verschaffen. Of dit ook betekent dat de positie van de getuige binnen het opsporingsonderzoek nader zal worden geregeld, is op dit moment evenwel nog de vraag. Zie over het voornemen een aparte titel inzake de positie van de getuige in het wetboek op te nemen het Algemeen kader herziening Wetboek van Strafvordering (*Kamerstukken II* 2003/04,

In aansluiting op de hedendaagse benadering binnen de literatuur en de Europese jurisprudentie wordt derhalve ook in het navolgende in beginsel uitgegaan van een materiële benadering van het begrip getuige.[154] Slechts op punten waar dat met het oog op bijzondere consequenties relevant is, wordt nader onderscheiden tussen de drie betekenissen van het begrip getuige zoals die in het voorgaande zijn omschreven. In navolging van Mols wordt onder het begrip getuige verstaan 'personen die over informatie beschikken over een gepleegd strafbaar feit of die vermoed worden over dergelijke informatie te beschikken en die door een van de partijen in het strafgeding op enig moment in het strafproces als zodanig worden aangemerkt'.[155] Deze definitie kent in die zin een formeel aspect dat mede constituerende waarde toekomt aan de vraag of een getuige door een van de procesdeelnemers als zodanig wordt aangemerkt (hetgeen met name van belang is voor de vraag op welk moment de rechtsbetrekking met de getuige in concreto ontstaat[156]); deze definitie van het begrip getuige sluit evenwel primair aan bij de bijdrage die de persoon in kwestie binnen het strafproces kan leveren: het afleggen van een verklaring waardoor de informatie waarover een zeker persoon beschikt, kan worden geoperationaliseerd voor de waarheidsvinding als doel van het strafproces.[157] In deze benadering draait het derhalve eerst en vooral om het feit dat een burger strafrechtelijk relevante informatie kan verstrekken en om die reden door de strafvorderlijke overheid wordt benaderd. Dat gegeven is – in lijn met de jurisprudentie van het EHRM – voldoende om deze burger als getuige te kunnen aanmerken en als zodanig te bejegenen. De vraag in

29 271, nr. 1). Dit voornemen maakt onderdeel uit van een meer omvangrijke wetgevingsoperatie, die inmiddels bekend is komen te staan onder de werktitel Strafvordering 2011 en die voorziet in een herijking van het institutioneel kader (de positie van de verschillende procesdeelnemers) en een herstructurering van het vooronderzoek. Zie voor de laatste stand van zaken *Kamerstukken II* 2007/08, 29 271, nr. 7, p. 3-6.

154 Vgl. in dit kader ook de *Recommendation No. R(2005)9 on the protection of witnesses and collaborators of justice* van 20 april 2005 van de Raad van Europa, en de Resolutie van de Raad van de EG van 23 november 1995 inzake de bescherming van getuigen in het kader van de bestrijding van de internationale georganiseerde criminaliteit (95/C 327/04), waaruit naar voren komt dat zowel de Raad van Europa als de Europese Unie een materieel getuigenbegrip hanteren.

155 Mols 1992, p. 47, en in vergelijkbare zin Mols 2003, p. 5. Zie ook Corstens 2008, p. 138 die in zijn algemeenheid spreekt over 'personen die iets omtrent het strafbare feit kunnen verklaren'.

156 Zie nader § 6.3.5.

157 In dat opzicht bestaat dan ook een nauw verband tussen de positie van de getuige binnen het strafproces en de waarheidsvinding als één van de primaire doelstellingen van het strafproces. Zie nader over de grondslag van de rechtsbetrekking tussen Openbaar Ministerie en getuige § 6.3.4.

welke fase van het strafproces of ten overstaan van wie de getuige zijn verklaringen aflegt, is in die visie van secundair belang.[158]

6.3.2 Het normatief kader van de rechtsbetrekking met de getuige

In het voorgaande is gesteld dat de vraag in welke fase van het strafproces of ten overstaan van wie de getuige zijn verklaringen aflegt, niet van belang is voor de primaire vraag of al dan niet kan worden gesproken van een getuige. Deze vraag is wel van secundair belang voor het normatief kader dat de rechtsbetrekking met de getuige beheerst. Wanneer een burger die een bijdrage aan de waarheidsvinding in strafzaken levert door de strafvorderlijke overheidsorganen van informatie te voorzien niet alleen materieel maar ook formeel in de zin van het Wetboek van Strafvordering als getuige kan worden aangemerkt, treedt immers een meer uitgewerkt en vastomlijnd normatief kader in werking die de rechtsbetrekking tussen de strafvorderlijke overheid en de betreffende burger regardeert. In het kader van de vraag naar de aard, omvang en inhoud van het normatieve kader waardoor de rechtsbetrekking met de getuige op een zeker moment in concreto wordt beheerst, is de vraag in welke van de drie in het voorgaande omschreven betekenissen de betreffende persoon op dat moment als getuige kan worden aangemerkt, derhalve wel degelijk relevant. Zo kan het antwoord op deze vraag onder meer van belang zijn voor het tijdstip van ontstaan van de rechtsbetrekking, de vraag naar de bij de rechtsbetrekking betrokken rechtssubjecten en de uit de rechtsbetrekking voortvloeiende rechten, plichten en bevoegdheden. Voor wat betreft dit laatste kan bijvoorbeeld worden gedacht aan de wettelijk verankerde verschoningsrechten, de bevoegdheid in voorkomende gevallen over te gaan tot gijzeling van de getuige en de voorschriften met betrekking tot de beëdiging van de getuige, welke regelingen alle wel betrekking hebben op de getuige die door de wet als zodanig wordt erkend, doch niet op de getuige die slechts materieel als getuige heeft te gelden.

Voor wat betreft het normatief kader van de getuige die als zodanig door de wettelijke regeling wordt aangemerkt, is sprake van een tamelijk uitgekristalliseerde situatie waarin voor een belangrijk deel kan worden teruggegrepen op de wet. Zo zijn in de regeling van het voorbereidend onderzoek tamelijk veel bepalingen opgenomen die zien op het horen van getuigen ten overstaan van de rechter-commissaris (artikelen 210-226 Sv). Voorts worden in dat kader bijzondere regelingen getroffen voor een aantal specifieke categorieën getuigen: de bedreigde getuige (artikel 226a e.v. Sv), de getuige aan wie toezeggingen zijn gedaan (artikel 226g e.v. Sv) en de afgeschermde getuige

158 Voor het antwoord op de vraag of en langs welke weg een verklaring van een getuige tot het bewijs kan worden gebezigd, blijven de artikelen 342 lid 1 Sv en 344 Sv evenwel bepalend.

(artikel 226m e.v. Sv). Ook de rechtsbetrekking met de getuige die zijn verklaringen aflegt tijdens het onderzoek ter terechtzitting wordt redelijk uitgebreid door de wet genormeerd (artikelen 287-297 Sv). Daarnaast komt zowel voor de rechtsbetrekking met de getuige die zijn verklaringen in het voorbereidend onderzoek ten overstaan van de rechter-commissaris aflegt als voor de rechtsbetrekking met de getuige die ter terechtzitting optreedt, aanvullende normerende werking toe aan de normen die voortvloeien uit het EVRM,[159] de beginselen van een behoorlijke strafrechtspleging en de notie van magistratelijkheid.[160]

Meer onduidelijkheid bestaat er over de vraag naar het normatief kader van de verhouding tussen de strafvorderlijke overheid en de burger die slechts materieel als getuige kan worden beschouwd. Bezien vanuit rechtsstatelijk perspectief heeft ook deze verhouding zonder meer als rechtsbetrekking te gelden; nu politie en Openbaar Ministerie publiekrechtelijke rechtspersonen zijn, geschiedt al hun functioneren – en in het bijzonder wanneer daarbij burgers zijn betrokken – immers per definitie op grondslag en in het kader van rechtsbetrekkingen. De vraag is evenwel door welk normatief kader deze rechtsbetrekking met de getuige die een formele status als zodanig moet ontberen, wordt beheerst. Het Wetboek van Strafvordering zwijgt hierover, nu de wettelijke regeling als zodanig niet in het horen van getuigen in het kader van het opsporingsonderzoek voorziet. Dit betekent evenwel geenszins dat geen concrete normen voor deze rechtsbetrekking zouden kunnen worden geformuleerd. Als gevolg van de autonome interpretatie die het EHRM aan het getuigenbegrip geeft, zijn de verdragsrechtelijke normen en de bijbehorende jurisprudentie van het EHRM immers ook op de rechtsbetrekking met deze getuige van toepassing, terwijl daaraan op nationaal niveau bij het ontbreken van wettelijke normering toch in ieder geval de beginselen van een behoorlijke strafrechtspleging en de notie van magistratelijkheid kunnen worden toegevoegd. Voorts werpt een aantal wettelijke normen die strikt genomen op andere situaties zien dan het getuigenverhoor in het kader van het opsporingsonderzoek (zoals het verhoor van de verdachte in zijn algemeenheid of het getuigenverhoor bij de rechter-commissaris en/of de zittingsrechter) zijn schaduw vooruit naar het getuigenverhoor ten overstaan van opsporingsambtenaren.[161] Tot slot kan in dit kader worden gewezen op verschillende lagere

159 Zie EHRM 26 maart 1996, *NJ* 1996, 741 m.nt. Kn, § 70 (Doorson v. the Netherlands). Zie nader § 6.3.8 e.v.

160 Zie voor de notie van magistratelijkheid in relatie tot de rechtsbetrekking met de getuige § 6.3.4.3.

161 Zo werd in § 6.3.1 reeds gewezen op het aan artikel 29 lid 1 Sv ontleende algemene voorschrift voor de opsporingsambtenaar zich bij het horen van de getuige van elk gedrag te onthouden dat de verklaringsvrijheid van de getuige negatief kan beïnvloeden en op het feit dat het ook bij het getuigenverhoor in het kader van het opsporingsonderzoek goed gebruik is op het eventuele bestaan van verschoningsrechten te wijzen.

regelingen en aanwijzingen die normerend kunnen werken ten aanzien van de rechtsbetrekking met de getuige in de opsporingsfase.[162]

6.3.3 De dynamiek van de rechtsbetrekking met de getuige

Vanaf het moment dat de rechtsbetrekking met de getuige is gevestigd doordat de getuige door de strafvorderlijke overheid als zodanig is aangemerkt,[163] kan de rechtsbetrekking zich in verschillende richtingen ontwikkelen. Nu de rechtsbetrekking op conceptueel niveau als een dynamisch begrip kan worden beschouwd, betekent dit dat ook de rechtsbetrekking met de getuige geen statisch begrip is.[164] De dynamiek binnen de rechtsbetrekking met de getuige kan zich in het perspectief van het voorgaande in de eerste plaats manifesteren in het gegeven dat een getuige die in eerste instantie nog slechts materieel als zodanig kan worden aangemerkt in een later stadium alsnog getuige in de zin van het Wetboek van Strafvordering is, omdat hij in een latere fase van het proces formeel als zodanig wordt gehoord bij de rechter-commissaris of tijdens het onderzoek ter terechtzitting. In veel gevallen zal dit evenwel niet gebeuren en behoudt de getuige zijn materiële status gedurende de gehele loop van het strafproces, zonder dat deze op enig moment wordt geformaliseerd. Het belang van de wijze waarop de rechtsbetrekking zich in de hier bedoelde zin ontwikkelt, is als gezegd gelegen in de vraag naar de aard, omvang en inhoud van het op een zeker moment in de tijd geldende normatieve kader.

De dynamiek van de rechtsbetrekking met de getuige kent evenwel ook andere aspecten. Zo is de opstelling van de getuige zelf mede bepalend voor de richting waarin de rechtsbetrekking zich ontwikkelt of de rechten en bevoegdheden die de daarbij betrokken rechtssubjecten kunnen laten gelden. Een rechtsbetrekking met een getuige die zich weigerachtig opstelt, is beduidend anders dan een rechtsbetrekking met een coöperatieve getuige. In dit kader kan niet alleen worden gedacht aan de mogelijkheid voor de getuige om zich op een eventueel verschoningsrecht te beroepen of de mogelijkheid voor de rechter gebruik te maken van het dwangmiddel van gijzeling indien de getuige volhardt in zijn weigering een verklaring af te leggen, maar ook

---

162 Zie bijvoorbeeld de Aanwijzing opsporing en vervolging inzake seksueel misbruik, *Stcrt*. 2005, 17 waarin voorschriften zijn opgenomen met betrekking tot de wijze van horen door de politie van slachtoffers van zedendelicten. Hierbij moet worden opgemerkt dat veel van deze normen niet in de eerste plaats de positie van het slachtoffer c.q. de getuige beogen te beschermen, maar veeleer de betrouwbaarheid van diens verklaring en daarmee de waarheidsvinding als doel van het strafproces. Het voorschrift dat bij het informatief gesprek en de aangifte een vertrouwenspersoon aanwezig dient te zijn, vormt hierop wellicht een uitzondering.

163 Zie voor het ontstaan van de rechtsbetrekking § 6.3.5.

164 Zie § 5.2.7.

aan de mogelijkheid dat de getuige zijn medewerking slechts onder bepaalde voorwaarden wil verlenen, waarmee het terrein van de bijzondere categorieën van getuigen wordt betreden.[165] Naast de houding van de getuige zelf is evenwel ook de opstelling van de verschillende procesdeelnemers in de zaak waarin de getuige als zodanig wordt aangemerkt, van groot belang voor het verloop van de rechtsbetrekking. Hierbij hoeft het niet per definitie te gaan om de opstelling van de procesdeelnemers die op een bepaald moment direct in rechtsbetrekking met de getuige staan, maar kan het ook de houding en de wensen van de verdachte en diens verdediging betreffen.[166] Stellen de verschillende procesdeelnemers al dan niet prijs op het horen van een bepaalde getuige? Volstaat het horen van die getuige bij de rechter-commissaris of dient dit plaats te vinden ten overstaan van de zittingsrechter? Vragen waarop het antwoord rechtstreeks gevolgen heeft voor de inhoud van de rechtsbetrekking met de getuige of de richting waarin deze zich ontwikkelt. Gezien de in de eerste plaats dienende doelstelling van de rechtsbetrekking met de getuige – het leveren van een concrete bijdrage aan de waarheidsvinding als doel van het strafproces[167] – ligt de ontwikkeling van de rechtsbetrekking met de getuige slechts tot op zekere hoogte in handen van de direct betrokken rechtssubjecten, hetgeen *a fortiori* geldt voor de betrokken getuige zelf. Dit gegeven heeft zijn weerslag op de mate van symmetrie en de mate van wederkerigheid binnen deze rechtsbetrekking.[168]

6.3.4 De grondslag van de rechtsbetrekking met de getuige

Bij het formuleren van het getuigenbegrip in het voorgaande is mede aan de hand van de definities zoals die in de literatuur worden gehanteerd, al kort aangestipt dat de grondslag van de verhouding tussen strafvorderlijke overheid en de getuige in de kern is gelegen in de (vermeende) informatiepositie van de persoon die als getuige wordt aangemerkt. Een verdere theoretische verdieping van de grondslag van de rechtsbetrekking met de getuige wordt in de literatuur veelal niet gezocht, waarschijnlijk omdat – niet geheel ten onrechte – de verhouding tussen strafvorderlijke overheid en verdachte burger vanuit rechtsstatelijk perspectief problematischer wordt bevonden en derhalve meer uitnodigt tot rechtstheoretische beschouwingen. Niettemin is een nadere theoretische onderbouwing van de grondslag van de rechtsbetrekking met

165 Zie § 6.3.11.

166 Zie § 6.3.6 voor de vraag welke procesdeelnemers in het kader van de rechtsbetrekking met de getuige als betrokken rechtssubjecten kunnen worden beschouwd. In dat kader wordt betoogd dat de verdachte en diens verdediging als zodanig niet in directe zin in rechtsbetrekking met de getuige staan, maar daarbij wel als belanghebbende derde zijn betrokken.

167 Zie § 6.3.4.2.

168 Zie § 6.3.12.

de getuige gewenst, nu de aard en inhoud van een rechtsbetrekking mede wordt bepaald door de grondslag waarop zij berust. De noodzaak tot nadere overdenking van de grondslag van de rechtsbetrekking tussen strafvorderlijke overheid en getuige doet zich voorts temeer gevoelen nu de positie van de getuige zich de voorbije twee decennia in een toenemende aandacht heeft mogen verheugen. Ten eerste is daarbij explicieter dan voorheen het geval was onderkend dat ook het optreden van de burger binnen het strafproces in de hoedanigheid van getuige vanuit rechtsstatelijk perspectief niet geheel onproblematisch is, nu de burger substantieel nadeel van deze rol kan ondervinden en zijn grondrechten daarbij in het geding kunnen komen, terwijl hij desondanks kan worden gedwongen zijn rol als getuige te vervullen. Veelal wordt de getuigplicht daarbij als burgerplicht beschouwd,[169] maar vanuit rechtsstatelijk perspectief roept dit toch de nodige vragen op, zeker naarmate vervulling van deze burgerplicht in toenemende mate bezwarend kan uitpakken voor de getuige in kwestie. Ten tweede en mede in reactie op de toegenomen aandacht voor de schaduwzijden van de rol van getuige voor de betrokken burger is een ontwikkeling richting een zelfstandige rechtspositie van de getuige op gang gekomen welke vooralsnog niet tot een einde lijkt te zijn gekomen.[170] Teneinde deze emancipatoire ontwikkeling van de positie van de getuige in het licht van de rechtsbetrekking te kunnen duiden, is inzicht in de grondslag waarop deze rechtsbetrekking berust geboden.

6.3.4.1 De getuigplicht als burgerplicht

Het vertrekpunt bij de navolgende theoretische verdieping van de grondslag van de rechtsbetrekking met de getuige is dat een benadering waarin wordt volstaan met de enkele duiding van de getuigplicht als een burgerplicht, niet geheel bevredigend is, nu een dergelijke duiding toch in zekere zin neerkomt op een machtswoord en onvoldoende recht doet aan het substantiële nadeel dat aan het vervullen van de getuigplicht kan zijn verbonden. Het aannemen van burgerplichten lijkt toch met name op zijn plaats in situaties waarin van de burger mag worden verwacht dat hij zich een relatief kleine moeite getroost teneinde in gezamenlijkheid met zijn medeburgers een hoger, maatschappelijk doel te verwezenlijken (bijvoorbeeld het meedoen aan verkiezingen als bijdrage aan het functioneren van de democratische rechtsstaat). De grondslag van de burgerplicht kan in die optiek worden gezocht in de relatieve geringheid van

169 Zie bijvoorbeeld *Commentary to the principles contained in the recommendation*, § 46, bij de *Recommendation No. R(97)13 concerning intimidation of witnesses and the rights of the defence* van 10 september 1997: 'To give testimony, if so required by the criminal justice, is above all and has been for a long time, a civic duty for everyone, unless the person is privileged. Compliance with such a legal obligation by witnesses should in principle be unconditional.' Zie ook Den Hartog 2001, p. 289-293 die erop wijst dat ook in veel van de ons omringende landen de getuigplicht als een burgerplicht wordt beschouwd.

170 Zie meer uitgebreid § 6.3.8 tot en met § 6.3.10.

de verplichting voor de burger in relatie tot de grote waarde van het daarmee te bereiken maatschappelijk doel, terwijl de moeite die dient te worden getroost om dit hogere doel te verwezenlijken wordt gespreid over de totaliteit van alle burgers binnen een samenleving. Ook in de tegenwoordige benadering van het concept van burgerschap door de Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid,[171] welke benadering is omarmd en tot uitgangspunt van beleid is gemaakt door de opeenvolgende kabinetten Balkenende[172] en waarin de burger wordt gezien als actieve, mondige participant waarvan het nodige mag worden verwacht, ook binnen diens relatie met de overheid, lijkt een zienswijze waarin de getuigplicht louter als burgerplicht wordt gezien toch enigszins tekort te schieten. Het gaat binnen die moderne benadering van burgerschap zoals de WRR en het kabinet die voorstaan, toch in de eerste plaats om situaties waarin de burger een bepaalde prestatie van de overheid verlangt en de overheid de bal terugkaatst door de verantwoordelijkheid voor het verwezenlijken van die prestatie mede bij de burger zelf te leggen; niet zozeer om situaties waarin het juist de overheid is die een zekere prestatie van de burger verlangt ter verwezenlijking van haar eigen doelstellingen, zoals het geval is bij het optreden als getuige in strafzaken. Zeker wanneer wordt bedacht dat het hierbij onder omstandigheden om een niet geringe prestatie van de kant van de burger kan gaan, biedt ook de huidige visie op het concept van burgerschap onvoldoende aanknopingspunten de getuigplicht enkel vanuit het idee van burgerplichten te benaderen.

Vanuit rechtsstatelijk perspectief kan hieraan worden toegevoegd dat de marges om verplichtingen voor de burger ten aanzien van de overheid aan te nemen betrekkelijk klein zijn, tenzij een dergelijke verplichting expliciet bij wet wordt geregeld. Dit laatste is in het kader van de getuigplicht uiteraard het geval (vgl. de dwangmiddelen van medebrenging en gijzeling en de strafbaarstellingen bij het niet of niet conform de waarheid voldoen aan de

171 Zie het WRR-rapport 'De toekomst van de nationale rechtsstaat', waarin wordt gesteld dat de voortschrijdende emancipatie van de burger om meer wederkerigheid in de verhouding tussen overheid en burger vraagt (WRR 2002, p. 89-90). Zie in dit verband ook de met dit rapport samenhangende WRR-voorstudie over burgerschap, Van den Brink 2002, en het in een eerder stadium uitgebrachte WRR-rapport 'Eigentijds burgerschap' (Van Gunsteren 1992).

172 Zie het kabinetsstandpunt inzake voornoemd rapport van de WRR (*Kamerstukken II* 2003/04, 29 279, nr. 1) en de naar aanleiding daarvan opgestelde kabinetsnota 'Bruikbare rechtsorde' (*Kamerstukken II* 2003/04, 29 279, nr. 9). Zie voorts de kabinetsvisie 'Andere overheid' (*Kamerstukken II* 2004/05, 29 362, nr. 1, p. 5) waarin het kabinet haar notie van burgerschap als volgt formuleert: 'Het kabinet denkt dan aan een burger die zelfredzaam, mondig en betrokken is, hetgeen zich niet in de eerste plaats uit in het indienen van tegen de overheid gerichte eisen, klachten en beroepen, maar veeleer in maatschappelijke zelforganisatie en initiatieven.' Zie tot slot de verkennende kabinetsnotitie 'Burgerschap en andere overheid' (bijlage bij *Kamerstukken II* 2004/05, 29 362, nr. 31), waarin deze visie op de notie van burgerschap en op het concept van de *civil society* door het kabinet meer concreet wordt uitgewerkt. Ook binnen deze notitie staat de noodzaak tot meer wederkerigheid in de verhouding tussen overheid en burger centraal.

getuigplicht), maar dit gegeven onderstreept in wezen alleen maar het feit dat de getuigplicht niet zonder meer als een burgerplicht kan worden benaderd. In reactie daarop kan weliswaar worden betoogd dat de getuigplicht derhalve niet zozeer zijn grondslag vindt in een burgerplicht, maar in het enkele gegeven dat deze verplichting nu eenmaal door de wet wordt voorgeschreven; een dergelijk legalistisch argument onttrekt evenwel het zicht op de vraag waarin de intrinsieke grondslag van deze wettelijk vastgelegde getuigplicht nu is gelegen. Hierbij moet worden bedacht dat verplichtingen voor de burger ten aanzien van de overheid waarvoor deze zich een relatief grote moeite dient te getroosten zonder in ruil daarvoor direct of indirect een redelijk individualiseerbare prestatie van de overheid terug te krijgen, betrekkelijk schaars zijn. De meeste verplichtingen van de burger ten aanzien van de overheid betreffen toch ofwel voorschriften voor de burger zich te onthouden van bepaald gedrag ofwel voorschriften die de burger in acht dient te nemen indien hij zich tot de overheid wendt teneinde van de overheid een bepaalde prestatie te verkrijgen. De belastingplicht is – wegens het al te ver verwijderde verband tussen de verplichting van de burger belasting te betalen en de prestaties die de overheid daarvoor in ruil aan de samenleving levert[173] – een van de schaarse voorbeelden die niet zonder meer in een van deze beide categorieën kan worden ingepast, en in zoverre is de getuigplicht wellicht nog het beste te vergelijken met deze verplichting. De intrinsieke grondslag van de plicht belasting te betalen is tamelijk evident: het in staat stellen van de overheid om ten behoeve van de samenleving als geheel invulling te geven aan de haar opgedragen taken, in ruil waarvoor de burger aanspraak kan maken op de faciliteiten die de overheid de samenleving biedt; de grondslag van de getuigplicht spreekt evenwel minder voor zich. Veelal wordt de getuige toch zijns ondanks als zodanig aangemerkt, terwijl hij in ruil daarvoor op weinig tot niets aanspraak kan maken.

In het navolgende wordt daarom gepoogd de intrinsieke grondslag van de rechtsbetrekking met de getuige verder te verdiepen door te bezien in hoeverre het aannemen van de getuigplicht nader kan worden gelegitimeerd door argumenten die worden ontleend aan het strafrechtelijk stelsel zelf en de grondslagen waarop dit stelsel berust. Hiertoe wordt eerst aangesloten bij het in dit kader tamelijk voor de hand liggende perspectief van de waarheidsvinding als doel van het strafproces. Vervolgens wordt de positie van de getuige benaderd vanuit de relationele rechtsopvatting van Foqué en 't Hart, die eerder ook is gehanteerd bij de theoretische duiding van de rechtsbetrekking tussen Openbaar Ministerie en verdachte.[174]

---

173 Vgl. in dit kader de definitie van het begrip belastingen in Braun e.a. 2003, p. 16: 'Gedwongen bijdragen van huishoudingen (hetzij van particulieren, hetzij van overheidslichamen) waar geen rechtstreekse individuele tegenprestatie van de heffende overheid tegenover staat, en die krachtens algemene regels worden geheven.'

174 Zie § 6.2.6.2.

6.3.4.2 Waarheidsvinding als doel van het strafproces

In het voorgaande is het Nederlandse strafproces gekarakteriseerd als een traditioneel inquisitoir georiënteerd strafproces.[175] Een van de kenmerken van een strafproces met een dergelijke oriëntatie is de gerichtheid op materiële waarheidsvinding als doel van het strafproces, waarbij materiële waarheidsvinding veelal wordt omschreven als de zoektocht naar het werkelijk gebeurde.[176] Op deze plaats zal (de haalbaarheid van) dit streven niet nader worden geproblematiseerd;[177] hier volstaat de enkele vaststelling dat ons strafproces is gericht op de juiste toepassing van het materiële strafrecht, en daarvan afgeleid, de doelstellingen van rechtsbescherming en vaststelling van de materiële waarheid. Dit streven het werkelijk gebeurde te achterhalen verklaart ook in belangrijke mate de wijze waarop ons strafproces is ingericht, met een Openbaar Ministerie dat met name in het vooronderzoek is toegerust met een uitgebreid arsenaal aan onderzoeksbevoegdheden en een verdachte die in die fase van het strafproces eerst en vooral wordt benaderd als object van onderzoek.[178] Maar ook tijdens het onderzoek ter terechtzitting blijft de doelstelling het werkelijk gebeurde te achterhalen nadrukkelijk aanwezig, zij het dat in deze fase de verantwoordelijkheden voor die waarheidsvinding anders worden verdeeld en de posities van de procesdeelnemers navenant worden herschikt. De procesvorm verschuift in accusatoire richting met een Openbaar Ministerie en een verdachte die min of meer gelijkelijk bevoegd zijn vorm en inhoud te geven aan het onderzoek tijdens de terechtzitting, in combinatie met een zittingsrechter die een zelfstandige verantwoordelijkheid voor het proces van waarheidsvinding draagt. De doelstelling van het Nederlandse strafproces recht te doen op basis van de materiële waarheid is derhalve een belangrijke factor waar het gaat om de inrichting van (de verschillende fasen van) het strafproces en de posities die rechter, Openbaar Ministerie en verdachte en diens verdediging daarbij innemen.

Dit streven naar het vaststellen van de materiële waarheid bepaalt evenwel ook in belangrijke mate de wijze waarop in het Nederlandse strafproces de positie van de getuige wordt benaderd. Waar de verdachte in de eerste fase van het strafproces primair wordt gezien als *object* van onderzoek, wordt de getuige gedurende het gehele strafproces primair als *instrument* van onderzoek beschouwd. Door gebruik te maken van de informatiepositie van burgers door hen als getuige te laten optreden kan immers een belangrijke bijdrage worden

175 Zie § 6.2.7.

176 Zie in dit verband de memorie van toelichting bij het huidige Wetboek van Strafvordering, *Kamerstukken II* 1913/14, 286, nr. 3, p. 55: 'Een goed ingericht strafproces moet zooveel mogelijk bevorderen de toepassing van de strafwet op den werkelijk schuldige en tevens de veroordeling, kan het zijn, de vervolging van den niet-schuldige naar vermogen verhinderen.'

177 Zie hiervoor de in § 2.7.1.3 genoemde literatuur.

178 Zie Crijns & Van der Meij 2005, p. 62-64. Zie ook § 6.2.7.

geleverd aan het achterhalen van die materiële waarheid. Ondanks de grote vlucht die de bewijsgaring met behulp van forensische wetenschappen heeft genomen, blijft het aandeel van getuigen in de waarheidsvinding in strafzaken van niet te onderschatten belang, niet in de laatste plaats omdat getuigen veelal een verklaring kunnen afleggen over (de toedracht van) het strafbare feit als geheel, terwijl technisch bewijs naar zijn aard veelal slechts een deel van het verhaal kan vertellen.[179] De informatie die getuigen over een strafbare feit kunnen verschaffen, is daarmee nog steeds van grote waarde voor de effectiviteit van de strafrechtelijke rechtshandhaving. In de mogelijkheid de informatiepositie van de burger dienstbaar te maken aan de strafrechtspleging is dan ook primair de grondslag van de verhouding tussen overheid en getuige gelegen. Of anders gezegd, de grondslag van de rechtsbetrekking met de getuige kan rechtstreeks worden gezocht in de waarheidsvinding als een van de primaire doelen van het strafproces.

Daarmee is evenwel nog niet ten gronde de vraag beantwoord waarom de individuele burger die binnen het strafvorderlijk kader als getuige wordt aangemerkt, zich iets gelegen zou moeten laten liggen aan het streven de doelstellingen van het strafproces te verwezenlijken. Hierbij moet worden bedacht dat de grondslag van de rechtsbetrekking met de getuige – diens informatiepositie – niet zelden op betrekkelijk toevallige omstandigheden berust.[180] Natuurlijk kunnen ook medeverdachten en/of anderen die welbewust bij het strafbare feit zijn betrokken als getuige worden aangemerkt, maar veelal belandt de burger toch zijns ondanks in deze rol. En met name in dit laatste geval waarin het gaat om een burger die min of meer toevallig en veelal onvrijwillig een strafproces wordt binnengeloodst, is het toch niet op voorhand evident waarom voor deze burger een verplichting zou bestaan zich moeite te getroosten om een bijdrage te leveren aan de waarheidsvinding als doelstelling van het strafproces, zeker niet indien hij als gevolg hiervan zelf substantieel in zijn belangen kan worden geschaad.[181] In geval van de rechtsbetrekking met de verdachte kan de intrinsieke grondslag van het feit dat de verdachte ongevraagd en ongewild in rechtsbetrekking tot de strafvorderlijke overheid komt te staan, worden gezocht in het feit dat een redelijk vermoeden bestaat dat hij een strafbaar feit heeft begaan en in zoverre de bemoeienis van de strafvorderlijke overheid over zichzelf heeft afgeroepen.

---

179 Zie Dubelaar 2008, p. 106; zie meer uitgebreid over de relatieve waarde van forensisch-technisch bewijs Van Koppen & Elffers 2006.

180 Vgl. Van de Griend 2002, p. 232: 'Het enkele feit (…) dat iemand (zijns ondanks) getuige is geweest van een strafbaar feit, leidt er (…) toe dat hij in een rechtsbetrekking tot de overheid is komen te staan.' Daaraan voegt zij vervolgens toe dat voorwaarde voor de effectuering van die rechtsbetrekking is dat de overheid op enig moment van het bestaan van deze getuige kennis draagt. Zie in dit verband ook § 6.3.5 over het ontstaan van de rechtsbetrekking.

181 Het feit dat deze verplichting niettemin bestaat, maakt het toekennen van bepaalde rechten aan de getuige welhaast onvermijdelijk. Vgl. Mols 1992, p. 68. Zie nader § 6.3.8 e.v.

Een dergelijk verwijt valt de getuige – tenzij hij zelf ook als verdachte kan worden aangemerkt – evenwel niet te maken; een nadere theoretische verdieping van de grondslag van de getuigplicht kan dan ook niet hierin worden gezocht. Een benadering waarin de grondslag van deze verplichting enkel wordt gezocht in het aannemen van een burgerplicht om als getuige op te treden, is zoals eerder betoogd ook wat mager. De vraag blijft dan ook waarom dan toch op legitieme gronden van de burger die zijns ondanks het strafproces wordt binnengeloodst, kan worden verwacht dat hij met voorbijgaan aan zijn eigen belangen meewerkt aan de verwezenlijking van de doelen van de strafrechtspleging.

6.3.4.3 De relationele rechtsopvatting

De informatiepositie van de getuige tegen de achtergrond van de waarheidsvinding als doel van het strafproces kan worden aangewezen als eerste grondslag van de rechtsbetrekking tussen strafvorderlijke overheid en getuige. Aanknopingspunten voor nadere verdieping van deze nog niet geheel bevredigende grondslag kunnen vervolgens worden gevonden in de relationele rechtsopvatting van 't Hart en dan met name in de brede uitleg van het begrip rechtsbescherming die daarin ligt besloten en daarvan een van de fundamenten vormt.[182] Volgens 't Hart gaat het bij rechtsbescherming immers niet alleen om bescherming van de individuele burger tegen de overheid, maar ook tegen andere burgers (tegen het plegen van strafbare feiten door medeburgers derhalve). In deze uit de relationele rechtsopvatting voortvloeiende visie op het begrip rechtsbescherming vormt rechtsbescherming geen tegenstelling met rechtshandhaving, maar veronderstellen deze twee begrippen elkaar juist. Op deze wijze opgevat, omvat rechtshandhaving door de overheid mede handhaving van rechtsbescherming.[183] Door handhavend op te treden tegen strafbare feiten doet de strafvorderlijke overheid immers mede recht aan de rechtsbeschermende functie van het strafrecht, doordat het concrete handhavende optreden rechtsbeschermend werkt ten aanzien van burgers die gevrijwaard wensen te blijven van criminaliteit. Omgekeerd strekt rechtsbescherming van burgers in het algemeen en de verdachte meer in het bijzonder tegen strafvorderlijk overheidsoptreden mede tot rechtshandhaving, in die zin dat daarmee de individuele rechten van de burger worden gehandhaafd, hetgeen niet alleen kan worden gezien als een individueel belang van de betrokken burger maar ook als een algemeen belang. Als gevolg van deze brede opvatting van het begrip rechtsbescherming kan de verhouding tussen rechtsbescherming en rechtshandhaving niet worden vertaald in een zuiver bipolaire verhouding tussen overheid en (verdachte) burger, maar dient daarin mede de positie van derden te worden betrokken. Nu rechtsbescherming mede moet worden

182 Zie eerder § 6.2.6.2.
183 't Hart 1995, p. 20.

opgevat als bescherming van de burger tegen anderen dan de overheid, omvat de strafrechtelijke rechtsbetrekking in brede zin de positie van alle burgers en meer specifiek die van het slachtoffer.[184] Een van de verdiensten van de relationele rechtsopvatting van 't Hart is dan ook dat het slachtoffer een natuurlijke plaats krijgt toebedeeld binnen de theoretische verhoudingen tussen de actoren in de strafrechtspleging. Erkenning van de rechtspositie van het slachtoffer is binnen het relationele rechtsdenken geen vrijblijvende keuze die de wetgever en de organen van de strafrechtspleging zich afhankelijk van de omstandigheden of rechtspolitieke opvattingen van het moment al dan niet kunnen permitteren, erkenning van de positie van het slachtoffer is inherent aan de functie van het recht en kan als zodanig niet achterwege worden gelaten.[185]

Hoewel 't Hart dit zelf niet met zoveel woorden heeft uitgewerkt,[186] kan een in zekere zin vergelijkbare redenering worden gevolgd ten aanzien van de positie van de getuige, zij het dat de positie van de getuige binnen de relationele rechtsopvatting op het eerste gezicht minder in het oog springt dan die van het slachtoffer.[187] De plaats van het slachtoffer vloeit immers rechtstreeks voort uit de wijze waarop het begrip rechtsbescherming binnen de relationele rechtsopvatting wordt opgevat. De positie van de getuige kan evenwel niet zonder meer op een dergelijke wijze in verband worden gebracht met de rechtsbeschermende kant van het relationele denkmodel. Zijn positie wordt immers in eerste instantie bepaald door de bijdrage die hij door middel van zijn aandeel in de waarheidsvinding kan leveren aan de rechtshandhaving als functie van het recht. En indien en voor zover rechtsbescherming mede de belangen van de getuige zou omvatten – hetgeen zoals zal blijken het geval is –, vloeit daaruit op zichzelf nog niet voort dat een verplichting voor de getuige zou bestaan een bijdrage aan de taak van rechtshandhaving te leveren. Integendeel, het omgekeerde is veeleer het geval: de aanspraak van de getuige op rechtsbescherming vloeit voort uit zijn plicht de rechtshandhaving te faciliteren.[188] Een extra gedachtesprong is derhalve noodzakelijk ter rechtvaardiging van het feit dat de burger in voorkomende gevallen in de hoedanigheid

184 't Hart 1994a, p. 280-285, alsmede in 't Hart 1997, p. 116-119 en 't Hart 2001, p. 38-39.

185 't Hart 1994a, p. 284-285.

186 Blijkens het citaat uit de Tilburgse oratie van 't Hart zoals dat in § 6.2.6.2 is weergegeven lijkt 't Hart, waar hij opmerkt dat het Openbaar Ministerie ervoor dient te waken dat het belang van het individu – verdachte, getuige – te gemakkelijk wordt opgeofferd aan het algemeen belang, wel degelijk ook van mening te zijn dat het Openbaar Ministerie mede zorg dient te dragen voor de rechtspositie van de getuige. Zie 't Hart 1976, p. 19.

187 Het gaat hier om de afzonderlijke theoretische posities van slachtoffer en getuige binnen de strafrechtelijke verhoudingen. Dit neemt niet weg dat beide posities in voorkomende gevallen kunnen samenkomen in een en dezelfde persoon.

188 Hier wordt bedoeld de aanspraak op rechtsbescherming die de getuige in het bijzonder heeft ingevolge zijn specifieke rol van getuige, niet op zijn algemene aanspraak op rechtsbescherming in zijn hoedanigheid van burger.

van getuige kan worden gedwongen een bijdrage te leveren aan de handhaving van de rechtsorde, een taak die is opgedragen aan de strafvorderlijke overheid. Het relationele denkmodel is als zodanig immers niet zozeer gericht op het aanspreken van burgers op hun verantwoordelijkheden jegens overheid en samenleving, maar veeleer op de wijze waarop de overheid het recht dient te hanteren teneinde een optimale sfeer van vrijheid voor de burger te creëren. Het is in de eerste plaats een grondslagentheoretische beschouwing en voor zover aan de relationele rechtsopvatting prescriptieve werking kan worden toegekend, richt deze zich eerst en vooral tot de overheid in het algemeen en het Openbaar Ministerie meer in het bijzonder.[189] Genoemde gedachtesprong kan dan ook niet direct aan het relationele denkmodel worden ontleend zoals dat hiervoor in het kort is geschetst, maar wel aan een van de uitgangspunten die daaraan ten grondslag ligt: de burger als relationeel rechtssubject.[190]

De redenering waarin de plicht van de getuige een bijdrage te leveren aan de waarheidsvinding in strafzaken mede kan worden afgeleid uit de relationele rechtsopvatting, begint bij het vertrekpunt dat elke burger op grond van het rechtsstatelijk gedachtegoed aanspraak kan maken op een sfeer van individuele vrijheid. De vraag naar de hoedanigheid van de burger is hierbij niet relevant; deze aanspraak geldt voor een ieder, of het nu gaat om burgers die kunnen worden aangemerkt als verdachte, burgers die slachtoffer worden van een strafbaar feit, burgers die de rol van getuige vervullen of burgers die in het geheel niet bij de strafrechtspleging zijn betrokken. Indien het de taak van het recht is een optimale sfeer van vrijheid voor een ieder te garanderen, vloeit hier voor wat betreft de strafvorderlijke overheid de verantwoordelijkheid uit voort zorg te dragen voor een juiste balans tussen instrumentaliteit en rechtsbescherming, waarbij geldt dat beide begrippen niet elkaars tegengestelde zijn maar elkaar juist veronderstellen. Rechtsbescherming en een sfeer van individuele vrijheid kunnen dan ook niet worden gegarandeerd buiten rechtshandhavend optreden om. Juist in de combinatie van beide functies van het recht kan een voor de samenleving als geheel optimaal resultaat worden bereikt.[191]

Wat betekent een dergelijke, op het maatschappelijk verdragsdenken van met name Beccaria[192] georiënteerde gedachtegang voor de positie van de burger die op enig moment als getuige wordt aangemerkt? Ook hij kan als burger op grond van het rechtsstatelijk gedachtegoed aanspraak maken op bescherming van zijn sfeer van individuele vrijheid. Gelijk alle burgers heeft hij een aanspraak op rechtsbeschermend optreden zijdens de strafvorderlijke

189 Zie Foqué & 't Hart 1990, p. 29-35 die hun werk presenteren als een grondslagentheorie. Zie in dit verband ook Groenhuijsen 1993 die onder meer de vraag naar de praktische toepasbaarheid van de door Foqué en 't Hart gepresenteerde grondslagentheorie aan de orde stelt.

190 Zie § 5.2.5.

191 Zie § 6.2.6.2.

192 Zie in dit kader uitgebreid Foqué & 't Hart 1990, p. 82-110.

overheid in de zin dat de overheid handhavend optreedt tegen burgers die inbreuk maken op de rechten van medeburgers. Het algemeen belang van rechtshandhaving is daarmee ook zijn individuele belang. Daarnaast geldt dat ook de burger die wordt aangemerkt als getuige mag verwachten dat hij in beginsel gevrijwaard blijft van inbreuken op zijn sfeer van vrijheid door die strafvorderlijke overheid. Hier ontstaat evenwel een in zekere zin merkwaardige paradox: enerzijds mag de burger aanspraak maken op rechtshandhaving door de overheid, anderzijds wil de burger zo veel mogelijk gevrijwaard blijven van overheidsbemoeienis. Gesteld kan worden dat uit deze paradox de plicht voor de burger verrijst in voorkomende gevallen als getuige een bijdrage aan de rechtshandhaving te leveren. Nu rechtshandhaving mede plaatsvindt ter behartiging van de belangen van de individuele burger, mag van de individuele burger tot op zekere hoogte worden verwacht dat hij hieraan als getuige een bijdrage levert wanneer dit in zijn vermogen ligt en wanneer dit niet onevenredig bezwarend voor hem uitpakt. In dit kader dient te worden bedacht dat het relationele rechtsdenken van 't Hart en Foqué mede is gebaseerd op de gedachte dat het begrip rechtssubjectiviteit moet worden opgevat als een relationeel begrip waarin het rechtssubject niet wordt gezien als een autark, volledig autonoom functionerend wezen maar als een subject dat zijn invulling ontleent aan zijn relaties met andere rechtssubjecten, welke relaties per definitie worden gekenmerkt door een zekere mate van wederkerigheid. Deze mate van wederkerigheid is daarmee inherent aan het recht, het wezen van de rechtsbetrekking en het functioneren van rechtssubjecten daarbinnen.[193] Op grond van deze basale wederkerigheid die binnen de relationele rechtsopvatting aan het recht ten grondslag wordt gelegd, mag van de burger worden verwacht dat hij een bijdrage aan het algemene belang van rechtshandhaving levert, ook als dit voor hem persoonlijk betekent dat hij zich als gevolg daarvan inbreuken op zijn eigen individuele sfeer van vrijheid moet laten welgevallen. De getuigplicht is in die zin te beschouwen als tegemoetkoming van de individuele burger voor de moeite die de strafvorderlijke overheid zich getroost voor het algemene belang van rechtshandhaving.

Uit deze benadering van de getuigplicht vloeit ook een belangrijke keerzijde voort. Wanneer de getuige op een dergelijke wijze een eigen positie binnen het relationele denkmodel krijgt toebedeeld, betekent dit ook dat rechtsbescherming mede en in het bijzonder de bescherming van zijn belangen gaat omvatten. Het gaat daarbij niet om de algemene aanspraak op rechtsbescherming die hij reeds op grond van zijn hoedanigheid van burger heeft, het gaat juist om de bijzondere aanspraak die daar nog eens bij komt op grond van het feit dat hij als getuige een concrete bijdrage aan de rechtshandhaving levert. Aan

193 Zie 't Hart 1995, p. 37: 'De mens als rechtssubject en burger is hier een knooppunt van relaties, waarin individualiteit en gemeenschap tegelijkertijd aanwezig zijn.' Zie voorts § 5.2.5.

de opsomming dat op grond van de relationele rechtsopvatting het Openbaar Ministerie een bijzondere verantwoordelijkheid draagt voor de rechtsbescherming van de verdachte burger alsmede die van het slachtoffer, kan derhalve thans worden toegevoegd de verantwoordelijkheid voor de rechtspositie van de burger die optreedt in de hoedanigheid van getuige. De ontwikkeling dat in toenemende mate wordt erkend dat de getuige niet louter kan worden gezien als instrument ten behoeve van de waarheidsvinding, past dan ook goed bij de positie van de getuige binnen de relationele rechtsopvatting.[194] Bovendien moet voor ogen worden gehouden dat – hoezeer de getuigplicht ook op grond van de basale notie van wederkerigheid zoals die aan het recht ten grondslag ligt, kan worden gerechtvaardigd – het antwoord op de vraag welke burgers worden geroepen tot het leveren van een tegenprestatie in de vorm van het vervullen van de getuigplicht, in hoge mate afhankelijk is van meer of minder toevallige omstandigheden. En indien de getuigplicht in het concrete geval bijzonder bezwarend uitpakt voor de getuige in kwestie, kan zelfs worden gesteld dat hij wordt gehouden tot het leveren van een in zekere zin onevenredige tegenprestatie. Met name in die gevallen mag van de strafvorderlijke overheid worden verwacht dat zoveel als mogelijk aan de belangen van de getuige wordt tegemoetgekomen. De positie van de getuige binnen het strafproces blijft dan ook een precaire aangelegenheid, waarbij voortdurend op basis van de concrete omstandigheden van het geval een afweging moet worden gemaakt tussen de belangen van de getuige en de belangen van de rechtshandhaving, waarbij deze belangenafweging nog verder wordt gecompliceerd door de in dit verband zwaarwegende rechten van de verdediging in wiens zaak de getuige optreedt en de daarmee verbonden eisen van een eerlijk proces.[195]

Concluderend kan worden gesteld dat de grondslag van de rechtsbetrekking met de getuige, en meer in het bijzonder van de getuigplicht, kan worden gevonden in de combinatie van twee factoren: de waarheidsvinding als een van de doelstellingen van het strafproces, en de relationele rechtsopvatting op grond waarvan een zekere tegemoetkoming voor rechtshandhaving zijdens de strafvorderlijke overheid van de burger kan worden verlangd. De in het voorgaande besproken algemene benadering waarin de getuigplicht wordt gezien als (wettelijke) burgerplicht is dan ook niet onjuist, maar drukt enkel op zichzelf niet voldoende uit op welke gronden deze burgerplicht berust. Met behulp van de waarheidsvinding als doelstelling van het strafproces en de relationele rechtsopvatting kan deze burgerplicht zodanig kwalitatief worden ingevuld dat het aannemen daarvan niet langer louter op een machtswoord berust, maar op legitieme gronden die voortvloeien uit de doelstellingen en functies van het strafrecht zelf.

194 Zie § 6.3.8 e.v.
195 Zie § 6.3.10.

6.3.5 Het ontstaan van de rechtsbetrekking met de getuige

In het voorgaande is aangesloten bij de volgende definitie van het getuigenbegrip: personen die over informatie beschikken over een gepleegd strafbaar feit of die vermoed worden over dergelijke informatie te beschikken en die door een van de partijen in het strafgeding op enig moment in het strafproces als zodanig worden aangemerkt. In deze definitie ligt een formeel aspect besloten: getuige is hij die als zodanig wordt aangemerkt door een van de betrokken procesdeelnemers. Dit formele aspect kan niet alleen als constitutief element van de definitie worden beschouwd, maar ook als markeringspunt voor het moment waarop de rechtsbetrekking ontstaat. De rechtsbetrekking met een getuige ontstaat door en op het moment dat een burger als zodanig wordt aangemerkt.[196] De vraag of de burger die als zodanig wordt aangemerkt materieel ook daadwerkelijk als getuige kan worden beschouwd – een persoon die over informatie beschikt over een gepleegd strafbaar feit of die vermoed wordt over dergelijke informatie te beschikken –, kan vervolgens in zekere zin worden gezien als een van de grondslag van de rechtsbetrekking met de getuige afgeleid 'geldigheidsvereiste' voor de vestiging van deze rechtsbetrekking. Gezien het feit dat dit 'geldigheidsvereiste' genoegen neemt met het bestaan van een vermoeden dat de persoon in kwestie over strafrechtelijk relevante informatie beschikt, levert dit materiële vereiste in de praktijk van de strafrechtspleging evenwel weinig problemen op.[197] Indien en voor zover verschil van mening bestaat over de vraag of een zekere burger van enig nut is voor de waarheidsvinding wordt de discussie hieromtrent in de praktijk veelal gevoerd voordat de getuige als zodanig wordt aangemerkt. Indien eenmaal is besloten een getuige als zodanig aan te merken en de rechtsbetrekking met die getuige eenmaal is gevestigd, bestaat gewoonlijk weinig behoefte meer aan beantwoording van de vraag of hiertoe ook daadwer-

196 Zie voor een enigszins andere benadering Van de Griend 2002, p. 232 die van mening is dat het enkele feit dat een burger zijns ondanks getuige is geweest van een strafbaar feit er reeds toe leidt dat hij in een rechtsbetrekking tot de overheid komt te staan, terwijl zij de omstandigheid dat de overheid op enig moment kennis heeft van het bestaan van deze getuige, vervolgens als voorwaarde voor effectuering van deze rechtsbetrekking beschouwt. Van de Griend lijkt daarmee uit te gaan van het ontstaan van een latente rechtsbetrekking op het moment dat de getuige op grond van de informatie die deze omtrent een strafbaar feit heeft, materieel als zodanig kan worden aangemerkt, welke latente rechtsbetrekking vervolgens door de overheid kan worden geëffectueerd indien de overheid de getuige daadwerkelijk als zodanig aanmerkt.

197 In dit kader dient te worden bedacht dat hier nauwelijks kan worden gesproken van een echte voorwaarde voor rechtmatige vestiging van de rechtsbetrekking. Nu de wet geen daadwerkelijke definitie van het begrip getuige kent en evenmin voorschrijft onder welke voorwaarden een rechtsbetrekking met de getuige mag worden aangegaan, kan vestiging van een rechtsbetrekking met de getuige niet snel als onrechtmatig worden aangemerkt. De algemene gehoudenheid van het Openbaar Ministerie aan de beginselen van een behoorlijke strafrechtspleging en de notie van magistratelijkheid zal moeten voorkomen dat burgers op al te lichtvaardige gronden als getuige worden aangemerkt.

kelijk voldoende grond aanwezig was. Beantwoording van een dergelijke vraag klemt overigens ook met name vanuit het perspectief van de getuige zelf, waarbij moet worden bedacht dat diens bedenkingen tegen het feit dat hij door de strafvorderlijke overheid als getuige wordt aangemerkt veelal niet zullen zijn ingegeven door twijfels omtrent de vraag of hij wel een nuttige bijdrage aan de waarheidsvinding kan leveren, doch veeleer door de potentieel nadelige gevolgen die hij van zijn rol als getuige kan ondervinden. Deze laatste omstandigheid is evenwel in het kader van de 'geldigheid' van de vestiging van de rechtsbetrekking niet relevant.[198] Daar komt overigens bij dat getuigen die ernstig hebben te vrezen voor nadelige consequenties van hun rol als zodanig, niet zelden juist getuigen zijn die van bijzondere waarde kunnen zijn voor de waarheidsvinding.

In aansluiting op het voorgaande kan ook de conclusie worden getrokken dat het tijdstip van ontstaan van de rechtsbetrekking in de regel niet zal samenvallen met het tijdstip waarop de grondslag van die rechtsbetrekking ontstaat. De grondslag van de rechtsbetrekking met de getuige is immers gelegen in de bijdrage die de potentiële getuige op grond van zijn informatiepositie aan de waarheidsvinding kan leveren (en waartoe hij op grond van de relationele rechtsopvatting ook tot op zekere hoogte kan worden gehouden), waarbij geldt dat deze grondslag ontstaat op het moment dat deze strafvorderlijk relevante informatie ter kennis van de potentiële getuige komt. Het moment waarop de rechtsbetrekking met de getuige vervolgens daadwerkelijk ontstaat, kan – afhankelijk van de vraag wanneer de getuige daadwerkelijk als zodanig door de strafvorderlijke overheid wordt benaderd – kort daarop volgen, maar tussen deze beide momenten kan ook geruime tijd verstrijken, waarbij het ook nog kan voorkomen dat de rechtsbetrekking in zijn geheel niet wordt gevestigd omdat de getuige in het geheel niet in beeld is gekomen bij de verschillende procesdeelnemers of door hen onvoldoende belang aan de eventuele verklaringen van deze potentiële getuige wordt toegekend. In dit opzicht kan een parallel worden getrokken met het ontstaan van de rechtsbetrekking tussen Openbaar Ministerie en verdachte. Ook bij die rechtsbetrekking ontstaat de grondslag – gelegen in de verdenking van een strafbaar feit – niet noodzakelijkerwijs op hetzelfde moment als de rechtsbetrekking zelf, die immers pas ontstaat indien en op het moment dat (al dan niet op basis van een verdenking) een handeling zijdens de strafvorderlijke overheid jegens de betreffende burger wordt verricht.[199]

198 Voor de wijze waarop de rechtsbetrekking zich vervolgens ontwikkelt, is dit gegeven wel degelijk relevant. Indien de getuige daadwerkelijk ernstige nadelige gevolgen van zijn rol als getuige kan ondervinden, bijvoorbeeld omdat hij slachtoffer is van het strafbare feit of omdat hij gegronde vrees voor represailles heeft, kan immers worden besloten passende maatregelen te treffen.

199 Zie § 6.2.1.

Voor het vervolg wordt voor het moment van ontstaan van de rechtsbetrekking met de getuige derhalve aangesloten bij het moment dat de burger in kwestie als zodanig wordt aangemerkt doordat hij wordt benaderd met het verzoek of de opdracht als getuige een verklaring af te leggen. Een dergelijk verzoek of opdracht kan van de politie of het Openbaar Ministerie uitgaan, maar ook van de rechter-commissaris of de zittingsrechter.[200] De vraag op welke wijze en in welke fase van het proces de getuige wordt benaderd, is mede van belang voor de vraag tot welke strafvorderlijke autoriteit de getuige in directe zin in rechtsbetrekking komt te staan, alsmede voor de vraag door welk normatief kader de rechtsbetrekking met de getuige wordt beheerst. Deze laatste vraag is in het voorgaande reeds aan de orde geweest;[201] op de eerste vraag wordt thans nader ingegaan.

6.3.6 De betrokken rechtssubjecten

De verhouding tussen strafvorderlijke overheid en getuige is – nu deze wordt beheerst door de normen van het recht – onmiskenbaar een rechtsbetrekking.[202] In geval sprake is van een rechtsbetrekking tussen twee rechtssubjecten kan worden gesproken van een bipolaire rechtsbetrekking; indien meer dan twee rechtssubjecten bij de rechtsbetrekking zijn betrokken, kan worden gesproken van een multipolaire rechtsbetrekking.[203] De positie van de getuige in het strafproces staat gezien de grondslag waarop de rechtsbetrekking met de getuige berust – het leveren van een bijdrage aan de waarheidsvinding als doelstelling van het strafproces – per definitie in direct verband met de posities, rechten, bevoegdheden en belangen van de andere deelnemers aan de strafrechtspleging: politie, Openbaar Ministerie, verdachte en diens verdediging, rechter-commissaris en zittingsrechter. Beschouwing van de rechtsbetrekking tussen getuige en strafvorderlijke overheid (in dit verband op te vatten als deelbaar begrip) als een multipolaire rechtsbetrekking doet gezien de pluraliteit aan betrokken rechtssubjecten het meeste recht aan deze aard van de rechtsbetrekking. Nu de rechtsbetrekking met de getuige wordt gekenmerkt door een zekere dynamiek en onderdeel van deze dynamiek de omstandigheid uitmaakt dat de getuige gedurende het verloop van zijn rechtsbetrekking te maken krijgt of kan krijgen met verschillende strafvorderlijke autoriteiten, die afhankelijk van de procesfase waarbinnen de actuele rechtsbetrekking op dat moment functioneert verschillende bevoegdheden jegens de getuige kunnen laten gelden, is het weinig zinvol de afzonderlijke rechtsbetrekkingen met deze

200 Ook kan het voorkomen dat de getuige zich uit eigen beweging bij een van de justitiële autoriteiten meldt. In dat geval ontstaat de rechtsbetrekking daarmee en op dat moment.
201 Zie § 6.3.2.
202 Vgl. Van de Griend 2002, p. 213.
203 Zie § 5.2.4.

verschillende strafvorderlijke autoriteiten alle als evenzoveel verschillende op zichzelf staande rechtsbetrekkingen te beschouwen. Het aannemen van een multipolaire rechtsbetrekking doet meer recht aan het feit dat het gaat om een en dezelfde getuige die gedurende zijn taakvervulling met verschillende rechtssubjecten in aanraking komt.[204] Dit klemt temeer wanneer wordt bedacht dat ook wanneer de rechtsbetrekking met de getuige op een bepaald gefixeerd moment wordt beschouwd, vrijwel altijd verschillende procesdeelnemers op dat moment direct of indirect als rechtssubject bij de rechtsbetrekking zijn betrokken. De dienende aard van de rol van de getuige binnen het strafproces maakt dat telkens in ieder geval de directe procesdeelnemers als 'rechtstreeks belanghebbenden' bij de rechtsbetrekking met de getuige zijn betrokken en daarop als zodanig invloed kunnen uitoefenen.

Dit neemt niet weg dat binnen de multipolaire rechtsbetrekking die de rechtsbetrekking met de getuige is, wel degelijk kan worden onderscheiden in verschillende bipolaire rechtsbetrekkingen tussen getuige en een van de strafvorderlijke autoriteiten (politie, Openbaar Ministerie, rechter-commissaris, zittingsrechter), zolang voor ogen wordt gehouden dat deze bipolaire rechtsbetrekking niet geïsoleerd kan worden benaderd nu zij onderdeel uitmaakt van een groter geheel. De enige wezenlijke uitzondering op dit uitgangspunt dat de multipolaire rechtsbetrekking kan worden opgedeeld in afzonderlijke bipolaire rechtsbetrekkingen met alle bij de multipolaire rechtsbetrekking betrokken rechtssubjecten is gelegen in het ontbreken van een directe, bipolaire rechtsbetrekking tussen de getuige enerzijds en de verdachte en diens verdediging anderzijds, nu de getuige in het Nederlandse, inquisitoir georiënteerde procesmodel altijd tot een van de bij de strafrechtspleging betrokken overheidsorganen in rechtsbetrekking staat of komt te staan. Hiermee is niet gezegd dat de positie van de verdachte en de verdediging irrelevant zou zijn voor de rechtsbetrekking met de getuige; integendeel, de rechtsbetrekking met de getuige ondervindt belangrijke invloed van de rechten, belangen en wensen van de verdachte en diens verdediging in wiens zaak hij als getuige wordt aangemerkt, zij het dat de verdediging zijn rechten en wensen met betrekking tot de positie van de getuige vrijwel altijd met tussenkomst van het Openbaar Ministerie, de rechter-commissaris of de zittingsrechter moet effectueren. In dit laatste gegeven is gelijk een zelfstandig argument gelegen om de rechtsbetrekking met de getuige toch primair als een multipolaire betrekking te

204 Vgl. in dit verband Achterberg 1982, p. 36 en 58 waar hij opmerkt dat het uitsplitsen van multipolaire rechtsbetrekkingen in meerdere bipolaire rechtsbetrekkingen veelal onvoldoende recht doet aan de complexiteit van multipolaire rechtsbetrekkingen en de daaronder liggende maatschappelijke verhoudingen. Ter relativering moet daarbij worden opgemerkt dat Achterberg bij de multipolaire rechtsbetrekking met name het oog lijkt te hebben op omvangrijke multipolaire (materieelrechtelijke) rechtsbetrekkingen met een onbepaald aantal betrokken rechtssubjecten, zoals de rechtsbetrekking die voortvloeit uit de rechtsfiguur van eigendom. Zie voorts § 5.2.4.

beschouwen; in een benadering waarbinnen de rechtsbetrekking met de getuige wordt gezien als telkens verschillende, afzonderlijke bipolaire rechtsbetrekkingen komt in wezen geen natuurlijke plaats toe aan de positie van de verdachte en diens verdediging, terwijl een dergelijke plaats zowel normatief als bezien vanuit de stand van zaken binnen het positieve recht wel degelijk aan de verdachte en diens verdediging toekomt.

Het opsplitsen van de principieel als multipolair te beschouwen rechtsbetrekking met de getuige in verschillende bipolaire rechtsbetrekkingen kan niettemin zinvol zijn omdat de getuige gedurende het strafproces weliswaar voortdurend in rechtsbetrekking tot een van de bij de strafrechtspleging betrokken overheidsorganen staat, maar de autoriteit die de overheid in een bepaalde procesfase vertegenwoordigt, telkens kan wisselen. Binnen de publiekrechtelijke rechtsbetrekking tussen enerzijds de getuige en anderzijds, in zijn algemeenheid, de overheid kunnen zowel de politie en het Openbaar Ministerie als de zittingsrechter en de rechter-commissaris als representant van de overheid binnen deze rechtsbetrekking gelden, afhankelijk van de vraag welke van deze autoriteiten op een zeker moment zijn bevoegdheden jegens de getuige doet gelden. Nu de rechtsbetrekking en de daarbij betrokken rechtssubjecten elkaar per definitie over en weer beïnvloeden,[205] moet worden bedacht dat het voor de inhoud van de rechtsbetrekking een wezenlijk verschil uitmaakt of de getuige in het kader van de rechtsbetrekking wordt benaderd door een niet strikt onpartijdige autoriteit als de politie of het Openbaar Ministerie dan wel door een principieel onafhankelijke en onpartijdige rechterlijke autoriteit als de rechter-commissaris of de zittingsrechter. In zijn algemeenheid kan worden gesteld dat de verdachte en diens verdediging (die weliswaar expliciet als rechtssubjecten zijn betrokken bij de multipolaire rechtsbetrekking met de getuige) een natuurlijker plaats als 'rechtstreeks belanghebbende' binnen de bipolaire rechtsbetrekking tussen getuige en rechter hebben, dan binnen de rechtsbetrekking tussen getuige en Openbaar Ministerie.

De vraag is vervolgens hoe deze dynamiek in de bij de rechtsbetrekking met de getuige betrokken rechtssubjecten zich vertaalt in de concrete regeling rond het oproepen en horen van getuigen in het stelsel van strafvordering. In de fase van het opsporingsonderzoek is het in het algemeen de politie die de getuige benadert met het verzoek een verklaring af te leggen, welk verzoek de getuige ook naast zich neer kan leggen, nu het Wetboek van Strafvordering in de fase van het opsporingsonderzoek geen verplichting kent aan een dergelijk verzoek gehoor te geven: het getuigenverhoor door de politie kent immers geen wettelijke basis. Naarmate het strafproces vordert en het gaat om het horen van getuigen ten overstaan van een rechterlijke autoriteit en in aanwezigheid van de verdachte en diens verdediging, is het in de meeste gevallen het Openbaar Ministerie dat de burger benadert met de oproeping of de dagvaar-

205 Zie § 5.2.5.

ding als getuige in een strafzaak op te treden, ofwel op eigen initiatief (artikel 260 lid 1 Sv), ofwel op verzoek van de verdachte (artikel 263 lid 1 Sv), ofwel in opdracht van de rechter-commissaris (artikel 210 Sv) of zittingsrechter (artikel 263 lid 4 Sv). Maar onafhankelijk van de vraag door wie en op wiens initiatief de getuige wordt opgeroepen of gedagvaard, uiteindelijk komt hij in rechtsbetrekking te staan tot de rechter ten overstaan van wie hij zijn verklaringen aflegt.[206] Verdedigd kan dan ook worden dat de verplichting van de getuige om na daartoe door het Openbaar Ministerie te zijn opgeroepen of te zijn gedagvaard, te verschijnen en een verklaring af te leggen in eerste instantie onderdeel uitmaakt van zijn bipolaire rechtsbetrekking met de rechter, daar het toch deze laatste is die de mogelijkheden tot zijn beschikking heeft om de nakoming van deze verplichtingen in voorkomende gevallen af te dwingen.[207] Een vergelijkbare redenering geldt in het geval de verdachte en diens verdediging ingevolge artikel 260 lid 4 Sv een getuige hebben meegebracht naar zitting. Vanaf het moment dat de rechter heeft besloten dat deze meegebrachte getuige daadwerkelijk zal worden gehoord, staat deze getuige primair in directe rechtsbetrekking tot de rechter. De dynamiek van de multipolaire rechtsbetrekking rond de getuige laat zich aldus mede zien in de nadruk waarmee de verschillende rechtssubjecten op een zeker moment bij de rechtsbetrekking zijn betrokken. In eerste instantie zijn politie en Openbaar Ministerie veelal redelijk nadrukkelijk aanwezig binnen de multipolaire rechtsbetrekking rond de getuige, maar na verloop van tijd spelen de rechter-commissaris en de zittingsrechter een meer belangrijke rol (althans in de gevallen waarin de betreffende getuige ook door de rechter-commissaris en/of de zittingsrechter wordt gehoord), terwijl de verdachte en diens verdediging voortdurend op de achtergrond aanwezig zijn. Vanaf het moment dat de getuige, na daartoe te zijn opgeroepen door het Openbaar Ministerie, voor de rechter(-commissaris) verschijnt teneinde te worden gehoord, staat de getuige niet langer rechtstreeks tot het Openbaar Ministerie in rechtsbetrekking, maar tot de rechter(-commissaris). Deze laatste is dan immers degene die de rechtspositie van de getuige bepaalt: het is de rechter die bepaalt of de getuige wordt gehoord (artikel 287 lid 2 Sv), zo ja, welke vragen hij al dan niet dient te beantwoorden (artikel 293 Sv), en, wanneer de getuige weigert te verklaren of antwoord te geven op bepaalde vragen, of hieraan consequenties moeten worden verbonden in de vorm van het toepassen van dwangmiddelen (artikel 294 Sv). Het Openbaar Ministerie enerzijds en de verdachte en diens verdediging anderzijds zijn in de fase van het horen van getuigen door de rechter

206 Zie uitgebreider over de regeling van de wijze waarop getuigen in het strafproces kunnen worden geïntroduceerd Mols 2003, p. 5-69.

207 Zij het dat deze bipolaire rechtsbetrekking integraal onderdeel uitmaakt van de multipolaire rechtsbetrekking die de rechtsbetrekking met de getuige is, zodat ook het Openbaar Ministerie en de verdachte in meer indirecte zin bij deze verplichtingen van de getuige zijn betrokken en derhalve aanspraak kunnen maken op naleving van deze verplichtingen door de getuige.

in die zin bij de rechtsbetrekking betrokken dat de rechter deze beslissingen mede tegen de achtergrond van de belangen van beide procesdeelnemers dient te nemen.[208] Nu het hier een rechtsplicht voor de rechter betreft en Openbaar Ministerie en verdachte ook aanspraak kunnen maken op naleving hiervan, vormt de rechtsbetrekking die zich in die fase centreert rond de bipolaire rechtsbetrekking tussen rechter(-commissaris) en getuige wel degelijk een principieel multipolaire rechtsbetrekking.

Laatstgenoemde verplichting tot het meewegen van de belangen van de procesdeelnemers door de rechter wanneer hij beslissingen met betrekking tot de getuige neemt, hangt samen met het eerdergenoemde gegeven dat geen rechtstreekse bipolaire rechtsbetrekking tussen getuige en verdachte bestaat; de verdachte dient zijn belangen immers langs indirecte weg te behartigen zonder rechtstreeks ten opzichte van de getuige aanspraken te kunnen laten gelden. Wanneer de verdediging bepaalde getuigen gehoord wenst te zien, kan zij dit niet zelf bewerkstelligen, maar dient zij dit uit te lokken door middel van een verzoek aan de officier van justitie, de rechter-commissaris of de zittingsrechter.[209] Een directe rechtsbetrekking tussen verdachte en zijn advocaat enerzijds en de getuige anderzijds ontstaat dan ook niet. Ook daar waar de getuige enerzijds en de verdachte en diens verdediging anderzijds rechtstreeks met elkaar in contact komen, bijvoorbeeld wanneer de raadsman van de verdachte vragen aan de getuige stelt, ontstaat weliswaar in zekere zin een sociale verhouding tussen hen beide, maar daarmee nog geen directe rechtsbetrekking, nu ook dit proces volledig via de rechter of de rechter-commissaris verloopt.[210] Het ontbreken van een directe, bipolaire rechtsbetrekking tussen getuige en verdediging is ook wel begrijpelijk vanuit de gedachte dat het voor de verdediging niet goed mogelijk is de op de getuige rustende verplichting om te verschijnen en een verklaring af te leggen effectief af te dwingen. Voorts hangt het ontbreken van een directe rechtsbetrekking tussen verdediging en getuige samen met de oriëntatie van het Nederlandse strafproces op het inquisitoire procesmodel en de daarmee samenhangende keuze van de wetgever om in de wettelijke regeling geen onderscheid te maken tussen getuigen *à charge* en getuigen *à decharge*.

---

208 Andere belangen, zoals het belang van proceseconomie, spelen bij deze en dergelijke afwegingen evenwel ook een rol.

209 Deze algemene regeling lijdt slechts (bescheiden) uitzondering door de mogelijkheid voor de verdediging om getuigen mee te nemen naar de zitting. Ook dan heeft de zittingsrechter evenwel de bevoegdheid te bepalen dat van het horen van deze getuigen wordt afgezien (artikel 287 lid 2 jo. artikel 288 lid 1 sub b en c Sv). In zoverre blijft de verdediging ook in deze situatie afhankelijk van de tussenkomst van de rechter.

210 Zie anders Van de Griend 2002, p. 214, die van mening is dat de getuige niet alleen in rechtsbetrekking komt te staan tot de overheid, maar ook in een rechtsbetrekking tot de verdachte, 'al was het maar omdat de verdachte de mogelijkheid heeft een lijst van getuigen op te stellen die hij graag zou willen (doen) verhoren'. Van de Griend spreekt in dit kader dan ook van een driehoeksrelatie, waarbij het accent ligt op de rechtsbetrekking tussen de getuige en de overheid.

6.3.7 Verplichtingen van de getuige

De rechtsbetrekking tussen (potentiële) getuige en strafvorderlijke overheid komt het meest pregnant tot uitdrukking in de plicht om te getuigen indien een burger daartoe door de overheid wordt opgeroepen. In gevallen waarin de burger weigert aan deze verplichting te voldoen, is de overheid bevoegd maatregelen te treffen om nakoming van deze verplichting alsnog af te dwingen, bijvoorbeeld door middel van een bevel tot medebrenging (artikel 213 Sv en artikel 287 lid 3 Sv) of gijzeling van de getuige (artikel 221 Sv en artikel 294 Sv). Voorts wordt de verplichting om te getuigen langs de weg van het materiële strafrecht gesanctioneerd door middel van de strafbaarstellingen van artikel 192 Sr en artikel 444 Sr. Naast de verschijningsplicht en de verklaringsplicht, heeft de getuige voorts nog de verplichting om, mits daartoe beëdigd, naar waarheid te verklaren, welke verplichting strafrechtelijk wordt gesanctioneerd door middel van de strafbaarstelling van meineed (artikel 207 Sr). Slechts in de fase van het opsporingsonderzoek bestaat er geen verplichting voor de getuige te verschijnen of een verklaring af te leggen; voor het overige kan hij daartoe steeds door de rechter-commissaris of de zittingsrechter worden gedwongen. Ook bestaat strikt genomen geen wettelijke verplichting om in het kader van het opsporingsonderzoek naar waarheid te verklaren, nu getuigen in deze fase van het onderzoek niet worden beëdigd en overtreding van artikel 207 Sr derhalve niet mogelijk is. De situaties waarin de burger kan worden ontheven van of zich gerechtvaardigd kan onttrekken aan zijn plicht om, indien daartoe wettelijk opgroepen, een getuigenverklaring af te leggen, zijn daartegenover beperkt. De wettelijke regeling biedt in dit verband slechts een aantal verschoningsrechten voor een beperkt aantal categorieën getuigen (artikel 217-219 Sv). De rechtsbetrekking tussen Openbaar Ministerie en (potentiële) getuige wordt derhalve gedomineerd door de algemene verplichting te getuigen. In zijn algemeenheid is deze rechtsbetrekking dan ook te karakteriseren als een asymmetrische rechtsbetrekking; de verplichtingen van de getuige jegens de strafvorderlijke overheid staan voorop en vormen de kern van de rechtsbetrekking, terwijl de verplichtingen van de overheid jegens de getuige die daartegenover staan aanmerkelijk beperkter zijn. In het navolgende zal worden betoogd dat deze asymmetrie door de ontwikkelingen rond de positie van de getuige van de laatste decennia inmiddels voor wat betreft een aantal aspecten van zijn scherpe kanten is ontdaan, hetgeen goed past bij de eerder geschetste benadering van de positie van de getuige vanuit het perspectief van de relationele rechtsopvatting.[211]

211 Zie § 6.3.4.3.

6.3.8 Ontwikkeling naar een eigen rechtspositie voor de getuige

Tegenover de algemene verplichting tot het afleggen van verklaringen naar waarheid staat dat de getuige aan zijn rechtsbetrekking met het Openbaar Ministerie ook rechten kan ontlenen, zij het dat deze rechten veel minder expliciet in de wettelijke regeling zijn neergeslagen dan de verplichtingen van de getuige en de middelen om deze verplichtingen te effectueren.[212] Een aantal van deze rechten werd al in een vroeg stadium door de wetgever erkend, zoals de verschillende verschoningsrechten (artikel 217-219 Sv) op grond waarvan de getuige kan worden ontheven van zijn algemene verplichting een verklaring af te leggen.[213] Niettemin lag lange tijd de nadruk op de plicht om als getuige in het strafproces op te treden; de rechten en belangen van de getuige zelf bleven hierbij tamelijk onderbelicht. Mede onder invloed van de jurisprudentie van het EHRM is hierin vanaf midden jaren negentig geleidelijk verandering gekomen. In dit verband is met name de volgende, veelvuldig aangehaalde, overweging van het EHRM in de zaak-Doorson illustratief:

> 'It is true that article 6 does not explicitly require the interests of witnesses in general and those of victims called upon to testify in particular, to be taken into consideration. However, their life, liberty or security of person may be at stake, as many interests coming generally within the ambit of Article 8 of the Convention. Such interests of witnesses and victims are in principle protected by other, substantive provisions of the Convention, which imply that Contracting States should organize their criminal proceedings in such a way that those interests are not unjustifiably imperiled. Against this background, principles of fair trial also require that in appropriate cases the interests of the defence are balanced against those of witnesses or victims called upon to testify.'[214]

Het EHRM beziet de rechtspositie van de getuige aldus niet alleen in relatie tot artikel 8 EVRM, maar plaatst deze ook in het licht van het recht op een eerlijk proces in de zin van artikel 6 EVRM. Het recht op een eerlijk proces omvat naar het oordeel van het Europees Hof mede het vereiste dat het strafproces zodanig is ingericht dat ook recht wordt gedaan aan de belangen

---

212 Zie Mols 2003, p. 449.

213 Hierbij moet worden opgemerkt dat de ratio achter de verschillende verschoningsrechten slechts ten dele is gelegen in het belang van de getuige. Zo is de ratio van het verschoningsrecht van artikel 218 Sv in de eerste plaats gelegen in het algemene belang vrije toegang voor de burger tot bepaalde beroepsgroepen te garanderen, terwijl de ratio van de verschoningsrechten van artikel 217 en 219 Sv mede is gelegen in het belang van de waarheidsvinding. Zonder het bestaan van deze laatste verschoningsrechten zou de getuige immers voor het duivelse dilemma worden gesteld om ofwel meineed te plegen ofwel zichzelf of zijn naasten te belasten (vgl. A-G Machielse in zijn conclusie bij HR 4 juli 2000, *NJ* 2000, 581). Zie in dit verband ook Verburg 1975, p. 1-15 alsmede Brants & Spronken 2006, p. 87-88.

214 EHRM 26 maart 1996, *NJ* 1996, 741 m.nt. Kn, § 70 (Doorson v. the Netherlands).

van getuigen. In feite kan in deze zienswijze van het Hof een bevestiging worden gelezen van de in het voorgaande geschetste rechtspositie van de getuige zoals die voortvloeit uit de relationele rechtsopvatting. Het ICTY stelt zich in de zaak Tadic, onder expliciete verwijzing naar de jurisprudentie van het EHRM, op een vergelijkbaar standpunt:

> 'In principle, all the evidence must be produced in the presence of the accused at a public hearing with a view to adversarial argument. However, the interest in the ability of the defendant to establish facts must be weighed against the interest in the anonymity of the witness. The balancing of these interests is inherent in the notion of a "fair trial". A fair trial means not only fair treatment to the defendant but also to the prosecution and to the witnesses.'[215]

Daarnaast kan voor wat betreft de internationale invloeden op de benadering van de rechtspositie van de getuige nog op een tweetal aanbevelingen van het Comité van Ministers van de Raad van Europa worden gewezen. In de *Recommendation concerning intimidation of witnesses and the rights of the defence* van 10 september 1997 die ziet op het treffen van maatregelen ter bescherming van kwetsbare getuigen,[216] wordt in de preambule als volgt overwogen:

> 'Convinced that while all persons have a civic duty to give sincere testimony as witnesses, if so required by the criminal justice system, there should also be greater recognition given to their rights and needs, including the right not to be subject to any interference or be placed at personal risk;
> Considering that member states have a duty to protect witnesses against such interference by providing them with specific measures of protection that effectively ensure their safety;'

Deze overwegingen worden in een latere versie van deze aanbeveling, de *Recommendation on the protection of witnesses and collaborators of justice* van 20 april 2005,[217] in vrijwel gelijke bewoordingen overgenomen en aangevuld met de volgende overwegingen:

> 'Considering that it is unacceptable for the criminal justice system to fail to bring defendants to trial and obtain a judgment because witnesses have been effectively discouraged from testifying freely and truthfully;
> Aware that the protection of witnesses and collaborators of justice requires confidentiality and that efforts should be made to ensure that effective measures are taken to thwart attempts to trace witnesses and collaborators of justice, in particular by criminal organisations, including terrorist organisations;'

---

215 Decision on the Prosecutor's motion requesting protective measures for victims and witnesses, case no. IT-94-I, 10 augustus 1995 (Prosecutor v. Dusko Tadic), par. 54-55.
216 Recommendation No. R(97)13.
217 Recommendation No. Rec(2005)9.

Een en ander leidt in beide *Recommendations* vervolgens tot diverse concrete aanbevelingen gericht op het beschermen van de positie van kwetsbare getuigen, waaronder de mogelijkheid tot het (tijdelijk) bieden van anonimiteit en de mogelijkheid tot het afleggen van een verklaring buiten aanwezigheid van de verdachte.

Ook binnen de context van de Europese Unie is vanaf midden jaren negentig de nodige aandacht besteed aan de positie van getuigen in strafzaken. Zo kan in dit kader worden gewezen op de Resolutie van de Raad van de Europese Unie van 23 november 1995 inzake de bescherming van getuigen in het kader van de bestrijding van de internationale georganiseerde criminaliteit, waarin de Raad de lidstaten verzoekt om 'een voldoende bescherming van getuigen te garanderen' tegen 'alle directe of indirecte vormen van bedreiging, druk of intimidatie', en wel 'voor, tijdens en na het proces'. Een en ander dient volgens de Raad te geschieden 'met inachtneming van het beginsel van contradictoire rechtspraak in de uitlegging die daarvan wordt gegeven door de jurisprudentie van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens'.[218] Hoewel in het wetgevings- en werkprogramma van de Europese Commissie voor 2007 de bescherming van getuigen en personen die in de rechtsgang samenwerken als een 'prioritair initiatief' is opgenomen,[219] trekt de Commissie in een werkdocument uit eind 2007 over de haalbaarheid van EU-wetgeving op het gebied van de bescherming van getuigen en personen die met justitie samenwerken de conclusie dat de tijd op dat moment nog niet rijp was voor (harmoniserend) wetgevend optreden op het gebied van getuigenbescherming.[220] Tot op heden kon binnen de EU alleen over *soft law* in de vorm van genoemde resoluties overeenstemming worden bereikt.[221]

---

218 Resolutie van de Raad van 23 november 1995 inzake de bescherming van getuigen in het kader van de bestrijding van de internationale georganiseerde criminaliteit (95/C 327/04), *PbEG* 1995 C327/5. Zie voorts met betrekking tot de positie van getuigen die samenwerken met justitie de Resolutie van de Raad van 20 december 1996 betreffende personen die met justitie samenwerken bij de bestrijding van de internationale georganiseerde criminaliteit, *PbEG* 1997 C10/1.

219 Mededeling COM(2006) 629, p. 22.

220 Werkdocument van de commissie over de haalbaarheid van EU-wetgeving op het gebied van de bescherming van getuigen en personen die met justitie samenwerken, Brussel, 13 november 2007, COM(2007) 693.

221 Zowel het Kaderbesluit inzake terrorisme, *PbEG* 22 juni 2002, L 164, als het Kaderbesluit inzake de status van het slachtoffer in de strafprocedure, *PbEG* 22 maart 2001, L 82, kennen evenwel enkele bepalingen die mede zien op het optreden van burgers als getuige in strafzaken. Zo bepaalt artikel 3 van het Kaderbesluit inzake de status van het slachtoffer in de strafprocedure dat lidstaten de nodige maatregelen dienen te nemen om ervoor te zorgen dat slachtoffers slechts voor zover noodzakelijk ten behoeve van de strafprocedure worden ondervraagd door de autoriteiten.

Mede (doch zeker niet alleen[222]) onder invloed van genoemde ontwikkelingen op internationaal niveau, lijken ook de Nederlandse wetgever en de rechter in toenemende mate doordrongen van het besef dat ook de getuige zelf rechtens te respecteren belangen heeft, die met de belangen van de verdachte of met die van de waarheidsvinding kunnen botsen en daartegen dienen te worden afgewogen. Deze ontwikkeling hangt enerzijds nauw samen met de toenemende aandacht voor de positie van het slachtoffer in het strafproces[223] en anderzijds met de groeiende behoefte om getuigen te beschermen tegen de negatieve consequenties die zij kunnen ondervinden als gevolg van hun optreden als getuige.[224] Nadat in 1993 reeds een stap in deze richting was gezet met de invoering van de Wet getuigenbescherming,[225] erkende de wetgever deze nieuwe benadering in 1996 in het kader van de behandeling van het Wetsvoorstel herziening onderzoek ter terechtzitting voor het eerst volmondig:

> 'De […] belangenafweging heeft opnieuw moeten plaats vinden na de erkenning van de specifieke belangen van de getuige. De opvatting heeft veld gewonnen dat vooral ten aanzien van de bedreigde getuige en van het slachtoffer niet zonder meer mag worden verwacht dat zij in het kader van de uitvoering van hun burgerplicht onevenredig nadeel ondervinden van het afleggen van een verklaring ter terechtzitting. […] Het zal duidelijk zijn dat vooral de belangen van deze twee groepen van getuigen veelal tegengesteld zijn aan die van de verdachte.'[226]

---

222 Waar het gaat om (de respectering van) de rechtspositie van de getuige lijken de Nederlandse wetgever en rechter eerder te worden afgeremd dan aangespoord door de jurisprudentie van het EHRM. In 1989, voorafgaand aan de zaak Doorson, is Nederland in de zaak Kostovski al eens stevig door het Europees Hof op de vingers getikt voor het treffen van al te vergaande maatregelen ter bescherming van de positie van de getuige ten koste van de procespositie van de verdachte. Zie EHRM 20 november 1989, Series A 166, *NJ* 1990, 245 m.nt. EAA (Kostovski v. the Netherlands). Hierbij dient te worden bedacht dat constructies ter bescherming van de belangen van getuigen, zoals de rechtsfiguur van de bedreigde getuige ex artikel 226a e.v. Sv, mede vanuit instrumentele motieven kunnen zijn ingegeven.

223 In dit kader dient met name te worden gedacht aan zaken waarin het voor het slachtoffer te zeer belastend is om in het openbaar een getuigenverklaring af te leggen (vgl. de weigeringsgronden van artikel 264 lid 1 sub b en 288 lid 1 sub b Sv). Dit kan met name gelden in zaken waarin het slachtoffer minderjarig is en/of het een slachtoffer van ernstige zedendelicten betreft. Zie in dit kader onder meer EHRM 5 april 2005, *NJ* 2005, 551 (Scheper v. the Netherlands) en HR 11 juni 2002, *NJ* 2002, 459.

224 In dit kader kan worden gewezen op de jurisprudentie met betrekking tot anonieme en bedreigde getuigen. Zie onder meer EHRM 20 november 1989, Series A 166 *NJ* 1990, 245 m.nt. EAA (Kostovski v. the Netherlands), EHRM 26 maart 1996, *NJ* 1996, 741 m.nt. Kn (Doorson v. the Netherlands) en EHRM 23 april 1997, *NJ* 1997, 635 m.nt. Kn (Van Mechelen c.s. v. the Netherlands).

225 Wet getuigenbescherming van 11 november 1993, *Stb*. 1993, 603, in werking getreden op 1 februari 1994.

226 *Kamerstukken II* 1995/96, 24 692, nr. 3, p. 5.

Nu werden in Nederland als gevolg van de *de auditu*-jurisprudentie al sinds lange tijd weinig getuigen ter openbare zitting gehoord; deze praktijk was evenwel niet zozeer ingegeven door de gedachte de belangen van de getuige zoveel mogelijk te respecteren, maar veeleer door de wens strafzaken op efficiënte wijze af te doen, waarbij past dat getuigen slechts wanneer dit strikt noodzakelijk is ter zitting worden gehoord wanneer zij reeds eerder in het vooronderzoek een verklaring hebben afgelegd. Daarbij komt dat de toegenomen belangstelling voor de belangen van (potentiële) getuigen niet alleen vanuit rechtsbeschermend perspectief kan worden verklaard, maar wel degelijk ook een instrumentele kant kent. Naarmate er meer oog is voor de belangen en rechten van de getuige en er ook meer ruimte is deze tegen de belangen van de verdachte af te wegen, zal de bereidheid van getuigen om een verklaring af te leggen toenemen, hetgeen vanuit instrumenteel perspectief positief kan worden gewaardeerd. Bescherming van de rechtspositie van de getuige kan derhalve ook dienstig zijn voor de waarheidsvinding.[227]

Wat er precies zij van de achterliggende belangen en de voor de wetgever redengevende motieven, feit is dat vanaf de jaren negentig door de wetgever tal van regelingen zijn getroffen die in ieder geval mede hebben bijgedragen aan de ontwikkeling richting een eigen rechtspositie voor de getuige in strafzaken. Zo kan worden gewezen op de invoering van de regeling van de bedreigde getuige (artikel 226a-226f Sv),[228] de verruiming in 2004 van de weigeringsgrond om getuigen ter terechtzitting op te roepen indien de gezondheid of het welzijn van de getuige door het afleggen van een verklaring ter terechzitting ernstig in gevaar zou worden gebracht (artikel 264 lid 1 sub b en 288 lid 1 sub b Sv),[229] de invoering van de mogelijkheid getuigen in ruil voor hun verklaring toezeggingen te doen[230] en de invoering van de regeling van de afgeschermde getuige (artikel 226m-226s Sv).[231] Deze instrumenten kunnen alle in ieder geval mede worden begrepen als concrete uitdrukkingen van de gedachte dat de getuige niet louter kan worden gezien als instrument van waarheidsvinding, maar zelf ook belangen heeft die tot op zekere hoogte dienen te worden gerespecteerd.

---

227 Dit neemt niet weg dat vanuit het perspectief van betrouwbaarheid ook vraagtekens kunnen worden geplaatst bij verklaringen die zijn afgelegd met toepassing van constructies ter bescherming van de getuige. Zie nader over de complexe verhouding tussen de belangen van getuigen en het belang van waarheidsvinding Crijns 2008b, p. 27-28 en Dubelaar 2008, p. 107.

228 Zie de Wet getuigenbescherming van 11 november 1993, *Stb*. 1993, 603, in werking getreden op 1 februari 1994.

229 Zie de Wet van 10 november 2004 in verband met het horen van getuigen en enkele verwante onderwerpen, *Stb*. 2004, 579, in werking getreden op 1 januari 2005.

230 Zie de Wet toezeggingen aan getuigen in strafzaken van 12 mei 2005, *Stb*. 2005, 254, in werking getreden op 1 april 2006.

231 Zie de Wet afgeschermde getuigen van 28 september 2006, *Stb*. 2006, 460, in werking getreden op 1 november 2006.

Deze ontwikkeling naar een eigenstandige positie van de getuige in het strafproces is thans nog niet tot een einde gekomen. Zo is ook in het kader van het onderzoeksproject Strafvordering 2001 aandacht besteed aan de positie van de getuige in strafzaken. In het eerste deelrapport van het onderzoeksproject wordt een aantal kernprofielen van de verschillende procesdeelnemers geformuleerd, waarbij ten aanzien van de getuige wordt overwogen:

> 'De getuige is en blijft eerst en vooral een bron van informatie voor de officials in het strafrechtelijk systeem. (…) Maar daar wordt een keerzijde aan toegevoegd. Tegenover de verplichtingen staan ook rechten. De getuige heeft niet alleen de bovenvermelde dienende functie, maar is ook een rechtssubject met eigen legitieme belangen die in de procedure zoveel mogelijk moeten worden gerespecteerd.'[232]

De belangen van getuigen worden derhalve door de onderzoeksgroep expliciet erkend als relevante factor bij de inrichting van een toekomstig strafproces. Mede teneinde de achtergrond van de afweging tussen de belangen van de getuige en de andere bij het strafproces betrokken belangen in het Wetboek van Strafvordering duidelijk zichtbaar te maken, pleit de onderzoeksgroep voor een aparte titel in het wetboek die is gewijd aan de rechtspositie van de getuige, waarin een grondpatroon van diens rechten en verplichtingen is neergelegd.[233]

De minister heeft inmiddels aangegeven op dit punt aan te willen sluiten bij de bevindingen van de onderzoeksgroep. In de notitie Algemeen kader herziening Wetboek van Strafvordering uit 2003 wordt voor wat betreft de positie van de getuige opgemerkt:

> 'Ten aanzien van de getuige (waarnemer van het strafbaar feit) is eveneens in confesso dat hij meer is dan een instrument bij de waarheidsvinding. Hij heeft weliswaar de burgerplicht om te getuigen, maar hij heeft ook eigen belangen. Die klemmen te meer indien hij bedreigd wordt of zelf ook verdachte is, maar ook los daarvan heeft hij recht op een behoorlijke bejegening in de strafrechtelijke procedure. Als belangrijk ijkpunt bij het maken van de nieuwe afweging moeten de minimumeisen van artikel 6 EVRM met betrekking tot de rechten van de verdachte worden genoemd. Deze zijn echter niet in alle opzichten absoluut en kunnen worden afgewogen tegen de rechten van de getuige en het slachtoffer.'[234]

Dit betekent volgens de minister dan ook dat het ondervragingsrecht van de verdediging niet onbeperkt is in de zin dat zij er recht op heeft dat al haar vragen worden beantwoord. Voorts vindt het ondervragingsrecht van de

---

232 Groenhuijsen & Knigge 2001, p. 39. Zie ook Groenhuijsen & Knigge 2001, p. 49.

233 Groenhuijsen & Knigge 2001, p. 49, nader toegelicht in Den Hartog 2001, p. 301-304. Zie ook Knigge 2000, p. 116, 135 en 137 die aan een dergelijk eigen 'statuut' voor de getuige ook een duidelijk symbolische waarde toekent.

234 Zie *Kamerstukken II* 2003/04, 29 271, nr. 1, p. 11. Zie nader over deze notitie Cleiren e.a. 2006.

verdediging zijn beperkingen in het feit dat dit recht er niet toe mag leiden dat het slachtoffer of de getuige onheus wordt bejegend.[235] Mede ter uitwerking van dit standpunt wordt in deze notitie als één van de te nemen maatregelen de invoering van eigen afdelingen in het wetboek voor het slachtoffer en voor de getuige als procesdeelnemer aangekondigd. Vooralsnog is door de wetgever voor wat betreft de positie van de getuige geen uitvoering aan dit voornemen gegeven.[236] Duidelijk is evenwel dat zowel op nationaal als internationaal niveau het uitgangspunt dat de getuige in strafzaken aanspraak heeft op een eigen rechtspositie binnen het strafproces breed wordt onderschreven.

6.3.9 Rechten van de getuige

Hoewel in de internationale en nationale jurisprudentie breed wordt onderkend dat getuigen rechten kunnen ontlenen aan hun rechtsbetrekking met de strafvorderlijke overheid, bestaat bij het goeddeels ontbreken van concrete regelgeving ter zake minder consensus over de vraag welke rechten dit zijn of zouden moeten zijn. Voor wat betreft de Nederlandse situatie is als gezegd het bestaan van verschoningsrechten al lange tijd onomstreden, maar voor het overige bestaat vooralsnog toch vooral onduidelijkheid. In de literatuur zijn, mede naar aanleiding van de ontwikkelingen zoals die in het voorgaande zijn beschreven, diverse inventarisaties van rechten voor de getuige gemaakt. Mols spreekt in dit verband (en in normatieve zin) van tien basisrechten voor getuigen in strafzaken: 1) het recht op een fair verhoor; 2) het recht op (schriftelijke) vastlegging; 3) het recht op gebruik van schriftelijke stukken; 4) het verschoningsrecht; 5) het recht op informatie; 6) het recht op bescherming tegen inbreuken op de vrijheid en de lichamelijke integriteit; 7) het recht op bescherming van de persoonlijke levenssfeer; 8) het recht op (tijdige) vergoeding van kosten; 9) het recht op een tolk; en 10) het recht op rechtsbijstand.[237] Het betreft hier volgens Mols een opsomming van rechten die als minimaal moeten worden geduid en geldend voor alle getuigen in strafzaken. Daarnaast kunnen

235 Zie *Kamerstukken II* 2003/04, 29 271, nr. 1, p. 11.

236 Voor wat betreft de positie van het slachtoffer is inmiddels wel gevolg gegeven aan deze aankondiging. Zie de Wet van 17 december 2009 tot versterking van de positie van het slachtoffer in het strafproces, *Stb.* 2010, 1, nog niet in werking getreden. Deze wet voorziet onder meer in invoering van een geheel vernieuwde Titel IIIA (artikel 51a-51h) aan Boek 1 van het Wetboek van Strafvordering waarin de rechtspositie van het slachtoffer wordt geregeld. Ook de deskundige heeft recentelijk een eigen titel (Titel IIIC) binnen het wetboek gekregen; zie de Wet deskundige in strafzaken van 22 januari 2009, *Stb.* 2009, 33, in werking getreden op 1 januari 2010. Voor de toekomstige regeling van de positie van de getuige is wel alvast de nieuwe Titel IIIB gereserveerd.

237 Mols 2003, p. 461-471; zie ook eerder Mols 1992, p. 71-76. Kistemaker geeft een vergelijkbare opsomming, maar formuleert een en ander in termen van belangen van getuigen (zie Kistemaker 2007, p. 165-169).

voor bepaalde categorieën getuigen in bijzondere omstandigheden nog aanvullende rechten gelden, bijvoorbeeld het recht op procedurele of feitelijke beschermingsmaatregelen. Den Hartog komt in haar onderzoek naar de positie van de getuige in het strafproces in het kader van het onderzoeksproject Strafvordering 2001 tot een beperktere opsomming: 1) het verschoningsrecht; 2) het recht op privacy; 3) het recht op onkostenvergoeding; 4) het recht op rechtsbijstand; en 5) het recht op informatie.[238] Haar opsomming heeft evenwel betrekking op de rechten van de getuige die volgens haar expliciet opgenomen zouden moeten worden in een toekomstige aparte titel over de (rechts-) positie van de getuige. Het is dan ook niet gezegd dat Den Hartog de andere door Mols opgesomde rechten aan de getuige zou willen onthouden; veeleer lijkt zij expliciete verankering hiervan in een toekomstige aparte titel over de positie van de getuige niet nodig of niet opportuun te achten. Dit lijkt temeer verdedigbaar, nu de meeste rechten die binnen de opsomming van Den Hartog in vergelijking met de opsomming van Mols achterwege blijven met name op (de kwaliteit van) het verhoor van de getuige zien en daarom beter binnen de regelingen van het getuigenverhoor gedurende het vooronderzoek en tijdens het onderzoek ter terechtzitting zouden passen. Slechts het ontbreken van het recht op bescherming tegen inbreuken op de vrijheid en de lichamelijke integriteit in de opsomming van Den Hartog wordt daarmee nog niet verklaard, maar hiervoor kan als verklaring gelden het feit dat ook deze geen expliciete vermelding binnen een aparte titel voor de getuige behoeft, nu het hier een algemeen geldend grondrecht voor elke burger betreft.[239]

De opsomming van basisrechten door Mols – evenals die door Den Hartog – kan gedeeltelijk worden gelezen als geldend recht, en voor een ander deel als een lijst van desiderata. Een aantal van deze rechten wordt al sinds lang meer of minder expliciet erkend (zoals het verschoningsrecht), andere zijn evenwel nog discutabel of in ieder geval nog niet wettelijk verankerd (zoals het recht op rechtsbijstand). Daarnaast geldt dat deze rechten – voor zover zij worden erkend – veelal geen absolute gelding hebben en dat de aanspraak van de getuige op deze rechten in veel gevallen dient te worden afgewogen tegen het verdedigingsbelang. Dit neemt volgens Mols evenwel niet weg dat een aantal van deze rechten aan de getuige kan worden toegekend, zonder dat dit op voorhand bezwaarlijk hoeft te zijn voor de positie van de verdachte.[240] Dit geldt met name waar het rechten betreft die in wezen

238 Den Hartog 2001, p. 302-304.

239 Op zichzelf verklaart dit niet waarom Den Hartog dan wel plaats ziet voor het opnemen van het recht op privacy in een aparte titel voor de getuige. Het gaat haar evenwel niet zozeer om opneming van het recht op privacy in zijn algemeenheid, maar veeleer om voorzieningen die dit recht ten aanzien van de getuige verder uitwerken, bijvoorbeeld een bepaling naar voorbeeld van Duits recht die verbiedt de getuige zonder dringende noodzakelijkheid te vragen naar intieme of anderszins persoonlijke details. Zie Den Hartog 2001, p. 303.

240 Mols 1992, p. 77.

kunnen worden herleid tot de meer algemene grondvorm van het recht op fatsoenlijke bejegening van de getuige (zoals het recht op informatie en het recht op (tijdige) vergoeding van kosten) of het recht op een zorgvuldige behandeling van diens verklaring (zoals het recht op een fair verhoor en het recht op schriftelijke vastlegging).[241] Een aantal andere van de door Mols opgesomde rechten kan evenwel gemakkelijk in conflict komen met het belang van de waarheidsvinding of het verdedigingsbelang (zoals het recht op bescherming van de persoonlijke levenssfeer of tegen inbreuken op de vrijheid en de lichamelijke integriteit), hoewel dit sterker geldt bij de aanvullende rechten waarop getuigen in bijzondere omstandigheden aanspraak kunnen maken, nu deze er veelal toe strekken (aspecten van) de identiteit en/of het uiterlijk van de getuige voor de verdachte en de zittingsrechter verborgen te houden. Niettemin is afweging tussen de belangen van de getuige en de belangen van de verdediging ook wanneer geen sprake is van één van de bijzondere categorieën getuigen veelal noodzakelijk. Gezien deze reële mogelijkheid van botsing van de belangen van de getuige met die van de verdediging, wordt volgens Mols een versterking van de positie van de getuige met name problematisch wanneer dit ertoe leidt 'dat het contradictoire aspect binnen het proces van waarheidsvinding wordt aangetast'.[242] En dit kan in zijn ogen *in ultimo* belangrijke consequenties hebben: 'Naarmate het contradictoire karakter wordt gereduceerd neemt de kans op onjuiste beslissingen toe, en daalt het rechtsgehalte en daarmee de legitimiteit van het strafproces.'[243]

Hiermee legt Mols de vinger op de zere plek waar het de rechtspositie van de getuige betreft: men kan het er snel over eens geraken dat de getuige niet louter als een instrument van waarheidsvinding kan worden beschouwd en dat de getuige als zodanig aanspraak op erkenning van zijn rechtens te respecteren belangen kan maken. Deze erkenning van de rechten van de getuige mag evenwel niet zover gaan dat de verdedigingsrechten van de verdachte in het licht van het recht op een eerlijk proces als gevolg daarvan (al te zeer) in het gedrang komen. Zowel op het abstracte niveau van wetgeving als in de context van de concrete strafzaak dient in voorkomende gevallen voortdurend een afweging te worden gemaakt tussen de belangen van de getuige enerzijds en de belangen van de verdachte en van een contradictoir strafproces anderzijds. Deze belangenafweging is niet beperkt tot een weging van het verdedigingsbelang versus het getuigenbelang. Ook andere

241 Mols spreekt in het kader van dergelijke, de positie van de verdediging niet schadende rechten dan ook terecht van de 'kleine' rechtspositie van de getuige. Zie Mols 2003, p. 505. Zie in dit kader meer uitgebreid Van der Leij 2002.

242 Mols 1992, p. 77.

243 Mols 1992, p. 77. Dit neemt volgens Mols niet weg dat er, buiten het genoemde gevaar, nog volop ruimte is 'om zonder de fundamenten van het strafproces aan te tasten de rechtspositie van de getuige in theorie en praktijk aanmerkelijk te verbeteren' (Mols 1992, p. 78). Vgl. ook Mols 2003, p. 505 waar hij stelt dat met name de 'kleine' rechtspositie van de getuige verbetering behoeft.

belangen kunnen botsen met het belang van de getuige en dienen derhalve in deze afweging te worden betrokken. Hierbij kan in het bijzonder worden gewezen op het belang van waarheidsvinding, het belang van onmiddellijkheid en het belang van externe openbaarheid.[244] De verantwoordelijkheid voor deze belangenafweging ligt in laatste instantie bij de zittingsrechter, waarbij geldt dat de rechter de belangen van de getuige in voorkomende gevallen zwaarder kan laten wegen dan de rechten van de verdediging.[245]

Het feit dat de verantwoordelijkheid voor de rechtspositie van de getuige uiteindelijk bij de zittingsrechter ligt, neemt evenwel niet weg dat de rechtspositie van de getuige, alsmede de vraag hoe deze in concreto wordt uitgewerkt in relatie tot de positie van de verdachte, ook in belangrijke mate doorwerkt in en zijn schaduw vooruitwerpt naar de rechtsbetrekking tussen Openbaar Ministerie en (potentiële) getuige. Zo ligt de verantwoordelijkheid voor het welzijn van de getuige in eerste instantie bij het Openbaar Ministerie en zal het zich derhalve iets gelegen moeten laten liggen aan de belangen van de getuige. Dit komt duidelijk naar voren in gevallen waarin het Openbaar Ministerie het slachtoffer als getuige laat optreden, of wanneer een getuige wordt opgeroepen die als gevolg van zijn verklaringen ernstig gevaar voor zijn gezondheid loopt. In het eerste geval dient het Openbaar Ministerie ervoor te zorgen dat het slachtoffer niet (meer dan strikt nodig) wordt blootgesteld aan al te vergaande inbreuken op zijn privacy; in het tweede geval dient het Openbaar Ministerie te overwegen om juridische procedures te initiëren aan de hand waarvan de anonimiteit van de getuige kan worden gegarandeerd (bijvoorbeeld artikel 226a Sv) of maatregelen te treffen voor de feitelijke bescherming van de getuige (artikel 226l Sv). Bij deze bijzondere verantwoordelijkheid van het Openbaar Ministerie voor de rechten en belangen van de getuige doet in beginsel niet ter zake welke procesdeelnemer (rechter-commissaris, zittingsrechter, Openbaar Ministerie of verdediging) in eerste instantie heeft aangestuurd op het inbrengen van de betreffende getuige in de procedure. Op grond van de relationele rechtsopvatting, de taak van de strafrechtelijke handhaving van de rechtsorde en de daarmee samenhangende notie van magistratelijkheid is het Openbaar Ministerie te allen tijde gehouden zich mede de belangen van de getuige aan te trekken.[246]

244 Zie ook Kistemaker 2007, p. 164 die in dit kader ook nog een aantal andere belangen noemt.

245 Zie EHRM 26 maart 1996, *NJ* 1996, 741 m.nt. Kn (Doorson v. the Netherlands), § 70.

246 Deze bijzondere verantwoordelijkheid van het Openbaar Ministerie voor de belangen van de getuige komt ook duidelijk naar voren in de regeling van artikel 349 lid 3 Sv, op grond waarvan de rechtbank het Openbaar Ministerie niet-ontvankelijk dient te verklaren indien het Openbaar Ministerie, na daartoe door de rechter de opdracht te hebben gekregen, blijft weigeren om een getuige ter zitting op te roepen, die ingevolge een onherroepelijke rechterlijke beslissing geen bedreigde of afgeschermde getuige is, maar aan wie door het Openbaar Ministerie in een eerder stadium is toegezegd dat zijn identiteit verborgen zou blijven.

6.3.10 Operationalisering van de rechtspositie van de getuige

In het voorgaande is geschetst dat het thans *communis opinio* is dat de getuige niet meer louter kan worden beschouwd als een instrument voor de strafrechtspleging, maar daarnaast ook een eigen rechtspositie heeft. Deze stelling is vanuit principieel perspectief een belangrijke, maar zegt in deze algemene vorm nog wat weinig. Waar het uiteindelijk om gaat, is de vraag wanneer en onder welke voorwaarden de getuige deze rechtspositie ook daadwerkelijk kan doen laten gelden en wanneer en onder welke voorwaarden zijn rechten binnen de context van het strafproces voorrang krijgen boven de rechten van de verdediging of boven andere legitieme strafvorderlijke belangen. Deze vraag kan slechts worden beantwoord aan de hand van een zorgvuldige afweging van alle bij het strafproces betrokken belangen. Hoe deze belangenafweging in de praktijk van de strafrechtspleging uitpakt, kan niet in zijn algemeenheid worden beantwoord, daar het gewicht van de betrokken belangen in elke concrete strafzaak zal verschillen. Met dit uitgangspunt in het achterhoofd wordt in het navolgende deze belangenafweging verder uitgediept, nu de uitkomst van deze belangenafweging uiteindelijk bepalend is voor de vraag of en in hoeverre de in theorie breed geaccepteerde eigen rechtspositie van de getuige in de praktijk ook kan worden gerealiseerd. Met name het belang van een contradictoir strafproces en het bijbehorende recht van de verdediging getuigen te (doen) ondervragen weegt in dezen zwaar.

Volgens Den Hartog kan in zijn algemeenheid worden gesteld dat bij het vraagstuk van de getuige de volgende strafprocessuele belangen zijn gemoeid: 1) het onderzoeksbelang; 2) het verdedigingsbelang; 3) het belang van openbaarheid; 4) het belang van een snelle procedure; 5) het opsporingsbelang; en 6) het belang van de getuige.[247] Zoals in het voorgaande reeds naar voren kwam, is de wetgever deze belangen in de loop der jaren anders gaan wegen. Tot begin jaren tachtig stelde de wet niet of nauwelijks grenzen aan het recht van de verdachte om getuigen ter zitting te doen horen. Ingevolge de *de auditu*-jurisprudentie werd in de praktijk van deze mogelijkheid weliswaar niet op al te grote schaal gebruik gemaakt; aan deze praktijk lagen evenwel met name overwegingen van proceseconomie ten grondslag en niet zozeer de zorg voor de belangen van de getuige. In die periode stond in de strafprocessuele wetgeving derhalve (afgezet tegen het belang van de getuige) het onderzoeksbelang, het verdedigingsbelang en het belang van openbaarheid duidelijk voorop. Pas vanaf 1984 is de wetgever geleidelijk aan steeds meer beperkingen op het recht op ondervraging van getuigen gaan stellen: weigeringsgronden voor het oproepen van getuigen deden hun intrede en werden in de loop der jaren verder uitgebreid (artikel 264 en 288 Sv) en regelingen voor de bedreigde en afgeschermde getuige werden geïntroduceerd (artikel 226a e.v. en artikel

247 Den Hartog 2001, p. 275-279.

226m e.v. Sv). De ratio achter deze maatregelen leek in eerste instantie met name te zijn gelegen in het belang van een snelle procesvoering en het belang van waarheidsvinding, in een later stadium evenwel ook omdat de wetgever meer oog leek te krijgen voor de belangen van de getuige. Naast een beperking van het ondervragingsrecht ten faveure van de belangen van de getuige, het belang van een snelle procesvoering en het opsporingsbelang, brachten deze maatregelen ook een beperking op het belang van openbaarheid met zich.[248]

De mogelijkheden tot (verdere) emancipatie van de rechtspositie van de getuige kennen evenwel ook grenzen, welke met name in het EVRM zijn gelegen. De vraag naar de wijze waarop de rechtspositie van de getuige in de praktijk van de strafrechtspleging kan worden geëffectueerd, hangt immers ten nauwste samen met het recht van de verdachte op een eerlijk proces ex artikel 6 EVRM en de uitleg die hieraan in relatie tot het oproepen van getuigen en het gebruik tot bewijs van hun verklaringen wordt gegeven in de jurisprudentie van het EHRM. Deze bepaling garandeert de verdachte het recht om getuigen te (doen) ondervragen, welk recht volgens het EHRM dient te worden uitgelegd als de 'adequate and proper opportunity to challenge and question a witness against him, either at the time the witness was making his statement or at some later stage of the proceedings'.[249] Hoewel onmiddellijkheid het uitgangspunt is van het Hof, eist het Hof evenwel niet dat alle getuigen te allen tijde hun verklaringen ter terechtzitting afleggen:

> 'In principle, all the evidence must be produced in the presence of the accused at a public hearing with a view to adversarial argument (…). This does not mean, however, that in order to be used as evidence statements of witnesses should always be made at a public hearing in court: to use as evidence such statements obtained at the pre-trial stage is not in itself inconsistent with paragraphs 3 (d) and 1 of article 6 (art. 6-3-d, art. 6-1) provided the rights of the defence have been respected.'[250]

Het uitgangspunt van het Europees Hof is derhalve dat het bewijs in beginsel ter terechtzitting moet worden gepresenteerd en dat getuigen dus in beginsel (ook) ter zitting moeten worden gehoord. Dit betekent evenwel niet dat het gebruik van in het vooronderzoek afgelegde verklaringen voor het bewijs op voorhand in strijd zou zijn met het verdragsrecht. Het recht voor de verdachte om getuigen ter terechtzitting te kunnen ondervragen is ook in het licht van de jurisprudentie van het EHRM niet absoluut; onder omstandigheden zijn uitzonderingen toegelaten. Hierbij is onder meer van belang dat ook de getuige gelegitimeerd aanspraak kan maken op respectering van zijn (verdrags)rechten

248 Zie meer uitgebreid over deze ontwikkeling Den Hartog 2001, p. 279-282.
249 EHRM 20 november 1989, Series A 166, *NJ* 1990, 245 (Kostovski v. the Netherlands), § 41.
250 EHRM 20 november 1989, Series A 166, *NJ* 1990, 245 (Kostovski v. the Netherlands), § 41.

en belangen en dat diens rechten en belangen onder omstandigheden in de weg kunnen staan aan de onverkorte uitoefening door de verdediging van diens recht getuigen ter terechtzitting te kunnen ondervragen. Enerzijds gebeurt dit langs de weg van artikel 8 EVRM, op grond waarvan de getuige recht heeft op respectering van zijn privéleven. Anderzijds worden de rechten en belangen van de getuige ook beschermd door artikel 6 EVRM zelf. Onder een eerlijk proces moet in de visie van het Hof mede worden verstaan een proces dat zich iets gelegen laat liggen aan de rechten en belangen van getuigen.[251] Het is duidelijk dat het vraagstuk van de getuige aldus gemakkelijk tot een botsing van verdragsrechten kan leiden. Teneinde dit conflict op te lossen wordt ook in de jurisprudentie van het EHRM ruimte gelaten voor een afweging van de betrokken belangen. Hierbij spelen vele verschillende factoren een rol, waaronder de aard van de inbreuk op het ondervragingsrecht, de reden daarvan, het gewicht van de getuigenverklaring in het licht van het overige bewijsmateriaal en de vraag of er al dan niet gelegenheid is geweest om de getuige in een eerder stadium van het proces te ondervragen.[252] Wanneer deze belangenafweging uitvalt in het nadeel van het recht van de verdediging om getuigen ter zitting te ondervragen, geldt dat een dergelijke inbreuk op het ondervragingsrecht onder omstandigheden kan worden gecompenseerd.[253] In de regel zal de rechter evenwel moeten vrijspreken indien de verdediging geen of onvoldoende gelegenheid heeft gekregen om een getuige, wiens verklaring voor het bewijs gebruikt zou moeten worden, te ondervragen en de bewezenverklaring uitsluitend of in beslissende mate zou zijn gebaseerd op de verklaring van die getuige.[254] Daarnaast wordt in de literatuur en de rechtspraak aangenomen dat mede betekenis toekomt aan de vraag of en in hoeverre de verdediging zich in het kader van het oproepen van getuigen voldoende actief heeft opgesteld. Volgens De Wilde stranden klachten over schending van het ondervragingsrecht dan ook nogal eens bij het Hof op een onvoldoende actieve opstelling van de verdediging.[255]

Verloop vat het standpunt van het EHRM inzake het recht van de verdediging om getuigen te ondervragen, als volgt samen.[256] Bij de beantwoording van de vraag of de procedure nog aan de eisen van een eerlijk proces voldoet nadat het ondervragingsrecht van de verdediging op enigerlei wijze is beperkt, moet een drietal factoren worden meegewogen: 1) de invloed van de strafvorderlijke autoriteiten en de verdediging op de effectuering van het ondervragingsrecht, waarbij met name betekenis toekomt aan de vraag of de verdediging zich voldoende heeft ingespannen bij de effectuering van zijn rechten;

---

251 Vgl. EHRM 26 maart 1996, *NJ* 1996, 741 m.nt. Kn (Doorson v. the Netherlands), § 70.
252 Knigge 2000, p. 124.
253 Knigge 2000, p. 124.
254 Zie De Wilde 2008, p. 284 met verwijzing naar EHRM 27 februari 2001, *NJ* 2002, 101 m.nt. Sch (Lucà v. Italy), § 40.
255 De Wilde 2007, p. 1396.
256 Verloop 2008, p. 105-107.

2) de compensatie van inbreuken op het ondervragingsrecht (*counterbalancing procedures*),[257] hetgeen meebrengt dat de nationale justitiële autoriteiten zoveel mogelijk dienen te streven naar een situatie die in de buurt komt van een volwaardige verklaring ter openbare terechtzitting; 3) de mate waarin de getuigenverklaring rechtstreeks bevestiging vindt in andere (neutrale) bewijsmiddelen, waarbij als minimumnorm geldt dat het bewijs van het tenlastegelegde niet uitsluitend of in beslissende mate mag worden gegrond op verklaringen van getuigen die de verdediging in geen enkel stadium van het strafproces heeft kunnen ondervragen.[258]

Op deze plaats zal niet in detail worden uitgewerkt op welke wijze de verschillende gezichtspunten in de jurisprudentie precies tegen elkaar worden afgewogen en tot welke uitkomsten dit in zijn algemeenheid leidt.[259] Als gevolg van de betrokkenheid van de veelheid aan belangen en het gewicht dat bij de afweging toekomt aan de concrete omstandigheden van het geval, is de jurisprudentie van het EHRM op dit punt sterk casuïstisch. Hier volstaat de conclusie dat de rechtspositie van de getuige thans niet alleen op theoretisch niveau wordt erkend, maar ook in aanzienlijke mate binnen de praktijk van de strafrechtspleging kan worden geoperationaliseerd, mits daarbij de rechten van de verdediging (in voldoende mate) worden gerespecteerd. Dit respecteren van de rechten van de verdediging kan evenwel uitdrukkelijk ook het treffen van compenserende maatregelen inhouden, bijvoorbeeld het bieden van de gelegenheid tot het ondervragen van een getuige binnen de context van het vooronderzoek. In de Straatsburgse jurisprudentie is derhalve uitdrukkelijk erkend dat de belangen van getuigen dermate zwaarwegend kunnen zijn dat deze in de weg kunnen staan aan het in volle omvang kunnen uitoefenen van het recht van de verdediging om de getuige tijdens het onderzoek ter terechtzitting te kunnen horen. Zowel de verdachte als de getuige hebben rechtens te respecteren belangen welke in geval van conflict tegen elkaar kunnen worden afgewogen, waarbij het ene belang niet zonder meer zwaarwegender is dan het andere belang.

6.3.11 Bijzondere getuigen

In het voorgaande is uitgebreid stilgestaan bij de rechtsbetrekking tussen Openbaar Ministerie en de getuige in zijn algemeenheid. Naast de 'gewone' getuige zijn er ook enkele categorieën getuigen die om uiteenlopende redenen kunnen worden gekwalificeerd als 'bijzonder'. In dit kader dienen met name

257 Zie bijv. EHRM 2 juli 2002, *NJ* 2003, 671 (S.N. v. Sweden), § 47. Het gewicht van de betreffende verklaringen is in dit kader van compenserende maatregelen relevant (zie EHRM 14 februari 2002, *NJ* 2002, 378 m.nt. Sch (Visser v. the Netherlands), § 46).

258 Zie bijv. EHRM 27 februari 2001, *NJ* 2002, 101 m.nt. Sch (Lucà v. Italy), § 40.

259 Zie hiervoor onder meer Alink & Van Zeben 2006, p. 1-67; De Wilde 2007 en Verloop 2008.

te worden genoemd de bedreigde getuige (artikel 226a e.v. Sv), de afgeschermde getuige (artikel 226m e.v. Sv) en de getuige aan wie toezeggingen zijn gedaan (artikel 226g e.v. Sv), omdat dit de drie categorieën getuigen zijn die ook door de wetgever als bijzonder zijn aangemerkt in die zin dat voor deze categorieën getuigen een aparte, van de algemene regeling afwijkende regeling is getroffen. Gemeenschappelijk aan deze drie bijzondere categorieën getuigen is dat zij allen een bijzonder belang hebben bij het niet of niet zonder meer afleggen van een getuigenverklaring, welk belang ook door de wetgever als rechtens te respecteren wordt erkend. Teneinde zover te geraken dat een dergelijke getuige toch een verklaring kan of wil afleggen, heeft de wetgever ten aanzien van deze drie categorieën getuigen bijzondere voorzieningen getroffen die beogen tegemoet te komen aan de voor deze categorieën getuigen bijzonderlijk op het spel staande belangen. Kenmerkend voor deze voorzieningen is dat zij in zijn algemeenheid in meer of mindere mate afbreuk doen aan de rechten van de verdediging, hetgeen als gezegd gerechtvaardigd wordt vanuit de gedachte dat ook getuigen rechtens te respecteren belangen hebben welke (al dan niet in combinatie met andere strafvorderlijk relevante belangen) in het licht van de specifieke omstandigheden zwaarder behoren te wegen dan de onverkorte respectering van de belangen van de verdediging. Daarnaast speelt ten aanzien van de bijzondere categorieën getuigen het praktische gegeven een rol dat de getuigen die het betreft, in het algemeen zonder het bestaan van deze specifieke voorzieningen in zijn geheel niet als getuige zouden kunnen worden gehoord. Het besef van deze realiteit heeft de wetgever ertoe gebracht de haken en ogen die zowel vanuit theoretisch als praktisch perspectief zijn verbonden aan de wijze waarop de verklaringen van bedreigde getuigen, getuigen aan wie toezeggingen zijn gedaan of afgeschermde getuigen tot stand komen, voor lief te nemen en het gebruik van dergelijke verklaringen aan de nodige beperkende voorwaarden te binden.

Voordat nader wordt ingegaan op de bijzondere categorieën getuigen, dient voorop te worden gesteld dat met het creëren door de wetgever van bijzondere regelingen voor bepaalde categorieën getuigen wegens bijzonderlijk op het spel staande belangen uitdrukkelijk niet is gezegd dat belangen van getuigen anders dan de bijzonderlijk bedreigde belangen van de drie genoemde categorieën bijzondere getuigen, door de wetgever of de jurisprudentie niet als rechtens te respecteren zouden worden erkend. Zoals in het voorgaande reeds bleek, zijn er immers nog tal van andere belangen die in het geding kunnen komen door het optreden als getuige in strafzaken en die eveneens legitiem zijn of kunnen zijn. In het gevaar voor schending van deze belangen heeft de wetgever evenwel niet voldoende aanleiding gezien voor het creëren van dergelijke, vergaand afwijkende procedures zoals hij dat heeft gedaan in het geval van de bijzondere getuigen. Dit neemt niet weg dat onder omstandigheden schending van deze belangen op andere wijzen kan worden voorkomen of tot een aanvaardbaar niveau kan worden teruggebracht. Ook in de algemene

regeling met betrekking tot het oproepen en horen van getuigen kunnen immers aanknopingspunten worden gevonden om tot op zekere hoogte rekening te houden met de belangen van getuigen (vgl. bijvoorbeeld de weigeringsgronden van artikel 264 en artikel 288 Sv of de verschillende verschoningsrechten van de artikelen 217-219 Sv).

Dat doet de vraag rijzen welke belangen van de getuige de wetgever wel dermate zwaarwegend heeft geacht dat ter bescherming van die belangen specifieke wettelijke voorzieningen in het leven zijn geroepen. Ten aanzien van de bedreigde getuige is het bijzonderlijk op het spel staande belang het belang van de getuige om gevrijwaard te blijven van aanslagen door derden op de fysieke integriteit van hemzelf of zijn naasten of bedreigingen met dergelijke aantastingen, ofwel, meer algemeen, 'om geen substantieel nadeel te ondervinden van het afleggen van een verklaring'.[260] Aan dit belang wordt door artikel 226a e.v. Sv tegemoet gekomen door de identiteit van de getuige voor de verdediging, de zittingsrechter en het publiek geheim te houden en door de getuige niet te horen tijdens het openbare onderzoek ter terechtzitting, doch slechts door de rechter-commissaris tijdens het vooronderzoek. Ten aanzien van de afgeschermde getuige is het bijzonderlijk op het spel staande belang de staatsveiligheid. Aan dit belang komt artikel 226m e.v. Sv tegemoet door de identiteit van de getuige af te schermen, door de getuige niet in het openbaar ter terechtzitting te horen doch slechts door de rechter-commissaris tijdens het vooronderzoek en door de getuige zelf uiteindelijk te laten beslissen over de vraag of de staatsveiligheid al dan niet in de weg staat aan het voegen van zijn verklaringen in het dossier. Ten aanzien van de getuige aan wie toezeggingen zijn gedaan geldt als het bijzonderlijk op het spel staande belang het belang van de getuige om zichzelf niet strafrechtelijk te belasten al dan niet in combinatie met het belang om zoveel mogelijk gevrijwaard te blijven van represailles van derden naar aanleiding van zijn verklaringen. Aan dit belang wordt door artikel 226g e.v. Sv tegemoet gekomen door tegenover het afleggen van een verklaring door de getuige een beloning in het vooruitzicht te stellen in de vorm van strafvermindering ter zake van de feiten waarvan de getuige zelf wordt verdacht.

In dit laatste schuilt een markant verschil ten opzichte van de bedreigde getuige en de afgeschermde getuige: ten aanzien van hen wordt (zoveel mogelijk) voorkomen dat de getuige wordt geschonden in de voor hem bijzonderlijk op het spel staande belangen, terwijl ten aanzien van de getuige aan wie toezeggingen zijn gedaan geldt dat niet zozeer wordt voorkomen dat de getuige wordt geschonden in de voor hem bijzonderlijk op het spel staande belangen, maar veeleer dat de schending van deze belangen wordt gecompenseerd door daar een substantiële beloning tegenover te stellen. Een ander markant verschil is gelegen in het feit dat de bedreigde en de afgeschermde getuige – zodra ze deze status formeel hebben gekregen – ervan zijn verzekerd

260 Beijer 1997, p. 141.

dat zij niet alsnog zullen worden getroffen in de bijzonderlijk voor hun op het spel staande belangen: de eenmaal verleende status van bedreigde of afgeschermde getuige kan niet op een later moment worden doorbroken. De getuige aan wie toezeggingen zijn gedaan is evenwel allerminst verzekerd van zijn compensatie voor het feit dat hij als gevolg van zijn verklaringen wordt getroffen in zijn belangen, nu deze compensatie pas op een later moment zal worden geboden en de vraag of deze uiteindelijk zal worden geboden niet op voorhand met zekerheid positief kan worden beantwoord.[261] Een van de achtergronden van dit verschil is gelegen in het feit dat de getuige aan wie toezeggingen zijn gedaan zelf ook als verdachte wordt aangemerkt en als zodanig ook wordt vervolgd,[262] terwijl dit ten aanzien van de bedreigde getuige niet zonder meer en ten aanzien van de afgeschermde getuige per definitie niet het geval is.

De specifieke wettelijke voorzieningen voor de drie genoemde bijzondere categorieën getuigen leveren ook rechtsbetrekkingen op die bijzonder zijn ten opzichte van de 'gewone' rechtsbetrekking tussen Openbaar Ministerie en getuige, daar uit deze rechtsbetrekkingen voor de betrokken rechtssubjecten extra rechten en plichten voortvloeien die het karakter van de onderliggende rechtsbetrekking wezenlijk kunnen beïnvloeden. In vergelijking met hetgeen het geval is bij de gewone rechtsbetrekking met de getuige zijn deze rechten en plichten ook meer expliciet wettelijk verankerd en meer vastomlijnd. Met name de bijzondere plichten van de strafvorderlijke overheid jegens de getuige en de daarmee corresponderende rechten van de getuige zijn meer expliciet omschreven dan de algemene rechten waarop een getuige binnen de normale verhoudingen aanspraak kan maken. Door deze bijzondere rechten en plichten en de wijze waarop deze zijn verdeeld tussen de bij de rechtsbetrekking betrokken rechtssubjecten verandert de rechtsbetrekking van karakter.

In zijn algemeenheid kan worden gesteld dat in vergelijking met de 'gewone' rechtsbetrekking tussen Openbaar Ministerie en getuige de rechtsbetrekkingen waarbij bijzondere categorieën getuigen als rechtssubject zijn betrokken minder asymmetrisch zijn. Dit geldt zowel voor wat betreft de juridische als de feitelijke symmetrie van de rechtsbetrekking. Ten aanzien van elke bijzondere getuige geldt dat het in de basis een gewone getuige betreft, zij het dat de feitelijke omstandigheden zodanig zijn dat toepassing van de rechtsnormen die normaal gesproken ten aanzien van een dergelijke getuige zouden kunnen worden aangewend, niet mogelijk of niet wenselijk is (te denken valt aan situaties waarin gerechtvaardigd een beroep op een van de verschoningsrechten kan worden gedaan of de situatie waarin sprake is van ernstige en reële

261 Zie § 2.6.12.

262 Dit is slechts anders in de situatie waarin op grond van artikel 226k Sv in ruil voor het afleggen van een getuigenverklaring toezeggingen worden gedaan aan personen die reeds zijn veroordeeld.

bedreigingen aan het adres van de potentiële getuige). De onmogelijkheid voor het Openbaar Ministerie de situatie naar zijn hand te zetten door eenzijdig gebruik te maken van de bevoegdheden die hem ten dienste staan of de onwenselijkheid dit te doen, levert in concreto een verhouding tussen de potentiële getuige en het Openbaar Ministerie op die zich kenmerkt door een feitelijke asymmetrie ten gunste van de potentiële getuige, althans indien en voor zover kan worden gezegd dat het Openbaar Ministerie in meer of mindere mate afhankelijk is van de verklaringen van deze getuige. In een dergelijke situatie kan deze situatie van feitelijke asymmetrie ten gunste van de potentiële getuige worden omgebogen in de richting van een meer symmetrische situatie door gebruik te maken van een van de besproken bijzondere rechtsfiguren. Wel betaalt het Openbaar Ministerie hiervoor een zekere prijs, welke bestaat uit een juridisch meer symmetrische verhouding dan het geval was geweest onder normale omstandigheden. Feitelijke asymmetrie in het voordeel van de potentiële getuige wordt aldus door het Openbaar Ministerie afgekocht door een gedeelte van de juridische asymmetrie zoals die in zijn voordeel bestond, prijs te geven, met als gevolg het ontstaan van een rechtsbetrekking die per saldo en in vergelijking met de normale verhouding tussen Openbaar Ministerie en getuige zowel in juridisch als feitelijk opzicht meer symmetrisch is. Hierbij dient te worden bedacht dat het Openbaar Ministerie in ieder geval vanuit theoretisch oogpunt gaarne bereid zal zijn een dergelijke prijs te betalen, nu het in het alternatieve scenario waarin het niet bereid zou zijn deze prijs te betalen met lege handen zou achterblijven. Door de bijzondere omstandigheden zoals die zich in concreto voordoen, kan het Openbaar Ministerie immers geen gebruik maken van de bevoegdheden die hem in normale omstandigheden ten dienste zouden hebben gestaan om een verklaring van de getuige af te dwingen. Aldus blijkt een situatie die zich kenmerkt door feitelijke symmetrie in het voordeel van het ene rechtssubject en juridische symmetrie in het voordeel van het andere rechtssubject door de betrokken rechtssubjecten te kunnen worden omgebogen naar een in zowel juridisch als feitelijk perspectief meer symmetrische rechtsbetrekking.

Naast deze ontwikkeling naar meer symmetrische verhoudingen tussen de betrokken rechtssubjecten zijn rechtsbetrekkingen met bedreigde getuigen, getuigen aan wie toezeggingen zijn gedaan of afgeschermde getuigen in vergelijking met de rechtsbetrekking met de 'gewone' getuige in het algemeen in sterkere mate als wederkerig te kenschetsen. Dit laatste spreekt het meest duidelijk in geval van getuigen aan wie door het Openbaar Ministerie in ruil voor zijn verklaringen toezeggingen zijn gedaan, daar in dit geval zelfs sprake is van wederkerigheid als afspraak,[263] maar geldt in mindere mate ook voor rechtsbetrekkingen met bedreigde getuigen of afgeschermde getuigen. De situatie waarin de getuige vrijwel louter plichten heeft en nauwelijks aanspraak op prestaties zijdens het Openbaar Ministerie kan maken, wordt in gevallen

263 Zie § 5.3.3.1 en, uitgebreid, § 8.3.4.3.

waarin van een van de bijzondere constructies gebruik wordt gemaakt, doorbroken en vervangen door een rechtsbetrekking die wordt gekenmerkt door het bestaan van substantiële rechten en verplichtingen over en weer. Het Openbaar Ministerie heeft niet louter meer correlatieve verplichtingen jegens de getuige, maar daarnaast ook een aantal duidelijke zelfstandige verplichtingen die onderdeel van de kern van de onderlinge rechtsbetrekking uitmaken, terwijl de getuige op zijn beurt de nodige zelfstandige rechten aan de rechtsbetrekking kan ontlenen.

Het karakter van de rechtsbetrekking met de getuige die aanspraak kan maken op een van de bijzondere wettelijke voorzieningen is derhalve wezenlijk anders dan het karakter van de rechtsbetrekking met de normale getuige. De situatie van feitelijke asymmetrie zoals die zich in de praktijk van de strafrechtspleging kan voordoen wanneer het Openbaar Ministerie afhankelijk is van de verklaringen van een potentiële getuige maar deze gegeven de specifieke omstandigheden niet kan afdwingen, maakt dat de noodzaak kan ontstaan om de potentiële getuige ertoe te brengen om alsnog zijn medewerking te verlenen door hem de status te verlenen van bedreigde of afgeschermde getuige of door hem in ruil voor zijn verklaringen een aantal toezeggingen te doen. De prijs die het Openbaar Ministerie hiervoor betaalt, is het ontstaan van een minder asymmetrische en meer wederkerige rechtsbetrekking met de getuige.

6.3.12 Conclusie

Evenals de verdachte komt ook de getuige in een rechtsbetrekking te staan tot de strafvorderlijke overheid (waaronder in dit verband zowel de politie en het Openbaar Ministerie als de rechter-commissaris en de zittingsrechter moeten worden gerekend). De grondslag voor deze rechtsbetrekking is gelegen in de vermeende informatiepositie van de getuige. De kern van de rechtsbetrekking tussen strafvorderlijke overheid en getuige is dan ook gelegen in de verplichting van de getuige om naar waarheid een verklaring af te leggen. Daartegenover staat weliswaar een aantal rechten voor de getuige, maar veel van deze rechten staan in wezen in dienst van de verplichting om te getuigen en strekken er met name toe om deze verplichting zoveel als mogelijk van zijn scherpe kanten te ontdoen. De rechtsbetrekking tussen strafvorderlijke overheid en getuige dient dan ook te worden gekenschetst als een juridisch asymmetrische rechtsbetrekking, waarbinnen één van de betrokken rechtssubjecten, de overheid, aanmerkelijk machtiger is dan het andere betrokken rechtssubject en waarbinnen de rechten en plichten over en weer ongelijk zijn verdeeld over de betrokken rechtssubjecten. Ook zal in de praktijk doorgaans sprake zijn van een situatie van feitelijke asymmetrie.

Van de Griend wijst in dit kader op het feit dat er – ondanks de betrekkelijk ruime aanwezigheid van diverse mogelijkheden om niet of niet in het openbaar

te getuigen – voor de getuige zelf eigenlijk niet of nauwelijks middelen zijn om actief te voorkomen dat hij moet getuigen. De mogelijkheid voor de getuige om onderdak te vinden bij de regeling van de bedreigde getuige zal in veel gevallen geen soelaas bieden en ook voor het overige is hij steeds afhankelijk van de opstelling van Openbaar Ministerie, verdediging en rechter. De getuige heeft derhalve geen *eigen* actie om zijn belangen te behartigen, terwijl, zoals in het bovenstaande is gebleken, wel degelijk vele andere te respecteren belangen van de getuige denkbaar zijn, in het licht waarvan hij niet (zonder meer) bereid is als getuige te worden gehoord.[264] De rechtspositie van de getuige ligt aldus in belangrijke mate in handen van het Openbaar Ministerie en de rechter, hetgeen nog eens verder bijdraagt aan de juridische asymmetrie van de rechtsbetrekking.

Concluderend kan dan ook worden gesteld dat zich de laatste decennia weliswaar een duidelijke emancipatie van de positie van de getuige heeft voorgedaan, maar dat de rechtsbetrekking tussen strafvorderlijke overheid en getuige nog steeds sterk asymmetrisch is. Wel is ook hier – evenals het geval was bij de rechtsbetrekking tussen het Openbaar Ministerie en de verdachte – sprake van een correlatief asymmetrische rechtsbetrekking. Niet alleen heeft de getuige ingevolge de notie van correlativiteit aanspraak op rechtmatige bevoegdheidsuitoefening door de strafvorderlijke overheid, ook dienen zowel het Openbaar Ministerie (op grond van de notie van magistratelijkheid) als de rechter steeds rekening te houden met de rechten en de belangen van de getuige. Daarmee wordt ook de rechtsbetrekking met de getuige gekenmerkt door de notie van wederkerigheid als imperatief. Ten aanzien van de verschillende bijzondere categorieën getuigen is voorts geconcludeerd dat ten opzichte van de rechtsbetrekking met de gewone getuige de mate van symmetrie en de mate van wederkerigheid beduidend groter zijn als gevolg van het feit dat het Openbaar Ministerie een situatie van feitelijke asymmetrie in het voordeel van de getuige als het ware 'afkoopt' door in te leveren op de juridische asymmetrie. Per saldo levert dit een rechtsbetrekking op die zowel juridisch als feitelijk meer symmetrisch is dan de rechtsbetrekking met de gewone getuige. De bijzondere getuige kan binnen dit type rechtsbetrekking dan ook aanmerkelijk meer rechten doen gelden dan de gewone getuige dat kan.

264 Van de Griend pleit dan ook voor invoering van een wettelijke mogelijkheid voor de getuige om bezwaar aan te tekenen tegen zijn oproeping of dagvaarding, vergelijkbaar met de mogelijkheid voor de verdachte een bezwaarschrift in te dienen tegen de kennisgeving verdere vervolging of de dagvaarding (artikel 250 en 262 Sv). Zie Van de Griend 2002, p. 235-237.

6.4 SLOT

In dit hoofdstuk is een tweetal 'klassieke' strafrechtelijke rechtsbetrekkingen geschetst. In de eerste plaats die tussen het Openbaar Ministerie en een verdachte en in de tweede plaats die tussen de strafvorderlijke overheid en een getuige. Zowel de rechtsbetrekking met de verdachte als de rechtsbetrekking met de getuige zijn omschreven als correlatief asymmetrisch, waarbij is gebleken dat de notie van correlativiteit binnen de strafrechtelijke context goed uit de verf komt en wellicht zelfs wordt versterkt door de uit diens constitutionele en institutionele positie voortkomende eis dat het Openbaar Ministerie zich in zijn taakuitoefening steeds magistratelijk dient op te stellen. Dit geldt zowel ten opzichte van de verdachte als ten opzichte van de getuige. In zoverre worden beide strafrechtelijke rechtsbetrekkingen – hoewel de inhoud daarvan in vergaande mate eenzijdig door het Openbaar Ministerie kan worden vastgesteld – beheerst door de notie van wederkerigheid als imperatief. De schets van deze rechtsbetrekkingen in dit hoofdstuk was erop gericht de context te schetsen waarbinnen de strafrechtelijke overeenkomst wordt gesloten om vervolgens in het volgende deel van dit onderzoek te kunnen bezien wat de consequenties zijn van het sluiten van een strafrechtelijke overeenkomst voor de strafrechtelijke rechtsbetrekking.

Deel III

De overeenkomst en de rechtsbetrekking

7 De verhouding tussen privaatrecht en publiekrecht

7.1 INLEIDING

In het voorgaande hoofdstuk zijn de strafrechtelijke rechtsbetrekking tussen Openbaar Ministerie en de verdachte alsmede die tussen de strafvorderlijke overheid en de getuige in kwalitatieve zin bekeken. De vragen op welke wijze het sluiten van een strafrechtelijke overeenkomst invloed heeft op de strafrechtelijke rechtsbetrekking tussen Openbaar Ministerie en verdachte en/of getuige, in hoeverre het sluiten van een dergelijke overeenkomst te verenigen is met de uitgangspunten van de strafrechtelijke rechtsbetrekking en op welke wijze (het gebruik van) de strafrechtelijke overeenkomst dient te worden genormeerd, vormen de thema's van het volgende hoofdstuk. Voordat deze vragen kunnen worden beantwoord, dient nog één tussenstap te worden gemaakt, hetgeen in dit hoofdstuk zal geschieden. Deze tussenstap betreft de theoretische verhouding tussen privaatrecht en publiekrecht (waarbij deze laatste traditioneel wordt opgedeeld in de rechtsgebieden bestuursrecht en strafrecht[1]): in hoeverre verschillen het publiekrecht en privaatrecht van elkaar en op welke punten vertonen zij overeenkomsten? En, belangrijker nog, wat betekent dit vervolgens wanneer beide rechtsdomeinen binnen de context van een concreet voorliggende rechtsbetrekking met elkaar in aanraking komen?

De in dit hoofdstuk op te werpen vraag naar de onderlinge verhouding tussen privaat- en publiekrecht is allesbehalve nieuw. Niet alleen houdt deze kwestie, getuige de overdaad aan voorhanden literatuur ter zake, de gemoederen binnen de juridische wetenschap al meer dan honderd jaar bezig, ook komen beide werelden in de praktijk van de rechtspleging in toenemende mate met elkaar in aanraking. Dit geldt niet alleen in abstracto waar het gaat om het privaatrecht en het publiekrecht als onderscheiden rechtsgebieden, maar ook in concreto op het niveau van de individuele rechtsbetrekking. Steeds vaker rijst binnen de context van een en dezelfde rechtsbetrekking de vraag of deze nu als privaatrechtelijk dan wel als publiekrechtelijk moet worden gezien. Dergelijke kwesties kwamen al veelvuldig voor in de verhouding van het privaatrecht tot het bestuursrecht; inmiddels doet deze kwestie zich ook in toenemende mate voor binnen de verhouding tussen het strafrecht en het

1 Ook het staatsrecht wordt traditioneel tot het publiekrecht gerekend, maar zal gezien de aard van de aan de orde zijnde materie op deze plaats buiten beschouwing worden gelaten.

privaatrecht. De strafrechtelijke overeenkomst mag hierbij als het voorbeeld bij uitstek gelden. Het feit dat dit soort rechtsfiguren op het grensvlak van privaat- en publiekrecht zich in de praktijk van de rechtspleging blijken voor te doen, doet de gerechtvaardigde vraag rijzen of het privaatrecht enerzijds en het publiekrecht anderzijds nog wel zo haaks op elkaar staan als op het eerste gezicht het geval lijkt te zijn en zoals, in ieder geval in het verleden, veelal is beweerd. In het vijfde hoofdstuk waarin de belangrijkste kenmerken van de publiekrechtelijke en de privaatrechtelijke rechtsbetrekking reeds afzonderlijk zijn besproken, zijn de beweerde principiële verschillen tussen beide typen rechtsbetrekkingen al enigszins genuanceerd. In dit hoofdstuk zal deze problematiek nogmaals worden benaderd, maar dan bezien vanuit het scenario waarin beide typen rechtsbetrekkingen daadwerkelijk met elkaar in aanraking komen. Een dergelijk perspectief dwingt veeleer tot het zoeken naar hetgeen beide typen rechtsbetrekkingen gemeenschappelijk hebben in plaats van te accentueren op welke punten zij van elkaar verschillen.

Hoewel het strafrecht en het privaatrecht in toenemende mate met elkaar in aanraking komen, is de vraag naar de verhouding met het privaatrecht veel eerder relevant geworden voor het bestuursrecht. Het bestuursrecht is in vergelijking met het privaatrecht en het strafrecht een relatief nieuw rechtsgebied dat zich als het ware vanaf het einde van de negentiende eeuw heeft moeten ontworstelen aan de overheersing van het privaatrecht. De ontwikkeling van het bestuursrecht als zelfstandig rechtsgebied is aldus onverbrekelijk verbonden met de discussie over de vraag hoe dit rechtsgebied zich tot het privaatrecht verhoudt. De centrale vraag hoe het publiekrecht en het privaatrecht zich tot elkaar verhouden wordt in dit hoofdstuk derhalve goeddeels beantwoord aan de hand van een schets van de historische ontwikkeling van de verhouding van het bestuursrecht tot het privaatrecht (§ 7.2). Deze schets wordt vervolgens nader ingekleurd aan de hand van de publiekrechtelijke overeenkomst (§ 7.3). Tot slot wordt de vraag bekeken wat het voorgaande dient te betekenen voor de verhouding van het strafrecht tot het privaatrecht (§ 7.4).

7.2 De verhouding tussen privaatrecht en publiekrecht

7.2.1 Inleiding

In het volgende hoofdstuk zal worden betoogd dat op beginselenniveau het strafrecht en het privaatrechtelijk contractenrecht, zeker in een wat ouderwetse opvatting van deze beide rechtsgebieden, in een aantal opzichten lijnrecht tegenover elkaar staan, maar dat in hun uitwerking deze rechtsgebieden – hoe verschillend ook – op een aantal punten al significant naar elkaar zijn

toegegroeid.[2] Dit is in de eerste plaats een constatering die kan worden onderbouwd aan de hand van een aantal brede ontwikkelingen die zich in de afgelopen honderd jaar hebben voorgedaan binnen het privaatrecht en het strafrecht en waarvan een aantal in de voorgaande hoofdstukken reeds de revue is gepasseerd (zoals de vermaatschappelijking van het privaatrecht en de opkomst van ongeschreven rechtsbeginselen van behoorlijkheid binnen het strafrecht).[3] Bij dergelijke brede ontwikkelingen lijkt niet direct sprake te zijn van directe, intentionele wederzijdse beïnvloeding tussen de klassieke rechtsdomeinen door over en weer bepaalde rechtsfiguren en leerstukken uit te wisselen, doch veeleer van een gelijktijdige beïnvloeding van de onderscheiden rechtsgebieden door bepaalde maatschappelijke ontwikkelingen, veranderende mensbeelden en (rechts)filosofische inzichten.[4] Per saldo kan een dergelijke gelijktijdige beïnvloeding er evenwel toe leiden dat de onderscheiden rechtsgebieden zich langs vergelijkbare lijnen ontwikkelen en daardoor in bepaald opzicht naar elkaar toe groeien.

Ook op een meer concreet niveau kan eenvoudig worden geconstateerd dat privaatrecht en publiekrecht in toenemende mate met elkaar in aanraking komen en zich door elkaar laten inspireren. Voor wat betreft het strafrecht kan bijvoorbeeld worden gewezen op de introductie van de mogelijkheid voor het slachtoffer zich binnen het strafproces als benadeelde partij te voegen of het in dit onderzoek centraal staande toenemende gebruik van strafrechtelijke overeenkomsten, terwijl voor het privaatrecht kan worden gedacht aan de ontwikkeling richting het gebruik van *punitive damages* teneinde ook het privaatrecht te kunnen inzetten voor leedtoevoegende reacties op onrechtmatig gedrag.[5] En ook binnen het publiekrecht zelf vindt een toenemende convergentie plaats tussen de deelgebieden daarvan, het bestuursrecht en het strafrecht.[6] Van strikt gescheiden rechtsgebieden die elk afzonderlijk en op hun eigen wijze aparte onderdelen van het maatschappelijk leven ordenen zonder daarbij met elkaar in aanraking te komen, is derhalve – zo daarvan ooit al sprake is geweest[7] – al lang geen sprake meer. De meeste maatschappelijke terreinen en verhoudingen kunnen zowel door het privaatrecht als het publiekrecht worden bestreken, terwijl beide rechtsdomeinen elkaar daarbij zowel kunnen beconcurreren als aanvullen en beïnvloeden. Deze toenemende wederzijdse beïnvloeding van privaatrecht en publiekrecht is inmiddels een bekend

2 Zie § 8.3.3.
3 Zie § 5.4.2 en § 5.4.4.
4 Zie in vergelijkbare zin Cleiren 1995, p. 80.
5 Zie over *punitive damages* onder meer Stolker 1995.
6 Zie onder meer De Doelder & Rogier 1994 en Hartmann & Van Russen Groen 1998.
7 Zie in dit verband Ahsmann 1995 die betoogt dat strafrecht en privaatrecht in ieder geval door gemeenschappelijke wortels worden gekenmerkt.

en onweerlegbaar gegeven, dat ook al veel pennen in beweging heeft gebracht.[8] Een benadering van het strafrecht, het bestuursrecht en het privaatrecht als strikt geïsoleerde rechtsdomeinen die los van elkaar (zouden kunnen) functioneren, is dan ook als volstrekt achterhaald te beschouwen.

Dat sprake is van toenemende convergentie tussen de verschillende rechtsgebieden lijkt derhalve moeilijk te ontkennen. Dit doet de belangwekkende vraag rijzen op welke wijze deze constatering van een toenemende convergentie van het publiek- en het privaatrecht theoretisch kan worden geduid en wat deze ontwikkeling betekent voor het op een concreet voorliggende rechtsbetrekking toepasselijke normatieve kader. Deze vraag is binnen het kader van dit onderzoek vanzelfsprekend met name interessant met het oog op de normering van rechtsbetrekkingen die op het eerste gezicht zowel een privaat- als een publiekrechtelijk karakter hebben, zoals de strafrechtelijke overeenkomst tussen Openbaar Ministerie en verdachte c.q. getuige. De voor de hand liggende hypothese daarbij is dat dergelijke door het privaatrecht geïnspireerde rechtsbetrekkingen zich eenvoudiger binnen de bestaande strafrechtelijke rechtsbetrekking laten inpassen wanneer de klassiek-strafrechtelijke en de klassiek-privaatrechtelijke rechtsbetrekking minder verschillend zijn (geworden) dan het zich op het eerste gezicht laat aanzien. Wellicht kennen de privaatrechtelijke en de strafrechtelijke rechtsbetrekking niet alleen historisch gezien gemeenschappelijke wortels,[9] maar delen zij ook rechtstheoretisch gezien een gemeenschappelijk fundament. Deze vraag noopt tot nadere beschouwing van de verhouding tussen publiek- en privaatrecht.

In de loop der jaren is al veelvuldig gediscussieerd over de vraag hoe het privaatrecht en het publiekrecht zich tot elkaar verhouden, welke discussie naarmate beide rechtsgebieden in de praktijk van de rechtspleging meer met elkaar in aanraking kwamen, steeds meer aan praktisch belang won. Niet toevallig is deze discussie met name gevoerd naar aanleiding van en in het licht van beschouwingen rond de publiekrechtelijke overeenkomst.[10] In deze discussie – waaruit twee dominante visies kunnen worden gedestilleerd: de

8 Zie voor de verhouding tussen privaat- en bestuursrecht onder meer Scheltema & Scheltema 2008 en voor de minder vaak besproken verhouding tussen privaat- en strafrecht de verschillende bijdragen in Hol & Stolker 1995. Interessant in het kader van de verhouding tussen het materiële strafrecht en het privaatrecht zijn Demeersseman 1985 en Wemes 1995. Deze laatste is zelfs van mening dat inmiddels sprake is van een 'ongegeneerd lonken naar het civiele recht' wanneer het gaat om de noodzaak tot het oplossen van problemen waarvoor het strafrecht zelf (nog) geen oplossing heeft (zie Wemes 1995, p. 78). Zie voorts voor convergerende tendensen in het procesrecht van de verschillende rechtsdomeinen De Groot-van Leeuwen e.a. 2009.

9 Zie Ahsmann 1995.

10 Vgl. onder meer Van Praag 1923, Wiarda 1939 en Ackermans-Wijn 1989.

gemene rechtsleer en de methode van de aard van de rechtsverhouding[11] – kan een ontwikkeling worden waargenomen die in essentie kan worden omschreven als een emancipatie van het publiekrecht ten opzichte van het privaatrecht. Voorheen zag men het privaatrecht en het publiekrecht als twee strikt gescheiden werelden, waarbij het primaat duidelijk was gelegen bij het privaatrecht. Vandaag de dag wordt het onderscheid tussen privaatrecht en publiekrecht niet langer als die van een principiële tegenstelling gezien. Tegenwoordig is volgens Ackermans-Wijn veeleer sprake van 'twee verschillende, naast elkaar staande rechtsgebieden, compartimenten met een eigen begrippenapparaat en eigen geschreven en ongeschreven regels en normen, die elkaar over en weer beïnvloeden, verfijnen en nuanceren'.[12] In het onderstaande wordt de hier in een notendop weergegeven ontwikkeling nader bekeken, waarbij is gekozen voor een goeddeels chronologische benadering aan de hand van het werk van een aantal auteurs die een belangrijke bijdrage aan dit veelbesproken en langlopende debat hebben geleverd.[13] De meer praktische implicaties van deze discussie komen in § 7.3 naar voren bij de bespreking van de publiekrechtelijke overeenkomst.

Vooraf dient een drietal opmerkingen te worden gemaakt. Ten eerste zij er op gewezen dat de onderhavige discussie veelal wordt gevoerd in algemene termen van de verhouding tussen privaatrecht en publiekrecht, maar dat deze discussie zich materieel gezien toespitst op de verhouding tussen privaatrecht en bestuursrecht. In het onderstaande wordt in navolging van de literatuur bij dit terminologiegebruik aangesloten en wordt derhalve veelal in algemene termen van de verhouding tussen privaatrecht en publiekrecht gesproken. Wat een en ander meer specifiek betekent voor de voor de strafrechtelijke overeenkomst zo belangrijke verhouding tussen privaatrecht en strafrecht wordt in § 7.4 bezien.

Voorts dient te worden bedacht dat de in het onderstaande te bespreken ontwikkeling in het denken over de verhouding tussen privaatrecht en publiekrecht niet los kan worden gezien van de ontwikkeling die beide rechtsgebieden elk afzonderlijk van elkaar hebben doorgemaakt, niet alleen ten aanzien van het materiële recht en de plaats van ongeschreven rechtsnormen daarbinnen, maar ook voor wat betreft aspecten als het al dan niet aanwezig zijn van een codificatie of een algemene regeling, de wijze waarop de rechtspleging is georganiseerd, etc. In het bijzonder dient voor ogen te worden gehouden dat

---

11 In de literatuur is deze visie bekend komen te staan als de methode van 'de aard van de rechtsverhouding'. In dit verband wordt met het begrip rechtsverhouding in beginsel niets anders bedoeld dan met het in dit onderzoek gehanteerde begrip rechtsbetrekking. In het navolgende wordt evenwel waar het voornoemde methode betreft aangesloten bij het in de literatuur gangbare begrip aard van de rechtsverhouding (in plaats van aard van de rechtsbetrekking), opdat duidelijk is dat daarmee deze specifieke methode wordt bedoeld.

12 Ackermans-Wijn 1989, p. 36.

13 Zie voor een samenvatting van genoemde ontwikkeling onder meer Lubach 1986, p. 11-16; Hartmann & Van Russen Groen 1998, p. 12-22 en Verheij 1999, p. 54-58.

met name het bestuursrecht zich in de afgelopen eeuw sterk heeft ontwikkeld. Waar het bestuursrecht in het begin van de twintigste eeuw nog werd beschouwd als weinig meer dan een soort fragmentarisch geregeld uitzonderingsrecht op het privaatrecht, heeft het zich in de loop van de twintigste eeuw ontwikkeld tot een zelfstandig rechtsgebied met een eigen algemene regeling en een eigen rechtspleging.[14] Het privaatrecht daarentegen is van oudsher reeds sterk ontwikkeld, zowel wat betreft dogmatiek, codificatie als wijze van rechtspleging.[15] Niettemin heeft ook de ontwikkeling van het privaatrecht de voorbije eeuw niet stilgestaan, waarbij in het bijzonder dient te worden gewezen op de totstandkoming van een geheel nieuw Burgerlijk Wetboek in 1992.[16] Aan deze belangrijke ontwikkelingen binnen het privaatrecht en het bestuursrecht afzonderlijk kan binnen het onderhavige bestek niet volledig recht worden gedaan; het behoeft evenwel weinig betoog dat zij mede van betekenis zijn geweest voor de ontwikkeling in het denken over de verhouding tussen deze beide rechtsgebieden. De navolgende bespreking van bedoelde verhouding dient derhalve voortdurend te worden bezien tegen de achtergrond van de op dat moment actuele stand van zaken binnen het privaat- en het bestuursrecht afzonderlijk.

Ten derde en in samenhang met het voorgaande moet worden gewezen op het feit dat de discussie over de verhouding tussen het privaat- en het publiekrecht zowel een formeel als een materieel aspect kent.[17] Het formele aspect richt zich op de vraag aan welke rechter een bepaald geschil tussen de overheid en de burger dient te worden voorgelegd. Deze vraag was in het bijzonder relevant in de periode tussen 1887, in welk jaar administratieve rechtspraak grondwettelijk mogelijk werd gemaakt, en 1976, in welk jaar administratieve rechtspraak pas algemeen werd ingevoerd.[18] In de tussenliggende periode lag voortdurend de keuze voor of een bepaald geschil 'gewoon' onder de rechtsmacht van de civiele rechter viel of dat deze, bij wijze van uitzondering, bij de administratieve rechter diende te worden neergelegd. Maar ook in de periode daarna is dit formele aspect een rol blijven spelen, omdat nog steeds in concrete gevallen onduidelijkheid kan bestaan over de vraag of de beoordeling van een bepaalde rechtsbetrekking tot de competentie van de burgerlijke rechter of tot die van de bestuursrechter behoort. Het materiële

14 Zie uitgebreid over deze ontwikkeling, naast vele anderen, Van der Hoeven 1989. In zijn bijdrage aan het themanummer van Ars Aequi 'Osmose tussen publiek- en privaatrecht' beschrijft Van der Hoeven beeldend dat het bestuursrecht evenals het strafrecht ook op universiteiten en in de rechtspraktijk lange tijd in de schaduw van het privaatrecht heeft gestaan. Zie Van der Hoeven 1987, p. 277-278.

15 Zie Droogleever Fortuijn 1979, p. 40.

16 In 1992 trad het vermogensrechtelijk deel van het Nieuw Burgerlijk Wetboek in werking. Voor die tijd waren het nieuwe personen- en familierecht en het rechtspersonenrecht reeds ingevoerd.

17 Zie onder meer Scheltema 1927, p. 243; Lubach 1982, p. 98-99 en Ackermans-Wijn 1989, p. 37.

18 Ackermans-Wijn 1989, p. 37.

aspect van de discussie richt zich op de vraag welk normatief kader – het privaatrecht, het publiekrecht of mogelijk beide – op een bepaalde rechtsbetrekking tussen overheid en burger van toepassing is. Hoewel het formele en het materiële aspect van deze discussie onmiskenbaar met elkaar in verband staan,[19] wordt met het oog op de in dit onderzoek voorliggende vragen in het onderstaande slechts op dit laatste aspect expliciet ingegaan.[20] De discussie over dit materiële aspect spitst zich in de literatuur en in het onderstaande telkens toe op een aantal terugkerende vraagpunten. Ten eerste, zijn privaatrecht en publiekrecht daadwerkelijk twee verschillende rechtsdomeinen en, zo ja, in hoeverre verschillen zij van elkaar? Ten tweede en deels hiermee samenhangend, op welke wijze verhouden privaatrecht en publiekrecht zich tot elkaar? Hierbij komt het met name aan op de vraag of al dan niet sprake is van een zekere hiërarchie of suprematie binnen deze verhouding. En tot slot en meer concreet: welke regels uit welk rechtsdomein zijn van toepassing wanneer overheid en burger in concreto tot elkaar in rechtsbetrekking komen te staan?

7.2.2 Het schudden van de kaarten: Loeff, Hamaker en Van Praag

In zijn dissertatie uit 1887 stelt Loeff dat privaatrecht en publiekrecht twee wezenlijk verschillende rechtsgebieden zijn: het privaatrecht regelt de op gelijkheid gebaseerde verhoudingen tussen burgers onderling, het publiekrecht regelt de op ondergeschiktheid gebaseerde verhouding tussen overheid en burger. Loeff voert dit onderscheid strikt door: elke rechtsregel die een betrek-

19 Zo kan een duidelijk verband worden ontwaard tussen enerzijds het formele aspect van de rechtsmachtverdeling en anderzijds de in het onderstaande te bespreken gemene rechtsleer die lange tijd de materiële kant van de discussie heeft beheerst. Vgl. Scheltema 1927, p. 262-263, alsmede Ackermans-Wijn 1989, p. 43: 'Aangezien Nederland tot 1976 geen algemene administratieve rechtspraak kende, was de kwalificatie van rechtsverhoudingen als privaatrechtelijk uit het oogpunt van rechtsbescherming aantrekkelijk.'; Van der Hoeven 1989, p. 158: 'De omstandigheid, dat de burgerlijke rechtspraak welhaast genoodzaakt was ook – grote en juridisch belangrijke – delen van de bestuursrechtspraak aan zich te trekken, bood tevens een vruchtbare voedingsbodem voor de theorie dat het bestuursrecht tegenover het privaatrecht als uitzonderingsrecht moet worden opgevat.'; en Teunissen 2000, p. 78: 'Dat de gemene rechtsleer zich kon vestigen en zich vervolgens hardnekkig kon handhaven, vindt zijn belangrijkste oorzaak in het ontbreken van algemene administratieve rechtspraak hier te lande. Rechtsbescherming tegen de overheid moest in Nederland derhalve worden geboden door de gewone rechter, die echter ook bij de beoordeling van bestuurshandelingen sterk redeneerde vanuit een privaatrechtelijk begrippen apparaat (het 'burgerlijk rechtsoog'; Thorbecke).'

20 Zie uitgebreider over het formele aspect van de discussie, naast vele anderen, Ackermans-Wijn 1989, p. 37-39 en de aldaar genoemde literatuur. Tak wijst erop dat de waarde van de discussie over de precieze grens tussen privaatrecht en publiekrecht voor wat betreft het formele aspect zeer betrekkelijk is, nu de vraag naar de competentieverdeling met behulp van andere criteria blijkt te worden beantwoord (zie Tak 1987, p. 290).

king regelt tussen overheid en burger is per definitie publiekrechtelijk, elke rechtsregel die een betrekking tussen burgers onderling regelt, is zonder meer privaatrechtelijk.[21] Op grond van de leer van de staatssoevereiniteit gaat Loeff er vervolgens vanuit dat de overheid altijd publiekrechtelijk handelt, zelfs wanneer het rechtshandelingen betreft die normaal gesproken onder het privaatrecht zouden vallen indien zij zich in de verhouding tussen burgers onderling zouden hebben voorgedaan (zoals vermogensrechtelijke handelingen).[22] Anders gezegd, de aard van de overheid laat eenvoudigweg niet toe dat de overheid privaatrechtelijk zou kunnen handelen:

> 'De Staat is een persoon van een hoogere orde, dan de door hem als subjecten van privaatrecht aangewezen natuurlijke en rechtspersonen. Hij kan zich niet met deze laatste op eene lijn stellen zonder van zijn karakter als heerscher ten eenenmale afstand te doen. Hij is de met imperium bekleede heer, maar door zich nu te onderwerpen aan het privaatrecht, wordt hij van beheerscher beheerschte. Hij komt aldus in een verhouding tot zich zelf te staan, die de scherpste contradictie vormt, ter wereld denkbaar. Hij wordt zijn eigen meester en tevens zijn eigen dienaar. Hij wordt de heer van zich zelven als privaatpersoon, – en de onderdaan van zich zelven als Staat.'[23]

Loeff bedoelt hiermee geenszins te zeggen dat de Staat geen vermogensrechtelijke handelingen zou kunnen verrichten 'zonder zijn karakter geweld aan te doen', maar wel dat deze niet kunnen worden gezien als uitoefening van privaatrecht door de overheid en dat deze derhalve ook niet door de normen van het privaatrecht worden beheerst.[24] Aldus gaat Loeff uit van een duidelijk digitale benadering van het onderscheid tussen privaat- en publiekrecht, waarbij het onderscheidende criterium is gelegen in de vraag of de overheid als rechtssubject bij de rechtsbetrekking is betrokken. Indien dat het geval is, is de rechtsbetrekking per definitie publiekrechtelijk zonder dat dan nog naar de herkomst van de toepasselijke regels of de aard of inhoud van de voorliggende rechtsbetrekking hoeft te worden gekeken. Wel lijkt in de visie van Loeff de verhouding tussen beide rechtsgebieden er een van gelijken te zijn; geen van beide rechtsgebieden kan aanspraak maken op het primaat: 'Het privaatrecht leeft evenmin bij de gratie van het publiekrecht als het publiekrecht bij

21 Loeff 1887, p. 33-34.
22 Vgl. ook Loeff 1887, p. 45. Zie voorts Ackermans-Wijn 1989, p. 40.
23 Loeff 1887, p. 52-53. Nog beeldender drukt Loeff het uit in de slotwoorden van zijn betoog (p. 61): 'Want zonder het nuchtere verstand geweld aan te doen, zal men, dunkt mij, er toch nooit in kunnen slagen den Staat tot een andere persoonlijkheid te herscheppen, naarmate hij den heerschersstaf zwaait, of met den geldbuidel rammelt: zoowel het een als het ander doet hij in naam van hetzelfde algemeen belang, als Staat. Men maakt zodoende den Staat tot een cameleon, maar tot een cameleon van een zeer bizonder slag: een wonderdier, dat niet elk oogenblik van kleur, maar van natuur wisselt.'
24 Loeff 1887, p. 53-54.

de gratie van het privaatrecht; beide leven integendeel bij de gratie van denzelfden Staat'.[25]

De opvattingen van Loeff, met name zijn opvatting dat de overheid altijd en per definitie publiekrechtelijk handelt, hebben – getuige de vele felle reacties op zijn betoog – binnen de literatuur als een lont in een kruitvat gefunctioneerd.[26] Het betoog van Loeff kan daarmee volgens Ackermans-Wijn in zekere zin worden beschouwd als het startpunt van de discussie over de verhouding tussen privaat- en publiekrecht. Al snel leefde volgens haar breed de opvatting dat de overheid wel degelijk privaatrechtelijk kan handelen, ook wanneer dit gebeurt in het kader van de bestuurlijke taakuitoefening van de overheid.[27] Hoewel ook in die tijd de gedachte al kon worden beluisterd dat privaat- en publiekrecht niet wezenlijk van elkaar verschillen,[28] was van een gelijkschakeling van of een osmose tussen het privaat- en het publiekrecht evenwel nog lang geen sprake. De verschillen tussen beide rechtsgebieden stonden nog altijd voorop, maar in toenemende mate werd daarbij een zelfstandige plaats aan het publiekrecht toebedeeld.[29] Hamaker vatte in 1894 in een, naar later bleek zeer invloedrijke, bijdrage voor de KNAW onder de veelzeggende titel 'De tegenstelling van publiek- en privaatrecht' de stand van de discussie eind negentiende eeuw als volgt samen:

> 'Zoo zien we dus tegelijkertijd het publiekrecht optreden met het fiere bewustzijn van iets zelfstandigs te wezen, iets dat in aard en karakter van het privaatrecht te eenenmale verschilt, en door de mannen van het privaatrecht daarom liefst niet moet worden aangeraakt; en, waarschijnlijk ten gevolge van den, den mensch aangeboren, geest van oppositie, eene tot nog toe nooit vertoonde loochening van alle karakteristiek verschil tusschen publiek- en privaatrecht.'[30]

---

25 Loeff 1887, p. 39. Hij is ook van mening dat het privaatrecht evenals het publiekrecht het algemeen belang dient. Naar zijn doel bezien onderscheiden het privaatrecht en het publiekrecht zich volgens Loeff dan ook niet van elkaar. Zie Loeff 1887, p. 18.

26 Loeff was zich er overigens van bewust dat hij een standpunt innam dat op veel kritiek zou stuiten. Zijn benadering is ingegeven door principiële opvattingen over aard en wezen van publiek- en privaatrecht, welke ook volgens hemzelf ver afstaan van de praktijk waarin de overheid wel degelijk privaatrechtelijke rechtsbetrekkingen met burgers aangaat. Zie Loeff 1887, p. 50.

27 Zie Ackermans-Wijn 1989, p. 40.

28 Zo meende Van Idsinga dat alle recht één van karakter is en dat weliswaar onderscheid dient te worden gemaakt tussen de private en de publieke zaak, maar dat het recht dat beide beheerst, één geheel vormt waarvan de delen zozeer met elkaar zijn verweven dat het niet mogelijk is deze van elkaar te scheiden. Zie Hamaker 1894, p. 136 met verwijzing naar Van Idsinga 1893.

29 Volgens Hamaker was het publiekrecht zijn zelfstandige karakter en zijn 'hooge betekenis' tegenover het privaatrecht nog nooit zo bewust geweest als toen, in de tweede helft van de negentiende eeuw. Zie Hamaker 1894, p. 135.

30 Hamaker 1894, p. 136.

In deze bijdrage gaf Hamaker vervolgens een nieuwe impuls aan de discussie door te betogen dat het privaatrecht en het publiekrecht wel degelijk wezenlijk van elkaar verschillen, zozeer zelfs dat in wezen sprake is van twee verschillende 'dingen': het privaatrecht als 'recht' en het publiekrecht – dat daarom eigenlijk ook niet zo mocht worden genoemd – als een ander 'ding'.[31] Het privaatrecht werd door hem beschouwd als 'het oude traditioneele recht', dat burgers onderling verbindt en zodoende het cement en de grondslag van de samenleving vormt. Het publiekrecht was in de ogen van Hamaker daarentegen het nieuwe 'recht', dat bestemd is om de taak van de overheid te beschrijven en haar de middelen te verschaffen die zij bij de vervulling van deze taak nodig heeft. Hamaker spreekt zelfs van een verhouding als die van 'tusschen water en vuur', nu het publiekrecht juist door het verlenen van bevoegdheden en middelen aan de overheid bij machte is inbreuken te maken op het privaatrecht en de door dat recht beschermde rechtsgoederen: 'het leven, de vrijheid, den eigendom en de beurs der ingezetenen'.[32] Vervolgens lijkt Hamaker in zijn opvattingen ook uit te gaan van een zekere morele suprematie van het privaatrecht over het publiekrecht.

> 'Wat we noemen het privaatrecht, maar eigenlijk gewoon recht moesten heeten, is in werkelijkheid niets anders dan de inhoud van het rechtsbewustzijn. Het is het geheel van al die in stilte wordende, door niemand bedachte, gedragsregelen, van wier bestaan de menschheid te allen tijde het gevoel en het besef gehad heeft, al heeft zij ze vroeger en later op verschillende wijzen verklaard en gewaardeerd. Het is dat recht, waarvan we erkennen moeten, dat het boven de macht van de overheid, zelfs van den schijnbaar in zaken des rechts almachtigen wetgever verheven is; dat recht, dat de wetgever beschrijven, welks werking hij door middel van de rechtspraak steunen, maar waaraan hij niets ontnemen of toevoegen kan. Wat we noemen publiekrecht, daarentegen, is het overheidsbevel in den vorm der wet. Het is datgene, waaraan we denken, wanneer we beweren, dat de wetgever het recht maakt, dat hij het, ten meesten nutte der maatschappij, inricht naar zijn goedvinden. Van het publiekrecht, maar ook alleen daarvan, kunnen we zeggen dat het te vinden is in de wet en dat er buiten deze geen recht is.'[33]

Hiermee bedoelt Hamaker evenwel niet te zeggen dat het publiekrecht zonder meer ondergeschikt zou zijn aan het privaatrecht. Integendeel, hij is doordrongen van het besef dat het publiekrecht, door hem opgevat als het bevel der overheid, bij machte is het privaatrecht te veranderen, althans voor zover

31 Hamaker was hier ook stellig van overtuigd. Zie Hamaker 1894, p. 151: 'Dat we hier, ik zeg niet met twee soorten van recht, ik zeg met twee soorten van dingen, te maken hebben, is voor tegenspraak moeilijk vatbaar.' En op p. 161: 'Wat in oorsprong, in wezen, in wijze van werken, zoo zeer verschilt, werd misschien beter niet met één geslachtsnaam aangeduid, op grond alleen van de uiterlijke verwantschap, daarin bestaande, dat het alles gelijkelijk behoort tot de krachten, die het maatschappelijk leven der menschen beheerschen.'

32 Hamaker 1894, p. 150-151.

33 Hamaker 1894, p. 160.

dat is neergelegd in wet- en regelgeving. Over het heersende rechtsbewustzijn heeft ook het publiekrecht immers geen verdergaande macht dan de mogelijkheid de werking van dat rechtsbewustzijn door middel van wet- en regelgeving te beïnvloeden. De inhoud van het rechtsbewustzijn wordt daarmee uiteindelijk bepaald in de dynamiek tussen privaat- en publiekrecht.[34] Aldus lijkt Hamaker ervan uit te gaan dat het publiekrecht formeel gezien het primaat heeft over het privaatrecht, maar dat vanuit moreel perspectief bezien het privaatrecht superieur is aan het publiekrecht.

Ook laat Hamaker zich – zij het in minder expliciete bewoordingen dan het geval is bij het weergeven van zijn visie op de verhouding tussen privaat- en publiekrecht – uit over de vraag of de overheid onderworpen zou kunnen zijn aan of gebruik zou kunnen maken van het privaatrecht, een vraag die eerder door Loeff stellig ontkennend werd beantwoord. Hamaker voorziet in dezen evenwel geen enkel probleem, integendeel: 'indien men werkelijk van oordeel is, dat, ook thans nog in den rechtsstaat, het zoogenaamde privaatrecht voor de overheid niet geschreven is, dan beschouw ik dit als een overblijfsel uit den gedachtengang van het oude absolutisme, een overblijfsel dat zeker niet lang meer stand zal houden'.[35] Binnen het concept van de rechtsstaat is de overheid immers in al haar optreden onderworpen aan de normen van het recht; nu het recht volgens Hamaker – behoudens voor zover het publiekrecht daar uitzonderingen op maakt – moet worden opgevat als het privaatrecht, gelden de normen van het privaatrecht ook voor de overheid, hetgeen in de praktijk van de rechtspleging volgens Hamaker overigens ook al werd aangenomen.

De benadering door Hamaker van het privaatrecht als het 'recht' en het publiekrecht als het overheidsbevel, een geheel ander 'ding' dat eigenlijk geen aanspraak kan maken op de benaming 'recht', is binnen de literatuur snel achterhaald geraakt. De verdienste van het werk van Hamaker is evenwel met name gelegen in het feit dat het een expliciete plaats toekent aan het publiekrecht en erkent dat het even zo goed van invloed is op recht en samenleving als het privaatrecht: 'slechts hij kan de maatschappij en dus het recht begrijpen, die inziet dat onder de krachten, die haar maken en instandhouden, het rechtsbewustzijn en het overheidsbevel gelijkelijk behooren.'[36] Daarnaast, en voor de ontwikkeling van de onderhavige discussie nog belangrijker, heeft Hamaker met zijn benadering van het privaatrecht als het rechtsbewustzijn

34 Hamaker 1894, p. 162-163: 'Het rechtsbewustzijn veranderen of afschaffen kan de wetgever niet, niet nl. op de wijze waarop hij zijne wetten wijzigt en afschaft. Maar zijne wetten en de uitvoering daarvan, d.w.z. de wijziging die zij met behulp van dwang brengen in het maatschappelijk leven, kunnen wel *oorzaak* worden van het afsterven van een bestaand en de geboorte van een nieuw rechtsbewustzijn'. Zie in vergelijkbare zin Scholten 1931, p. 37-38.

35 Hamaker 1894, p. 149.

36 Hamaker 1894, p. 160.

de basis gelegd voor de aan het begin van de twintigste eeuw tot bloei gekomen gemene rechtsleer.

De visie van Hamaker is binnen de literatuur evenwel niet onweersproken gebleven. Tegenover de opvattingen van Hamaker plaatste Van Praag in 1923 zijn benadering aan de hand van de methode van de aard van de rechtsverhouding.[37] Zijn daaraan ten grondslag liggende, maar goeddeels impliciet gebleven veronderstelling is dat privaat- en publiekrecht weliswaar van elkaar verschillen en dat het maken van een onderscheiding daartussen wel degelijk nuttig is, al was het maar omdat de wet ons daartoe dwingt,[38] maar dat zij in beginsel gelijkwaardig zijn aan elkaar. Het is slechts de aard van de voorliggende rechtsverhouding die bepaalt welke rechtsregels van toepassing zijn, zonder dat de regels uit het ene domein in beginsel voorrang zouden dienen te hebben boven die uit het andere domein of zouden hebben te gelden als het algemene ten opzichte van het bijzondere. In de visie van Van Praag is het onderscheidende criterium bij beantwoording van de vraag of een bepaalde verhouding waarbij de overheid is betrokken al dan niet door het privaatrecht wordt beheerst, gelegen in de vraag of de overheid al dan niet 'als zoodanig' handelt.[39] Indien dat het geval is, dan wordt de rechtsbetrekking genormeerd door het publiekrecht; indien dat niet het geval is, dan geschiedt de normering langs de weg van het privaatrecht. Resteert derhalve de vraag wanneer kan worden gezegd dat de overheid 'als zodanig' handelt. Hoewel Van Praag zich ervan bewust is dat hij hiermee niet een in alle opzichten sluitend criterium geeft, meent hij dat dit het geval is, wanneer sprake is van verhoudingen die voortspruiten uit rechtshandelingen waarvan het object is de bestuurstaak van een publiekrechtelijk lichaam. Dit is het geval indien sprake is van verhoudingen die exclusief door publiekrechtelijke lichamen in het leven kunnen worden geroepen.[40] In feite is daarmee het onderscheidend criterium ter beantwoording van de vraag of een rechtsbetrekking langs publiek- dan wel langs privaatrechtelijke weg wordt genormeerd, gelegen in de vraag of de overheid al dan niet op gelijke voet met de burger handelt.[41] Dat er derhalve ook rechtsbetrekkingen met de overheid zijn die door de normen van het

37 Zie voor latere aanhangers van deze benadering Van der Hoeven 1970 en Lubach 1982.
38 Van Praag 1923, p. 3.
39 Van Praag 1923, p. 8.
40 Van Praag 1923, p. 9-10. Dit criterium lijkt de nodige overeenkomsten te vertonen met het criterium van de exclusieve overheidstaak dat tegenwoordig door de Hoge Raad wordt gehanteerd ter beantwoording van de vraag of een overheidslichaam al dan niet strafrechtelijke immuniteit geniet, hetgeen slechts het geval is 'als de desbetreffende gedragingen naar haar aard en gelet op het wettelijk systeem rechtens niet anders dan door bestuursfunctionarissen kunnen worden verricht in het kader van de uitvoering van de aan het openbaar lichaam opgedragen bestuurstaak, zodat uitgesloten is dat derden in zoverre op gelijke voet als het openbaar lichaam aan het maatschappelijk verkeer deelnemen.' Zie HR 6 januari 1998, *NJ* 1998, 367 m.nt. JdH (Pikmeer II).
41 Vgl. Ackermans-Wijn 1989, p. 41.

privaatrecht worden genormeerd, is voor Van Praag dan ook evident, indien en zolang de aard van de rechtsbetrekking zich daartegen niet verzet.[42]

Waar het de mogelijkheid van toepassing van privaatrecht op rechtsbetrekkingen met de overheid betreft, verschillen Van Praag en Hamaker derhalve niet van mening. Het standpunt van Loeff dat de overheid per definitie publiekrechtelijk handelt, lijkt dan ook definitief verlaten. Ten aanzien van de vraag op welke wijze dient te worden bepaald in welke gevallen rechtsbetrekkingen waarbij de overheid als rechtssubject is betrokken door het privaat- dan wel het publiekrecht worden beheerst, bewandelen Hamaker en Van Praag evenwel twee fundamenteel verschillende wegen: Hamaker ziet het privaatrecht als het rechtsbewustzijn en het publiekrecht als het overheidsbevel, een ander 'ding', dat in wettelijk omschreven gevallen uitzonderingen op het privaatrecht kan maken, terwijl Van Praag veeleer uitgaat van een gelijkwaardige verhouding tussen beide rechtsgebieden waarbij de vraag welke van beide van toepassing is, wordt bepaald door de aard van de rechtsverhouding. In feite lagen met de werken van Hamaker en Van Praag de kaarten dan ook op tafel waar het de verhouding tussen privaat- en publiekrecht betrof. De nadien binnen de literatuur verdedigde opvattingen over deze kwestie kunnen vrijwel telkens tot één van beide visies worden herleid. In de eerste helft van de twintigste eeuw leek de op basis van de opvattingen van Hamaker ontwikkelde gemene rechtsleer de beste papieren te hebben; vanaf de jaren zeventig kreeg – mede als gevolg van de verdere ontwikkeling van het publiekrecht, de invoering van algemene administratieve rechtspraak en de toenemende convergentie van publiek- en privaatrecht – de methode van de aard van de rechtsverhouding van Van Praag evenwel alsnog de wind in de zeilen. In eerste instantie vond Van Praag evenwel met name tegenstanders van zijn visie op zijn weg. Zijn opvattingen werden met name fel bestreden door Scheltema, Scholten en Wiarda die zich in navolging van Hamaker uitspraken voor de gemene rechtsleer.

7.2.3 De gemene rechtsleer: Scheltema, Scholten, Wiarda en Donner

Scheltema verwierp in 1927 de door Van Praag voorgestelde methode van de aard van de rechtsverhouding in stellige bewoordingen:

> 'Men kan niet – los van de bepalingen van objectief recht – het optreden van de overheid onderscheiden in een optreden, dat al of niet "als zoodanig" geschiedt: de overheid, integendeel, treedt altijd en overal, wáár zij optreedt, als overheid op, omdat zij nu eenmaal niets anders dan overheid is en niets anders kan zijn:

42 Van Praag 1923, p. 38-39.

zij kàn niet uit haar eigen huid kruipen; zij kàn niet van kleed verwisselen, wijl zij er maar één heeft.'[43]

Scheltema stond derhalve een principieel andere benaderingswijze voor. De vraag of op een bepaalde verhouding privaat- dan wel publiekrecht moet worden toegepast, is volgens Scheltema in laatste instantie een vraag van interpretatie van objectief recht: een verhouding wordt beheerst door de normen van het privaatrecht wanneer het objectieve privaatrecht, meer of minder uitdrukkelijk, die verhouding regelt; een verhouding is publiekrechtelijk wanneer deze wordt beheerst door het objectieve publiekrecht. Ook Scheltema realiseert zich dat hiermee geen sluitend criterium is gegeven, maar hij acht dit principieel wel de enige juiste wijze van benaderen: niet de hoedanigheid waarin de overheid optreedt, doch slechts de vraag of de concrete verhouding (al dan niet uitdrukkelijk) door het privaat- of het publiekrecht wordt beheerst, is beslissend.[44] Voor wat betreft de vraag hoe deze keuze dient te worden gemaakt, borduurt hij voort op de door Hamaker ingezette en op een later moment door Scholten verder uitgewerkte lijn waarin het privaatrecht wordt beschouwd als het gemene recht en het publiekrecht als een uitzondering daarop. Aldus stelt ook Scheltema zich op het standpunt dat rechtsbetrekkingen waarbij de overheid als rechtssubject is betrokken, mede kunnen worden beheerst door normen van het privaatrecht, ofwel omdat zij in hoofdzaak als privaatrechtelijk kunnen worden beschouwd ofwel omdat zij weliswaar in de eerste plaats publiekrechtelijk van aard zijn, maar niettemin direct of naar analogie mede door de normen uit het Burgerlijk Wetboek worden beheerst.[45] Sterker nog, uitgaande van de gemene rechtsleer, meent Scheltema dat het privaatrecht onbeperkt van toepassing is op verhoudingen waarbij de overheid is betrokken, tenzij het privaatrecht moet wijken voor speciale, derogerende bepalingen van het publiekrecht.[46]

Een dergelijke leidraad is volgens Scheltema een regel van positief recht, geen rechtsdogma (wat volgens Scheltema wel het geval is bij de benadering van Van Praag[47]), die de onderlinge verhouding tussen privaat- en publiekrecht weergeeft zoals die blijkens interpretatie tussen die twee rechtsdomeinen op enig moment in een bepaald rechtsstelsel geldt.[48] Analyse van de Nederlandse rechtspraak met betrekking tot uiteenlopende rechtsbetrekkingen op

43 Scheltema 1927, p. 237.
44 Scheltema 1927, p. 238-239.
45 Scheltema 1927, p. 244.
46 Scheltema 1927, p. 260. Scheltema had zich al eens eerder op een vergelijkbaar standpunt gesteld voor wat betreft de toepasselijkheid van het goederenrecht op 'ten publieken dienste bestemde objecten'. Zie Scheltema 1918, p. 335.
47 Scheltema 1927, p. 236-237.
48 Scheltema 1927, p. 240. Scheltema onderbouwt dit standpunt nader aan de hand van een analyse van de verhoudingen tussen publiek- en privaatrecht in zowel Duitsland als Frankrijk.

het grensvlak van publiek- en privaatrecht waarbij de overheid is betrokken, leidt Scheltema tot de conclusie dat de gemene rechtsleer inderdaad het beste bij de toenmalige stand van het recht aansloot.[49] Een en ander hangt volgens Scheltema samen met het feit dat het publiekrecht toentertijd nog niet al te sterk was ontwikkeld en ook nog geen krachtige administratieve rechtspraak bestond. Mocht in de toekomst het publiekrecht en de administratieve rechtspraak zich evenwel verder uitbouwen, en Scheltema zag daartoe al de nodige aanzetten, dan zou dit in zijn ogen consequenties kunnen hebben voor de werking van de gemene rechtsleer, in die zin dat minder vaak gebruik zal worden gemaakt van het privaatrecht.[50] In zoverre stelt Scheltema zich dan ook slechts principieel op voor zover het de methode betreft – niet de aard van de rechtsverhouding, doch het objectieve recht dient bepalend te zijn voor het toepasselijke recht –; met betrekking tot de vraag tot welke uitkomst die methode vervolgens leidt, blijft hij uit de aard der zaak neutraal. Scheltema lijkt de gemene rechtsleer aldus niet te propageren vanuit een zekere morele suprematie van het privaatrecht boven het publiekrecht, doch louter vanuit een uit het objectieve recht af te leiden regel van positief recht: 'hij kan gelden, maar hij kan ook niet gelden'.[51]

Ook Scholten sloot zich in 1931 in de eerste druk van zijn 'Algemeen deel' van de Asser-serie vrijwel volledig aan bij de benadering van Hamaker,[52] met dien verstande dat hij het publiekrecht wel degelijk als recht beschouwde in plaats van als een ander 'ding'. Naar zijn mening staan publiek- en privaatrecht weliswaar op één lijn en zijn zij niet van een wezenlijk andere aard,[53] maar bestaat op het niveau van het positieve recht wel degelijk verschil tussen de regels uit beide rechtsdomeinen. Voor wat betreft de vraag hoe vervolgens te bepalen wanneer welk rechtsdomein op een concrete rechtsbetrekking van toepassing is, zag Scholten evenals Scheltema weinig in de door Van Praag voorgestane methode van de aard van de rechtsverhouding, omdat het nu eenmaal lastig is te bepalen of de overheid al dan niet 'als zodanig' optreedt.[54] Ook Scholten sloot derhalve liever aan bij de gemene rechtsleer, waarvoor Hamaker de aanzet had gegeven:

> 'Nog altijd schijnt mij, dat de kijk, die Hamaker op het vraagstuk had, het juiste inzicht geeft. Het privaatrecht wijst de algemeene gedragsregelen aan, het gemeene recht is daarvoor de juiste term. In het publiekrecht worden (…) evenzeer gedrags-

49 Scheltema 1927, p. 260.
50 Scheltema 1927, p. 261-265. Sterker nog, Scheltema meent zelfs dat voor het overgrote deel van de verhoudingen waarbij de overheid is betrokken, het gewone privaatrecht niet het 'richtige Recht' is. Zie Scheltema 1927, p. 264.
51 Scheltema 1927, p. 241.
52 Scholten 1931.
53 Scholten 1931, p. 38 en 40.
54 Scholten 1931, p. 36.

> regelen gegeven, bevelen der overheid, rechtsregels, als die van het gemeene recht, die dat recht terwille van de staatstaak aanvullen en er van af wijken. Dit kan uitdrukkelijk geschieden, de afwijking kan ook het resultaat zijn van rechtsvinding, waar de wet zwijgt.'[55]

De door Hamaker ingezette lijn werd derhalve door Scheltema en Scholten gecontinueerd. Wel lijkt de door Hamaker verwoorde opvatting als zouden privaatrecht en publiekrecht twee wezenlijk verschillende 'dingen' zijn, aan het begin van de twintigste eeuw definitief te zijn vervangen door de opvatting dat beide rechtsgebieden wel degelijk onder de noemer 'recht' dienen te worden gebracht.[56] Ook lijkt Scholten wat meer ruimte te willen geven aan het publiekrecht als het uitzonderingsrecht dan Hamaker dat deed, nu Scholten mede ruimte ziet tot afwijking van het gemene recht naar aanleiding van 'rechtsvinding, waar de wet zwijgt', terwijl Hamaker slechts ruimte voor afwijking zag op grond van geschreven publiekrecht, 'het overheidsbevel in de vorm der wet'.

Een principieel verschil tussen beide rechtsgebieden werd als gezegd niet langer aangenomen, maar dit betekende nog niet dat beide gebieden van het recht ook als volstrekt gelijkwaardig werden beschouwd. Het privaatrecht diende als het gemene recht te worden beschouwd, terwijl het publiekrecht werd gezien als bijzonder recht dat in bepaalde gevallen aan het gemene recht kan derogeren. Deze visie staat in de literatuur bekend als de gemene rechtsleer. In deze visie wordt het privaatrecht gezien als gemeen recht, in die zin dat het niet alleen de verhouding tussen burgers onderling reguleert, maar ook de verhouding met de overheid.[57] Dit is slechts anders wanneer het privaatrecht daar zelf een uitzondering op maakt, het publiekrecht expliciet derogeert aan het privaatrecht of de toepassing van het privaatrecht anderszins onverenigbaar zou zijn met de normen van het publiekrecht. Het publiekrecht wordt in de gemene rechtsleer derhalve beschouwd als een door de wetgever gewilde inbreuk op het gemene recht, hetgeen betekent dat in alle gevallen waarin publiekrechtelijke regelgeving ontbreekt steeds het privaatrecht van toepassing is. Dit betekent dan ook dat binnen de gemene rechtsleer niet of nauwelijks een plaats kan toekomen aan ongeschreven normen van publiekrecht: buiten de door de wetgever geschapen publiekrechtelijke regels bestaat eenvoudigweg geen publiekrecht.[58]

---

55 Scholten 1931, p. 40.

56 Zie in gelijke zin Van der Hoeven 1970, p. 201.

57 Van der Hoeven bestrijdt dat het privaatrecht als het gemene recht principieel algemene gelding zou hebben. Hij wijst erop dat de wetgever bij het tot stand brengen van privaatrechtelijke wetgeving altijd het oog heeft gehad op het scheppen van regels voor relaties tussen rechtens gelijkwaardige rechtssubjecten, terwijl de relatie tussen overheid en burger niet als zodanig kan worden beschouwd en de wetgever dit ook nooit heeft gedaan. Zie Van der Hoeven 1989, p. 159.

58 Zie Van der Hoeven 1989, p. 164 en 166.

Ook geeft de gemene rechtsleer – zoals Van der Hoeven, één van de latere felle tegenstanders van deze leer, stelt – een belangrijke vingerwijzing waar het gaat om de, in de tweede helft van de twintigste eeuw steeds belangrijker wordende, vraag of en in hoeverre het de overheid in voorkomende gevallen bij de vervulling van haar taken vrij staat te kiezen tussen de privaatrechtelijke en de publiekrechtelijke weg. De gemene rechtsleer biedt deze keuzevrijheid volgens Van der Hoeven in wezen principieel:

> 'In de leer die het bestuursrecht beschouwt als inbreuk op het gemene recht, staat het (…) een overheidsorgaan alleen dan niet vrij tot het bereiken van zijn doel hetzij de privaatrechtelijke dan wel de bestuursrechtelijke weg te kiezen, wanneer uit het bestuursrechtelijke voorschrift blijkt dat de wetgever de privaatrechtelijke weg uitdrukkelijk niet gevolgd wil zien. Laat de wet zich daarover niet of niet duidelijk uit, dan heeft de overheid, naar deze leer, de vrije keus.'[59]

Waar Hamaker, Scheltema en Scholten als de wegbereiders kunnen worden beschouwd, kreeg de gemene rechtsleer pas echt de wind in de zeilen als gevolg van het verschijnen van de dissertatie van Wiarda in 1939, die het denken over de verhouding tussen publiek- en privaatrecht lange tijd heeft beheerst.[60] Allereerst maakte Wiarda betrekkelijk korte metten met het op dat moment binnen de literatuur reeds langlopende, maar nog immer niet beslechte debat over de abstracte vraag waarin nu het onderscheidende criterium tussen het privaat- en het publiekrecht is gelegen: in de al dan niet vermogensrechtelijke aard van de rechtsregel; in het al dan niet betrokken zijn van een algemeen belang; in de mate waarin het overheidsgezag in de rechtsregel naar voren komt; in de enkele vraag of de overheid al dan niet is betrokken bij de door de regel in het leven geroepen rechtsbetrekking, etc. Al deze benaderingen zijn op zichzelf volgens Wiarda niet onzinnig, maar sluitend zijn zij evenmin. Wiarda koos voor een benadering waarin regels die betrekking hebben op de organisatie van de overheid en haar organen alsmede op de rechten en verplichtingen van de overheid tegenover haar burgers publiekrechtelijk zijn, en alle overige regels privaatrechtelijk.[61] Terecht besteedt hij vervolgens meer aandacht aan de voor de praktijk belangrijker vraag door welke rechtsregels bepaalde, concreet voorliggende rechtsbetrekkingen worden beheerst. Dat daarbij, ook wanneer overheidslichamen bij de rechts-

---

59 Van der Hoeven 1989, p. 166-167. Vervolgens wijst Van der Hoeven erop dat, wanneer men deze vraag naar de keuzevrijheid van de overheid voor het gebruik van de privaatdan wel de publiekrechtelijke weg vanuit het perspectief van 'aard en doel van het bestuursrecht als normstelsel voor de rechtmatige uitoefening van de overheidstaak' benadert, zoals hij zelf geneigd is te doen, de conclusie geheel anders luidt. Het betreft hier de problematiek van de zogenoemde doorkruisingsleer; zie hierover nader § 7.3.2.1.

60 Ackermans-Wijn 1989, p. 43. Zie voor een overzicht van auteurs die zich in navolging van Wiarda uitspreken voor de gemene rechtsleer Lubach 1982, p. 84.

61 Wiarda 1939, p. 32-37. Wiarda erkent evenwel dat ook bij de toepassing van zijn criterium 'dubia' zullen blijven bestaan.

betrekking zijn betrokken, aan het privaatrecht een belangrijke plaats toekomt, is voor hem evident: 'Elk standpunt dat met die werkelijkheid [de rechtspraktijk, JHC] wil rekening houden, zal gedwongen zijn de overheid haar plaats ook in het privaatrecht te blijven inruimen'.[62]

Bij de bepaling van die plaats van het privaatrecht spreekt de methode van de aard van de rechtsverhouding van Van Praag hem – in navolging van Scholten en Scheltema – weinig aan. Een dergelijke benadering kent in wezen dezelfde problemen als de hiervoor door Wiarda besproken abstracte vraag op welke wijze het publiekrecht en het privaatrecht zich van elkaar onderscheiden. Ook in het kader van een voorliggende, concrete rechtsbetrekking zal het ondoenlijk blijken om een sluitend criterium te formuleren voor de vraag of de overheid daarbinnen al dan niet 'als zodanig' handelt.[63] Naast dit praktische probleem, rijst volgens Wiarda het meer principiële bezwaar dat de methode van de aard van de rechtsverhouding de kwestie omdraait: 'niet het publiek- of privaatrechtelijk karakter kan over de toepasselijkheid van de bepalingen van positief recht beslissen, doch het positieve recht beslist zelf door zijn toepasselijkheid op een bepaalde verhouding over haar publiek- of privaatrechtelijk karakter'.[64] De vraag naar het op een bepaalde rechtsbetrekking toepasselijke recht dient volgens Wiarda dan ook – in navolging van Scheltema – te worden beantwoord aan de hand van het objectieve recht:

> 'Alleen een regel van objectief recht kan een verhouding tot een rechtsverhouding maken, d.w.z. aan feitelijke gedragingen rechtsgevolgen verbinden, waardoor het geheel van rechten en verplichtingen ontstaat, dat wij rechtsverhouding noemen. Naar gelang die regel tot het publiek- of tot het privaatrecht behoort, kan van een publiek- of een privaatrechtelijke verhouding worden gesproken. Is nog niet bekend door welken regel een bepaalde verhouding wordt beheerscht, dan kan van een rechtsverhouding nog in het geheel niet worden gesproken, en zeker niet van een publiek- of privaatrechtelijke verhouding'.[65]

Wiarda is zich ervan bewust dat het probleem daarmee niet zonder meer is opgelost, want de vraag blijft welk normatief kader in welke situatie dient te worden toegepast, met name wanneer het gaat om verhoudingen waarbij de overheid als rechtssubject is betrokken. Ter beantwoording van deze vraag

---

62 Wiarda 1939, p. 39. Het standpunt van Loeff dat al hetgeen de overheid doet per definitie door het publiekrecht wordt beheerst, ontbeert volgens Wiarda dan ook elk realiteitsgehalte.

63 Wiarda 1939, p. 39.

64 Wiarda 1939, p. 41. Deze kwestie hangt in wezen samen met de in § 5.2.1 besproken vraag of bij bestudering van de rechtsorde de rechtsnorm of juist de rechtsbetrekking als uitgangspunt dient te worden genomen.

65 Wiarda 1939, p. 42. Zie ook Lubach 1986, p. 12: 'Uitgaande van de rechts*regel* wordt op deze manier privaat- c.q. publiekrecht op een bepaalde rechtsverhouding niet van toepassing geacht, omdat deze rechtsverhouding volgens een bepaald (extern) criterium als privaat- of publiekrechtelijk wordt gekwalificeerd, maar wordt omgekeerd de rechtsverhouding als zodanig gekwalificeerd juist *omdat* daarop privaat- of publiekrecht van toepassing is.'

haakt ook Wiarda – in navolging van Hamaker, Scholten en Scheltema – aan bij de gemene rechtsleer: rechtsbetrekkingen waarbij de overheid als rechtssubject is betrokken, worden in beginsel door de gewone regels van het privaatrecht beheerst, tenzij het publiekrecht anders bepaalt.[66] Wel meent Wiarda – wederom in navolging van Scheltema en onder verwijzing naar het Franse recht waarin gebruikmaking van de methode van de aard van de rechtsverhouding naar zijn mening tot betere resultaten zou kunnen leiden – dat aan dit uitgangspunt van de gemene rechtsleer geen algemene gelding, onafhankelijk van tijd en plaats, toekomt. De keuze tussen de gemene rechtsleer of de methode van de aard van de rechtsverhouding is mede afhankelijk van de rechtscultuur en de rechtsontwikkeling binnen een bepaalde jurisdictie en de vraag in hoeverre het administratieve recht en de administratieve rechtspraak daarbinnen tot ontwikkeling zijn gekomen.[67] Een analyse van de rechtsontwikkeling in Nederland met betrekking tot de vraag of en wanneer de overheid aan de werking van het privaatrecht is onderworpen, brengt Wiarda vervolgens tot de conclusie dat het uitgangspunt van de gemene rechtsleer het meest recht doet aan de Nederlandse situatie.[68]

Als gezegd hebben de opvattingen van Wiarda de discussie over de verhouding tussen publiek- en privaatrecht lange tijd gedomineerd.[69] Slechts Donner heeft nog een zekere variatie weten aan te brengen op de lange tijd heersende gemene rechtsleer.[70] Volgens Donner dient men voorzichtig te zijn met het maken van een volstrekte tegenstelling tussen publiek- en privaatrecht, zoals veel van de in het voorgaande besproken auteurs in zijn ogen wel hebben gedaan. Vaak kennen het privaatrecht en het publiekrecht inhoudelijk dezelfde of op zijn minst vergelijkbare regels, onverschillig of daarbij sprake is van een

66 Wiarda 1939, p. 44.

67 Wiarda 1939, p. 44-48, en meer specifiek ten aanzien van de Franse situatie p. 48-56.

68 Wiarda 1939, p. 56-75.

69 Niettemin was er ook kritiek op de opvattingen van Wiarda. Zie bijv. Van de Ven 1940, p. 101-102 die van mening is dat men alvorens een onderscheiding in regels van objectief recht te maken, eerst de verhoudingen waarvoor deze regels zijn gegeven dient te onderscheiden. Van der Ven sluit zich dan ook aan bij de door Van Praag verdedigde methode van de aard van de rechtsverhouding. Het feit dat, bij gebrek aan een goed ontwikkeld publiekrecht, in de Nederlandse verhoudingen het privaatrecht wel moet gelden als het gemene recht, is volgens Van der Ven een 'verworven gebrek', maar dat mag ons de ogen niet doen sluiten voor het feit dat het privaatrecht als gevolg daarvan wordt toegepast op allerhande verhoudingen waarvoor het naar zijn oordeel in wezen bestemd noch geschikt is. Zie voor vergelijkbare kritiek op de gemene rechtsleer Van der Hoeven 1989, p. 154-159 en 173; en voorts meer uitgebreid over de in de literatuur naar voren gebrachte kritiek op de benadering van Wiarda Lubach 1982, p. 84-86.

70 Lubach wijst op het feit dat de gemene rechtsleer zichzelf in zekere zin lange tijd in stand heeft gehouden. Juist omdat van de gemene functie van het privaatrecht werd uitgegaan, werd er niet of nauwelijks gestreefd naar de verdere ontwikkeling van het publiekrecht en een daarmee samenhangende versterking van de administratieve rechtspraak. Zie Lubach 1982, p. 97.

verhouding van burgers onderling of een verhouding waarbij mede de overheid is betrokken. Het is daarbij in wezen slechts een historisch verklaarbaar toeval dat zulke gemeenschappelijke regels het meest duidelijk in het privaatrecht kunnen worden aangetroffen, nu het privaatrecht volgens Donner 'technisch veel volmaakter en veel beter gecodificeerd is'.[71] Aan de opvattingen van Donner ligt derhalve de idee ten grondslag dat veeleer sprake is van een overkoepelend, gemeen recht, waarvan het publiekrecht en het privaatrecht in beginsel beide gelijkelijk te waarderen representanten vormen, zij het dat het privaatrecht veelal beter is uitgewerkt en als zodanig meer pasklare antwoorden kan bieden dan het publiekrecht. Dit verklaart volgens Donner de in de literatuur veel voorkomende – doch in zijn ogen niet geheel juiste – benadering waarin het privaatrecht zelf als het gemene recht wordt gezien en het publiekrecht als het uitzonderingsrecht. Wel meent Donner dat vanuit een oogpunt van rechtsbescherming de benadering van het privaatrecht als het gemene recht goede historische zin had, nu algemene administratieve rechtspraak lange tijd ontbrak.[72] Samenvattend stelt Donner dat het publiekrecht het recht is dat uitsluitend voor die verhoudingen geldt waarbij ten minste één der betrokken rechtssubjecten de overheid is, terwijl het recht dat behalve voor dit soort verhoudingen óók voor de verhoudingen tussen particulieren geldt, het privaatrecht is.[73]

Blijft de vraag hoe te bepalen door welk rechtsdomein een in concreto voorliggende rechtsbetrekking waarbij de overheid als rechtssubject is betrokken, wordt beheerst. Deze vraag laat zich volgens Donner niet in zijn algemeenheid beantwoorden en blijft uiteindelijk voorbehouden aan de burgerlijke rechter, waarbij – met inachtneming van de door hem gemaakte kanttekeningen – de gemene rechtsleer het beste als uitgangspunt kan dienen.[74] De in het navolgende te bespreken opvatting van Van der Hoeven – die aansluit bij de vraag of de bewuste handeling al dan niet deel uitmaakt van een publieke taakvervulling – wijst Donner stellig af. Hoewel ook volgens Donner een dergelijke benadering goed aansloot bij de wijze waarop de rechtsorde zich inmiddels ontwikkelde – in het bijzonder als gevolg van een toenemend gebruik door de overheid van privaatrechtelijke bevoegdheden ter vervulling

71 Donner 1974, p. 54-55.

72 Donner 1974, p. 55. Zie in gelijke zin Lubach 1986, p. 12-13 die erop wijst dat juist vergroting van de rechtsbescherming een belangrijk motief is geweest bij de ontwikkeling van de gemene rechtsleer. Waar de rechtsbeschermingsfunctie in het publiekrecht zwak was ontwikkeld, had de strikte scheiding in de negentiende eeuw tussen publiekrecht en privaatrecht in de zin dat op overheidshandelen slechts publiekrecht van toepassing kon zijn, voor de burger buitengewoon negatieve gevolgen. Zolang de rechtsbescherming binnen het publiekrecht nog niet verder was ontwikkeld, kon de gemene rechtsleer voor de burger aldus goede uitkomst bieden.

73 Donner 1974, p. 55-56.

74 Donner 1974, p. 56.

van haar publieke taak –, zou deze uiteindelijk teveel onzekerheid met zich brengen.[75]

7.2.4 De aard van de rechtsverhouding: Van der Hoeven

Pas in 1970 krijgt het debat over de verhouding tussen privaatrecht en publiekrecht weer een daadwerkelijk nieuwe impuls als gevolg van de veelgeciteerde bijdrage van Van der Hoeven in de bundel 'Honderd jaar rechtsleven', uitgebracht ter gelegenheid van de honderdste verjaardag van de Nederlandse Juristen Vereniging.[76] In deze bijdrage onder de veelzeggende titel 'De magische lijn. Verkenningen op de grens van publiek- en privaatrecht' sluit Van der Hoeven in zekere zin aan bij de door Van Praag bijna een halve eeuw eerder verdedigde methode van de aard van de rechtsverhouding, zij het dat Van der Hoeven een eigen invulling aan deze methode geeft.

Een beschouwing van de maatschappelijke en juridische realiteit leert volgens Van der Hoeven al snel dat het principiële onderscheid tussen privaat- en publiekrecht – zo daarvan ooit al sprake is geweest – inmiddels geen stand meer kan houden wanneer dit wordt gezocht in specifieke karakteristieken van beide rechtsgebieden of in een verhouding tussen beide als gemeen en bijzonder recht. Dit zou evenwel volgens hem ook niet zozeer de vraag moeten zijn, wanneer men bedenkt dat de praktijk van de rechtspleging laat zien dat in rechtsbetrekkingen waaraan de overheid deelneemt dit gegeven soms wel en soms niet relevant wordt geacht. De vraag zou volgens Van der Hoeven dan ook veeleer moeten zijn of rechtsbetrekkingen die zien op de regeling van publieke belangen, daarvan een speciale invloed ondergaan. Hiermee wordt het criterium verlegd 'van de plaats waar de regeling is neergelegd (in of buiten het burgerlijk recht), of van de rechtssubjecten die erbij betrokken zijn (overheid of burger; gezag of gelijkheid) dan wel van het onderscheid 'gemeen' of 'speciaal' recht, naar de concrete rechtsverhouding waarin de regeling functioneert en de daarbij betrokken belangen (zijn er al dan niet publieke belangen in het geding).'[77] Vervolgens laat Van der Hoeven aan de hand van een uitgebreide analyse van de jurisprudentie met betrekking tot verschillende rechtsfiguren op het grensvlak van privaat- en publiekrecht (eigendom, publiekrechtelijke overeenkomsten, onrechtmatige overheidsdaad etc.) zien dat de door hem voorgestelde wijze van benaderen inderdaad het meest bij de moderne rechtspleging zou aansluiten. Sinds 1900 is volgens Van der Hoeven binnen de jurisprudentie langzaam maar zeker de neiging ontwikkeld 'om bij de beoordeling van toepasselijkheid van recht èn vervolgens bij de toepassing daarvan, de *aard* of strekking van de te beoordelen handelingen meer

75 Donner 1974, p. 59.
76 Van der Hoeven 1970.
77 Van der Hoeven 1970, p. 205.

gewicht toe te kennen en daartegenover de omstandigheid dat de te beoordelen handelingen door de *overheid* waren gesteld, op zichzelf niet meer van doorslaggevend gewicht te achten'.[78] In toenemende mate lijkt de rechter zich in dit soort kwesties te bedienen van 'een wijze van rechtsvinding die zich meer richt op analyse van de gegeven situatie en de daarbij in het geding zijnde belangen, dan op een begripsmatige of principiële onderscheiding van twee rechtsgebieden'.[79] Dit leidt er vervolgens toe dat de beslissing veeleer wordt bepaald door de vraag of de te beoordelen handeling al dan niet is gericht op de behartiging van een publiek belang dan door de bijzondere kwaliteit van degene die de handeling stelt, te weten de overheid.[80]

In de visie van Van der Hoeven is derhalve bepalend of rechtsbetrekkingen die op publieke belangen zien daarvan een speciale invloed ondergaan. Daarmee is de vraag welke rechtsregels op dergelijke rechtsbetrekkingen van toepassing zijn, evenwel nog niet ten gronde beantwoord, maar veeleer verlegd naar de vraag wanneer sprake zou zijn van publieke taakvervulling. Van der Hoeven zelf verstaat onder publieke taakvervulling 'de vervulling van de krachtens de rechtsorde opgedragen taak ter behartiging van één of meer aspecten van het algemeen belang',[81] terwijl het algemeen belang naar zijn inhoud afhankelijk is van tijd en plaats, alsmede 'van het oordeel van hen die met het vaststellen van de inhoud ervan zijn belast'.[82] Deze publieke taakvervulling kan vervolgens geschieden door middel van zowel klassieke publiekrechtelijke bevoegdheden als privaatrechtelijke middelen. Welke bevoegdheden zouden moeten worden gekozen en welk rechtsdomein derhalve op een specifieke rechtsbetrekking van toepassing is, lijkt Van der Hoeven evenwel nog niet eens de meest interessante vraag te vinden. Waar het hem veeleer om gaat, is de vraag in hoeverre de inhoud van de toepasselijke regels invloed ondergaat van het gegeven dat een publiek belang in het geding is:

> 'Samenvattend kan gezegd worden, dat de omstandigheid dat een handeling deel uitmaakt van publieke taakvervulling gevolgen heeft voor de inhoud van het recht waardoor die handeling wordt geregeerd – onverschillig of dat privaatrecht of publiekrecht in de klassieke zin des woords is. Dat leidt lang niet altijd tot uiteenlopende beslissingen, naar gelang al dan niet publieke taakvervulling aan de orde was. Het brengt wèl mee, dat privaatrecht, op dergelijke verhoudingen toegepast, daarvan de invloed ondergaat ('publiekrechtelijke' elementen gaat opnemen). En: dat publiekrecht soms het omgekeerde verschijnsel laat zien (nl. 'privaatrechtelijke' trekken gaat vertonen).'[83]

78 Van der Hoeven 1970, p. 207.
79 Van der Hoeven 1970, p. 211.
80 Van der Hoeven 1970, p. 215-216.
81 Van der Hoeven 1970, p. 218.
82 Van der Hoeven 1970, p. 217.
83 Van der Hoeven 1970, p. 218. Zie in vergelijkbare zin Van der Hoeven 1989, p. 159.

Bijna een halve eeuw na het verschijnen van het werk van Van Praag lijkt de methode van de aard van de rechtsverhouding alsnog meer vaste grond onder de voeten te hebben gekregen dankzij de bijval voor deze benaderingswijze van Van der Hoeven. Ook Van der Hoeven knoopt immers in beginsel aan bij de specifieke aard van de voorliggende rechtsverhouding, zij het dat hij vervolgens een enigszins ander criterium hanteert dan Van Praag deed. Waar Van Praag de vraag of de overheid al dan niet 'als zodanig' handelde en aldus de vraag in hoeverre de bijzondere kwaliteit van de overheid als handelend orgaan in de handeling naar voren komt als het springende punt beschouwde, sluit Van der Hoeven aan bij 'de door de rechtsorde erkende strekking van de bewuste handeling'.[84] Wat van dit verschil precies zij, de benadering aan de hand van de aard van de rechtsverhouding door Van der Hoeven was in die tijd betrekkelijk nieuw. Vóór 1970 werd voor de vraag welk recht toepasselijk was op een zekere rechtsbetrekking immers ingevolge de gemene rechtsleer aangeknoopt bij het objectieve recht. Wel maakt het feit dat het criterium van Van der Hoeven een variatie vormt op het door Van Praag geformuleerde criterium of de overheid al dan niet 'als zodanig' handelt, de benadering van Van der Hoeven voor een deel voor dezelfde kritiek vatbaar als eerder werd geuit ten aanzien van het werk van Van Praag.[85] Hoewel ook het criterium van Van der Hoeven nog steeds ruimte voor discussie laat – al was het alleen maar wat betreft de vraag wat onder het algemeen belang dient te worden begrepen – is de meerwaarde van deze benadering van Van der Hoeven met name gelegen in het feit dat hij voor de vraag welk recht op een bepaalde rechtsbetrekking toepasselijk moet worden geacht, aansluit bij een inhoudelijk criterium, te weten dat van de publieke taakvervulling, in plaats van vast te houden aan een strikt formeel onderscheid tussen privaat- en publiekrechtelijke rechtsbetrekkingen, dat in zijn ogen voorbijgaat aan de toenemende verweving van overheidshandelen en particulier handelen en de daarmee samenhangende spreiding van de verantwoordelijkheid voor publieke belangen.[86] De lang heersende opvatting dat publiek- en privaatrecht als 'twee afgescheiden com-

84 Beide criteria komen niet zonder meer op hetzelfde neer en Van der Hoeven zet zich ook af tegen de benadering van Van Praag (zie Van der Hoeven 1970, p. 216). Vgl. ook Spier 1982, p. 10-11 die zich verzet tegen het onderscheid van Van Praag of de overheid al dan niet 'als zodanig' handelt. Naar de mening van Spier is dit altijd het geval, nu de overheid slechts één taak heeft, te weten de behartiging van het algemeen belang.

85 Vgl. Lubach 1982, p. 87-88 die zich – hoewel hij de methode van de aard van de rechtsverhouding op zichzelf onderschrijft – afvraagt of het criterium van de publieke taakvervulling 'voldoende grensstellende waarde' heeft. Zie ook Lubach 1986, p. 12 waar hij stelt dat de oude benadering aan de hand van het objectieve recht in theoretisch opzicht onbevredigend is omdat in deze theorie wordt uitgegaan van de vraag waarom het juist te doen is: het meest gewenste toepasselijke recht. De methode van de aard van de rechtsverhouding acht hij dan ook het meest zuiver, maar – als gezegd – moeilijk hanteerbaar.

86 Van der Hoeven 1970, p. 218.

partimenten' zouden kunnen worden beschouwd, is wat betreft Van der Hoeven dan ook definitief voorbij.[87]

7.2.5 Eenheid van recht: Polak en Bloembergen

Hoewel Van der Hoeven onderscheidt tussen handelingen waarin de publieke taakvervulling naar voren komt en waarin dat niet het geval is en daaraan vervolgens consequenties verbindt voor wat betreft het toepasselijke recht, kan in de opvattingen van Van der Hoeven ook een aantal belangrijke aanzetten worden gevonden tot een benadering die bekend staat als de eenheid van recht. In deze benadering, die in de tweede helft van de twintigste eeuw snel terrein won, wordt – zonder dat daarmee zou worden ontkend dat belangrijke verschillen tussen rechtsgebieden bestaan – de nadruk gelegd op hetgeen gemeenschappelijk is aan de verschillende deelgebieden van het recht. Eén van de namen die onverbrekelijk met deze opvatting is verbonden, is die van Polak. Reeds in 1958 vroeg hij in zijn oratie met klem aandacht voor de eenheid van recht, omdat het recht, het privaatrecht in het bijzonder, in zijn ogen teveel versnipperd begon te raken.[88] Deze versnippering uitte zich volgens Polak zowel in steeds meer afzonderlijke wetgeving voor allerhande deelgebieden van het privaatrecht als in steeds krachtiger pleidooien voor afzonderlijke regelingen voor het administratieve recht. Daarnaast begon ook de rechtspleging en de academische wereld zich in toenemende mate te specialiseren. Polak beschouwde deze ontwikkelingen als een ongewenste afbrokkeling van het privaatrecht. In navolging van Meijers die zich in die tijd bezig hield met het opstellen van een ontwerp voor een Nieuw Burgerlijk Wetboek, pleitte Polak er daarom juist voor het privaatrecht, ook de deelgebieden daarvan, zoveel mogelijk centraal in het Burgerlijk Wetboek te (blijven) regelen en terughoudend te zijn met het scheppen van afzonderlijke regelingen voor de verschillende deelgebieden van het recht. Ook het publiekrecht diende in de ogen van Polak zoveel mogelijk 'binnenboord' te worden gehouden. Hoewel de beoefenaren van het privaatrecht soms wat conservatief waren omgegaan met nieuwe maatschappelijke ontwikkelingen, toonde de geschiedenis volgens Polak aan dat het privaatrecht zich niettemin steeds weer wist aan te passen. Bovendien constateert hij 'dat al die zgn. autonome wetenschappen op den duur erkennen dat zij toch niet geheel autarkisch zijn en de steun van het privaatrecht niet kunnen ontberen'. Tot slot zouden wezenlijke verschillen met het privaatrecht niet zijn aan te tonen, en ook voor zover dit wel het geval zou zijn, kunnen deze volgens Polak niettemin geen volledige autonomie rechtvaardigen.[89]

87 Van der Hoeven 1970, p. 201.
88 Polak 1958.
89 Polak 1958, p. 8-9.

Waar het betoog van Polak zich in de eerste plaats toespitst op de noodzaak tot het bewaren van eenheid binnen het privaatrecht en de deelgebieden daarvan – het administratief recht lijkt hij nog als een niet al te serieus te nemen bijzonderheid te beschouwen –, gaat Bloembergen in 1977 uitgebreid in op de eenheid van privaatrecht en administratief recht. Hij gaat daarbij uit van de realiteit dat deze op dat moment zijn te beschouwen als twee afzonderlijke, naast elkaar bestaande rechtsgebieden.[90] Niettemin is Bloembergen van mening, waarbij hij zich baseert op de systeemtheorie, dat de gehele Nederlandse rechtsorde kan worden beschouwd als één systeem:

> 'Wat willen we zeggen, als we de nationale rechtsorde een systeem noemen? Daarmede geven we te kennen, dat zij een geheel van (nog nader te specificeren) elementen vormt, dat zij een eenheid is; en dat eenheidsbegrip impliceert weer, dat er binnen het geheel een zekere samenhang, een zekere orde bestaat. Het nationale rechtssysteem vormt een ordelijke, zo men wil een harmonische eenheid, welke naast andere onderdelen het privaatrecht en het administratieve recht omvat. En daarmede is dan de eenheid van die rechtsgebieden geponeerd.'[91]

Hoewel Bloembergen zelf reeds aangeeft dat hij hiermee nogal apodictisch te werk gaat, is het zijn stellige overtuiging dat bij de oplossing van concrete maatschappelijke en juridische problemen een benadering van het recht als een systeem een dominante rol moet spelen.[92] Tegelijkertijd realiseert hij zich 'dat er naar geldend recht vooralsnog aan de eenheid van privaatrecht en administratief recht veel ontbreekt' en dat eenheid aldus beschouwd iets is wat nog dient te worden verwezenlijkt.[93] Als antwoord op de vraag waarom deze eenheid in het recht, ook over de grenzen van de verschillende rechtsdomeinen heen, dient te worden verwezenlijkt, wijst Bloembergen op de waarden van rechtsgelijkheid, systeemconsistentie, rechtseenvoud en rechtszekerheid.[94] Dit betekent volgens hem geenszins dat geen verschillen zouden mogen bestaan tussen het privaatrecht en het administratief recht; integendeel, er bestaat immers juist een afzonderlijk rechtsgebied voor rechtsbetrekkingen

---

90 Bloembergen 1977.

91 Bloembergen 1977, 5372, p. 2-3, waarbij hij het rechtssysteem typeert als 'een uiterlijk én innerlijk, onafgesloten, open, dynamisch en onvolmaakt systeem'.

92 Bloembergen 1977, 5372, p. 3.

93 Bloembergen 1977, 5373, p. 18. Als tegenkrachten van het streven naar rechtseenheid noemt Bloembergen onder meer 1) de grote complexiteit van de verschillende rechtsgebieden als gevolg waarvan het al grote moeite kost eenheid en harmonie binnen de afzonderlijke rechtsdomeinen zelf te bereiken; 2) het feit dat het recht een open en dynamisch systeem is dat zich in de tijd voortdurend ontwikkelt, waarbij de verschillende ontwikkelingen doorgaans geleidelijk verlopen en zich niet in het gehele rechtssysteem in een zelfde tempo uitkristalliseren; 3) het feit dat de wetgever zich manifesteert als probleemdenker in plaats van als systeemdenker; 4) een gebrekkige eenheid in personen, ambten en organisaties die het recht maken en toepassen; en 5) een gespleten rechtscultuur tussen 'civilisten' en 'publicisten' (zie Bloembergen 1977, 5373, p. 22-23).

94 Bloembergen 1977, 5373, p. 18.

tussen overheid en burger omdat die in allerlei relevante opzichten van rechtsbetrekkingen tussen burgers onderling verschillen. Het gaat derhalve telkens om de vraag of sprake is van een *relevant* verschil. Indien dat het geval is, is verschillende behandeling toelaatbaar en veelal zelfs geboden. Indien dat evenwel niet het geval is, dan eist het gelijkheidsbeginsel een gelijke behandeling binnen het privaatrecht en het administratief recht.[95] Hantering van een dergelijk richtsnoer komt bovendien ook ten goede aan de andere met een benadering van eenheid van recht na te streven waarden van systeemconsistentie, rechtseenvoud en rechtszekerheid.[96]

Bloembergen onderscheidt twee, nauw met elkaar verbonden vormen van eenheid: ten eerste eenheid in de zin van 'identiek zijn en uniformiteit', ten tweede eenheid in de zin van 'harmonie, consistentie en afwezigheid van tegenspraken'.[97] Gesteld voor de vraag in welke elementen van een rechtsorde deze vormen van eenheid tussen privaat- en administratief recht vervolgens gestalte zouden moeten krijgen, denkt Bloembergen niet alleen aan rechtsbeginselen, maar ook aan concrete rechtsbegrippen en rechtsnormen.[98] Vervolgens werkt hij in het vervolg van zijn verhandeling een en ander voor de eenheid in begrippen verder uit, waarbij hij op grond van het voorgaande betoogt dat het denken in begrippen geen geïsoleerd proces binnen elk rechtsgebied afzonderlijk mag zijn, maar dat voortdurend over de grenzen van de rechtsgebieden heen dient te worden gekeken.[99] Bloembergen staat aldus een werkwijze voor waarin vergelijkbare woorden en begrippen uit de afzonderlijke rechtsgebieden naast elkaar worden geplaatst om vervolgens te bezien in hoeverre overeenkomsten en verschillen in de betekenis van deze woorden en de inhoud van deze begrippen bestaan en hoe deze kunnen worden verklaard.[100] Bloembergen waarschuwt evenwel dat het hem niet gaat om het ontwerpen van een 'abstract-begripsmatig supersysteem' waarin algemene begrippen uit de afzonderlijke rechtsgebieden overkoepeld worden door nog meer abstracte begrippen.[101] Hij acht het zelfs onverstandig om al te zeer door te schieten in het op zichzelf nobele streven naar rechtseenvoud, nu het gevaar op de loer ligt van wat Bloembergen onder verwijzing naar Larenz aanduidt met *dem astrahierenden Denken innewohnende Tendenz sur Sinnentleerung*, inhoudende het verschijnsel dat 'naarmate een begrip een groter bereik heeft, naarmate het meer als overkoepeling dient van andere, niet zo ver reikende begrippen, (…) het wel zinlediger [moet] worden, omdat het met steeds minder eigen kenmerken gedefinieerd zal worden'. Het typologische denken kan hier volgens Bloembergen uitkomst bieden, nu door het denken

95 Bloembergen 1977, 5373, p. 19.
96 Bloembergen 1977, 5373, p. 21.
97 Bloembergen 1977, 5373, p. 17-18.
98 Bloembergen 1977, 5372, p. 4-5.
99 Bloembergen 1977, 5374, p. 36.
100 Bloembergen 1977, 5375, p. 50.
101 Bloembergen 1977, 5374, p. 36.

in typen enerzijds recht kan worden gedaan aan de veelvormigheid van de begrippen en anderzijds toch tussen die vele vormen een zekere eenvoud kan worden bewaard.[102]

Waar Polak nog enkel de noodzaak van eenheid van recht onderstreepte, schetst Bloembergen aldus een methode van interne rechtsvergelijking met behulp waarvan de door hem evenzeer gewenste eenheid van recht ook zoveel mogelijk kan worden verwezenlijkt, zonder dat daarbij de voor de verschillende rechtsdomeinen karakteristieke verschillen al te gemakkelijk worden opgeofferd aan een heilig streven tot uniformering. Met deze benadering van eenheid van recht nemen Polak en Bloembergen in die zin stelling in het debat over de vraag hoe het privaatrecht en het publiekrecht zich tot elkaar verhouden dat zij aangeven dat de nadruk niet al te zeer dient te worden gelegd op de vraag waarin de verschillende rechtsdomeinen van elkaar verschillen als wel bij de vraag wat zij gemeenschappelijk hebben. Met deze benadering scheppen zij een stevig theoretisch fundament voor de in de tweede helft van de twintigste eeuw tot ontwikkeling komende gemengde rechtsleer.

7.2.6 Op weg naar een gemengde rechtsleer: Lubach en Ackermans-Wijn

Lubach vat de concrete uitkomst van het in het voorgaande besproken betoog van Van der Hoeven als volgt samen: 'De rechtsverhouding waarbij de publieke taakvervulling aan de orde is, kenmerkt zich door een in onderlinge wisselwerking van toepassing zijn van privaat- en publiekrechtelijke rechtsregels, die aan een dergelijke rechtsverhouding een eigen geaardheid geven, zonder dat men in het algemeen kan zeggen dat aan privaat- of publiekrecht het primaat toekomt.'[103] Uit deze korte weergave kan worden afgeleid dat in het werk van Van der Hoeven al duidelijke aanknopingspunten te vinden zijn voor een zekere cumulatie van rechtsdomeinen binnen een en dezelfde concrete rechtsbetrekking. Duidelijk is in ieder geval dat in de visie van Van der Hoeven de lange tijd heersende leer van het privaatrecht als het gemene recht sterk dient te worden gerelativeerd ten faveure van een zelfstandige positie voor het publiekrecht. Deze ontwikkeling die Van der Hoeven met het benadrukken van de aard van de rechtsverhouding heeft ingezet, heeft zich in de loop der jaren, mede als gevolg van de groei van het bestuursrecht, de ontwikkeling van zelfstandige administratieve rechtspraak en de toenemende convergentie tussen privaat- en publiekrecht, alleen maar verder doorgezet richting een

102 Bloembergen 1977, 5375, p. 52-53. Zie uitgebreid over de methode van typologie, meer concreet in relatie tot de straftoemetingsbeslissing, Schoep 2008, p. 232-254.

103 Lubach 1982, p. 89. Vgl. Kobussen 1988, p. 6: 'De gemengde rechtsleer houdt in dat noch het privaatrecht, noch het publiekrecht het primaat bezit. Binnen eenzelfde rechtsbetrekking kunnen rechten en verplichtingen zowel uit het privaatrecht, als uit het publiekrecht voortvloeien.'

visie die in de literatuur veelal wordt omschreven als de gemengde rechtsleer. Als gevolg van genoemde ontwikkelingen begon de feitelijke grondslag onder de gemene rechtsleer steeds meer te verdwijnen,[104] terwijl de gemene rechtsleer zoals Van der Hoeven al constateerde ook steeds minder geschikt leek om passende antwoorden te formuleren op de steeds complexer wordende maatschappelijke en juridische vraagstukken. De tijd was aldus rijp voor het verlaten van de gemene rechtsleer. Lubach heeft de door Van der Hoeven eerder neergelegde handschoen in zijn dissertatie uit 1982 over beleidsovereenkomsten opgepakt en de ontwikkeling richting de gemengde rechtsleer verder doorgezet.[105] Zijn werk kan in die zin worden beschouwd als de laatste ontbrekende schakel tussen de methode van de aard van de rechtsverhouding en de gemengde rechtsleer.

Ook Lubach nam, in navolging van Van der Hoeven, de maatschappelijke context als principieel vertrekpunt: 'Het recht heeft betrekking op, regelt maatschappelijke verhoudingen. De rechtsverhouding is een weerspiegeling van de onderliggende maatschappelijke verhouding. Dit maatschappelijk substraat moet bepalend zijn voor de toepasselijke rechtsregels en ook voor de wijze waarop de rechtsbescherming moet worden georganiseerd.'[106] Vervolgens constateert Lubach dat de maatschappelijke verhoudingen zodanig aan verandering onderhevig zijn, dat zij zich steeds moeilijker laten indelen in een strikte tweedeling tussen publiek- en privaatrecht.[107] Dit neemt volgens hem evenwel niet weg dat, uitgaande van genoemd principieel uitgangspunt, die veranderde maatschappelijke verhoudingen wel bepalend dienen te zijn voor het toepasselijke recht. Bij een stand van zaken waarin de juridische dogmatiek nog steeds vanuit genoemde strikte tweedeling tussen publiek- en privaatrecht denkt, vertaalt een en ander zich in een ontwikkeling die in de literatuur wordt omschreven als de wederzijdse doordringing van het (klassieke) publiek- en het privaatrecht.[108]

Lubach neemt bij beantwoording van de vraag welke rechtsnormen dan specifiek van toepassing zijn op een concrete rechtsbetrekking op het grensvlak van privaat- en publiekrecht – welke vraag zich in het werk van Lubach

104 Lubach 1986, p. 13.

105 Lubach 1982. Op een later moment heeft hij zijn visie in grote lijnen herhaald in zijn preadvies voor de VAR; zie Lubach 1986.

106 Lubach 1982, p. 101.

107 Een dergelijke tweedeling is volgens Lubach dan ook eigenlijk niet meer verantwoord, maar gezien de kwestie van de competentieverdeling wel nog steeds noodzakelijk (Lubach 1986, p. 14).

108 Lubach 1982, p. 101-102. Vgl. ook Teunissen 2000, p. 80, waar deze stelt dat de gemene rechtsleer is gebaseerd op 'een schrale, formalistische rechtsopvatting'. Het komt volgens Teunissen veeleer aan op de specifieke aard van de onderliggende rechtsverhouding: 'Een leer die zich ter onderscheiding van privaatrecht en bestuursrecht bedient van enkel formele, uitwendige criteria (regeling in het positieve recht), is m.i. tot mislukken gedoemd, omdat zij daarmee de materiële, inhoudelijke verschillen tussen beide rechtsgebieden niet kan verklaren.'

specifiek toespitst op de beleidsovereenkomst – de in het voorgaande besproken gedachte van eenheid van recht, zoals onder meer door Bloembergen verdedigd, als uitgangspunt. In navolging van de heersende opvattingen in zijn tijd neemt Lubach aan dat ons rechtsstelsel één geheel vormt, althans in die zin dat een aantal rechtsbeginselen bestaat die gezien hun algemene karakter ook van toepassing zouden zijn in de afzonderlijke rechtsdomeinen.[109] Ter beantwoording van de vraag hoe deze rechtsbeginselen vervolgens binnen een concrete rechtsbetrekking uitwerken, sluit Lubach aan bij de aard van de rechtsverhouding:

> 'Het gaat er om na te gaan hoe gezien de aard van de rechtsverhouding de algemene beginselen die aan privaat- en publiekrecht ten grondslag liggen, moeten worden verbijzonderd tot in de praktijk toepasselijke rechtsregels. Bepalend wordt de aard van de rechtsverhouding. De aard van de rechtsverhouding moet het uitgangspunt vormen bij de beantwoording van de vraag hoe de toepasselijke rechtsregel moet luiden. Daarbij kunnen de traditionele grenzen tussen privaat- en publiekrecht worden doorkruist.'[110]

In de visie van Lubach moet de notie van eenheid van recht aldus worden uitgelegd dat er een aantal ongeschreven rechtsbeginselen bestaat die zodanig algemeen zijn dat zij de afzonderlijke rechtsdomeinen overstijgen en ten grondslag liggen aan zowel het privaat- als het publiekrecht. Kijkend naar de aard van de rechtsverhouding kunnen deze algemene ongeschreven beginselen vervolgens worden geconcretiseerd en gespecificeerd naar normen die op de individuele rechtsbetrekking betrekking hebben. In welke situatie de aard van de rechtsverhouding in de richting wijst van privaatrechtelijke normering en wanneer juist in de richting van publiekrechtelijke normering en wat in dezen als onderscheidend criterium heeft te gelden, geeft Lubach niet in zijn algemeenheid aan. Wel is duidelijk dat Lubach zich bij de beantwoording van de vraag naar het op een concreet voorliggende rechtsbetrekking toepasselijke recht geenszins gebonden acht aan de tweedeling in klassieke rechtsdomeinen, laat staan dat hij denkt in termen van voorrang van het ene rechtsdomein boven het andere.[111] Niet een dogmatisch onderscheid tussen privaat- en publiekrecht dient bepalend te zijn voor het toepasselijke recht, doch de specifieke aard van de voorliggende rechtsverhouding. Uitgaande van de gedachte van de eenheid van recht, meent hij vervolgens dat op rechtsbetrek-

---

109 Lubach 1982, p. 100.

110 Lubach 1982, p. 101; later in vrijwel gelijke bewoordingen herhaald in Lubach 1986, p. 14.

111 Lubach acht het evenwel niet onwaarschijnlijk dat het gegeven dat een bepaalde thematiek binnen het ene rechtsdomein verder is uitgewerkt dan binnen het andere, ertoe kan leiden dat aansluiting bij eerstgenoemd rechtsdomein het meest voor de hand ligt, zij het dat altijd oog dient te worden gehouden voor de eigenaardigheden van de voorliggende rechtsbetrekking en de consequenties die dit voor het toepasselijke recht dient te hebben. Zie Lubach 1982, p. 101.

kingen op het grensvlak van privaat- en publiekrecht ook een mengvorm van beide soorten rechtsregels van toepassing kan zijn. In dergelijke gevallen geeft een kwalificatie van de rechtsbetrekking als privaat- of publiekrechtelijk dan ook niet zonder meer een goede indicatie voor de toepasselijke rechtsregels. Deze wijze van benaderen door Lubach past goed bij de door hem gepercipieerde stand van de discussie op het grensvlak van privaat- en publiekrecht anno 1982. Volgens Lubach kon in die tijd een tweetal ontwikkelingen worden waargenomen: enerzijds een zekere emancipatoire ontwikkeling van het publiekrecht in zowel omvang als theorievorming, anderzijds een groeiend inzicht dat privaat- en publiekrecht wel te onderscheiden, maar niet te scheiden rechtsgebieden zijn.[112]

Hoewel Lubach met deze wijze van benaderen op basis van de aan Van der Hoeven ontleende methode van de aard van de rechtsverhouding een belangrijke stap op weg naar de gemengde rechtsleer zet, was de ontwikkeling naar deze leer met het werk van Lubach nog niet geheel voltooid. In de visie van Lubach blijft de vermenging van publiek- en privaatrecht immers beperkt tot de werking van het ongeschreven recht en strekt zij zich niet uit tot het geschreven privaat- en publiekrecht. In dat opzicht is het betoog van Lubach – hoewel op zichzelf een stap in de richting van de gemengde rechtsleer – volgens Ackermans-Wijn dan ook weinig opzienbarend:

> 'Algemene rechtsbeginselen liggen ten grondslag aan het gehele positieve recht, worden door het positieve recht verondersteld. Inherent daaraan is m.i. dat concrete toepassingen van algemene rechtsbeginselen op het grensgebied van publiek- en privaatrecht een zekere congruentie, osmose, vertonen vergeleken met toepassingen in uitgesproken privaatrechtelijke dan wel uitgesproken publiekrechtelijke verhoudingen.'[113]

Het is met name de beperking van de osmose tussen privaat- en publiekrecht tot het ongeschreven recht zoals Lubach die aanbrengt, die Ackermans-Wijn tegen de borst stuit. Van der Does geeft in zijn preadvies uit 1987 voor de Vereniging tot vergelijking van het recht van Nederland en België enige uitbreiding aan de door Lubach geconstateerde vermenging van publiek- en privaatrecht door onder het ongeschreven recht mede te verstaan 'regels die in de wet slechts met globale terminologie zijn aangeduid als de algemene beginselen van behoorlijk bestuur en in het algemeen de z.g. vage normen'. Voor de meeste geschreven rechtsregels acht hij de klassieke termen publiek- en privaatrecht evenwel nog steeds goed bruikbaar. Daarmee is volgens Van

112 Lubach 1982, p. 97-98. Lubach geeft daarbij terecht aan dat beide ontwikkelingen in zekere zin ook tegenstrijdig aan elkaar zijn, nu profilering en emancipatie van het publiekrecht ten opzichte van het privaatrecht mede gepaard gaat met een zekere accuentering van de verschillen tussen publiek- en privaatrecht.

113 Zie Ackermans-Wijn 1989, p. 45-46 met verwijzing naar Van der Does 1987.

der Does de discussie met betrekking tot de verhouding tussen privaat- en publiekrecht inmiddels wel goeddeels beslecht.[114] Van een daadwerkelijk gemengde rechtsleer is dan evenwel nog geen sprake, omdat in de visies van Lubach en Van der Does nog steeds een tamelijk strikte waterscheiding blijft bestaan tussen het geschreven privaatrecht enerzijds en het geschreven publiekrecht anderzijds.

Ackermans-Wijn gaat in haar dissertatie uit 1989 een stap verder. Het hete hangijzer in de discussie met betrekking tot rechtsbetrekkingen op het grensvlak van publiek- en privaatrecht is volgens haar niet zozeer of vermenging van ongeschreven recht al dan niet kan plaatsvinden – het antwoord op die vraag dient in haar optiek evident bevestigend te luiden – doch veeleer of ook een zekere cumulatie, convergentie of zelfs osmose kan plaatsvinden tussen *wettelijke* rechtsregels van verschillende juridische herkomst.[115] Pas indien de mogelijkheid tot vermenging van regels uit verschillende rechtsdomeinen zich mede uitstrekt tot wettelijk neergelegde regels, kan worden gesteld dat de ontwikkeling naar een gemengde rechtsleer echt zijn voltooiing nadert.

Hoewel de ruimte tot vermenging van wettelijke regels minder groot zal zijn dan het geval is bij ongeschreven rechtsregels, bestaat deze ruimte volgens Ackermans-Wijn wel degelijk. In navolging van Van der Does stelt zij dat dit met name het geval zal zijn wanneer geschreven rechtsregels naar de wet verwijzen of naar regels van ongeschreven recht, doordat dergelijke regels open normen of vage termen bevatten waarvan de inhoud slechts in concreto kan worden vastgesteld. En ook daar waar de wet discretionaire bevoegdheden formuleert, bestaat in haar ogen de mogelijkheid 'dat bij de beoordeling van een concrete toepassing van de betreffende bevoegdheid mede met geschreven of ongeschreven rechtsregels van een ander compartiment wordt rekening gehouden.' Slechts wanneer ofwel de regels van het privaatrecht ofwel die van het publiekrecht een bepaalde rechtsbetrekking of een bepaalde thematiek uitputtend en 'in niet voor meerderlei uitleg vatbare bewoordingen regelen', is gemengde toepassing uitgesloten.[116] Daarmee is evenwel nog niet de vraag beantwoord op welke wijze dient te worden bepaald welke specifieke geschreven en ongeschreven regels op een in concreto voorliggende rechtsbetrekking van toepassing zijn. Bij de beantwoording van deze vraag probeert Ackermans-Wijn tot een synthese van de gemene rechtsleer en de methode van de aard van de rechtsverhouding te komen.

Ackermans-Wijn acht in beginsel zowel de methode van de gemene rechtsleer als die van de aard van de rechtsverhouding juist.[117] De gemene rechtsleer is in haar ogen juist, omdat deze nu eenmaal de positiefrechtelijke realiteit

114 Van der Does 1987, p. 1679-1680.
115 Ackermans-Wijn 1989, p. 45.
116 Ackermans-Wijn 1989, p. 45-46.
117 Ackermans-Wijn 1989, p. 46-47.

is. Ten aanzien van overeenkomsten waarbij de overheid als partij is betrokken, zou de Hoge Raad immers nog steeds de gemene rechtsleer hanteren, hetgeen betekent dat de regels van het Burgerlijk Wetboek in beginsel en in eerste instantie van toepassing zijn op dergelijke overeenkomsten, voor zover het burgerlijk recht zelf geen aanwijzing van het tegendeel bevat, het publiekrecht daaraan niet derogeert of anderszins de toepassing van het privaatrecht met die van het publiekrecht onverenigbaar zou zijn. Hiermee is evenwel niet gezegd – zoals dat in vroeger tijden wel het geval was – dat uitsluitend privaatrecht op dergelijke rechtsbetrekkingen van toepassing zou zijn, met uitsluiting van elke vorm van publiekrechtelijke normering.[118] Ackermans-Wijn meent dan ook dat met de aanvaarding van aanvullende normering door het publiekrecht de gemene rechtsleer grotendeels van zijn scherpe en onaangename kanten is ontdaan.[119]

De methode van de aard van de rechtsverhouding is volgens Ackermans-Wijn evenwel eveneens juist, omdat deze rekening houdt met de bijzondere positie van de overheid als behartiger van het algemeen belang en daarom de weg naar het meest gewenste toepasselijke recht aangeeft wanneer de overheid zich begeeft in verhoudingen die liggen op het grensvlak van publieken privaatrecht.[120] Ackermans-Wijn stelt zich op het principiële standpunt dat de overheid geen eigen belangen heeft, maar altijd is gehouden het algemeen belang te dienen. Binnen het publiekrecht is de behartiging van het algemeen belang als overkoepelende taak van de overheid als het ware als vanzelf ingebakken in de wijze waarop de bevoegdheden zijn vormgegeven en nader worden genormeerd door ongeschreven rechtsbeginselen; binnen het privaatrecht ligt dit evenwel principieel anders, nu binnen de door het privaatrecht getrokken grenzen een ieder in beginsel vrijelijk en naar eigen goeddunken van zijn bevoegdheden gebruik mag maken, zonder dat de toepassing daarvan is gebonden aan een specifiek doel. Voor de overheid geldt evenwel dat op het moment dat zij gebruik maakt van de haar door het privaatrecht geboden bevoegdheden, de algemene eis blijft gelden dat zij zich te allen tijde oriënteert op haar taak het algemeen belang te behartigen. In de jurisprudentie wordt ook sinds lange tijd erkend dat de bijzondere taak en positie van de overheid consequenties heeft voor wat betreft de wijze waarop de gewone regels van het privaatrecht op rechtsbetrekkingen met de overheid dienen te worden toegepast. De mate waarin het algemeen belang een rol speelt bij de wijze waarop de rechtsbetrekking dient te worden genormeerd – en dus de mate waarin op grond van dat gegeven aanleiding bestaat af te wijken van de normale privaatrechtelijke normering of aanvulling te zoeken

118 Ackermans-Wijn wijst ook op het huidige artikel 3:14 BW. Zie nader over deze bepaling § 7.2.7.

119 Ackermans-Wijn 1989, p. 47.

120 Ackermans-Wijn 1989, p. 46. Daar komt volgens haar bij dat ook deze methode tot op zekere hoogte in het positieve recht wordt erkend.

binnen het normatieve kader van het publiekrecht –, kan variëren al naar gelang welke overheidstaak in het specifieke geval in het geding is.[121] De methode van de aard van de rechtsverhouding biedt goede aanknopingspunten voor deze werkwijze.

Aldus zijn volgens Ackermans-Wijn zowel de gemene rechtsleer als de methode van de aard van de rechtsverhouding in zekere zin juist. Vervolgens probeert zij tot een synthese te komen tussen beide benaderingen, waarbij zij zich in beginsel een voorstander van de gemengde rechtsleer betoont, maar van mening is dat benadering van de gemengde rechtsleer enkel vanuit de methode van de aard van de rechtsverhouding teveel vaagheden en onzekerheden schept en te weinig kaders voor nadere uitwerking en concretisering biedt.[122] Het ligt volgens Ackermans-Wijn daarom het meest voor de hand om op basis van de gemene rechtsleer tot een gemengde toepassing van rechtsregels te komen, omdat daardoor zowel tegemoet wordt gekomen aan de huidige systematiek van het recht als aan het belang van rechtsbescherming op het moment dat de overheid ter vervulling van haar taken gebruik maakt van het privaatrecht.[123] Met name de verschillende open normen die het privaatrecht kent bieden in haar ogen de nodige ruimte de toepassing van het privaatrecht aan te vullen met normering aan de hand van het publiekrecht, in die zin dat deze publiekrechtelijke normen dienst kunnen doen bij beantwoording van de vraag op welke wijze die abstracte open normen in het concrete geval dienen te worden ingevuld.[124]

Geconstateerd kan worden dat met het werk van Lubach en Ackermans-Wijn een aantal belangrijke stappen is gezet richting de gemengde rechtsleer. Deze ontwikkeling kan niet los worden gezien van twee belangrijke legislatieve ontwikkelingen die zich in de jaren tachtig en negentig van de vorige eeuw hebben voorgedaan, het opstellen van het Nieuw Burgerlijk Wetboek en de ontwikkeling van de Algemene wet bestuursrecht.

7.2.7 Het Nieuw Burgerlijk Wetboek en de Algemene wet bestuursrecht

Na een lange periode van voorbereiding zijn in 1992 de belangrijkste onderdelen van een nieuw Burgerlijk Wetboek ter vervanging van het oude wetboek

121 Ackermans-Wijn 1989, p. 48-50.
122 Ackermans-Wijn 1989, p. 47. Vgl. ook Van der Hoeven 1989, p. 240 die stelt dat de gemengde rechtsleer niet uit zichzelf voldoende duidelijkheid kan scheppen over 'de draagwijdte van de in elk concreet geval toepasselijke norm'.
123 Ackermans-Wijn 1989, p. 50.
124 Ackermans-Wijn 1989, p. 51.

uit 1838 in werking getreden.[125] Daarnaast is vanaf de jaren tachtig gewerkt aan de ontwikkeling van een geheel nieuwe algemene regeling voor het bestuursrecht, de Algemene wet bestuursrecht, waarvan de eerste onderdelen in 1994 in werking zijn getreden.[126] Bij het opstellen van beide nieuwe regelingen is mede aandacht besteed aan de vraag hoe het privaatrecht en het bestuursrecht zich tot elkaar verhouden, hoewel volgens Lubach wat betreft het Nieuw Burgerlijk Wetboek niet kan worden gezegd dat daar een duidelijke impuls voor het denken over de verhouding tussen privaat- en publiekrecht in meer theoretische zin vanuit is gegaan. Voor de vraag welke rechtsbetrekkingen in het nieuwe wetboek dienden te worden geregeld, werd een zuiver formeel criterium gehanteerd. Bepalend was de vraag of handhaving van de rechtsbetrekking al dan niet met privaatrechtelijke middelen geschiedt: regels die door de belanghebbende zelf worden gehandhaafd met behulp van typisch privaatrechtelijke rechtsmiddelen werden tot het privaatrecht gerekend, terwijl normen die door de overheid met behulp van publiekrechtelijke bevoegdheden worden gehandhaafd tot het publiekrecht werden geacht te behoren. De inhoud of het doel van de rechtsregel was derhalve als zodanig niet bepalend voor de vraag of deze al dan niet in het nieuwe wetboek een plaats zou krijgen. Ook de vraag of de overheid al dan niet bij de rechtsbetrekking is betrokken, was geen afzonderlijk oriëntatiepunt bij de ontwikkeling van het Nieuw Burgerlijk Wetboek, aldus Lubach.[127] Dit neemt niet weg dat de wetgever zich wel degelijk bewust is geweest van de onderlinge samenhang tussen beide rechtsgebieden – vooral waar het de beïnvloeding van het privaatrecht door publiekrechtelijke normen betreft[128] – en in het Nieuw Burgerlijk Wetboek

125 Het Nieuw Burgerlijk Wetboek is gefaseerd ontwikkeld en in werking getreden. Deze fasering geschiedde naar de te regelen thematiek en de daarmee corresponderende boeken van het Nieuw Burgerlijk Wetboek. Boek 1 betreffende het personen- en familierecht is in 1970 ingevoerd en Boek 2 inzake het rechtspersonenrecht in 1976. De in het onderhavige kader meest relevante Boeken 3, 5 en 6 (en een deel van Boek 7), het centrale deel van het Nieuw Burgerlijk Wetboek bevattende de kern van het vermogensrecht, zijn op 1 januari 1992 in werking getreden. Hieraan ging een langdurige periode van voorbereiding vooraf, die teruggaat tot 5 maart 1947, de dag waarop E.M. Meijers bij koninklijk besluit de opdracht kreeg een ontwerp voor een nieuw burgerlijk wetboek te maken. In 1954 diende hij zijn eerste ontwerp voor een nieuw wetboek in.

126 Ook de ontwikkeling van de Algemene wet bestuursrecht geschiedt in verschillende tranches, die afzonderlijk worden vastgesteld en op verschillende momenten in werking treden. In 1983 is de Commissie algemene regels van bestuursrecht, naar haar voorzitter ook wel de commissie-Scheltema genoemd, ingesteld en aan het werk gegaan. Op 1 januari 1994 zijn vervolgens de eerste twee tranches (*Stb*. 1992, 315) van de Algemene wet bestuursrecht in werking getreden, terwijl de Derde tranche (*Stb*. 1996, 333) vier jaar later op 1 januari 1998 in werking trad. Pas recentelijk, op 1 juli 2009, is de Vierde tranche van de Algemene wet bestuursrecht (*Stb.* 2009, 264) in werking getreden. Zie over de totstandkoming van de Algemene wet bestuursrecht onder meer De Haan, Drupsteen & Fernhout 2001, p. 77-79 en p. 82-83.

127 Lubach 1986, p. 23-24.

128 De invloed van het privaatrecht op het publiekrecht is op basis van het Nieuw Burgerlijk Wetboek veel moeilijker te herleiden. Zie Lubach 1986, p. 25.

dan ook een aantal bepalingen heeft opgenomen die (mede) op deze samenhang zien. Het betreft hier bepalingen die direct of indirect naar de normen van het publiekrecht verwijzen; het wetboek kent zelf geen aan het publiekrecht ontleende rechtsregels die in voorkomende gevallen de uitoefening van privaatrechtelijke rechten of bevoegdheden kunnen beïnvloeden.

In het kader van de ontwikkeling van de Algemene wet bestuursrecht – die met name begin jaren negentig van de vorige eeuw gestalte kreeg toen de belangrijkste onderdelen van het Nieuw Burgerlijk Wetboek al waren vastgesteld – lijkt de wetgever vervolgens wat meer expliciet te hebben nagedacht over de verhouding tussen het privaatrecht en publiekrecht. Op zichzelf hoeft het geen verbazing te wekken dat de wetgever juist in het kader van de Algemene wet bestuursrecht wat uitgebreider bij dit vraagstuk is blijven stilstaan, nu het hier een wetgevingstraject betreft dat primair ziet op de normering van de relatie tussen bestuur en burger, waarbij de thematiek van de wederzijdse beïnvloeding van privaat- en publiekrecht zich als het ware als vanzelf aandient. De aandacht van de wetgever voor de samenhang tussen beide rechtsgebieden heeft, naast de nodige theoretische beschouwingen in de parlementaire geschiedenis, ook hier geresulteerd in een ter zake relevante concrete wettelijke bepaling.

Wat bepalen het Nieuw Burgerlijk Wetboek en de Algemene wet bestuursrecht nu concreet waar het gaat om de verhouding tussen privaatrecht en publiekrecht? Voor wat betreft het Burgerlijk Wetboek kan ten eerste worden gewezen op artikel 3:14 BW dat bepaalt dat een bevoegdheid die iemand krachtens het burgerlijk recht toekomt, niet mag worden uitgeoefend in strijd met geschreven of ongeschreven regels van publiekrecht.[129] De wetgever benadrukt evenwel dat aan deze bepaling geen ruimere (theoretische) reikwijdte mag worden toegekend dan op grond van haar bewoordingen gerechtvaardigd zou zijn.[130] Zo dient in het oog te worden gehouden 'dat het artikel slechts één aspect van de verhouding tussen publiek- en privaatrecht aan de orde stelt en niet beoogt aan inmiddels ontwikkelde opvattingen over die verhouding afbreuk te doen'. Voorts gaat deze bepaling er vanuit dat de betreffende bevoegdheid 'iemand krachtens het burgerlijk recht toekomt', maar de wetgever wijst er

129 Zie uitgebreid over de reikwijdte en werking van deze bepaling Snijders 1988, p. 53-56, alsmede Vetter 1987, p. 297-303 die in deze bepaling een opdracht voor de burgerlijke rechter leest om het gebruik van privaatrechtelijke bevoegdheden door de overheid direct aan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur te toetsen. Ook de Hoge Raad ging blijkens zijn jurisprudentie inmiddels uit van rechtstreekse toetsing (zie Lubach 1987, p. 345). Zie voorts het standpunt van de regering ter zake (*Kamerstukken II* 1984/85, 17 496, nr. 10, p. 4): 'Inderdaad stelt dit artikel onder meer buiten twijfel dat de overheid ook bij de uitoefening van een privaatrechtelijke bevoegdheid gebonden is aan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur. In zoverre vormt het (…) een kapstok voor de huidige rechtspraak op dit punt, die in dezelfde richting gaat.'

130 Zie *Kamerstukken II* 1981/82, 17 496, nr. 3, p. 12.

op dat er ook rechtsfiguren zijn waarbij juist dat niet vaststaat en er 'veeleer zowel een publiekrechtelijke als een privaatrechtelijke inslag is, zonder dat men kan zeggen welke overheerst'. Artikel 3:14 BW beoogt dergelijke figuren niet uit te sluiten en bevat daarvoor ook geen regel. Evenmin zegt het volgens de wetgever iets over de invloed die het privaatrecht op het publiekrecht kan hebben en over andere invloeden van het publiekrecht op het privaatrecht dan beperking van privaatrechtelijke bevoegdheden.[131] Naast het bepaalde in artikel 3:14 BW kan in dit verband worden gewezen op artikel 3:40 BW dat een rechtshandeling die door inhoud of strekking in strijd is met wet, openbare orde of goede zeden nietig verklaart. Onder het begrip 'wet' in deze bepaling zijn zonder meer ook publiekrechtelijke regelingen begrepen. Zowel deze bepaling als het voornoemde artikel 3:14 BW impliceren derhalve dat mede op grond van publiekrechtelijke regels kan worden geconcludeerd dat een bevoegdheid tot het verrichten van een privaatrechtelijke rechtshandeling niet bestaat.[132]

Voorts kan het publiekrecht, in het bijzonder de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, dienst doen bij de concrete invulling van de verschillende open normen binnen het Nieuw Burgerlijk Wetboek, zoals in geval van artikel 3:12 BW dat bepaalt dat bij de vaststelling van wat redelijkheid en billijkheid eisen mede rekening dient te worden gehouden met algemene rechtsbeginselen, de in Nederland levende rechtsovertuigingen en de maatschappelijke en persoonlijke belangen die in het voorliggende geval zijn betrokken, of bij de vraag wanneer sprake is van een onrechtmatige daad in de zin van artikel 6:162 BW.[133] Tot slot maken de schakelbepalingen van de artikelen 3:59, 3:79 en 3:326 BW het mogelijk de door deze bepalingen bestreken privaatrechtelijke normen overeenkomstig toe te passen buiten het vermogensrecht, althans indien en voor zover de aard van de rechtshandeling of van de rechtsbetrekking zich daartegen niet verzet. Naar inmiddels algemeen wordt aangenomen, verwijzen de bewoordingen 'buiten het vermogensrecht' mede naar het bestuursrecht, hetgeen het derhalve mogelijk maakt de door deze bepalingen bestreken privaatrechtelijke normen analoog toe te passen binnen bestuursrechtelijke verhoudingen.[134] Sterker nog, in de literatuur wordt ook verdedigd

131 Zie *Kamerstukken II* 1981/82, 17 496, nr. 3, p. 12. Vgl. Lubach 1986, p. 25.

132 Vgl. Kobussen 1988, p. 4.

133 Vgl. Lubach 1986, p. 56 en Snijders 1988, p. 49 en 57.

134 Zie onder meer Snijders 1988, p. 50 en Bloembergen 1996, p. 8. Beiden wijzen op het feit dat de wetgever in eerste instantie niet heeft gedacht aan de mogelijkheid dat in de woorden 'buiten het vermogensrecht' mede een verwijzing naar het bestuursrecht besloten zou liggen. Zie ook Lubach 1986, p. 56 en Van Schendel 1986, p. 68 die beiden stellen dat de schakelbepalingen een intern privaatrechtelijke werking zouden hebben. Vgl. voorts de verschillende bijdragen aan de algemene vergadering van de VAR in 1986 naar aanleiding van de preadviezen van Lubach en Van Schendel waar uitgebreid is gedebatteerd over deze kwestie. Snijders, als regeringscommissaris verantwoordelijk voor de invoering van het Nieuw Burgerlijk Wetboek, stelde aldaar dat de schakelbepalingen inderdaad in eerste instantie slechts voor het privaatrecht waren geformuleerd, maar dat de wetgever zich in het kader

dat deze schakelbepalingen slechts de weerslag van een algemene gedachte over de verhouding tussen privaatrecht en bestuursrecht zouden vormen (de gemengde rechtsleer), hetgeen betekent dat overeenkomstige toepassing van privaatrechtelijke normen die niet door de betreffende schakelbepalingen worden bestreken, niet op voorhand uitgesloten moet worden geacht.[135]

Wat stelt de Algemene wet bestuursrecht hiertegenover waar het de verhouding met het privaatrecht betreft? In ieder geval geen bepalingen die expliciet naar het privaatrecht verwijzen; wel kan daarentegen worden gewezen op artikel 3:1 lid 2 Awb dat de algemene beginselen van behoorlijk bestuur van overeenkomstige toepassing verklaart op andere handelingen van bestuursorganen dan besluiten, voor zover de aard van de handelingen zich daartegen niet verzet. Naar algemeen wordt aangenomen vallen onder de reikwijdte van deze bepaling niet alleen feitelijke handelingen van het bestuur, maar ook privaatrechtelijke rechtshandelingen. Deze bepaling vormt aldus in zekere zin het spiegelbeeld van artikel 3:14 BW.[136]

Zoals in het voorgaande beschreven, was de gemengde rechtsleer sinds de jaren zeventig aan een opmars bezig ten detrimente van de gemene rechtsleer. De vraag is of en op welke wijze de ontwikkeling van het Nieuw Burgerlijk Wetboek en de Algemene wet bestuursrecht van invloed is geweest op het debat over de verhouding tussen privaat- en publiekrecht. De preadviezen van Lubach en Van Schendel uit 1986 voor de Vereniging voor Administratief Recht en het verslag van de naar aanleiding daarvan gehouden vergadering geven op deze vraag een antwoord.[137]

Lubach stelt in zijn preadvies onomwonden dat het Nieuw Burgerlijk Wetboek wat betreft de theoretische verhouding tussen privaatrecht en publiekrecht niets nieuws biedt. Als gezegd, is deze verhouding als zodanig bij de totstandkoming van het Nieuw Burgerlijk Wetboek ook geen aandachtspunt geweest. De ontwikkeling van de gemene naar de gemengde rechtsleer heeft zich in zijn ogen dan ook in feite buiten de hercodificatie van het privaatrecht om voltrokken.[138] Ook Van Schendel is in zijn preadvies van mening dat

---

van de Invoeringswet alsnog op het standpunt had gesteld dat deze bepalingen mede bedoelen te verwijzen naar het bestuursrecht. Ter relativering merkt hij evenwel op dat het slechts om overeenkomstige toepassing gaat, voor zover de aard van de rechtsbetrekking zich daartegen niet verzet (zie VAR 1987, p 52-53). Inmiddels heeft de wetgever zich ook in het kader van de Algemene wet bestuursrecht onomwonden op het standpunt gesteld dat de bewoordingen van de schakelbepalingen wel degelijk mede het bestuursrecht bestrijken (zie *Kamerstukken II* 2004/05, 29 702, nr. 3, p. 15).

135 Zie bijvoorbeeld Snijders 1988, p. 51 en 59 en Bloembergen 1996, p. 9; zie voorts, wat voorzichtiger, Van Kreveld 1988, p. 79.

136 Zie voor de precieze verhouding tussen enerzijds artikel 3:14 BW en anderzijds artikel 3:1 lid 2 Awb uitgebreid Snijders 1988, p. 50 en 58-59. Samengevat kan worden gesteld dat zij elkaar in belangrijke mate overlappen, maar niet geheel met elkaar samenvallen.

137 Zie voor de preadviezen Lubach 1986 en Van Schendel 1986; en voor het verslag VAR 1987.

138 Lubach 1986, p. 56.

het Nieuw Burgerlijk Wetboek geen principieel standpunt inneemt over de verhouding tussen privaatrecht en publiekrecht. De bepalingen van het nieuwe wetboek zijn in zijn ogen uitdrukkelijk alleen voor het vermogensrecht geschreven; het nieuwe wetboek geeft volgens Van Schendel aldus geen specifieke regels voor de toepassing van het wetboek op rechtsbetrekkingen waarbij de overheid is betrokken. De vraag of, in hoeverre en op welke wijze privaatrechtelijke normen van betekenis kunnen zijn voor rechtsbetrekkingen waarbij de overheid is betrokken, dient in zijn ogen dan ook te worden beantwoord 'op grond van dezelfde uitgangspunten, theorieën of overtuigingen, die men voordien koesterde'.[139]

Op grond van de buiten de legislatieve weg ontwikkelde gemengde rechtsleer bestaan er volgens beide preadviseurs evenwel wel degelijk mogelijkheden de normen uit het Nieuw Burgerlijk Wetboek toe te passen op rechtsbetrekkingen waarbij de overheid als rechtssubject is betrokken. Lubach stelt dat het Nieuw Burgerlijk Wetboek wat betreft deze kwestie op zichzelf 'indifferent' is, nu de verschillende schakelbepalingen in zijn optiek niet mede beogen bestuursrechtelijke verhoudingen te bestrijken.[140] Ook Van Schendel meent dat de verschillende schakelbepalingen in dezen geen rol spelen, nu deze in zijn ogen slechts zien op *privaatrechtelijke* verhoudingen buiten het vermogensrecht.[141] Naar de inhoud van de normen binnen het nieuwe wetboek bezien, zijn er volgens Lubach evenwel wellicht ruimere mogelijkheden dan voorheen. Het nieuwe wetboek is in zijn ogen minder dogmatisch en kent meer relativeringen, 'open normen' en verwijzingen naar het algemeen belang als toetssteen dan het vorige. Aldus laat het nieuwe wetboek volgens hem meer dan voorheen de mogelijkheid open 'dat tegenover de ene persoon iets anders geldt dan tegenover de andere'. Lubach concludeert vervolgens dat in het Nieuw Burgerlijk Wetboek aldus 'meer aanknopingspunten te vinden zijn voor een (genuanceerde) toepassing van algemeenrechtelijke bepalingen op rechtsverhoudingen waarbij de overheid betrokken is'.[142]

Vervolgens schetst Van Schendel de voorliggende problematiek in heldere bewoordingen. Het gaat zijns inziens niet zozeer om de vraag welke rechtsnormen van toepassing zijn wanneer de overheid gelijk ieder ander gebruik maakt van privaatrechtelijke bevoegdheden. Dergelijke rechtshandelingen van de

139 Van Schendel 1986, p. 68. Tijdens de algemene vergadering van de VAR naar aanleiding van de preadviezen van Lubach en Van Schendel liepen de meningen tamelijk uiteen waar het de vraag betrof of het Nieuw Burgerlijk Wetboek al dan niet een nieuwe impuls gaf aan het debat over de verhouding tussen privaatrecht en publiekrecht. De algemene teneur leek toch te zijn dat het Nieuw Burgerlijk Wetboek weinig nieuws bood en met name een codificatie betrof van de reeds in de jurisprudentie en de dogmatiek gangbare gemengde rechtsleer. Wel zou het feit dat het nieuwe wetboek meer open normen kende, ruimere mogelijkheden bieden tot beïnvloeding van het privaatrecht door het publiekrecht (zie het verslag van de vergadering in VAR 1987).

140 Lubach 1986, p. 56.

141 Van Schendel 1986, p. 68.

142 Lubach 1986, p. 56.

overheid die ook door niet-overheden kunnen worden verricht, zijn volgens Van Schendel immers rechtstreeks aan het privaatrecht onderworpen, waarbij de bijzondere positie van de overheid als behartiger van het algemeen belang wordt verdisconteerd in de wijze waarop het privaatrecht wordt toegepast. Het overheidsaspect kleurt hier als het ware de privaatrechtelijke norm. In zijn ogen bestaat er geen bezwaar tegen deze invloed van het overheidsaspect aan te duiden met de term 'gemengd' rechtscomplex, waarin elementen van zowel het privaatrecht als het publiekrecht zijn te onderkennen.[143] Het gaat volgens Van Schendel evenwel veeleer om de vraag welk normatief kader geldt in geval van een bepaalde, exclusief door de overheid te hanteren op het publiekrecht gebaseerde rechtsfiguur, waarvoor geen uitgewerkt normatief kader in het bestuursrecht voorhanden is, terwijl wel een uitgewerkte regeling voor een vergelijkbare privaatrechtelijke rechtsfiguur bestaat. In dat geval kan het privaatrecht langs drie wegen een rol spelen: 1) door het privaatrecht analoog toe te passen; 2) door het privaatrecht toe te passen als het gemeenschappelijke recht dat ook voor het bestuursrecht gelding heeft, maar 'toevallig' alleen in het privaatrecht is beschreven; of 3) door het privaatrecht als het gemene recht toe te passen. Gezien de daartegen gerezen bezwaren wijst Van Schendel de laatste methode af, maar de eerste twee methoden acht hij beide goed bruikbaar. Voor de praktijk maakt het evenwel weinig uit, nu beide methoden – zij het theoretisch gezien langs andere wegen – uiteindelijk leiden tot 'toepassing van in het uiterlijk systeem van het privaatrecht neergelegde regels op publiekrechtelijke rechtsfiguren'.[144]

Uit de preadviezen van Lubach en Van Schendel, alsmede uit de reacties die daarop zijn gekomen tijdens de naar aanleiding daarvan gehouden algemene vergadering van de VAR, kan worden afgeleid dat de gemengde rechtsleer definitief zijn intrede leek te hebben gedaan. Over de vraag of de totstandkoming van beide wetten aan deze wederzijdse toenadering ook een concrete bijdrage heeft geleverd, lopen de meningen – ook in de latere literatuur – uiteen, maar in ieder geval kan worden gesteld dat door de wetgever geen

143 Van Schendel 1986, p. 67. Ackermans-Wijn volgt, zoals in het voorgaande geschetst, in feite dezelfde benadering.

144 Van Schendel 1986, p. 67-68 met verwijzing naar Bloembergen 1979, p. 374. De mogelijkheid tot analoge toepassing van een privaatrechtelijke regel hangt in de optiek van Van Schendel af van de mate waarin de regel voor het bijzondere geval kan worden herleid tot een zodanig algemene, dat toepassing op het bijzondere bestuursrechtelijke geval mogelijk is. In dat geval kan tot analoge toepassing worden besloten, zolang de aard van de bestuursrechtelijke verhouding zich daartegen niet verzet. Wanneer evenwel kan worden gezegd dat de privaatrechtelijke regel een uitdrukking vormt van een aan privaatrecht en bestuursrecht ten grondslag liggend gemeenschappelijk recht, is evenwel geen sprake van analoge toepassing van de privaatrechtelijke regel, maar van toepassing van dat gemeenschappelijke recht zelf, waarbij het privaatrecht als het ware slechts als vindplaats van dat recht wordt gebruikt.

drempels zijn opgeworpen die deze toenadering belemmeren.[145] Zonder met ingrijpende vernieuwingen te komen, schiep het Nieuw Burgerlijk Wetboek de voorwaarden om de eerder in de jurisprudentie en de dogmatiek ingezette ontwikkeling verder door te zetten. Enerzijds stond als gevolg van de introductie van artikel 3:14 BW en het ruime gebruik van open normen binnen het wetboek buiten kijf dat het gebruik van privaatrechtelijke bevoegdheden door de overheid mede kan worden beoordeeld aan de hand van publiekrechtelijke normen. Anderzijds maakte de schakelbepalingen het mogelijk bepaalde privaatrechtelijke regels in bestuursrechtelijke verhoudingen analoog toe te passen. De mogelijkheden tot een gemengde toepassing van privaatrecht en publiekrecht op concrete rechtsbetrekkingen waren derhalve zonder meer aanwezig.

Het was evenwel nog de vraag of hiervan in de praktijk van de rechtspleging gebruik zou worden gemaakt,[146] en zo ja, op welke wijze gestalte zou worden gegeven aan de mogelijkheid tot gemengde toepassing van rechtsnormen. Hierbij lag – voor wat betreft de beïnvloeding van het publiekrecht door het privaatrecht – niet alleen de door Van Schendel voorgelegde keuze voor tussen enerzijds analoge toepassing van privaatrechtelijke regels en anderzijds toepassing van gemeenschappelijk recht; ook diende een keuze te worden gemaakt voor het in dit kader te hanteren criterium. Lubach en Van Schendel pleitten voor wat betreft dit laatste aspect voor de methode van de aard van de rechtsverhouding: deze zou moeten bepalen welke mix van privaatrechtelijke en publiekrechtelijke bepalingen op een concreet voorliggende rechtsbetrekking van toepassing zou moeten zijn. De Haan pleitte er daarentegen voor eerst uit te maken welk objectief recht in de eerste plaats van toepassing is op de rechtsbetrekking om vervolgens aan de hand van de aard van de rechtsverhouding te bekijken of en in hoeverre bijmenging van regels uit het andere rechtsdomein is aangewezen.[147] Voor wat betreft de in het kader van

145 Zie evenwel De Haan, Drupsteen & Fernhout 2001, p. 56 die stellen dat de Algemene wet bestuursrecht de positie van het bestuursrecht ten opzichte van het privaatrecht verder heeft verzelfstandigd door tegenover de privaatrechtelijke rechtshandeling het besluit als publiekrechtelijke rechtshandeling te plaatsen en tegenover het burgerlijk procesrecht een zelfstandige regeling van het bestuursprocesrecht. Naarmate in volgende tranches meer thema's een eigen regeling binnen de Algemene wet bestuursrecht krijgen, zet deze verzelfstandiging zich volgens hen alleen maar verder door.

146 Zo merkt dagvoorzitter Konijnenbelt in zijn afsluitende opmerkingen van genoemde algemene vergadering op dat de problemen van gemengde toepassing niet zozeer juridisch-technisch als wel juridisch-cultureel van aard zijn (zie VAR 1987, p. 76-77). Zie in dit kader ook Kobussen 1988, p. 4-5 die meent dat uit het Nieuw Burgerlijk Wetboek geen principiële keuze voor of tegen de gemene rechtsleer kan worden afgeleid. Wanneer het publiekrecht restrictief zou (blijven) worden geïnterpreteerd – ook daar waar het ingevolge de besproken bepalingen uit het Burgerlijk Wetboek op het privaatrecht doorwerkt – zou de gemene rechtsleer in haar ogen overeind kunnen blijven.

147 Zie voor de bijdragen van Lubach en Van Schendel op dit punt VAR 1987, p. 65-66 en 70-71 en voor die van De Haan VAR 1987, p. 41-44.

de gemengde rechtsleer te hanteren methoden en criteria lagen derhalve nog de nodige vragen open.

7.2.8 Wederzijdse toenadering

Geconstateerd kan worden dat na de preadviezen van Lubach en Van Schendel de ontwikkeling van de gemengde rechtsleer zich eind jaren tachtig met kracht doorzette. In toenemende mate werd ervoor gepleit de klassieke grenzen tussen het privaatrecht en het publiekrecht waar mogelijk te slechten, nu het in vergaande mate om een achterhaald onderscheid zou gaan. De verschillende bijdragen van onder meer Hirsch Ballin, Vranken, Scheltema en Van Kreveld in de bundel 'Bestuursrecht en Nieuw B.W.' uit 1988, verschenen naar aanleiding van een studiemiddag die de Tilburgse Juristenvereniging voor afgestudeerden JUVAT in 1987 over dit thema organiseerde, geven een goede illustratie van dit eerder door Polak en Bloembergen gepostuleerde streven naar eenheid van recht.[148]

Hirsch Ballin meent dat door de wijze waarop het privaatrecht zich heeft ontwikkeld – de eerdergenoemde ontwikkeling van vermaatschappelijking van het privaatrecht – het onderscheid tussen privaat- en publiekrecht in aanzienlijke mate dient te worden genuanceerd.

> 'Het moderne privaatrecht (…) is 'multifunctioneel' geworden. Het is niet meer alleen het recht waarin personen vrijelijk betrekkingen met elkaar aangaan, maar ook het recht waarmee belangrijke organisaties in het maatschappelijk middenveld zichzelf en hun relaties met velerlei, vaak van een behoorlijke taakvervulling door die organisatie afhankelijke burgers ordenen. Standaardovereenkomsten, misbruik van monopolieposities, en doorwerking van grondrechten zijn enkele juridische trefwoorden voor deze functiewijziging, of liever functieverbreding, van het privaatrecht. In de jurisprudentie worden aan subjecten die – al zijn het geen overheidsorganen – een bijzondere verantwoordelijkheid in de samenleving dragen, andere eisen gesteld dan aan privépersonen. Bovendien vervult het privaatrecht een belangrijke functie in het overheidsoptreden. Al naar gelang zijn functie neemt het privaatrecht een andere kleur aan. (…) Dientengevolge heeft het onderscheid tussen publiekrecht en privaatrecht uit het oogpunt van de materiële inhoud van het recht veel aan betekenis ingeboet.'[149]

Het onderscheid tussen privaat- en publiekrecht is volgens Hirsch Ballin dan ook in feite nog slechts van belang met het oog op de rechterlijke competentieverdeling. En zelfs dat belang is in zijn ogen betrekkelijk, nu de uitkomsten van het geding, onafhankelijk van de vraag of dit door de burgerlijke rechter of de bestuursrechter wordt behandeld, materieel gezien niet zelden sterk

148 Peters & Kobussen 1988.
149 Hirsch Ballin 1988, p. 17.

vergelijkbaar zullen zijn.[150] Beide rechters zijn ingevolge de gemengde rechtsleer immers in toenemende mate bereid elkanders rechtsnormen toe te passen, waarbij met name betekenis toekomt aan de in het geding zijnde belangen. De traditionele tweedeling van het recht in enerzijds een deelrechtsorde voor de overheid en anderzijds een deelrechtsorde voor de burger is volgens Hirsch Ballin in ieder geval een (lang geleden) gepasseerd station.[151]

Ook Vranken benadrukt datgene wat privaat- en publiekrecht bindt in plaats van datgene wat hen onderscheidt. Op het snijvlak van beide rechtsgebieden is volgens hem sprake van een duidelijke wisselwerking doordat leerstukken, regels en beginselen uit het ene rechtsgebied al dan niet in aangepaste vorm binnen het andere rechtsgebied worden overgenomen of dit andere rechtsgebied in ieder geval beïnvloeden. Aan de hand van tal van voorbeelden, zoals de opkomst in het privaatrecht van de toezegging en het opgewekt vertrouwen als zelfstandige bronnen van verbintenissen, laat Vranken zien dat kennelijk meer overeenstemming tussen privaatrecht en bestuursrecht bestaat dan veelal wordt aangenomen.[152] Vanuit dit vertrekpunt schetst hij een beeld van het overeenkomstenrecht dat goed past bij de hiervoor weergegeven schets van Hirsch Ballin van het privaatrecht in het algemeen. Onder verwijzing naar het standaardarrest Baris/Riezenkamp uit 1957 stelt Vranken dat partijen een zorgplicht jegens elkaar hebben en zij zich op grond daarvan mede door de belangen van de ander moeten laten leiden.[153] Hierbij dient voortdurend te worden gelet op de vraag wat partijen over en weer redelijkerwijs van elkaar mochten verwachten, bij beantwoording van welke vraag telkens dient te worden gedifferentieerd aan de hand van verschillende relevante factoren: de maatschappelijke positie van partijen, hun onderlinge rechtsbetrekking, deskundigheid, rechtskennis, aard van de rechtshandeling, ernst van de gevolgen en wat partijen over en weer weten of behoren te weten. Een en ander leidt Vranken tot de conclusie dat het privaatrecht aldus een vergelijkbare ontwikkeling heeft doorgemaakt als het bestuursrecht aan de hand van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur.[154]

150 Hirsch Ballin 1988, p. 22.
151 Hirsch Ballin 1988, p. 24.
152 Vranken 1988, p. 30-34.
153 HR 15 november 1957, *NJ* 1958, 67 m.nt. LEHR (Baris/Riezenkamp).
154 Vranken 1988, p. 36; vgl. ook zijn tweede stelling op p. 27 waarin hij meent dat de beslissing van de Hoge Raad in een aantal bekende arresten, waaronder HR 27 maart 1987, *NJ* 1987, 727 m.nt. MS (Amsterdam/Ikon), niet anders zou hebben geluid wanneer daarbij niet zou zijn verwezen naar de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, maar 'gewoon' het privaatrecht zou zijn toegepast. Zie over de vraag of de algemene beginselen van behoorlijk bestuur al dan niet iets zouden toevoegen aan het bestaande privaatrechtelijke instrumentarium ook Droogleever Fortuijn 1979 die meent dat dit niet het geval is; zie in dit kader voorts Schoordijk 1984, p. 26-39 en Vetter 1987, p. 300 en de aldaar genoemde literatuur. Zie tot slot Scheltema 1988, p. 46-47 die net als Vranken van mening is dat privaatrecht en bestuursrecht zich in de tweede helft van de vorige eeuw langs vergelijkbare lijnen hebben ontwikkeld.

De nadruk op hetgeen privaatrecht en bestuursrecht gemeenschappelijk hebben, leidt Vranken voorts tot de conclusie dat het beste van beide werelden zoveel mogelijk met elkaar zou moeten worden gecombineerd, waarbij niet zou moeten worden volstaan met het enkel aannemen van de toepasselijkheid van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur op privaatrechtelijk handelen door de overheid. Dit is volgens hem de logische consequentie van de erkenning van privaatrecht als volwaardig instrument van overheidshandelen naast het publiekrecht: de burger mag immers niet de dupe worden van het feit dat de overheid een in beginsel vrije keuze heeft tussen het gebruik van twee verschillende normstelsels. Vranken ziet de binnen het Nieuw Burgerlijk Wetboek en de Algemene wet bestuursrecht door middel van de diverse schakelbepalingen geboden openheid ten opzichte van elkaar dan ook slechts als een noodzakelijke voorwaarde voor verdere onderlinge wisselwerking tussen beide rechtsgebieden.[155]

Scheltema constateert dat de grenzen tussen bestuursrecht en privaatrecht uiterst grillig verlopen en voornamelijk van toevallige omstandigheden, zoals de competentieverdeling, afhankelijk zijn. Ook hij bepleit daarom dat het noodzakelijk is dat bestuursrecht en privaatrecht voor zover het de verhouding tussen bestuur en burger betreft zo naadloos mogelijk op elkaar gaan aansluiten. Zolang dit niet het geval is, ontstaan immers ongerechtvaardigde verschillen tussen in wezen gelijke situaties, met als gevolg dat bestuursorganen op oneigenlijke gronden voor één van beide wegen kunnen kiezen en een in wezen te groot belang aan de competentieverdeling tussen de bestuursrechter en de burgerlijke rechter toekomt.[156] Voorts kan nauwe aansluiting tussen privaat- en bestuursrecht ervoor zorgen dat minder snel behoefte zal bestaan tot ontwikkeling van aparte regelingen in het bestuursrecht voor onderwerpen die reeds een privaatrechtelijke tegenhanger kennen (bijvoorbeeld in het geval van de publiekrechtelijke overeenkomst). Het van toepassing verklaren van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur op privaatrechtelijke rechtshandelingen van de overheid in artikel 3:14 BW en artikel 3:1 lid 2 Awb valt volgens Scheltema dan ook toe te juichen, maar is ook niet meer dan logisch, nu het gezien de stand van de jurisprudentie in feite om codificatie van geldend recht gaat.[157]

Tot slot sluit ook Van Kreveld zich aan bij het pleidooi van Hirsch Ballin, Vranken en Scheltema om de muren tussen privaat- en publiekrecht zoveel mogelijk te slechten. Ook hij wijst er hierbij op dat enerzijds binnen het bestuursrecht in toenemende mate rekening wordt gehouden met de soms min of meer horizontale verhoudingen tussen overheid en burger, terwijl anderzijds

155 Vranken 1988, p. 36-37.

156 Scheltema 1988, p. 41-42, alsmede p. 45. Ook eenheid in (cassatie)rechtspraak zou volgens Scheltema in belangrijke mate kunnen bijdragen aan het verwezenlijken van dit doel.

157 Scheltema 1988, p. 47-48 met verwijzing naar onder meer HR 27 maart 1987, *NJ* 1987, 727 m.nt. MS (Amsterdam/Ikon).

binnen het privaatrecht in toenemende mate open normen ontstaan die de mogelijkheid bieden met de grote verschillen in maatschappelijke verhoudingen rekening te houden door bijvoorbeeld bijzondere eisen te stellen aan hen die in een machtspositie verkeren. Voorts meent hij dat aanleiding tot verdergaande wederzijdse doordringing van privaat- en bestuursrecht kan worden gevonden in het feit dat het in de praktijk steeds lastiger wordt om uit te maken of een concrete rechtsbetrekking nu als privaatrechtelijk of juist als publiekrechtelijk moet worden beschouwd.[158]

Op basis van de verschillende in het voorgaande kort weergegeven bijdragen in de JUVAT-bundel 'Bestuursrecht en Nieuw B.W.' kan worden geconcludeerd dat eind jaren tachtig een sterke stroming bestond die zich uitsprak voor een verdere toenadering van het bestuursrecht en het privaatrecht.[159] De verklaring voor dit naar elkaar toegroeien van privaat- en bestuursrecht wordt door velen gevonden in het feit dat het privaatrecht en het bestuursrecht zich in de tweede helft van de vorige eeuw langs vergelijkbare lijnen hebben ontwikkeld. Enerzijds heeft zich ten aanzien van het privaatrecht een ontwikkeling voorgedaan die in de literatuur bekend staat als de vermaatschappelijking van het privaatrecht, anderzijds is het bestuursrecht sterk in omvang gegroeid en zijn daarbinnen de algemene beginselen van behoorlijk bestuur tot ontwikkeling gekomen.[160] Niettemin zijn in de literatuur ook minder enthousiaste geluiden te horen waar het gaat om de wenselijkheid van verdere toenadering tussen privaatrecht en bestuursrecht. Volgens Van der Hoeven, zoals in het voorgaande beschreven een van de pioniers waar het gaat om het slechten van de klassieke grenzen tussen privaat- en publiekrecht blijft voorzichtigheid geboden:

> 'Het voorgaande strekt te tonen hoezeer in het bestuursrecht op velerlei manieren privaatrechtelijke vormen en normen zijn geïnfiltreerd, dan wel door het bestuur gebruikt worden. Er werd al op gewezen, dat de visie, dat het hier om een harmonisatie, een verzoening van twee voorheen "feindliche Brüder" zou gaan, te idyllisch is. De overzichtelijkheid van bestuurlijke verhoudingen en verantwoordelijkheden, de openbaarheid en controleerbaarheid van het bestuur, de waarborg dat "alle daarvoor in aanmerking komende belangen" inderdaad worden afgewogen in een zorgvuldige besluitvorming en zonodig in een eenvoudige daartoe ingerichte rechtsgang kunnen worden getoetst, dit alles wordt niet optimaal gediend door een ineenvloeien van rechtsgebieden die zijn opgebouwd vanuit zeer verschillende vooronderstellingen. De keuze van een ambtelijk bestuursorgaan voor een privaatrechtelijke weg of vorm komt nogal eens voort uit dezelfde behoefte zoveel mogelijk ongestoord zijn gang te kunnen gaan, die in het verleden heeft geleid tot een

158 Van Kreveld 1988, p. 71-72.
159 Vgl. Van Kreveld 1988, p. 71.
160 Zie o.m. Lubach 1986, p. 10.

> afwijzen eerst, een zoveel mogelijk beknotten vervolgens, van toetsing van de rechtmatigheid van het "freies Ermessen" door een administratieve rechter.'[161]

Ook De Haan, Drupsteen en Fernhout bepleiten terughoudendheid waar het gaat om de wederzijdse toenadering van publiekrecht en privaatrecht, nu nog steeds wezenlijke verschilpunten tussen beide rechtsgebieden bestaan. De belangrijkste daarvan is voor hen de omstandigheid dat de overheid voor haar publiekrechtelijk optreden op grond waarvan zij eenzijdig de rechtsbetrekking kan vaststellen altijd een wettelijk verankerde bevoegdheid dient te hebben, terwijl de burger op grond van het privaatrecht autonoom bevoegdheden kan uitoefenen en rechtsbetrekkingen kan aangaan. Nu heeft ook de overheid weliswaar de mogelijkheid om van het privaatrecht gebruik maken, maar dan rijst de vraag of en in hoeverre zij daarbij aan dezelfde rechtsstatelijke eisen kan worden gebonden als binnen het publiekrecht het geval is. Hoewel ook binnen het burgerlijk recht rekening wordt gehouden met de bijzondere positie van de overheid en de nodige waarborgen tegen onredelijk optreden van de overheid bestaan, kan de publiekrechtelijke normering daarmee volgens De Haan c.s. toch niet voldoende worden gecompenseerd. Zij benadrukken dat met name de positie van de derde belanghebbende binnen het privaatrecht niet voldoende kan worden gegarandeerd.[162]

De meest felle kritiek op de ontwikkeling richting een gemengde rechtsleer komt vanuit de 'Maastrichtse school'.[163] De auteurs die hiertoe kunnen worden gerekend, benadrukken steevast het principiële verschil tussen het privaatrecht en het publiekrecht, waarbij het privaatrecht heeft te gelden als het recht van burgers onderling, gebaseerd op partijautonomie, wederkerigheid en gelijkwaardigheid van rechtssubjecten; en het publiekrecht als het recht van de gemeenschap, gebaseerd op legaliteit, eenzijdigheid, ongelijkwaardigheid van overheid en burger, en de principiële oriëntatie op het algemeen belang.[164] Dit betekent dat ook wanneer de overheid ogenschijnlijk privaatrechtelijk handelt, het dat slechts naar de vorm doet; materieel gaat het gezien de inherente gerichtheid van het overheidshandelen op het algemeen belang steeds om publiekrechtelijk handelen dat daarom ook principieel langs de weg van het publiekrecht dient te worden genormeerd. De overheid mist in de ogen van de Maastrichtse school eenvoudigweg de bevoegdheid om daadwerkelijk privaatrechtelijk te handelen. In deze visie komt waar het overheidshandelen betreft dan ook slechts een 'invullende' rol aan het privaatrecht toe, hetgeen betekent dat privaatrechtelijke normen slechts kunnen worden toegepast nadat

---

161 Van der Hoeven 1989, p. 244. Eerder sprak Van der Hoeven dan ook terecht van 'eenheid in verscheidenheid' (zie Van der Hoeven 1987, p. 280).

162 De Haan, Drupsteen & Fernhout 2001, p. 56-57.

163 Zie eerder § 5.4.3.3.

164 Zie onder meer de verschillende bijdragen in Van der Linden & Tak 1995, Teunissen 1996 en Tak 1997. Zie voor een korte weergave van de opvattingen van deze school Verheij 1999, p. 58-60.

zij publiekrechtelijk zijn ingevuld. Van daadwerkelijke toepassing van het privaatrecht is dan ook geen sprake; het gaat veeleer om toepassing van aan het recht als geheel ten grondslag liggende rechtsbeginselen die vanuit een historisch perspectief verklaarbaar toeval slechts voor het privaatrecht zijn uitgewerkt in het Burgerlijk Wetboek.[165] Het behoeft weinig betoog dat vanuit deze door Tak ontwikkelde 'invullende rechtsleer'[166] – waarin de overheid per definitie publiekrechtelijk handelt – de gemengde rechtsleer slechts een bescheiden vooruitgang betekent ten opzichte van de gemene rechtsleer van weleer.[167]

Hoewel de invullende rechtsleer van Tak een duidelijke invloed heeft gehad op het debat over de verhouding tussen privaatrecht en publiekrecht, heeft zij de opmars van de gemengde rechtsleer niet wezenlijk kunnen stuiten. Drupsteen vat de stand van zaken in 2000 kernachtig samen, waar hij stelt dat de verhouding tussen het bestuursrecht en privaatrecht er één is geworden van min of meer gelijkwaardige rechtsgebieden. Deze situatie roept volgens Drupsteen evenwel evenveel vragen op als de vroegere verhouding van algemeen tot bijzonder. Het werken met algemene rechtsbeginselen die binnen de afzonderlijke rechtsdomeinen een eigen inkleuring krijgen, ziet hij als winst.[168] Daarnaast is het streven om zoveel mogelijk onnodige verschillen tussen privaat- en bestuursrecht te vermijden door rechtsregels uit het Burgerlijk Wetboek analoog toe te passen binnen het bestuursrecht. De vraag blijft evenwel in welke gevallen dit mogelijk is en in welke gevallen het bestuursrecht om een eigen regeling vraagt.[169]

7.2.9 Hedendaagse opvattingen: Scheltema en Scheltema

De stand van zaken op het gebied van de verhouding tussen privaat- en publiekrecht aan het begin van de twintigste eeuw wordt kernachtig beschreven in het handboek van Scheltema & Scheltema uit 2008 over de wisselwerking tussen publiek- en privaatrecht onder de veelzeggende titel 'Gemeen-

165 Deze laatste opvatting dat er voor het recht als geheel gemeenschappelijke regels zouden bestaan die slechts voor het privaatrecht daadwerkelijk zijn uitgewerkt, wordt in de literatuur ook wel aangeduid als de 'echte gemene rechtsleer'. Zie Verheij 1999, p. 60-61.

166 Zie onder meer Tak 1997, 105-118. Zie voor kritiek op deze invullende rechtsleer onder meer Polak 2006, p. 111-113, waar Polak met name het standpunt van Tak bestrijdt dat de overheid geen bevoegdheden aan het privaatrecht zou kunnen ontlenen.

167 Zie Verheij 1999, p. 58.

168 Drupsteen 2000, p. 105: 'Met alle erkenning van het principiële verschil tussen publiek- en privaatrecht levert 'bij elkaar' denken in de zin van vergelijken in het algemeen meer op dan 'uit elkaar' denken. Dit laatste geeft wel inzicht, maar leidt ook vaak tot verstarring.'

169 Drupsteen 2000, p. 106.

schappelijk recht'.[170] Belangrijk om hierbij op te merken is het feit dat Michiel Scheltema als regeringscommissaris aan de wieg heeft gestaan van de (verschillende tranches van de) Algemene wet bestuursrecht, als gevolg waarvan de opvattingen van de wetgever over de verhouding tussen privaatrecht en publiekrecht niet zelden een opvallende gelijkenis vertonen met de door Scheltema in de loop der jaren en ook in dit handboek verdedigde opvattingen. Dit gegeven kan het mede rechtvaardigen om genoemd werk 'Gemeenschappelijk recht' als uitgangspunt te nemen bij de bespreking van de vandaag de dag heersende gedachten over deze thematiek, temeer daar in dit werk – in tegenstelling tot veel van de in het voorgaande genoemde literatuur, met uitzondering van de in het voorgaande besproken dissertatie van Ackermans-Wijn – ook expliciet aandacht wordt besteed aan de vraag op welke wijze, uitgaande van de mogelijkheid tot gemengde toepassing van rechtsregels, kan worden uitgemaakt welk normatief kader op een specifieke rechtsbetrekking van toepassing is.

Scheltema en Scheltema stellen voorop dat het exacte verloop van de grens tussen publiek- en privaatrecht niet van al te groot belang (meer) is. Niet alleen is deze grens vaak onduidelijk, ook kan hij voortdurend verspringen doordat een bepaalde thematiek die traditioneel tot het ene rechtsgebied wordt gerekend vrij plotseling tot een ander rechtsgebied kan gaan behoren.[171] Voorts, en wellicht belangrijker, benadrukken Scheltema en Scheltema dat ook indien een bepaalde rechtsbetrekking als bestuursrechtelijk wordt beschouwd, dit geenszins hoeft te betekenen dat de normen uit het privaatrecht zonder betekenis zouden zijn, nu deze vaak niettemin direct of indirect op deze rechtsbetrekking van toepassing kunnen zijn.[172]

Vervolgens onderscheiden zij drie verschillende wijzen waarop het privaatrecht kan doorwerken in verhoudingen tussen burger en overheid.[173] Ten eerste kan het privaatrecht rechtstreeks van toepassing zijn, omdat de voorliggende rechtsbetrekking in hoofdzaak een privaatrechtelijk karakter heeft.[174] Dergelijke rechtsbetrekkingen, zoals de koopovereenkomst, worden primair door het privaatrecht beheerst, met enige aanvullende normering vanuit het bestuursrecht (met name door de algemene beginselen van behoorlijk bestuur) vanwege de betrokkenheid van een overheidsorgaan als partij bij de rechtsbetrekking. Ook kan in dergelijke gevallen, zoals in het voorgaande al aan

170 Zie Scheltema & Scheltema 2008. Dit handboek is met name gericht op de betekenis van het privaatrecht voor bestuursrechtelijke verhoudingen. Het perspectief is derhalve in eerste instantie bestuursrechtelijk; dit in tegenstelling tot de eerder besproken dissertatie van Ackermans-Wijn, waarin het perspectief veeleer privaatrechtelijk was.

171 Scheltema & Scheltema 2008, p. 2.

172 Scheltema & Scheltema 2008, p. 2.

173 Scheltema & Scheltema 2008, p. 2-3.

174 Ook de wetgever stelt zich op het standpunt dat de verhouding tussen overheid en burger niet in alle gevallen van bestuursrechtelijke aard is. In dergelijke gevallen is het privaatrecht rechtstreeks van toepassing. Zie *Kamerstukken II* 2003/04, 29 702, nr. 3, p. 14.

de orde is geweest, bij de concrete invulling van de verschillende open normen rekening worden gehouden met de omstandigheid dat de overheid (en dus in meer of mindere mate het algemeen belang) bij de rechtsbetrekking is betrokken. De tweede mogelijkheid die zij onderscheiden is de situatie waarin de rechtsbetrekking weliswaar primair een bestuursrechtelijk karakter heeft, maar waarin de wetgever uitdrukkelijk heeft bepaald dat een aantal regels van het privaatrecht van overeenkomstige toepassing is. Een derde mogelijkheid is de situatie waarin weliswaar niet een uitdrukkelijke bepaling bestaat die onderdelen van het privaatrecht van overeenkomstige toepassing verklaart, maar de wetgever of de rechter zich niettemin door de normen van het privaatrecht laat inspireren.[175]

Dan rijst vervolgens de vraag wat het leidende motief zou moeten zijn bij beantwoording van de vraag in welke situaties en op welke wijze tot een gemengde toepassing van privaat- en publiekrecht in één van de vorenomschreven situaties dient te worden gekomen. Ackermans-Wijn koos ter beantwoording van deze vraag voor aansluiting bij de gemene rechtsleer. Scheltema en Scheltema kiezen een enigszins andere benadering en formuleren ter beantwoording van deze vraag een tweetal uitgangspunten:

> 'a. Bestuursrecht en privaatrecht zijn onderscheiden en naast elkaar staande rechtsgebieden. De regels die voor het ene rechtsgebied gelden, zijn niet vanzelfsprekend ook van toepassing op het andere gebied;
> b. Er bestaat in de huidige tijd een toenemende behoefte aan convergentie tussen bestuursrecht en privaatrecht. Verschillen in rechtsregels die hun oorsprong niet vinden in het verschillende karakter van de te regelen rechtsverhoudingen, dienen vermeden te worden.'[176]

In deze beide onderling samenhangende uitgangspunten valt een drietal aspecten op. Ten eerste het streven om zoveel mogelijk te voorkomen dat nodeloze verschillen ontstaan tussen bestuursrecht en privaatrecht. Scheltema en Scheltema zijn van mening dat 'de eenheid en de overtuigingskracht van een rechtssysteem (…) [sterker worden] wanneer men alleen dan tot uiteenlopende regelingen komt, indien daarvoor vanuit het te regelen onderwerp goede argumenten bestaan'.[177] Daarbij kan het privaatrecht noch het bestuursrecht aanspraak maken op het primaat: indien het privaatrecht goede regelingen voor bepaalde materie bevat en er niet of nauwelijks aanleiding is voor het bestuursrecht iets anders te bepalen, dient men het privaatrecht te volgen en *vice versa.* Hetgeen als gemeenschappelijk recht kan worden beschouwd, dient derhalve niet nodeloos te worden versnipperd, ook – en wellicht zelfs juist – niet vanuit een behoefte het ene rechtsgebied te accentueren of te

175 Scheltema & Scheltema 2008, p. 3.
176 Scheltema & Scheltema 2008, p. 4. Zie ook *Kamerstukken II* 2003/04, 29 702, nr. 3, p. 14.
177 Scheltema & Scheltema 2008, p. 3. Zie ook *Kamerstukken II* 2003/04, 29 702, nr. 3, p. 16-17.

emanciperen ten opzichte van het andere rechtsgebied. Aldus lijken Scheltema en Scheltema een benadering voor te staan waarin wordt gezocht naar het beste van twee werelden, zonder dat een van beide werelden daarbij op voorhand de voorkeur geniet boven de andere.

Voorts valt op dat – hoewel de toenemende convergentie van de klassieke rechtsgebieden onderdeel uitmaakt van de door hen geformuleerde uitgangspunten – Scheltema en Scheltema behoefte blijven houden aan een consistente onderscheiding tussen het privaat- en het publiekrecht. In het bestuursrecht gaat het om de verhouding tussen bestuur en burger, waarbij het bestuur als onderdeel van de overheid over bijzondere bevoegdheden en een duidelijke machtspositie beschikt. Hierdoor heeft het bestuur veelal de mogelijkheid de rechtspositie van de burger eenzijdig te wijzigen, terwijl de burger zich niet eenzijdig kan onttrekken aan hetgeen het bestuur besluit. Deze kenmerkende structuur kan niet worden teruggevonden binnen de privaatrechtelijke rechtsbetrekking. Integendeel, in het privaatrecht is de gelijkwaardigheid van de betrokken rechtssubjecten juist principieel het uitgangspunt. Het feit dat het privaatrecht ook deelgebieden kent waarin het ene rechtssubject structureel over een sterkere positie beschikt dan het andere rechtssubject, zoals het consumentenrecht en het sociaal recht, doet aan dit principiële uitgangspunt volgens beide auteurs niet af.[178] Met het oog op deze karakteristieke verschillen is er – niettegenstaande de almaar toenemende convergentie tussen beide rechtsgebieden – voldoende aanleiding het privaatrecht en het bestuursrecht als zelfstandige, onderscheiden rechtsdomeinen te beschouwen.[179] De regels van het privaatrecht en de regels van het publiekrecht zijn aldus geschreven voor verschillende typen rechtsbetrekkingen, hetgeen volgens Scheltema en Scheltema ook dient te betekenen dat beide rechtsdomeinen in beginsel een complete regeling voor de door elk van hen beheerste rechtsbetrekkingen zouden moeten bieden. Voor het van oudsher sterk ontwikkelde privaatrecht levert dit uitgangspunt weinig problemen op; voor het bestuursrecht betekent dit uitgangspunt evenwel dat het vanuit historisch perspectief bezien in zekere zin een inhaalslag moet of heeft moeten maken. In het verleden diende het bestuursrecht bij gebreke van voorhanden zijnde eigen normen in veel gevallen leentjebuur te spelen bij het privaatrecht, hetgeen werd gerechtvaardigd met een beroep op de gemene rechtsleer. Afhankelijk van het in het geding zijnde

178 Scheltema & Scheltema 2008, p. 4-5. Vgl. ook Teunissen 2000, p. 99; alsmede Damen 2000, p. 70. Zie tot slot Van der Hoeven 1989, p. 159 die stelt dat het fundamentele verschil tussen bestuursrecht en privaatrecht met name is gelegen in het feit dat het bestuursrecht zich voortdurend dient te richten op behartiging van het algemeen belang. Vgl. ook de benadering van de Maastrichtse school zoals beschreven in § 7.2.8.

179 Zie in vergelijkbare zin De Haan, Drupsteen & Fernhout 2001, p. 55-56 die eveneens benadrukken dat het zaak is 'de typerende en onderscheiden kenmerken van de diverse vakgebieden in het oog te houden'. Het principiële onderscheid tussen publiek- en privaatrecht ligt in hun optiek in het feit dat de overheid binnen het publiekrecht niet als rechtspersoon maar als openbaar gezag optreedt.

leerstuk gebeurde dit vervolgens meer of minder ruimhartig, zonder dat aan deze keuze een wezenlijk systematische benadering ten grondslag leek te liggen.[180]

Nu het bestuursrecht meer systematiek en samenhang heeft verkregen en ook de algemene bestuursrechtelijke rechtspraak ten volle tot ontwikkeling is gekomen, is de situatie volgens Scheltema en Scheltema evenwel wezenlijk anders. Dit dwingt derhalve ook tot een andere wijze van benaderen. Nu in wezen sprake is van twee volwassen rechtsgebieden, is het temeer van belang de verhouding tussen deze beide rechtsgebieden meer eenduidig en systematisch te benaderen dan voorheen gebeurde. Deze systematische benadering zoeken zij vervolgens – en dat is het derde aspect dat opvalt in de door hen voorgestane benadering – in de aard van de rechtsverhouding. In dit criterium is voor hen het aangrijpingspunt gelegen bij beantwoording van de vraag door welk normatief kader de rechtsbetrekking wordt beheerst. Het privaatrecht regelt de verhoudingen tussen burgers onderling, het bestuursrecht regelt de verhoudingen tussen bestuur en burger. Hierbij geldt dat regels van het ene gebied niet vanzelfsprekend van toepassing zijn op rechtsbetrekkingen binnen het andere rechtsgebied. Ook de regels van het Burgerlijk Wetboek zijn derhalve niet rechtstreeks van toepassing op bestuursrechtelijke rechtsbetrekkingen, hetgeen derhalve een definitieve breuk betekent met de gemene rechtsleer van weleer. Dit neemt niet weg dat beide rechtsgebieden elkaar wel degelijk over en weer kunnen beïnvloeden:

> 'Het vertrekpunt is derhalve dat ieder gebied zijn eigen regels kent. Dit staat er echter geenszins aan in de weg dat sommige regels in beide rechtsgebieden toepassing kunnen vinden. Sterker nog: de eenheid die ieder rechtsstelsel behoort na te streven dwingt ertoe dezelfde regels voor beide gebieden te laten gelden indien overtuigende argumenten voor een verschillende regeling ontbreken. Indien mogelijk moeten dus regels ontwikkeld worden die gemeenschappelijk zijn aan beide gebieden.'[181]

Dit te ontwikkelen gemeenschappelijke recht dient evenwel niet zoals lange tijd is gebeurd te worden geïdentificeerd met het privaatrecht als het gemene recht. Daar waar regels uit het privaatrecht ook toepassing kunnen vinden binnen bestuursrechtelijke verhoudingen, is niet zozeer sprake van directe toepassing van de privaatrechtelijke regel als wel van toepassing van een algemene, aan het recht als geheel ten grondslag liggende regel die zowel het privaat- als het publiekrecht omspant, maar min of meer toevallig – zij het op historische gronden goed verklaarbaar – een concrete geschreven uitwerking

180 Scheltema & Scheltema 2008, p. 5-6. Zie voor een vergelijkbare benadering Verheij 1999, p. 67.

181 Scheltema & Scheltema 2008, p. 6. Zie ook *Kamerstukken II* 2003/04, 29 702, nr. 3, p. 14-17.

binnen het verder uitgekristalliseerde privaatrecht heeft gevonden.[182] Hiermee grijpen Scheltema en Scheltema in wezen terug op de benadering van Donner, zij het dat deze hiermee een zekere nuancering op de gemene rechtsleer bedoelde aan te brengen,[183] terwijl Scheltema en Scheltema de gemene rechtsleer expliciet verwerpen en aansluiten bij de methode van de aard van de rechtsverhouding. Vervolgens dient het uitgangspunt te zijn dat privaatrechtelijke normen zijn geschreven voor de privaatrechtelijke rechtsbetrekking en bestuursrechtelijke normen voor de verhouding tussen overheid en burger. Bij overeenkomstige toepassing van privaatrechtelijke regels op bestuursrechtelijke verhoudingen dient dit uitgangspunt goed in ogenschouw te worden genomen: de privaatrechtelijke regel luidt zoals deze luidt omdat deze is toegesneden op een verhouding tussen burgers, terwijl *mutatis mutandis* hetzelfde geldt voor de bestuursrechtelijke regel. Voor zover overeenkomstige toepassing derhalve gewenst is, dient te allen tijde de aan de privaatrechtelijke regel ten grondslag liggende algemene regel te worden gebruikt, zodat toepassing aan de betreffende regel kan worden gegeven, terwijl deze is ontdaan van eventuele op de privaatrechtelijke rechtsbetrekking toegesneden bijzonderheden. Aldus schetsen Scheltema en Scheltema in wezen een indeling met een algemeen, gemeenschappelijk deel voor privaatrecht en bestuursrecht gezamenlijk, met daarnaast de eigen regels voor ieder van de gebieden. Meer concreet betekent dit dat de Algemene wet bestuursrecht en het Burgerlijk Wetboek elk op hun eigen terrein gelding hebben en niet rechtstreeks van toepassing zijn op het andere rechtsgebied.[184]

Vervolgens besteden Scheltema en Scheltema aandacht aan de vraag hoe de door hen bepleite indeling in één gemeenschappelijk deel en twee bijzondere delen dient te worden gezien in relatie tot de ontwikkeling van toenemende convergentie tussen het privaatrecht en het bestuursrecht. Eerder in hun betoog hebben zij immers benadrukt dat bestuursrecht en privaatrecht bezien

182 Scheltema & Scheltema 2008, p. 6. Zie voorts in vergelijkbare zin Drupsteen 200, p. 106 en Teunissen 2000, p. 97-98, die stelt dat de verwerping van de oude gemene rechtsleer niet betekent dat de in het Burgerlijk Wetboek neergelegde regels daarmee onbruikbaar zouden zijn binnen bestuursrechtelijke verhoudingen. Wel zal veelal een zekere vertaalslag nodig zijn in verband met de eigen aard van de bestuursrechtelijke verhoudingen.

183 Zie Donner 1974, p. 54-55. Zie voor een vergelijkbare benadering Teunissen 2000, p. 73-74.

184 Scheltema & Scheltema 2008, p. 7-8. Deze benadering wordt volgens hen ook ondersteund door de systematiek van het Burgerlijk Wetboek en de Algemene wet bestuursrecht zelf. Zo zouden de schakelbepalingen van artikel 3:15, 3:79 en 3:326 BW – die delen van het Burgerlijk Wetboek van overeenkomstige toepassing verklaren 'buiten het vermogensrecht' en dus ook op het bestuursrecht – overbodig zijn wanneer de normen van het Burgerlijk Wetboek al automatisch op de bestuursrechtelijke verhouding van toepassing zouden zijn. Ook in de bestuursrechtelijke en privaatrechtelijke jurisprudentie menen Scheltema & Scheltema steun te vinden voor hun wijze van benaderen. Van der Does en Snijders wijzen er, met een beroep op de wetsgeschiedenis, evenwel op dat uit het ontbreken van een schakelbepaling bij een regeling uit het Burgerlijk Wetboek niet kan worden afgeleid dat de wetgever overeenkomstige toepassing in de publiekrechtelijke context niet zou hebben gewild. Zie Van der Does & Snijders 2001, nr. 8.

naar de aard van de rechtsverhouding fundamenteel van elkaar te onderscheiden rechtsgebieden zijn. Voor (verdere) ontwikkeling van een gemeenschappelijk, algemeen deel is in een dergelijke visie dan betrekkelijk weinig plaats, zeker in vergelijking met een benadering waarin de overeenkomsten tussen de verschillende rechtsgebieden wordt benadrukt. Scheltema en Scheltema doen het een, zonder het andere na te laten. Zij houden weliswaar vast aan het fundamentele verschil tussen privaatrecht en bestuursrecht, maar onderkennen dat beide rechtsgebieden steeds meer naar elkaar toe groeien, waarbij zij onder meer wijzen op de ontwikkeling binnen het privaatrecht van het arbeidsrecht en het sociaal recht – beide rechtsgebieden die sterk op ongelijkheidscompensatie zijn gericht –, de toenemende wederkerigheid binnen de bestuursrechtelijke rechtsbetrekking en de privatisering van overheidstaken.[185] Deze en dergelijke ontwikkelingen maken het des te meer van belang op zoek te gaan naar normen die gemeenschappelijk zijn aan privaat- en publiekrecht teneinde het overkoepelende, aan beide rechtsgebieden ten grondslag liggende, algemeen deel te vergroten. Slechts wanneer gezien de klassieke onderscheiding tussen beide typen rechtsbetrekkingen, welke is gelegen in de aard van de rechtsverhouding, aanleiding bestaat specifieke, afwijkende normen voor een bepaald rechtsdomein op te stellen, dient daartoe te worden overgegaan. Indien een bepaalde norm al is gespecificeerd binnen het ene rechtsdomein, verdient aansluiting daarbij in het andere rechtsdomein de voorkeur. Hierbij geldt dat het privaatrecht zich evengoed kan laten inspireren door het bestuursrecht dan omgekeerd het geval is. Concluderend stellen Scheltema en Scheltema dan ook dat tussen het bestuursrecht en het privaatrecht geen nodeloze verschillen behoren te bestaan en dat behoefte bestaat aan toenadering tussen de beide rechtsgebieden.[186]

7.2.10 Conclusie

Op basis van het voorgaande kan een aantal conclusies worden getrokken met betrekking tot de verhouding tussen privaat- en publiekrecht. Ten eerste lijkt men inmiddels te berusten in het gegeven dat een scherp, volledig sluitend onderscheid tussen beide rechtsgebieden niet is te maken: elke karakterisering die verdergaat dan de vaststelling dat het privaatrecht is geschreven voor rechtsbetrekkingen tussen burgers onderling en het publiekrecht voor rechtsbetrekkingen tussen burger en overheid is vrijwel op voorhand gedoemd af te stuiten op een golf van kritiek. De precieze afgrenzing in abstracto wordt evenwel thans ook niet meer zozeer als het wezenlijke probleem gezien. Belangrijker is het immers de meer concrete vraag te beantwoorden welke rechtsnormen op een specifieke rechtsbetrekking van toepassing zijn. Teneinde

185 Scheltema & Scheltema 2008, p. 9-10. Zie ook § 5.4.3.
186 Scheltema & Scheltema 2008, p. 12.

tot beantwoording van deze kwestie te komen is het eerst zaak een visie te formuleren op de meer abstracte vraag hoe beide rechtsgebieden zich tot elkaar verhouden. Deze vraag is in de literatuur van de afgelopen anderhalve eeuw onderwerp van voortdurend debat geweest, waarbij het uiteindelijk niet zozeer de rechtstheoretische argumenten, doch veeleer de (veranderende) maatschappelijke en juridische omstandigheden lijken te zijn geweest die de doorslag hebben gegeven.

Waar men aan het einde van de negentiende en de eerste helft van de twintigste eeuw, bij een stand van zaken waarin het bestuursrecht en de bestuursrechtelijke rechtspraak nog niet sterk tot ontwikkeling waren gekomen, uitging van de gemene rechtsleer, is men in de tweede helft van de twintigste eeuw onder invloed van een emancipatoire ontwikkeling van het bestuursrecht – zowel wat betreft omvang, praktische toepassing als theoretische diepgang –, de ontwikkeling van algemene bestuursrechtelijke rechtspraak, alsmede een toenemende convergentie tussen privaat- en publiekrecht overgestapt op de gemengde rechtsleer. Deze benadering op grond waarvan rechtsbetrekkingen op het grensvlak tussen privaat- en publiekrecht zowel door privaat- als publiekrechtelijke normen worden genormeerd, kan thans worden beschouwd als de heersende leer.[187] Blijft evenwel de vraag hoe te bepalen wanneer welke normen van toepassing zijn. De verschillende methoden die bij beantwoording van deze vraag worden gehanteerd zijn wat minder eenduidig, maar duidelijk is in ieder geval dat de tamelijk rigide stelregel uit de gemene rechtsleer – het privaatrecht is onverkort van toepassing, tenzij het publiekrecht expliciet anders bepaalt – inmiddels als verlaten mag worden beschouwd. Geen van beide rechtsdomeinen kan aanspraak maken op het primaat of op een karakterisering als gemeen recht ten opzichte van bijzonder recht.

Het leidende criterium bij beantwoording van de vraag welke rechtsnormen van toepassing zijn op de concreet voorliggende rechtsbetrekking lijkt inmiddels de aard van de rechtsverhouding te zijn. Hierbij komt het telkens aan op de individuele eigenschappen van de voorliggende rechtsbetrekking of het betreffende leerstuk of deze als privaatrechtelijk, publiekrechtelijk of gemengd dient te worden beschouwd.[188] Dat de aard van de rechtsverhouding niet zonder meer een eenduidig criterium is – zoals ook in het verleden bij wijze van kritiek op dit criterium naar voren is gebracht – blijkt al uit de in het voorgaande besproken literatuur, waarin dit criterium op verschillende wijze werd ingevuld: zo achtte Van Praag beslissend of de overheid al dan

187 Vgl. Van der Does & Snijders 2001, nr. 4.

188 Ook Van der Does & Snijders menen dat – tenzij het gaat om kwesties die reeds wettelijk zijn geregeld of in de jurisprudentie zijn uitgekristalliseerd – in beginsel van geval tot geval dient te worden bekeken welk normatief kader van toepassing is. Ook een mengvorm van publiek- en privaatrecht behoort daarbij tot de mogelijkheden. Zie Van der Does & Snijders 2001, p. 4.

niet 'als zodanig' optreedt, haakt Van der Hoeven aan bij de vraag of de betrokkenheid van het algemeen belang al dan niet in de rechtsbetrekking naar voren komt, laat Lubach de invulling van dit criterium goeddeels open en gaan Scheltema en Scheltema er vanuit dat het antwoord op de vraag of de overheid al dan niet bij de rechtsbetrekking is betrokken in beginsel de te volgen weg aangeeft. Ondanks de haken en ogen die onvermijdelijk aan de concretisering en invulling van dit criterium kleven, lijkt een benadering aan de hand van de aard van de rechtsverhouding principieel bezien toch de meest juiste methode te zijn, die ook de meeste garantie biedt dat bij een nog steeds voortgaande ontwikkeling van osmose tussen de traditionele rechtsgebieden het meest passende normatieve kader voor elke individuele rechtsbetrekking kan worden gevonden. In het onderstaande wordt derhalve aangesloten bij het criterium van de aard van de rechtsverhouding, waarbij de precieze invulling daarvan telkens wordt bezien in het licht van de eigenschappen van het betreffende leerstuk of de voorliggende rechtsbetrekking. Duidelijk is in ieder geval dat het gaat om een criterium dat zich richt op de inhoud van de rechtsbetrekking.

Daarnaast wordt in het navolgende aangesloten bij de door Scheltema en Scheltema gevolgde benadering waarin zowel oog bestaat voor de vraag waarin het bestuursrecht en het privaatrecht van elkaar verschillen als voor de vraag wat aan beide rechtsgebieden gemeenschappelijk is. Terecht stellen zij dat het onderscheid in de wijze van regelgeving binnen het publiekrecht en het privaatrecht op karakteristieke verschillen in de aard van de aan de orde zijnde rechtsbetrekkingen berust: de bestuursrechtelijke verhouding tussen bestuur en burger is een wezenlijk andere dan de privaatrechtelijke verhouding tussen burgers onderling. Daar waar de verschillen tussen de in concreto voorliggende rechtsbetrekkingen evenwel niet evident naar voren komen, bestaat weinig aanleiding andersoortige regelgeving toe te passen. De gedachte van eenheid van recht dwingt tot een gemeenschappelijke benadering daar waar dat mogelijk is.

7.3 De publiekrechtelijke overeenkomst

7.3.1 Inleiding

Zoals in het voorgaande al een aantal keer zijdelings aan de orde is geweest, kunnen ook organen van de overheid partij zijn bij een overeenkomst. Veelal zullen dit volstrekt normale overeenkomsten zijn, die in al hun aspecten – inclusief hun vermogensrechtelijke inhoud – voldoen aan de omschrijving van de obligatoire overeenkomst en waarbij slechts de enige bijzonderheid is gelegen in het feit dat de overheid als partij bij de overeenkomst is betrokken. In dergelijke gevallen is er alle aanleiding de overeenkomst te blijven

beschouwen als een privaatrechtelijke overeenkomst.[189] In het geval de overeenkomst evenwel daarnaast bijzonder van karakter is vanwege de publiekrechtelijke aard van de inhoud of context daarvan, wordt in de literatuur gesproken van een publiekrechtelijke overeenkomst, ook indien deze overeenkomst overigens volledig aan de omschrijving van de obligatoire overeenkomst voldoet.[190] De publiekrechtelijke overeenkomst verdient op deze plaats om twee redenen bijzondere aandacht. Ten eerste omdat deze een duidelijk voorbeeld is van een rechtsfiguur die zich op het grensvlak van privaat- en publiekrecht begeeft en aldus geschikt is om de theoretische verkenning uit de vorige paragraaf nader te concretiseren. Belangrijker is evenwel dat daarnaast de publiekrechtelijke overeenkomst – nu deze binnen het bestuursrecht inmiddels een al wat vertrouwder fenomeen is geworden – een uitstekende bron van vergelijking en inspiratie voor de nadere beschouwing van de strafrechtelijke overeenkomst vormt.

Met deze doelstellingen in het achterhoofd, beperkt de bespreking van de publiekrechtelijke overeenkomst in deze paragraaf zich tot het weergeven van een aantal hoofdlijnen, waarbij in het bijzonder wordt stilgestaan bij de vraag naar het rechtskarakter van de overeenkomst, de vraag naar het daarop toepasselijke recht en de vraag in hoeverre de normering van de publiekrechtelijke overeenkomst afwijkt van die van de privaatrechtelijke overeenkomst. Deze beperking brengt met zich dat daarmee geen volledig recht kan worden gedaan aan de omvangrijke hoeveelheid literatuur die in de loop der jaren over de publiekrechtelijke overeenkomst is verschenen.[191] In tegenstelling tot hetgeen het geval was in de voorgaande paragraaf waarin vanuit een historisch perspectief een uitgebreide beschrijving is gegeven van de ontwikkeling in het denken over de verhouding tussen publiek- en privaatrecht, wordt bij de bespreking van de publiekrechtelijke overeenkomst in deze paragraaf slechts op hoofdlijnen stilgestaan bij de wijze waarop deze tegenwoordig in de dogmatiek wordt benaderd.

In het navolgende wordt eerst een poging gewaagd de privaatrechtelijke overeenkomst waarbij de overheid is betrokken – voor zover mogelijk – te onderscheiden van de publiekrechtelijke overeenkomst. Na deze definiëring en afbakening van de publiekrechtelijke overeenkomst wordt de daarmee samenhangende vraag bekeken welk normatief kader op de publiekrechtelijke overeenkomst van toepassing is. Moeilijkheid bij beantwoording van deze twee

189 Vgl. Scheltema & Scheltema 2008, p. 187. Indien aan een dergelijke overeenkomst beleidsmatige aspecten kleven, duiden De Haan c.s deze aan als privaatrechtelijke beleidsovereenkomst (zie De Haan, Drupsteen & Fernhout 2001, p. 490-491).

190 Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III* 2010, nr. 36.

191 Zie bijvoorbeeld Van Praag 1923; Wiarda 1939; Donner 1974, p. 303-316; Spier 1981; Lubach 1982; Van der Does 1987; Ackermans-Wijn 1989, p. 101-134; De Haan, Drupsteen & Fernhout 1998, p. 111-162; De Haan, Drupsteen & Fernhout 2001, p. 490-520; Van der Does & Snijders 2001, p. 63-75; Scheltema & Scheltema 2008, p. 185-296; Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III* 2010, nrs. 36-38. Zie voorts het literatuuroverzicht in Ackermans-Wijn 1989, p. 1-2.

vragen is evenwel dat in de literatuur niet zelden een zekere omkering in de benadering lijkt plaats te vinden. Juist het antwoord op de vraag welk normatief kader op een bepaalde overeenkomst van toepassing is of zou moeten zijn, lijkt binnen de literatuur niet zelden bepalend te zijn voor de vraag hoe deze overeenkomst moet worden gekwalificeerd – als privaatrechtelijk of als publiekrechtelijk –, terwijl op basis van het voorgaande met recht kan worden verdedigd dat het toch in de eerste plaats de aard, strekking of inhoud van de betreffende overeenkomst is die voor deze categorisering bepalend zou moeten zijn, waarna pas dan het bijbehorende normatieve kader kan worden vastgesteld. In feite vormt deze kwestie dan ook een concretisering van het in het voorgaande beschreven meer abstracte debat over de vraag of het het objectieve recht is dat bepaalt hoe een bepaalde rechtsbetrekking dient te worden geduid (de benadering van Scheltema, Scholten en Wiarda) of dat veeleer de aard van de rechtsverhouding bij beantwoording van die vraag bepalend dient te zijn (de benadering van Van Praag, Van der Hoeven, Lubach en Scheltema & Scheltema). Het is dan ook niet toevallig veelal de problematiek van de overeenkomsten met de overheid geweest die in de literatuur werd gebruikt als aanzet tot meer abstracte beschouwingen over de verhouding tussen publiek- en privaatrecht.

In het onderstaande wordt er vanuit gegaan dat het pas mogelijk is aan de hand van de aard en inhoud van de overeenkomst (de methode van de aard van de rechtsverhouding derhalve) te bepalen welk type overeenkomst aan de orde is, om pas daarna een antwoord te formuleren op de vraag door welke regels deze wordt genormeerd. Terecht stellen De Haan, Drupsteen en Fernhout: 'Men moet dus de kwestie van het toepasselijke recht wèl onderscheiden van het oordeel over het rechtskarakter. Uitsluitend inhoud en strekking en daaruit voortvloeiende rechtsgevolgen zijn voor het rechtskarakter van de overeenkomst bepalend.'[192] In de hedendaagse literatuur kan weliswaar nog steeds voornoemde opvatting worden teruggevonden dat het in eerste instantie het objectieve recht zou zijn dat bepaalt of een bepaalde overeenkomst privaatrechtelijk of publiekrechtelijk is;[193] bij een nog steeds voortgaande ontwikkeling van toenemende complexiteit en diversiteit van rechtsbetrekkingen en het vervagen van de grenzen tussen de klassieke rechtsdomeinen lijkt deze methode evenwel in toenemende mate achterhaald. Het probleem is immers dat genoemde ontwikkelingen er juist toe leiden dat het steeds minder duidelijk is door welke rechtsregels bepaalde rechtsbetrekkingen worden genormeerd en het objectieve recht in dergelijke gevallen aldus geen

192 Zie De Haan, Drupsteen & Fernhout 2001, p. 506. Zie ook Scheltema & Scheltema 2008, p. 186.

193 Vgl. Van der Does & Snijders 2001, nr. 27. Zie eerder voor een dergelijke benadering Wiarda 1939, p. 116. De door Van Praag in dit verband gehanteerde benadering dat aan de hand van de aard van de rechtsverhouding zou dienen te worden bepaald met welk type overeenkomst men van doen heeft, wijst Wiarda dan ook stellig af. Zie ook § 7.2.2 en § 7.2.3.

heldere en eenduidige antwoorden meer kan bieden. De methode van de aard van de rechtsverhouding kan er daarentegen juist voor zorgen dat de overeenkomst wordt beheerst door een op maat gesneden normatief kader dat recht doet aan de bijzondere karakteristieken van de voorliggende rechtsbetrekking.

Na definiëring en afbakening van de publiekrechtelijke overeenkomst en beantwoording van de vraag door welk normatief kader de publiekrechtelijke overeenkomst wordt beheerst, wordt tot slot stilgestaan bij de vraag of, en zo ja, op welke specifieke punten de normering van de publiekrechtelijke overeenkomst afwijkt van die van de 'normale' privaatrechtelijke overeenkomst waarbij de overheid als rechtssubject is betrokken.

7.3.2 Afbakening en typering

In het onderstaande wordt eerst kort stilgestaan bij de privaatrechtelijke overeenkomst waarbij de overheid is betrokken, omdat de in het vervolg te bespreken publiekrechtelijke overeenkomst zijn betekenis in de eerste plaats ontleent aan de wijze waarop deze zich onderscheidt van de gewone privaatrechtelijke overeenkomst. Vooraf dient evenwel een tweetal opmerkingen te worden gemaakt. Ten eerste dat het maken van een heldere onderscheiding wordt bemoeilijkt door het feit dat de in de literatuur gebezigde terminologie op dit punt weinig eenduidig is. Voor de overeenkomst met de overheid en de verschillende typen daarvan lijken door verschillende auteurs evenzoveel verschillende benamingen te worden gehanteerd, waaraan telkens een eigen inhoud wordt toegekend die niet zonder meer strookt met door anderen binnen de literatuur gehanteerde typeringen of onderscheidingen. Zo in de literatuur al een heersende leer zou bestaan waar het gaat om de wijze waarop overeenkomsten met de overheid van elkaar dienen te worden onderscheiden, is het als gevolg van dit wisselende terminologiegebruik moeilijk deze te ontwaren.

De tweede preliminaire opmerking hangt hiermee samen. Hoe aantrekkelijk een digitale benadering van deze materie omwille van de helderheid ook moge zijn, het betreft hier geen hard onderscheid tussen twee afgesloten, scherp omkaderde begrippen: enerzijds de privaatrechtelijke en anderzijds de publiekrechtelijke overeenkomst. Bloembergen heeft hier in zijn verhandeling over eenheid van recht al terecht op gewezen, reden waarom hij – naast of in plaats van een begripsmatige benadering waarin in zuivere dichotomieën wordt gedacht – een typologische benadering bepleit, waarin het onderscheid tussen de verschillende typen overeenkomst veeleer wordt beschreven in termen van meer of minder. Een dergelijke benadering laat ruimte voor het onderscheiden van bepaalde tussenvormen die in meer of mindere mate de kenmerken van een van beide typen – de privaatrechtelijke en de publiekrechtelijke overeenkomst – vertonen.[194] Een dergelijke typologische benadering wordt gehan-

194 Zie Bloembergen 1977, 5374, p. 35.

teerd door De Haan, Drupsteen en Fernhout die aan de hand daarvan een zestal typen overheidsovereenkomsten onderscheiden. In het navolgende wordt eerst aan de hand van een meer begripsmatige benadering getracht de privaatrechtelijke en de publiekrechtelijke overeenkomst zo scherp mogelijk van elkaar te onderscheiden, om vervolgens aan de hand van de typologische benadering van De Haan, Drupsteen en Fernhout een aantal tussenschakeringen aan te brengen.

7.3.2.1 De privaatrechtelijke overeenkomst

Vooropgesteld dient te worden dat het de overheid of een harer lichamen – evenals andere rechtspersonen – in beginsel vrijstaat 'gewone' privaatrechtelijke overeenkomsten als koop en huur te sluiten (vgl. artikel 2:1 BW), ook indien zij dit doet ter behartiging van het algemeen belang. Dergelijke overeenkomsten zijn naar hun inhoud als vermogensrechtelijk te kenschetsen, nu zij primair betrekking hebben op subjectieve privaatrechtelijke rechten van de overheid en als zodanig niet of weinig van doen hebben met enige publiekrechtelijke bevoegdheid. In het verlengde daarvan stellen Scheltema en Scheltema dat overeenkomsten met de overheid die kunnen worden geschaard onder een van de in Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek benoemde overeenkomsten (koop, huur, aanneming van werk, etc.) in beginsel als privaatrechtelijk zijn te beschouwen.[195] De enige bijzonderheid bij dergelijke overeenkomsten is in wezen gelegen in het feit dat een van de contractspartijen een bij het publiekrecht ingestelde rechtspersoon is. Nu dergelijke overeenkomsten in beginsel als normale obligatoire overeenkomsten kunnen worden beschouwd, kunnen daarop ook, behoudens uitzonderingen, de gewone ter zake geldende regels van het privaatrecht worden toegepast. Dit uitgangspunt geldt in beginsel ook wanneer dergelijke privaatrechtelijke overeenkomsten door de overheid worden gehanteerd in het kader van de verwezenlijking van haar beleidsdoelstellingen.

Er geldt slechts een aantal bijzonderheden bij deze algemene stelregel dat het privaatrecht in beginsel onverkort van toepassing is op privaatrechtelijke overeenkomsten met de overheid. Zo geldt ten eerste dat het bijzondere karakter van één van de betrokken contractspartijen zich vertaalt in aanvullende normering van de onderliggende rechtsbetrekking door de algemene beginselen van behoorlijk bestuur (artikel 3:14 BW en artikel 3:1 lid 2 Awb).[196] Deze aanvullende normering geldt voor alle aspecten van de overeenkomst, derhalve niet alleen voor wat betreft de inhoud en uitvoering, maar ook voor wat betreft de totstandkoming van de overeenkomst.[197] Volgens Ackermans-

195 Scheltema & Scheltema 2008, p. 187.

196 Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III* 2010, nr. 36. Voordat de aanvullende werking van deze beginselen wettelijk was verankerd, werd zij reeds aangenomen in de jurisprudentie (zie onder meer HR 27 maart 1987, *NJ* 1987, 727 m.nt. MS (Amsterdam/Ikon).

197 De Haan, Drupsteen & Fernhout 1998, p. 134-135.

Wijn kunnen deze beginselen niet alleen als toetssteen fungeren bij beantwoording van de vraag of de overheid zich, ondanks haar keuze voor het bewandelen van de privaatrechtelijke weg, bij haar taakvervulling blijft oriënteren op het algemeen belang, ook kunnen zij bijdragen aan het opheffen van de discrepantie tussen de fictie van gelijkwaardigheid van partijen en de realiteit van ongelijke machtsverhoudingen:

> 'Zoals gezegd zijn uitgangspunten voor de beoordeling van de geoorloofdheid van puur privaatrechtelijk optreden de privaatrechtelijke zeggenschap over een zaak en de vrije wilsovereenstemming tussen gelijkwaardige partijen. In feite echter kan de verhouding tussen overheid en burger in een contractuele relatie ongelijkwaardig en de veronderstelde vrije wilsovereenstemming ten gevolge van de feitelijke machtspositie van de overheid weinig reëel zijn. Men kan een nieuw evenwicht realiseren dat de bestaande ongelijkwaardigheid compenseert, door voor de burger tegen de overheid als contractspartij een uit het oogpunt van rechtsbescherming relevante waarborg toe te voegen, namelijk de toepasselijkheid van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur.'[198]

Veelal zal het normale privaatrechtelijke instrumentarium volgens Hartkamp en Sieburgh evenwel reeds voldoende ruimte bieden om met de bijzondere positie van de overheid als partij bij de overeenkomst rekening te houden, bijvoorbeeld in gevallen waarin de overheid zich op gronden aan het algemeen belang ontleend aan nakoming van de overeenkomst wil onttrekken.[199] Ook Scheltema en Scheltema wijzen erop dat de privaatrechtelijke regels die op de overeenkomst met de overheid van toepassing zijn – met name de verschillende open normen – mede door de normen van het publiekrecht kunnen worden ingekleurd, terwijl onder omstandigheden in de regels van het publiekrecht ook aanleiding kan worden gevonden om van de regels uit het privaatrecht af te wijken. De specifieke omstandigheden van het geval zijn in laatstbedoeld geval bepalend, mede gelet op de verschillende belangen waarmee de overheid rekening dient te houden. Hierbij kan vanzelfsprekend in het bijzonder gewicht toekomen aan het gegeven dat de overheid wordt geacht

198 Ackermans-Wijn 1989, p. 176-177. Hierbij wijst zij er terecht op dat reeds het enkele feit dat de uitoefening van privaatrechtelijke bevoegdheden voor de overheid veelal (slechts) een alternatief is naast de publiekrechtelijke bevoegdheden die haar ten dienste staan, al bijdraagt aan de ongelijkwaardige verhouding ten opzichte van de burger. Zie voorts uitgebreid over de werking van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur bij (privaatrechtelijke) overeenkomsten met de overheid Lubach 1987.

199 Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III* 2010, nr. 36. Vgl. Ackermans-Wijn 1989, p. 84 en in gelijke zin Lubach 1987, p. 349. Zie eerder Droogleever Fortuijn 1979, p. 43-47 die stelt dat een zodanig grote mate van congruentie tussen de privaatrechtelijke en de bestuursrechtelijke vage normen bestaat dat de burgerlijke rechter in situaties waarin hij rekening dient of wenst te houden met het feit dat de overheid als rechtssubject bij de rechtsbetrekking is betrokken enkel met het privaatrechtelijk instrumentarium het gewenste resultaat kan bereiken. Aanvullende normering door middel van algemene beginselen van behoorlijk bestuur acht hij dan ook niet nodig.

te allen tijde het algemeen belang te behartigen en dat zij onder omstandigheden een zekere machtspositie kan innemen. Voor wat betreft dit laatste gebeurt dit in feite op vergelijkbare wijze als binnen het privaatrecht reeds te doen gebruikelijk is, wanneer sprake is van feitelijk dermate ongelijkwaardige verhoudingen tussen rechtssubjecten dat enige vorm van ongelijkheidscompensatie geboden is. In veel van de privaatrechtelijke overeenkomsten die de overheid sluit, zullen deze factoren volgens Scheltema en Scheltema evenwel niet eens pregnant naar voren komen en zullen zij derhalve ook geen rol spelen binnen de wijze waarop de overeenkomst wordt genormeerd.[200]

Tot slot dient in het verband van de privaatrechtelijke overeenkomst met de overheid te worden gewezen op de doorkruisingsleer.[201] Het is niet de bedoeling dat de overheid door het sluiten van overeenkomsten (of breder, door gebruik te maken van andere, haar op grond van het privaatrecht toekomende bevoegdheden) de voor haar geldende publiekrechtelijke normen tracht te omzeilen of te doorkruisen.[202] De wijze waarop het systeem van publiekrechtelijke normering door de wetgever is ingericht, is immers ingegeven door een doordacht evenwicht tussen enerzijds bevoegdheidstoedeling aan het bestuur en anderzijds rechtsbescherming voor de burger. Het staat de overheid vervolgens niet vrij dit evenwicht zomaar te omzeilen door gebruik te maken van de mogelijkheden die een ander normatief kader dan het publiekrecht haar biedt.[203] In het bekende Windmill-arrest uit 1990 formuleert de Hoge Raad dit uitgangspunt als volgt:

> 'Het gaat hier om de vraag of de overheid, ingeval haar bij een publiekrechtelijke regeling ter behartiging van zekere belangen bepaalde bevoegdheden zijn toegekend, die belangen ook mag behartigen door gebruik te maken van haar in beginsel krachtens het privaatrecht toekomende bevoegdheden, zoals aan het eigendomsrecht ontleende bevoegdheden, de bevoegdheid overeenkomsten naar burgerlijk recht te sluiten of de bevoegdheid een vordering op grond van een jegens haar gepleegde onrechtmatige daad bij de burgerlijke rechter in te stellen. Wanneer de betrokken publiekrechtelijke regeling daarin niet voorziet, is voor de beantwoording van deze vraag beslissend of gebruik van de privaatrechtelijke bevoegdheden die regeling niet op onaanvaardbare wijze doorkruist. Daarbij moet o.m. worden gelet op inhoud

200 Scheltema & Scheltema 2008, p. 188-189 met verwijzing naar onder meer Ackermans-Wijn 1989, p. 47; Van der Does & Snijders 2001, nr. 30; en Asser/Hartkamp 4-II 2005, nr. 31 (thans Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III* 2010, nr. 36).

201 Zie uitgebreider over de doorkruisingsleer Teunissen 1996; Van der Does & Snijders 2001, nr. 7; De Haan, Drupsteen & Fernhout 1998, p. 139-141; Scheltema & Scheltema 2008, p. 235-245.

202 Vgl. ook hier artikel 3:14 BW dat het gebruik van privaatrechtelijke bevoegdheden ontoelaatbaar verklaart indien en voor zover dit in strijd met geschreven of ongeschreven regels van publiekrecht komt. Van der Does & Snijders 2001, nr. 7 beschouwen deze bepaling daarom als de wettelijke grondslag van de doorkruisingsleer.

203 Zie principieel Van der Hoeven 1989, p. 167. Zie voorts Stroink 2008, p. 219-221 voor een handzaam overzicht van de verschillende argumenten tegen het gebruik door de overheid van privaatrechtelijke bevoegdheden.

> en strekking van de regeling (die mede kan blijken uit haar geschiedenis) en op de wijze waarop en de mate waarin de belangen van burgers zijn beschermd, een en ander tegen de achtergrond van de overige geschreven en ongeschreven regels van publiek recht. Van belang is voorts of de overheid door gebruikmaking van de publiekrechtelijke regeling een vergelijkbaar resultaat kan bereiken als door gebruikmaking van de privaatrechtelijke bevoegdheid, omdat, zo zulks het geval is, dit een belangrijke aanwijzing is dat geen plaats is voor de privaatrechtelijke weg.'[204]

Uit het Windmill-arrest kan derhalve worden afgeleid dat het voornoemde uitgangspunt dat het de overheid in beginsel vrij staat gewone privaatrechtelijke overeenkomsten te sluiten, uitzondering lijdt indien en voor zover een publiekrechtelijke regeling bestaat die het sluiten van overeenkomsten expliciet uitsluit of die daardoor op onaanvaardbare wijze zou worden doorkruist. Uit de aard der zaak zal dit vraagstuk van doorkruising met name van belang zijn wanneer het gaat om het gebruik van privaatrechtelijke overeenkomsten door de overheid ter verwezenlijking van haar beleidsdoelstellingen. Indien aan de overeenkomst niet of nauwelijks beleidsmatige aspecten kleven en de overheid derhalve geheel op gelijke voet met de burger opereert, zal aan de doorkruisingsleer geen zelfstandige betekenis toekomen.

Korte tijd na het Windmill-arrest heeft de Hoge Raad in het arrest Kunst- en Antiekstudio Lelystad de werking van het Windmill-criterium verder geconcretiseerd voor het gebruik van privaatrechtelijke overeenkomsten door de overheid.[205] Uit dit arrest kan worden afgeleid dat op zichzelf geen principiële bezwaren bestaan tegen het gebruik van privaatrechtelijke overeenkomsten door de overheid, ook niet tegen de achtergrond van het legaliteits-

---

204 Zie HR 26 januari 1990, *NJ* 1991, 393 m.nt. MS onder 394 (Windmill); later herhaald in HR 9 juli 1990, *NJ* 1991, 394 m.nt. MS (De Pina/Helmond). Voordat het Windmill-criterium werd geformuleerd, hanteerde de Hoge Raad een ruimer criterium, op grond waarvan het gebruik van het privaatrecht door de overheid (buiten het geval van een wettelijk verbod) slechts dan niet toelaatbaar werd geacht indien dat gebruik, met het oog op de aanwezige publiekrechtelijke regeling, als misbruik van recht viel aan te merken (zie bijv. HR 13 april 1962, *NJ* 1964, 366 m.nt. HB (Kruseman) en HR 19 januari 1968, *NJ* 1968, 166 m.nt. GJS (Eindhoven/Staals)). Deze in de literatuur veel bekritiseerde benadering waarin de overheid in beginsel vrij was te kiezen tussen de privaatrechtelijke en de publiekrechtelijke weg staat bekend als de tweewegenleer. Zie uitgebreider Lubach 1982, p. 134-174 en Ackermans-Wijn 1989, p. 64-84 voor een overzicht van de literatuur en jurisprudentie ter zake deze materie voordat het Windmill-arrest werd gewezen. Zie voorts uiterst kritisch over de tweewegenleer Teunissen 1996, alsmede Teunissen 2000, p. 74-76, waar hij stelt dat het Windmill-arrest in feite weinig verandering aanbrengt in de tweewegenleer. Zie tot slot De Haan, Drupsteen & Fernhout 1998, p. 139-141 die ook na het Windmill-arrest blijven spreken van de tweewegenleer, zij het in aangescherpte vorm.

205 Zie HR 8 juli 1991, *NJ* 1991, 691 m.nt. MS (Kunst- en antiekstudio Lelystad). In de literatuur wordt aangenomen dat dit arrest in zekere zin een uitzondering op het Windmill-criterium vormt door voor wat betreft het gebruik van overeenkomsten door de overheid terug te keren naar de tweewegenleer. Zie De Haan, Drupsteen & Fernhout 2001, p. 495 en Stroink 2008, p. 225.

beginsel. Sterker nog, ook de overheid kan in beginsel gelijk iedere burger aanspraak maken op het beginsel van contractsvrijheid, zij het dat deze voor haar niet onbeperkt is nu juist op dit punt de doorkruisingsleer om de hoek komt kijken. Uit het Windmill-criterium vloeit immers voort dat de reikwijdte van de contractsvrijheid van de overheid de nodige beperkingen kent, namelijk telkens wanneer het gebruik van een overeenkomst zou neerkomen op een ongerechtvaardigde doorkruising van het publiekrecht. Bij beantwoording van de vraag wanneer van dit laatste sprake is, komt onder meer betekenis toe aan hetgeen de publiekrechtelijke regeling zelf hierover zegt, hetgeen voor het overige (mede op basis van haar geschiedenis) kan worden afgeleid uit de inhoud en strekking van de betrokken publiekrechtelijke regeling, de consequenties die het sluiten van de overeenkomst heeft voor de rechtsbescherming van de burger en de vraag of gebruikmaking van publiekrechtelijke bevoegdheden tot een vergelijkbaar resultaat zou kunnen leiden. Het feit dat het bij dergelijke privaatrechtelijke overeenkomsten gaat om overeenkomsten over aan de overheid toebehorende privaatrechtelijke, subjectieve rechten of prestaties die ook door burgers onderling kunnen worden verricht, brengt evenwel mee dat niet snel daadwerkelijk sprake zal zijn van doorkruising van een publiekrechtelijke regeling.[206]

Buiten de in het voorgaande besproken bijzonderheden – de aanvullende werking van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, de eventuele rol van de omstandigheid dat de overheid wordt geacht het algemeen belang te behartigen en daarbij veelal een zekere machtspositie inneemt, alsmede de werking van de doorkruisingsleer –, verloopt de normering van privaatrechtelijke overeenkomsten met de overheid voor het overige volledig volgens de gewone normen van het privaatrecht. Deze op zichzelf volstrekt normale civielrechtelijke overeenkomsten waarbij in wezen de enige bijzonderheid is gelegen in de betrokkenheid van een overheidsorgaan als contractspartij, worden in de literatuur dan ook niet als publiekrechtelijke overeenkomst aangeduid, ook niet wanneer de overheid met het aangaan van dergelijke overeenkomsten (mede) beleidsdoelstellingen beoogt te verwezenlijken. In het vervolg wordt dan ook niet langer stilgestaan bij deze categorie van overeenkomsten met de overheid.

7.3.2.2 De publiekrechtelijke overeenkomst

Uit het voorgaande kan worden afgeleid dat voor de etikettering publiekrechtelijke overeenkomst meer nodig is dan de enkele betrokkenheid van een over-

206 Zie Scheltema & Scheltema 2008, p. 240, en voor een verdere uitwerking van de genoemde criteria p. 237-244, waarbij zij er onder meer op wijzen dat het criterium van het vergelijkbare resultaat zowel voor als tegen het toelaten van het gebruik van het privaatrecht kan pleiten en daarom als zodanig niet al te onderscheidend is. Zie voor een bespreking van de verschillende criteria ook Van der Does & Snijders 2001, nr. 7.

heidsorgaan als contractspartij. Pas als overeenkomsten waarbij een overheidsorgaan als partij is betrokken ook een 'publiekrechtelijke inslag' hebben, kan worden gesproken van een publiekrechtelijke overeenkomst. Een meer precieze omschrijving dan deze is volgens Hartkamp en Sieburgh vooralsnog moeilijk te geven.[207] De vraag blijft evenwel wat onder een dergelijke publiekrechtelijke inslag dient te worden verstaan. Dient naast de betrokkenheid van een overheidsorgaan als contractspartij ook de inhoud of de strekking van de overeenkomst een zeker publiekrechtelijk karakter te hebben om deze als publiekrechtelijk te kunnen aanmerken? Beantwoording van deze vraag is met name van belang met het oog op het op de overeenkomst van toepassing zijnde normatief kader. Indien een overeenkomst als privaatrechtelijk moet worden gekenschetst, is immers het privaatrecht onverkort en direct van toepassing, inclusief de bijbehorende problematiek van de doorkruisingsleer. Indien een overeenkomst als publiekrechtelijk moet worden gekwalificeerd, ligt dit evenwel anders, zij het dat ook dan langs indirecte weg normering met behulp van het privaatrecht aan de orde kan komen.[208] De doorkruisingsleer is dan evenwel weer niet van toepassing.[209] Een meer precieze definiëring en afbakening van de publiekrechtelijke overeenkomst ten opzichte van de privaatrechtelijke overeenkomst is dan ook niet alleen vanuit theoretisch perspectief, maar ook vanwege dergelijke praktische consequenties geboden.

Van der Does en Snijders spreken van een publiekrechtelijke overeenkomst indien ontstaan en onderwerp van de overeenkomst verregaand door het publiekrecht zijn geregeld.[210] Zij lijken bij de definiëring derhalve aansluiting te zoeken bij het objectieve recht: een overeenkomst is een publiekrechtelijke overeenkomst omdat en wanneer het ontstaan en de inhoud daarvan door het publiekrecht wordt beheerst. Vervolgens onderscheiden zij verschillende categorieën publiekrechtelijke overeenkomsten, te weten: de bevoegdhedenovereenkomst (ook wel aangeduid als de beleidsovereenkomst[211] of het convenant), het fiscaal compromis,[212] de concessie[213] en de subsidieovereen-

207 Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III* 2010, nr. 36.

208 Hartkamp en Sieburgh menen dan ook dat het belang van precieze definiëring en afbakening van de publiekrechtelijke overeenkomst ten opzichte van de privaatrechtelijke overeenkomst enigszins wordt genuanceerd door de ontwikkeling in de jurisprudentie waarbij privaatrechtelijke normen in toenemende mate (analoog) worden toegepast op publiekrechtelijke overeenkomsten. Zie Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III* 2010, nr. 36; vgl. ook Snijders 1988, p. 60 voor een vergelijkbare redenering in het licht van de eerdergenoemde schakelbepalingen binnen het Burgerlijk Wetboek. Zie nader § 7.3.3.

209 Scheltema & Scheltema 2008, p. 244; alsmede De Haan, Drupsteen & Fernhout 1998, p. 115.

210 Van der Does & Snijders 2001, nr. 27.

211 De term beleidsovereenkomst is evenwel breder, nu daaronder ook de privaatrechtelijke overeenkomsten ter verwezenlijking van overheidsbeleid kunnen vallen. Vgl. Lubach 1982, p. 14.

212 Zie over overeenkomsten met de fiscus uitgebreid Klein Sprokkelhorst 1999.

komst (artikel 4:36 Awb),[214] waarbij de laatste drie in zekere zin kunnen worden gezien als varianten van de eerste. De bevoegdhedenovereenkomst omschrijven Van der Does en Snijders als een overeenkomst waarbij de overheid zich beperkingen oplegt in het gebruik van haar publiekrechtelijke bevoegdheden.[215]

Scheltema en Scheltema hanteren een andere indeling, waarbij zij het begrip publiekrechtelijke overeenkomst als zodanig niet gebruiken, maar gebruik maken van een onderscheid tussen privaatrechtelijke overeenkomsten, bevoegdhedenovereenkomsten en gemengde overeenkomsten. Hierbij is hun opvatting van hetgeen onder de eerste categorie dient te worden geschaard min of meer gelijk aan de privaatrechtelijke overeenkomst zoals die in het voorgaande is besproken. De bevoegdhedenovereenkomst omschrijven zij als volgt:

> 'Kenmerk van de bevoegdhedenovereenkomst is (…) dat de overheid op enigerlei wijze een overeenkomst sluit omtrent bestuursaangelegenheden, bestaande in een uitspraak omtrent het al dan niet gebruiken van publiekrechtelijke bevoegdheden of over een publieke taak. Het gaat derhalve om overeenkomsten omtrent bevoegdheden of handelingen die niet door particulieren kunnen worden uitgeoefend of verricht. Bevoegdhedenovereenkomsten hebben daarmee tot onderwerp (afspraken omtrent) het verrichten van publiekrechtelijke rechtshandelingen dan wel het verrichten van feitelijke handelingen voor zover een bevoegdheid daartoe uit een publiekrechtelijke regeling voortvloeit.'[216]

De inhoud van hetgeen in de overeenkomst is bepaald, is in de benadering van Scheltema en Scheltema derhalve bepalend voor de kwalificatie van de overeenkomst als een bevoegdhedenovereenkomst. Het gaat om de vraag of in de overeenkomst al dan niet een regeling is getroffen met betrekking tot de uitoefening van een publiekrechtelijke bevoegdheid; niet bepalend is of de overeenkomst al dan niet door de regels van het publiekrecht wordt beheerst.[217]

---

213 Zie over (het rechtskarakter van) de concessie onder meer Van Ommeren 1987. Van Ommeren omschrijft de concessie als: 'de figuur waarbij de overheid aan een privaatrechtelijke (rechts)persoon toestemming geeft tot bepaalde verrichtingen die gewenst zijn uit oogpunt van algemeen belang, terwijl zij tegelijkertijd een aantal voorschriften geeft' (p. 334).

214 Van der Does & Snijders 2001, nr. 28, 32 en 33.

215 Van der Does & Snijders 2001, nr. 28. Zie ook Drupsteen 2001, p. 200.

216 Scheltema & Scheltema 2008, p. 190.

217 Scheltema & Scheltema 2008, p. 190. De in het navolgende te bespreken typologie van De Haan c.s. sluit voor wat betreft de bevoegdhedenovereenkomst goed op deze benadering van Scheltema en Scheltema aan, nu ook zij de publiekrechtelijke inhoud van de bevoegdhedenovereenkomst bepalend achten voor de kwalificatie als zodanig. De vorm van een dergelijke overeenkomst kan in hun optiek evenwel zowel privaat- als publiekrechtelijk zijn. Zie De Haan, Drupsteen & Fernhout 1998, p. 114. Vgl. evenwel Ackermans-Wijn 1989 die overeenkomsten met betrekking tot de uitoefening van publiekrechtelijke bevoegdheden (p. 101-134) als privaatrechtelijk kwalificeert, nu de normen van het Burgerlijk Wetboek op dergelijke overeenkomsten van toepassing zijn. Onder de categorie publiekrechtelijke

Aangenomen kan worden dat in de indeling die Scheltema en Scheltema hanteren de bevoegdhedenovereenkomst mag worden geschaard onder of gelijkgesteld aan hetgeen anderen definiëren als publiekrechtelijke overeenkomst. Hoewel naast de bevoegdhedenovereenkomsten in de literatuur nog andere typen publiekrechtelijke overeenkomsten worden onderscheiden (zoals de gemeenschappelijke regeling), zal wanneer in het navolgende wordt gesproken over de publiekrechtelijke overeenkomst, tenzij anders is vermeld, telkens worden gedoeld op de bevoegdhedenovereenkomst. Nu de bevoegdhedenovereenkomst het meest vergelijkbaar is met de strafrechtelijke overeenkomst, is slechts dit type publiekrechtelijke overeenkomst voor het vervolg van dit onderzoek van wezenlijk belang. Voor wat betreft de vraag wat onder de bevoegdhedenovereenkomst dient te worden verstaan, wordt aangesloten bij voornoemde definiëring door Scheltema en Scheltema.

In het verleden was de opvatting heersend dat het de overheid niet vrij stond bevoegdhedenovereenkomsten te sluiten nu de overheid op ieder moment vrij diende te zijn om die beslissing te nemen die in haar optiek het algemeen belang het beste diende. Sinds de arresten Kruseman en Landsmeer[218] wordt evenwel aangenomen dat de overheid haar beleidsvrijheid in beginsel wel degelijk op een dergelijke wijze kan inperken, evenals zij dat pleegt te doen aan de hand van beleidsregels.[219] Belangrijk voordeel ten opzichte van dit laatste instrument is evenwel dat de bevoegdhedenovereenkomst in individuele gevallen en dus veel flexibeler kan worden ingezet. Voorts kan bij het gebruik van de overeenkomst, anders dan het geval is bij een besluit, nakoming van de overeenkomst worden gevorderd, waardoor de burger tot een (tegen)prestatie kan worden verplicht.

Er kleven evenwel ook nadelen aan het gebruik van bevoegdhedenovereenkomsten.[220] Zo kunnen de belangen van derden door het gebruik van bevoegdhedenovereenkomsten (nadelig) worden geraakt, terwijl de overeenkomst als rechtsfiguur tussen twee partijen, zeker in vergelijking met het bestuursrechtelijk instrumentarium, betrekkelijk weinig ruimte biedt om de positie van de derde belanghebbende goed tot zijn recht te laten komen.[221] Voorts bestaat

---

overeenkomst schaart zij slechts de gemeenschappelijke regeling (p. 2). Zij hanteert derhalve een benadering op grond van het objectieve recht in plaats van een benadering op grond van de aard van de rechtsverhouding. Zie ook § 7.2.6.

218 HR 13 april 1962, *NJ* 1964, 366 m.nt. HB (Kruseman) en HR 4 januari 1963, *NJ* 1964, 202 m.nt. JHB (Landsmeer). Zie ook Van der Does 1987, p. 1697-1699; alsmede Ackermans-Wijn 1989, p. 101-102.

219 Van der Does & Snijders 2001, nr. 28. Zie ook Scheltema & Scheltema 2008, p. 191.

220 Scheltema & Scheltema 2008, p. 191-192.

221 Zie Van der Hoeven 1989, p. 240-241, alsmede Lubach 1982, p. 166-170 en Lubach 1986, p. 45 die zich op het standpunt stelt dat de overeenkomst weliswaar alleen tussen partijen geldt, maar dat de derde belanghebbende deze niettemin heeft te respecteren, althans voor zover deze nadelen geen onrechtmatige daad jegens hem opleveren (zie Lubach 1987, p. 348-349). De Haan, Drupsteen & Fernhout 1998, p. 158 zien evenwel de nodige ruimte voor

het gevaar dat het bestuur zich verplicht tot prestaties die niet op haar eigen terrein liggen of dat een burger juist wordt verplicht tot prestaties die door middel van de meer traditionele publiekrechtelijke bevoegdheden niet kunnen worden afgedwongen. Tot slot kan worden gewezen op het ontbreken van een specifieke wettelijke grondslag voor het gebruik van bevoegdhedenovereenkomsten, hetgeen in het licht van het legaliteitsbeginsel problematisch zou kunnen zijn. Scheltema en Scheltema relativeren dit laatste bezwaar evenwel sterk. Zij menen dat voor zover de overheid op grond van een publiekrechtelijke regeling beleidsvrijheid toekomt, er voor het invullen van die beleidsvrijheid door middel van een overeenkomst een wettelijke grondslag bestaat.[222] Het maakt in hun ogen in wezen weinig uit of de overheid haar beleidsvrijheid ter zake een bepaalde bevoegdheid inperkt door middel van een beleidsregel, het doen van een toezegging of het sluiten van een overeenkomst. Daar komt volgens Scheltema en Scheltema nog bij dat het sluiten van een bevoegdhedenovereenkomst de rechtszekerheid alleen maar ten goede komt, nu daarin afspraken worden gemaakt over de vraag hoe de overheid een bepaalde discretionaire bevoegdheid zal gaan hanteren. Zo lang de overheid met het sluiten van dergelijke overeenkomsten binnen de grenzen van het recht blijft en de burger daarbij niet dwingt tot prestaties die niet langs traditionele publiekrechtelijke weg kunnen worden afgedwongen, bestaat in hun ogen dan ook geen wezenlijk probleem.[223]

Naast de privaatrechtelijke overeenkomsten en de bevoegdhedenovereenkomst onderscheiden Scheltema en Scheltema voorts de zogenoemde gemengde overeenkomsten, een mengvorm van de twee andere typen overeenkomsten. Kenmerkend voor dit type overeenkomst is dat de overheid afspraken maakt over het hanteren van een bepaalde publiekrechtelijke bevoegdheid, maar daarbij tevens over een privaatrechtelijk subjectief recht beschikt. Bij wijze van voorbeeld wijzen Scheltema en Scheltema op de mogelijkheid dat de overheid

---

de derde belanghebbende om tegen de publiekrechtelijke overeenkomst te ageren, nu contractuele toezeggingen door de overheid omtrent de uitoefening van publiekrechtelijke bevoegdheden bij uitvoering van de overeenkomst plegen uit te monden in besluiten die hiermee in overeenstemming zijn, in welk geval derden belanghebbenden vervolgens daartegen bezwaar en beroep kunnen aantekenen.

222 Zie ook Lubach 1986, p. 32-33.

223 Scheltema & Scheltema 2008, p. 204. Zie in gelijke zin Lubach 1986, p. 33 waar hij erop wijst dat aan de privaatrechtelijke vorm van de overeenkomst op zichzelf geen argumenten kunnen worden ontleend voor het aannemen van een grotere ruimte tot het scheppen van verplichtingen voor de contractspartner dan op grond van het publiekrecht mogelijk is. Ook het feit dat de overeenkomst berust op wederzijdse instemming kan het creëren van verplichtingen die langs publiekrechtelijke weg niet kunnen worden gerealiseerd, niet zonder meer legitimeren.

grond verkoopt en tegelijkertijd een vergunning met betrekking tot het gebruik van die grond verleent.[224]

Tot slot dient ter verdere afbakening van het begrip publiekrechtelijke overeenkomst te worden gewezen op de omstandigheid dat de overheid naast dergelijke overeenkomsten veelal gebruik maakt van allerlei vormen van convenanten, *gentlemen's agreements*, beleidsregels en toezeggingen. Dergelijke instrumenten zijn in een aantal opzichten vergelijkbaar met de bevoegdheden-overeenkomst, nu de overheid daarmee in meer of minder algemene termen uitspraken doet over de wijze waarop zij gebruik zal gaan maken van een haar toekomende publiekrechtelijke bevoegdheid. Toch kunnen zij strikt genomen veelal niet (zonder meer) als zodanig worden gekenschetst, ofwel omdat weliswaar sprake is van een meerzijdige rechtshandeling, maar door de betrokken rechtssubjecten geen juridische gebondenheid aan de gemaakte afspraken is beoogd of zij in dusdanig algemene termen zijn gesteld dat daaruit geen voldoende bepaalbare rechtens afdwingbare prestaties kunnen worden afgeleid (convenanten, *gentlemen's agreements*), ofwel omdat het om eenzijdige rechtshandelingen gaat waaruit weliswaar juridische gebondenheid voor het bestuur kan voortvloeien, maar waarbij dit gebeurt op grond van de werking van het vertrouwensbeginsel in plaats van de verbindende kracht van een overeenkomst (beleidsregels, toezeggingen).[225] Definiëring van een bepaald instrument als publiekrechtelijke overeenkomst veronderstelt derhalve niet alleen dat deze wat betreft zijn inhoud betrekking heeft op de wijze waarop de overheid toepassing geeft aan een bepaalde publiekrechtelijke bevoegdheid, maar ook dat deze zich laat kenschetsen als een meerzijdige rechtshandeling, waaruit voldoende bepaalbare verbintenissen voortvloeien, welke rechtens

224 Scheltema & Scheltema 2008, p. 199. Vgl. in dit kader ook Ackermans-Wijn 1989, p. 135. Vgl. voorts de laatste twee categorieën van de door De Haan, Drupsteen en Fernhout gehanteerde typologie van overeenkomsten met de overheid, welke in § 7.3.2.3 zal worden besproken.

225 De Haan c.s. menen evenwel dat de gebondenheid van de overheid aan publiekrechtelijke overeenkomsten eveneens uit het vertrouwensbeginsel voortvloeit en niet (zozeer) uit de verbindende kracht als beginsel van contractenrecht. Zij brengen de verbindende kracht van publiekrechtelijke overeenkomsten derhalve veeleer in verband met die van beleidsregels en toezeggingen dan met die van privaatrechtelijke overeenkomsten. Steun voor deze opvatting vinden zij onder meer in de door de Hoge Raad gebruikte terminologie in HR 4 januari 1963, *NJ* 1964, 202 m.nt. JHB (Landsmeer). Zie De Haan, Drupsteen & Fernhout 1998, p. 114-115 en p. 154-155. Deze opvatting is evenwel niet onomstreden. Tijdens de algemene vergadering van de VAR in 1987 waar De Haan een dergelijke zienswijze ook al verdedigde (VAR 1987, p. 41-44), is deze bestreden door onder meer Lubach die er weinig been in zag voor de grondslag van de binding onderscheid te maken tussen typen overeenkomsten. Hij zag er meer in de grondslag van de gebondenheid te zoeken in de verbindende kracht van overeenkomsten als algemeen, de rechtsgebieden overstijgend, grondbeginsel (VAR 1987, p. 68-69). Zie ook Lubach 1986, p. 34.

afdwingbaar is en ook als zodanig door de betrokken rechtssubjecten is bedoeld.[226]

7.3.2.3 Een typologie van overeenkomsten met de overheid

In het voorgaande is getracht de privaatrechtelijke overeenkomst en de publiekrechtelijke overeenkomst zo helder mogelijk van elkaar te onderscheiden. Het criterium op grond waarvan het onderscheid is gemaakt was gelegen in de inhoud van de overeenkomst: indien de overeenkomst betrekking heeft op vermogensrechten, dan is deze als privaatrechtelijk te beschouwen, ook als daarmee door de overheid beleidsdoelstellingen worden nagestreefd; indien de overeenkomst betrekking heeft op (de wijze van gebruik) van publiekrechtelijke bevoegdheden, is deze een publiekrechtelijke overeenkomst. Binnen het hierboven gehanteerde onderscheid komt aldus geen betekenis toe aan de vorm van de overeenkomst of de grondslag waarop deze is gebaseerd. Dit ten onrechte volgens De Haan, Drupsteen en Fernhout, nu de vraag naar het toepasselijke recht – privaatrecht, publiekrecht of een combinatie daarvan – volgens hen niet alleen afhankelijk is van de inhoud van de overeenkomst, maar ook van de vorm daarvan.[227]

De Haan, Drupsteen en Fernhout schetsen daarom aan de hand van een onderscheid tussen vorm en inhoud achtereenvolgens een zestal typen overheidsovereenkomsten.[228] 1) Allereerst de overeenkomsten die zowel naar vorm als naar inhoud privaatrechtelijk zijn. Het betreft hier de categorie van overeenkomsten die in het voorgaande zijn aangeduid als zuiver privaatrechtelijke overeenkomsten, waarbij de enige bijzonderheid is gelegen in de omstandigheid dat de overheid daarbij als partij is betrokken. De normering is hier privaatrechtelijk, zij het met aanvulling van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur. Indien dergelijke privaatrechtelijke overeenkomsten mede een beleidsmatig karakter dragen doordat de overheid ze hanteert in het kader van haar publiekrechtelijke taakuitoefening, worden zij door De Haan c.s. ook wel privaatrechtelijke beleidsovereenkomsten genoemd. In dat geval dient tevens acht te worden geslagen op eventuele publiekrechtelijke regelgeving ter zake alsmede op de eerdergenoemde doorkruisingsleer. 2) De tweede categorie die De Haan c.s. onderscheiden zijn de overeenkomsten die naar

226 Zie nader Scheltema & Scheltema 2008, p. 200-203. Zie in dit kader ook De Haan, Drupsteen & Fernhout 2001, p. 503-515; Van der Does & Snijders 2001, nr. 33; alsmede Lubach 1986, p. 42 die stelt dat niet te gemakkelijk dient te worden aangenomen dat geen juridische binding is beoogd, met name wanneer één van de partijen in rechte nakoming van de afspraken vordert.

227 De Haan, Drupsteen & Fernhout 1998, p. 112.

228 De Haan, Drupsteen & Fernhout 1998, p. 112-118. Het hier door hen gehanteerde onderscheid in een zestal typen geschiedt vanuit het perspectief van de overeenkomst als rechtshandeling. Zie voor een andere indeling vanuit instrumenteel perspectief De Haan, Drupsteen & Fernhout 2001, p. 490-520.

de vorm privaatrechtelijk zijn, maar naar de inhoud publiekrechtelijk. Dit zijn overeenkomsten die zien op het gebruik van publiekrechtelijke bevoegdheden, hetgeen volgens De Haan c.s. betekent dat de inhoud van de overeenkomst alsmede de bevoegdheid tot het aangaan ervan ook langs publiekrechtelijke weg worden genormeerd. Daarnaast dient ook de vraag naar de bindende kracht van een dergelijke overeenkomst volgens De Haan c.s. te worden beantwoord aan de hand van publiekrechtelijke criteria. Kwesties die de totstandkoming van de overeenkomst raken, worden evenwel beheerst door het privaatrecht. In het voorgaande zijn dergelijke overeenkomsten aangeduid als bevoegdhedenovereenkomsten. 3) Er zijn evenwel ook overeenkomsten die juist naar de vorm publiekrechtelijk zijn en naar de inhoud privaatrechtelijk, hetgeen volgens De Haan c.s. met name het geval is bij gemeenschappelijke regelingen die zien op vermogensrechtelijke onderwerpen. 4) Indien een gemeenschappelijke regeling evenwel betrekking heeft op de uitoefening van een publiekrechtelijke bevoegdheid of op de oprichting van een openbaar lichaam, dan kan worden gesproken van een overeenkomst die naar vorm en inhoud publiekrechtelijk is. 5) Vervolgens kan een overeenkomst ook nog privaatrechtelijk van vorm zijn en gemengd wat betreft de inhoud, hetgeen het geval is wanneer een bevoegdhedenovereenkomst wordt gesloten met een burger die van zijn kant ook bepaalde – naar hun aard als privaatrechtelijk te beschouwen – verplichtingen op zich neemt. 6) Tot slot kan een dergelijke naar zijn inhoud gemengde overeenkomst ook een publiekrechtelijke vorm hebben, bijvoorbeeld in geval van een gemeenschappelijke regeling met een particuliere rechtspersoon die zelf ook – wederom als privaatrechtelijk te beschouwen – verplichtingen op zich neemt. De laatste twee categorieën komen in feite overeen met de categorie van de gemengde overeenkomst zoals Scheltema en Scheltema deze onderscheiden.

Voor zover de typologie van De Haan c.s. is gebaseerd op een onderscheid naar inhoud, is zij goed hanteerbaar en komt zij overigens ook goed overeen met het door Scheltema en Scheltema gemaakte onderscheid tussen privaatrechtelijke overeenkomsten, bevoegdhedenovereenkomsten en gemengde overeenkomsten. Voor de aard van de betrokken overeenkomst en de daarop van toepassing zijnde normering is het belangrijk te weten of men met een naar inhoud als privaatrechtelijk dan wel publiekrechtelijk dan wel gemengd te beschouwen overeenkomst van doen heeft. Aan deze drie mogelijkheden voegen De Haan c.s. vervolgens een onderscheid naar vorm toe, hetgeen de hoeveelheid te onderscheiden typen overeenkomsten verdubbelt tot zes. Dit onderscheid tussen een privaatrechtelijke en een publiekrechtelijke vorm laat evenwel de nodige vragen open, nu De Haan c.s. niet geheel inzichtelijk maken waarin het criterium op grond waarvan dit onderscheid kan of dient te worden gemaakt, precies is gelegen en wat vervolgens het belang van dit onderscheid is. Voor hen lijkt bij het maken van dit onderscheid naar vorm bepalend te zijn de vraag of de bevoegdheid tot het sluiten van een overeenkomst al dan

niet expliciet is verankerd in een publiekrechtelijke regeling.[229] Voor de gemeenschappelijke regeling is dat het geval en deze duiden zij dan ook steevast aan als publiekrechtelijk naar de vorm. Wanneer het onderscheid op deze wijze is bedoeld, lijkt er evenwel niet zozeer onderscheid te worden gemaakt naar de *vorm* als wel naar de *grondslag* van de overeenkomst, zeker omdat de Wet gemeenschappelijke regelingen als zodanig niet of nauwelijks aandacht besteedt aan de vorm van de gemeenschappelijke regeling als overeenkomst en de vraag of en in hoeverre deze eventueel zou afwijken van de vorm van de privaatrechtelijke overeenkomst. En als het onderscheid naar de vorm in wezen een onderscheid naar het al dan niet bestaan van een wettelijke grondslag betreft, blijft de vraag wat dit vervolgens dient te betekenen voor (het belang van) het onderscheid naar de vorm van de overeenkomst. De reden dat deze vraag op deze plaats expliciet wordt opgeworpen is gelegen in het feit dat ook de meeste strafrechtelijke overeenkomsten een wettelijke basis in een publiekrechtelijke regeling – het Wetboek van Strafrecht of het Wetboek van Strafvordering – kennen, hetgeen de vraag doet rijzen of zij daarmee, conform het door De Haan c.s. gemaakte onderscheid, ook publiekrechtelijk van vorm zouden zijn. En zo het antwoord op deze vraag bevestigend zou moeten luiden, wat dient dit dan voor de normering van de strafrechtelijke overeenkomst te betekenen?

De hier opgeworpen vraag naar hetgeen De Haan c.s. bedoelen met het onderscheid naar vorm klemt temeer omdat De Haan c.s. waar het de vorm van de overeenkomst betreft geen categorie van gemengde overeenkomsten onderscheiden, zoals zij dat wel doen in het kader van het onderscheid naar de inhoud. Derhalve is de overeenkomst wat betreft de vorm óf privaatrechtelijk óf publiekrechtelijk. Dit heeft binnen de typologie van De Haan c.s. vervolgens consequenties voor de normering van de vorm van de overeenkomst. Voor overeenkomsten die naar de vorm privaatrechtelijk zijn, zal dit geen problemen opleveren, nu het privaatrecht een uitgewerkt normatief kader voor de overeenkomst kent. Maar wanneer op grond van het voornoemde criterium of de overeenkomst al dan niet zijn grondslag vindt in een publiekrechtelijke regeling, moet worden geconcludeerd dat een bepaalde overeenkomst publiekrechtelijk van vorm is, kan dit tot de nodige vragen leiden wat betreft de normering van de vorm van deze overeenkomst. Wanneer de overeenkomst publiekrechtelijk van vorm is, wordt de totstandkoming daarvan volgens De Haan c.s. immers ook publiekrechtelijk genormeerd. En juist aan die behoefte van een uitputtende regeling met betrekking tot de totstandkoming van de

229 Vgl. De Haan, Drupsteen & Fernhout 1998, p. 114 waar zij met betrekking tot de bevoegdhedenovereenkomst stellen: 'Hoewel deze ook een publiekrechtelijke vorm kan hebben, namelijk voorzover zij als een gemeenschappelijke regeling of onder een andere benaming qua totstandkoming wettelijk is geregeld, zal zij in de meeste gevallen vanwege het ontbreken van een algemene regeling toch de vorm aannemen van een civielrechtelijke overeenkomst.'

overeenkomst zal het publiekrecht niet tegemoet kunnen komen. In meer dan een aantal bijzondere bepalingen die in acht moeten worden genomen bij de totstandkoming van de overeenkomst zal een publiekrechtelijke regeling immers meestal niet voorzien. Voor het overige zal derhalve toch moeten worden teruggegrepen op het privaatrecht. Nu hoeft dat, zoals in het navolgende zal worden besproken, op zichzelf geen probleem te zijn, maar het doet wel – althans wanneer deze problematiek wordt bezien vanuit een benadering die uitgaat van het objectieve recht, een benadering die als gezegd hier niet wordt voorgestaan – de vraag rijzen of dan nog wel sprake is van een wezenlijk onderscheid tussen overeenkomsten die privaatrechtelijk dan wel publiekrechtelijk naar de vorm zijn, alsmede de vraag of dan niet toch langs een omweg een categorie ontstaat die wat betreft de vorm als gemengd moet worden beschouwd.

Belangrijker is evenwel dat wanneer de problematiek van de vorm van de overeenkomst zou worden bezien aan de hand van de methode van de aard van de rechtsverhouding geen wezenlijk onderscheid valt te maken. Naar de aard van de rechtsverhouding bezien gaat het wat betreft de vorm in beide gevallen immers om dezelfde rechtsfiguur: in geval van zowel de privaatrechtelijke als de publiekrechtelijke overeenkomst kan immers worden gesteld dat sprake is van '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 der partijen en ten laste van de andere partij, of ten behoeve en ten laste van beide (alle) partijen over en weer.'[230] Zowel de publiekrechtelijke als de privaatrechtelijke overeenkomst is naar de vorm bezien een overeenkomst en in dat opzicht behoeven zij niet van elkaar te worden onderscheiden. Slechts wanneer men hetgeen wat De Haan c.s. zien als naar de vorm publiekrechtelijke overeenkomsten, beschouwt als een geheel andere rechtsfiguur dan een overeenkomst, is er ruimte voor een onderscheid naar de vorm, maar dan ontvalt de zin de materie van de naar de vorm als publiekrechtelijk te beschouwen overeenkomst te beschrijven in termen van een overeenkomst.[231]

230 Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III* 2010, nr. 8.

231 Opvallend genoeg zijn er wel aanwijzingen dat De Haan c.s. een belangrijk verschil ontwaren tussen privaatrechtelijke en publiekrechtelijke overeenkomsten voor wat betreft de grondslag van de gebondenheid aan de overeenkomst (zie eerder voetnoot 225). Dit verschil in de wijze waarop de overheid aan de overeenkomst gebonden kan worden geacht, brengen zij evenwel in verband met de inhoud van de overeenkomst, niet met de vorm daarvan. Dit onderstreept het belang van de vraag waarin in hun ogen het verschil tussen de privaat- en de publiekrechtelijke vorm nu precies is gelegen, anders dan in de vraag of de bevoegdheid tot het sluiten van de overeenkomst al dan niet een expliciete publiekrechtelijke grondslag heeft.

7.3.2.4 Het rechtskarakter van de publiekrechtelijke overeenkomst

Op basis van het voorgaande kan worden geconcludeerd dat de publiekrechtelijke overeenkomst zich duidelijk onderscheidt van de privaatrechtelijke overeenkomst op basis van haar inhoud, doch in beginsel niet of nauwelijks wat betreft haar vorm. Dit maakt de publiekrechtelijke overeenkomst tot een wat hybride rechtsfiguur: naar haar vorm bezien (namelijk een overeenkomst) heeft zij het meeste verwantschap met het privaatrecht, maar naar haar inhoud, context en strekking (namelijk betrekking hebbende op krachtens het publiekrecht verleende taken en/of bevoegdheden) is zij primair bestuursrechtelijk van karakter.[232] De vraag is vervolgens wat dit betekent voor de finale vraag hoe de publiekrechtelijke overeenkomst naar de aard van de rechtsverhouding bezien dient te worden gekwalificeerd. Nu de aard van de rechtsverhouding een criterium is dat primair aansluit bij de inhoud van de rechtsbetrekking en niet zozeer naar de vorm daarvan,[233] dient de publiekrechtelijke overeenkomst, ondanks haar hybride karakter, op grond van het feit dat deze betrekking heeft op publiekrechtelijke bevoegdheden in plaats van vermogensrechten als een primair publiekrechtelijke rechtsbetrekking te worden gezien. Anders gezegd, bezien naar de aard van de rechtsverhouding is de vorm ondergeschikt aan de inhoud: de publiekrechtelijke overeenkomst is een publiekrechtelijke rechtsbetrekking nu deze – evenals de gewone bestuursrechtelijke rechtsbetrekking – betrekking heeft op bevoegdheden van de overheid die zij krachtens het publiekrecht heeft gekregen. Dat de overheid in geval van een publiekrechtelijke overeenkomst beschikt over deze publiekrechtelijke bevoegdheden op een wijze die nog het meest doet denken aan privaatrechtelijk handelen, maakt de rechtsbetrekking derhalve op zichzelf nog niet privaatrechtelijk. Hiermee is niet gezegd dat het gegeven dat de publiekrechtelijke overeenkomst naar de vorm bezien het meeste verwantschap met de privaatrechtelijke verhouding van de overeenkomst vertoont, irrelevant zou zijn; wel betekent het dat de publiekrechtelijke overeenkomst ook naar de vorm bezien geen privaatrechtelijke overeenkomst *is*. Ook naar de vorm bezien is de overeenkomst zonder meer een publiekrechtelijke rechtsfiguur, zij het een met opvallende gelijkenissen met de privaatrechtelijke overeenkomst. Hierbij maakt het op zichzelf niet uit of de publiekrechtelijke overeenkomst al dan niet een expliciete grondslag in een publiekrechtelijke regeling kent: ook als dat niet het geval is, is de publiekrechtelijke overeenkomst naar de vorm bezien onverminderd publiekrechtelijk. Een nadere differentiatie tussen publiekrechtelijke overeenkomsten naar de vorm hoeft, zoals in het voorgaande betoogd, dan ook niet te worden gemaakt. Wel zou, bezien vanuit de in het voorgaande geschetste benadering van Scheltema en Scheltema, waarin een aan het privaatrecht en het publiek-

232 Zie in gelijke zin Drupsteen 2001, p. 200 en De Haan, Drupsteen & Fernhout 2001, p. 114-115.

233 Zie § 7.2.10.

recht ten grondslag liggend overkoepelend gemeenschappelijk recht wordt onderscheiden, betoogd kunnen worden dat de privaatrechtelijke en de publiekrechtelijke overeenkomst beide representanten zijn van een overkoepelend, aan het recht gemeenschappelijk overeenkomstenbegrip. Een dergelijke benadering biedt goede aanknopingspunten voor de thans te bespreken vraag door welke rechtsnormen de publiekrechtelijke overeenkomst wordt beheerst.

7.3.3 Het normatief kader van de publiekrechtelijke overeenkomst

De vraag is vervolgens wat de conclusie dat de publiekrechtelijke overeenkomst primair een publiekrechtelijke rechtsbetrekking is, betekent voor de vraag welke rechtsregels op de publiekrechtelijke overeenkomst van toepassing zijn. Op basis van het voorgaande is het antwoord op deze vraag in de kern betrekkelijk eenvoudig te geven. De algemene beschouwing over de verhouding tussen het privaatrecht en het publiekrecht is afgesloten met het door de wetgever alsmede Scheltema en Scheltema principieel gehuldigde uitgangspunt dat – ondanks het feit dat waar mogelijk dient te worden gestreefd naar eenheid van recht – het privaatrecht ziet op privaatrechtelijke rechtsbetrekkingen en het publiekrecht op publiekrechtelijke rechtsbetrekkingen.[234] Ingevolge dit uitgangspunt geldt derhalve dat de publiekrechtelijke overeenkomst in beginsel zonder meer door het publiekrecht wordt beheerst. Dit betekent dat deze overeenkomst derhalve uitdrukkelijk een ander normatief kader kent dan de privaatrechtelijke overeenkomst, ten aanzien waarvan immers geldt dat normering aan de hand van het privaatrecht voorop staat, aangevuld met de werking van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur en rekening houdend met eventueel betrokken publiekrechtelijke regelgeving alsmede met de bijzondere positie van de overheid en de betrokkenheid van het algemeen belang.

Met deze uit het publiekrechtelijke rechtskarakter van de publiekrechtelijke overeenkomst afgeleide stelregel dat deze in beginsel door het publiekrecht wordt genormeerd, is echter nog niet zonder meer duidelijk hoe het normatief kader van de publiekrechtelijke overeenkomst er precies uitziet. Vast staat dat de publiekrechtelijke regels die specifiek zien op de bevoegdheden die het onderwerp van de overeenkomst vormen bij de normering van de publiekrechtelijke overeenkomst voorop staan. Er kan derhalve geen twijfel over bestaan dat de inhoud van de overeenkomst primair wordt beheerst door de normen van het publiekrecht, terwijl ook de bevoegdheid tot het aangaan van de overeenkomst wordt begrensd door de mate van beleidsvrijheid waarmee de publiekrechtelijke regeling de betreffende bevoegdheid omgeeft.[235] Dit betekent dan ook dat het de overheid niet vrij staat overeenkomsten aan te

234 Zie § 7.2.9.
235 Zie De Haan, Drupsteen & Fernhout 1998, p. 114.

gaan met betrekking tot bevoegdheden die geen beleidsvrijheid bieden. Voorts staat vast dat de algemene beginselen van behoorlijk bestuur onverkort op de publiekrechtelijke overeenkomst van toepassing zijn. De doorkruisingsproblematiek komt in het kader van de publiekrechtelijke overeenkomst daarentegen niet aan de orde; de overeenkomst wordt immers ten volle door het publiekrecht beheerst, hetgeen het naar de aard onmogelijk maakt met behulp van een dergelijke overeenkomst de publiekrechtelijke regelgeving te doorkruisen of te omzeilen.[236] Tot zover hetgeen duidelijk is omtrent het publiekrechtelijk normatief kader van de publiekrechtelijke overeenkomst. Bij het ontbreken van een algemene regeling voor de publiekrechtelijke overeenkomst zal de normering van de overeenkomst langs de weg van het publiekrecht evenwel onvermijdelijk op een aantal punten tekortschieten.[237] In het verleden zijn weliswaar voornemens geuit in de toekomst binnen de Algemene wet bestuursrecht plaats in te ruimen voor bepalingen met betrekking tot de publiekrechtelijke overeenkomst;[238] vooralsnog zijn deze evenwel nog niet tot stand gebracht. Met name daar waar het gaat om vragen die niet zozeer de inhoud als wel de vorm van de overeenkomst betreffen, zal blijken dat het publiekrecht onvoldoende pasklare antwoorden kan bieden. Het is immers met name de vorm van de publiekrechtelijke overeenkomst die dit instrument tot een vreemde eend in de publiekrechtelijke bijt maakt.

Gegeven deze situatie van een tekortschietend publiekrechtelijk normatief kader rijst dan al snel de onvermijdelijke vraag of en in hoeverre het privaatrecht niet toch uitkomst kan bieden bij de (nadere) normering van de publiekrechtelijke overeenkomst. Deze vraag naar de ruimte tot het toepassen van het privaatrecht op de publiekrechtelijke overeenkomst is in de literatuur al veelvuldig aan de orde geweest, waarbij opvalt dat door 'publicisten' veelal op andere wijze wordt geredeneerd dan door 'civilisten'. Dit debat in de literatuur heeft grofweg tot een drietal benaderingen geleid, welke niet zozeer uiteenlopen ten aanzien van de vraag of het privaatrecht een rol kan spelen bij de normering van de publiekrechtelijke overeenkomst, maar veeleer ten aanzien van de vraag op welke wijze dit gebeurt:[239] 1) een benadering waarin de normen van het privaatrecht worden herleid tot gemeenschappelijke, aan het recht als geheel ten grondslag liggende grondnormen, die vervolgens – al dan niet na de nodige modificatie – van toepassing worden verklaard op de publiekrechtelijke overeenkomst; 2) een benadering waarin de normen uit het privaatrecht van overeenkomstige toepassing op de publiekrechtelijke

236 Vgl. ook Scheltema & Scheltema 2008, p. 244-245.

237 Wel gelden in een aantal gevallen bijzondere regelingen. Ook deze bieden evenwel geen volledig uitgewerkt normatief kader voor de specifieke publiekrechtelijke overeenkomsten die zij bestrijken. Zie voor een aantal voorbeelden Scheltema & Scheltema 2008, p. 192-194.

238 Zie o.m. Bloembergen 1996, p. 10.

239 Zie evenwel Simon 1995, p. 90 die op principiële gronden bestrijdt dat het privaatrecht van betekenis zou kunnen zijn voor publiekrechtelijke verhoudingen.

overeenkomst worden verklaard; 3) een benadering waarin de normen van het privaatrecht worden geacht rechtstreeks op de publiekrechtelijke overeenkomst van toepassing te zijn. Reeds op voorhand kan worden gezegd dat deze benaderingen weliswaar vanuit theoretisch perspectief van elkaar verschillen, maar dat zij materieel gezien niet zelden tot min of meer vergelijkbare resultaten leiden.[240]

Scheltema en Scheltema representeren eerstgenoemde opvatting. Ook zij stellen dat de publiekrechtelijke overeenkomst geheel door de normen van het publiekrecht wordt beheerst.[241] Nu een algemene publiekrechtelijke regeling voor de publiekrechtelijke overeenkomst evenwel nog niet voorhanden is en specifieke regels voor de publiekrechtelijke overeenkomst aldus goeddeels ontbreken, kunnen in hun optiek daarom het beste de privaatrechtelijke normen voor overeenkomsten zoals die in het Burgerlijk Wetboek zijn neergelegd worden gebruikt ter invulling van het publiekrecht. Deze geschreven privaatrechtelijke regels kunnen volgens Scheltema en Scheltema immers worden beschouwd als een concrete uitwerking van aan het recht in zijn algemeenheid ten grondslag liggende fundamentele regels.[242] Zo kunnen volgens Scheltema en Scheltema in ieder geval de algemene beginselen van contractenrecht, zoals die mede aan de regeling in het Burgerlijk Wetboek ten grondslag liggen, worden toegepast ten aanzien van de publiekrechtelijke overeenkomst. Meer concreet wijzen zij hierbij op het adagium *pacta sunt servanda*, het beginsel van de *exceptio non adimpleti contractus* (artikel 6:262 BW) en het beginsel dat overeenkomsten in overeenstemming met de redelijkheid en billijkheid dienen te worden uitgevoerd (artikel 6:2 en 6:248 BW). Zij benadrukken evenwel dat hierbij geen sprake is van directe toepassing van het geschreven privaatrecht op de overeenkomst, laat staan dat de overeenkomst daardoor als privaatrechtelijk zou moeten worden beschouwd: Er is in hun visie sprake van toepassing van regels die uitdrukking geven aan normen die gemeen zijn aan zowel het privaatrecht als het publiekrecht. Voor het privaatrecht zijn deze normen nader geconcretiseerd in het Burgerlijk Wetboek; voor het publiekrecht is dat (vooralsnog) niet gebeurd. Scheltema en Scheltema gaan aldus uit van de visie dat een algemeen, ongeschreven overeenkomstenrecht zou bestaan, waarvan de op de privaatrechtelijke overeenkomst toegesneden regeling in het Burgerlijk Wetboek in wezen (slechts) een geschreven afgeleide is.[243] Voor de normering van de publiekrechtelijke overeenkomst kan op dit ongeschreven overeenkomstenrecht worden teruggegrepen, terwijl voor wat betreft de uitleg daarvan weer bij het geschreven privaatrechtelijke overeenkomstenrecht kan worden aangesloten. Dit betekent dan ook dat deze op het privaatrecht toegesneden regels weliswaar van betekenis kunnen zijn voor, maar niet zonder meer één

240 Vgl. Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III* 2010, nr. 38. Zie ook uitgebreid VAR 1987.
241 Scheltema & Scheltema 2008, p. 192.
242 Scheltema & Scheltema 2008, p. 195-196.
243 Zie onder meer Scheltema & Scheltema 2008, p. 185.

op één kunnen worden toegepast op de publiekrechtelijke overeenkomst.[244] Het blijft bij een dergelijke overeenkomst immers gaan om het gebruik van publiekrechtelijke bevoegdheden en derhalve om een publiekrechtelijke rechtsbetrekking. De voorhanden zijnde publiekrechtelijke regels hebben daarom ook altijd voorrang op de aan het Burgerlijk Wetboek ontleende regels voor de publiekrechtelijke overeenkomst.[245]

Andere auteurs – niet geheel toevallig veelal uit civielrechtelijke hoek – hanteren een minder omzichtige benadering en stellen dat het privaatrecht wel degelijk van toepassing kan zijn op de publiekrechtelijke overeenkomst, aangevuld met – indien aanwezig – relevante geschreven regels van publiekrecht en de algemene beginselen van behoorlijk bestuur.[246] Er kan vervolgens onderscheid worden gemaakt tussen auteurs die menen dat hierbij sprake is van overeenkomstige toepassing van het privaatrecht en auteurs die menen dat het gaat om rechtstreekse toepassing. Het verschil tussen beide benaderingen is weliswaar niet groot, maar ook niet geheel zonder belang, nu in de literatuur wordt aangenomen dat bij overeenkomstige toepassing meer ruimte tot afwijking zou bestaan dan bij rechtstreekse toepassing.[247] Anders gezegd, overeenkomstige toepassing lijkt in vergelijking met rechtstreekse toepassing meer mogelijkheden te bieden de norm aan te passen aan de nieuwe context waarbinnen deze wordt toegepast.

Auteurs die menen dat sprake is van overeenkomstige toepassing van privaatrechtelijke normen op de publiekrechtelijke overeenkomst sluiten ter onderbouwing van hun standpunt veelal aan bij de verschillende schakelbepalingen binnen het vermogensrechtelijk deel van het Burgerlijk Wetboek. De artikelen 3:15, 3:59, 3:79 en 3:326 BW bepalen immers dat de door deze bepalingen bestreken artikelen, voor zover de aard van de rechtshandeling of de rechtsbetrekking zich daartegen niet verzet, buiten het vermogensrecht van overeenkomstige toepassing zijn.[248] Hoewel hierbij door de wetgever in eerste instantie niet is gedacht aan toepassing buiten het burgerlijk recht, wordt inmiddels algemeen aangenomen dat deze bepalingen mede overeenkomstige toepassing van de daardoor bestreken rechtsregels op bestuursrechtelijke

244 Ook de wetgever gaat uit van een dergelijke voorzichtige benadering. Zie *Kamerstukken II* 2004/05, 29 702, nr. 3, p. 14.

245 Scheltema & Scheltema 2008, p. 196-198. Het gaat hen echter te ver de publiekrechtelijke overeenkomst aan te merken als een besluit in de zin van artikel 1:3 Awb, nu het hier om een meerzijdige rechtshandeling gaat, terwijl een besluit dient te worden opgevat als een eenzijdige rechtshandeling. Wel zal de *uitvoering* van de publiekrechtelijke overeenkomst vanzelfsprekend kunnen uitmonden in de nodige besluiten (zie De Haan, Drupsteen & Fernhout 1998, p. 158).

246 Zie bijvoorbeeld Bloembergen 1996, p. 10 en Van der Does & Snijders 2001, nr. 27.

247 Vgl. Van der Does & Snijders 2001, nr. 27. Bloembergen stelt zich evenwel op het standpunt dat het in de praktijk weinig verschil maakt of sprake is van rechtstreekse dan wel analogische toepassing (zie Bloembergen 1996, p. 10).

248 Slechts artikel 3:15 BW spreekt van (rechtstreekse) toepassing in plaats van overeenkomstige toepassing.

verhoudingen als de publiekrechtelijke overeenkomst mogelijk maken, althans indien en voor zover kan worden volgehouden dat de aard van de rechtsbetrekking zich daartegen niet verzet.[249] Ten tweede biedt de jurisprudentie in dezen de nodige houvast. Uit de jurisprudentie van de Hoge Raad sinds de tweede helft van de jaren tachtig blijkt dat privaatrechtelijke rechtsregels inderdaad – al dan niet onder expliciete verwijzing naar genoemde schakelbepalingen – in voorkomende gevallen analoog worden toegepast op bestuursrechtelijke rechtsbetrekkingen. Sterker nog, de Hoge Raad heeft bepaald dat analoge toepassing van privaatrechtelijke regels op bestuursrechtelijke verhoudingen niet beperkt hoeft te blijven tot de door de genoemde schakelbepalingen bestreken wettelijke bepalingen.[250] Hieruit blijkt volgens Hartkamp en Sieburgh dat de toenemende bereidheid binnen de jurisprudentie om privaatrechtelijke rechtsnormen analoog op bestuursrechtelijke rechtsbetrekkingen toe te passen, niet zonder meer of uitsluitend in verband hoeft te worden gebracht met genoemde schakelbepalingen. Deze bepalingen strekken er volgens hen in ieder geval niet toe de analoge toepassing van het burgerlijk recht te beperken tot de door deze bepalingen bestreken rechtsnormen.[251] Deze visie biedt ruimte om ook de voor de publiekrechtelijke overeenkomst interessante bepalingen uit het zesde boek van het Burgerlijk Wetboek op bestuursrechtelijke verhoudingen van toepassing te achten, wederom indien en voor zover de aard van de bestuursrechtelijke rechtsbetrekking zich daartegen niet verzet en binnen het bestuursrecht geen bijzondere, van het privaatrecht afwijkende regeling is getroffen.[252]

---

249 Zie Snijders 1988, p. 50; Bloembergen 1996, p. 8 en Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III* 2010, nr. 37. Inmiddels stelt ook de wetgever zich expliciet op het standpunt dat met de zinsnede 'buiten het vermogensrecht' in de genoemde schakelbepalingen mede het bestuursrecht wordt bedoeld. Zie *Kamerstukken II* 2004/05, 29 702, nr. 3, p. 15.

250 Zie voor voorbeelden HR 10 april 1987, *NJ* 1988, 148 m.nt. WHH (Nieuwegein/GCN) en HR 23 juni 1989, *NJ* 1991, 673 m.nt. MS (GCN/Nieuwegein II), waarin de Hoge Raad de aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid respectievelijk de regeling van de niet-nakoming wegens onvoorziene omstandigheden op de publiekrechtelijke overeenkomst van overeenkomstige toepassing verklaarde.

251 Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III* 2010, nr. 38. Zie ook Van der Does & Snijders 2001, nr. 8a waar met een beroep op de wetsgeschiedenis wordt gesteld dat uit het ontbreken van een schakelbepaling bij een regeling in het Burgerlijk Wetboek niet mag worden afgeleid dat analoge toepassing in een publiekrechtelijke context niet zou zijn gewild. Drupsteen meent evenwel dat privaatrechtelijke normen in beginsel geen toepassing kunnen vinden binnen bestuursrechtelijke verhoudingen wanneer zij niet door enige schakelbepaling worden bestreken; ware dit anders, dan zouden de schakelbepalingen in het geheel niet nodig zijn (zie Drupsteen 2001, p. 207).

252 Zie voor een dergelijk pleidooi Bloembergen 1996, p. 11-12. Zie het voornoemde HR 23 juni 1989, *NJ* 1991, 673 m.nt. MS (GCN/Nieuwegein II) voor een voorbeeld waarin de Hoge Raad dit ook daadwerkelijk doet met betrekking tot artikel 6:258 BW inzake onvoorziene omstandigheden. Scheltema & Scheltema 2008, p. 196 betogen terecht dat de overeenkomstige toepassing van de normen uit Boek 6 van het Burgerlijk Wetboek niet kan worden gebaseerd op de schakelbepaling van artikel 6:216 BW.

Bij deze stand van zaken, waarin ook normen die niet worden bestreken door een van de schakelbepalingen van het Burgerlijk Wetboek van overeenkomstige toepassing worden verklaard op de publiekrechtelijke overeenkomst, kan evenwel de gerechtvaardigde vraag worden gesteld wat dan nog de betekenis is van deze schakelbepalingen en of dan niet veeleer sprake is van rechtstreekse in plaats van overeenkomstige toepassing van privaatrechtelijke normen op dergelijke overeenkomsten, vanzelfsprekend indien en voor zover het publiekrecht of de aard van de rechtsbetrekking zich daartegen niet verzet. Een dergelijke benadering wordt immers ook gevolgd in geval van privaatrechtelijke overeenkomsten waarbij de overheid als partij is betrokken – ook wanneer aan een dergelijke overeenkomst beleidsaspecten kleven –, dus waarom zou iets dergelijks niet ook voor de publiekrechtelijke overeenkomst kunnen gelden? Hoewel deze benadering in de literatuur wel meer of minder expliciet wordt opgeworpen, ondervindt deze vooralsnog weinig navolging.[253] De meeste auteurs spreken hun voorkeur toch uit voor overeenkomstige toepassing, terwijl ook de wetgever blijkens meergenoemde memorie van toelichting bij de Vierde tranche Algemene wet bestuursrecht uitgaat van analoge toepasselijkheid van privaatrechtelijke normen op bestuursrechtelijke verhoudingen.[254] Een benadering waarin wordt uitgegaan van overeenkomstige toepassing van privaatrechtelijke regels is ook het meest zuiver wanneer men de publiekrechtelijke overeenkomst als een aparte, wegens zijn zelfstandige aard van de privaatrechtelijke overheidovereenkomst te onderscheiden, publiekrechtelijke rechtsbetrekking wil blijven zien. Bovendien doet rechtstreekse toepassing van het privaatrecht op rechtsbetrekkingen tussen bestuur en burger waarbij geen vermogensrechten in het geding zijn, wel erg denken aan de inmiddels vrijwel door een ieder afgezworen gemene rechtsleer, terwijl een dergelijke benadering evenmin strookt met het in het voorgaande onderschreven principiële uitgangspunt dat het privaatrecht niet rechtstreeks op publiekrechtelijke verhoudingen van toepassing kan zijn.

Als gezegd kunnen de drie benaderingen weliswaar theoretisch van elkaar worden onderscheiden, maar vloeien zij gemakkelijk in elkaar over en verschillen zij voor wat betreft hun praktische uitwerking nauwelijks van elkaar. Met name de eerste twee benaderingen liggen duidelijk in elkaars verlengde, nu zij beide zijn gebaseerd op hetzelfde theoretische uitgangspunt dat de publiekrechtelijke overeenkomst in beginsel door het publiekrecht wordt beheerst en het privaatrecht daarop niet rechtstreeks van toepassing kan zijn. Slechts de

253 Vgl. bijvoorbeeld Van der Does & Snijders 2001, nr. 27 en Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III* 2010, nr. 38. Alleen Bloembergen stelt zonder omhaal van woorden dat bij gebreke van een regeling van de publiekrechtelijke overeenkomst het privaatrecht hier 'zonder meer' kan worden toegepast (zie Bloembergen 1996, p. 10). Of hij hiermee ook daadwerkelijk rechtstreekse in plaats van analoge toepassing van het privaatrecht bepleit, is de vraag.

254 Zie *Kamerstukken II* 2003/04, 29 702, nr. 3, p. 15.

derde benadering van rechtstreekse toepasselijkheid wijkt daarvan af en dient om voornoemde redenen dan ook te worden afgewezen. Al met al leidt dit tot de inmiddels in de jurisprudentie en de literatuur breed gedragen visie dat de regels van het burgerlijk recht – al dan niet via de werking van een van de in het Burgerlijk Wetboek voorkomende schakelbepalingen en al dan niet door deze eerst te herleiden tot een aan het recht als geheel ten grondslag liggende grondnorm – analoog kunnen worden toegepast op de publiekrechtelijke overeenkomst, zolang het geschreven bestuursrecht of de aard van de rechtsbetrekking zich daartegen niet verzet.[255] De overeenkomst wordt daarmee evenwel uitdrukkelijk niet een privaatrechtelijke; de regels van het privaatrecht worden slechts van overeenkomstige toepassing verklaard op de publiekrechtelijke overeenkomst.[256]

Tot slot dient de vraag onder ogen te worden gezien door welk normatief kader de zogenoemde gemengde overeenkomsten worden beheerst.[257] Deze vraag is op basis van het voorgaande betrekkelijk eenvoudig te beantwoorden. Nu een gemengde overeenkomst enerzijds op het gebruik van een privaatrechtelijk subjectief recht ziet, zijn de regels van het privaatrecht op een dergelijke overeenkomst (rechtstreeks) van toepassing. Omdat evenwel tevens een overeenkomst wordt gesloten over een publiekrechtelijke bevoegdheid, geldt dat ook voor de publiekrechtelijke regels. Het gaat aldus om een combinatie van regelcomplexen.[258] De gemengde rechtsleer komt derhalve het meest pregnant naar voren waar het gaat om gemengde overeenkomsten. Waar bij de publiekrechtelijke overeenkomst nog kan worden gesproken van toepassing van publiekrecht dat is ontleend aan privaatrechtelijke normen, is bij de gemengde overeenkomst daadwerkelijk sprake van rechtstreekse toepassing van zowel publiekrechtelijke als privaatrechtelijke normen. In een dergelijk geval kan als stelregel worden aangehouden dat publiekrechtelijke aspecten van de overeenkomst in eerste instantie door het publiekrecht worden beheerst en privaatrechtelijke aspecten door de normen van het privaatrecht. Consequentie van deze stelregel is dat – in tegenstelling tot het geval is bij publiekrechtelijke overeenkomsten – in geval van gemengde overeenkomsten ook de vorm van de overeenkomst zich in beginsel voor rechtstreekse normering door middel

255 Vgl. Van der Does & Snijders 2001, nr. 8a.

256 Scheltema & Scheltema 2008, p. 185; alsmede De Haan, Drupsteen & Fernhout 2001, p. 506. De constatering dat bij het sluiten van een dergelijke publiekrechtelijke overeenkomst op zichzelf geen sprake is van het gebruik van privaatrecht door de overheid is zoals eerder gezegd onder meer belangrijk met het oog op de consequentie dat de problematiek van de doorkruisingsleer dan ook niet van toepassing is. Nu het publiekrecht onverkort op de overeenkomst van toepassing blijft, kan immers uit de aard der zaak geen sprake zijn van doorkruising of omzeiling van dat publiekrecht langs privaatrechtelijke weg. Zie De Haan, Drupsteen & Fernhout 1998, p. 115.

257 Zie § 7.3.2.2.

258 Scheltema & Scheltema 2008, p. 199. Zie in vergelijkbare zin De Haan, Drupsteen & Fernhout 1998, p. 116-117.

van het privaatrecht leent, uiteraard met inachtneming van eventueel voorhanden zijnde bijzondere publiekrechtelijke normen ter zake.

7.3.4 Specifieke regels voor de publiekrechtelijke overeenkomst

Uit het voorgaande kan worden geconcludeerd dat de publiekrechtelijke overeenkomst langs de weg van het publiekrecht wordt genormeerd, maar dat hierbij gebruik kan worden gemaakt van de normale regels van het verbintenissen- en contractenrecht door deze in voorkomende gevallen overeenkomstig toe te passen, indien en voor zover de aard van de rechtsbetrekking of de publiekrechtelijke regeling daaraan niet in de weg staat. Wat betekent deze algemene stelregel nu concreet voor de normering van de publiekrechtelijke overeenkomst, met name daar waar het gaat om afwijkingen ten opzichte van 'normale' privaatrechtelijke overeenkomsten op grond van het publiekrechtelijke karakter van de overeenkomst? De bespreking in het onderstaande richt zich aldus op het weergeven van een aantal bijzonderheden die voor de publiekrechtelijke overeenkomst gelden. De vraag in hoeverre de normering van de privaatrechtelijke overheidsovereenkomst afwijkt van gewone overeenkomsten tussen burgers onderling vormt derhalve geen afzonderlijk punt van aandacht, hoewel de beantwoording van beide vragen vanzelfsprekend de nodige parallellen zullen vertonen.[259] Ook de op zichzelf gerechtvaardigde vraag in hoeverre de normering van de publiekrechtelijke overeenkomst zich in concreto dan nog onderscheidt van de normering van de privaatrechtelijke overeenkomst waarbij de overheid als contractant is betrokken, zal hier niet worden beantwoord. Voor wat betreft deze laatste vraag stellen Van der Does en Snijders dat de benaming publiekrechtelijke overeenkomst, gezien de overeenkomstige toepasselijkheid van het privaatrecht, op zich niet tot een andere behandeling van de overeenkomst leidt ten opzichte van de normale privaatrechtelijke overeenkomst waarbij de overheid als partij is betrokken.[260] Uit het navolgende zal echter blijken dat dit op sommige punten wel degelijk het geval is, terwijl op basis van het voorgaande duidelijk zal zijn geworden dat in ieder geval ook het theoretische vertrekpunt van de normering verschilt.[261]

In het onderstaande wordt achtereenvolgens op hoofdlijnen aandacht besteed aan de totstandkoming, de inhoud en de uitvoering van de overeenkomst. Rode draad is telkens de vraag in hoeverre het publiekrechtelijke

259 Zie over deze vragen meer uitgebreid Lubach 1987; Ackermans-Wijn 1989; De Haan, Drupsteen & Fernhout 1998; Van der Does & Snijders 2001 en Scheltema & Scheltema 2008.

260 Van der Does & Snijders 2001, nr. 27.

261 In het navolgende wordt er vanuit gegaan dat analoge toepassing van privaatrechtelijke normen op publiekrechtelijke overeenkomsten niet beperkt hoeft te blijven tot bepalingen die expliciet door een van de schakelbepalingen binnen het Burgerlijk Wetboek worden bestreken.

karakter van de overeenkomst aanleiding geeft tot afwijkende normering ten opzichte van de gewone privaatrechtelijke overeenkomst. Hierbij zal blijken dat enerzijds gezien haar bijzondere, machtige positie niet snel de neiging bestaat de overheid als contractspartij tegemoet te komen, terwijl anderzijds ook de behoefte blijkt te bestaan het (semi-)private belang van (een van de) contractspartijen in voorkomende gevallen op te offeren aan de bij de overeenkomst betrokken publieke belangen.[262]

7.3.4.1 Totstandkoming van de overeenkomst

Nu de publiekrechtelijke overeenkomst in eerste instantie wordt beheerst door de normen van het publiekrecht en dus ook door de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, gelden deze vanzelfsprekend ook in de fase van totstandkoming van de overeenkomst. Deze beginselen kunnen in het kader van de publiekrechtelijke overeenkomst in het bijzonder grenzen stellen aan de ruimte van de overheid te onderhandelen met wie en onder welke voorwaarden zij dat wil. Zo kan het gelijkheidsbeginsel onder omstandigheden eraan in de weg staan dat de overheid weigert met een bepaalde partij een overeenkomst te sluiten.[263] De precontractuele fase van de publiekrechtelijke overeenkomst wordt daarnaast mede door de redelijkheid en billijkheid beheerst,[264] hetgeen ingevolge vaste privaatrechtelijke jurisprudentie ter zake met zich brengt dat ook de overheid en haar wederpartij hun gedrag tijdens de onderhandelingen over de publiekrechtelijke overeenkomst mede moeten laten bepalen door elkaars gerechtvaardigde belangen.[265] Ook de Plas/Valburg-doctrine inzake het afbreken van onderhandelingen kan daarmee in theorie in beeld komen. Aangenomen moet echter worden dat de publiekrechtelijke aard en context van de rechtsbetrekking alsmede de betrokkenheid van het algemeen belang veelal aan onverkorte doorwerking van deze doctrine in de weg zullen staan.[266] Voorts kan de stelregel dat de geschiedenis van totstandkoming van de overeenkomst op een later moment belangrijk kan zijn voor de uitleg daarvan, ook voor de publiekrechtelijke overeenkomst opgaan, zij het dat gezien de betrokkenheid van het algemeen belang de taalkundige betekenis van de gebruikte bewoordingen zoveel mogelijk voorop zal dienen te staan.[267]

De overheid neemt als contractspartij een bijzondere positie in, hetgeen doorwerkt in de toepassing van het leerstuk van de wilsgebreken. Dit geldt al in het kader van de privaatrechtelijke overeenkomsten met de overheid,

---

262 Vgl. Ackermans-Wijn 1989, p. 48.
263 Lubach 1986, p. 33.
264 Zie De Haan, Drupsteen & Fernhout 1998, p. 135.
265 HR 15 november 1957, *NJ* 1958, 67 (Baris/Riezenkamp) en HR 21 januari 1966, *NJ* 1966, 183 m.nt. GJS (Booy/Wisman).
266 Zie § 3.7.
267 Zie § 3.8 en het daar genoemde HR 20 februari 2004, *NJ* 2005, 493 m.nt. C.E. du Perron (DSM/Fox).

maar zal des te sterker hebben te gelden in geval van publiekrechtelijke overeenkomsten. De bijzondere positie van de overheid komt volgens De Haan, Drupsteen en Fernhout met name naar voren in geval van dwaling (artikel 6:228 BW) en misbruik van omstandigheden (artikel 3:44 BW).[268] Zo wordt aangenomen dat de overheid in beginsel geen beroep op rechtsdwaling toekomt, nu meer nog dan bij de burger het geval is de overheid wordt geacht de wet te kennen. Rechtsdwaling komt derhalve in beginsel voor risico van de overheid.[269] De wederpartij van de overheid lijkt daarentegen eerder een gerechtvaardigd beroep op (rechts)dwaling te kunnen doen, nu wordt aangenomen dat de overheid als contractspartij een uitgebreide informatieplicht heeft. *Mutatis mutandis* zal ook een beroep op feitelijke dwaling van de kant van de overheid niet snel worden gehonoreerd, nu ook in dat verband hoge eisen aan de overheid worden gesteld voor wat betreft de verschoonbaarheid van de dwaling.[270] Aan misbruik van omstandigheden als wilsgebrek zal de overheid zich volgens De Haan, Drupsteen en Fernhout daarentegen niet snel schuldig maken, nu aangenomen dient te worden dat de overheid ter behartiging van het algemeen belang tot op zekere hoogte van haar bijzondere machtspositie gebruik mag maken. Mocht de overheid daarbij onverhoopt in strijd handelen met de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, dan is daarmee nog niet zonder meer sprake van misbruik van omstandigheden.[271] In het kader van de publiekrechtelijke overeenkomst lijkt dit evenwel een hachelijke redenering. Op grond van haar taak tot behartiging van het algemeen belang vermag de overheid weliswaar veel; misbruik van haar positie is niet toelaatbaar.

7.3.4.2 Inhoud van de overeenkomst

Nu de publiekrechtelijke overeenkomst betrekking heeft op publiekrechtelijke bevoegdheden wordt de inhoud van de overeenkomst als gezegd volledig beheerst door het publiekrecht, waarbij in het bijzonder dient te worden gedacht aan de bepalingen die op deze bevoegdheden specifiek betrekking hebben alsmede de algemene beginselen van behoorlijk bestuur. In zijn algemeenheid geldt dat het de overheid niet vrij staat de werking van publiekrechtelijke regels weg te contracteren door een publiekrechtelijke overeenkomst te sluiten, hetgeen onder meer betekent dat de procedurevoorschriften waarmee de bevoegdheid waarover wordt gecontracteerd, krachtens het publiekrecht is omgeven – zoals de mogelijkheid voor derden om bezwaar en beroep aan

268 De Haan, Drupsteen & Fernhout 1998, p. 136-138. Bij bedreiging en bedrog speelt deze bijzondere positie van de overheid een minder duidelijke rol.
269 Zie in gelijke zin Scheltema & Scheltema 2008, p. 253-254.
270 Lubach 1987, p. 41. Zie in dit verband ook Scheltema & Scheltema 2008, p. 251-252.
271 De Haan, Drupsteen & Fernhout 1998, p. 138 met verwijzing naar Ackermans-Wijn 1989, p. 209.

te tekenen – niet door middel van een overeenkomst kunnen worden omzeild.[272] De overeenkomst dient derhalve volledig binnen het op de specifieke rechtsbetrekking van toepassing zijnde publiekrechtelijke normatief kader te worden gesloten. Uit dit uitgangspunt vloeit daarnaast logisch voort dat daar waar sprake is van een verplichting voor de overheid of een bevoegdheid met niet of nauwelijks discretionaire ruimte in wezen geen contractsvrijheid voor de overheid bestaat.[273] En daar waar wel beleidsvrijheid bestaat, dient de overheid zich niet verder vast te leggen omtrent het gebruik van haar bevoegdheden dan op grond van de geboden ruimte kan worden gerechtvaardigd.[274] Wanneer het gaat om de vraag of het de overheid al dan niet vrij staat een publiekrechtelijke overeenkomst aan te gaan en welke inhoud deze kan hebben, is het publiekrecht derhalve zonder meer leidend en komt aan het privaatrecht nog slechts een aanvullende rol toe.[275] Hierbij kan in voorkomende gevallen – zo daar nog behoefte aan zou bestaan – met name worden gedacht aan artikel 3:40 BW op grond waarvan rechtshandelingen die wat betreft hun inhoud of strekking in strijd zijn met wet, openbare orde of goede zeden nietig dan wel vernietigbaar zijn.[276]

Ook Ackermans-Wijn meent dat de vraag naar de geldigheid van publiekrechtelijke overeenkomsten[277] primair aan de hand van de wettelijke regeling van de betreffende publiekrechtelijke bevoegdheid dient te worden beantwoord:

> 'Uit de wettelijke regeling zelf of uit de strekking, de ratio ervan, zal kunnen blijken of het contracteren over de betreffende bevoegdheid al of niet is verboden, of de betreffende bevoegdheid al of niet een discretionair karakter draagt en ter bescherming van welk doel, welke belangen de betreffende bevoegdheid aan een bepaald overheidsorgaan is gegeven. Deze elementen zijn van belang voor de beantwoording van de vraag of een overeenkomst met betrekking tot een bepaalde publiekrechtelijke bevoegdheid al dan niet in strijd is met de wet of de openbare orde en goede zeden. Bij de beantwoording van die vraag kunnen de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, met name het verbod van willekeur en détournement de pouvoir een rol spelen.'[278]

---

272 Scheltema & Scheltema 2008, p. 217.

273 Ackermans-Wijn 1989, p. 103 en Van der Does & Snijders 2001, nr. 28 en 29. Scheltema & Scheltema 2008, p. 14 wijzen er op dat in dergelijke gevallen wel een overeenkomst kan worden gesloten omtrent het tijdstip of de wijze waarop de bevoegdheid wordt toegepast.

274 Scheltema & Scheltema 2008, p. 213-214.

275 De Haan, Drupsteen & Fernhout 1998, p. 138.

276 Zie meer uitgebreid Scheltema & Scheltema 2008, p. 245-248 over de gevolgen van nietigheid van de publiekrechtelijke overeenkomst op grond van haar ongeoorloofde inhoud, waarbij mede betekenis toekomt aan de vraag of de overeenkomst al dan niet reeds is uitgevoerd.

277 Ackermans-Wijn duidt overeenkomsten met betrekking tot de uitoefening van publiekrechtelijke bevoegdheden zelf aan als privaatrechtelijke overeenkomsten. Zie Ackermans-Wijn 1989, p. 2 in samenhang met p. 101-134.

278 Ackermans-Wijn 1989, p. 103-104.

Een volgende belangrijke vraag is of de overheid gebonden kan worden geacht aan een overeenkomst waarvan (achteraf) dient te worden gezegd dat deze in strijd is met de geldende normen van publiekrecht. Aan de hand van een analyse van de rechtspraak ter zake deze kwestie in het kader van het fiscale compromis en overeenkomsten inzake uitkeringen komt Ackermans-Wijn tot een viertal voorwaarden waaronder ondanks de strijdigheid van de overeenkomst met het geldende publiekrecht niettemin gebondenheid van de overheid aan de overeenkomst kan worden aangenomen: 1) de overeenkomst dient van bevoegde zijde te zijn gesloten of de wederpartij mocht dit in ieder geval gerechtvaardigd aannemen; 2) er was voor de wederpartij geen reden om te twijfelen aan de juistheid van de overeenkomst; 3) de wederpartij wordt bij nakoming van de overeenkomst niet onredelijk bevoordeeld; 4) bij nakoming van de overeenkomst mag geen met de wet strijdige situatie ontstaan, waarbij zwaarwegende maatschappelijke belangen worden geschaad. Zij stelt deze laatste voorwaarde met name omdat het vertrouwensbeginsel – dat in haar optiek de grondslag vormt om ondanks de strijdigheid met het publiekrecht toch gebondenheid aan de overeenkomst aan te nemen – volgens haar niet dermate ver strekt, dat op grond daarvan een met de wet strijdige situatie in het maatschappelijke verkeer zou moeten worden geduld, hetgeen met name sterk kan klemmen wanneer het om niet-financiële kwesties gaat. Dit uitgangspunt kan volgens haar slechts uitzondering lijden in het zeldzame geval dat geen enkel concreet belang van derden zich tegen handhaving van de met de wet strijdige situatie verzet en onverkorte toepassing van de wet slechts *pour besoin de la cause* zou zijn.[279]

7.3.4.3 Uitvoering van de overeenkomst

Het uitgangspunt dat publiekrechtelijke overeenkomst volledig door het publiekrecht wordt beheerst, geldt vanzelfsprekend ook in de fase van de uitvoering van de overeenkomst. Anders dan het geval is bij de totstandkoming van de overeenkomst, komt de publiekrechtelijke normering in deze fase ook sterk naar voren en bestaat betrekkelijk weinig noodzaak ter invulling van het op de overeenkomst betrekking hebbende publiekrecht aansluiting te zoeken bij de normen van het privaatrecht. Zoals zal blijken hangt een en ander sterk samen met het feit dat de publiekrechtelijke overeenkomst veelal betrekking heeft op het al dan niet nemen van besluiten en het publiekrecht hieromtrent een nagenoeg uitputtende regeling kent.

a. Nakoming
Het beginsel dat verbintenissen dienen te worden nagekomen is van een dermate algemene aard dat moet worden aangenomen dat het niet alleen in

279 Zie Ackermans-Wijn 1989, p. 124-125. Bij financiële kwesties ziet zij ruimte voor een wat ruimhartiger opstelling, omdat deze altijd oplosbaar zouden zijn.

het privaatrecht, maar ook binnen het publiekrecht geldt. Ook binnen de publiekrechtelijke context kan derhalve nakoming van de uit de overeenkomst voortvloeiende verbintenissen worden gevorderd.[280] Dit geldt zowel voor wat betreft een vordering tot nakoming van de burger als voor wat betreft die van de overheid. Ten aanzien van de eerste situatie rijst met name de vraag hoe een vordering tot nakoming zich verhoudt tot de publiekrechtelijke bevoegdheden van de overheid om de naleving van publiekrechtelijke verplichtingen door de burger af te dwingen. Ten aanzien van de tweede situatie is de belangrijkste vraag of en in hoeverre de bijzondere positie van de overheid en de betrokkenheid van het algemeen belang in de weg kan staan aan een veroordeling tot nakoming.[281] Bij beantwoording van beide vragen dient voorop te worden gesteld dat de publiekrechtelijke overeenkomst, ook waar het gaat om de uitvoering daarvan en de eventuele problemen die daarbij rijzen, in eerste instantie langs de weg van het publiekrecht wordt genormeerd, terwijl pas secundair op overeenkomstige toepassing van het privaatrecht wordt teruggegrepen. Veelal biedt het publiekrechtelijk instrumentarium ook voldoende mogelijkheden problemen bij de uitvoering van de overeenkomst het hoofd te bieden.[282]

In beginsel kan de overheid zonder meer een vordering tot nakoming van de uit de overeenkomst voortvloeiende verbintenissen jegens de burger richten.[283] In deze mogelijkheid is zoals in het voorgaande reeds gezegd juist één van de belangrijkste voordelen voor de overheid van de publiekrechtelijke overeenkomst ten opzichte van het traditionele bestuursrechtelijke instrumentarium gelegen. Wanneer verplichtingen van de burger evenwel niet zozeer uit de publiekrechtelijke overeenkomst zelf voortvloeien, maar uit een met die overeenkomst samenhangend besluit, dient de overheid de naleving van die verplichtingen door middel van het gebruikelijke bestuursrechtelijke instrumentarium af te dwingen. Het hangt veelal af van de aard van de verplichting of ervoor wordt gekozen deze onderdeel te laten uitmaken van de overeen-

280 Een algemene regeling voor het vorderen van nakoming van publiekrechtelijke verbintenissen ontbreekt evenwel vooralsnog in het bestuursrecht. De Algemene wet bestuursrecht voorziet slechts in de mogelijkheid van beroep indien de overheid verplicht is tot het nemen van een besluit. Wel is onlangs op 1 juli 2009 ingevolge de Vierde tranche Algemene wet bestuursrecht (*Stb*. 2009, 264) een regeling voor bestuursrechtelijke geldschulden ingevoerd (zie artikel 4:85 e.v. Awb). Hoewel deze nieuwe regeling geen betrekking heeft op geldschulden die voortvloeien uit een publiekrechtelijke overeenkomst, pleiten Scheltema en Scheltema er niettemin voor in dergelijke gevallen, nu het ook hier om *publiekrechtelijke* geldschulden gaat, aan te sluiten bij deze nieuwe regeling in plaats van bij de privaatrechtelijke regels over de nakoming van (privaatrechtelijke) verbintenissen (zie Scheltema & Scheltema 2008, p. 269-271).

281 Scheltema & Scheltema 2008, p. 258 en Van der Does & Snijders 2001, nr. 38c.

282 Vgl. De Haan, Drupsteen & Fernhout 1998, p. 153 en Scheltema & Scheltema 2008, p. 262-268.

283 Slechts indien een dergelijke vordering in strijd moet worden geacht met de algemene beginselen van behoorlijk bestuur ligt dit anders. Zie Scheltema & Scheltema 2008, p. 262-263.

komst of van een daarmee samenhangend besluit. Ook de weg waarlangs de nakoming van de verplichting in een later stadium kan worden afgedwongen, wordt vervolgens door deze keuze bepaald. Zo daaraan gezien de mogelijkheden die het bestuursrecht reeds biedt al behoefte zou bestaan, is voor het vorderen van nakoming van een in een besluit neergelegde verplichting derhalve geen plaats, terwijl de inzet van publiekrechtelijke bevoegdheden met het oog op de nakoming van bij de overeenkomst afgesproken verplichtingen, zonder dat deze ook in een besluit zijn neergelegd, evenmin mogelijk moet worden geacht.[284]

Hoewel ook voor de overheid zonder meer geldt dat verbintenissen voortvloeiende uit de publiekrechtelijke overeenkomst in beginsel dienen te worden nagekomen, betekent dit niet dat de burger de nakoming ook altijd succesvol kan vorderen. Bij deze kwestie doen de consequenties van het feit dat normering langs de weg van het publiekrecht voorop staat, zich namelijk sterk gevoelen. Dit geldt zowel voor wat betreft de door de burger te volgen weg waar het gaat om niet-nakoming door de overheid, als wel voor de wijze waarop de niet-nakoming door de overheid vervolgens inhoudelijk wordt getoetst. Nu de overheid zich in een publiekrechtelijke overeenkomst niet zelden verbindt tot het al dan niet of het op een bepaalde wijze nemen van een besluit, volgt de vraag op welke wijze de burger kan handelen indien de overheid zich niet aan de in het vooruitzicht gestelde werkwijze houdt, immers de mogelijkheden die openstaan tegen (het niet nemen van) besluiten. Wanneer de overheid een ander besluit neemt dan zij eerder in het kader van de publiekrechtelijke overeenkomst heeft toegezegd, staat daar via de normale bestuursrechtelijke weg bezwaar en beroep tegen open, terwijl zulks ingevolge artikel 1:3 lid 2 Awb eveneens het geval is indien de overheid het bij publiekrechtelijke overeenkomst toegezegde besluit in zijn geheel niet neemt. In dergelijke gevallen kan uitsluitend de bestuursrechter aan de hand van het gebruikelijke bestuursrechtelijke instrumentarium beoordelen hoe deze handelswijze van de overheid dient te worden gewaardeerd, mede in het licht van de eerder gesloten overeenkomst.[285] Dit is de voor de burger aangewezen weg om op te komen tegen niet-nakoming door de overheid, met alle bijbehorende risico's van dien, nu de burger teneinde te voorkomen dat het door het bestuur genomen besluit (of de weigering daartoe) formele rechtskracht krijgt, binnen de daarvoor geldende (korte) termijnen bezwaar en beroep dient aan te tekenen. Een eventuele latere vordering tot nakoming zal dan geen kans van slagen meer hebben. Een andere formele complicatie van de bestuursrechtelijke weg is gelegen in het feit dat de bestuursrechter (de weigering tot het nemen van) het besluit slechts kan vernietigen doch de overheid niet rechtstreeks kan verplichten tot nakoming van de overeenkomst. Het is derhalve

284 Vgl. Scheltema & Scheltema 2008, p. 262-266.

285 De Haan, Drupsteen & Fernhout 1998, p. 148-149; alsmede Van der Does & Snijders 2001, nr. 28.

op zichzelf niet geheel uitgesloten dat de overheid na vernietiging van het eerdere besluit of de weigering daartoe wederom een besluit neemt dat niet in overeenstemming is met de in de overeenkomst toegezegde handelswijze dan wel het toegezegde besluit weigert te nemen.[286]

Ook de inhoudelijke beoordeling van de vordering tot niet-nakoming geschiedt langs publiekrechtelijke weg, hetgeen in vergelijking met beoordeling aan de hand van privaatrechtelijke criteria niet zonder meer tot dezelfde resultaten hoeft te leiden. Volgens De Haan, Drupsteen en Fernhout komt het feit dat het publiekrecht in de fase van de uitvoering van de overeenkomst de eigen broek goed kan ophouden, met name duidelijk naar voren in de situatie waarin de overheid de overeenkomst op grond van nieuwe beleidsinzichten weigert na te komen.[287] Het is immers heel wel voorstelbaar dat op een gegeven moment de verplichtingen uit de overeenkomst op gespannen voet komen te staan met hetgeen het algemeen belang volgens de overheid op dat moment eist.[288] In een dergelijke situatie behoort blijkens de jurisprudentie een beroep op onvoorziene omstandigheden in de zin van artikel 6:258 BW in beginsel tot de mogelijkheden.[289] De Haan c.s. menen echter dat de beoordeling van de vraag of de overheid al dan niet tot nakoming kan worden gehouden niet zozeer afhangt van de vraag of al dan niet sprake is van onvoorziene omstandigheden doch veeleer van de uitkomst van een op bestuursrechtelijke leest geschoeide afweging van alle betrokken belangen, hetgeen temeer het geval zal zijn wanneer het algemeen belang of de belangen van derden sterk bij de publiekrechtelijke overeenkomst zijn betrokken.[290] De uitoefening van de publiekrechtelijke bevoegdheden waarover wordt gecontracteerd, wordt buiten de context van de overeenkomst om immers nog door allerhande procedurebepalingen en bezwaar- en beroepsprocedures voor eventuele derden-belanghebbenden omgeven.[291] Gewoonlijk verbindt de overheid zich dan ook slechts tot inspanningsverplichtingen in plaats van resultaatsverbinte-

286 Scheltema & Scheltema 2008, p. 266-267. Dit is slechts anders indien de bestuursrechter het eerdere besluit op materiële gronden heeft vernietigd en de overheid feitelijk weinig anders kan dan het eerder overeengekomen besluit te nemen of indien de bestuursrechter zijn eigen uitspraak in de plaats stelt van het door de overheid te nemen besluit (artikel 8:72 lid 4 Awb).

287 De Haan, Drupsteen & Fernhout 1998, p. 148-149. Zie in vergelijkbare zin Scheltema & Scheltema 2008, p. 284-288.

288 Dit vormde in het verleden dan ook een van de argumenten om het gebruik van publiekrechtelijke overeenkomsten categorisch af te wijzen. Zie nader § 7.3.2.2.

289 Zie onder meer HR 4 januari 1963, *NJ* 1964, 202 m.nt. JHB (Landsmeer) en HR 23 juni 1989, *NJ* 1991, 673 m.nt. MS (GCN/Nieuwegein II); zie in dit kader ook Lubach 1986, p. 47-48 en Lubach 1987, p. 348-349 die een beroep op onvoorziene omstandigheden in geval van beleidswijziging weliswaar mogelijk acht, maar gezien het beginsel van verbindende kracht van overeenkomsten de nodige terughoudendheid in dezen bepleit.

290 De Haan, Drupsteen & Fernhout 1998, p. 153-155. Zie voorts in vergelijkbare zin Scheltema & Scheltema 2008, p. 267-268.

291 Zie over de positie van derden bij de overeenkomst ook Lubach 1986, p. 44-46 en Scheltema & Scheltema 2008, p. 217-218, p. 267-268 en p. 295-296.

nissen. Wanneer de bestuursrechter vervolgens dient te beoordelen of de overheid al dan niet kan worden gehouden tot nakoming, dient ook hij niet alleen acht te slaan op de belangen van de bij de overeenkomst betrokken partijen, maar ook op het algemeen belang en de belangen van derden. Bij een dergelijke beoordeling gaat het volgens De Haan c.s. veeleer om de (relatieve) zwaarte van de betrokken belangen dan om de mate van voorzienbaarheid van de omstandigheden op grond waarvan de overheid de overeenkomst niet is nagekomen.[292]

Een extra reden om de onderhavige problematiek aan de hand van een bestuursrechtelijk beoordelingskader op te lossen in de plaats van aan de hand van het privaatrechtelijke criterium van de onvoorziene omstandigheden is voor De Haan c.s. gelegen in de wijze waarop de overheid aan publiekrechtelijke overeenkomsten is gebonden, welke in hun ogen veeleer vergelijkbaar is met die waarop de overheid via de werking van het vertrouwensbeginsel aan beleidsregels en toezeggingen is gebonden dan met die waarop de overheid ingevolge het algemene beginsel van verbindende kracht aan privaatrechtelijke overeenkomsten is gebonden.[293] Bij een dergelijke benadering waarin de te beantwoorden vraag veeleer is of afwijking van de publiekrechtelijke overeenkomst redelijkerwijs het resultaat kan zijn van een zorgvuldige en evenredige belangenafweging door de overheid, past in hun optiek een marginale toetsing door de bestuursrechter. Ook daarom kan niet-nakoming van de publiekrechtelijke overeenkomst door de overheid in hun optiek beter niet langs de weg van onvoorziene omstandigheden in de zin van artikel 6:258 BW worden benaderd, omdat overeenkomstige toepassing van deze bepaling in beginsel een integrale toetsing impliceert.[294] Scheltema en Scheltema wijzen er voorts nog op dat niet-nakoming van de publiekrechtelijke overeenkomst door de overheid wegens beleidswijziging in de regel leidt tot een plicht tot schadevergoeding voor de overheid, terwijl dit bij toepassing van de regeling van artikel 6:258 BW geenszins het geval zou hoeven te zijn.[295] Tot slot kan worden gesteld dat de benadering van De Haan c.s. alleen al de voorkeur geniet omdat gebruikmaking van het privaatrechtelijk instrumentarium principieel pas aan de orde kan komen wanneer het publiekrecht in haar normerende

292 Zie in gelijke zin Scheltema & Scheltema 2008, p. 287 die erop wijzen dat in de jurisprudentie van de Hoge Raad ook aanknopingspunten voor deze benadering zijn te vinden, nu de Hoge Raad in voornoemd arrest HR 23 juni 1989, *NJ* 1991, 673 m.nt. MS (GCN/Nieuwegein II) weliswaar de regeling van artikel 6:258 BW overeenkomstig toepast, maar in het onderhavige kader van de publiekrechtelijke overeenkomst niettemin andere toetsingscriteria hanteert dan binnen normale, privaatrechtelijke verhoudingen.

293 De vraag is in hoeverre hier van een wezenlijk verschil sprake is, nu ook de verbindende kracht van overeenkomsten in de literatuur (zie bijv. Nieuwenhuis 1979) veelal wordt teruggevoerd op het vertrouwensbeginsel als algemeen rechtsbeginsel. Zie in gelijke zin Lubach 1986, p. 34-37. Zie voorts de voetnoten 225 en 231.

294 De Haan, Drupsteen & Fernhout 1998, p. 154-155.

295 Scheltema & Scheltema 2008, p. 284 en p. 288.

taak tekortschiet, hetgeen als geschetst volgens De Haan c.s. in het geval van de onderhavige problematiek niet snel het geval zal zijn.[296]

b. Mogelijkheden bij niet-nakoming

In geval de overeenkomst niet wordt nagekomen, kan voor wat betreft de vraag wat de consequenties hiervan dienen te zijn in beginsel grotendeels worden aangesloten bij hetgeen in het privaatrecht hierover is geregeld.[297] Indien een van de partijen bij de publiekrechtelijke overeenkomst zijn verplichtingen niet nakomt, kan dit in beginsel naar analogie van artikel 6:262 BW tot opschorting van de eigen prestatie leiden.[298] Voorts leidt niet-nakoming van de publiekrechtelijke overeenkomst, evenals in het privaatrecht, voor beide partijen tot de mogelijkheid tot ontbinding (artikel 6:265 BW) alsmede – mits de tekortkoming in de nakoming toerekenbaar is – tot een aanspraak op schadevergoeding, waarbij voor wat betreft dit laatste in beginsel kan worden aangesloten bij de privaatrechtelijke regeling ter zake (artikel 6:74 jo. artikel 6:95 e.v. BW). Indien sprake is van overmacht (artikel 6:75 BW) ligt dit anders, maar een daartoe strekkend beroep van de zijde van de overheid zal niet snel worden gehonoreerd. Een tekortkoming in de nakoming zal haar vrijwel altijd worden toegerekend.[299] Bovendien zullen dergelijke vraagstukken van overmacht veelal in de hiervoor besproken sleutel van gewijzigde omstandigheden of langs de weg van de redelijkheid en billijkheid worden opgelost.[300] Voorts kan schadevergoeding op zijn plaats zijn wanneer de overeenkomst wegens onvoorziene omstandigheden, zoals een beleidswijziging, niet kan worden nagekomen.[301] In dat geval berust de schadevergoeding op analoge toepassing van artikel 6:260 lid 1 BW.

Hoewel de mogelijkheden van opschorting en ontbinding ook toekomen aan de overheid indien haar wederpartij de verplichtingen uit de overeenkomst niet nakomt, geldt dat de overheid ook bij het nemen van deze beslissingen steeds de belangen van derden dient mee te wegen. Op zichzelf hoeft dit evenwel weinig aanleiding tot problemen te geven, nu de belangen van derden veelal juist gediend zullen zijn met niet-nakoming van de overeenkomst, terwijl

296 Overigens kan onder omstandigheden, ook zonder dat sprake is van beleidswijziging of onvoorziene omstandigheden, de aard of de inhoud van de publiekrechtelijke bevoegdheid waarover is gecontracteerd ook in de weg staan aan een geslaagd beroep op onverkorte nakoming van de overeenkomst door de overheid. Zie Van der Does & Snijders 2001, nr. 38 met verwijzing naar HR 25 januari 1985, *NJ* 1985, 559 m.nt. PAS (Patelski/Sittard). Vgl. in dezen ook artikel 3:296 BW dat bepaalt dat een veroordeling tot nakoming door de rechter achterwege kan worden gelaten indien de wet, de aard van de verplichting of een rechtshandeling daaraan in de weg staat.

297 Zie voor wat betreft de mogelijkheden bij het niet-betalen van een uit de publiekrechtelijke overeenkomst voortvloeiende geldschuld, hetgeen daarover is opgemerkt in voetnoot 280.

298 De Haan, Drupsteen & Fernhout 1998, p. 152.

299 Scheltema & Scheltema 2008, p. 272.

300 De Haan, Drupsteen & Fernhout 1998, p. 152.

301 Scheltema & Scheltema 2008, p. 288.

in de zeldzamer situaties waarin dit anders zou zijn de negatieve gevolgen voor derden van niet-nakoming van de overeenkomst door de overheid in beginsel voor rekening van de wanpresterende wederpartij van de overheid dienen te komen.[302] Tot slot geldt dat na ontbinding van de publiekrechtelijke overeenkomst de overheid vanzelfsprekend haar beleidsvrijheid met betrekking tot de bevoegdheid waarop de overeenkomst betrekking had, herkrijgt.[303]

c. Open normen

Meer in zijn algemeenheid geldt tot slot dat ook de uitvoering van de overeenkomst volledig door de algemene beginselen van behoorlijk bestuur wordt genormeerd, terwijl in aanvulling daarop – zo daaraan nog behoefte zou bestaan – ook de eisen van redelijkheid en billijkheid een rol kunnen spelen (vgl. artikel 6:2 en 6:248 BW).[304] Normering door de algemene beginselen van behoorlijk bestuur staat evenwel voorop, nu de publiekrechtelijke overeenkomst principieel langs de weg van het publiekrecht wordt genormeerd. Scheltema en Scheltema stellen evenwel dat de gevallen waarin de algemene beginselen van behoorlijk bestuur van belang zijn voor de publiekrechtelijke overeenkomst niet wezenlijk verschillen van die waarin de redelijkheid en billijkheid van belang is voor privaatrechtelijke overeenkomsten. Waar de redelijkheid en billijkheid een rol kan spelen bij de uitleg van de privaatrechtelijke overeenkomst en een derogerende werking kan hebben ten aanzien van dergelijke overeenkomsten, geldt hetzelfde volgens hen voor de algemene beginselen van behoorlijk bestuur ten aanzien van de publiekrechtelijke overeenkomst.[305] Een vergelijkbare redenering kan mijns inziens gelden waar het de aanvullende werking van open normen als de redelijkheid en billijkheid en de algemene beginselen van behoorlijk bestuur betreft. Toepassing van laatstgenoemde beginselen zal dan ook veelal tot dezelfde uitkomsten leiden als toepassing van de redelijkheid en billijkheid. Dit neemt niet weg dat de redelijkheid en billijkheid wel degelijk aanvullend van belang kan zijn in het kader van de publiekrechtelijke overeenkomst, met name in de gevallen waarin het gaat om toetsing van de opstelling van de burger, nu deze niet is gebonden aan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur.[306]

De algemene beginselen van behoorlijk bestuur kunnen als gezegd ten eerste een rol spelen bij de uitleg van de overeenkomst. Ter invulling van deze beginselen hanteert de Hoge Raad blijkens zijn jurisprudentie het aan het

302 Lubach 1986, p. 48-49.
303 Scheltema & Scheltema 2008, p. 272-273.
304 Zie artikel 3:1 lid 2 Awb dat de bepalingen inzake de algemene beginselen van behoorlijk bestuur mede van toepassing verklaart op 'andere handelingen van bestuursorganen dan besluiten'.
305 Scheltema & Scheltema 2008, p. 280.
306 Scheltema & Scheltema 2008, p. 282.

privaatrecht ontleende Haviltex-criterium,[307] hetgeen met zich brengt dat voor de uitleg van de publiekrechtelijke overeenkomst niet alleen de tekst van de overeenkomst van belang is, maar ook hetgeen partijen over en weer uit elkaars verklaringen en gedragingen hebben afgeleid en gerechtvaardigd mochten afleiden omtrent de inhoud van de overeenkomst.[308] Daarnaast kan in het kader van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur rekening worden gehouden met het gegeven dat de overheid veelal feitelijk een bijzondere machtspositie inneemt, hetgeen binnen het bestek van de overeenkomst onder omstandigheden tot bijzondere verplichtingen voor de overheid kan leiden.[309] Zo zal ten aanzien van de overheid in de regel eerder worden aangenomen dat in verband met de feitelijke machtspositie van de overheid sprake is van misbruik van die positie en derhalve van onrechtmatig handelen. Maar ook zonder dat sprake is van een feitelijke machtspositie, kunnen bijzondere verplichtingen aan de overheid worden toegeschreven of kan worden aangenomen dat de overheid gezien de omstandigheden niet zonder meer een beroep kan doen op een aan de overeenkomst ontleend recht. Het gegeven dat op de overheid een bijzondere verantwoordelijkheid rust, ook als zij als partij optreedt in het kader van een publiekrechtelijke overeenkomst, zal telkens wanneer aanleiding bestaat tot toepassing van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur of de eisen van redelijkheid en billijkheid op de publiekrechtelijke overeenkomst een rol kunnen spelen. Het antwoord op de vraag wat deze open normen in een concreet geval eisen, zal derhalve anders kunnen uitvallen indien en omdat een van de contractspartijen de overheid is.[310] Van der Does en Snijders wijzen er evenwel op dat ook voor wat betreft de publiekrechtelijke overeenkomst blijft gelden dat een overeenkomst in de eerste plaats de tussen partijen overeengekomen rechtsgevolgen heeft. Onverminderd de gelding van de eisen van redelijkheid en billijkheid en de invulling die daaraan op grond van de bijzondere positie van de overheid dient te worden gegeven, ligt het primaat toch bij de bedoeling van partijen en dient niet te snel te worden geconcludeerd tot afwijking of aanvulling van hetgeen onderling is afgesproken.[311]

Tot slot kunnen de algemene beginselen van behoorlijk bestuur de overheid ertoe dwingen de belangen van derden in ogenschouw te nemen bij het sluiten en uitvoeren van publiekrechtelijke overeenkomsten. Ook dergelijke overeenkomsten zijn weliswaar in beginsel slechts bindend ten aanzien van partijen; dit neemt niet weg dat de consequenties daarvan ook voelbaar kunnen zijn voor derden. De overheid, alsmede haar wederpartij op grond van de redelijk-

307 Zie voor het criterium HR 13 maart 1981, *NJ* 1981, 635 m.nt. CJHB (Haviltex) alsmede § 3.8, en voor een voorbeeld van toepassing daarvan in het kader van de publiekrechtelijke overeenkomst HR 5 februari 1993, *NJ* 1995, 716 m.nt. MS (Rotterdams welzijnsconvenant).
308 Scheltema & Scheltema 2008, p. 280.
309 Van der Does & Snijders 2001, nr. 30.
310 Zie in gelijke zin Lubach 1986, p. 40-41.
311 Van der Does & Snijders 2001, nr. 31b.

heid en billijkheid, hebben daarmee binnen zekere grenzen rekening te houden. In zijn algemeenheid geldt hierbij dat gezien haar bijzondere positie een verdergaande verplichting op de overheid rust dan op haar wederpartij.[312]

7.4 De verhouding tussen privaatrecht en strafrecht

7.4.1 Inleiding

In het voorgaande is uitgebreid stilgestaan bij de theoretische verhouding tussen privaatrecht en publiekrecht. Hoewel deze kwestie in de literatuur veelal is besproken in algemene termen van 'publiekrecht', heeft de discussie zich als gezegd met name op de verhouding tussen het privaatrecht en het bestuursrecht toegespitst, in het bijzonder met het oog op en naar aanleiding van het gebruik van op het privaatrecht georiënteerde bevoegdheden door bestuursorganen ter vervulling van hun overheidstaak. Bij het schetsen van deze verhouding tussen privaat- en publiekrecht is daarom, maar ook mede met het oog op het vervolg, meer specifiek aandacht besteed aan het verschijnsel van de publiekrechtelijke overeenkomst. De vraag hoe deze beschouwingen over de verhouding tussen het privaatrecht en het publiekrecht zouden moeten of kunnen uitwerken voor de verhouding van het privaatrecht tot het strafrecht, is in de literatuur tot op heden niet of nauwelijks gesteld.

Dat deze vraag tot op heden tamelijk onderbelicht is gebleven, hoeft op zichzelf weinig bevreemding te wekken. De praktijk van de rechtspleging heeft immers – zeker in vergelijking met hetgeen het geval was ten aanzien van de verhouding tussen het privaatrecht en het bestuursrecht – tot op heden veel minder aanleiding gegeven tot theoretische bespiegelingen omtrent de verhouding tussen strafrecht en burgerlijk recht, zeker waar het gaat om de specifieke vraag of de strafvorderlijke overheidsorganen hun taak mede mogen vervullen door gebruik te maken van privaatrechtelijke of op het privaatrecht georiënteerde instrumenten. Natuurlijk is in de literatuur de nodige aandacht besteed aan (thematiek op) het grensvlak van strafrecht en privaatrecht. Zo heeft Demeersseman in zijn dissertatie uit 1985 stilgestaan bij de verhouding tussen het materiële strafrecht en het privaatrecht door te bezien of en in hoeverre materieelrechtelijke begrippen en theorieën al dan niet autonoom dienen te worden uitgelegd ten opzichte van het privaatrecht (hetgeen het geval is).[313] Voorts is in zijn algemeenheid nagedacht over de toenemende convergentie van de klassieke rechtsdomeinen privaatrecht en strafrecht als gevolg waarvan de van oudsher als fundamenteel verschillend gepercipieerde rechtsbetrekkingen binnen deze onderscheiden rechtsgebieden geleidelijk aan

312 Scheltema & Scheltema 2008, p. 295-296.
313 Demeersseman 1985.

steeds meer kenmerken van elkaar zijn gaan overnemen.[314] Daarnaast is meer specifiek aandacht besteed aan een aantal verschillende thema's op het grensvlak van privaatrecht en straf(proces)recht, zoals de opkomst en ontwikkeling van de mogelijkheid voor de benadeelde partij zich te voegen in het strafproces,[315] de mogelijkheid tot het gebruik van het kort geding in strafzaken[316] en de ontwikkeling van de mogelijkheden voor de gewezen verdachte tot het vorderen van schadevergoeding wegens al dan niet rechtmatig strafvorderlijk overheidshandelen.[317] Deze en dergelijke thema's en vraagstukken bevinden zich weliswaar alle op het grensvlak van privaatrecht en strafrecht, maar bij geen van alle is daadwerkelijk sprake van het gebruik van privaatrechtelijke of op het privaatrecht georiënteerde bevoegdheden door de strafvorderlijke overheid ter verwezenlijking van strafvorderlijke doeleinden. Ook waar het de genoemde mogelijkheden tot schadevergoeding betreft, gaat het immers om aparte rechtsbetrekkingen – tussen verdachte en slachtoffer respectievelijk (verdachte) burger en overheid – die op zichzelf los staan van de rechtsbetrekking waarom het binnen het strafproces in de kern draait, die tussen het Openbaar Ministerie en de verdachte. In dergelijke gevallen komen privaatrecht en strafrecht weliswaar met elkaar in aanraking, maar is in wezen geen sprake van een directe cumulatie van (de normen uit) verschillende rechtsdomeinen binnen de context van een en dezelfde rechtsbetrekking als gevolg waarvan de vraag rijst met welk type rechtsbetrekking men van doen heeft en door welke rechtsnormen deze wordt beheerst. Bovendien is in geen van de genoemde gevallen sprake van het gebruik van privaatrechtelijke of althans privaatrechtelijk georiënteerde rechtsfiguren door een van de strafvorderlijke organen zelf; het gaat immers telkens om acties van de burger. Slechts in de dissertatie van De Meijer[318] wordt uitgebreid aandacht besteed aan het gebruik van privaatrecht door het Openbaar Ministerie, maar dan gaat het telkens om zuiver privaatrechtelijk optreden *buiten* de context van de strafvorderlijke rechtsbetrekking ter vervulling van een bij de wet aan het Openbaar Ministerie toebedeelde specifieke taak, zoals in het kader van het personen- en familierecht, de Wet BOPZ, het erfrecht, het rechtspersonenrecht of het faillissementsrecht, zodat ook in die gevallen geen sprake is van een daadwerkelijke cumulatie van rechtsdomeinen binnen de context van een individuele rechtsbetrekking. In dergelijke gevallen is eenvoudigweg sprake van toepassing van privaatrecht door een overheidsorgaan dat zich 'toevallig' op grond van een andere taak ook met het strafrecht bezighoudt.

314 Zie de verschillende bijdragen in Hol & Stolker 1995; zie over deze ontwikkeling ook § 7.2.1.
315 Zie onder meer Groenhuijsen 1985.
316 Zie Blaauw 1992 en Van de Griend 2002.
317 Zie onder meer Kwakman 2004 en Dane 2008.
318 De Meijer 2003.

Als een van de weinige uitzonderingen waar het gaat om de vraag van het gebruik van het privaatrecht door het Openbaar Ministerie ter verwezenlijking van strafvorderlijke doeleinden kan wellicht worden gewezen op de discussie die in de jaren tachtig en negentig van de vorige eeuw kortstondig is gevoerd over de vraag of het Openbaar Ministerie al dan niet zou kunnen optreden als eisende partij in kort geding.[319] In een dergelijke situatie maakt het Openbaar Ministerie immers in zekere zin daadwerkelijk gebruik van een aan het privaatrecht ontleende bevoegdheid ter vervulling van zijn strafrechtelijke taak de rechtsorde te handhaven. Ter onderstreping van het fundamentele belang van de vraag of het Openbaar Ministerie dit op deze wijze kon doen, spraken Frenk en Rodrigues dan ook niet voor niets van 'de geboorte van de driewegenleer'.[320] Voor zover evenwel al daadwerkelijk van een geboorte kon worden gesproken, lijkt deze driewegenleer in ieder geval reeds kort na de geboorte een stille dood te zijn gestorven, want de in potentie revolutionaire ontwikkeling van het gebruik door het Openbaar Ministerie van het kort geding ter verwezenlijking van strafvorderlijke doeleinden heeft zich tot op heden in de praktijk van de strafrechtspleging niet of nauwelijks doorgezet.[321]

Slechts een tweetal commissies die zich in de jaren negentig bogen over de verschillende wijzen van rechtshandhaving hebben hierbij nog kort aandacht besteed aan de vraag of en in hoeverre binnen de strafrechtelijke context van privaatrechtelijke mogelijkheden gebruik zou kunnen worden gemaakt. De commissie-Korthals Altes zag in zijn rapport uit 1995 hiertoe wel degelijk de nodige mogelijkheden en pleitte ervoor het Openbaar Ministerie, indien het strafrecht om welke reden dan ook tekortschoot, de bevoegdheid te geven in geval van overtredingen van strafbare feiten een vordering uit onrechtmatige daad bij de burgerlijke rechter in te stellen:

---

319 Zie voor een zeldzaam voorbeeld hiervan Pres. Rb Amsterdam 16 december 1993, *KG* 1994, 22 waarin het Openbaar Ministerie – nu de strafrechtelijke mogelijkheden tekortschoten – in kort geding een verhuisplicht en een straatverbod vorderde. De voorzieningenrechter verklaarde het Openbaar Ministerie in deze vordering ontvankelijk en wees deze vervolgens toe. Zie Asscher 1983 voor een eerder pleidooi het Openbaar Ministerie als eisende partij in kort geding toe te laten; en voor kritiek op dit voorstel Corstens 1984.

320 Zie Frenk en Rodrigues 1994, die deze vraag overigens voorzichtig bevestigend beantwoorden, mits daarbij geen sprake is van onaanvaardbare doorkruising van het strafrecht.

321 Een verklaring hiervoor zou kunnen zijn dat het arsenaal aan mogelijke strafrechtelijke interventies de laatste twintig jaar sterk is uitgebreid als gevolg waarvan in de praktijk mogelijk weinig behoefte bestaat aan de verwezenlijking van strafvorderlijke doeleinden langs de weg van het kort geding. Wat evenwel tegen dit argument pleit is dat het strafproces, ook na deze uitbreidingen, in tegenstelling tot het kort geding nog steeds niet geschikt is voor oplossingen in spoedeisende gevallen. Wel wordt in de literatuur discussie gevoerd over de vraag of het Wetboek van Strafvordering een regeling voor een aparte strafvorderlijke restvoorziening zou moeten gaan bevatten. Deze discussie is evenwel niet zozeer ingegeven door de wens het Openbaar Ministerie alternatieve mogelijkheden tot verwezenlijking van haar strafvorderlijke doeleinden te bieden, doch veeleer door de wens de verdachte een effectief vangnet te bieden bij een lacune in de strafvorderlijke rechtsbescherming. Zie hieromtrent meer uitgebreid § 8.5.4.

> 'Daar waar strafrechtelijke handhaving niet haalbaar is, in verband met de bewijslast, of niet voldoet, omdat de procedure lang duurt, terwijl direct optreden nodig is, of indien het gewenst is preventief op te treden, dan wel indien er geen strafrechtelijke instrumenten zijn, is er in de ogen van de commissie plaats voor optreden langs privaatrechtelijke weg.'[322]

Van onaanvaardbare doorkruising van het strafrecht zou daarbij in de ogen van de commissie-Korthals Altes niet snel sprake zijn, nu deze mogelijkheid de privaatrechtelijke weg te bewandelen slechts openstond wanneer de strafrechtelijke weg niet tot vergelijkbare resultaten kon leiden en de privaatrechtelijke weg bovendien een ander doel diende en een ander karakter had dan het strafrecht.[323] De later ingestelde commissie-Michiels zag evenwel niets in dit voorstel. Deze commissie concludeerde in 1998 in tegenstelling tot de commissie-Korthals Altes dat de mogelijkheden om in de strafrechtelijke context gebruik te maken van privaatrechtelijke middelen uiterst beperkt zijn, terwijl zij uitbreiding van deze mogelijkheden noodzakelijk noch wenselijk achtte, mede gezien het problematische karakter daarvan in het licht van de door het strafproces geboden individuele rechtsbescherming.[324] Om vergelijkbare redenen zagen ook Hartmann en Van Russen Groen weinig ruimte ter vervulling van strafvorderlijke doeleinden de privaatrechtelijke weg te bewandelen: 'Aan publieke rechtshandhaving dient de eis te worden gesteld van rechtsstatelijke legitimatie, waarvan het beginsel van legaliteit een belangrijk onderdeel vormt. Het gaat immers niet aan om van de privaatrechtelijke weg gebruik te maken met het oog op het omzeilen van strafrechtelijke en strafvorderlijke waarborgen.'[325]

Hoewel in het verleden derhalve wel degelijk een bescheiden aantal beschouwingen is gewijd aan de vraag of het Openbaar Ministerie al dan niet privaatrechtelijke of op het privaatrecht georiënteerde middelen zou mogen inzetten ter verwezenlijking van strafvorderlijke doeleinden, is deze vraag tot op heden goeddeels onbeantwoord gebleven. Concluderend kan worden gesteld dat in de praktijk van de strafrechtspleging tot op heden daarom ook betrekkelijk weinig noodzaak bestond de daaropvolgende vraag te beantwoorden door welke rechtsnormen een specifieke rechtsbetrekking op het grensvlak van privaatrecht en strafrecht wordt beheerst en welke visie op de verhouding tussen het privaatrecht en het strafrecht bij beantwoording van deze vraag leidend zou moeten zijn. In wezen is de praktische relevantie van deze theoretisch interessante vragen pas recentelijk duidelijk naar voren gekomen met de geleidelijke opmars van de strafrechtelijke overeenkomst in het strafproces.

---

322 Zie Commissie heroverweging instrumentarium rechtshandhaving 1995, p. 94.
323 Zie Commissie heroverweging instrumentarium rechtshandhaving 1995, p. 96.
324 Zie Commissie bestuursrechtelijke en privaatrechtelijke handhaving 1998, p. 133-136.
325 Hartmann & Van Russen Groen 1998, p. 27-28.

In geval van de strafrechtelijke overeenkomst gaat het immers wel degelijk om het gebruik van een privaatrechtelijke of op het privaatrecht geïnspireerde rechtsfiguur door het Openbaar Ministerie ter verwezenlijking van strafvorderlijke doeleinden. Daarmee rijst thans, in tegenstelling tot voorheen, wel expliciet de vraag of de strafvorderlijke rechtsbetrekking tussen Openbaar Ministerie en burger mede ruimte biedt tot het gebruik van privaatrechtelijke of op het privaatrecht georiënteerde rechtsfiguren door het Openbaar Ministerie, alsmede de vraag door welke rechtsnormen de specifieke rechtsbetrekking die als gevolg daarvan ontstaat, wordt beheerst: strafrecht, privaatrecht of een mengvorm?

7.4.2 Aansluiting bij de verhouding tussen privaatrecht en publiekrecht

Nu zowel het bestuursrecht als het strafrecht onderdeel uitmaakt van het publiekrecht en dergelijke vragen in het kader van het bestuursrecht eerder zijn gerezen en beantwoord, ligt het voor de hand bij de beantwoording van de aan het slot van de voorgaande paragraaf opgeworpen vragen voort te bouwen op de eerder in dit hoofdstuk besproken verhouding tussen privaatrecht en publiekrecht. Voorts ligt het voor de hand bij de beschouwing van de vragen die rijzen in het kader van de strafrechtelijke overeenkomst aansluiting te zoeken bij de wijze van aanpak die eerder is gekozen voor de publiekrechtelijke overeenkomst. Een dergelijke aanpak is niet alleen vanuit praktisch oogpunt het meest aangewezen, maar beantwoordt ook het beste aan de onder meer door Polak, Bloembergen en Scheltema en Scheltema gepropageerde gedachte van eenheid van recht en het daarmee samenhangende streven zoveel mogelijk tot gelijkluidende oplossingen voor vergelijkbare situaties te komen.[326] Slechts indien en voor zover daartoe gezien de aard of de omstandigheden van de specifieke situatie aanleiding bestaat, dient voor een afwijkende aanpak te worden gekozen. Er is immers geen reden het streven naar eenheid van recht op voorhand tot de verhouding tussen het privaatrecht en het bestuursrecht te beperken en het strafrecht van dit streven uit te sluiten, temeer daar de ontwikkeling van convergentie van de klassieke rechtsdomeinen zich zonder meer ook tot het strafrecht uitstrekt.

Hoewel het zoeken van aansluiting bij de eerder beschreven verhouding tussen privaatrecht en publiekrecht derhalve voor de hand ligt, is het wel zaak oog te houden voor de vraag of en in hoeverre een dergelijke aanpak spaak kan lopen als gevolg van verschillen tussen het bestuursrecht enerzijds en het strafrecht anderzijds. Beide rechtsgebieden zijn weliswaar onderdeel van het publiekrecht en als zodanig kennen zij belangrijke overeenkomsten; dit neemt evenwel niet weg dat het wel degelijk van elkaar te onderscheiden rechtsgebieden met elk eigen kenmerken zijn. In het onderstaande wordt daarom kort

326 Zie § 7.3.5 en § 7.3.9.

bij de verhouding tussen bestuursrecht en strafrecht stilgestaan, om vervolgens de vraag te beantwoorden of en in hoeverre op basis daarvan eventueel aanleiding zou bestaan af te wijken van voornoemd uitgangspunt dat voor de verhouding tussen privaatrecht en strafrecht in beginsel kan worden aangesloten bij hetgeen geldt ten aanzien van de verhouding tussen privaatrecht en publiekrecht.

7.4.3 De verhouding tussen bestuursrecht en strafrecht

De overeenkomsten tussen bestuursrecht en strafrecht zijn talrijk en behoeven op deze plaats geen uitgebreide bespreking. Voorop staat dat beide rechtsgebieden als onderdeel van het publiekrecht primair op de verhouding tussen overheid en burger zien en dat beide rechtsgebieden aldus te maken hebben met dezelfde typen afwegingen, zoals die tussen algemeen belang en individuele belangen en die tussen instrumentaliteit en rechtsbescherming. Voorts kan worden gewezen op onderling met elkaar samenhangende factoren als de juridische en, veelal, feitelijke asymmetrie in de rechtsbetrekking tussen overheid en burger, de bijzondere positie van de overheid binnen deze rechtsbetrekking, de gebondenheid aan het legaliteitsbeginsel, het bestaan van discretionaire bevoegdheden en de aanvullende normerende werking van ongeschreven rechtsbeginselen. De Haan, Drupsteen en Fernhout stellen dan ook dat het strafrecht en het bestuursrecht een aantal belangrijke uitgangspunten gemeenschappelijk hebben en dat hun onderlinge verhouding (daarom) veelal meer een kwestie is van afbakening dan van principieel verschil,[327] terwijl Knigge erop wijst dat het onderscheid tussen het strafrecht en het bestuursrecht met name een historisch bepaald onderscheid is.[328] Gezien de karakterologische overeenkomsten tussen het strafrecht en het bestuursrecht kunnen beide rechtsgebieden dan ook zonder meer als *freundliche Brüder* worden omschreven.[329]

---

327 De Haan, Drupsteen & Fernhout 2001, p. 57. De bedoelde afbakening geschiedt onder meer aan de hand van de vraag welke gedragingen bestuursrechtelijk en welke strafrechtelijk dienen te worden afgedaan. Een helder, eenduidig, principieel criterium bij beantwoording van deze vraag is evenwel nauwelijks te geven. Zie hierover onder meer Hartmann & Van Russen Groen 1998, p. 29-36 en Knigge 2001, p. 93-105 alsmede meer recentelijk de kabinetsnota over de uitgangspunten bij de keuze van een sanctiestelsel (*Kamerstukken I* 2008/09, 31 700 VI, D en *Kamerstukken II* 2008/09, 31 700 VI, nr. 69). Zie over deze kabinetsnota Boer & De Kok 2009.

328 Knigge 2001, p. 97. Knigge onderscheidt achtereenvolgens: a) een verschil in ontwikkeling; b) een verschil in actoren; en c) een verschil in doel. Vervolgens betoogt hij dat zich op deze drie punten dermate grote veranderingen hebben voorgedaan dat niet langer meer van wezenlijke verschillen kan worden gesproken, waarmee het in feite niet langer mogelijk (en zinvol) is een scherp onderscheid tussen beide rechtsgebieden te maken. Zie Knigge 2001, p. 98-105.

329 Vrij naar Van der Hoeven 1989, p. 244 waar hij het privaatrecht en het bestuursrecht als twee voorheen *feindliche Brüder* bestempelt. Zie § 7.3.8.

Als een van de weinige wezenlijke verschillen tussen strafrecht en privaatrecht werd tot voor kort veelal gewezen op het feit dat het opleggen van sancties binnen het bestuursrecht door het bestuur zelf geschiedt, met de mogelijkheid tot rechterlijke toetsing achteraf, terwijl in het strafrecht sancties – mede gezien de ingrijpende, punitieve aard daarvan – slechts door middel van rechterlijke tussenkomst zouden kunnen worden opgelegd.[330] Hoewel dit punt van verschil op zichzelf nog voor een belangrijk deel overeind staat, begint dit als gevolg van de invoering van de strafbeschikking (artikel 257a e.v. Sv) met behulp waarvan het Openbaar Ministerie zelfstandig zonder rechterlijke tussenkomst stafrechtelijke sancties mag opleggen, geleidelijk aan af te brokkelen en kan het daarom in wezen niet meer als een daadwerkelijk fundamenteel verschilpunt tussen bestuursrecht en strafrecht worden beschouwd. Slechts het opleggen van vrijheidsbenemende straffen is nog exclusief aan de rechter voorbehouden (artikel 113 lid 3 Grondwet), maar dergelijke straffen waren toch al niet mogelijk binnen het bestuursrecht.[331]

Een ander traditioneel verschilpunt tussen beide rechtsgebieden is het feit dat het strafrecht in tegenstelling tot het bestuursrecht in de eerste plaats sanctierecht is: het treedt pas in werking als reactie op een eerdere normovertreding.[332] Hierbij geldt dat een dergelijke normovertreding ook de overtreding van een bestuursrechtelijke norm kan inhouden en in die zin kan het strafrecht ook ten dienste staan van de handhaving van bestuursrechtelijke normen. Hiermee is evenwel niet gezegd dat het bestuursrecht zelf niet over mogelijkheden tot handhaving zou beschikken – die heeft het immers wel degelijk, bijvoorbeeld in de vorm van een last onder dwangsom, bestuursdwang, de bestuurlijke boete of de intrekking van een vergunning –,[333] maar deze zijn secundair aan de primaire bestuursrechtelijke bevoegdheden waarmee uitvoering wordt gegeven aan de bestuursrechtelijke wetgeving (het verstrekken van vergunningen, subsidies etc).[334] Demeersseman spreekt waar het de functie van het bestuursrecht betreft dan ook in zijn algemeenheid over 'het regelen van de relatie tussen overheid en burgers', terwijl de inhoud van

330 Zie onder meer Corstens 2008, p. 2.

331 Zie in dit verband ook § 2.2.2 en § 2.4.5.

332 Zie over het strafrecht als negatief sanctiestelsel ook Enschedé 2008, p. 6 en Corstens 2008, p. 1.

333 Deze laatste omstandigheid is er mede de oorzaak van dat het bestuursrecht en het strafrecht elkaar voor een belangrijk deel kunnen overlappen. Veel bestuursrechtelijke voorschriften – met name op het gebied van het economisch, milieu- en verkeersrecht – kunnen zowel langs de weg van het bestuursrecht als die van het strafrecht worden gehandhaafd. Hierbij geldt dat handhaving door middel van het bestuursrecht al lang niet meer enkel kan bestaan uit het inzetten van reparatoire sancties, maar mede kan strekken tot de toepassing van punitieve sancties als de bestuurlijke boete. Voor wat betreft dit laatste wordt veelal gesproken van bestuursstrafrecht, een terrein dat sinds het einde van de vorige eeuw sterk in ontwikkeling is. Zie in dit kader onder meer Buruma 1993, De Doelder & Rogier 1994, Hartmann & Van Russen Groen 1998 en Knigge 2001.

334 De Haan, Drupsteen & Fernhout 2001, p. 57-59.

het bestuursrecht volgens hem bestaat uit 'regelingen van de rechten, die de burger tegenover de overheid geldend kan maken, alsmede de wijze waarop dit dient te geschieden en regelingen van de middelen waarover de overheid beschikt om haar beleid samen met en ten aanzien van de burger te realiseren'.[335] De mogelijkheden tot handhaving door middel van bestuursrechtelijke sancties vormt daarvan slechts een klein onderdeel.[336] In die zin heeft het bestuursrecht naast een handhavende functie ook een heel duidelijke proactieve, instrumentele functie bij de vormgeving van het maatschappelijk leven. Nu de instrumentele functie van het strafrecht beperkt blijft tot een reactie op (potentieel) normoverschrijdend gedrag, moet het strafrecht deze laatste dimensie van het proactief vormgeven van het maatschappelijk leven goeddeels ontberen. Niettemin kan ook dit onderscheid in toenemende mate worden gerelativeerd. Waar binnen het bestuursrecht de nadruk steeds meer komt te liggen op (punitieve) handhaving in plaats van maatschappelijke sturing en preventie, wordt het strafrecht in toenemende mate instrumenteel ingezet voor preventieve doeleinden en de vormgeving van het maatschappelijk leven.[337] Hoewel het strafrecht nog steeds in eerste instantie sanctierecht is, is er in dezen thans veeleer sprake van een gradueel verschil dan een principieel verschil met het bestuursrecht. Met name de sterke opkomst van het ordeningsstrafrecht in de tweede helft van de vorige eeuw is aan deze ontwikkeling debet, met als gevolg dat thans het bestuursrecht en het strafrecht op dat gebied vrijwel inwisselbaar zijn.[338]

Vanzelfsprekend zijn er naast de in het voorgaande reeds genoemde nog tal van andere overeenkomsten en verschillen tussen het bestuursrecht en het strafrecht aan te geven. Zo wijzen Rogier en Hartmann voor wat betreft de verschillen onder meer op de eigen theorie- en begripsvorming binnen het bestuursrecht en het strafrecht, de specifieke functies van het bestuursrechtelijke proces en het strafproces, de verschillende posities van het bestuur en het Openbaar Ministerie en de verschillende taken van de bestuursrechter en de strafrechter, maar laten zij tegelijkertijd zien dat vanuit een heteronome in plaats van een autonome visie op het strafrecht met betrekking tot alle genoemde aspecten ook wel degelijk de nodige overeenkomsten kunnen worden aangewezen.[339] Deze en dergelijke overeenkomsten en verschillen

335 Demeersseman 1985, p. 615.
336 Rogier & Hartmann 1993, p. 1044.
337 Zie ook Knigge 2001, p. 98 en 100.
338 Knigge 2001, p. 102.
339 Rogier & Hartmann 1993. In hun analyse neemt het strafrecht vanuit een autonome visie een bijzondere plaats in binnen het recht, terwijl vanuit een heteronome visie het strafrecht niet als bijzonder rechtsgebied wordt gezien, maar als één van de mogelijke wegen waarlangs rechtshandhaving mogelijk is. Wanneer de verhouding tussen bestuursrecht en strafrecht vanuit een autonome visie wordt bezien, zal de nadruk op de verschillen tussen beide rechtsgebieden liggen, terwijl deze verhouding vanuit een heteronome visie bezien met name overeenkomsten zal laten zien. Zie over dit onderscheid voorts uitgebreid

tussen het bestuursrecht en het strafrecht, welke zich alle in meer of mindere mate op het niveau van de uitwerking afspelen, kunnen dan ook niet als fundamenteel worden beschouwd, althans niet in het licht van de op deze plaats te beantwoorden vraag of voor de verhouding tussen privaatrecht en strafrecht al dan niet zou kunnen worden aangesloten bij de algemene theorievorming rond de verhouding tussen privaatrecht en publiekrecht.

Geconcludeerd kan dan ook worden dat, hoewel de nodige verschillen tussen het bestuursrecht en het strafrecht bestaan, de overeenkomsten tussen het strafrecht en het bestuursrecht van dien aard zijn dat een vergelijkbare aanpak is gerechtvaardigd. Slechts waar het gaat om de meer rechtspolitiek georiënteerde vraag of en in hoeverre een rechtsgebied ruimte biedt tot het gebruik van privaatrechtelijke of op het privaatrecht geïnspireerde middelen dienen het bestuursrecht en het strafrecht elk afzonderlijk een antwoord te formuleren. Indien het antwoord op deze vraag – al dan niet onder de nodige voorwaarden – bevestigend luidt, kan vervolgens een vergelijkbare aanpak worden gehanteerd waar het gaat om de vraag op welke wijze met het gebruik van privaatrechtelijke of op het privaatrecht georiënteerde rechtsfiguren binnen de bestuursrechtelijke respectievelijk strafrechtelijke verhoudingen dient te worden omgegaan. Uiteraard zijn de geconstateerde overeenkomsten en verschillen wel van belang waar het gaat om de vraag hoe deze theorievorming vervolgens voor de verhouding van het privaatrecht tot respectievelijk het bestuursrecht en het strafrecht uitwerkt, alsmede de vraag door welke rechtsnormen de rechtsbetrekkingen die als gevolg van het gebruik van privaatrechtelijke of op het privaatrecht georiënteerde rechtsfiguren ontstaan, worden genormeerd. De antwoorden binnen het bestuursrecht en het strafrecht kunnen derhalve verschillen; de wijze waarop de problematiek wordt benaderd, kan vergelijkbaar zijn. Dit betekent dat waar het gaat om de normering van het gebruik van privaatrechtelijke of privaatrechtelijk georiënteerde rechtsfiguren binnen het strafrecht – evenals dat het geval is binnen het bestuursrecht – de in het voorgaande besproken methode van de aard van de rechtsverhouding leidend kan zijn.

7.5 Slot

Het volgende hoofdstuk is gewijd aan het gebruik van strafrechtelijke overeenkomsten binnen de strafrechtelijke rechtsbetrekking. Hierbij dient onder meer de vraag onder ogen te worden gezien door welke rechtsnormen de rechtsbetrekking die als gevolg van de strafrechtelijke overeenkomst ontstaat, dient te worden genormeerd. Bij beantwoording van deze vraag zal – conform de

Hartmann & Van Russen Groen 1998, p. 37-44, waarin zij concluderen dat de heteronome visie de laatste jaren dominant is. Zie voorts Knigge 2001, p. 94-95.

in de voorgaande paragraaf gekozen werkwijze – worden aangesloten bij de in dit hoofdstuk beschreven wijze waarop dergelijke vragen binnen de bestuursrechtelijke context worden beantwoord. Dit betekent ten eerste dat wordt aangesloten bij de methode van de aard van de rechtsverhouding teneinde te kunnen bepalen of de als gevolg van de overeenkomst ontstane rechtsbetrekking tussen het Openbaar Ministerie en de burger als strafrechtelijk, privaatrechtelijk of als een mengvorm van beide moet worden beschouwd. Deze vraag kan slechts worden beantwoord wanneer daarbij mede wordt betrokken de in het zesde hoofdstuk beschreven onderliggende strafrechtelijke rechtsbetrekking tussen Openbaar Ministerie en verdachte of getuige, zoals die bestaat voordat door hen een strafrechtelijke overeenkomst wordt aangegaan.

Het antwoord op de vraag naar de aard van de rechtsverhouding zoals die is ontstaan nadat een strafrechtelijke overeenkomst is gesloten, is vervolgens bepalend voor de vraag door welke rechtsnormen de op dat moment voorliggende rechtsbetrekking wordt genormeerd. Indien de strafrechtelijke rechtsbetrekking als gevolg van het sluiten van een strafrechtelijke overeenkomst zozeer van aard is veranderd dat in wezen van een privaatrechtelijke rechtsbetrekking dient te worden gesproken, zal deze nieuwe rechtsbetrekking in beginsel ook door de regels van het privaatrecht dienen te worden genormeerd. Indien de rechtsbetrekking tussen Openbaar Ministerie en een burger echter, ook nadat een strafrechtelijke overeenkomst is aangegaan, (nog steeds) primair als strafrechtelijk moet worden beschouwd, betekent dit dat deze principieel langs strafrechtelijke weg dient te worden genormeerd. Daarmee is niet gezegd dat in dit laatste scenario de privaatrechtelijke normen met betrekking tot overeenkomsten geen betekenis meer zouden kunnen hebben; wel is daarmee gezegd dat in een dergelijk scenario het privaatrecht pas een rol kan spelen daar waar normering langs strafrechtelijke weg geen antwoorden biedt. Ook zou bij wijze van derde scenario de strafrechtelijke overeenkomst ertoe kunnen leiden dat als gevolg daarvan een dermate hybride rechtsbetrekking tussen Openbaar Ministerie en verdachte of getuige ontstaat, dat de methode van de aard van de rechtsverhouding tot geen andere conclusie kan leiden dan dat zowel het strafrecht als het privaatrecht rechtstreeks op de als gevolg van de overeenkomst ontstane rechtsbetrekking van toepassing zijn.

In het volgende hoofdstuk wordt bezien welke van de hier geschetste scenario's zich voordoet, waarna vervolgens de vraag kan worden beantwoord of en op welke wijze een rol aan het privaatrecht toekomt bij de normering van de strafrechtelijke overeenkomst en de rechtsbetrekking die als gevolg daarvan ontstaat. De beschouwingen in dit hoofdstuk over de verhouding tussen het privaatrecht en het bestuursrecht en het gebruik van privaatrechtelijke of op het privaatrecht geïnspireerde rechtsfiguren binnen het bestuursrecht, fungeren hierbij als het noodzakelijke kompas, waarbij uit de aard der zaak met name de publiekrechtelijke overeenkomst een belangrijke rol zal kunnen spelen.

8 De overeenkomst binnen de context van de strafrechtelijke rechtsbetrekking

8.1 INLEIDING

In dit hoofdstuk worden de centrale vragen van dit onderzoek beantwoord door de lijnen uit de voorgaande hoofdstukken te laten samenkomen. De eerste vraag of de verschillende consensuele procedures al dan niet als overeenkomst kunnen worden beschouwd is in het vierde hoofdstuk voor de meeste consensuele procedures reeds bevestigend beantwoord. Dit was slechts anders voor de verschillende consensuele momenten tijdens het onderzoek ter terechtzitting, gezien de sterke betrokkenheid van de rechter in die fase van het geding.[1] De verschillende consensuele procedures ter afdoening buiten geding en de consensuele procedure ter verkrijging van bewijs (de toezeggingen aan getuigen) bleken daarentegen zonder meer als overeenkomst te kunnen worden beschouwd, zij het dat het karakter als overeenkomst niet bij alle typen even sterk naar voren kwam. Nu deze overeenkomsten alle (mede) betrekking hebben op de wijze waarop het Openbaar Ministerie gebruik maakt van een strafrechtelijke bevoegdheid, werden zij bestempeld als strafrechtelijke overeenkomst.[2]

Teneinde de gestelde centrale onderzoeksvragen ook voor het overige te beantwoorden,[3] richt dit hoofdstuk zich op een drietal vragen. In feite vormen deze vragen inhoudelijk dezelfde als de centrale onderzoeksvragen, zij het dat zij thans meer kunnen worden toegespitst door ze te formuleren in de terminologie van de theoretische concepten zoals die in de voorgaande hoofdstukken zijn besproken: 1) Wat is het rechtskarakter van de strafrechtelijke overeenkomst? 2) Hoe verhoudt het gebruik van dergelijke overeenkomsten

---

1 Zie § 4.7. Slechts de consensuele momenten na afloop van het onderzoek ter terechtzitting (bijvoorbeeld over het al dan niet instellen van rechtsmiddelen) bleken onder omstandigheden als strafrechtelijke overeenkomsten te kunnen worden beschouwd (§ 4.5.2). Niettemin worden de verschillende consensuele procedures ter verkorting van het geding als afzonderlijke categorie in het onderstaande verder buiten beschouwing gelaten. Dit neemt niet weg dat het navolgende in beginsel ook kan opgaan voor de genoemde consensuele momenten ter verkorting van het geding die wel als strafrechtelijke overeenkomst kunnen worden beschouwd. Het betreft hier evenwel een dermate kleine categorie van incidenteel voorkomende afspraken dat daaraan in het navolgende geen afzonderlijke aandacht wordt besteed.

2 Zie § 4.3.1.

3 Zie § 1.2.

zich tot de bestaande klassieke, correlatief asymmetrische strafrechtelijke rechtsbetrekking tussen Openbaar Ministerie en verdachte of getuige, in het bijzonder in het licht van het specifieke rechtskarakter van de strafrechtelijke overeenkomst en de karakteristieken van de onderliggende strafrechtelijke rechtsbetrekking? Welke grenzen stelt de strafrechtelijke rechtsbetrekking aan het gebruik van strafrechtelijke overeenkomsten? Het antwoord op deze laatste vraag vormt de ingang naar de derde vraag. 3) Op welke wijze dient het gebruik van de strafrechtelijke overeenkomst in zijn algemeenheid en de totstandkoming, inhoud en uitvoering daarvan meer in het bijzonder te worden genormeerd? Met deze laatste vraag hangt samen de vraag of het bestaande normatief kader van de verschillende strafrechtelijke overeenkomsten voldoet in zijn normerende taak.

Dit hoofdstuk is opgebouwd aan de hand van deze driedeling tussen het rechtskarakter van de strafrechtelijke overeenkomst (§ 8.2), de inbedding van de overeenkomst in de klassieke strafrechtelijke rechtsbetrekking (§ 8.3) en de normering van de strafrechtelijke overeenkomst (§ 8.4). Er resteert dan nog één kwestie die afzonderlijke aandacht behoeft en dat is de vraag naar de rechterlijke competentie: welk type rechter is bevoegd te oordelen over vragen die rijzen met betrekking tot of naar aanleiding van de strafrechtelijke overeenkomst: de strafrechter, de civiele (kort geding) rechter of beide? Bij beantwoording van deze vraag in § 8.5 wordt mede de vraag onder ogen gezien of behoefte bestaat aan een aanvullende rechtsingang om kwesties met betrekking tot de strafrechtelijke overeenkomst aan de rechter te kunnen voorleggen.

8.2 Het rechtskarakter van de strafrechtelijke overeenkomst

Zoals in de inleiding op dit hoofdstuk is aangegeven, kunnen de meeste consensuele procedures als strafrechtelijke overeenkomst worden beschouwd. De thans te beantwoorden vraag is wat het rechtskarakter is van een dergelijke strafrechtelijke overeenkomst. Het is duidelijk dat het hier voor wat betreft zijn vorm om een op het privaatrecht geïnspireerde rechtsfiguur gaat. Het enkele gegeven dat deze rechtsfiguur aan de definitie van de overeenkomst beantwoordt, maakt de strafrechtelijke overeenkomst evenwel niet per definitie tot een privaatrechtelijke rechtsfiguur. Overeenkomsten komen immers in alle delen van het recht voor.[4] Bovendien zijn verschillende aspecten van de strafrechtelijke overeenkomst aan te wijzen die veeleer in de richting van een strafrechtelijke rechtsfiguur wijzen. Er zijn dan ook verschillende antwoorden mogelijk op de vraag of de strafrechtelijke overeenkomst als een privaatrechtelijke, als een strafrechtelijke of als een gemengde rechtsfiguur dient te worden beschouwd. In het voorgaande hoofdstuk bleek dat dit in geval van de publiek-

4 Scheltema & Scheltema 2008, p. 185.

rechtelijke overeenkomst en van andere rechtsfiguren op het grensvlak van publiek- en privaatrecht eveneens het geval was. Daar is toen gekozen voor het criterium van de aard van de rechtsverhouding als het leidende criterium bij beantwoording van deze en dergelijke vragen.[5] Ook is toen gesteld dat gezien de vergaande gelijkenissen tussen bestuursrecht en strafrecht als onderdelen van het publiekrecht geen reden is aan te nemen dat dit criterium slechts geschikt zou zijn voor de beantwoording van kwesties op het grensvlak van privaatrecht en bestuursrecht; het zou ook goede diensten kunnen bewijzen bij de beantwoording van vraagstukken op het grensvlak van privaatrecht en strafrecht, zoals de strafrechtelijke overeenkomst.[6] In het navolgende zal daarom aan de hand van het criterium van de aard van de rechtsverhouding worden bekeken of (de rechtsbetrekking die ontstaat als gevolg van) de strafrechtelijke overeenkomst als strafrechtelijk, als privaatrechtelijk of als gemengd moet worden beschouwd. Het antwoord op deze vraag is vervolgens bepalend voor de wijze waarop de overige twee vragen in het vervolg van dit hoofdstuk moeten worden beantwoord.

8.2.1 Een strafrechtelijke of een privaatrechtelijke rechtsbetrekking?

De aard van de rechtsverhouding is in het voorgaande opgevat als een inhoudelijk criterium, dat niet in de eerste plaats aansluit bij de vorm van een bepaalde rechtsbetrekking, maar veeleer bij de inhoud van de rechten, plichten en bevoegdheden die uit de voorliggende rechtsbetrekking voortvloeien. Aldus opgevat is de inhoud van de rechtsbetrekking de factor die primair de aard van de rechtsverhouding bepaalt.[7] Op grond van dit criterium is de publiekrechtelijke overeenkomst vervolgens als een publiekrechtelijke (lees: bestuursrechtelijke) rechtsfiguur opgevat, nu deze betrekking heeft op (de uitoefening van) bestuursrechtelijke bevoegdheden, terwijl de privaatrechtelijke overeenkomst privaatrechtelijk is omdat deze betrekking heeft op aan het privaatrecht ontleende, subjectieve (vermogens)rechten.[8] Voorts hebben we gezien dat in de literatuur daarnaast wordt gesproken van gemengde overeenkomsten in geval een overeenkomst zowel op een bestuursrechtelijke bevoegdheid als een subjectief vermogensrecht betrekking heeft.[9]

Wanneer het criterium van de aard van de rechtsverhouding, opgevat als een inhoudelijk criterium dat aansluit bij de rechten, plichten en bevoegdheden zoals die uit de rechtsbetrekking voortvloeien, wordt toegepast op (de rechtsbetrekking die ontstaat als gevolg van) de strafrechtelijke overeenkomst, kan

5 Zie § 7.2.10.
6 Zie § 7.4.3.
7 Zie § 7.2.10.
8 Zie § 7.3.2.4.
9 Zie § 7.3.2.2.

niet anders worden geconcludeerd dan dat het hier om een strafrechtelijke rechtsfiguur gaat. Alle typen strafrechtelijke overeenkomsten hebben immers met elkaar gemeen dat zij betrekking hebben op de wijze waarop het Openbaar Ministerie gebruik maakt van de hem toekomende strafrechtelijke bevoegdheden, de bevoegdheid al dan niet tot vervolging over te gaan voorop. Ook hier geldt derhalve dat de kwalificatie van de overeenkomst de in de overeenkomst aan de orde zijnde rechten en bevoegdheden volgt. Deze vaststelling wordt nog eens ondersteund door het feit dat ook vrijwel alle andere aan de strafrechtelijke overeenkomst te onderscheiden aspecten strafrechtelijk zijn: het doel van de overeenkomst is strafrechtelijk (het leveren van een bijdrage aan de strafrechtelijke handhaving van de rechtsorde in de zin van artikel 124 Wet RO); de context van de overeenkomst is strafrechtelijk (het strafproces in brede zin); de bij de overeenkomst betrokken partijen zijn strafrechtelijk (zowel het Openbaar Ministerie als de verdachte en de getuige sluiten de overeenkomst elk vanuit hun eigen specifieke strafrechtelijke hoedanigheid). In feite is slechts één aspect aan de overeenkomst niet specifiek strafrechtelijk en dat is de vorm van de rechtsbetrekking (een overeenkomst). Deze vorm wekt wellicht toch in de eerste plaats privaatrechtelijke associaties. Nu de aard van de rechtsbetrekking een inhoudelijk criterium is dat primair op de inhoud van de rechtsbetrekking ziet en overigens ook vrijwel alle andere aspecten van de overeenkomst in de richting van het strafrecht wijzen, kan de met het privaatrecht te associëren vorm van de rechtsbetrekking de balans evenwel niet doen doorslaan richting het privaatrecht. Daar komt bij dat de associatie tussen de strafrechtelijke overeenkomst en het privaatrecht weliswaar voor de hand ligt, maar op zichzelf niet dwingend is: overeenkomsten komen immers in alle delen van het recht voor en behoren als zodanig niet exclusief tot het domein van het privaatrecht.[10]

Betoogd kan worden dat de conclusie dat de strafrechtelijke overeenkomst een strafrechtelijke rechtsfiguur is, ook om een andere reden bepaald voor de hand ligt. De wijze waarop het Openbaar Ministerie zijn bevoegdheden jegens de burger hanteert, is immers bij uitstek een publiekrechtelijke kwestie die derhalve ook langs de weg van het publiekrecht wordt genormeerd. Het zou vreemd zijn wanneer dit uit de principes van de rechtsstaat voortvloeiende uitgangspunt radicaal zou kunnen worden verlaten indien en op het moment dat het Openbaar Ministerie en de burger afspraken over de uitoefening van strafrechtelijke bevoegdheden met elkaar maken. Het is niet aan de betrokken rechtssubjecten eigenhandig de normen van het publiekrecht overboord te zetten door daarover met elkaar tot een vergelijk te komen. Publiekrechtelijke normen zijn immers normen van openbare orde, die niet louter tot behartiging van het (semi-)private belang van betrokkenen strekken maar ook het algemeen belang beogen te dienen. Dat het sluiten van een strafrechtelijke overeenkomst

10 Zie nogmaals Scheltema & Scheltema 2008, p. 185. Zie voorts § 7.3.2.4.

er niet toe mag leiden dat het geldende publiekrechtelijke normatieve kader opzij wordt gezet, is derhalve evident. Het 'weg contracteren' van publiekrechtelijke normen kan eenvoudigweg niet tot de mogelijkheden behoren. Een benadering waarin de strafrechtelijke overeenkomst wordt gezien als een privaatrechtelijke overeenkomst die (derhalve) ook volledig privaatrechtelijk wordt genormeerd, zou vanuit dit perspectief bezien dan ook zonder meer moeten worden afgewezen. Hiermee wordt in feite vanuit een normatief perspectief een blokkade opgeworpen de rechtsbetrekking als privaatrechtelijk te beschouwen.

Toch is deze redenering om twee redenen niet de meest zuivere en ook niet de meest juiste wijze van benaderen van de problematiek. Wat ten eerste tegen deze wijze van redeneren pleit, is het feit dat oorzaak en gevolg hier in feite worden omgedraaid. In het voorgaande hoofdstuk is immers de benadering onderschreven waarin eerst de rechtsbetrekking op basis van diens intrinsieke eigenschappen (het criterium van de aard van de rechtsverhouding) als privaatrechtelijk, bestuursrechtelijk of strafrechtelijk wordt geduid, om pas daarna te bepalen wat deze duiding voor het op de rechtsbetrekking toepasselijke normatief kader betekent.[11] Anders gezegd, het is niet het toepasselijke objectieve recht dat bepaalt hoe een rechtsbetrekking moet worden geduid; het is juist de aard van de rechtsbetrekking die bepaalt welk stelsel van rechtsnormen daarop van toepassing is. Daar komt vervolgens bij dat ook in een benadering waarin de strafrechtelijke overeenkomst als een privaatrechtelijke rechtsbetrekking zou worden beschouwd, het publiekrechtelijk normatief kader niet per definitie en volledig buitenspel zou worden gezet. Integendeel, artikel 3:40 BW werpt immers expliciet een blokkade op tegen het verrichten van rechtshandelingen die in strijd zijn met de goede zeden, de openbare orde of de wet, onder welke normstelsels zeer zeker ook de geschreven en ongeschreven normen van het publiekrecht kunnen worden geschaard. Voorts bepaalt artikel 3:14 BW nog eens expliciet dat een bevoegdheid die iemand krachtens het burgerlijk recht toekomt (bijvoorbeeld het sluiten van overeenkomsten), niet mag worden uitgeoefend 'in strijd met geschreven of ongeschreven regels van publiekrecht'. Van het geschetste scenario waarin het ter zake geldende publiekrecht zou kunnen worden 'weg gecontracteerd' kan derhalve ook geen sprake zijn wanneer de strafrechtelijke overeenkomst als een privaatrechtelijke rechtsbetrekking wordt beschouwd.

8.2.2 Een gemengde rechtsbetrekking?

Een mogelijke tussenweg zou een benadering kunnen zijn waarin de strafrechtelijke overeenkomst wordt beschouwd als een gemengde rechtsbetrekking, in die zin dat zij naar de inhoud bezien strafrechtelijk en naar de vorm privaat-

11 Zie § 7.2.10.

rechtelijk is. Een dergelijke benadering lijkt aantrekkelijk omdat daarmee zowel voor wat betreft de inhoud van de rechtsbetrekking als voor wat betreft de vorm daarvan dicht in de buurt van het meest vertrouwde rechtsdomein wordt gebleven. Principieel kan tegen een dergelijke benadering evenwel worden ingebracht dat er, zoals in het voorgaande al meermalen is betoogd, vanuit theoretisch perspectief geen aanleiding is de vorm van de overeenkomst dwingend met het privaatrecht te identificeren: de vorm van de overeenkomst is domeinneutraal.[12] Een overeenkomst is een overeenkomst en deze kan – afhankelijk van de inhoud daarvan – privaatrechtelijk, publiekrechtelijk of strafrechtelijk zijn. Vanuit praktisch perspectief kan aan dit bezwaar worden toegevoegd dat een dergelijke benadering ten onrechte de indruk wekt dat vorm en inhoud strikt van elkaar zouden zijn te scheiden. Een eenvoudig voorbeeld moge dit probleem illustreren. Stel dat het Openbaar Ministerie tot vervolging overgaat in een zaak die eerder door middel van een transactie is afgedaan. Rijst er dan een probleem ten aanzien van de (privaatrechtelijke) vorm van de rechtsbetrekking (het Openbaar Ministerie schendt door vervolging in te stellen de strafrechtelijke overeenkomst) of is er dan een probleem ten aanzien van de (strafrechtelijke) inhoud van de rechtsbetrekking (het Openbaar Ministerie stelt een vervolging in, terwijl het daartoe ingevolge artikel 74 Sr geen bevoegdheid (meer) heeft als gevolg van de transactie)? Beide benaderingen zijn op zichzelf alleszins legitiem en leiden in dit geval ook tot min of meer vergelijkbare resultaten (het Openbaar Ministerie had niet tot vervolging mogen overgaan), maar vanuit theoretisch perspectief en met het oog op de belangen van rechtszekerheid en rechtseenheid zou toch voorspelbaar moeten zijn welke benadering in een dergelijke situatie leidend is. Vanuit normatief perspectief werpt een benadering waarin wordt onderscheiden tussen vorm en inhoud dan ook bepaald geen verhelderend licht op de zaak. Een dergelijke wijze van benaderen werd eerder al afgewezen waar het de publiekrechtelijke overeenkomst betreft[13] en lijkt evenmin vruchtbaar in het kader van de strafrechtelijke overeenkomst.

Het begrip gemengde overeenkomst wordt in de bestuursrechtelijke literatuur wel in een andere betekenis gehanteerd, namelijk wanneer de overeenkomst naar de inhoud bezien zowel op publiekrechtelijke bevoegdheden als op privaatrechtelijke vermogensrechten ziet. Scheltema en Scheltema spreken van een gemengde overeenkomst indien sprake is van een situatie waarin de overheid afspraken maakt over het hanteren van een bepaalde publiekrechtelijke bevoegdheid en daarbij tevens over een privaatrechtelijk subjectief recht beschikt, waarbij zij het voorbeeld schetsen van de overheid die grond verkoopt en tegelijkertijd een vergunning met betrekking tot het gebruik van die

12 Zie § 4.2.2 en § 7.3.2.3.
13 Zie § 7.3.2.4.

grond verleent.[14] Op deze wijze opgevat, is in een dergelijke situatie in feite sprake van zowel een privaatrechtelijke overeenkomst (de verkoop van de grond) als een publiekrechtelijke overeenkomst (de afspraak over het verlenen van de vergunning), waarbij beide overeenkomsten van elkaar afhankelijk worden gemaakt en als het ware in elkaar worden geschoven tot één overeenkomst. De vraag is of onder omstandigheden de strafrechtelijke overeenkomst *mutatis mutandis* in deze zin als een gemengde overeenkomst kan worden beschouwd. Het antwoord op deze vraag kan niet anders dan ontkennend luiden. De situatie waarin het Openbaar Ministerie zowel een als strafrechtelijk te beschouwen overeenkomst als een als privaatrechtelijk te beschouwen overeenkomst met een burger aangaat, welke overeenkomsten vervolgens met elkaar versmelten tot een gemengde overeenkomst, laat zich moeilijk denken.

In dit verband zou men hooguit kunnen betogen dat het feit dat de strafrechtelijke overeenkomst niet zelden een betalingsverplichting voor de burger aan de strafvorderlijke overheid in het leven roept (zie met name de transactie ex artikel 74 Sr en de schikking ex artikel 511c Sv), een dergelijke strafrechtelijke overeenkomst tot een gemengde overeenkomst maakt. Een dergelijke redenering snijdt evenwel weinig hout. Niet alleen maakt een dergelijke betalingsverplichting voor de burger een integraal onderdeel uit van de strafrechtelijke overeenkomst – het is immers de voorwaarde waaronder het Openbaar Ministerie bereid is op een bepaalde, vooraf overeengekomen wijze van zijn bevoegdheden gebruik te maken –, ook kan een dergelijke betalingsverplichting niet worden beschouwd als een privaatrechtelijke verbintenis. Het betreft hier weliswaar een geldschuld, maar niet elke betalingsverplichting is zonder meer privaatrechtelijk. Waar uit het bestuursrecht voortvloeiende geldschulden bestuursrechtelijk zijn,[15] zijn uit het strafrecht voortvloeiende betalingsverplichtingen als strafrechtelijke geldschulden te beschouwen.[16] Niet voor niets kennen het Wetboek van Strafrecht en het Wetboek van Strafvordering de nodige bepalingen die zien op de wijze waarop de burger wordt geacht te voldoen aan dergelijke langs de weg van het strafrecht in het leven geroepen geldschulden en op de bevoegdheden die de overheid ter beschikking staan teneinde de naleving van deze verplichtingen te effectueren (zie in het

14 Zie Scheltema & Scheltema 2008, p. 199. Zie over de gemengde overeenkomst ook De Haan, Drupsteen & Fernhout 1998, p. 116-118; zie voorts § 7.3.2.2 en 7.3.2.3.

15 Vgl. ter illustratie de recentelijk bij de Vierde tranche Algemene wet bestuursrecht (Wet van 25 juni 2009, *Stb*. 2009, 264, in werking getreden op 1 juli 2009) ingevoerde aparte titel 4.4 (artikelen 4:85 tot en met 4:124 Awb), geheel gewijd aan bestuursrechtelijke geldschulden.

16 Naast de betalingsverplichtingen die voortvloeien uit strafrechtelijke overeenkomsten kan hierbij vanzelfsprekend in de eerste plaats worden gedacht aan door de strafrechter opgelegde geldboetes, betalingsverplichtingen ter ontneming van het wederrechtelijk verkregen voordeel en de schadevergoedingsmaatregel in de zin van artikel 36f Sr. De door de strafrechter in het kader van het strafproces toegewezen vordering van de benadeelde partij levert daarentegen weer een privaatrechtelijke betalingsverplichting op, nu het ook een civiele vordering betreft.

bijzonder artikel 24a-24c Sr en artikel 572 e.v. Sv). Het feit dat de strafrechtelijke overeenkomst niet zelden mede een betalingsverplichting voor de burger inhoudt, maakt dan ook evenmin dat deze als een gemengde overeenkomst zou kunnen worden beschouwd. Ook dergelijke overeenkomsten leveren in beginsel een volledig strafrechtelijke rechtsbetrekking op.

8.2.3 Conclusie

Op grond van het voorgaande kan de conclusie niet anders luiden dan dat de strafrechtelijke overeenkomst een strafrechtelijke rechtsfiguur is, omdat deze betrekking heeft op (de invulling van) strafrechtelijke bevoegdheden. Een benadering waarin de strafrechtelijke overeenkomst als een privaatrechtelijke of een gemengde rechtsbetrekking wordt beschouwd, moet om voornoemde redenen worden afgewezen. Nu is de enkele vaststelling dat de strafrechtelijke overeenkomst een strafrechtelijke rechtsbetrekking in het leven roept op zichzelf slechts van academisch belang. Het praktisch belang van deze vaststelling is met name gelegen in de consequentie die dit met zich brengt voor de op de overeenkomst toepasselijke rechtsnormen. Conform de in het voorgaande hoofdstuk onderschreven vuistregel van Scheltema en Scheltema dat privaatrechtelijke rechtsbetrekkingen door de normen van het privaatrecht en publiekrechtelijke rechtsbetrekkingen door de normen van het publiekrecht worden beheerst,[17] geldt dat strafrechtelijke rechtsbetrekkingen – en dus ook de strafrechtelijke overeenkomst – primair door de normen van het strafrecht worden beheerst. Het feit dat de vorm van de rechtsbetrekking – een meerzijdige, op wilsovereenstemming berustende rechtshandeling – betrekkelijk vreemd is aan het klassieke, op eenzijdigheid gebaseerde strafrecht en wellicht in eerste instantie met name associaties met het privaatrecht oproept, doet hieraan op zichzelf niets af. Zoals in het voorgaande betoogd, wordt dit enkele gegeven ruimschoots gecompenseerd door het feit dat de strafrechtelijke overeenkomst zowel wat betreft zijn doel en zijn inhoud als wat betreft zijn context en de bij de overeenkomst betrokken partijen als strafrechtelijk moet worden beschouwd. Nu de strafrechtelijke overeenkomst een strafrechtelijke rechtsbetrekking is die primair door de (geschreven en ongeschreven) regels van het strafrecht wordt genormeerd, is het ook in eerste instantie aan het strafrecht om met behulp van het eigen instrumentarium antwoorden te formuleren op vragen die naar aanleiding van (het gebruik van) de strafrechtelijke overeenkomst rijzen. Dit geldt ook wanneer het vragen betreft die in de eerste plaats samenhangen met de contractuele vorm van de door de strafrechtelijke overeenkomst in het leven geroepen rechtsbetrekking. Hiermee is niet gezegd dat geen aanvullende normerende rol zou kunnen toekomen aan het privaatrechtelijk contractenrecht; een dergelijke rol is er onder bepaalde omstandigheden

17 Scheltema & Scheltema 2008, p. 6; vgl. voorts § 7.2.9 en § 7.2.10.

wel degelijk. In § 8.4 wordt nader ingegaan op de verhouding tussen het strafrecht en het contractenrecht waar het de normering van de strafrechtelijke overeenkomst betreft. Op deze plaats volstaat de constatering dat de strafrechtelijke overeenkomst wegens haar strafrechtelijke aard in de eerste plaats met behulp van het strafrechtelijk instrumentarium dient te worden genormeerd.

8.3 De inbedding van de overeenkomst in de strafrechtelijke rechtsbetrekking

8.3.1 Inleiding

In het voorgaande is vastgesteld dat de strafrechtelijke overeenkomst een strafrechtelijke rechtsfiguur is. Wel gaat het hierbij zonder meer om een bijzondere strafrechtelijke rechtsfiguur. De strafrechtelijke overeenkomst berust immers op een door wilsovereenstemming tot stand gekomen meerzijdige rechtshandeling,[18] terwijl het klassieke strafrecht primair op eenzijdige bevoegdheidsuitoefening berust. Dit doet dan ook de vraag rijzen hoe deze meerzijdige (maar toch strafrechtelijke) rechtsfiguur van de overeenkomst zich verhoudt tot de klassieke, op eenzijdigheid gebaseerde strafrechtelijke rechtsbetrekking zoals die in het zesde hoofdstuk is beschreven. Kan de strafrechtelijke overeenkomst in de klassieke strafrechtelijke rechtsbetrekking worden ingepast, en zo ja, tot op welke hoogte of op welke wijze? Of vanuit het perspectief van de rechtsbetrekking geformuleerd: waar stelt de klassieke, strafrechtelijke rechtsbetrekking grenzen aan het gebruik van strafrechtelijke overeenkomsten?

De vraag naar de verhouding tussen de strafrechtelijke overeenkomst en de strafrechtelijke rechtsbetrekking wordt in het navolgende stapsgewijs benaderd aan de hand van een viertal vragen, welke in feite alle logisch voortvloeien uit het theoretisch kader zoals dat in het voorgaande is geschetst. Het vertrekpunt wordt daarbij gevormd door de klassieke strafrechtelijke rechtsbetrekking tussen Openbaar Ministerie en verdachte. Deze staat principieel voorop, de strafrechtelijke overeenkomst is daarbinnen (slechts) een instrument, hetgeen betekent dat er slechts ruimte is voor het gebruik van de strafrechtelijke overeenkomst indien en voor zover de strafrechtelijke rechtsbetrekking daaraan niet in de weg staat. De strafrechtelijke overeenkomst wordt in het navolgende daarom benaderd vanuit het perspectief van de strafrechtelijke rechtsbetrekking, inclusief de bijzondere karakteristieken daarvan zoals die in het zesde hoofdstuk zijn besproken: de bijzondere constitutionele en institutionele positie van het Openbaar Ministerie, de uit de taakstelling af te leiden gerichtheid op instrumentaliteit en rechtsbescherming,

18 Zie § 4.3.1.

en de notie van magistratelijkheid als bijzondere strafrechtelijke vertaling van de algemene notie van correlativiteit, die meebrengt dat het Openbaar Ministerie te allen tijde is gehouden de rechten en belangen van de verdachte tot wie het in rechtsbetrekking staat in ogenschouw te nemen. Dit is de context waarin de overeenkomst wordt gesloten, hetgeen belangrijke consequenties heeft voor de overeenkomst en het gebruik daarvan.

De eerste vraag die in het navolgende wordt beantwoord, is de vraag hoe de strafrechtelijke overeenkomst zich verhoudt tot de taakstelling van het Openbaar Ministerie: de strafrechtelijke handhaving van de rechtsorde (§ 8.3.2). Deze vraag kan worden vertaald in de meer concrete vraag of en in hoeverre de strafrechtelijke overeenkomst een effectief en legitiem instrument kan zijn bij de vervulling van deze taak. Bij de beantwoording van deze vraag wordt gedeeltelijk teruggegrepen op de beschouwingen uit het tweede hoofdstuk. Ook rijst in het kader van de taakstelling – naar analogie van de vergelijkbare vraag in het kader van de verhouding tussen het bestuursrecht en het privaatrecht – de vraag of het gebruik van de strafrechtelijke overeenkomst geen onaanvaardbare doorkruising van het strafrecht oplevert: mag het Openbaar Ministerie wel gebruik maken van op het privaatrecht georiënteerde instrumenten ter verwezenlijking van zijn strafvorderlijke doeleinden?

De tweede en wellicht het meest in het oog springende vraag in dit verband is de vraag hoe de strafrechtelijke overeenkomst als meerzijdige rechtshandeling zich tot de primair op eenzijdigheid gebaseerde verhoudingen binnen de strafrechtelijke rechtsbetrekking verhoudt. Deze vraag wordt in § 8.3.3 beantwoord door de beginselen van het strafrecht te confronteren met de beginselen van het contractenrecht. Ogenschijnlijk staan deze beginselen haaks op elkaar, hetgeen onderstreept hoezeer met de strafrechtelijke overeenkomst een in beginsel wezensvreemd element de strafrechtelijke rechtsbetrekking binnensluipt.

Na deze meer abstracte beschouwing over de beginselen van strafrecht en contractenrecht wordt bekeken wat in concreto de effecten zijn van een strafrechtelijke overeenkomst op de strafrechtelijke rechtsbetrekking (§ 8.3.4). Wat gebeurt er met de klassieke, strafrechtelijke rechtsbetrekking na het sluiten van de overeenkomst? Vormt de rechtsbetrekking die als gevolg van de overeenkomst ontstaat een aparte, op meerzijdigheid gebaseerde rechtsbetrekking binnen de context van de klassieke strafrechtelijke rechtsbetrekking of vindt veeleer een osmose plaats waaruit een geheel nieuwe rechtsbetrekking met geheel eigen karakteristieken naar voren komt? En wat betekent het sluiten van een strafrechtelijke overeenkomst vervolgens voor de mate van symmetrie tussen de betrokken rechtssubjecten en voor de mate van wederkerigheid binnen deze strafrechtelijke rechtsbetrekking? In § 8.3.5 wordt tot slot ingegaan op de spiegelbeeldige vraag naar de consequenties van de strafrechtelijke rechtsbetrekking op de overeenkomst. Op welke wijze ondervindt de overeenkomst op haar beurt invloed van het feit dat zij wordt aangegaan binnen de specifieke context van de strafrechtelijke rechtsbetrekking?

Met behulp van de antwoorden op de vier besproken vragen wordt vervolgens in § 8.3.6 de balans opgemaakt voor wat betreft de vraag hoe de strafrechtelijke overeenkomst zich tot de strafrechtelijke rechtsbetrekking verhoudt, alsmede voor de vraag waar deze laatste grenzen aan het gebruik van de strafrechtelijke overeenkomst stelt. Deze balans vertaalt zich vervolgens in een aantal concrete spelregels voor het gebruik van de strafrechtelijke overeenkomst, welke op hun beurt weer evenzoveel aanknopingspunten vormen voor de daaropvolgende vraag naar de normering van de strafrechtelijke overeenkomst.

8.3.2 Strafrechtelijke rechtshandhaving als taak van het Openbaar Ministerie

De taak van het Openbaar Ministerie is ingevolge artikel 124 Wet RO de strafrechtelijke handhaving van de rechtsorde. Wat deze taak inhoudt, is in het zesde hoofdstuk reeds uitgebreid naar voren gekomen.[19] Op deze plaats is met name van belang het feit dat het Openbaar Ministerie bij zijn taakvervulling een balans tussen instrumentaliteit en rechtsbescherming dient na te streven, hetgeen voor de individuele officier van justitie meer concreet betekent dat hij zich bij zijn taakvervulling voortdurend magistratelijk dient op te stellen door bij al zijn handelen mede de belangen van de verdachte in ogenschouw te nemen.[20] Dit werd gezien als de strafrechtelijke vertaling van de algemene notie van correlativiteit zoals deze voortvloeit uit het theoretische concept van de rechtsbetrekking zelf.[21] De vraag die thans rijst, is hoe het gebruik van strafrechtelijke overeenkomsten zich tot deze bijzondere taakstelling van het Openbaar Ministerie verhoudt. Deze vraag behelst – bezien vanuit het perspectief van de delicate balans tussen instrumentaliteit en rechtsbescherming – in feite de vraag of het gebruik van strafrechtelijke overeenkomsten zowel effectief als legitiem aan de vervulling van de taakstelling van het Openbaar Ministerie kan bijdragen. Voorts kan de vraag worden gesteld of en in hoeverre deze taakstelling (ook) grenzen aan het gebruik van de strafrechtelijke overeenkomst stelt.

8.3.2.1 Effectiviteit en legitimiteit van de strafrechtelijke overeenkomst

Wat betreft de eerste vraag of en in hoeverre het gebruik van strafrechtelijke overeenkomsten een effectieve en legitieme bijdrage aan de strafrechtelijke handhaving van de rechtsorde kan leveren, is reeds in de inleiding het nodige opgemerkt. Een geloofwaardige invulling van de taak van rechtshandhaving omvat mede het vereiste dat deze een bepaald minimum niveau van slagvaar-

19 Zie § 6.2.6.2.
20 Zie § 6.2.9.
21 Zie § 6.2.6.2.

digheid heeft. Achterliggende gedachte hierbij is dat een gebrek aan effectiviteit op een zeker moment ook de legitimiteit van het systeem aantast. In dat geval wordt veelal gesproken van een 'tekort in de rechtshandhaving'.[22] Vanuit dit perspectief van effectiviteit bezien, wordt algemeen aangenomen dat het gebruik van strafrechtelijke overeenkomsten een belangrijke bijdrage aan de taak van rechtshandhaving kan leveren. De strafrechtelijke overeenkomst wordt met name als een nuttig en effectief instrument gezien in het kader van de afdoening van relatief lichte, veelvoorkomende strafbare feiten (overeenkomsten ter afdoening buiten geding) alsmede in het kader van de opsporing en vervolging van zware, georganiseerde criminaliteit (overeenkomsten ter verkrijging van bewijs). Ten aanzien van de eerste categorie staat het buiten twijfel dat de strafrechtspleging niet zonder het gebruik van strafrechtelijke overeenkomsten kan.[23] Zonder de mogelijkheid transacties aan te gaan en feiten voorwaardelijk te seponeren, zou het Openbaar Ministerie zijn taak van rechtshandhaving bij gebreke van voldoende capaciteit onmogelijk kunnen vervullen. Ten aanzien van de tweede categorie overeenkomsten staat deze onmisbaarheid niet buiten elke vorm van discussie;[24] feit is evenwel dat in ieder geval de wetgever van mening was dat de overeenkomst ter verkrijging van bewijs een nuttige bijdrage kan leveren aan de opsporing en vervolg van georganiseerde criminaliteit.[25] Nu de Wet toezeggingen aan getuigen in strafzaken pas op 1 april 2006 in werking is getreden en tot op heden betrekkelijk weinig is toegepast, kan op dit moment nog niet goed worden beoordeeld of deze verwachting in de praktijk van de strafrechtspleging al dan niet wordt bewaarheid. Wanneer de strafrechtelijke overeenkomst evenwel in zijn totaliteit wordt bezien, is de conclusie gerechtvaardigd dat de strafrechtelijke overeenkomst vanuit het perspectief van effectiviteit een nuttige bijdrage aan de taak van rechtshandhaving kan leveren.

Met het leveren van een bijdrage aan de effectiviteit van het strafrechtelijk systeem wordt als gezegd ook aan de legitimiteit van het instrument bijgedragen. Daarmee is evenwel niet alles gezegd. Niet elk instrument dat kan

22 Zie § 1.1.2, waar naar Hildebrandt 2002, p. 2-3 wordt verwezen voor een uitvoerig overzicht van overheidsrapporten waarin een verondersteld handhavingstekort als uitgangspunt van (strafrechtelijk) beleid wordt genomen.

23 Zij het dat het daarbij in de eerste plaats om het resultaat van de strafrechtelijke overeenkomst gaat: de buitengerechtelijke afdoening van strafzaken. Dat dit resultaat ook langs andere weg dan die van de overeenkomst kan worden bereikt, blijkt reeds uit het feit dat strafzaken sinds de invoering van de Wet OM-afdoening van 7 juli 2006, *Stb.* 330 op 1 februari 2008 door middel van een strafbeschikking (artikel 257a e.v. Sv) buiten de rechter om kunnen worden afgedaan, welk instrument op een eenzijdige rechtshandeling van het Openbaar Ministerie berust. Zie § 2.4.5.

24 Tijdens de discussie midden jaren negentig over de wenselijkheid en de toelaatbaarheid van toezeggingen aan getuigen waarschuwden diverse auteurs voor overspannen verwachtingen ten aanzien van de effectiviteit van dit instrument in de strijd tegen de georganiseerde criminaliteit. Zie onder meer Mols 1994, p. 75 en Bovenkerk 1996.

25 Zie onder meer *Kamerstukken II* 1998/99, 26 294, nr. 3, p. 3-6.

bijdragen aan de effectiviteit is immers (daarom) ook legitiem. Integendeel, niet zelden staan de effectiviteit en de legitimiteit van strafvorderlijke bevoegdheden met elkaar op gespannen voet. Dit geldt in zekere zin ook voor de strafrechtelijke overeenkomst. In het tweede hoofdstuk zijn reeds enkele bezwaren tegen het gebruik van strafrechtelijke overeenkomsten op een rij gezet.[26] In geval van de overeenkomsten ter afdoening buiten geding klemmen vooral het gebrek aan openbaarheid, de problematische verhouding tot waarheidsvinding als doel van het strafproces, het grote machtsverschil tussen de bij de overeenkomst betrokken rechtssubjecten en de (in ieder geval in potentie aanwezige) gebrekkige mate van vrijwilligheid waarmee de verdachte met deze wijze van afdoening instemt. Zonder op deze plaats in detail op deze bezwaren in te gaan, kan worden betoogd dat dit met name bezwaren zijn die bij een zorgvuldig en prudent gebruik van de overeenkomst ter afdoening buiten geding kunnen worden geminimaliseerd en mede daarom door de daartegenover staande voordelen – waaronder niet in de laatste plaats de capaciteitswinst als gevolg van het gebruik van dergelijke overeenkomsten – kunnen worden gecompenseerd. Aldus kan de overeenkomst ter afdoening buiten geding bij een zorgvuldige, magistratelijke wijze van toepassing niet alleen een effectieve, maar ook een legitieme bijdrage aan de vervulling van de taakstelling van strafrechtelijke handhaving van de rechtsorde leveren.

In geval van de overeenkomst ter verkrijging van bewijs gelden andere factoren die de legitimiteit van het instrument onder druk kunnen zetten. Een belangrijk verschil met de bezwaren die de legitimiteit van het gebruik van de overeenkomsten ter afdoening buiten geding kunnen raken, is dat de factoren die vraagtekens doen rijzen bij de legitimiteit van de overeenkomst ter verkrijging van bewijs zich minder gemakkelijk laten neutraliseren door een zorgvuldig en magistratelijk gebruik. De reden hiervoor is dat de factoren die de legitimiteit van de overeenkomst ter verkrijging van bewijs onder druk zetten niet zozeer raken aan de legitimiteit van de toepassing als wel aan de legitimiteit van het instrument zelf: is het gebruik van overeenkomsten ter verkrijging van bewijs in zichzelf wel te beschouwen als een legitiem instrument van rechtshandhaving? Mag de overheid het met een verdachte op een akkoordje gooien ter verkrijging van bruikbaar bewijsmateriaal? Kan de overheid wel tot een vergelijk komen met lieden die ervan worden verdacht inbreuk te hebben gemaakt op diezelfde rechtsorde die het Openbaar Ministerie blijkens zijn taakstelling tracht te handhaven? Dit zijn rechtsstatelijke en rechtspolitieke vragen die rechtstreeks verbonden zijn met de legitimiteit van het instrument zelf. Over de antwoorden op deze en dergelijke vragen lopen de meningen in de literatuur sterk uiteen.[27] Evenals het geval was bij de effectiviteit is ook hier evenwel een feit dat de wetgever blijkens de invoering

26 Zie § 2.7.

27 Zie in dit kader onder meer Prakken 1996, p. 1620-1621 en Plooy 2004, p. 187. Zie voorts § 2.7.3.

van de Wet toezeggingen aan getuigen in strafzaken van mening is dat het instrument van de overeenkomst ter verkrijging van bewijs wel degelijk onder omstandigheden een legitiem instrument kan vormen bij de taakuitoefening door het Openbaar Ministerie.

Daarmee is evenwel niet het laatste woord gezegd als het gaat om de legitimiteit van de overeenkomst ter verkrijging van bewijs. Ook ten aanzien van de toepassing van dit instrument kunnen immers de nodige factoren worden aangewezen die de legitimiteit onder druk kunnen zetten. Hoe kan worden gegarandeerd dat een getuigenverklaring nog betrouwbaar is wanneer deze door het Openbaar Ministerie slechts kon worden verkregen door de bewuste getuige toezeggingen te doen die hem tot voordeel strekken? In hoeverre gaat een getuige al dan niet vrijwillig een overeenkomst ter verkrijging van bewijs met het Openbaar Ministerie aan? Wat betekent het sluiten van een overeenkomst ter verkrijging van bewijs voor de positie van de verdachte in wiens zaak van de overeenkomst gebruik wordt gemaakt? Maakt het Openbaar Ministerie zich door een omvangrijke strafzaak vrijwel exclusief afhankelijk te maken van verklaringen die door middel van toezeggingen aan een getuige zijn verkregen, niet al te zeer afhankelijk van deze getuige, met alle mogelijke desastreuze gevolgen voor de afloop van de strafzaak van dien? Dit zijn alle reële potentiële bezwaren die bij een onzorgvuldig gebruik van het instrument grote vraagtekens kunnen doen rijzen bij de legitimiteit van het instrument. In de visie van de wetgever kunnen deze gevaren bij een zorgvuldig en terughoudend gebruik van het instrument evenwel tot een aanvaardbaar niveau worden teruggebracht. Net zomin als dat mogelijk was ten aanzien van de effectiviteit, kan op dit moment bij gebreke van voldoende zaken waarin van overeenkomsten ter verkrijging van bewijs gebruik is gemaakt, goed worden ingeschat of deze inschatting van de wetgever reëel is. Duidelijk is evenwel dat vanuit het perspectief van legitimiteit veel afhangt van de wijze waarop de overeenkomst ter verkrijging van bewijs in de praktijk wordt gehanteerd. Mede gezien het feit dat grote principiële vraagtekens bij dit type overeenkomst kunnen worden geplaatst, is het afbreukrisico in dit kader aanzienlijk.

Concluderend kan worden gesteld dat de strafrechtelijke overeenkomst binnen bepaalde welomschreven contexten (veelvoorkomende, lichte strafbare feiten en zware, georganiseerde criminaliteit) een effectieve bijdrage aan de vervulling van de taakstelling van het Openbaar Ministerie kan leveren. Ook wordt door velen, waaronder in ieder geval de wetgever, aangenomen dat de strafrechtelijke overeenkomst een legitiem instrument ten behoeve van de rechtshandhaving kan zijn. Wel is daarvoor vereist dat op een zorgvuldige en magistratelijke wijze van dit instrument gebruik wordt gemaakt, waarbij geldt dat de legitimiteit van het gebruik van overeenkomsten ter verkrijging van bewijs gezien de aard daarvan sneller onder druk komt te staan dan de legitimiteit van de overeenkomsten ter afdoening buiten geding. De feitelijke onmisbaar-

heid van dit laatste instrument voor de strafrechtspleging als geheel en de relatief bescheiden rechtsgevolgen die daaraan voor de betrokken rechtssubjecten zijn verbonden, maken de gevaren vanuit het perspectief van legitimiteit voor deze laatste categorie van overeenkomsten geringer. Daar staat tegenover dat de grote schaal waarop in de praktijk van de strafrechtspleging van overeenkomsten ter afdoening buiten geding gebruik wordt gemaakt, het niet toelaat de potentiële gevaren van een onzorgvuldig gebruik van dit type overeenkomsten te bagatelliseren. Voor de overeenkomsten ter verkrijging van bewijs kan worden gesteld dat dit precies andersom geldt: de schaal waarop dit type overeenkomst wordt gehanteerd moge klein zijn, de risico's vanuit het perspectief van legitimiteit zijn des te groter.

8.3.2.2 Grenzen aan de strafrechtelijke overeenkomst vanuit de taakstelling

In het voorgaande is gesteld dat de strafrechtelijke overeenkomst als zodanig – mits op zorgvuldige wijze toegepast – een effectieve en legitieme bijdrage aan de taakuitoefening van het Openbaar Ministerie kan leveren. Vervolgens rijst de vraag of uit deze taakstelling ook grenzen aan het gebruik van strafrechtelijke overeenkomsten kunnen worden afgeleid. Een deel van deze vraag is in het voorgaande in feite al impliciet beantwoord waar het de legitimiteit van het instrument betreft. De taak van rechtshandhaving veronderstelt als gezegd een evenwicht tussen instrumentaliteit en rechtsbescherming. Ook een legitiem gebruik van de strafrechtelijke overeenkomst dient derhalve voortdurend te zijn georiënteerd op dit evenwicht tussen de beide functies van het recht. Meer concreet betekent dit in deze context dat het Openbaar Ministerie zich voortdurend rekenschap dient te geven van de consequenties die het sluiten van overeenkomsten voor de rechten en belangen van de verdachte kan hebben. De notie van magistratelijkheid strekt zich dan ook ten volle uit over het handelen van het Openbaar Ministerie binnen de context van de strafrechtelijke overeenkomst, terwijl een dergelijke magistratelijke opstelling niet alleen is vereist ten aanzien van de verdachte als contractspartner, maar ook ten aanzien van de verdachte als derde belanghebbende bij de overeenkomst tussen het Openbaar Ministerie en een ander. Dit laatste is in het bijzonder van belang in geval van overeenkomsten ter verkrijging van bewijs, nu dergelijke overeenkomsten in de meest directe zin ten nadele van de verdachte werken in wiens zaak van een dergelijke overeenkomst gebruik wordt gemaakt. Deze verdachte is daarmee zonder meer derde belanghebbende bij de overeenkomst; zijn rechten en belangen dienen dan ook steeds door het Openbaar Ministerie bij het sluiten (en de uitvoering) van een overeenkomst ter verkrijging van bewijs te worden meegewogen.

Daarnaast dient voor ogen te worden gehouden dat de taakstelling van strafrechtelijke handhaving een voortdurende oriëntatie op het algemeen belang veronderstelt. Als speciaal daartoe aangewezen orgaan van de overheid handhaaft het Openbaar Ministerie het strafrecht in het belang van de samenleving.

Het Openbaar Ministerie dient zich derhalve steeds af te vragen welke wijze van rechtshandhaving het algemeen belang het beste dient. Het sluiten van strafrechtelijke overeenkomsten kan daaraan zonder meer een goede bijdrage leveren, maar voortdurend dient voor ogen te worden gehouden dat het algemeen belang zich ook daartegen kan verzetten. Zo kan het algemeen belang in concrete gevallen in de weg staan aan afdoening door middel van een transactie of een voorwaardelijk sepot. In bepaalde gevallen eist het algemeen belang nu eenmaal een openbare berechting. Het semipublieke belang van het Openbaar Ministerie dat buitengerechtelijke afdoening nu eenmaal efficiënter is, kan daaraan niet afdoen. Het algemeen belang omvat immers meer dan enkel een zo efficiënt mogelijke strafrechtspleging. Voorts omvat de toets aan het algemeen belang de eis dat het Openbaar Ministerie bij het sluiten van overeenkomsten steeds rekening houdt met de mogelijkheid dat van het sluiten van bepaalde strafrechtelijke overeenkomsten een zekere (ongewenste) precedentwerking kan uitgaan.

Naast deze algemene oriëntatie op het algemeen belang en op het rechtsbeschermende aspect dat inherent met de taakstelling van rechtshandhaving is verbonden, stelt artikel 124 Wet RO evenwel nauwelijks duidelijke beperkingen aan het gebruik van de strafrechtelijke overeenkomst. De enige beperking die rechtstreeks uit deze doelstelling kan worden afgeleid, is het vereiste dat het Openbaar Ministerie zijn taak van rechtshandhaving door middel van het strafrecht dient te vervullen. Dit ligt natuurlijk bepaald voor de hand, maar daarmee geeft artikel 124 Wet RO in ieder geval wel aan dat het nastreven van strafvorderlijke doeleinden door het Openbaar Ministerie langs bestuursrechtelijke of civielrechtelijke weg in beginsel niet tot de mogelijkheden behoort. Deze beperking zal veelal niet als al te beknellend worden ervaren, nu het strafvorderlijk instrumentarium in veel opzichten meer en verdergaande mogelijkheden biedt dan het bestuursrechtelijk of het civielrechtelijk instrumentarium. Dat het hier evenwel ook weer niet een geheel theoretische kwestie betreft, blijkt uit de discussie die in de jaren tachtig en negentig van de vorige eeuw kortstondig is gevoerd over de vraag of het Openbaar Ministerie – bij het tekortschieten van afdoende strafvorderlijke mogelijkheden – al dan niet als eisende partij in kort geding kon worden toegelaten teneinde zijn strafvorderlijke doelen te bereiken.[28] Hoewel deze mogelijkheid tot op heden nooit helemaal categorisch is uitgesloten, lijkt met de conclusie van de commissie-Michiels uit 1998 dat voor het Openbaar Ministerie niet of nauwelijks privaatrechtelijke mogelijkheden ter nastreving van zijn strafvorderlijke doeleinden bestaan en dat vooralsnog ook geen behoefte bestaat verandering in deze

28 Zie voor een zeldzaam voorbeeld waarin dit werd toegelaten Pres. Rb Amsterdam 16 december 1993, *KG* 1994, 22; zie voorts over deze kwestie Frenk & Rodrigues 1994, alsmede § 7.4.1.

situatie aan te brengen,[29] toch een betrekkelijk stevig slot op de privaatrechtelijke deur te zijn gezet.[30]

De vraag is nu of met het gebruik van strafrechtelijke overeenkomsten aan dit slot wordt gemorreld. Op basis van het voorgaande is het voor de hand liggende antwoord dat dit niet het geval is. Eerder is immers de conclusie getrokken dat de strafrechtelijke overeenkomst een strafrechtelijke rechtsbetrekking in het leven roept en dat het aangaan van een strafrechtelijke overeenkomst ook een strafvorderlijke bevoegdheid is.[31] De logische consequentie is dat met het gebruik van de strafrechtelijke overeenkomst ook geen sprake kan zijn van het nastreven van strafvorderlijke doeleinden langs privaatrechtelijke weg. Niettemin is met deze redenering de kous niet volledig af. Het voornaamste bezwaar tegen het gebruik van privaatrechtelijk instrumentarium in een publiekrechtelijke context is immers gelegen in het gevaar dat daarmee de door het publiekrecht gegarandeerde waarborgen worden omzeild. Binnen de context van het bestuursrecht is in de jurisprudentie daarom de eerder besproken doorkruisingsleer ontwikkeld teneinde te voorkomen dat dit gevaar zich verwezenlijkt.[32] Ook in de schaarse literatuur over het gebruik van privaatrecht voor strafvorderlijke doeleinden wordt aangenomen dat dit slechts toelaatbaar zou moeten worden geacht indien het strafrecht daardoor niet op onaanvaardbare wijze wordt doorkruist (hetgeen gezien de individuele rechtsbescherming die door het strafrecht wordt geboden betrekkelijk snel het geval zal zijn).[33] Bezien tegen deze achtergrond van de doorkruisingsleer, is de enkele bezwering dat de taakstelling van artikel 124 Wet RO niet aan het gebruik van strafrechtelijke overeenkomsten in de weg staat net wat te kort door de bocht. Het enkele feit dat de strafrechtelijke overeenkomst een strafrechtelijke rechtsfiguur is, maakt immers nog niet dat het gevaar van het omzeilen van klassiek strafrechtelijke waarborgen zich niet zou kunnen voordoen. Wanneer het sluiten van de strafrechtelijke overeenkomst er immers toe zou kunnen leiden dat strafrechtelijke waarborgen kunnen worden omzeild, speelt daarmee bij de strafrechtelijke overeenkomst materieel gezien hetzelfde probleem als bij de privaatrechtelijke overeenkomst. Aan een letterlijke variant van de doorkruisingsleer moge ten aanzien van de strafrechtelijke overeen-

29 Zie Commissie bestuursrechtelijke en privaatrechtelijke handhaving 1998, p. 133-136. De commissie-Michiels kende daarbij veel gewicht toe aan de door het strafproces geboden individuele rechtsbescherming.

30 Buiten de context van zijn strafrechtelijke taakstelling kan het Openbaar Ministerie wel degelijk *in civilibus* optreden. Zie voor een opsomming van deze niet-strafrechtelijke taken van het Openbaar Ministerie § 7.4.1, en uitgebreider De Meijer 2003.

31 Zie § 8.2.3.

32 Zie § 7.3.2.1.

33 Zie Frenk & Rodrigues 1994, p. 811. Volgens hen is bij beoordeling van de vraag of daarvan sprake is zowel van belang of aan de strafrechtelijke bescherming van de verdachte geen afbreuk wordt gedaan, als de vraag of de overheid door middel van het strafrecht een vergelijkbaar resultaat kan bereiken. Hiermee sluiten zij aan bij de relevante aspecten van de doorkruisingsleer binnen het bestuursrecht. Zie § 7.3.2.1.

komst wellicht geen behoefte bestaan, de achterliggende ratio daarvan moet in het kader van de strafrechtelijke overeenkomst wel degelijk in ogenschouw worden genomen. De strafrechtelijke overeenkomst mag dan een strafrechtelijke rechtsfiguur zijn, voorkomen moet worden dat het Openbaar Ministerie en zijn contractspartner met wederzijds goedvinden publiekrechtelijke waarborgen opzij kunnen zetten. In het navolgende zal aan de orde komen dat deze mogelijkheid ten aanzien van de strafrechtelijke overeenkomst niet zozeer door een pendant van de doorkruisingsleer wordt uitgesloten, als wel langs een meer directe weg, doordat het klassieke strafrecht te allen tijde onderdeel blijft uitmaken van het normatief kader dat (het sluiten van) de overeenkomst beheerst. Dit betekent onder meer dat in voorkomende gevallen betekenis kan toekomen aan het ook binnen het strafrecht erkende verbod van *détournement de pouvoir*. Van het 'weg contracteren' van strafrechtelijke normen door middel van het sluiten van een overeenkomst kan dan ook geen sprake zijn.[34]

8.3.2.3 Conclusie

De vraag hoe de strafrechtelijke overeenkomst zich verhoudt tot de klassieke strafrechtelijke rechtsbetrekking is in het voorgaande bezien vanuit het perspectief van de taakstelling van het Openbaar Ministerie, de strafrechtelijke handhaving van de rechtsorde. Geconcludeerd moet worden dat deze taakstelling op zichzelf niet aan het gebruik van strafrechtelijke overeenkomsten in de weg staat. Het gebruik van strafrechtelijke overeenkomsten kan een effectieve en – mits dit ook op zorgvuldige en magistratelijke wijze gebeurt – legitieme bijdrage aan het vervullen van deze taakstelling leveren. In zoverre staat de taakstelling van het Openbaar Ministerie dan ook geenszins aan het sluiten van strafrechtelijke overeenkomsten in de weg. Wel vloeit uit deze taakstelling voort dat het Openbaar Ministerie hierbij op grond van de notie van magistratelijkheid te allen tijde oog dient te blijven houden voor de rechten en belangen van zijn contractspartner en van eventueel bij de overeenkomst betrokken derden. Voorts vervult het Openbaar Ministerie zijn taak in het algemeen belang, hetgeen betekent dat dit algemeen belang ook bij het sluiten van strafrechtelijke overeenkomsten voortdurend in ogenschouw dient te worden genomen, waarbij geldt dat het semiparticuliere belang van het Openbaar Ministerie niet zonder meer mag worden gelijkgeschakeld met het belang van de samenleving. Tot slot kan langs de weg van deze taakstelling worden betoogd dat het sluiten van strafrechtelijke overeenkomsten er niet toe mag leiden dat strafrechtelijke waarborgen worden omzeild. Het bestaande normatieve kader van het strafrecht blijft de rechten en bevoegdheden waarover

34 Zie onder meer § 8.3.6 en § 8.4.4.

wordt gecontracteerd te allen tijde beheersen en kan als zodanig dan ook niet worden 'weg gecontracteerd'.

8.3.3 Confrontatie van de uitgangspunten van het strafrecht en het contractenrecht

De klassieke strafrechtelijke rechtsbetrekking en de rechtsbetrekking die ontstaat als gevolg van een overeenkomst staan op het eerste gezicht vrijwel haaks op elkaar. Waar de strafrechtelijke rechtsbetrekking in vergaande mate is gebaseerd op asymmetrie en eenzijdigheid, kenmerkt de rechtsbetrekking die als gevolg van een overeenkomst ontstaat zich juist door wederkerigheid en symmetrie tussen de betrokken rechtssubjecten.[35] Dit fundamentele verschil in karakter laat zich ook herkennen in de beginselen en uitgangspunten die aan de beide typen rechtsbetrekkingen ten grondslag liggen. Waar het strafrecht is gebaseerd op het primaat van de wetgever en het legaliteitsbeginsel, een verticale verhouding tussen overheid en burger en een aan het strafrecht inherente spanning tussen instrumentaliteit en rechtsbescherming, is het contractenrecht gebaseerd op het primaat van de vrije wil, hetgeen tot uiting komt in de drie aan het contractenrecht ten grondslag liggende beginselen van contractsvrijheid, consensualisme en verbindende kracht.[36] Het contractenrecht als het walhalla van de vrije wil en het strafrecht als het juk van overheidswege. In de literatuur wordt dan ook wel de opvatting verdedigd dat de uitgangspunten van het strafrecht en het contractenrecht dermate verschillend zijn dat het weinig zinvol is deze met elkaar te vergelijken of tegen elkaar af te zetten:

> 'Minder voor de hand ligt de verbinding tussen strafrecht en overeenkomstenrecht, ook al is het abstracte of zelfs symbolische beeld van het maatschappelijk contract nogal eens ten tonele gevoerd om het strafrecht als zodanig te legitimeren. Maar – anders dan bij de onrechtmatige daad – heeft het mijns inziens weinig zin om de beide gehele gebieden als zodanig op uitgangspunten en kernbegrippen te vergelijken: een op het legaliteitsbeginsel geënt stelsel als het strafrecht met zijn procesverplichting is zo fundamenteel verschillend van het contractenrecht met zijn contractvrijheid, consensualisme en vormvrijheid, dat een algemene vergelijking weinig opzienbarends aan overeenkomsten en verschillen zal openbaren.'[37]

---

35 Zie onder meer § 5.3.2.1 en § 6.2.11.

36 Ook de verbindende kracht kan indirect als uitdrukking van partijautonomie worden gezien. Een overeenkomst is immers verbindend omdat deze een uitdrukking vormt van de vrije wil.

37 Zie Nijboer 1999, p. 59. Dit neemt niet weg dat Nijboer het nuttig acht te kijken 'naar de betekenis van het contractenrecht voor contractuele verschijnselen in het strafrecht' (Nijboer 1999, p. 66).

Hoewel de uitgangspunten op het eerste gezicht inderdaad ver uit elkaar lijken te liggen, zal op basis van het voorgaande duidelijk zijn geworden dat de hier geschetste voorstelling van zaken te eenvoudig is. De uitgangspunten van het strafrecht en het contractenrecht mogen op beginselniveau weliswaar vrijwel haaks op elkaar staan, reeds op het eerste niveau van uitwerking blijken deze uitgangspunten de nodige uitzondering te lijden. Het contractenrecht is minder vrij dan op grond van de daaraan ten grondslag liggende beginselen zou kunnen worden vermoed, terwijl het strafrecht niet louter op het primaat van de wetgever en eenzijdige machtsuitoefening door de overheid berust. De theoretische verschillen tussen de beide rechtsgebieden moeten dan ook niet te zwaar worden aangezet. Dit standpunt wordt in het navolgende uitgewerkt aan de hand van een drietal verschillende aspecten van de rechtsbetrekking: 1) de verhouding tussen de rol van de wetgever enerzijds en de mate van autonomie van de betrokken rechtssubjecten anderzijds ten aanzien van het ontstaan, de inhoud en de beëindiging van de rechtsbetrekking;[38] 2) de rol van ongeschreven rechtsbeginselen bij de normering van de rechtsbetrekking; en, tot slot, 3) het bestaan van correlatieve verplichtingen binnen de rechtsbetrekking.

8.3.3.1 De verhouding tussen legaliteit en autonomie

Algemeen wordt aangenomen dat de wetgever prominenter aanwezig is binnen het publiekrecht dan binnen het contractenrecht, terwijl het contractenrecht meer ruimte ter vrije invulling voor de betrokken rechtssubjecten laat dan het publiekrecht. Deze vaststelling is op zichzelf juist, zij het slechts tot op zekere hoogte. Wat betreft het contractenrecht geldt immers dat de drie beginselen die daaraan ten grondslag liggen – en die als gezegd alle indirect kunnen worden teruggevoerd op het beginsel van partijautonomie – niet absoluut zijn. Met name het beginsel van contractsvrijheid kent in zijn toepassing al naar gelang de onderling te regelen materie vele gradaties. Niet alleen overeenkomsten die in strijd zijn met de goede zeden of de openbare orde, zijn ingevolge artikel 3:40 BW nietig; ook overeenkomsten die direct of indirect in strijd zijn met de wet, zijn niet geldig. Daarmee vindt de contractsvrijheid zijn grenzen mede in de opvattingen van de wetgever, terwijl de wetgever ook uitzonderingen kan maken op de beginselen van consensualisme en verbindende kracht.[39] In zoverre kan de wetgever dus wel degelijk dominant aanwezig zijn binnen het contractenrecht, evenals dat het geval is binnen het strafrecht. Ook in het privaatrecht moet de vrije wil van het rechtssubject soms zijn meerdere erkennen in de democratisch tot stand gekomen wil van de wetgever. Onder invloed

38 In § 5.2.6 is deze verhouding in meer abstracte termen aan bod gekomen in de sleutel van het onderscheid tussen *Volldetermination* en *Teildetermination* en de verhouding tussen *Norm und Willen* bij het ontstaan, de invulling en de beëindiging van rechtsbetrekkingen.

39 Zie § 3.5.

van de ontwikkeling die bekend staat als de vermaatschappelijking van het privaatrecht, is de wetgever zich in de twintigste eeuw in toenemende mate gaan bezighouden met de inhoud van bepaalde contracten, nu de wetgever van mening was dat het bepalen daarvan niet volledig aan de contractspartijen zelf kon worden overgelaten.[40] Dit heeft er thans in geresulteerd dat de contractsvrijheid binnen het privaatrecht op zichzelf nog steeds aanzienlijk is, maar zeer zeker niet onbeperkt, met name in bepaalde deelgebieden van het privaatrecht. Zo is de contractsvrijheid in het kader van het arbeidsrecht of het consumentenrecht duidelijk beperkter dan in andere gebieden van het privaatrecht. Wel geldt hier vrijwel telkens dat de beperkingen op de contractsvrijheid voornamelijk op de inhoud van de overeenkomst zien. De vraag of al dan niet een overeenkomst wordt gesloten, ligt nog altijd in overwegende mate in handen van de betrokken partijen.[41] In het algemeen zijn rechtssubjecten binnen het contractenrecht nog altijd zelfstandig bevoegd om te besluiten al dan niet rechtsbetrekkingen met anderen aan te knopen (zij het dat men steeds afhankelijk is van de bereidwilligheid daartoe van de potentiële contractspartner); een keuzevrijheid die binnen het publiekrecht, althans voor de individuele burger, geenszins is gegarandeerd, terwijl ook de inhoud van de rechtsbetrekking binnen het publiekrecht in het algemeen niet ter vrije bepaling aan de betrokken rechtssubjecten is overgelaten.

Tegenover de noodzaak tot nuancering van de partijautonomie binnen het contractenrecht staat dat ook de bepalende invloed van de wetgever op de strafrechtelijke rechtsbetrekking niet moet worden verabsoluteerd. Het primaat van de wetgever drukt in die zin een belangrijke stempel op de strafrechtelijke rechtsbetrekking dat de wet de kaders waarbinnen de rechtsbetrekking kan worden ingevuld (vrijwel[42]) dwingend bepaalt. Vervolgens is het evenwel aan het Openbaar Ministerie om – binnen de door de wettelijke regeling getrokken grenzen – in concreto invulling aan de strafrechtelijke rechtsbetrekking te geven. Zo ontstaan strafrechtelijke rechtsbetrekkingen niet uit zichzelf, maar dienen zij actief te worden gevestigd door het Openbaar Ministerie door middel van enigerlei strafvorderlijk relevante handeling.[43] En ook wanneer de rechtsbetrekking eenmaal is gevestigd, bestaan er verschillende keuzemomenten voor het Openbaar Ministerie wat betreft de verdere invulling en beëindiging daarvan. Het Openbaar Ministerie heeft aldus van de wetgever de nodige bewegingsvrijheid gekregen in de vorm van discretionaire bevoegdheden, waarbij het Openbaar Ministerie telkens op grond van de specifieke omstandigheden van het geval en met inachtneming van de ongeschreven beginselen van een behoorlijke strafrechtspleging een afweging moet maken

40 Zie § 5.4.2.

41 Niettemin bestaan er ook legio situaties waarin sprake is van contractdwang. Zie Houben 2005.

42 In § 6.2.5.1 is besproken dat het legaliteitsbeginsel niet alomvattend is.

43 Zie § 6.2.1 en § 6.3.5.

of en op welke wijze het deze bevoegdheden hanteert. Ook de verdachte of getuige waarmee het Openbaar Ministerie in rechtsbetrekking staat, heeft op zijn beurt – zij het in beduidend minder vergaande mate dan het Openbaar Ministerie – de mogelijkheid invulling te geven aan de concrete rechtsbetrekking. Bij deze stand van zaken dient het primaat van de wetgever ten aanzien van het ontstaan en de inhoud van de strafrechtelijke rechtsbetrekking enigszins te worden gerelativeerd. De wetgever stelt de kaders waarbinnen de strafrechtelijke rechtsbetrekking zich dient te begeven; binnen deze grenzen kunnen de betrokken rechtssubjecten – met inachtneming van het ongeschreven recht – evenwel naar eigen inzicht nadere invulling aan de rechtsbetrekking geven (waarbij geldt dat de mogelijkheden van het Openbaar Ministerie beduidend groter zijn dan die van de burger).

Wanneer de balans wordt opgemaakt, moet worden vastgesteld dat het contractenrecht niet zonder meer als het walhalla van de vrije wil kan worden omschreven, terwijl het strafrecht niet exclusief door de wil van de wetgever wordt beheerst. Wat betreft de autonomie van de betrokken rechtssubjecten moet worden vastgesteld dat deze binnen het contractenrecht in vergelijking met het strafrecht zeker een dominantere positie inneemt, maar dat deze ook niet moet worden verabsoluteerd, terwijl iets vergelijkbaars voor het primaat van de wetgever geldt waar het de strafrechtelijke rechtsbetrekking betreft. In beide rechtsgebieden geldt dat de kaders waarbinnen ruimte is voor autonome beslissingen van de betrokken rechtssubjecten uiteindelijk door de wetgever worden bepaald.[44] Wel geldt dat de grenzen in het kader van het contractenrecht zonder meer ruimer zijn getrokken dan in het kader van het strafrecht. Ook kan worden betoogd dat het vertrekpunt voor beide rechtsgebieden anders is. Waar het strafrecht is gebaseerd op de gedachte dat in beginsel slechts datgene mogelijk is wat door de wet expliciet mogelijk wordt gemaakt, is het contractenrecht gebaseerd op het uitgangspunt dat in beginsel alles is toegelaten, tenzij de wet (of de openbare orde en/of de goede zeden) daaraan expliciet in de weg staan. Het vertrekpunt van het strafrecht is derhalve legaliteit, het vertrekpunt van het contractenrecht de autonomie van partijen. Dit verschil in uitgangspunt is zonder meer van belang voor de positionering van het strafrecht en het contractenrecht, maar dient niet zodanig te worden benadrukt dat dit tot een karikatuur van beide rechtsgebieden leidt. De strafrechtelijke en de contractuele rechtsbetrekking worden immers elk vanuit hun eigen vertrekpunt voor hun ontstaan en invulling steeds door zowel de wetgever als de betrokken rechtssubjecten beïnvloed. In die zin vertaalt het verschil in theoretisch uitgangspunt zich in de praktijk niet zelden in een verschil in maatvoering.

44 Vgl. § 5.2.6 waar werd gesteld dat het steeds de heteronome determinant is die bepaalt of en in hoeverre er ruimte is voor de autonome determinant.

8.3.3.2 De rol van ongeschreven rechtsbeginselen

Een volgende factor die de theoretische verschillen tussen het strafrecht en het contractenrecht enigszins lijkt te dempen, is de belangrijke rol van (al dan niet geschreven) rechtsbeginselen binnen beide rechtsgebieden. Het contractenrecht wordt beheerst door de normen van redelijkheid en billijkheid (artikelen 3:12, 6:2 en 6:248 BW), terwijl het strafrecht de ongeschreven beginselen van een behoorlijke strafrechtspleging kent. Hoewel de werking van deze rechtsbeginselen – en vergelijkbare rechtsbeginselen als de algemene beginselen van behoorlijk bestuur in het bestuursrecht – in de onderscheiden rechtsgebieden niet zonder meer eenduidig is, hebben zij wel als gemeenschappelijk kenmerk dat er een zekere verzachtende werking ten aanzien van de rigiditeit van de wet en hetgeen partijen onderling hebben afgesproken vanuit gaat. De wet is noodzakelijk in algemene termen gesteld en onverkorte toepassing daarvan in individuele gevallen kan onder omstandigheden tot onbillijke resultaten leiden, evenals onverkorte uitvoering van een contract onder omstandigheden onredelijk kan uitpakken. Algemene rechtsbeginselen kunnen in dergelijke gevallen bijdragen aan de noodzakelijke nuancering van de algemene termen van de wet of het beginsel van verbindende kracht van overeenkomsten en zodoende aan het bieden van maatwerk in individuele gevallen.

Zo zorgen binnen het strafrecht de beginselen van een behoorlijke strafrechtspleging ervoor dat het Openbaar Ministerie niet naar willekeur gebruik kan maken van zijn discretionaire bevoegdheden. Op grond van deze beginselen geldt dat wetmatig handelen nog niet zonder meer rechtmatig handelen is. Slechts als het handelen van het Openbaar Ministerie aan zowel de eisen van de wet als de eisen van de ongeschreven rechtsbeginselen voldoet, is het rechtmatig te achten. Ingevolge het Wetboek van Strafvordering vermag het Openbaar Ministerie – zeker in vergelijking met de verdachte – binnen de strafrechtelijke rechtsbetrekking vrij veel; de beginselen van een behoorlijke strafrechtspleging binden het gebruik van deze wettelijke bevoegdheden evenwel aan een aantal nadere voorwaarden.[45] De eisen van redelijkheid en billijkheid hebben in zekere zin een vergelijkbare werking binnen het contractenrecht. Op grond van de aanvullende en de derogerende werking van de eisen van redelijkheid en billijkheid (artikel 6:248 BW), kunnen zowel nieuwe regels voor contractspartijen in het leven worden geroepen als uit de overeenkomst voortvloeiende regels opzij worden gezet, ongeacht of deze uit de wet, partijafspraken of gewoonte voortvloeien.[46]

Op grond van deze basale schets van de werking van de beide typen beginselen kan worden gesteld dat zowel de beginselen van een behoorlijke strafrechtspleging als de redelijkheid en billijkheid in individuele gevallen de scherpe kanten van de toepassing van een wettelijke regeling en/of de termen

45 Zie in dit kader Cleiren 1989.

46 Zie Hijma & Olthof 2008, nr. 493; zie ook § 3.8.3.

van een overeenkomst kunnen halen. Lubach brengt deze verzachtende werking van de rechtsbeginselen fraai onder woorden wanneer hij spreekt over de in de literatuur meermalen geconstateerde congruentie tussen enerzijds de privaatrechtelijke redelijkheid en billijkheid en anderzijds de bestuursrechtelijke algemene beginselen van behoorlijk bestuur. Gezien de vergelijkbare werking van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur en de beginselen van een behoorlijke strafrechtspleging kan deze passage evenwel zonder meer ook worden gelezen in relatie tot de strafrechtelijke rechtsbeginselen.

> 'De congruentie wordt daarin gezien dat de genoemde begrippen (…) vage normen zijn die pas in het concrete geval een concrete inhoud krijgen. Normen die grondtrekken van ons recht uitdrukken, daarin bestaande, aldus Droogleever Fortuijn, dat het recht niet uitsluitend wordt bepaald door uitsluitend de letter van de wet, contract of beschikking, maar mede een ethisch gehalte heeft. De begrippen stoelen op de gedachte, dat de mens in al zijn relaties met medemensen rekening moet houden met de ander. Hij behoort in zijn handelen een zeker evenwicht in het oog te houden tussen zijn kant van de zaak en die van de andere partij. In wezen op hetzelfde wijst Schoordijk, wanneer hij betoogt dat zowel de beginselen van behoorlijk bestuur als de goede trouw c.q. de redelijkheid en billijkheid de functie hebben van 'het wettelijk systeem doorkruisende regels'. Zo hebben zowel bestuursrechtelijke als privaatrechtelijke normen een beperkte spankracht, waarvan de betekenis altijd door interpretatie moet worden gevonden. Voor atypische gevallen kan in dat geval blijken dat een strikte toepassing van de algemene norm tot onbillijke gevolgen leidt. Zowel in het privaatrecht als in het publiekrecht kan dan met toepassing van de genoemde beginselen een voor het concrete geval billijke maar van de algemene norm afwijkende oplossing worden gevonden.'[47]

Uit deze passage kan worden afgeleid dat de beide typen rechtsbeginselen niet alleen een verzachtende werking hebben ten aanzien van de toepassing van de wet en/of de overeenkomst, maar (daarmee) ook een zekere dempende uitwerking op de theoretische verschillen tussen de onderscheiden rechtsgebieden. Zowel het contractenrecht als het bestuursrecht en het strafrecht hebben een vergelijkbare behoefte aan een aanvullende 'redelijkheidstoets' in individuele gevallen, waarbij het blijkbaar voor deze behoefte niet uitmaakt wat de essentiële kenmerken van het betreffende rechtsgebied zijn in termen van symmetrie en asymmetrie of eenzijdigheid en wederkerigheid. De vergelijkbaarheid van deze verzachtende werking van rechtsbeginselen komt volgens Ackermans-Wijn des te sterker naar voren bij rechtsbetrekkingen die zich begeven op het grensvlak van rechtsgebieden, omdat de rechtsbeginselen uit de verschillende rechtsgebieden zich dan in zekere mate ook voor wat betreft hun toepassing met elkaar gaan vermengen:

47 Lubach 1986, p. 15 met verwijzing naar Droogleever Fortuijn 1979 en Schoordijk 1984, p. 28.

> 'Algemene rechtsbeginselen liggen ten grondslag aan het gehele positieve recht, worden door het positieve recht verondersteld. Inherent daaraan is m.i. dat concrete toepassingen van algemene rechtsbeginselen op het grensgebied van publiek- en privaatrecht een zekere congruentie, osmose, vertonen vergeleken met toepassingen in uitgesproken privaatrechtelijke dan wel uitgesproken publiekrechtelijke verhoudingen.'[48]

De veronderstelling lijkt aldus te zijn dat op terreinen waar de klassieke rechtsgebieden met elkaar in aanraking komen, de rechtsbeginselen niet alleen in abstracto een vergelijkbare, verzachtende werking ten opzichte van de rigiditeit van de wet hebben, maar dat zij ook in hun toepassing naar elkaar toe groeien, waardoor het voor wat betreft de uitkomst veelal betrekkelijk weinig zal uitmaken welk type rechtsbeginselen op een bepaalde rechtsbetrekking worden toegepast.[49] In dit opzicht kunnen de verschillende typen rechtsbeginselen een zekere lijmende functie vervullen wanneer rechtsgebieden die op verschillende fundamenten zijn gebouwd met elkaar in aanraking komen binnen een individuele rechtsbetrekking.

8.3.3.3 Het bestaan van correlatieve verplichtingen

Het derde aspect dat voor een zekere nuancering van de traditioneel aangenomen verschillen tussen het strafrecht en het contractenrecht zorgt, is het principe van correlativiteit. In feite expliciteert dit principe de gedachte die ook aan de hiervoor beschreven rechtsbeginselen uit de verschillende rechtsgebieden ten grondslag ligt, te weten dat rechtssubjecten tot op zekere hoogte rekening dienen te houden met de positie en de belangen van andere rechtssubjecten waarmee zij in rechtsbetrekking staan. Dit principe vloeit voort uit het concept van de rechtsbetrekking zelf en geldt als zodanig binnen elk type rechtsbetrekking.[50]

Het traditionele beeld is dat het strafrecht is gebaseerd op eenzijdigheid en asymmetrische verhoudingen, en het contractenrecht op wederkerigheid en symmetrische verhoudingen tussen de betrokken rechtssubjecten. Op basis van de voorgaande hoofdstukken is duidelijk dat in deze schets zonder meer een kern van waarheid schuilt, maar dat dit beeld ook voor wat betreft beide rechtsgebieden de nodige nuancering behoeft. Anders dan vaak wordt voor-

---

48 Ackermans-Wijn 1989, p. 45 met verwijzing naar Van der Does 1987, p. 1680: 'Wanneer in civiele zaken bedoelde algemene beginselen worden toegepast, kan men slechts osmose zien.'

49 Zie in dit kader ook Snijders 1988, p. 57: 'Wanneer men maatstaven als redelijkheid en billijkheid of betamelijkheid goed toepast, houdt men rekening met de aard van de rechtsverhouding waarom het gaat. Wanneer die aard mede wordt bepaald door de omstandigheid dat een der partijen de overheid is, dan zal men aldus – als het goed is – tot hetzelfde resultaat komen als met in diezelfde situatie voor toepassing in aanmerking komende algemene beginselen van behoorlijk bestuur.'

50 Zie § 5.2.5 en § 5.3.3.3.

gesteld, is het strafrecht niet volledig op eenzijdigheid gebaseerd. Natuurlijk, het Openbaar Ministerie verkeert binnen de strafrechtelijke rechtsbetrekking – zowel in relatie tot de verdachte als tot de getuige – overduidelijk in een machtiger positie en kan in hoge mate zelfstandig invulling geven aan de rechtsbetrekking en daarmee de positie van de individuele burger eenzijdig bepalen. In zoverre is zonder meer sprake van een asymmetrische verhouding en van een zekere eenzijdigheid binnen de strafrechtelijke rechtsbetrekking. Daar staat evenwel tegenover dat deze eenzijdigheid ook binnen de strafrechtelijke rechtsbetrekking nooit absoluut kan zijn.[51] Zoals in het vijfde hoofdstuk in algemene termen is betoogd, is elke rechtsbetrekking immers in zekere zin gebaseerd op wederkerigheid, hetgeen kan worden teruggevoerd op het feit dat de concepten van de rechtsbetrekking en de rechtssubjectiviteit beide als relationele concepten moeten worden beschouwd.[52] Uit het concept van de rechtsbetrekking als juridische vertaling van menselijke interactie vloeit rechtstreeks voort dat de betrokken rechtssubjecten over en weer rekening dienen te houden met de positie en de belangen van de andere partij: wederkerigheid als verbod op zuivere behartiging van het eigenbelang. Deze vorm van wederkerigheid is aangeduid als wederkerigheid als imperatief.[53] Elders in het vijfde hoofdstuk is dit principe in navolging van Gribnau vervolgens aangeduid als correlativiteit: 'de intrinsieke samenhang en wisselwerking van rechten van een rechtssubject jegens een ander rechtssubject met verplichtingen van datzelfde rechtssubject jegens de wederpartij'.[54] Anders gezegd, tegenover rechten en verplichtingen van het ene rechtssubject staan *per definitie* rechten en verplichtingen van het andere rechtssubject. Op deze wijze correleert een bepaald recht of een bepaalde bevoegdheid altijd met de plicht daarvan op een behoorlijke wijze gebruik te maken en de rechtsaanspraak van de ander op naleving van deze verplichting.[55] Naarmate een rechtsbetrekking eenzijdiger is en de verhouding tussen de betrokken rechtssubjecten minder symmetrisch, zullen ook deze correlatieve verplichtingen schever worden verdeeld. Hoe meer bevoegdheden een rechtssubject binnen een bepaalde rechtsbetrekking heeft, hoe meer correlatieve verplichtingen dit met zich meebrengt. Omgekeerd zal het onderliggende rechtssubject binnen een rechtsbetrekking betrekkelijk weinig ongeschreven verplichtingen jegens het machtiger rechtssubject hebben. Als gevolg van dit principe is geen enkele rechtsbetrekking exclusief eenzijdig. Rechten en bevoegdheden gaan altijd gepaard met verplichtingen, welke verplichtingen zich voor het andere rechtssubject vertalen in rechtsaanspraken. De vraag 'ben ik mijns broeders hoeder'[56] moet in het kader van de rechts-

51 Zie § 6.2.11 en § 6.3.12.
52 Zie § 5.2.5.
53 Zie § 5.3.3.1.
54 Zie Gribnau 1998, p. 130.
55 Zie § 5.3.3.3.
56 Zie voor een antwoord op deze vraag wat betreft het contractenrecht Nieuwenhuis 2009.

betrekking dan ook tot op zekere hoogte bevestigend worden beantwoord, meer in het bijzonder wanneer de ene broer beduidend sterker is dan de andere.

Dit uit het concept van de rechtsbetrekking zelf voortvloeiende principe – dat voor een zekere ongelijkheidscompensatie tussen de betrokken rechtssubjecten zorgt – is inherent aan het concept van de rechtsbetrekking en geldt als zodanig voor elk type rechtsbetrekking, los van de vraag of het ontstaan of de invulling daarvan op eenzijdigheid of meerzijdigheid berust. Zowel het strafrecht dat zich kenmerkt door eenzijdige rechtshandelingen als het contractenrecht dat wordt gekenmerkt door meerzijdige rechtshandelingen kent derhalve het principe van correlatieve verplichtingen.[57] In het zesde hoofdstuk kwam reeds aan de orde dat dit principe voor de strafrechtelijke rechtsbetrekking onder meer terugkomt in de opvatting dat elke bevoegdheid van het Openbaar Ministerie correspondeert met een aanspraak voor de verdachte op rechtmatige uitoefening daarvan.[58] Maar ook de notie van magistratelijkheid en de daaruit af te leiden verplichtingen voor het Openbaar Ministerie konden worden gezien als een concrete uitdrukking van de algemene notie van correlativiteit.[59] Dit betekent dat het Openbaar Ministerie – hoewel het in hoge mate eenzijdig de rechtspositie van de verdachte en/of getuige kan bepalen – steeds de rechten en belangen van deze verdachte of getuige in ogenschouw dient te nemen. Daar staat tegenover dat de verdachte als onderliggend rechtssubject binnen de strafrechtelijke rechtsbetrekking niet of nauwelijks ongeschreven verplichtingen jegens het Openbaar Ministerie heeft.[60] Als gevolg van het bestaan van deze correlatieve verplichtingen en de rechtsaanspraken die daarmee corresponderen, werd geconcludeerd dat ook de strafrechtelijke rechtsbetrekking zich door een zekere wederkerigheid kenmerkt.[61]

Het contractenrecht kenmerkt zich in tegenstelling tot het strafrecht door meerzijdige rechtshandelingen. Vanuit een principiële gelijkwaardigheid van partijen binnen het contractenrecht kan de ene partij niet eenzijdig de rechtspositie van het andere rechtssubject bepalen en in dat opzicht onderscheidt het contractenrecht zich in theoretisch opzicht scherp van het strafrecht waarin dit wel mogelijk is. Ook wordt de rechtsbetrekking in het contractenrecht veelal gekenmerkt door de vorm van wederkerigheid die in het vijfde hoofdstuk is aangeduid als wederkerigheid als afspraak: wederkerigheid in de strikt juridische zin van onderling van elkaar afhankelijke verplichtingen als gevolg van een afspraak tussen rechtssubjecten.[62] Elk van beide rechtssubjecten neemt

57 In § 5.3.3.3 is betoogd dat het concept van correlativiteit niet alleen met asymmetrische rechtsbetrekkingen in verband hoeft te worden gebracht.
58 Zie § 6.2.5.2 en § 6.2.10.
59 Zie § 6.2.6.2 en § 6.2.9.
60 Zie § 6.2.10 en § 6.2.11.
61 Zie § 6.2.11 en § 6.3.12.
62 Zie § 5.3.3.1.

een verbintenis op zich ter verkrijging van de prestatie waartoe het andere rechtssubject zich daartegenover jegens hem verbindt (artikel 6:261 lid 1 BW). Daarmee proberen beide partijen vanuit een positie van gelijkwaardigheid elk voor zich hun eigenbelang na te streven.[63] Ook dit beeld behoeft evenwel nuancering. Weliswaar drijft het contractenrecht in belangrijke mate op de notie van eigenbelang, daartegenover staat dat ook het contractenrecht in zijn geheel wordt beheerst door de notie van redelijkheid en billijkheid en de daaruit afgeleide verplichting tot op zekere hoogte rekening te houden met de gerechtvaardigde belangen van de ander.[64] Ook in deze zorgplicht kan weer het principe van correlativiteit worden herkend.

En ook binnen de contractuele verhoudingen geldt weer dat naarmate een bepaald rechtssubject machtiger is dan het rechtssubject waarmee het in rechtsbetrekking staat, de hoeveelheid correlatieve verplichtingen voor dit machtiger rechtssubject toeneemt. De verplichting om rekening te houden met de gerechtvaardigde belangen van de wederpartij drukt derhalve ook binnen het contractenrecht zwaarder op het bovenliggende rechtssubject in de rechtsbetrekking.[65] Hoewel het contractenrecht is gebaseerd op de principiële gelijkwaardigheid van rechtssubjecten, erkent het daarmee de juridische relevantie van het feit dat partijen in de praktijk geenszins gelijkwaardig hoeven te zijn en verbindt het daaraan vervolgens de nodige consequenties. Daarmee treedt in feite ook in het contractenrecht een vergelijkbaar mechanisme van ongelijkheidscompensatie op als binnen het op eenzijdigheid gebaseerde strafrecht.

Wanneer het voorgaande wordt overzien, blijft het principiële verschil tussen de beide rechtsgebieden dat het contractenrecht vooral gestalte krijgt door middel van meerzijdige rechtshandelingen, terwijl het strafrecht is gebaseerd op eenzijdige rechtshandelingen. Deze eenzijdigheid binnen het strafrecht moet evenwel niet worden verabsoluteerd, nu de machtspositie van het Openbaar Ministerie ook de nodige verplichtingen jegens en daarmee corresponderende aanspraken voor de verdachte c.q. getuige met zich brengt. Daarmee is binnen het strafrecht sprake van wederkerigheid als imperatief. In feite verzacht het concept van de rechtsbetrekking zelf daarmee het gegeven dat de rechtsbetrekking binnen het strafrecht grotendeels op eenzijdige rechtshandelingen zijdens het Openbaar Ministerie is gebaseerd. Tegelijkertijd kan worden geconstateerd

63 Het contractenrecht is, zoals Nieuwenhuis het treffend uitdrukt, gebaseerd op *égoïsme à deux*. Zie Nieuwenhuis 2009, p. 2254.

64 Zie in dit kader het standaardarrest HR 15 november 1957, *NJ* 1958, 67 m.nt. LEHR (Baris/Riezenkamp). Zie voor de verhouding tussen egoïsme en altruïsme in het contractenrecht Nieuwenhuis 2009, waarbij hij voor wat betreft het altruïsme onderscheidt tussen paternalisme en fraternalisme. In geval van paternalisme wordt een zorgplicht aanvaard die de autonomie van de ander terzijde stelt, terwijl in geval van fraternalisme een zorgplicht wordt gecreëerd die de autonomie van de ander optimaliseert. De meeste zorgplichten zijn volgens Nieuwenhuis van fraternalistische aard. Zie Nieuwenhuis 2009, p. 2256.

65 Zie in dit kader ook § 3.6.

dat dit binnen het contractenrecht op vergelijkbare wijze gebeurt wanneer een rechtsbetrekking weliswaar op meerzijdigheid en juridische symmetrie is gebaseerd, maar er niettemin in het concrete geval om welke reden dan ook geen sprake is van gelijkwaardigheid tussen partijen. Ook dan wordt deze feitelijke ongelijkwaardigheid gedeeltelijk gecompenseerd door het aannemen van correlatieve verplichtingen voor het machtiger rechtssubject binnen de contractuele rechtsbetrekking. Daarmee komt het streven naar het compenseren van ongelijkheid tussen rechtssubjecten zowel voor bij rechtsbetrekkingen die zijn gebaseerd op eenzijdigheid als bij rechtsbetrekkingen die zijn gebaseerd op meerzijdigheid. Dit gegeven neemt het principiële verschil tussen het strafrecht en het contractenrecht niet weg, maar dempt wel enigszins de gevolgen daarvan. Gesteld kan worden dat de behoefte tot het op zekere hoogte beschermen van het zwakkere rechtssubject tegen inbreuken op diens gerechtvaardigde belangen door het machtiger rechtssubject binnen de rechtsbetrekking aan het recht als geheel ten grondslag ligt, los van de vraag welk rechtsgebied het betreft en los van de vraag of het betreffende rechtsgebied primair op eenzijdigheid of meerzijdigheid berust.

8.3.3.4 Uiteenlopende vertrekpunten, convergerende tendensen

Het strafrecht en het contractenrecht als onderdeel van het privaatrecht zijn zonder meer afzonderlijke rechtsgebieden die ook elk op uiteenlopende uitgangspunten zijn gebaseerd. Ook in de uitwerking verschillen de strafrechtelijke en de contractuele rechtsbetrekking op talrijke punten van elkaar. Niettemin hebben het strafrecht en het contractenrecht ook het nodige met elkaar gemeen. Bij de vraag of en in hoeverre de strafrechtelijke overeenkomst – een contractuele rechtsbetrekking, zij het een die wordt beheerst door de normen van het strafrecht – in de klassieke strafrechtelijke rechtsbetrekking kan worden ingepast, dient daarom niet alleen te worden gekeken naar de punten waarop het contractenrecht en het strafrecht van elkaar verschillen, maar ook naar de aspecten die zij gemeenschappelijk hebben. In het voorgaande is een aantal van deze aspecten besproken. Zo wordt de inhoud van zowel de strafrechtelijke als de contractuele rechtsbetrekking steeds door zowel de wetgever als de betrokken rechtssubjecten bepaald. Het vertrekpunt van beide rechtsbetrekkingen is weliswaar anders (legaliteit versus partijautonomie), op het niveau van de uitwerking blijkt de individuele rechtsbetrekking steeds door zowel de wetgever als de betrokken rechtssubjecten te worden beïnvloed. Wel geldt dat de wetgever de grenzen in het contractenrecht ruimer heeft getrokken dan binnen het strafrecht en dat het contractenrecht derhalve meer ruimte laat ter vrije invulling voor de betrokken rechtssubjecten dan het strafrecht. Daar staat tegenover dat de wetgever zich in de loop van de twintigste eeuw steeds intensiever is gaan bemoeien met het contractenrecht, met als gevolg dat de wetgever op deelgebieden van het contractenrecht toch betrekkelijk prominent aanwezig is. Men moet dan ook constateren dat het strafrecht en het contrac-

tenrecht wat betreft de bemoeienis van de wetgever in de loop der jaren meer naar elkaar zijn toegegroeid. Een tweede gemeenschappelijk aspect van het strafrecht en het contractenrecht is gelegen in de rol van rechtsbeginselen. Beide rechtsgebieden kennen een aantal – al dan niet geschreven – algemene rechtsbeginselen die fungeren als een soort 'redelijkheidscorrectie' op de toepassing van de wet en/of het contract. Hiermee hangt samen het derde gemeenschappelijk aspect, het bestaan van correlatieve verplichtingen binnen de rechtsbetrekking. Op grond van deze verplichtingen zijn rechtssubjecten bij de invulling van hun rechten en bevoegdheden over en weer gehouden elkanders positie en belangen in ogenschouw te nemen. Hierbij geldt zowel binnen het strafrecht als het contractenrecht dat deze verplichting zwaarder op het machtiger rechtssubject binnen de rechtsbetrekking drukt dan op het onderliggende rechtssubject. Als gevolg hiervan dragen ook de rechtssubjecten zelf een zekere verantwoordelijkheid voor het 'redelijkheidsgehalte' van de onderlinge rechtsbetrekking. Deze verantwoordelijkheid wordt vervolgens kracht bijgezet door de werking van de genoemde algemene rechtsbeginselen.

Aldus kan worden geconstateerd dat strafrecht en contractenrecht naast een aantal fundamentele verschillen ook een aantal aspecten met elkaar gemeenschappelijk hebben. De 'convergerende tendensen' maken dat beide rechtsgebieden – zo dit al ooit het geval was – niet langer haaks op elkaar staan. Vanuit een ander vertrekpunt bewegen beide rechtsgebieden zich steeds meer naar elkaar toe, met als gevolg dat bepaalde verschilpunten in de praktijk veeleer gradueel van aard lijken te zijn dan principieel. Dit is een relevant gegeven wanneer het gaat om de vraag of en in hoeverre de strafrechtelijke rechtsbetrekking ruimte biedt voor het sluiten van strafrechtelijke overeenkomsten. Een genuanceerde benadering waarin wordt geabstraheerd van onjuiste of achterhaalde theoretische *idées fixes* over beide rechtsgebieden is hierbij geboden.

8.3.4 De consequenties voor de strafrechtelijke rechtsbetrekking

In het zesde hoofdstuk is een standaardtypering gegeven van de strafrechtelijke rechtsbetrekking tussen Openbaar Ministerie en verdachte alsmede van de rechtsbetrekking met de getuige. Elke rechtens relevante feitelijke handeling (het inzetten van een opsporingsbevoegdheid of een dwangmiddel) of elke rechtshandeling binnen deze rechtsbetrekking (het dagvaarden van de verdachte, het instellen van een bezwaarschrift daartegen) heeft gevolgen voor de actuele inhoud van de rechtsbetrekking in die zin dat de over en weer aan de rechtsbetrekking te ontlenen catalogus van rechten en verplichtingen komt te veranderen of opnieuw wordt geordend. Onder omstandigheden verandert

daarmee ook de aard van de rechtsbetrekking gradueel. Dit maakt de strafrechtelijke rechtsbetrekking tot een dynamisch concept.[66]

In het navolgende wordt betoogd dat het sluiten van een strafrechtelijke overeenkomst met een verdachte of een getuige eveneens is te beschouwen als een specifieke gebeurtenis binnen de strafrechtelijke rechtsbetrekking als gevolg waarvan deze komt te veranderen. Meer nog dan het geval is bij (de meeste) andere rechtens relevante gebeurtenissen binnen de rechtsbetrekking, heeft het sluiten van een overeenkomst bijzondere gevolgen voor de strafrechtelijke rechtsbetrekking, niet alleen voor de inhoud van de rechtsbetrekking, maar zeer zeker ook voor de aard daarvan. Met het sluiten van een overeenkomst tussen Openbaar Ministerie enerzijds en verdachte of getuige anderzijds sluipt een wezensvreemd element de traditionele strafrechtelijke verhoudingen binnen. Het wederkerige, symmetrische karakter van de overeenkomst lijkt immers op het eerste gezicht haaks te staan op de primair eenzijdige, asymmetrische aard van de strafrechtelijke rechtsbetrekking. Er wordt als het ware een compleet nieuwe dimensie aan de reeds bestaande rechtsbetrekking toegevoegd waarin principieel andere spelregels lijken te gelden. Het sluiten van een overeenkomst verschilt dan ook in die zin van andere feitelijke handelingen of rechtshandelingen binnen de strafrechtelijke rechtsbetrekking dat daarmee een gedeeltelijk zelfstandige, andersoortige rechtsbetrekking in het leven wordt geroepen die als het ware dient te worden geïncorporeerd binnen de reeds bestaande strafrechtelijke rechtsbetrekking of zich in ieder geval op enigerlei wijze daartoe dient te verhouden. Dit is in het algemeen niet het geval bij de niet-consensuele gebeurtenissen binnen de strafrechtelijke rechtsbetrekking, nu deze weliswaar de inhoud van de rechtsbetrekking beïnvloeden, maar daarbij geen deels afzonderlijke, andersoortige rechtsbetrekking in het leven roepen. In dit opzicht is het sluiten van een overeenkomst als een bijzondere gebeurtenis binnen de dynamiek van de strafrechtelijke rechtsbetrekking te beschouwen. De vraag op welke wijze het sluiten van een strafrechtelijke overeenkomst de rechtsbetrekking tussen Openbaar Ministerie en verdachte en/of getuige beïnvloedt, wordt in het navolgende beantwoord door te laten zien wat de consequenties van de strafrechtelijke overeenkomst zijn voor de mate van symmetrie en de mate van wederkerigheid binnen de strafrechtelijke rechtsbetrekking. Eerst moet evenwel de vraag worden beantwoord hoe de strafrechtelijke overeenkomst als rechtsbetrekking zich verhoudt tot de daaraan voorafgaande of onderliggende klassieke strafrechtelijke rechtsbetrekking.

8.3.4.1 Osmose van rechtsbetrekkingen

Aan de vraag wat de consequenties van het sluiten van een strafrechtelijke overeenkomst zijn voor de strafrechtelijke rechtsbetrekking gaat de vraag vooraf of de strafrechtelijke overeenkomst een afzonderlijke tweede rechts-

66 Zie § 5.2.7 en § 6.2.2.

betrekking naast de klassieke strafrechtelijke rechtsbetrekking in het leven roept of dat beide rechtsbetrekkingen samensmelten tot één rechtsbetrekking. Zoals al ligt besloten in het voorgaande, is dit laatste het geval. Hoewel de strafrechtelijke overeenkomst gezien zijn bijzondere aard in zekere zin andersoortig is dan andere (rechts)handelingen binnen de strafrechtelijke rechtsbetrekking, betekent dit niet dat de strafrechtelijke overeenkomst niet ook als gebeurtenis binnen deze rechtsbetrekking zou moeten worden beschouwd. De argumenten voor, de mogelijkheden tot en de beperkingen aan het sluiten van een overeenkomst zijn immers alle in de onderliggende klassieke strafrechtelijke rechtsbetrekking gelegen, terwijl ook de betrokken rechtssubjecten en hun strafvorderlijke 'hoedanigheden' bij beide rechtsbetrekkingen dezelfde zijn: het Openbaar Ministerie en de verdachte of getuige. In die zin staat een strafrechtelijke overeenkomst nooit op zichzelf. Integendeel, een strafrechtelijke overeenkomst kan niet worden gesloten zonder dat het Openbaar Ministerie en de betrokken burger in een strafvorderlijk relevante relatie tot elkaar staan. Het antwoord op de vraag of al dan niet een mogelijkheid tot het sluiten van een strafrechtelijke overeenkomst bestaat, is steeds afhankelijk van de vraag of al dan niet sprake is van een onderliggende rechtsbetrekking tussen het Openbaar Ministerie en de potentiële contractspartner. Alle strafrechtelijke overeenkomsten vereisen immers dat de contractspartner van het Openbaar Ministerie een strafvorderlijk relevante status als verdachte en/of getuige heeft.[67] Daarmee is de aan de strafrechtelijke overeenkomst voorafgaande onderliggende rechtsbetrekking een gegeven. Deze onderliggende rechtsbetrekking bepaalt vervolgens of er argumenten tot het sluiten van een strafrechtelijke overeenkomst zijn, alsmede of en in hoeverre daartoe mogelijkheden bestaan en waarin eventuele beperkingen zijn gelegen. En ook wanneer de strafrechtelijke overeenkomst eenmaal tot stand is gekomen, kan deze niet los worden gezien van de strafrechtelijke rechtsbetrekking waaruit zij is voortgekomen. Er vindt aldus een osmose tussen de overeenkomst en de onderliggende rechtsbetrekking plaats.

Dit heeft als belangrijke consequentie dat de strafrechtelijke overeenkomst niet als afzonderlijke rechtsbetrekking naast of los van de klassieke strafrechtelijke rechtsbetrekking kan worden beschouwd. De strafrechtelijke overeenkomst is een gebeurtenis binnen de reeds bestaande, onderliggende strafrechtelijke rechtsbetrekking, die hier evenals alle andere rechtens relevante gebeurtenissen verandering in aanbrengt. Voor zover de overeenkomst als afzonderlijke rechtsbetrekking kan worden gezien, smelt deze samen met de onderliggende rechtsbetrekking. Wanneer de strafrechtelijke overeenkomst als rechtsbetrekking wordt bezien, dient dit derhalve steeds te gebeuren in samenhang met en binnen de context van de onderliggende strafrechtelijke rechtsbetrekking. Ook staat hiermee vast dat de strafrechtelijke overeenkomst niet kan worden beschouwd als een rechtsbetrekking die de eerdere klassieke strafrechtelijke

67 Zie ook § 2.3.1 en § 4.3.1.

rechtsbetrekking tussen Openbaar Ministerie en latere contractspartner vervangt of opzij zet. Van het 'weg contracteren' van de onderliggende strafrechtelijke rechtsbetrekking kan dan ook geen sprake zijn. Er vindt steeds een osmose tussen de strafrechtelijke overeenkomst en de onderliggende rechtsbetrekking plaats, waarbij beide typen rechtsbetrekkingen elkaar wederzijds beïnvloeden en het resultaat aspecten van beide in zich draagt. De onderliggende rechtsbetrekking verandert derhalve door de overeenkomst, maar kan daardoor niet worden opzij gezet.

8.3.4.2 Consequenties voor de symmetrie

In het vijfde hoofdstuk is onderscheid gemaakt tussen symmetrische en asymmetrische rechtsbetrekkingen, waarbij nader werd onderscheiden tussen juridische en feitelijke symmetrie.[68] Deze concepten kunnen een nuttige rol vervullen bij het beschrijven van de consequenties van de strafrechtelijke overeenkomst voor de strafrechtelijke rechtsbetrekking. Voordat de consequenties van de strafrechtelijke overeenkomst goed zichtbaar kunnen worden gemaakt, dient eerst de uitgangspositie voorafgaand aan het sluiten van de overeenkomst te worden geschetst.

a. De uitgangspositie
In het vijfde en zesde hoofdstuk is uitgebreid naar voren gekomen dat de klassieke strafrechtelijke rechtsbetrekking zonder meer als juridisch asymmetrisch kan worden omschreven, waarbij het Openbaar Ministerie het machtiger rechtssubject is. Het Openbaar Ministerie heeft immers juridisch gezien het primaat waar het gaat om het ontstaan en de invulling van de rechtsbetrekking. Deze situatie van juridische asymmetrie wordt veelal nog eens kracht bijgezet door het feit dat de verhouding tussen het Openbaar Ministerie en het rechtssubject waarmee het in rechtsbetrekking staat ook feitelijk door asymmetrie wordt gekenmerkt.[69] Gezien deze juridische en feitelijke symmetrie binnen de strafrechtelijke rechtsbetrekking bestaat in het algemeen voor het Openbaar Ministerie weinig aanleiding om een strafrechtelijke overeenkomst met de verdachte of getuige waarmee het in rechtsbetrekking staat, aan te gaan. In deze situatie heeft het Openbaar Ministerie immers doorgaans voldoende mogelijkheden voorhanden om de rechtsbetrekking met de verdachte of getuige eigenhandig in de door hem gewenste richting te sturen. De medewerking van de verdachte c.q. getuige is daarbij doorgaans niet noodzakelijk.

Slechts in bepaalde omstandigheden ligt dit anders. Zodra dergelijke omstandigheden zich voordoen en het Openbaar Ministerie belang heeft bij een bepaalde invulling van de rechtsbetrekking, maar het deze invulling niet zelfstandig zonder medewerking van de betrokken verdachte of getuige kan

68 Zie § 5.3.2.
69 Zie § 5.4.4.1, § 6.2.10 en § 6.3.12.

bewerkstelligen, ontstaat een reden tot het aangaan van een strafrechtelijke overeenkomst. Anders gezegd, slechts wanneer de omstandigheden zodanig zijn dat het Openbaar Ministerie op enigerlei wijze afhankelijk wordt van (de processuele opstelling van) de verdachte, komt de wenselijkheid van de strafrechtelijke overeenkomst om de hoek kijken. Dit betekent evenwel dat de onderliggende strafrechtelijke rechtsbetrekking zich reeds voordat deze overeenkomst tot stand komt conceptueel gezien enigszins in symmetrische richting heeft bewogen. Onderlinge afhankelijkheid brengt immers symmetrie in de rechtsbetrekking met zich mee. Het gaat dan in ieder geval om feitelijke symmetrie, maar betoogd kan worden dat in dat geval ook sprake is van een zekere mate van juridische symmetrie: in hoeverre kan immers nog daadwerkelijk van juridische asymmetrie worden gesproken wanneer een van beide rechtssubjecten weliswaar in abstracto over beduidend meer bevoegdheden beschikt dan het andere rechtssubject, maar deze in concreto gegeven de individuele omstandigheden van het geval niet (zonder meer) kan effectueren?

Wanneer de rechtsbetrekking na het sluiten van een strafrechtelijke overeenkomst wordt afgezet tegen de onderliggende strafrechtelijke rechtsbetrekking dient deze meer symmetrische uitgangspositie te worden meegenomen. Strafrechtelijke overeenkomsten worden gesloten in situaties waarin de mogelijkheden van het Openbaar Ministerie om eenzijdig de rechtsbetrekking te beïnvloeden tekortschieten of in ieder geval voor het Openbaar Ministerie niet zonder meer het meest wenselijke alternatief vormen. Vanuit dat perspectief bezien is het niet zonder meer reëel de rechtsbetrekking na het sluiten van een strafrechtelijke overeenkomst af te zetten tegen de klassieke strafrechtelijke rechtsbetrekking waarin het Openbaar Ministerie eenzijdig de positie van de verdachte of getuige kan bepalen. Dit laatste kan in de situatie dat een strafrechtelijke overeenkomst wordt gesloten nu juist niet, althans niet zonder meer.

Het is voor wat betreft dit laatste wel noodzakelijk te differentiëren tussen de verschillende typen strafrechtelijke overeenkomsten. In geval van de overeenkomsten ter afdoening buiten geding heeft het Openbaar Ministerie immers op zichzelf wel degelijk het alternatief van eenzijdige bevoegdheidsuitoefening voorhanden. De verdachte kan immers eenvoudigweg worden gedagvaard.[70] In zoverre is in een dergelijk geval de mate van afhankelijkheid waarin het Openbaar Ministerie ten opzichte van de verdachte verkeert vrij beperkt. Niettemin is deze ook hier wel enigszins aanwezig. Deze afhankelijkheid schuilt evenwel niet zozeer in het ontbreken van een alternatief, als wel in

70 Zij het dat de richtlijnen van het Openbaar Ministerie veelal een bepaalde wijze van afdoening voorschrijven en dat in concreto derhalve – op straffe van schending van het vertrouwensbeginsel – niet zonder meer voor het alternatief van vervolging kan worden gekozen. Bedacht dient evenwel te worden dat het hier gaat om beleidsregels die het Openbaar Ministerie zelf heeft opgesteld ter invulling van zijn beleidsvrijheid. Wettelijk gezien staat de mogelijkheid van vervolging wel degelijk open.

het gegeven dat het alternatief voor het Openbaar Ministerie vanuit capaciteitsoverwegingen minder aantrekkelijk is dan het sluiten van de overeenkomst ter afdoening buiten geding. Het gaat hier derhalve om een algemener belang dat boven de argumenten op het niveau van de voorliggende zaak zelf uitstijgt.[71] Het feit dat evenwel op het niveau van de concreet voorliggende strafzaak op zichzelf wel een alternatief voor de strafrechtelijke overeenkomst voorhanden is – te weten het instellen van een vervolging – maakt dat de verhouding tussen het Openbaar Ministerie en de individuele verdachte voorafgaand aan het sluiten van de overeenkomst toch nog sterk asymmetrisch is. Het Openbaar Ministerie heeft immers geen concreet belang bij het tot stand komen van de overeenkomst in de voorliggende zaak. Slechts wanneer het gaat om transacties in omvangrijkere en bewijstechnisch complexere strafzaken waarin een behandeling ter terechtzitting een substantieel deel van de capaciteit in beslag zou nemen, heeft het Openbaar Ministerie ook zelf een meer specifiek belang bij een overeenkomst ter afdoening buiten geding.

De uitgangspositie in geval van de overeenkomst ter verkrijging van bewijs is daarentegen anders. In een zodanig geval – mits het met het oog op het subsidiartiteitsvereiste om een zuiver geval voor het sluiten van een dergelijke overeenkomst gaat[72] – ontbreekt het alternatief voor het sluiten van de overeenkomst immers wel goeddeels. Het succesvol vervolgen van de verdachte waarmee een overeenkomt ter verkrijging van bewijs zou kunnen worden gesloten, is immers zonder diens eigen verklaringen over zijn eigen aandeel in het feitencomplex niet altijd zonder meer mogelijk, terwijl een succesvolle vervolging van medeverdachten zonder de verklaringen van de getuige in een dergelijk geval (waarin immers wordt voldaan aan het vereiste van subsidiariteit) vrijwel is uitgesloten. Het afleggen van de noodzakelijke verklaringen kan immers in een dergelijke situatie niet succesvol worden afgedwongen met het traditionele strafvorderlijke instrumentarium, nu de persoon die het betreft zich als verdachte op zijn zwijgrecht en als getuige op zijn verschoningsrecht zal kunnen beroepen. In deze omstandigheden verkeert het Openbaar Ministerie duidelijk in een zekere positie van afhankelijkheid ten opzichte van de potentiële contractspartner.[73] Bij deze stand van zaken van een in concreto tekortschietend strafvorderlijk instrumentarium kan in wezen niet van daadwerkelijke juridische asymmetrie tussen het Openbaar Ministerie en de betreffende verdachte worden gesproken, hetgeen ook zijn weerslag heeft op de mate van feitelijke symmetrie. De uitgangspositie van de strafrechtelijke rechtsbetrekking voorafgaand aan het sluiten van een overeenkomst ter verkrijging van bewijs kenmerkt zich daardoor – afhankelijk van de omstandigheden van het concrete geval – reeds door een behoorlijke mate van symmetrie, zij het dat deze symmetrie niet zozeer is gelegen in het feit dat beide partijen

71 Zie § 1.1.2.
72 Zie § 2.6.5.
73 Zie § 4.6.3.

min of meer gelijke mogelijkheden tot invulling van de rechtsbetrekking hebben als wel in het feit dat beide partijen juist een gebrek aan effectieve mogelijkheden hebben om de rechtsbetrekking in de door hen gewenste richting te sturen. Gezien het feit dat van het Openbaar Ministerie in deze context van zware criminaliteit niettemin een daadkrachtig optreden wordt verlangd, bestaat een krachtige motivatie deze impasse te doorbreken.

b. De consequenties

De vraag is vervolgens welke consequenties het sluiten van een strafrechtelijke overeenkomst heeft voor de mate van symmetrie binnen de rechtsbetrekking. Op grond van het voorgaande staat voorop dat de uitgangspositie gegeven de specifieke omstandigheden waarin strafrechtelijke overeenkomsten als zinvol instrument om de hoek komen kijken, niet zonder meer als asymmetrisch kan worden gekenschetst. Ten aanzien van de overeenkomsten ter afdoening buiten geding bleek dit grotendeels nog wel het geval te zijn – hoewel het Openbaar Ministerie ook dan een zeker belang bij het sluiten van een overeenkomst heeft –; in geval van de overeenkomsten ter verkrijging van bewijs bleek de uitgangspositie evenwel al door een behoorlijke mate van symmetrie te worden gekenmerkt. Daar staat vervolgens voor wat betreft de situatie na het sluiten van de overeenkomst tegenover dat deze niet zonder meer (en daardoor) als symmetrisch kan worden bestempeld. Niet alleen wordt de overeenkomst gesloten binnen een context (het strafrecht) die in beginsel op asymmetrische rechtsbetrekkingen is gebaseerd, ook levert – nog los van deze strafrechtelijke context – niet elke contractuele rechtsbetrekking zonder meer een symmetrische verhouding op. Zoals in het voorgaande meermalen aan de orde is geweest, is het contractenrecht weliswaar in beginsel op de gelijkwaardigheid van partijen gebaseerd, maar erkent het wel degelijk dat daarvan in de praktijk lang niet altijd sprake is. Overeenkomsten leveren nu eenmaal niet altijd een volstrekt symmetrische rechtsbetrekking op.[74] Ook voor wat betreft de situatie na het sluiten van de strafrechtelijke overeenkomst hangt het derhalve telkens van de specifieke omstandigheden van het geval af of en in hoeverre al dan niet van een symmetrische verhouding kan worden gesproken. In zijn algemeenheid kan men stellen dat het sluiten van een strafrechtelijke overeenkomst – door het enkele gegeven dat de betrokken rechtssubjecten met elkaar tot een vergelijk komen – er toe leidt dat de rechtsbetrekking zich in een meer symmetrische richting beweegt. Of het resultaat vervolgens ook een min of meer symmetrische rechtsbetrekking oplevert, staat evenwel nog te bezien, waarbij niet in de laatste plaats betekenis toekomt aan de specifieke uitgangspositie voorafgaand aan de overeenkomst.

Met name in geval van overeenkomsten ter afdoening buiten geding valt te betwijfelen of de overeenkomst een symmetrische rechtsbetrekking in het leven roept. Er wordt weliswaar een overeenkomst gesloten waarbij beide

74 Zie § 3.6 en § 8.3.3.3.

partijen zich tot een bepaalde prestatie verbinden; dit gebeurt evenwel veelal vanuit een zodanige asymmetrische uitgangspositie dat ook het resultaat na het sluiten van de overeenkomst goeddeels asymmetrisch blijft. Ook na het aangaan van de transactie of het voorwaardelijk sepot blijft het Openbaar Ministerie immers het machtiger rechtssubject. De transactie of het voorwaardelijk sepot biedt de verdachte de gelegenheid om zijn strafzaak buiten de rechter om tot een einde te brengen, maar vrijwel elke kink in de kabel leidt onherroepelijk tot beëindiging van de overeenkomst,[75] waarna het Openbaar Ministerie het alternatief van dagvaarding zal inzetten.[76] Het gebrek aan een concreet en dwingend belang voor het Openbaar Ministerie bij het welslagen van de overeenkomst en het feit dat het een alternatief voorhanden heeft wanneer de overeenkomst onverhoopt spaak loopt, maken dat de verdachte binnen de context van de overeenkomst ter afdoening buiten geding in sterke mate in een ondergeschikte positie blijft verkeren.

Evenals het geval was ten aanzien van de uitgangspositie is het beeld ten aanzien van de consequenties van het sluiten van een overeenkomst ter verkrijging van bewijs enigszins anders. Nu de uitgangspositie in geval van de overeenkomst ter verkrijging van bewijs al behoorlijk symmetrisch was, kenmerkt ook de rechtsbetrekking na het sluiten van de overeenkomst zich door een behoorlijke mate van symmetrie. Beide partijen hebben een concreet en specifiek belang bij de overeenkomst en zijn – bij gebreke van alternatieve contractspartners – in hoge mate op elkaar aangewezen.[77] Deze onderlinge afhankelijkheid vertaalt zich in een situatie die in ieder geval in potentie vrijwel symmetrisch is, waarbij het met name van de specifieke omstandigheden van het geval zal afhangen of en naar welke kant het evenwicht doorslaat. Het gaat bij dit type overeenkomsten immers per definitie om maatwerk. Als publiekrechtelijk overheidsorgaan met tal van bevoegdheden heeft het Openbaar Ministerie zowel juridisch als feitelijk een zekere voorsprong op de getuige, zij het dat het Openbaar Ministerie deze bevoegdheden als gezegd gezien de concrete omstandigheden van het geval niet alle zonder meer kan hanteren. Daar komt bij dat het Openbaar Ministerie de getuige ook in diens eigen strafzaak vervolgt. Met name dit laatste gegeven plaatst de contractspartner van het Openbaar Ministerie ook in de periode na het tot stand komen van de overeenkomst in een niet al te voordelige positie.

Niettemin kan het belang van diens als getuige af te leggen verklaringen voor het Openbaar Ministerie zodanig groot zijn dat deze achterstandpositie van de getuige onder omstandigheden in een zekere voorsprong omslaat. De getuige met wie een overeenkomst is gesloten en die op een later moment de door hem toegezegde verklaringen weigert af te leggen, brengt het Open-

75 In geval van de transactie is de overeenkomst zelfs nooit tot stand gekomen. Zie § 4.4.1.1.
76 Zie § 8.4.5.1.
77 Zie § 4.6.3.

baar Ministerie immers ernstig in verlegenheid. Het feit dat de getuige daarmee het recht op verwezenlijking van de aan hem gedane toezeggingen verspeelt en voorts een additionele vervolging ter zake van artikel 192 lid 2 Sr riskeert,[78] maakt wellicht dat deze situatie zich niet al te snel zal voordoen, maar voorkomt niet dat, als deze situatie zich eenmaal voordoet, het Openbaar Ministerie in een bijzonder lastig parket komt te zitten. Het gevaar dat het Openbaar Ministerie zich met het sluiten van een overeenkomst ter verkrijging van bewijs in een positie brengt waarin het min of meer chantabel is, is dan ook niet geheel denkbeeldig.[79] Over het geheel genomen lijkt de overeenkomst ter verkrijging van bewijs evenwel een tamelijk symmetrisch beeld op te leveren, waarbij geldt dat dit beeld in de verschillende fasen van de uitvoering van de overeenkomst kan fluctueren. In de fase waarin de contractspartner van het Openbaar Ministerie als getuige optreedt, zal de rechtsbetrekking in bepaalde mate asymmetrisch ten faveure van de getuige zijn; in de fase waarin hij zelf als verdachte wordt vervolgd, ligt het primaat binnen de rechtsbetrekking daarentegen vooral bij het Openbaar Ministerie.

8.3.4.3 Consequenties voor de wederkerigheid

Naast het onderscheid tussen symmetrische en asymmetrische rechtsbetrekkingen is in het vijfde hoofdstuk een onderscheid gemaakt tussen rechtsbetrekkingen die op eenzijdigheid berusten en rechtsbetrekkingen die op wederkerigheid zijn gebaseerd. In het geval van een eenzijdige rechtsbetrekking worden de onderlinge verhouding en de daaruit voortvloeiende rechten en verplichtingen (goeddeels) eenzijdig door één van de betrokken rechtssubjecten bepaald; in geval van een wederkerige rechtsbetrekking bepalen beide rechtssubjecten over en weer de verhouding en de daaruit voortvloeiende rechten en verplichtingen.[80] Vervolgens werd binnen de notie van wederkerigheid nader onderscheid gemaakt. In dat verband blijkt een zekere wederkerigheid – gedefinieerd als wederkerigheid als imperatief: de plicht van rechtssubjecten om over en weer tot op zekere hoogte rekening te houden met elkaars posities en belangen – inherent aan het concept van de rechtsbetrekking zelf te zijn.[81] Vanuit dat perspectief bezien kan in feite geen enkele rechtsbetrekking als exclusief eenzijdig worden bestempeld. Dit neemt niet weg dat wel degelijk kan worden gedifferentieerd tussen rechtsbetrekkingen in termen van wederkerigheid. Op basis van de andere invullingen van dit begrip, kunnen verschillende typen rechtsbetrekkingen worden onderscheiden, die wel degelijk significant van elkaar verschillen. De vraag is dan ook wat het aangaan van een strafrechtelijke overeenkomst betekent voor de notie van wederkerigheid binnen de strafrech-

78 Zie § 2.6.13.
79 Zie § 2.7.3.
80 Zie § 5.3.3.
81 Zie § 5.3.3.1.

telijke rechtsbetrekking. Ook nu wordt weer eerst bij de uitgangspositie stilgestaan om vervolgens van daaruit te bezien wat de consequenties van de overeenkomst zijn.

a. De uitgangspositie

De strafrechtelijke rechtsbetrekking kenmerkt zich door een vergaande mate van eenzijdigheid. Het Openbaar Ministerie kan de rechtsbetrekking met de verdachte of de getuige immers eenzijdig vestigen en, wanneer deze eenmaal in het leven is geroepen, grotendeels eenzijdig invullen. Niettemin is ook de strafrechtelijke rechtsbetrekking niet exclusief eenzijdig. Niet alleen staan de verdachte – zij het in bescheiden mate – de nodige zelfstandige rechten en bevoegdheden ter beschikking waarmee hij van zijn kant enige invulling aan de rechtsbetrekking kan geven, ook geldt op grond van de notie van correlativiteit – welke voor wat betreft het strafrecht nog eens extra kracht wordt bijgezet door de notie van magistratelijkheid – dat het Openbaar Ministerie te allen tijde rekening dient te houden met de positie en de belangen van de verdachte of de getuige. In die zin is ook de strafrechtelijke rechtsbetrekking in zekere zin als wederkerig te karakteriseren (wederkerigheid als imperatief).[82] Wanneer wordt gekeken naar de wijze waarop de verschillende rechten en bevoegdheden tussen de betrokken rechtssubjecten zijn verdeeld, blijft de klassieke strafrechtelijke rechtsbetrekking niettemin in hoge mate eenzijdig, nu de mogelijkheden de rechtsbetrekking te vestigen en daaraan nader invulling te geven voor het overgrote deel aan het Openbaar Ministerie zijn toebedeeld.

Nu het hier een criterium betreft dat betrekking heeft op de vraag op welke wijze de rechten en bevoegdheden binnen een bepaalde rechtsbetrekking zijn verdeeld, is de mate van wederkerigheid een kenmerk van de rechtsbetrekking dat van de concrete omstandigheden van het geval abstraheert. Anders dan het geval was bij de hiervoor besproken vraag naar de mate van symmetrie – waarbij naast de juridische component mede betekenis aan een feitelijke component toekomt – hoeft in dit kader derhalve niet afzonderlijk te worden gekeken naar de specifieke kenmerken van de rechtsbetrekking zoals die bestaat voorafgaand aan het sluiten van een strafrechtelijke overeenkomst. Ook deze specifieke rechtsbetrekking kenmerkt zich immers zonder meer door een hoge mate van eenzijdigheid in combinatie met de notie van correlatieve verplichtingen. Het feit dat het Openbaar Ministerie in de specifieke omstandigheden van het geval niet of niet zonder meer van deze bevoegdheden gebruik kan of wil maken, doet immers niet af aan het feit dat deze wel als zodanig aan het Openbaar Ministerie zijn toebedeeld.

82 Zie § 6.2.11 en § 8.3.3.3.

b. De consequenties

De vraag is wat vervolgens de consequenties zijn voor de strafrechtelijke rechtsbetrekking in termen van eenzijdigheid en wederkerigheid wanneer een strafrechtelijke overeenkomst wordt gesloten. In dat geval verbindt het Openbaar Ministerie zich tot een bepaalde prestatie in ruil voor een zekere prestatie van de verdachte: het Openbaar Ministerie dagvaardt een verdachte niet voor de rechter mits de verdachte aan bepaalde voorwaarden voldoet; het Openbaar Ministerie verlaagt zijn strafeis of doet een verdachte andere toezeggingen op voorwaarde dat deze verdachte zich bereid verklaart als getuige een verklaring af te leggen in de zaak van een of meer medeverdachte(n). In het geval van een strafrechtelijke overeenkomst nemen de betrokken rechtssubjecten bepaalde verplichtingen jegens de ander op zich, die niet in de eerste plaats voortvloeien uit een formele wet, het ongeschreven recht of – langs de weg van de notie van correlativiteit – uit het concept van de rechtsbetrekking zelf, maar uit het feit dat de betrokken rechtssubjecten dit onderling en uit vrije wil zo hebben afgesproken. Hierbij zijn de verplichtingen die de rechtssubjecten op zich nemen onderling van elkaar afhankelijk, hetgeen betekent dat de rechtssubjecten hun verplichtingen jegens elkaar nakomen omdat de ander dat ook heeft gedaan of opdat de ander dat ook zal gaan doen, terwijl het niet voldoen aan zijn verplichtingen door het ene rechtssubject het andere rechtssubject in beginsel ontslaat van diens verplichtingen. Er is aldus sprake van de meest zuivere vorm van wederkerigheid (*quid pro quo*), de wederkerigheid als afspraak.[83] Dit is ook de vorm van wederkerigheid die in het algemeen aan de contractuele rechtsbetrekking ten grondslag ligt (artikel 6:261 BW). Met de introductie van deze vorm van wederkerigheid binnen de strafrechtelijke rechtsbetrekking verandert het karakter daarvan fundamenteel. Er is dan niet langer sprake van eenzijdige bevoegdheidsuitoefening door een van beide rechtssubjecten, rekening houdend met de belangen en positie van het andere rechtssubject, maar van nakoming van onderling gemaakte afspraken in de hoop en verwachting dat ook de ander zijn verplichtingen zal nakomen of omdat de ander dit reeds heeft gedaan. Hiermee verandert de dynamiek van de rechtsbetrekking ingrijpend: er wordt door de betrokken rechtssubjecten op basis van meerzijdigheid en zuivere wederkerigheid gehandeld.

Wel dient in dit kader te worden bedacht dat deze vorm van wederkerigheid als afspraak slechts geldt ten aanzien van verplichtingen, rechten en bevoegdheden die daadwerkelijk door de strafrechtelijke overeenkomst worden bestreken. Zoals in het voorgaande is gesteld, kan met de overeenkomst de onderliggende strafrechtelijke rechtsbetrekking niet opzij worden gezet of 'weg gecontracteerd'. Deze blijft bestaan en vloeit samen met de strafrechtelijke overeenkomst tot een nieuwe strafrechtelijke rechtsbetrekking. Aspecten van deze nieuwe rechtsbetrekking die expliciet door de termen van de overeen-

83 Zie § 5.3.3.1.

komst worden bestreken, worden door de meest zuivere notie van wederkerigheid (wederkerigheid als afspraak) beheerst; de aspecten van de rechtsbetrekking die buiten de termen van de overeenkomst vallen, worden nog steeds gekenmerkt door eenzijdigheid in combinatie met de notie van wederkerigheid als imperatief. Aldus is geen sprake van een volledige wisseling van uitgangspunten binnen de strafrechtelijke rechtsbetrekking: de bestaande spelregels voor de strafrechtelijke rechtsbetrekking blijven voor een belangrijk deel van kracht. Dit heeft onder meer als consequentie dat het Openbaar Ministerie zich na het sluiten van een strafrechtelijke overeenkomst niet zonder meer en onder alle omstandigheden als 'contractspartij' mag gaan opstellen.[84]

8.3.4.4 Conclusie

In het voorgaande is bezien wat de consequenties zijn van het aangaan van een strafrechtelijke overeenkomst voor de aard van de strafrechtelijke rechtsbetrekking. Uitgangspunt hierbij was dat het sluiten van een strafrechtelijke overeenkomst als een gebeurtenis binnen een reeds bestaande strafrechtelijke rechtsbetrekking moet worden beschouwd en dat de overeenkomst aldus met de onderliggende rechtsbetrekking tot een nieuwe rechtsbetrekking samenvloeit.

Anders dan wellicht op voorhand zou kunnen worden vermoed, blijkt dat de consequenties van het sluiten van een strafrechtelijke overeenkomst voor de mate van symmetrie binnen de rechtsbetrekking niet al te groot zijn. Voor wat betreft de kwestie van symmetrie staat voorop dat het weinig zinvol is de rechtsbetrekking na totstandkoming van een overeenkomst af te zetten tegen de klassieke strafrechtelijke rechtsbetrekking waarin het Openbaar Ministerie goeddeels eenzijdig de rechtspositie van de burger bepaalt. Dit is immers niet de feitelijke uitgangspositie voorafgaand aan het sluiten van een strafrechtelijke overeenkomst. Deze kenmerkt er zich juist door dat deze eenzijdige bevoegdheidsuitoefening niet mogelijk of niet zonder meer gewenst is en dat het Openbaar Ministerie daarom in een bepaalde mate afhankelijk is van de medewerking van zijn potentiële contractspartner om de rechtsbetrekking toch in de gewenste richting te bewegen. Deze afhankelijkheid van de processuele opstelling van de verdachte maakt dat de uitgangspositie voorafgaand aan het sluiten van elk type strafrechtelijke overeenkomst reeds meer symmetrisch is dan in geval van de klassieke strafrechtelijke rechtsbetrekking waarin het Openbaar Ministerie eenzijdig zijn bevoegdheden hanteert. Voorts hangt het van de mate van symmetrie van deze uitgangspositie af hoe de rechtsbetrekking na totstandkoming van de overeenkomst moet worden getypeerd. Wanneer de uitgangspositie tamelijk asymmetrisch is, zoals het geval is bij overeenkomsten ter afdoening buiten geding, zal de rechtsbetrekking dat ook na totstandkoming van deze overeenkomst goeddeels blijven. Indien de uitgangs-

84 Zie meer uitgebreid § 8.3.6.

positie evenwel reeds tamelijk symmetrisch is, zoals het geval is bij overeenkomsten ter verkrijging van bewijs, zal deze situatie zich (versterkt) doorzetten na totstandkoming van de overeenkomst. In wezen hoeft dit ook geen verwondering te wekken. Een strafrechtelijke overeenkomst is evenals alle andere overeenkomsten het resultaat van meer of minder intensieve onderhandelingen tussen twee partijen waarbij elk van beide tot op zekere hoogte zijn eigen belang beoogt te maximaliseren.[85] Indien de uitgangspositie van een dergelijke onderhandeling asymmetrisch is, zal de rechtsbetrekking ook na totstandkoming van de overeenkomst in min of meer gelijke mate asymmetrisch zijn. Wanneer dit niet het geval is, dan kan worden gesteld dat het machtiger rechtssubject binnen de rechtsbetrekking zijn overheersende positie binnen de onderhandelingen blijkbaar niet voldoende heeft (kunnen) laten gelden. De consequenties van het sluiten van een strafrechtelijke overeenkomst voor de symmetrie moeten dan ook niet worden overschat. Het enkele feit dat een overeenkomst tot stand komt, doet de rechtsbetrekking weliswaar in een wat meer symmetrische richting opschuiven; de krachtsverhoudingen binnen de rechtsbetrekking zullen daardoor evenwel niet wezenlijk veranderen.

Dit is anders ten aanzien van de notie van wederkerigheid. Deze verandert door het aangaan van een strafrechtelijke overeenkomst wel degelijk ingrijpend. Waar de rechtsbetrekking zich voorafgaand aan het sluiten van de overeenkomst door een grote mate van eenzijdigheid kenmerkt, welke slechts wordt verzacht door een aantal zelfstandige rechten en bevoegdheden voor de verdachte en het bestaan van correlatieve verplichtingen voor het Openbaar Ministerie jegens de verdachte of getuige, is in de situatie nadat de overeenkomst tot stand is gekomen, sprake van zuivere wederkerigheid in de vorm van *quid pro quo*: het ene rechtssubject neemt een bepaalde verbintenis op zich jegens het andere rechtssubject indien en opdat het andere rechtssubject een bepaalde verbintenis jegens hem op zich neemt. Hierbij vormt de verbindende kracht van een dergelijke afspraak in eerste instantie de drijvende kracht achter de verplichtingen van beide rechtssubjecten; niet (zozeer) de formele wet, het ongeschreven recht of de notie van wederkerigheid als imperatief. Wel dient hierbij te worden bedacht dat deze wederkerigheid als afspraak slechts ziet op die onderdelen van de strafrechtelijke rechtsbetrekking die worden bestreken door de termen van de onderling gesloten strafrechtelijke overeenkomst. Alle aspecten van de rechtsbetrekking die buiten het bestek van de overeenkomst vallen, blijven in het kader van de onderliggende rechtsbetrekking zonder meer bestaan. Dit 'restant' wordt, evenals dat het geval is in de normale situatie waarin geen sprake is van een overeenkomst, gekenmerkt door eenzijdigheid in combinatie met de notie van correlativiteit.

85 Hierbij dient te worden bedacht dat partijen op grond van de notie van correlativiteit altijd in zekere mate de positie en het belang van hun wederpartij in ogenschouw dienen te nemen, ook wanneer zij in een contractuele betrekking tot elkaar staan of komen te staan. Zie § 8.3.3.3.

8.3.5 De consequenties voor de strafrechtelijke overeenkomst

Waar de klassieke rechtsbetrekking consequenties ondervindt van het feit dat daarbinnen een overeenkomst wordt gesloten, wordt de strafrechtelijke overeenkomst op haar beurt beïnvloed door het feit dat zij binnen de specifieke context van de strafrechtelijke rechtsbetrekking wordt aangegaan. Nu de overeenkomst een gebeurtenis is binnen de context van een reeds bestaande rechtsbetrekking tussen Openbaar Ministerie en verdachte en/of getuige, neemt de overeenkomst de specifieke kenmerken van deze strafrechtelijke rechtsbetrekking over.[86] Als bijzondere kenmerken van deze rechtsbetrekking zijn in het zesde hoofdstuk onder meer genoemd de dominante plaats van het legaliteitsbeginsel, de bijzondere constitutionele en institutionele positie van het Openbaar Ministerie, de uit de taakstelling af te leiden gerichtheid op instrumentaliteit en rechtsbescherming, en de notie van magistratelijkheid als bijzondere strafrechtelijke vertaling van de algemene notie van correlativiteit, die meebrengt dat het Openbaar Ministerie te allen tijde is gehouden de rechten en belangen van de verdachte en de getuige tot wie het in rechtsbetrekking staat in ogenschouw te nemen.[87] Deze kenmerken van de strafrechtelijke rechtsbetrekking beheersen ook principieel de strafrechtelijke overeenkomst, hetgeen een aantal belangrijke consequenties heeft voor de overeenkomst en de daarbij betrokken partijen. Enkele daarvan zijn eerder al aan de orde geweest in het kader van de bespreking van de strafrechtelijke overeenkomst in het licht van de taakstelling van het Openbaar Ministerie, zoals het vereiste dat het Openbaar Ministerie zich ook in het kader van de strafrechtelijke overeenkomst voortdurend dient te oriënteren op het evenwicht tussen instrumentaliteit en rechtsbescherming, het algemeen belang en de belangen van derden bij de overeenkomst.[88] Een aantal andere consequenties wordt in het navolgende geëxpliciteerd.

8.3.5.1 Bijzondere contractspartijen, bijzondere rechten en verplichtingen

De geformuleerde principiële stelregel dat de strafrechtelijke overeenkomst mede alle kenmerken van de onderliggende strafrechtelijke rechtsbetrekking draagt, raakt met name de positie van het Openbaar Ministerie binnen de context van de overeenkomst. Het staat het Openbaar Ministerie niet vrij zich in het kader van de overeenkomst bevrijd te achten van haar bijzondere positie binnen de strafrechtspleging. Het kan zich dan ook niet eenvoudigweg als contractspartij gelijk ieder ander opstellen. Het Openbaar Ministerie is principieel een contractspartij met bijzondere verantwoordelijkheden, welke voortvloeien uit diens taakstelling en bijzondere constitutionele en institutionele

86 Zie § 8.3.1.
87 Zie § 6.2.10 en § 6.3.12.
88 Zie § 8.3.2.2.

positie. Ook binnen de context van de strafrechtelijke overeenkomst dient het zich voortdurend te oriënteren op het evenwicht tussen het instrumentele en het rechtsbeschermende aspect van zijn taakstelling, hetgeen niet in de laatste plaats tot uitdrukking komt in de notie van magistratelijkheid. Waar contractspartijen op grond van de notie van correlativiteit per definitie in zekere mate elkanders positie en belangen in ogenschouw dienen te nemen, geldt dit in het bijzonder voor het Openbaar Ministerie. Vanuit het perspectief van het contractenrecht geldt dit reeds omdat het Openbaar Ministerie veelal als het machtiger rechtssubject kan worden beschouwd,[89] vanuit het perspectief van het strafrecht geldt dit voorts en in het bijzonder op grond van de notie van magistratelijkheid. Meer concreet betekent dit dat hoge eisen mogen worden gesteld aan het Openbaar Ministerie als contractspartij.

Een vergelijkbare redenering met andere uitkomst kan worden gevolgd voor de verdachte als contractspartij. Nu deze binnen de klassieke strafrechtelijke rechtsbetrekking een ondergeschikte positie heeft, wordt aangenomen dat hij zich in vergaande mate mag richten op de behartiging van zijn eigenbelang. Hij is niet gebonden aan de beginselen van een behoorlijke strafrechtspleging en heeft ook overigens niet of nauwelijks correlatieve verplichtingen jegens het Openbaar Ministerie.[90] Deze positie zet zich in beginsel door binnen de context van de strafrechtelijke overeenkomst. Weliswaar is de verdachte uit hoofde van de overeenkomst tot het nodige verplicht jegens het Openbaar Ministerie en belast het feit dat hij in ruil daarvoor aanspraak kan maken op een of meer prestaties zijdens het Openbaar Ministerie hem met de correlatieve verplichting op behoorlijke wijze van deze aanspraak gebruik te maken; toch kan ook binnen de context van de overeenkomst gezien diens veelal ondergeschikte positie niet van de verdachte worden verwacht dat hij zich de positie en de belangen van het Openbaar Ministerie (al te zeer) aantrekt. Ook binnen de context van de overeenkomst mag de verdachte zich in vergaande mate richten op de behartiging van zijn eigenbelang. Slechts wanneer de contractuele rechtsbetrekking zich door de specifieke omstandigheden van het geval door feitelijke symmetrie kenmerkt – zoals het geval kan zijn bij overeenkomsten ter verkrijging van bewijs[91] –, ontstaat enige ruimte de verdachte meer correlatieve verplichtingen toe te dichten. Ook dan is de ruimte hiertoe evenwel gezien de context van de strafrechtelijke rechtsbetrekking en de werking van het legaliteitsbeginsel daarbinnen buitengewoon beperkt.

8.3.5.2 Legaliteit in plaats van contractsvrijheid

Waar de klassieke strafrechtelijke rechtsbetrekking tussen Openbaar Ministerie en verdachte of getuige wordt beheerst door het legaliteitsbeginsel geldt dit

89 Zie § 3.6 en § 8.3.4.3.
90 Zie § 6.2.10 en § 6.2.11.
91 Zie § 8.3.4.2.

evenzeer voor de strafrechtelijke overeenkomst als gebeurtenis binnen deze rechtsbetrekking. Dit betekent dat de contractuele relatie tussen het Openbaar Ministerie en de verdachte of getuige zich slechts door het beginsel van contractsvrijheid kenmerkt voor zover het legaliteitsbeginsel dat toelaat. Deze stelregel raakt zowel de totstandkoming als de inhoud van de overeenkomst. Strafrechtelijke overeenkomsten kunnen slechts worden gesloten daar waar de wet discretionaire bevoegdheden geeft, terwijl de inhoud daarvan wordt begrensd door de geboden discretionaire ruimte.[92] Dit betekent dat zowel de totstandkoming als de inhoud van de overeenkomst slechts in beperkte mate door de vrije wil van de contractspartijen wordt beheerst.

8.3.6 Mogelijkheden tot en beperkingen aan de strafrechtelijke overeenkomst

In het voorgaande is de verhouding tussen de strafrechtelijke overeenkomst en de strafrechtelijke rechtsbetrekking bekeken door een viertal verschillende vragen te beantwoorden. Thans kan de balans worden opgemaakt voor wat betreft de centrale vraag hoe de strafrechtelijke overeenkomst zich verhoudt tot de klassieke strafrechtelijke rechtsbetrekking tussen Openbaar Ministerie en verdachte of getuige, alsmede in hoeverre deze klassieke rechtsbetrekking grenzen aan het gebruik van de strafrechtelijke overeenkomst stelt.

De taakstelling van het Openbaar Ministerie ex artikel 124 Wet RO, de strafrechtelijke handhaving van de rechtsorde, staat in ieder geval niet op voorhand in de weg aan het gebruik van strafrechtelijke overeenkomsten. Dit behoeft op zichzelf weinig verbazing te wekken, nu een algemene taakstelling veelal weinig begrenzend zal werken. Niettemin kan op grond van de theorievorming naar aanleiding van de taakstelling van artikel 124 Wet RO een tweetal algemene vereisten worden geformuleerd. Wanneer van het strafvorderlijk overheidsoptreden wordt verwacht dat dit een evenwicht tussen instrumentaliteit en rechtsbescherming nastreeft, mag van elk instrument dat daarbij wordt gehanteerd, worden verwacht dat deze daaraan zowel effectief als legitiem kan bijdragen. Vervolgens is geconcludeerd dat het gebruik van strafrechtelijke overeenkomsten onder bepaalde omstandigheden zonder meer een effectieve bijdrage aan de rechtshandhaving kan leveren, terwijl het gebruik van strafrechtelijke overeenkomsten – mits dit op zorgvuldige en magistratelijke wijze gebeurt – op zichzelf niet vanuit een oogpunt van legitimiteit categorisch hoeft te worden uitgesloten. Het feit dat bepaalde (categorieën) strafrechtelijke overeenkomsten op principiële of praktische bezwaren stuiten, doet niet af aan het feit dat de strafrechtelijke overeenkomst op conceptueel niveau een legitiem instrument bij de vervulling van de rechtshandhavende taak kan zijn. Derhalve zal van geval tot geval moeten worden beoordeeld of een bepaalde overeenkomst al dan niet de toets der kritiek kan doorstaan. Vervol-

92 Zie eerder § 4.3.1.

gens is gesteld dat het uit de taakstelling voortvloeiende vereiste dat het Openbaar Ministerie wordt geacht zijn taak van rechtshandhaving 'strafrechtelijk' te vervullen in dit kader evenmin een probleem vormt: het aangaan van strafrechtelijke overeenkomsten is immers een strafrechtelijke bevoegdheid.[93] Ook kan het strafrechtelijk normatief kader daarmee niet worden omzeild, nu de bestaande strafvorderlijke regels de overeenkomst ten volle blijven normeren. Van doorkruising van het strafrechtelijk stelsel door het sluiten van een overeenkomst kan dan ook geen sprake zijn. Tot slot vloeit uit de taak van rechtshandhaving in zijn algemeenheid voort dat het Openbaar Ministerie zich ook bij het sluiten van overeenkomsten voortdurend dient te oriënteren op het algemeen belang en het evenwicht tussen de instrumentele en de rechtsbeschermende functie van het recht. Dit laatste betekent meer concreet dat het Openbaar Ministerie bij het gebruik van overeenkomsten vanuit de noties van correlativiteit en, meer in het bijzonder, magistratelijkheid steeds oog dient te houden voor de rechten en belangen van zowel zijn contractspartner als van derden bij de overeenkomst.

Daarnaast is de vraag beantwoord of de beginselen van het contractenrecht niet dermate haaks op de uitgangspunten van de strafrechtelijke rechtsbetrekking staan dat de strafrechtelijke overeenkomst zich reeds om die reden niet goed tot de strafrechtelijke rechtsbetrekking kan verhouden. Dit bleek niet het geval. De uitgangspunten en beginselen die aan het strafrecht ten grondslag liggen en de beginselen van het contractenrecht verschillen inderdaad duidelijk van elkaar. Wanneer evenwel op het niveau van de uitwerking naar deze uitgangspunten en beginselen wordt gekeken, blijkt dat zij niet zozeer haaks op elkaar staan, als wel een ander vertrekpunt vormen. Waar het strafrecht vanuit legaliteit en eenzijdige machtsuitoefening denkt, vertrekt het contractenrecht vanuit de gedachte van contractsvrijheid en wederkerigheid. Vanuit deze andere vertrekpunten zijn de onderscheiden rechtsgebieden in de loop der jaren evenwel duidelijk naar elkaar toegegroeid: waar de strafrechtelijke verhoudingen zich gedeeltelijk hebben gehorizontaliseerd doordat meer nadruk is komen te liggen op de imperatieve wederkerigheid binnen de rechtsbetrekking, heeft het contractenrecht in de loop der jaren steeds meer aandacht geschonken aan (het compenseren van) ongelijke verhoudingen tussen contractspartijen. Zonder de verschillen tussen het strafrecht en het contractenrecht – die nog steeds significant en talrijk zijn – te bagatelliseren, moet worden vastgesteld dat beide rechtsgebieden niet (meer) lijnrecht tegenover elkaar staan. Dit manifesteert zich met name binnen rechtsbetrekkingen die zich kenmerken door ongelijkwaardigheid tussen de betrokken rechtssubjecten. Het strafrecht kenmerkt zich per definitie door dit type rechtsbetrekkingen, het contractenrecht kent ze evenwel ook zonder meer (consumentenrecht, arbeidsrecht, privaatrechtelijke overeenkomsten met de overheid). Wat vervolgens opvalt, is dat bij dergelijke asymmetrische rechtsbetrekkingen zowel het

93 Zie § 8.2.3.

contractenrecht als het strafrecht naar een zekere compensatie van deze ongelijkwaardigheid streven teneinde onbillijke resultaten te voorkomen. Hiermee ontstaat een gemeenschappelijk fundament waarop de strafrechtelijke overeenkomst kan worden gegrond.

Vervolgens bleek de geconstateerde toenadering tussen het strafrecht en contractenrecht zich niet alleen voor te doen op het abstracte niveau van de uitgangspunten en beginselen van deze rechtsgebieden, maar ook in zekere zin op het niveau van de individuele strafrechtelijke rechtsbetrekking waarin gebruik wordt gemaakt van het instrument van de overeenkomst. Deze rechtsbetrekking kenmerkt zich immers nog voordat de overeenkomst tot stand is gekomen door een zekere mate van symmetrie, nu het Openbaar Ministerie gegeven de omstandigheden de rechtsbetrekking niet (zonder meer) met behulp van zijn bevoegdheden eenzijdig in de gewenste richting kan of wil sturen. Dit creëert een zekere afhankelijkheidsrelatie ten opzichte van de verdachte of getuige, die enigszins doet denken aan de rechtsbetrekking zoals die tussen potentiële contractspartners bestaat voorafgaand aan het sluiten van een overeenkomst. Wanneer het Openbaar Ministerie een strafrechtelijke overeenkomst met een bepaalde verdachte of getuige aangaat, wordt derhalve in feite niet zozeer een sprong gemaakt van een sterk asymmetrische en goeddeels eenzijdige rechtsbetrekking naar een volledig symmetrische, wederkerige rechtsbetrekking. Integendeel, de mate van symmetrie binnen de rechtsbetrekking voorafgaand aan het sluiten van de overeenkomst is bepalend voor de mate van symmetrie daarna. In zoverre zijn de consequenties van het sluiten van een overeenkomsten voor de symmetrie tamelijk beperkt. Wel zorgt de strafrechtelijke overeenkomst voor een belangrijke verandering in de dynamiek van de rechtsbetrekking en de notie van wederkerigheid daarbinnen. De betrokken rechtssubjecten handelen niet langer (enkel) op basis van de wet of het ongeschreven recht, maar op basis van hetgeen zij onderling hebben afgesproken. De verbindende kracht van de overeenkomst vormt aldus de drijvende kracht achter het handelen van de contractspartijen.

Tot slot is gekeken naar de consequenties van de onderliggende strafrechtelijke rechtsbetrekking voor de strafrechtelijke overeenkomst. Het uitgangspunt daarbij was dat de overeenkomst is te beschouwen als een gebeurtenis binnen een bestaande strafrechtelijke rechtsbetrekking en zodoende de specifieke kenmerken van deze bestaande rechtsbetrekking overneemt. Naast de eerder geconstateerde oriëntatie op het evenwicht tussen instrumentaliteit en rechtsbescherming, het algemeen belang en de belangen van derden, bracht dit uitgangspunt mee dat het Openbaar Ministerie is te beschouwen als een bijzondere contractspartij waaraan hoge eisen kunnen worden gesteld. Ten aanzien van de verdachte gold daarentegen dat met het oog op het legaliteitsbeginsel weinig ruimte bestaat meer of verdergaande eisen aan zijn optreden in zijn hoedanigheid van contractspartij te stellen dan op basis van de klassieke strafrechtelijke rechtsbetrekking mogelijk is. Tot slot bracht de klassieke strafrechtelijke rechtsbetrekking met zich dat de strafrechtelijke overeen-

komst slechts door het beginsel van contractsvrijheid wordt beheerst indien en voor zover het legaliteitsbeginsel daartoe ruimte laat.

Uit het voorgaande komt naar voren dat het gebruik van de strafrechtelijke overeenkomst niet op voorhand onverenigbaar is met de (uitgangspunten van de) strafrechtelijke rechtsbetrekking. De klassieke strafrechtelijke rechtsbetrekking werpt in feite geen absolute of categorische blokkades op tegen het gebruik van strafrechtelijke overeenkomsten. Wel kan uit het voorgaande een aantal generieke beperkingen worden afgeleid. Deze beperkingen kunnen worden samengevat in de vorm van een viertal spelregels voor het gebruik van de strafrechtelijke overeenkomst:[94]

1 De strafrechtelijke overeenkomst is een strafrechtelijke rechtsfiguur, die primair langs de weg van het strafrecht wordt genormeerd. De beginselen van het contractenrecht gelden in dit kader dan ook slechts indien en voor zover de strafrechtelijke beginselen, uitgangspunten en regelgeving hieraan niet in de weg staan.
2 Het normatieve kader van de strafrechtelijke rechtsbetrekking kan niet door een strafrechtelijke overeenkomst opzij worden gezet. De strafrechtelijke overeenkomst wordt daarmee niet alleen beheerst door hetgeen de contractspartijen onderling hebben afgesproken, maar ook door hetgeen uit de wet en het ongeschreven recht voortvloeit ten aanzien van de onderliggende strafrechtelijke rechtsbetrekking
3 Een strafrechtelijke overeenkomst is slechts toelaatbaar indien deze een effectieve en legitieme bijdrage aan de strafrechtelijke rechtshandhaving kan leveren. Dit geldt zowel op het abstracte niveau van de wetgeving als op het concrete niveau van de toepassing.
4 Het Openbaar Ministerie is gezien zijn taakstelling en zijn specifieke positie binnen het strafrechtelijk stelsel een contractspartij met bijzondere verantwoordelijkheden. Dit betekent onder meer dat het Openbaar Ministerie bij het sluiten van een strafrechtelijke overeenkomst (meer dan andere contractspartijen) de belangen van de contractspartner, de belangen van derden en het algemeen belang in ogenschouw dient te nemen.

Tot slot, en wellicht ten overvloede gezien de derde spelregel, dient erop te worden gewezen dat het feit dat de strafrechtelijke overeenkomst conceptueel niet onverenigbaar is met de uitgangspunten van de strafrechtelijke rechtsbetrekking niet zonder meer met zich brengt dat de strafrechtelijke overeenkomst daarmee ook in alle gevallen een legitiem instrument zou zijn. In het voorgaande is de problematiek van de strafrechtelijke overeenkomst met name op conceptueel niveau benaderd. De consequentie van deze benadering is dat daarmee grotendeels voorbij wordt gegaan aan de specifieke problemen en bezwaren die kunnen rijzen bij het gebruik van de verschillende typen straf-

94 In § 8.4.2.2 van dit hoofdstuk zal hieraan nog een vijfde spelregel worden toegevoegd.

rechtelijke overeenkomsten. Zoals herhaaldelijk naar voren is gekomen, kleven immers wel degelijk de nodige principiële en praktische bezwaren aan het gebruik van de strafrechtelijke overeenkomst.[95] Daarom zal telkens per type overeenkomst moeten worden bekeken of, en zo ja op welke wijze, deze bezwaren kunnen worden ondervangen en, voor zover dat niet mogelijk is, of deze bezwaren al dan niet zwaarder wegen dan de voordelen die het gebruik van dat type overeenkomst met zich brengt. De uitkomst van deze toetsing is bepalend voor het antwoord op de vraag of een bepaald type overeenkomst al dan niet een legitiem instrument ter vervulling van de rechtshandhavende taak kan zijn. Hier wordt slechts de conclusie getrokken dat vanuit de strafrechtelijke rechtsbetrekking bezien de strafrechtelijke overeenkomst niet op voorhand categorisch hoeft te worden afgewezen, mits bij het gebruik daarvan de geformuleerde spelregels in acht worden genomen.

8.4 De normering van de strafrechtelijke overeenkomst

8.4.1 Inleiding

In het voorgaande is al een aantal maal vooruitgelopen op de vraag welke rechtsnormen op de strafrechtelijke overeenkomst van toepassing zijn: zijn dat de normen van het strafrecht, de normen van het contractenrecht of een combinatie van beide? En wanneer dit laatste het geval is, hoe dient dan te worden bepaald in welke situatie welke combinatie van normen of normstelsels van toepassing is? Dient daarbij een vaste volgorde of werkwijze te worden gehanteerd of kan van geval tot geval naar bevind van zaken worden gehandeld? Met het oog op de rechtszekerheid in individuele gevallen en de rechtsontwikkeling ten aanzien van de strafrechtelijke overeenkomst in brede zin zijn dit geen onbelangrijke vragen. In het navolgende worden deze vragen naar het normatief kader van de strafrechtelijke overeenkomst beantwoord.

Binnen het bestek van deze paragraaf wordt niet in detail uitgewerkt wat rechtens is ten aanzien van de verschillende typen strafrechtelijke overeenkomsten. Voor een deel is dit reeds gebeurd bij de beschrijving van de verschillende strafrechtelijke overeenkomsten in het tweede hoofdstuk, waarbij met name de rechtsregels aan de orde kwamen die rechtstreeks uit de strafrechtelijke regelgeving en jurisprudentie voortvloeien. Voor een ander deel – met name waar het gaat om de relatief nieuwe overeenkomsten ter verkrijging van bewijs – moet een en ander zich nog grotendeels binnen de jurisprudentie uitkristalliseren. Het gaat daarbij niet geheel toevallig met name om de aspecten die met het contractuele karakter van de uit de overeenkomst voortvloeiende rechtsbetrekking samenhangen. Zoals eerder opgemerkt, is het denken in termen van overeenkomsten in het kader van de verschillende op consensuali-

95 Zie onder meer § 2.7.

teit gebaseerde rechtsfiguren binnen het strafrecht tot op heden niet sterk ontwikkeld.[96] Vooral met het oog op de rechtsontwikkeling op dit goeddeels braakliggende terrein is een uniforme wijze van benaderen evenwel van groot belang. Het gaat in het navolgende dan ook veeleer om het schetsen van een consistente benaderingswijze aan de hand waarvan de verschillende rechtsvragen die in de praktijk van de strafrechtspleging ten aanzien van de strafrechtelijke overeenkomst (kunnen gaan) rijzen van een logisch en voorspelbaar antwoord kunnen worden voorzien. Daar komt bij dat het betrekkelijk weinig zin heeft concrete rechtsnormen voor de strafrechtelijke overeenkomst te formuleren. De toepasselijke rechtsnormen bestaan immers al voor een belangrijk deel, enerzijds binnen de regelgeving ten aanzien van de verschillende strafrechtelijke overeenkomsten, anderzijds binnen het algemene rechtshandelingen-, verbintenissen- en contractenrecht zoals dat is neergelegd in Boek 3 en Boek 6 van het Burgerlijk Wetboek. Voorts komt in dit verband betekenis toe aan de verschillende ongeschreven rechtsbeginselen. Het gaat dan ook veeleer om de wijze waarop deze bestaande normatieve kaders op de strafrechtelijke overeenkomst dienen te worden toegepast dan om het formuleren van nieuwe rechtsnormen. Hiermee hangt samen dat in het kader van de normering van de strafrechtelijke overeenkomst de omstandigheden van het geval van groot belang zijn, niet in de laatste plaats omdat hetgeen rechtens is veelal met name zal afhangen van hetgeen partijen onderling hebben afgesproken en de vraag op welke wijze en onder welke omstandigheden de overeenkomst tot stand is gekomen.

In het navolgende wordt eerst een aantal uitgangspunten geformuleerd met betrekking tot de wijze van normering, waarbij wordt voortgebouwd op de aan het slot van de vorige paragraaf geformuleerde spelregels. Vervolgens worden deze uitgangspunten toegepast op een drietal algemene aspecten van elke overeenkomst: de totstandkoming, de inhoud en de uitvoering. Bij elk aspect worden telkens zowel de overeenkomsten ter afdoening buiten geding als de overeenkomsten ter verkrijging van bewijs besproken. Indien nodig wordt daarbij nader onderscheiden tussen de verschillende typen overeenkomsten binnen deze categorieën. Als gezegd gaat het hierbij telkens veeleer om het weergeven en illustreren van een benaderingswijze dan om het bieden van een min of meer complete catalogus van toepasselijke rechtsnormen.

8.4.2 Uitgangspunten

In het zevende hoofdstuk is de stelling betrokken dat de aard van de rechtsverhouding bepaalt welke rechtsnormen op deze rechtsbetrekking van toepassing zijn.[97] Het betreft hier een inhoudelijk criterium dat ziet op de aard van de

96 Zie § 4.3.2.
97 Zie § 7.2.10.

bij de rechtsbetrekking betrokken rechten, bevoegdheden en verplichtingen.[98] Vervolgens is eerder in dit hoofdstuk ten aanzien van de strafrechtelijke overeenkomst en de rechtsbetrekking die als gevolg daarvan ontstaat de conclusie getrokken dat deze een strafrechtelijke rechtsfiguur is die een strafrechtelijke rechtsbetrekking in het leven roept.[99] Dit is gezien de vaststelling dat de strafrechtelijke overeenkomst volledig met de onderliggende (strafrechtelijke) rechtsbetrekking samenvloeit ook bepaald logisch, terwijl het feit dat de vorm van de rechtsbetrekking – een op wilsovereenstemming berustende meerzijdige rechtshandeling – associaties met het privaatrechtelijke contractenrecht oproept, hieraan niet kan afdoen. Buiten het feit dat naast deze vorm alle overige aspecten van de overeenkomst richting het strafrecht wijzen, is de associatie met het privaatrecht weliswaar voor de hand liggend doch niet dwingend, nu overeenkomsten in alle delen van het recht voorkomen.[100] Ook is een benadering afgewezen waarin de strafrechtelijke overeenkomst als een gemengde rechtsbetrekking wordt beschouwd, in die zin dat de inhoud daarvan strafrechtelijk zou zijn en de vorm daarvan privaatrechtelijk.[101] Met deze vaststelling dat de strafrechtelijke overeenkomst een strafrechtelijke rechtsfiguur is die een strafrechtelijke rechtsbetrekking in het leven roept, is een beslissend voorschot op de vormgeving van het ter zake geldende normatief kader gegeven.

8.4.2.1 Strafrechtelijke normering

De vaststelling dat de strafrechtelijke overeenkomst gezien de aard van de betrokken rechten en bevoegdheden een strafrechtelijke rechtsfiguur is die een strafrechtelijke rechtsbetrekking in het leven roept, heeft als belangrijke consequentie dat op de strafrechtelijke overeenkomst en de rechtsbetrekking die als gevolg daarvan ontstaat ook de normen van het strafrecht van toepassing zijn. De aard van de rechtsbetrekking bepaalt immers welke rechtsnormen op de rechtsbetrekking van toepassing zijn.[102] Bij de vormgeving van het normatief kader van de strafrechtelijke overeenkomst in het navolgende is het uitgangspunt dan ook dat normering langs de weg van het strafrecht voorop staat (zie de eerste spelregel in § 8.3.6). Dit geldt niet alleen wanneer het gaat om de inhoudelijke aspecten van de overeenkomst, maar ook wanneer het aspecten betreft die samenhangen met de contractuele vorm van de door de overeenkomst in het leven geroepen rechtsbetrekking. Ook deze is immers zonder meer strafrechtelijk en het is dan ook in de eerste plaats aan het strafrecht zelf, zo nodig met behulp van de daaraan ten grondslag liggende geschre-

98 Zie § 7.3.2.4.
99 Zie § 8.2.3.
100 Zie § 4.2.2 en § 8.2.1.
101 Zie § 8.2.2.
102 Zie § 7.2.9 en § 7.2.10.

ven en ongeschreven rechtsbeginselen, op vragen met betrekking tot de vorm antwoorden te formuleren. Bij deze normering aan de hand van het strafrechtelijk instrumentarium kan niet alleen worden gedacht aan de specifiek op de verschillende strafrechtelijke overeenkomsten betrekking hebbende wettelijke normen (artikel 74 e.v. Sr; artikel 226g e.v. Sv; de artikelen 167 lid 2 en 244 lid 3 Sv; artikel 511c Sv etc.), maar ook aan meer algemene strafrechtelijke concepten als de mogelijkheid tot sanctionering van vormverzuimen op grond van artikel 359a Sv en de normerende werking van de beginselen van een behoorlijke strafrechtspleging en de notie van magistratelijkheid. Voorts kan in dit kader betekenis toekomen aan de in de Wet op de rechterlijke organisatie en het Wetboek van Strafvordering neergelegde institutionele regels omtrent de taak en positie van de verschillende procesdeelnemers.[103]

Daarbij dient te worden bedacht dat het normatieve kader dat de strafrechtelijke overeenkomst beheerst niet enkel bestaat uit hetgeen het Openbaar Ministerie en zijn contractspartner met elkaar hebben afgesproken (de termen van de overeenkomst), maar ook uit hetgeen uit de onderliggende rechtsbetrekking tussen het Openbaar Ministerie en de verdachte of de getuige voortvloeit. Deze onderliggende rechtsbetrekking kan als zodanig niet worden 'weg gecontracteerd' (zie de tweede spelregel in § 8.3.6). Dit betekent onder meer dat termen van de overeenkomst die in strijd zijn met hetgeen uit de onderliggende rechtsbetrekking voortvloeit, geen doorgang kunnen vinden. De mate van contractsvrijheid in het kader van de strafrechtelijke overeenkomst is dan ook steeds afhankelijk van de ruimte die de onderliggende strafrechtelijke rechtsbetrekking biedt. Zo geldt in zijn algemeenheid dat slechts ruimte tot het sluiten van een overeenkomst bestaat wanneer de onderliggende rechtsbetrekking het Openbaar Ministerie de daartoe benodigde discretionaire bevoegdheid biedt.[104] Wanneer discretionaire ruimte ontbreekt, is er ook geen ruimte voor het sluiten van een overeenkomst.[105] Maar ook meer in zijn algemeenheid geldt dat datgene wat geldt voor de onderliggende strafrechtelijke rechtsbetrekking ook blijft gelden indien binnen de context van deze rechtsbetrekking een overeenkomst wordt gesloten. Met name is het van belang erop te wijzen dat de taak en positie van het Openbaar Ministerie door het sluiten van een overeenkomst niet veranderen, met alle gevolgen van dien voor de wijze waarop het Openbaar Ministerie zich bij het sluiten en uitvoeren van de overeenkomst dient op te stellen. Ook binnen deze context dient het Openbaar Ministerie zich voortdurend te oriënteren op het evenwicht tussen instrumentaliteit en rechtsbescherming, de noties van correlativiteit en magistratelijk-

103 Zie HR 1 juni 1999, *NJ* 1999, 567 m.nt. Sch (Karman), waarin de overeenkomst door de rechter in alle instanties onrechtmatig werd geacht wegens strijd met artikel 4 (oud) Wet RO in verbinding met artikel 553 Sv en de daaraan ten grondslag liggende verdeling van bevoegdheden tussen het Openbaar Ministerie en de rechter. Zie ook § 2.6.9.2.

104 Zie § 4.3.1.

105 Vgl. nogmaals HR 1 juni 1999, *NJ* 1999, 567 m.nt. Sch (Karman).

heid, het algemeen belang en de belangen van zijn contractspartner en van betrokken derden (zie de derde en vierde spelregel in § 8.3.6). Voor het Openbaar Ministerie kunnen en zullen derhalve wel de nodige voordelen aan het sluiten van de overeenkomst zijn verbonden (met name het bewegen van de contractspartner tot een prestatie die in de gegeven omstandigheden niet of niet zonder meer met behulp van de bevoegdheden van het Openbaar Ministerie eenzijdig kan worden afgedwongen); deze voordelen kunnen evenwel niet zijn gelegen in het omzeilen van het bestaande strafrechtelijke normatieve kader.

8.4.2.2 Aanvullende normering aan de hand van het contractenrecht

De vraag die vervolgens rijst is wat rechtens is wanneer het geschreven en ongeschreven strafrecht geen duidelijke antwoorden kunnen bieden op kwesties die naar aanleiding van de strafrechtelijke overeenkomst rijzen. Dit is allerminst een denkbeeldig scenario, nu het strafrecht van oorsprong niet is geschreven voor rechtsbetrekkingen die zijn gebaseerd op meerzijdigheid en zuivere wederkerigheid. Het strafrecht zal dan ook veelal met name tekort blijken te schieten wanneer het rechtsvragen betreft die samenhangen met het contractuele karakter van de rechtsbetrekking. In dat geval rijst de voor de hand liggende vraag of en in hoeverre bij de normering van de strafrechtelijke overeenkomst een aanvullende rol kan toekomen aan het privaatrechtelijk rechtshandelingen-, verbintenissen- en contractenrecht zoals dat in Boek 3 en Boek 6 van het Burgerlijk Wetboek is neergelegd. Deze vraag kan zowel vanuit het perspectief van het contractenrecht als vanuit het perspectief van het strafrecht worden bezien, hetgeen resulteert in een tweetal vragen: 1) Laten de normen van het privaatrechtelijk contractenrecht het toe direct of analoog te worden toegepast op rechtsbetrekkingen buiten het privaatrecht, de strafrechtelijke rechtsbetrekking meer in het bijzonder? 2) Laten de strafrechtelijke rechtsbetrekking en de uitgangspunten waarop deze berust het toe dat deze rechtsbetrekking mede wordt beheerst door normen die aan het privaatrechtelijk contractenrecht zijn ontleend?

Aan de beantwoording van de eerste deelvraag zijn in het vorige hoofdstuk al de nodige beschouwingen gewijd in het kader van de vraag of de bepalingen uit de Boeken 3 en 6 van het Burgerlijk Wetboek zich al dan niet voor directe of analoge toepassing binnen het bestuursrecht lenen, waarbij deze vraag met name werd toegespitst op de publiekrechtelijke overeenkomst. Directe toepassing van deze privaatrechtelijke normen bleek slechts mogelijk indien de rechtsbetrekking ook als privaatrechtelijk kon worden aangemerkt (zoals bij de privaatrechtelijke overeenkomsten met de overheid),[106] hetgeen derhalve niet mogelijk is binnen bestuursrechtelijke of strafrechtelijke rechtsbetrekkingen zoals de publiekrechtelijke of de strafrechtelijke overeenkomst. Analoge toepas-

106 Zie § 7.3.2.1.

sing van privaatrechtelijke normen binnen bestuursrechtelijke rechtsbetrekkingen bleek daarentegen wel degelijk tot de mogelijkheden behoren, althans indien en voor zover de aard van de rechtsbetrekking zich daartegen niet verzet. Niet alleen kent het Burgerlijk Wetboek de nodige schakelbepalingen (zie de artikelen 3:15, 3:59, 3:79 en 3:326 BW) die analoge toepassing binnen bestuursrechtelijke rechtsbetrekkingen mogelijk maken, ook los daarvan wordt in de literatuur en de jurisprudentie aangenomen dat analoge toepassing steeds mogelijk is indien en voor zover de aard van de rechtshandeling of de rechtsbetrekking zich daartegen niet verzet.[107] Deze laatste opvatting maakt het onder meer mogelijk ook de bepalingen met betrekking tot de overeenkomst uit Boek 6 van het Burgerlijk Wetboek analoog op niet-privaatrechtelijke overeenkomsten toe te passen. Hiermee werd de deur open gezet voor analoge toepassing van de bepalingen van het contractenrecht op de publiekrechtelijke overeenkomst. Hierbij kan theoretisch nog worden onderscheiden tussen een benadering die uitgaat van analoge toepassing van privaatrechtelijke rechtsnormen (al dan niet via de genoemde schakelbepalingen) en een wat omzichtiger benadering waarin de privaatrechtelijke normen eerst worden herleid tot gemeenschappelijke, aan het recht als geheel ten grondslag liggende grondnormen, die vervolgens – al dan niet na de nodige aanpassing – van toepassing worden verklaard op de publiekrechtelijke rechtsbetrekking.[108] Aangenomen wordt dat het voor de uitkomst evenwel weinig uitmaakt welke benadering wordt gevolgd;[109] beide benaderingen sluiten directe toepassing van de betrokken normen immers uit, terwijl beide benaderingen ook de mogelijkheid scheppen de norm afhankelijk van de nieuwe context waarin deze wordt toegepast zo nodig anders te interpreteren. Geconcludeerd kan dan ook worden dat de normen van het privaatrechtelijk contractenrecht zich lenen voor (analoge) toepassing buiten de context van het vermogensrecht, zij het steeds indien en voor zover de aard van de rechtsbetrekking zich daartegen niet verzet. Met inachtneming van deze clausule kan derhalve in beginsel ook de strafrechtelijke rechtsbetrekking en meer in het bijzonder de strafrechtelijke overeenkomst mede met behulp van de normen van het contractenrecht worden ingevuld.

Of de strafrechtelijke rechtsbetrekking zich daartegen inderdaad niet verzet, impliceert – naast een toetsing aan de eigenschappen van de voorliggende privaatrechtelijke norm in het licht van de individuele strafrechtelijke rechtsbetrekking – beantwoording van de meer abstracte vraag of de strafrechtelijke rechtsbetrekking en de uitgangspunten waarop deze is gebaseerd normering door 'vreemde', niet-strafrechtelijke normen al dan niet toelaat. Deze in het

107 Zie § 7.2.7 en § 7.3.3 en de aldaar genoemde literatuur en jurisprudentie.

108 Zie voor deze laatste benadering Scheltema & Scheltema 2008, p. 195-196 die ervan uitgaan dat een algemeen, ongeschreven contractenrecht zou bestaan, waarvan de op de privaatrechtelijke overeenkomst toegesneden regeling in het Burgerlijk Wetboek in wezen (slechts) een geschreven afgeleide is. Zie meer uitgebreid § 7.3.3.

109 Zie Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III* 2010, nr. 38; alsmede § 7.2.7.

voorgaande als tweede geformuleerde vraag kan bevestigend worden beantwoord. Voorop moet worden gesteld dat hierbij geen sprake is van verdringing van strafrechtelijke normen, nu analoge toepassing van privaatrechtelijke normen pas aan de orde kan komen als is vastgesteld dat het strafrechtelijk instrumentarium niet voldoende antwoorden biedt. Bovendien vindt bij analoge toepassing een transformatie plaats van een privaatrechtelijke naar een strafrechtelijke norm. Anders gezegd, er wordt wel degelijk een strafrechtelijke norm op de rechtsbetrekking toegepast, waarvan (slechts) de inhoud is ontleend aan de privaatrechtelijke variant van diezelfde norm.[110] Ware dit anders geweest, dan zou in feite sprake zijn van directe toepassing van privaatrechtelijke normen op strafrechtelijke rechtsbetrekkingen en daarvan is in het voorgaande vastgesteld dat dit niet mogelijk is. Ook wanneer de normen uit het Burgerlijk Wetboek naar analogie op de strafrechtelijke overeenkomst worden toegepast, is daarom sprake van normering aan de hand van het strafrecht. Reeds om deze reden kan geen sprake zijn van strijd met het strafvorderlijk legaliteitsbeginsel. Dit zou slechts anders worden als normen aan het privaatrecht zouden kunnen worden ontleend die materieel een uitbreiding van de bevoegdheden van het Openbaar Ministerie met zich zouden brengen, zonder dat daarvoor een wettelijke grondslag binnen het strafrecht kan worden aangewezen. Dit zal evenwel niet snel het geval zijn. De normen die de bevoegdheid tot het aangaan van de strafrechtelijke overeenkomst verlenen, liggen immers binnen het strafrecht zelf, terwijl ook de normering van de overeenkomst primair langs de weg van het strafrecht geschiedt, zij het dat hierbij onder omstandigheden het privaatrechtelijke contractenrecht naar analogie kan worden toegepast. In zoverre komt het strafvorderlijk legaliteitsbeginsel en de daaraan ten grondslag liggende rechtsstaatgedachte dan ook niet in het gedrang; het gaat hier veeleer om aanvullende normering van een reeds bestaande strafvorderlijke bevoegdheid dan om het introduceren van nieuwe bevoegdheden buiten het strafrecht om. Hierbij geldt dat elke strijd tussen de analoog toe te passen privaatrechtelijke rechtsnorm met de bestaande normen van het strafrecht in het voordeel van het strafrecht zal uitvallen, nu in dat geval de aard van de rechtsbetrekking zich (blijkbaar) tegen analoge toepassing van het contractenrecht verzet.

De conclusie moet dan ook luiden dat de strafrechtelijke rechtsbetrekking mede aan de hand van aan het privaatrechtelijk contractenrecht ontleende rechtsnormen kan worden genormeerd. Wel dient hierbij goed voor ogen te worden gehouden wat analoge of overeenkomstige toepassing van privaatrechtelijke normen in wezen inhoudt en waarin een dergelijke wijze van toepassing verschilt van directe toepassing van rechtsnormen. Analoge of overeenkomstige toepassing van een rechtsnormen houdt in dat deze rechtsnorm uit zijn normale context wordt gehaald en binnen een andere, vreemde context wordt toegepast. Dit verschil in context maakt het niet alleen mogelijk, maar ook

110 Zie in vergelijkbare zin Scheltema & Scheltema 2008, p. 195-196; alsmede § 7.3.3.

noodzakelijk de betreffende rechtsnorm met inachtneming van de karakteristieken van de nieuwe context te interpreteren. In zoverre laat analoge toepassing dan ook de nodige ruimte tot afwijking toe.[111] Dit betekent dat niet al te lichtvaardig moet worden aangenomen dat de aard van de rechtsbetrekking zich tegen analoge toepassing van een rechtsnorm verzet; enige modificatie van de rechtsnorm met het oog op de toepassing in de nieuwe context is immers mogelijk.

Met het in het voorgaande principieel geformuleerde primaat van het strafrecht waar het gaat om de normering van de strafrechtelijke overeenkomst is derhalve niet gezegd dat de normen van het privaatrechtelijke contractenrecht irrelevant zouden zijn voor de strafrechtelijke overeenkomst. Integendeel, niet alleen kan ruimte bestaan voor analoge toepassing van het privaatrecht wanneer het (geschreven en ongeschreven) strafrecht geen passende antwoorden op de gerezen vragen blijkt te kunnen bieden en de strafrechtelijke aard van de overeenkomst zich daartegen niet verzet, ook kan het privaatrechtelijke contractenrecht meer in zijn algemeenheid als inspiratiebron en toetssteen dienen bij het formuleren van antwoorden op basis van het strafrecht. Deze laatste functie van het privaatrecht is niet alleen aangewezen vanuit de praktische wens te voorkomen dat het strafrecht het wiel opnieuw gaat uitvinden, maar ook vanuit het meer principiële uitgangspunt van eenheid van recht. Voorkomen moet immers worden dat het recht situaties die in wezen vergelijkbaar zijn op uiteenlopende wijzen behandelt.[112] De in het voorgaande geformuleerde spelregels voor het gebruik van de strafrechtelijke overeenkomst kunnen op grond van het voorgaande met een vijfde spelregel worden uitgebreid:[113]

5 De strafrechtelijke overeenkomst kan aanvullend met behulp van het contractenrecht worden genormeerd. Hiervoor is slechts plaats als het (geschreven en ongeschreven) strafrechtelijk instrumentarium niet voldoende antwoorden biedt en de aard van de strafrechtelijke rechtsbetrekking zich daartegen niet verzet. Voorts is daarbij telkens sprake van analoge toepassing van het contractenrecht, hetgeen het zowel mogelijk als noodzakelijk maakt de betreffende norm te interpreteren met inachtneming van de bijzondere karakteristieken van de strafrechtelijke context waarin deze wordt toegepast.

In het navolgende wordt geïllustreerd op welke wijze deze en de eerder geformuleerde spelregels voor de verschillende typen strafrechtelijke overeenkomsten uitwerken, waarbij achtereenvolgens aandacht wordt besteed aan

111 Zie Van der Does & Snijders 2001, nr. 27.
112 Zie hierover uitgebreid § 7.2.5.
113 Zie § 8.3.6 voor de overige vier spelregels voor het gebruik van de strafrechtelijke overeenkomst.

de totstandkoming, de inhoud en de uitvoering van de overeenkomst. Eerst wordt evenwel stilgestaan bij de vraag in hoeverre de publiekrechtelijke overeenkomst bij de kwestie van de normering als bruikbaar referentiekader kan fungeren.

8.4.2.3 De publiekrechtelijke overeenkomst als referentiekader

Gezien het vergelijkbare rechtskarakter tussen beide instrumenten kunnen uit de beschouwingen over de publiekrechtelijke overeenkomst in het vorige hoofdstuk relevante gezichtspunten voor de normering van de strafrechtelijke overeenkomst worden gedestilleerd. Vooraf is het evenwel goed te wijzen op een tweetal factoren die de vergelijking tussen de publiekrechtelijke en de strafrechtelijke overeenkomst mogelijk gedeeltelijk mank doet gaan.

Ten eerste moet worden geconstateerd dat de discussie over de publiekrechtelijke overeenkomst in het bestuursrecht niet los kan worden gezien van de bredere thematiek van het gebruik van privaatrecht door de overheid ter verwezenlijking van haar beleidsdoelstellingen. Met inachtneming van de doorkruisingsleer wordt dit gebruik in beginsel toegelaten en in zoverre is het gebruik van privaatrechtelijke overeenkomsten door de overheid ter vervulling van haar doelstellingen een volstrekt normaal verschijnsel binnen het bestuursrecht geworden. Vanuit dat perspectief bezien is de stap naar het gebruik van de publiekrechtelijke overeenkomst betrekkelijk gering. De rechtsfiguur van de overeenkomst wordt van oudsher al door de bestuurlijke overheid gehanteerd waar het gaat om vermogensrechten, het nieuwe van de publiekrechtelijke overeenkomst schuilt in het feit dat over publiekrechtelijke bevoegdheden van de overheid wordt gecontracteerd. De discussie over de publiekrechtelijke overeenkomst had dan ook een duidelijk ander vertrekpunt dan de discussie over de strafrechtelijke overeenkomst. Het sluiten van privaatrechtelijke overeenkomsten door het Openbaar Ministerie ter vervulling van zijn strafvorderlijke doelen is nooit aan de orde geweest en is overigens ook moeilijk voorstelbaar. Ook anderszins is door het Openbaar Ministerie – buiten het eerdergenoemde voorbeeld van het kort geding[114] – nooit gebruik gemaakt van de mogelijkheden van het privaatrecht in het kader van zijn strafvorderlijke taak. Daarmee 'landt' de strafrechtelijke overeenkomst als rechtsfiguur op een beduidend vreemdere bodem dan het geval was bij de publiekrechtelijke overeenkomst. Verdedigd kan worden dat de bestuursrechtelijke rechtsbetrekking al eerder in een meer wederkerige richting was opgeschoven en zodoende een betere voedingsbodem bood voor de introductie van de publiekrechtelijke overeenkomst.[115]

Een tweede relevante factor is gelegen in de aard van het strafrecht als rechtsgebied ten opzichte van het bestuursrecht. Hoezeer de verschillen tussen

114 Zie § 8.3.2.2.
115 Zie § 5.4.3 en § 5.4.4.2.

bestuursrecht en strafrecht in de loop der jaren ook kleiner mogen zijn geworden als gevolg van de voortschrijdende ontwikkeling van het ordeningsstrafrecht en het bestuursstrafrecht,[116] nog steeds wordt het strafrecht gezien als een rechtsgebied dat gezien de aard van de strafbaar gestelde gedragingen en de aard en zwaarte van de op te leggen sancties sterk moreel geladen is. Het gaat op deze plaats niet om de vraag of en in hoeverre deze perceptie al dan niet terecht zou zijn. Hier volstaat de constatering dat dit gepercipieerde 'hoog morele' gehalte van het strafrecht zich in de ogen van velen slecht verhoudt tot het sluiten van strafrechtelijke overeenkomsten door het Openbaar Ministerie.[117]

Wanneer beide voornoemde factoren – die beide zijn terug te voeren op een verschil in context – goed voor ogen worden gehouden, kan de publiekrechtelijke overeenkomst zonder meer als zinvol referentiekader bij de normering van de strafrechtelijke overeenkomst fungeren. Beide rechtsfiguren zijn voor wat betreft hun rechtskarakter immers sterk vergelijkbaar. Beide hebben de vorm van een overeenkomst: een meerzijdige rechtshandeling die tot stand is gekomen op basis van wilsovereenstemming en is gericht op het teweegbrengen van rechtsgevolg. Dit is een vorm die zich niet verder laat uitsplitsen in een privaatrechtelijke en een publiekrechtelijke variant.[118] Voorts hebben beide typen overeenkomsten betrekking op (de wijze van invulling van) publiekrechtelijke bevoegdheden, waarbij het in geval van de publiekrechtelijke overeenkomst om bestuursrechtelijke bevoegdheden en bij de strafrechtelijke overeenkomst om strafvorderlijke bevoegdheden gaat. Door dit verschil in type bevoegdheden bestaan inhoudelijk zonder meer de nodige verschillen; nu het evenwel telkens om publiekrechtelijke bevoegdheden gaat, rijzen wel telkens vergelijkbare vraagstukken: de plaats van het bestaande publiekrechtelijk normatief kader, de rol van het ongeschreven recht, de mogelijkheid tot aanvullende normering door middel van het privaatrecht, de bijzondere positie van de overheid als contractspartij en, tot slot, de betrokkenheid van het algemeen belang en van de rechten en belangen van derden.

8.4.3 De totstandkoming van de overeenkomst

Over de totstandkoming van de strafrechtelijke overeenkomst is noodzakelijkerwijze al het een en ander gezegd in het kader van de definiëring van de verschillende typen consensuele procedures als overeenkomst in het vierde hoofdstuk. Naast het vereiste van gerichtheid op rechtsgevolg, is het immers met name de wijze van totstandkoming – een op wilsovereenstemming gebaseerde meerzijdige rechtshandeling – die een bepaalde rechtsbetrekking als

116 Zie § 7.4.3.
117 Zie § 2.7.3 en § 8.3.2.1.
118 Zie § 4.2.2.

overeenkomst constitueert.[119] Dit betekent dat op deze plaats met een aantal opmerkingen kan worden volstaan.

Vanzelfsprekend geldt ook voor de totstandkoming van de strafrechtelijke overeenkomst het in het voorgaande geformuleerde uitgangspunt dat normering door middel van het strafrecht vooropstaat, waarbij eventueel pas daarna aanvullende normering aan de hand van het contractenrecht om de hoek komt kijken. In eerste instantie dient derhalve te worden gekeken naar hetgeen de strafrechtelijke regelgeving omtrent de totstandkoming van de verschillende overeenkomsten stelt. Daar waar deze strafrechtelijke regels vervolgens leemten laten, kunnen deze worden ingevuld door analoge toepassing van de privaatrechtelijke regels omtrent de totstandkoming van overeenkomsten, althans indien en voor zover de aard van de strafrechtelijke rechtsbetrekking zich daartegen niet verzet. In het navolgende zal blijken dat voor wat betreft de wijze van totstandkoming de overeenkomst ter verkrijging van bewijs beduidend meer strafrechtelijke bemoeienis heeft gekregen dan de verschillende overeenkomsten ter afdoening buiten geding. Een verklaring hiervoor zou gelegen kunnen zijn in het feit dat het karakter als overeenkomst in geval van de overeenkomsten ter afdoening buiten geding veel minder sterk is ontwikkeld dan in het geval van de overeenkomsten ter verkrijging van bewijs.[120]

8.4.3.1 Overeenkomsten ter afdoening buiten geding

De wettelijke regelingen van de transactie (artikel 74-74c Sr), het voorwaardelijk sepot (artikelen 167 lid 2 en 244 lid 3 Sv) en de schikking (artikel 511c Sv) zijn betrekkelijk summier. Ook voor wat betreft de wijze van totstandkoming van deze verschillende typen overeenkomsten leert de voorhanden zijnde strafrechtelijke regelgeving tamelijk weinig (zie enkel artikel 578 en 578a Sv over de termijn waarbinnen een transactie of een schikking dient te worden aanvaard). Niettemin kan wel degelijk het nodige uit deze strafrechtelijke normen en de bijbehorende dogmatiek worden afgeleid voor wat betreft de totstandkoming van de overeenkomst.

Eerder is vastgesteld dat voor wat betreft de transactie – mede op grond van de wijze waarop artikel 74 Sr is geformuleerd – wordt aangenomen dat deze pas daadwerkelijk tot stand komt indien en op het moment dat de verdachte daadwerkelijk aan de door de officier van justitie gestelde voorwaarden voldoet.[121] Daarmee staat op grond van de strafrechtelijke regelgeving en dogmatiek vast dat de enkele gebleken wilsovereenstemming voor de totstandkoming van de transactie niet voldoende is. Dit heeft als belangrijke consequentie dat ten aanzien van de transactie niet met behulp van een beroep

119 Zie § 4.2.2.

120 Zie de typeringen van de verschillende typen strafrechtelijke overeenkomsten in § 4.4 en § 4.6.

121 Zie § 4.4.1.1.

op het contractenrecht – meer in het bijzonder artikel 6:217 lid 1 BW – kan worden betoogd dat deze reeds tot stand zou komen door het aanbod van de officier van justitie daartoe en de enkele aanvaarding daarvan door de verdachte. Het strafrechtelijk normatief kader heeft immers voorrang boven de privaatrechtelijke grondregel van contractenrecht dat een overeenkomst door de enkele gebleken wilsovereenstemming tot stand komt. De wijze van totstandkoming van de transactie is daarmee een duidelijk voorbeeld van de consequenties die het strafrechtelijk primaat voor de normering van de overeenkomst kan hebben. Buiten deze specifieke wijze van totstandkoming, stelt het strafrechtelijk normatief kader evenwel weinig omtrent de totstandkoming van de transactie. Indien derhalve vragen hieromtrent rijzen, kan onder omstandigheden wel degelijk een aanvullende normerende rol aan het privaatrecht toekomen, mits daarbij de aard van de strafrechtelijke rechtsbetrekking in acht wordt genomen en deze zich daartegen niet verzet. Dit betekent dat bij eventuele analoge toepassing van privaatrechtelijke normen de bijzondere wijze van totstandkoming van de transactie steeds in ogenschouw dient te worden genomen. Eerder is geconcludeerd dat de transactie door een privaatrechtelijke bril bezien als een overeenkomst onder opschortende voorwaarde moet worden gekarakteriseerd (zie artikel 3:38 BW).[122] Bij eventuele analoge toepassing van het privaatrecht dient de transactie dan ook steeds als voorwaardelijke overeenkomst te worden benaderd, totdat de verdachte geheel aan de gestelde transactievoorwaarden heeft voldaan en de overeenkomst daarmee definitief tot stand komt.

Hoewel de transactie en het voorwaardelijk sepot in de literatuur veelal als vrijwel inwisselbaar worden benaderd, geldt dat niet voor wat betreft hun wijze van totstandkoming. In tegenstelling tot de transactie is het voorwaardelijk sepot eerder als een normale, consensuele overeenkomst gekarakteriseerd, die tot stand komt door de enkele gebleken wilsovereenstemming tussen Openbaar Ministerie en verdachte.[123] Aan deze conclusie lag niet alleen de gedachte ten grondslag dat de constructie van een voorwaardelijke overeenkomst zich slecht tot de inhoud van het voorwaardelijk sepot verhoudt, waarin de verdachte zich gedurende een langere periode aan gedragsvoorwaarden houdt; ook het gegeven dat noch de strafrechtelijke regelgeving noch de dogmatiek tot een dergelijke constructie dwong, pleitte voor toepassing van de (universele, domeinonafhankelijke) hoofdregel van contractenrecht dat de overeenkomst louter door gebleken wilsovereenstemming tot stand komt. Bij gebreke van specifieke strafrechtelijke regelgeving over de totstandkoming van het voorwaardelijk sepot, betekent dit voorts dat bij rechtsvragen omtrent de wijze van totstandkoming op zichzelf betrekkelijk snel de weg naar analoge

122 Zie § 4.4.1.1.

123 Zie § 4.4.2.1. De verbintenissen die uit deze overeenkomst voortvloeien zijn evenwel vaak wel van het intreden van een of meer voorwaarde(n) afhankelijk. Dit is evenwel een kwestie die niet zozeer de totstandkoming als wel de uitvoering van de overeenkomst raakt.

toepassing van het privaatrechtelijke contractenrecht kan worden ingeslagen. Niettemin dient voor ogen te worden gehouden dat ook het strafrecht in dezen het nodige vermag. Voordat bijvoorbeeld in voorkomende gevallen in het kader van de vraag of al dan niet een overeenkomst van voorwaardelijk sepot tot stand is gekomen direct naar een beroep op opgewekt vertrouwen in de zin van artikel 3:35 BW wordt gegrepen, moet op grond van het primaat van het strafrechtelijk normatief kader eerst worden gekeken of en in hoeverre de kwestie tegemoet kan worden getreden met het vertrouwensbeginsel als beginsel van een behoorlijke strafrechtspleging. Zoals in het navolgende zal worden toegelicht, leidt dit ook tot andere uitkomsten.

Nu het voorwaardelijk sepot en de schikking voor wat betreft hun wijze van totstandkoming vergelijkbaar zijn (ook de schikking is eerder als een normale, consensuele overeenkomst bestempeld[124]), geldt het voorgaande *mutatis mutandis* ook voor de schikking ex artikel 511c Sv. Wel stelt de wet expliciet het vormvereiste dat de schikking schriftelijk wordt vastgelegd. Strikt genomen is de schikking daarmee een formele overeenkomst. Voorts stelt het Modelformulier schikking dat als bijlage is gevoegd bij de Aanwijzing ontneming een aantal nadere vereisten aan de wijze van aanvaarding van de schikking door de verdachte.[125]

Hoewel op grond van het voorgaande kan worden gesteld dat – gezien de toch betrekkelijk summiere strafrechtelijke regelgeving ten aanzien van de totstandkoming van de overeenkomst ter afdoening buiten geding – op zichzelf voor wat betreft dit aspect van de overeenkomst een belangrijke aanvullende normatieve rol aan het contractenrecht zou kunnen toekomen, is dit in de praktijk van de strafrechtspleging toch niet het geval. Hierbij enigszins vooruitlopend op hetgeen hierover in het navolgende zal worden gesteld in het kader van de uitvoering van overeenkomsten ter afdoening buiten geding,[126] moet erop worden gewezen dat rechtsvragen met betrekking tot de totstandkoming van de overeenkomst ter afdoening buiten geding in de strafrechtelijke praktijk niet snel expliciet naar voren treden. Enerzijds ligt dit in de aard van de overeenkomst, die juist is gericht op het bereiken van maximale efficiëntie voor beide partijen en het buiten de deur houden van rechterlijke bemoeienis. Anderzijds is de oorzaak hiervoor gelegen in het feit dat de strafrechter dit type kwesties, wanneer zij wel meer of minder expliciet aan hem worden voorgelegd, slechts indirect tegemoet zal treden. Als gevolg van het feit dat in geval van problemen met betrekking tot de (vermeende) overeenkomst het Openbaar Ministerie in de regel direct tot dagvaarding van de verdachte overgaat en de rechter zich vervolgens voornamelijk over de voorliggende

124 Zie § 4.4.3.1.

125 Zie § 3 van Bijlage 3 bij de Aanwijzing ontneming van 16 februari 2009, *Stcrt*. 2009, 40, in werking getreden op 1 maart 2009 en geldig tot 28 februari 2013. Zie ook § 4.4.3.1.

126 Zie § 8.4.5.1.

strafzaak buigt, waarbij het bestaan van de (beweerde) overeenkomst (slechts) in het kader van de ontvankelijkheid van het Openbaar Ministerie van belang is, bestaat immers veelal betrekkelijk weinig werkelijke noodzaak dit type rechtsvragen met betrekking tot de totstandkoming van de overeenkomst ten gronde te beantwoorden. Dit geldt reeds waar het gaat om kwesties die met de uitvoering van de overeenkomst samenhangen; voor kwesties die de totstandkoming van de overeenkomst betreffen, geldt dit des te sterker. En daar waar zij wel spelen, kunnen zij veelal betrekkelijk eenvoudig met behulp van de beginselen van een behoorlijke strafrechtspleging, meer in het bijzonder het vertrouwensbeginsel, worden opgelost. En dit leidt ook tot andere uitkomsten. Zo zal binnen de strafrechtelijke context gezien de aard van de strafrechtelijke rechtsbetrekking en de positie van het Openbaar Ministerie daarbinnen niet snel worden aangenomen dat op grond van het door het Openbaar Ministerie opgewekte vertrouwen en naar analogie van artikel 3:35 BW wel degelijk een overeenkomst tot stand is gekomen; de strafrechter gaat niet verder dan het trekken van de conclusie dat het Openbaar Ministerie, door de verdachte ondanks het opgewekte vertrouwen toch te vervolgen, het vertrouwensbeginsel heeft geschonden en daarom niet-ontvankelijk moet worden verklaard in zijn vervolging. In zoverre benadert de strafrechter rechtsvragen over de totstandkoming van de overeenkomst ter afdoening buiten geding dan ook slechts indirect. Dit heeft als belangrijke consequentie dat voor wat betreft dit aspect van de overeenkomst betrekkelijk weinig behoefte aan eventuele aanvullende normering door het privaatrechtelijk contractenrecht bestaat.

8.4.3.2 Overeenkomsten ter verkrijging van bewijs

In tegenstelling tot hetgeen het geval is bij de overeenkomsten ter afdoening buiten geding is de strafrechtelijke regelgeving met betrekking tot de totstandkoming van de overeenkomst ter verkrijging van bewijs behoorlijk gedetailleerd. Dit betreft niet zozeer de basisregel dat de overeenkomst tot stand komt door middel van een aanbod van de ene partij dat wordt aanvaard door de andere partij. Deze regel wordt binnen de strafrechtelijke regelgeving niet uitgeschreven, vermoedelijk mede vanuit de gedachte dat deze als algemene regel van contractenrecht universeel is. Het proces dat aan het bereiken van deze wilsovereenstemming voorafgaat en daarop volgt, wordt evenwel gedetailleerd uitgewerkt in de artikelen 226g en 226h Sv en de Aanwijzing toezeggingen aan getuigen in strafzaken.[127] Deze procedure omvat niet alleen het vereiste van het op schrift stellen van de overeenkomst, maar ook het vereiste van voorafgaande toetsing van de overeenkomst door het College van procureurs-generaal, dat zich vooraf laat adviseren door de landsadvocaat en de Centrale Toetsingscommissie, en de rechter-commissaris. Pas wanneer deze

127 Zie § 7 van de Aanwijzing toezeggingen aan getuigen in strafzaken, *Stcrt*. 2006, 56, geldig van 1 april 2006 tot 30 september 2010. Zie uitgebreid over de te volgen procedure § 2.6.11.

stappen succesvol zijn genomen, komt de overeenkomst daadwerkelijk tot stand. De overeenkomst ter verkrijging van bewijs is daarmee bij uitstek als een formele overeenkomst te beschouwen: wanneer deze stappen niet alle worden genomen, is geen sprake van een (rechtmatige) overeenkomst ter verkrijging van bewijs in de zin van artikel 226g e.v., waarmee niet zonder meer is gezegd dat de overeenkomst in dat geval niet als een (al dan niet rechtmatige) overeenkomst *sui generis* kan worden beschouwd. Eerder is immers geconstateerd dat de regelgeving met betrekking tot de overeenkomst ter verkrijging van bewijs niet voorziet in een absoluut gesloten stelsel van overeenkomsten.[128] Het zal in die omstandigheden met name van de inhoud van deze overeenkomst in relatie tot de strafrechtelijke regelgeving en de bijbehorende parlementaire geschiedenis en jurisprudentie met betrekking tot de overeenkomsten ter verkrijging van bewijs afhangen of deze al dan niet rechtmatig kan worden geacht.

Naast de gedetailleerde strafrechtelijke regels over de wijze waarop een dergelijke overeenkomst tot stand dient te komen, wordt de totstandkoming van de overeenkomst ter verkrijging van bewijs vanzelfsprekend mede door de beginselen van een behoorlijke strafrechtspleging beheerst. Tijdens de onderhandelingen met de potentiële getuige dient het Openbaar Ministerie zich voortdurend bewust te zijn van de veelal precaire positie waarin deze verkeert en dient het voortdurend de gerechtvaardigde belangen van deze potentiële getuige in ogenschouw te nemen. Vanuit dat perspectief mag het Openbaar Ministerie de potentiële getuige dan ook niet louter instrumenteel benaderen, terwijl deze zorgplicht onverminderd blijft bestaan wanneer om welke reden dan ook geen overeenkomst tot stand komt of is gekomen. Het gehele optreden van het Openbaar Ministerie in het kader van de overeenkomst ter verkrijging van bewijs wordt daarmee door de beginselen van een behoorlijke strafrechtspleging beheerst. Ook kan in dit kader meer specifiek het vertrouwensbeginsel om de hoek komen kijken, bijvoorbeeld wanneer een bepaalde verdachte stelt dat het Openbaar Ministerie hem de nodige toezeggingen heeft gedaan in ruil voor zijn verklaringen als getuige in een andere zaak zonder dat daadwerkelijk van een op schrift gestelde en door de rechter-commissaris gefiatteerde overeenkomst sprake is. Er mag dan weliswaar geen overeenkomst in de zin van artikel 226g e.v. Sv tot stand zijn gekomen, nu de beweerde overeenkomst niet langs de voorgeschreven weg tot stand is gekomen; onder omstandigheden kan materieel bezien wel degelijk van een overeenkomst sprake zijn. Het staat het Openbaar Ministerie ingevolge de werking van de beginselen van een behoorlijke strafrechtspleging dan ook niet vrij potentiële getuigen over de streep te trekken door hen allerhande toezeggingen te doen, om het bestaan van een afspraak op een later moment van de hand te wijzen met een beroep op het argument dat geen sprake is

128 Zie onder meer § 2.6.4.

van een overeenkomst in de zin van artikel 226g e.v. Sv. Of een dergelijke overeenkomst vervolgens ook rechtmatig is te achten – welke vraag dient te worden beantwoord aan de hand van de criteria van artikel 359a Sv[129] – en door de betrokken partijen dient te worden nagekomen, is weer een andere vraag die mede afhankelijk is van de inhoud van de gedane toezeggingen.

Ook kan het in dergelijke gevallen waarin de overeenkomst niet op schrift is gesteld onduidelijk zijn of al dan niet sprake is van een overeenkomst.[130] Zo kan onduidelijkheid bestaan over de vraag of het Openbaar Ministerie en de verdachte al dan niet een afspraak hebben gemaakt of over de vraag of met een bepaalde afspraak al dan niet rechtsgevolg is beoogd. Dit vereist een feitelijke beoordeling, waarbij het strafrecht aansluiting kan zoeken bij de wijze waarop binnen het privaatrecht met een dergelijke situatie wordt omgegaan. Zo kan dit type vragen met behulp van het Haviltex-criterium worden benaderd door te kijken naar de bedoelingen van partijen zoals die naar buiten zijn gebleken. Wanneer niet duidelijk wordt wat partijen hebben beoogd, zal hun bedoeling moeten worden afgeleid uit de omstandigheden van het geval, bij welke beoordeling betekenis toekomt aan hetgeen in het maatschappelijk verkeer gebruikelijk is en hetgeen partijen over en weer van elkaar hebben verwacht of mochten verwachten (artikel 3:35 BW).[131]

Over het geheel genomen is de bemoeienis van het strafrecht met de totstandkoming van de overeenkomst ter verkrijging van bewijs aanzienlijk, zeker wanneer deze wordt vergeleken met de strafrechtelijke aandacht voor de totstandkoming van de verschillende overeenkomsten ter afdoening buiten geding. Deze uitgebreide bemoeienis van het strafrecht wil evenwel niet zeggen dat in het kader van de totstandkoming van de overeenkomst ter verkrijging van bewijs geen aanvullende rol aan de bepalingen van het privaatrechtelijk contractenrecht kan toekomen. Waar het gaat om de bescherming van gerechtvaardigd vertrouwen, zal zoals reeds opgemerkt in eerste instantie worden aangesloten bij het strafrechtelijk vertrouwensbeginsel en in zoverre zal artikel 3:35 BW niet snel analoog te hoeven worden toegepast. Wel kan een belangrijke

129 Aan analoge toepassing van artikel 3:39 BW zal in het algemeen geen behoefte bestaan, nu het 'niet in de voorgeschreven vorm verrichten van rechtshandelingen' strafrechtelijk gezien reeds een vormverzuim in de zin van artikel 359a BW oplevert. Dit is interessant, nu analoge toepassing van artikel 3:39 BW tot een rechtsgevolg zou leiden (nietigheid van de rechtshandeling) dat artikel 359a Sv als zodanig niet kent. Ook de wettelijke regeling van de toezeggingen aan getuigen bedreigt niet-naleving van artikel 226g lid 2 Sv – het op schrift stellen van de overeenkomst – niet met formele nietigheid van de overeenkomst.

130 Een dergelijke suggestie kan niet alleen worden gewekt door de burger zelf die meent dat het Openbaar Ministerie een aan hem gedane 'toezegging' gestand moet doen, maar ook door een derde die zelf geen partij is bij de beweerde overeenkomst, bijvoorbeeld een verdachte die meent dat er aan de getuige die ten laste van hem heeft verklaard 'toezeggingen' zijn gedaan. Zie voor een voorbeeld van deze laatste situatie Hof Den Haag 28 februari 2007, *LJN* BA3319 en BA3330.

131 Zie voor dit criterium HR 13 maart 1981, *NJ* 1981, 635 m.nt. CJHB (Haviltex); zie ook § 3.8.

aanvullend normatieve rol toekomen aan de verschillende privaatrechtelijke bepalingen over wilsgebreken: dwaling (artikel 6:228 BW), bedreiging, bedrog en misbruik van omstandigheden (artikel 3:44 BW), waarbij in het kader van de strafrechtelijke overeenkomst met name dwaling, bedrog en misbruik van omstandigheden van belang kunnen zijn.

Zo kan laatstgenoemd wilsgebrek[132] eventueel een nuttige rol vervullen wanneer een overijverig Openbaar Ministerie een potentiële getuige die in een hachelijke situatie verkeert een overeenkomst ter verkrijging van bewijs binnenloodst, zonder daarbij afdoende rekening te houden met de positie en de belangen van deze getuige. Wel moet daarbij direct worden aangetekend dat een dergelijke toets niet zozeer een analoge toepassing van artikel 3:44 lid 4 BW behoeft, omdat het daar beschreven handelen strafrechtelijk bezien kan worden geacht op te gaan in de toets van de handelswijze van het Openbaar Ministerie aan de beginselen van een behoorlijke strafrechtspleging. Dit neemt niet weg dat het privaatrechtelijke leerstuk van misbruik van omstandigheden duidelijk illustreert dat met name machtiger rechtssubjecten zich ook in contractuele verhoudingen het nodige gelegen moeten laten liggen aan de gerechtvaardigde belangen van hun wederpartij, op straffe van vernietigbaarheid van de als gevolg van het misbruik tot stand gekomen overeenkomst. Deze notie is niet zonder betekenis binnen de in beginsel asymmetrische strafrechtelijke rechtsbetrekking tussen Openbaar Ministerie en getuige. Gezien de specifieke positie van het Openbaar Ministerie binnen de strafrechtelijke rechtsbetrekking is het evenwel niet goed voorstelbaar dat het Openbaar Ministerie in de spiegelbeeldige situatie een beroep op misbruik van omstandigheden zou kunnen doen, ook niet wanneer het aangaan van een overeenkomst een laatste redmiddel is en het Openbaar Ministerie zich zodoende in een afhankelijkheidspositie ten opzichte van de getuige bevindt. Het is gezien de specifieke positie van de burger in het strafproces niet goed voorstelbaar dat deze zich aan misbruik van omstandigheden schuldig zou kunnen maken. Strafrechtelijk gezien wordt in ieder geval aangenomen dat het handelen van verdachten (en getuigen) niet aan de beginselen van een behoorlijke strafrechtspleging kan worden getoetst.[133] Of de getuige zich los daarvan niettemin aan misbruik van omstandigheden zou kunnen bezondigen, is wellicht theoretisch niet uitgesloten, maar in de praktijk nauwelijks voorstelbaar. De rechtsbetrekking tussen het Openbaar Ministerie en de getuige is immers niet snel dermate asymmetrisch ten faveure van de getuige dat zich daarbinnen een scenario van misbruik van omstandigheden door de getuige kan ontvouwen.

---

132 Artikel 3:44 lid 4 BW formuleert het als volgt: 'Misbruik van omstandigheden is aanwezig, wanneer iemand die weet of moet begrijpen dat een ander door bijzondere omstandigheden zoals noodtoestand, afhankelijkheid, lichtzinnigheid, abnormale geestestoestand of onervarenheid, bewogen wordt tot het verrichten van een rechtshandeling, het tot stand komen van die rechtshandeling bevordert, ofschoon hetgeen hij weet of moet begrijpen hem daarvan zou behoren te weerhouden.' Zie ook Hijma & Olthof 2008, nr. 55.

133 Zie § 6.2.10.

Ook het leerstuk van de dwaling[134] kan een rol vervullen wanneer een van beide partijen bij de overeenkomst stelt dat hij de overeenkomst niet zou hebben gesloten indien hij op dat moment over de juiste en/of volledige informatie zou hebben beschikt. In tegenstelling tot hetgeen hiervoor bij de misbruik van omstandigheden het geval was, kan mijns inziens aan beide partijen een geslaagd beroep op het wilsgebrek van dwaling toekomen. De strafrechtelijke regelgeving ter zake de overeenkomst ter verkrijging van bewijs voorziet in verschillende informatieverplichtingen voor beide partijen. Zo dient het Openbaar Ministerie in de fase van totstandkoming van de overeenkomst steeds klare wijn te schenken over de aard en inhoud van de verschillende toezeggingen, waarbij het Openbaar Ministerie de getuige met name goed zal moeten inprenten dat veel van deze toezeggingen, met name die tot strafvermindering, een inspannings- in plaats van een resultaatsverbintenis inhouden, nu voor het realiseren van veel van de toezeggingen de medewerking van een derde, veelal de rechter, is vereist.[135] Daarnaast dient het Openbaar Ministerie de getuige te informeren over de gang van zaken rond het sluiten en uitvoeren van de overeenkomst en hem te wijzen op diens rechten en verplichtingen in het kader van de overeenkomst, in het bijzonder op de consequenties van de overeenkomst voor (de reikwijdte van) het aan de getuige toekomende verschoningsrecht. Op zijn beurt dient de getuige open kaart te spelen over zijn eigen aandeel in het feitencomplex waarover hij zal verklaren.[136] Indien een van beide partijen in zijn informatieverplichtingen tekortschiet door onjuiste informatie te verschaffen of belangrijke informatie achter te houden, kan dit onder omstandigheden tot een gerechtvaardigd beroep op dwaling van de andere partij leiden, mits het informatie betreft die voor de dwalende partij van bepalende invloed is op zijn bereidheid de overeenkomst al dan niet of met deze specifieke inhoud aan te gaan. Wel zijn er op grond van de aard van de overeenkomst ter verkrijging van bewijs en de bijzondere positie van het Openbaar Ministerie als contractspartner de nodige argumenten om strengere eisen aan een beroep op dwaling van het Openbaar Ministerie te stellen dan aan een beroep op dwaling van de getuige.[137] Het risico dat de getuige onjuiste informatie verschaft over zijn eigen of andermans aandeel in de strafbare feiten waarover hij als getuige een verklaring aflegt, is immers tot op zekere hoogte als een vooraf in te calculeren risico te beschouwen dat inherent is aan het gebruik van overeenkomsten ter verkrijging van bewijs en mede om die reden in voorkomende gevallen voor rekening van het Openbaar Ministerie dient te blijven. Aanknopingspunten voor een dergelijke

134 Zie Hijma & Olthof 2008, nrs. 475-481.

135 Zie § 2.6.12.

136 Zie voor deze informatieplichten met name § 6 van de Aanwijzing toezeggingen aan getuigen in strafzaken, *Stcrt*. 2006, 56, geldig van 1 april 2006 tot 30 september 2010. Zie ook § 2.6.10.

137 Zie in vergelijkbare zin in het kader van de publiekrechtelijke overeenkomst § 7.3.4.1.

opvatting kunnen worden gevonden in het bepaalde in artikel 6:228 lid 2 BW. Dit neemt evenwel niet weg dat in flagrante gevallen ook het Openbaar Ministerie een beroep op dwaling kan toekomen. Dit klemt temeer wanneer het verschaffen van onjuiste informatie of het verzwijgen van essentiële informatie door de getuige zodanige vormen aanneemt dat van bedrog in de zin van artikel 3:44 lid 3 BW kan worden gesproken.[138]

Ter afsluiting zij opgemerkt dat ook de thematiek van de wilsgebreken primair door middel van het strafrecht wordt genormeerd. Met name indien het het Openbaar Ministerie is dat zich schuldig maakt aan misbruik van omstandigheden of handelen of nalaten waardoor zijn contractspartner dwaalt, voorziet het strafrecht veelal zelfstandig in de nodige mogelijkheden om dit gedrag te sanctioneren. Vaak zal er dan immers strijd zijn met een wettelijke bepaling, de Aanwijzing toezeggingen aan getuigen in strafzaken[139] of de beginselen van een behoorlijke strafrechtspleging, dat onder omstandigheden een vormverzuim in de zin van artikel 359a Sv oplevert en langs die weg strafrechtelijk kan worden gesanctioneerd. In dat geval zullen de privaatrechtelijke bepalingen met betrekking tot deze wilsgebreken slechts een illustrerende rol hoeven te vervullen bij de vaststelling van deze onrechtmatigheid. Aan daadwerkelijke analoge toepassing van deze bepalingen zal in die situatie veelal weinig behoefte bestaan. Dit is anders in de (betrekkelijk schaarse) gevallen waarin de getuige zich schuldig maakt aan het ontstaan van een wilsgebrek aan de kant van het Openbaar Ministerie. Het strafrecht voorziet in dat geval in wezen niet in het passende instrumentarium om dit gedrag van de getuige te sanctioneren. Indien de rechter in een dergelijk geval niettemin van mening is dat het handelen van de getuige niet zonder gevolgen kan blijven, ligt daadwerkelijke analoge toepassing van de privaatrechtelijke bepalingen met betrekking tot de wilsgebreken in de rede. Voorstelbaar is dat de rechter de gewraakte overeenkomst dan 'vernietigt' of in ieder geval buiten toepassing laat.[140]

---

138 Zie voor de verhouding tussen dwaling en bedrog Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III* 2010, nr. 250, 251 en 254.

139 Aanwijzing toezeggingen aan getuigen in strafzaken van 13 maart 2006, *Stcrt*. 2006, 56, geldig van 1 april 2006 tot 30 september 2010.

140 Ook is in een dergelijk geval voorstelbaar dat het Openbaar Ministerie naar analogie van artikel 3:49 BW de overeenkomst zelf door middel van een buitengerechtelijke verklaring vernietigt. Dit neemt evenwel niet weg dat ook dan de rechter in voorkomende gevallen zal moeten beoordelen of het Openbaar Ministerie dit al dan niet terecht heeft gedaan. Deze vraag kan immers zowel in het kader van de strafzaak waarin de getuige zelf wordt vervolgd als in de strafzaak waarin de getuige als zodanig dient op te treden, naar voren komen.

8.4.3.3 Conclusie

Eerder is geconcludeerd dat het rechtskarakter als overeenkomst goed naar voren komt in geval van de overeenkomsten ter verkrijging van bewijs. Dit vertaalt zich in feite in de behoefte aan aanvullende normering vanuit het privaatrechtelijk contractenrecht. Hoewel de ter zake geldende strafrechtelijke regelgeving zich wel degelijk ook op de fase van de totstandkoming richt, bestaat niettemin behoefte aan aanvullende normering vanuit het contractenrecht, met name indien het gaat om algemene 'leerstukken' van contractenrecht zoals de wilsgebreken. In ieder geval lijkt gezien de aard van de overeenkomst ter verkrijging van bewijs de behoefte aan nadere normering langs de weg van het contractenrecht groter dan bij de overeenkomsten ter afdoening buiten geding. Deze zijn dermate strafrechtelijk ingebed dat hun karakter als overeenkomst – dat op zichzelf zonder meer aanwezig is – niet over de gehele linie duidelijk naar voren komt. Dit vertaalt zich in een navenant geringere normerende rol voor het contractenrecht. De conclusie lijkt dan ook te zijn dat hoe meer een bepaalde rechtsbetrekking zich als overeenkomst 'gedraagt', hoe eerder de strafrechtelijke mogelijkheden zijn uitgeput en de behoefte aan analoge toepassing van het privaatrecht ontstaat.

8.4.4 De inhoud van de overeenkomst

De strafrechtelijke overeenkomst heeft betrekking op (de invulling van) strafrechtelijke bevoegdheden. Het is precies deze inhoud die de overeenkomst tot een strafrechtelijke maakt. Het behoeft dan ook betrekkelijk weinig betoog dat in het bijzonder de normering van de inhoud van de strafrechtelijke overeenkomst ook door het strafrecht wordt gedomineerd. Het is steeds de ter zake geldende strafrechtelijke regelgeving die bepaalt of een bepaalde overeenkomst voor wat betreft zijn inhoud al dan niet door de beugel kan. Dit betekent dat het Openbaar Ministerie slechts een overeenkomst kan sluiten daar waar een discretionaire bevoegdheid bestaat en dat ook de grenzen aan de inhoud van de overeenkomst steeds door de reikwijdte van deze discretionaire ruimte worden bepaald.[141] Een en ander vloeit rechtstreeks voort uit het legaliteitsbeginsel. Het beginsel van contractsvrijheid zoals dat aan het contractenrecht ten grondslag ligt, geldt binnen het strafrechtelijk overeenkomstenrecht dan ook niet of in ieder geval in beduidend mindere mate. Er bestaat slechts contractsvrijheid binnen de (betrekkelijk enge) marges van de ter zake geldende strafrechtelijke regelgeving.[142] Zodra een overeenkomst wordt gesloten die gezien zijn inhoud met deze regelgeving in strijd is, moet deze als onrechtmatig worden gekwalificeerd, aan welke onrechtmatigheid vervolgens

141 Zie § 4.3.1 en § 8.3.5.2.
142 Zie de eerste spelregel in § 8.3.6.

consequenties kunnen worden verbonden langs de weg van artikel 359a Sv. Door deze dominante rol van het strafrecht waar het de normering van de inhoud van de overeenkomst betreft, bestaat aan aanvullende normering van deze inhoud door analoge toepassing van het contractenrecht dan ook nauwelijks behoefte. Dit is temeer het geval omdat het privaatrechtelijke contractenrecht van Boek 3 en Boek 6 van het Burgerlijk Wetboek zich nauwelijks met de inhoud van overeenkomsten bezig houdt. In feite zijn in dit kader slechts de artikelen 3:40 BW en 6:248 BW (zijdelings) van belang.

Op grond van artikel 3:40 BW zijn rechtshandelingen (en dus ook overeenkomsten) nietig of vernietigbaar indien zij door inhoud of strekking in strijd zijn met de goede zeden of de openbare orde dan wel enige dwingende wettelijke bepaling.[143] Aan analoge toepassing van deze bepaling op de strafrechtelijke overeenkomst zal evenwel veelal geen behoefte bestaan omdat door het sluiten van een strafrechtelijke overeenkomst met een inhoud die gelet op artikel 3:40 BW niet door de beugel kan, in het algemeen reeds rechtstreeks in strijd met enige strafrechtelijke geschreven of ongeschreven rechtsregel wordt gehandeld. Dit laatste is reeds voldoende om hieraan met behulp van het strafrechtelijk instrumentarium (artikel 359a Sv) de nodige consequenties te verbinden. In feite formuleert artikel 3:40 BW daarmee een regel die ook door het strafrecht zelf al wordt gesanctioneerd. Niettemin is artikel 3:40 BW in het onderhavige kader niet geheel zonder belang, nu het ten enenmale inscherpt dat strafrechtelijke overeenkomsten niet kunnen worden gebruikt om strafrechtelijke regelgeving te omzeilen.

Voorts kan in dit verband worden gewezen op de aanvullende en de derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid op grond van artikel 6:248 BW.[144] Hoewel de eis dat het Openbaar Ministerie en zijn contractspartner binnen hun onderlinge rechtsbetrekking over en weer rekening met elkaar dienen te houden, reeds uit de algemene notie van correlativiteit – en voor het strafrecht meer specifiek uit de beginselen van een behoorlijke strafrechtspleging en de notie van magistratelijkheid – voortvloeit, scherpt (analoge toepassing van) artikel 6:248 BW nog eens in dat dit vereiste ook geldt wanneer Openbaar Ministerie en verdachte een overeenkomst met elkaar hebben gesloten. Meer concreet drukt deze bepaling uit dat de notie van redelijkheid en billijkheid de inhoud van de overeenkomst ook daadwerkelijk kan aanvullen en beperken. In zoverre geldt ook voor de strafrechtelijke overeenkomst zonder meer dat met de termen van de overeenkomst niet het laatste woord is gezegd over hetgeen Openbaar Ministerie en verdachte tot elkaar verplicht zijn. Voorts kan aan analoge toepassing van artikel 6:248 BW een meer directe behoefte bestaan wanneer het gaat om het handelen van de verdachte binnen de context van de overeenkomst, nu hij gezien zijn positie binnen het strafproces niet aan de beginselen van een behoorlijke strafrechtspleging of de notie van

143 Zie § 3.8.1.
144 Zie § 3.8.3.

magistratelijkheid is gebonden.[145] Voor hem geldt enkel de algemene notie van correlativiteit op grond waarvan ook hij zich tot op zekere hoogte iets gelegen moet laten liggen aan de belangen en de positie van het Openbaar Ministerie. Gezien de specifieke strafvorderlijke positie van de verdachte, de asymmetrie binnen de rechtsbetrekking en de werking van het legaliteitsbeginsel kan deze verplichting voor de verdachte evenwel slechts zeer bescheiden vormen aannemen.[146] Niettemin kan in voorkomende gevallen aan de hand van een beroep op artikel 6:248 BW worden betoogd dat ook de verdachte zich binnen de context van de overeenkomst naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid dient te gedragen.

In het tweede hoofdstuk is de strafrechtelijke regelgeving ter zake de verschillende typen strafrechtelijke overeenkomsten uitvoerig besproken, waarbij niet in de laatste plaats aandacht is besteed aan de inhoud die deze verschillende overeenkomsten kunnen hebben. Deze bespreking behoeft op deze plaats geen herhaling en om die reden zal de inhoud van de overeenkomst in het navolgende dan ook niet voor alle typen overeenkomsten afzonderlijk worden besproken. Hier kan in feite worden volstaan met de algemene opmerking dat bij elk type overeenkomst telkens zal moeten worden nagegaan wat de ter zake relevante regelgeving (inclusief jurisprudentie en wetsgeschiedenis) met betrekking tot de inhoud van de overeenkomst leert. Zodra de inhoud van de overeenkomst met het bepaalde in strijd is, moet deze om die reden (geheel of gedeeltelijk) als ontoelaatbaar worden beschouwd. Daar waar de wet open begrippen hanteert (vgl. bijvoorbeeld 'het stellen van bepaalde voorwaarden' in de zin van artikel 167 lid 2 en 244 lid 3 Sv) of anderszins discretionaire ruimte voor het sluiten van overeenkomsten laat, zal van geval tot geval moeten worden beoordeeld of de inhoud van de overeenkomst al dan niet door de beugel kan, waarbij met name betekenis aan de jurisprudentie en de wetsgeschiedenis toekomt. Hierbij dient voor ogen te worden gehouden dat de ruimte tot het sluiten van een overeenkomst op zichzelf steeds aanwezig is daar waar sprake is van een discretionaire bevoegdheid, waarbij met name een belangrijke rol aan het opportuniteitsbeginsel toekomt. Het enkele feit dat de strafrechtelijke regelgeving een bepaald type overeenkomst niet expliciet regelt, maakt deze als zodanig nog niet onrechtmatig. Steeds zal naar de inhoud van een dergelijke overeenkomst in relatie tot (het systeem en de strekking van) de wet moeten worden gekeken om te bepalen of een dergelijke overeenkomst voor wat betreft zijn inhoud al dan niet doorgang kan vinden.[147]

145 Zie § 6.2.10.

146 Zie § 6.2.11 en § 8.3.5.1.

147 Zie voor een dergelijke situatie bijvoorbeeld de in § 2.5.4 besproken overeenkomst tussen het Openbaar Ministerie en een tweetal verdachten strekkende tot het intrekken van het hoger beroep door het Openbaar Ministerie in ruil voor het afzien van een vordering tot schadevergoeding ex artikelen 89 en 591a Sv door de twee verdachten. Deze overeenkomst werd rechtsgeldig geacht (zie Rb. Haarlem 19 maart 2009, *LJN* BI0484 en *LJN* BI0503).

Binnen de context van het strafrecht zijn nog geen specifieke criteria ontwikkeld die kunnen helpen bij de uitleg van de strafrechtelijke overeenkomst. In gevallen waarin dit aan de orde is, kan het privaatrechtelijke Haviltex-criterium mogelijk als aanknopingspunt dienen,[148] zij het dat – mede tegen de achtergrond van het belang van rechtszekerheid, dat binnen het strafrecht als onderdeel van het publiekrecht hoog in het vaandel wordt gedragen – een wijze van interpretatie die dicht in de buurt van de bewoordingen van de overeenkomst blijft, veelal de voorkeur zal genieten.[149] De mogelijkheid tot het betrekken van de mate van asymmetrie binnen de rechtsbetrekking bij de toepassing van het criterium, kan evenwel goede uitkomst bieden bij de uitleg van strafrechtelijke overeenkomsten.

8.4.5 De uitvoering van de overeenkomst

Teneinde overeenkomsten aan hun doel te laten beantwoorden dienen zij niet alleen op rechtsgeldige wijze tot stand te komen en een geoorloofde inhoud te hebben, maar dienen de daarin besloten verbintenissen ook te worden uitgevoerd. Ook strafrechtelijke overeenkomsten worden evenwel niet altijd volledig nagekomen. De verdachte voldoet niet aan de voorwaarden die de officier van justitie hem in het kader van een transactie heeft gesteld, het Openbaar Ministerie stelt vervolging in terwijl de verdachte reeds aan de voorwaarden in het kader van het voorwaardelijk sepot heeft voldaan. De getuige weigert een verklaring af te leggen ondanks dat hij zich hiertoe heeft verbonden in het kader van een overeenkomst ter verkrijging van bewijs, het Openbaar Ministerie komt de eerder in het kader van een dergelijke overeenkomst op zich genomen verplichtingen niet na. In dergelijke gevallen rijzen steeds problemen in het kader van de uitvoering van de overeenkomst. Aan deze problemen kunnen verschillende legitieme en illegitieme oorzaken ten grondslag liggen, welke soms ook kunnen worden teruggevoerd op de reeds besproken aspecten van de totstandkoming en de inhoud van de overeenkomst. Wanneer een partij bij de overeenkomst bijvoorbeeld een beroep doet op dwaling of op de ontoelaatbare inhoud van de overeenkomst, zal hij de overeenkomst immers veelal ook niet (ongewijzigd) willen uitvoeren. Niet-nakoming van de overeenkomst kan evenwel ook andere oorzaken hebben: onvermogen of onwil de verbintenissen na te komen, gewijzigde of onvoor-

148 Zie HR 13 maart 1981, *NJ* 1981, 635 m.nt. CJHB (Haviltex).

149 Dit zou goed passen bij de lijn die de Hoge Raad is ingeslagen in de zaak DSM/Fox, waaruit kan worden afgeleid dat bij toepassing van de Haviltex-norm in geval van overeenkomsten waarbij in sterke mate derdenbelangen zijn betrokken, de taalkundige betekenis van de gebruikte bewoordingen zoveel mogelijk leidend dient te zijn. Zie HR 20 februari 2004, *NJ* 2005, 493 m.nt. C.E. du Perron (DSM/Fox). Zie nader § 3.8.2.

ziene omstandigheden, onvrede over de wijze waarop de andere partij met zijn verbintenissen in het kader van de overeenkomst omgaat, etc.

Als uitgangspunt heeft te gelden dat ook dergelijke kwesties met betrekking tot de uitvoering van de overeenkomst conform de eerder geformuleerde spelregels primair door het strafrecht worden bestreken. Pas als het strafrechtelijk instrumentarium geen antwoorden biedt, kunnen civielrechtelijke noties daaromtrent een rol gaan spelen. Vooraf realisere zich men evenwel dat juist op het vlak van de uitvoering van de overeenkomst de gewijzigde dynamiek binnen de strafrechtelijke rechtsbetrekking het meest pregnant naar voren komt. De notie van wederkerigheid als afspraak beheerst op dat moment immers het handelen of nalaten van partijen, waar de strafrechtelijke rechtsbetrekking normaal gesproken wordt gedomineerd door eenzijdig optreden, waarbij de betrokken rechtssubjecten 'slechts' over en weer rekening met elkaars belangen en posities dienen te houden (welke plicht gezien de asymmetrie binnen de rechtsbetrekking in het bijzonder op het Openbaar Ministerie rust). Juist omdat een geheel nieuw uitgangspunt het handelen van de betrokken rechtssubjecten binnen de rechtsbetrekking gaat beheersen, mag worden verwacht dat het strafrecht voor wat betreft dit aspect van de overeenkomst in zijn normerende vermogen tekort zal schieten. Dit blijkt ook – zij het niet over de gehele linie – inderdaad het geval te zijn.

Vanzelfsprekend zou dit probleem voor een belangrijk deel kunnen worden ondervangen doordat de strafrechtelijke regelgeving in oplossingen voorziet voor gevallen waarin kwesties of geschillen rijzen die met deze wisseling van uitgangspunt samenhangen. Het strafrecht zou – al dan niet met een schuin oog richting het contractenrecht – voor dit type gevallen voorzieningen kunnen treffen die meer of beter zijn toegesneden op handelen of nalaten dat wordt ingegeven door zuivere wederkerigheid. Dit blijkt het strafrecht evenwel slechts tot op zekere hoogte te doen. Blijkbaar heeft de wetgever dit aspect van de overeenkomst grotendeels aan de rechtspraktijk zelf willen overlaten. Deels kan de verklaring hiervoor worden gezocht in het meermalen geconstateerde gegeven dat het karakter als overeenkomst niet bij alle typen strafrechtelijke overeenkomsten even goed uit de verf komt. Ook kwesties met betrekking tot de uitvoering daarvan zullen dan logischerwijze niet de aandacht krijgen die ze wellicht verdienen. Meer concreet uitgedrukt, wanneer de transactie primair als een vervolgingsbeletsel wordt vormgegeven, hoeft het geen verbazing te wekken dat de wettelijke regeling niet of nauwelijks aandacht schenkt aan het scenario waarin de transactie niet wordt nagekomen. Voor de relatief recentelijk aan het Wetboek van Strafvordering toegevoegde overeenkomsten ter verkrijging van bewijs kan dit evenwel niet de verklaring vormen. Dat het hier een op wederkerigheid gebaseerde rechtsfiguur betreft, was immers van meet af aan duidelijk en ook expliciet de bedoeling.[150] In het navolgende zal blijken dat de wetgever ook in dit kader niettemin betrekkelijk weinig

150 Zie § 4.6.1 en § 4.6.2.

aandacht heeft besteed aan zogenoemde uitvoeringsproblemen. Wat voorts opvalt, is dat de wetgever voor zover zij dit wel heeft gedaan, heeft gekozen voor oplossingen die veeleer lijken te zijn gebaseerd op de notie van eenzijdigheid dan op de notie van zuivere wederkerigheid. Voorts valt op dat voor zover het strafrecht wel aandacht heeft voor kwesties omtrent niet-nakoming, deze aandacht zich vrijwel exclusief richt op het scenario dat de contractspartner van het Openbaar Ministerie zijn verplichtingen in het kader van de overeenkomst niet nakomt. Hiervoor kunnen twee mogelijke verklaringen bestaan. De gedachte is ofwel dat het niet nakomen van verplichtingen door het Openbaar Ministerie afdoende door middel van het bestaande strafrechtelijk instrumentarium van de beginselen van een behoorlijke strafrechtspleging en artikel 359a Sv kan worden gesanctioneerd, ofwel dat situaties van niet-nakoming door het Openbaar Ministerie zich eenvoudigweg niet zullen voordoen.[151] Zo dit ooit al mogelijk is geweest, is deze laatste mogelijkheid bij een steeds intensiever gebruik van strafrechtelijke overeenkomsten niet of nauwelijks vol te houden. De verklaring zal dan ook in de eerste mogelijkheid moeten worden gezocht. Wat dan evenwel opvalt, is dat ook dit scenario van niet-nakoming blijkbaar in de eerste plaats dient te worden ondervangen met behulp van een instrumentarium dat is gebaseerd op de notie van eenzijdigheid in plaats van op het nieuwe uitgangspunt van zuivere wederkerigheid.

Aan de ene kant valt hier wel het nodige voor te zeggen. De overeenkomst vloeit immers samen met de onderliggende rechtsbetrekking. Het is dan wellicht niet onlogisch de nieuwe rechtsbetrekking met hetzelfde, primair op eenzijdige verhoudingen gerichte instrumentarium te benaderen als de onderliggende rechtsbetrekking. Daar staat evenwel tegenover dat deze wijze van benaderen het nadeel heeft dat problemen in het kader van de overeenkomst dienen te worden opgelost met behulp van een instrumentarium dat daarvoor in wezen niet is ontworpen en dat daardoor mogelijk ook niet het meest passend is gezien de specifieke kenmerken van de voorliggende, op zuivere wederkerigheid gebaseerde rechtsbetrekking. In het navolgende zal het 'klassieke' strafrechtelijk instrumentarium inderdaad niet zelden een te botte bijl blijken te zijn om problemen in de uitvoeringsfase van de strafrechtelijke overeenkomst op een soepele wijze op te lossen. In de praktijk blijkt dan ook behoefte te bestaan aan aanvullende normering langs de weg van het in dezen 'fijnmaziger' privaatrechtelijk contractenrecht.

151 Vgl. het volgende citaat van de minister uit de parlementaire geschiedenis: 'In het theoretische geval dat het OM zijn toezegging ter zake van een tot stand gekomen afspraak niet of niet volledig zou nakomen zou via een kort geding opgetreden kunnen worden. Er wordt onrechtmatig gehandeld, als zonder geldige reden van een toezegging teruggekomen wordt.' Zie *Kamerstukken II* 1999/2000, 26 294, nr. 15, p. 13.

8.4.5.1 Overeenkomsten ter afdoening buiten geding

Geconstateerd moet worden dat de dagelijkse praktijk rond de transactie betrekkelijk weinig uitvoeringsproblemen lijkt te kennen. De oorzaak hiervoor is niet zozeer gelegen in het feit dat transacties in vrijwel alle gevallen succesvol worden afgerond. De oorzaak voor de geringe hoeveelheid uitvoeringskwesties is veeleer gelegen in het eerder geschetste bijzondere karakter van de transactie bestaande uit het feit dat de transactie pas tot stand komt met en op het moment van voldoening aan de transactievoorwaarden door de verdachte.[152] Gezien dit karakter kunnen vragen rond nakoming van de transactie theoretisch gezien immers niet of nauwelijks aan de orde komen. Het aanbod tot transactie is formeel gezien steeds afkomstig van het Openbaar Ministerie, op welk aanbod de verdachte binnen een bepaalde termijn al dan niet kan ingaan door te voldoen aan de gestelde transactievoorwaarden. Doet de verdachte dit, dan wordt de transactie daarmee zowel tot stand gebracht als uitgevoerd. Doet de verdachte dit niet, dan is nooit een transactie tot stand gekomen en gaat het Openbaar Ministerie in de regel rechtstreeks tot dagvaarding van de verdachte over. Dit is ook het geval wanneer de verdachte in een eerder stadium de intentie heeft uitgesproken een transactie met het Openbaar Ministerie te willen aangaan. Ook dan vordert het Openbaar Ministerie geen nakoming van deze eerder uitgesproken intentie, maar gaat het direct tot dagvaarding over. De transactie functioneert in de praktijk van de strafrechtspleging dan ook betrekkelijk probleemloos.

Dit neemt niet weg dat ook de transactie wel degelijk aanleiding kan geven tot beantwoording van vragen die mede samenhangen met of herleid kunnen worden tot het contractuele karakter van de transactie, bijvoorbeeld wanneer de verdachte niet geheel aan de transactievoorwaarden voldoet of wanneer tussen Openbaar Ministerie en verdachte verschil van mening bestaat over de vraag of de verdachte dit al dan niet heeft gedaan. Niettemin lijkt in de praktijk van de strafrechtspleging ook bij de oplossing van dit soort vraagstukken niet snel te worden teruggegrepen op het karakter van de transactie als overeenkomst. Het niet in zijn geheel voldoen aan de transactievoorwaarden of het rijzen van onduidelijkheid hierover wordt eenvoudigweg gelijkgeschakeld met het niet voldoen aan de gestelde transactievoorwaarden, waarop in de regel dagvaarding van de verdachte zal volgen.[153] Eventuele geschillen omtrent de transactie worden dan binnen de context van de gewone strafzaak beslecht, waarna de rechter conform het gebruikelijke beslissingsmodel van artikel 348/350 Sv tot een einduitspraak over de onderliggende strafzaak komt. De schermutselingen rond de transactie worden als het ware binnen dit model verwerkt tot vragen die de strafrechter – met gebruikmaking van de beginselen

152 Zie § 4.4.1.1.

153 Osinga 1992, p. 185. De officier van justitie kan de verdachte ook een nieuwe termijn gunnen om alsnog geheel aan de gestelde voorwaarden te voldoen.

van een behoorlijke strafrechtspleging – via de gebruikelijke weg kan beantwoorden. Indien de strafrechter van mening is dat de verdachte wel degelijk aan de hem gestelde voorwaarden heeft voldaan, dan verbindt hij daaraan de conclusie dat daarmee het vervolgingsrecht van het Openbaar Ministerie teniet is gegaan en dat het Openbaar Ministerie derhalve niet-ontvankelijk dient te worden verklaard. Deze conclusie kan de strafrechter trekken op grond van het gestelde in artikel 74 Sr, tweede volzin, alsmede op grond van de werking van het vertrouwensbeginsel. Indien de strafrechter van mening is dat de verdachte gedeeltelijk aan de transactievoorwaarden heeft voldaan, betekent dit dat het vervolgingsrecht van het Openbaar Ministerie geenszins is vervallen. In een dergelijk geval zal de strafrechter de zaak in de regel als een normale strafzaak behandelen en slechts bij de strafoplegging rekening houden met het feit dat de verdachte al het nodige heeft gepresteerd in het kader van de (overigens nooit daadwerkelijk tot stand gekomen) transactie.[154] De competentie van de strafrechter zich uit te spreken over vragen die samenhangen met de transactie, strekt zich aldus niet verder uit dan de mogelijkheid hiermee rekening te houden in het kader van de vraag naar de ontvankelijkheid van het Openbaar Ministerie of in het kader van de eventuele strafoplegging.[155] De strafrechter zal zich in geen enkel geval (kunnen) uitspreken over de vraag of de verdachte al dan niet alsnog aan de transactievoorwaarden zou moeten voldoen. Na dagvaarding van de verdachte vormt de transactie – hoewel rechtstreeks van belang voor de uitkomst van het geding – niet de inzet van het te voeren geding.

Geconstateerd moet worden dat de transactie dermate strafrechtelijk is ingebed, dat ook in de fase van de uitvoering vrijwel geen behoefte bestaat aan aanvullende normering aan de hand van het contractenrecht. Met name de bijzondere wijze van totstandkoming van de overeenkomst – waarin totstandkoming en uitvoering in wezen in elkaar opgaan – lijkt hieraan debet te zijn. Als gevolg van dit specifieke karakter van de transactie rijzen ook in de fase van de uitvoering betrekkelijk weinig problemen waarop het strafrecht niet zelfstandig een antwoord kan bieden.

Voor het voorwaardelijk sepot kan een min of meer vergelijkbare conclusie worden getrokken, zij het dat hier het argument van het bijzondere rechtskarakter niet opgaat. Wel geldt evenals bij de transactie dat ook indien verschil van mening ontstaat tussen het Openbaar Ministerie en de verdachte over het voorwaardelijk sepot dit over het algemeen binnen de context van het klassieke strafproces wordt opgelost door de gerezen kwestie te vertalen naar de in het kader van het beslissingsmodel van artikel 348/350 Sv te beantwoorden vraag

154 Dit is slechts anders indien de rechter gezien de bijzondere omstandigheden van het geval oordeelt dat vervolging in dit geval in strijd is met de beginselen van een behoorlijke strafrechtspleging. Zie Osinga 1992, p. 185.

155 Zie voor een voorbeeld HR 23 september 2008, *NJ* 2009, 519 m.nt. J.M. Reijntjes.

of het Openbaar Ministerie al dan niet ontvankelijk is in zijn vervolging. Aan aanvullende normering vanuit het contractenrecht lijkt ook bij het voorwaardelijk sepot derhalve weinig behoefte te bestaan. Ook voor de schikking ex artikel 511c Sv geldt *mutatis mutandis* hetzelfde als voor de transactie en het voorwaardelijk sepot. In geval de verdachte de bij de schikking overeengekomen verplichtingen niet, niet tijdig of niet volledig nakomt, kan de officier van justitie de ontnemingsmaatregel alsnog vorderen. Wanneer hij dit doet, kan de verdachte niet langer in rechte een beroep op de schikking doen.[156] Dit betekent evenals het geval is bij de transactie en het voorwaardelijk sepot dat de rechter zich in wezen niet hoeft te buigen over eerdere uitvoeringskwesties. In feite zijn deze met het vorderen van de ontnemingsmaatregel door de officier van justitie achterhaald geraakt.

Op basis van het voorgaande kan worden geconcludeerd dat uitvoeringskwesties in het kader van de verschillende overeenkomsten ter afdoening buiten geding steeds binnen het bestaande strafrechtelijke kader het hoofd kunnen worden geboden. Aan aanvullende normering vanuit het contractenrecht bestaat dan ook geen behoefte. Wel moet worden geconstateerd dat problemen met betrekking tot de uitvoering van de overeenkomst ter afdoening buiten geding door het strafrecht worden verwerkt door de overeenkomst eenvoudigweg ter zijde te schuiven en het strafproces zijn normale loop te laten hernemen. Daardoor kan niet worden gezegd dat uitvoeringskwesties in het kader van de overeenkomst ter afdoening buiten geding daadwerkelijk door middel van het strafrecht worden beslecht.

8.4.5.2 Overeenkomsten ter verkrijging van bewijs

Ook binnen het kader van de overeenkomst ter verkrijging van bewijs kunnen zich uitvoeringsproblemen voordoen doordat ofwel het Openbaar Ministerie ofwel de getuige zich (in de ogen van de wederpartij) niet aan de uit de overeenkomst voortvloeiende verbintenissen houdt. Zo kan de getuige om tal van redenen weigeren de eerder door hem toegezegde verklaringen af te leggen, bijvoorbeeld omdat hij niet tevreden is over de wijze waarop het Openbaar Ministerie tot dat moment zijn verplichtingen uit de overeenkomst nakomt en om die redenen de nakoming van zijn eigen verplichtingen opschort. Zijn weigering kan evenwel ook eenvoudigweg zijn ingegeven door een hernieuwde afweging van belangen, al dan niet op grond van (in zijn ogen) gewijzigde omstandigheden. Voor wat betreft dit laatste kan bijvoorbeeld worden gedacht aan (nieuwe) bedreigingen aan het adres van de getuige vanuit het criminele milieu.

156 Zie § 5 van Bijlage 3 bij de Aanwijzing ontneming van 16 februari 2009, *Stcrt*. 2009, 40, geldig van 1 maart 2009 tot 28 februari 2013.

Het scenario waarin de getuige zijn verplichting om een getuigenverklaring af te leggen niet nakomt, wordt door het strafrecht langs twee verschillende wegen benaderd.[157] Ten eerste door de volgorde van de zaken zodanig in te richten dat een weigering van de getuige de toegezegde verklaringen af te leggen door het Openbaar Ministerie kan worden gepareerd met het achterwege laten van de toegezegde verlaagde strafeis in de eigen strafzaak van de getuige. De Aanwijzing toezeggingen aan getuigen schrijft voor dat de officier van justitie ernaar dient te streven om eerst de strafzaak af te doen waarin de getuige zijn verklaringen aflegt, om pas daarna de strafzaak tegen de getuige zelf te behandelen.[158] Een dergelijke volgorde biedt voor het Openbaar Ministerie de mogelijkheid te reageren op de niet-nakoming door de getuige door zelf ook zijn verplichtingen uit de overeenkomst eenvoudigweg niet na te komen door in de strafzaak tegen de getuige zelf de eerder toegezegde vordering tot strafvermindering achterwege te laten en het volle pond jegens hem te eisen.[159] In feite vindt dan (langs informele weg) ontbinding van de overeenkomst plaats. Het strafrecht biedt daarnaast een tweede mogelijkheid te reageren op de weigerachtige getuige en wel door de getuige apart te vervolgen ter zake van overtreding van artikel 192 lid 2 Sr. De enkele opzettelijke weigering van de getuige zijn eerder toegezegde verklaringen af te leggen maakt hem immers strafbaar op grond van die bepaling.

Wat opvalt aan beide methoden is niet alleen dat het beide betrekkelijk stevige middelen zijn, maar ook dat het beide middelen zijn die zich in feite richten op 'bestraffing' van de niet-nakoming door de getuige in plaats van op het alsnog afdwingen van de nakoming. De wettelijke regeling van de toezeggingen aan getuigen voorziet niet in een afzonderlijke strafrechtelijke 'nakomingsactie' voor het Openbaar Ministerie. Het Openbaar Ministerie kan de rechter dan ook niet verzoeken te gelasten dat de getuige zijn verplichtingen voortvloeiende uit de overeenkomst alsnog nakomt, laat staan dat het naar analogie van artikel 6:74 BW of artikel 6:277 BW zou kunnen aansturen op een veroordeling tot schadevergoeding. In feite kan het Openbaar Ministerie enkel naar analogie van artikel 6:262 e.v. BW de eigen prestaties opschorten, zo deze in het stadium waarin de getuige zijn verklaringen moet afleggen al opeisbaar zouden zijn (hetgeen voor wat betreft de toezegging tot strafvermindering in ieder geval nog niet het geval is).[160] Het strafrecht biedt daarmee in feite nauwelijks mogelijkheden voor het Openbaar Ministerie om de getuige alsnog te bewegen tot nakoming van de overeenkomst anders dan door hem langs informele weg te dreigen met het ontbinden van de overeenkomst of het

157 Zie § 2.6.13.

158 Zie § 7.8 van de Aanwijzing toezeggingen aan getuigen in strafzaken van 13 maart 2006, *Stcrt*. 2006, 56, geldig van 1 april 2006 tot 30 september 2010.

159 De rechter zal in de regel de aldus verhoogde strafeis van het Openbaar Ministerie volgen, omdat er na de weigering van de getuige zijn verklaring af te leggen in beginsel geen aanleiding meer bestaat toepassing te geven aan artikel 44a lid 1 Sr. Zie § 2.6.13.

160 Zie in vergelijkbare zin voor de publiekrechtelijke overeenkomst § 7.3.4.3.

instellen van een aparte vervolging ter zake van artikel 192 lid 2 Sr.[161] Hierbij dient te worden benadrukt dat de verschillende maatregelen ter fysieke bescherming van de getuige zich principieel niet lenen om te worden gebruikt als pressiemiddel om de getuige te bewegen zijn verplichtingen voortvloeiende uit de overeenkomst na te komen. Niet alleen draagt het Openbaar Ministerie vanuit zijn (magistratelijke) positie een continue verantwoordelijkheid voor de veiligheid van de getuige, los van de vraag of deze zich al dan niet aan de termen van de overeenkomst houdt (welke verantwoordelijkheid nog eens wordt onderstreept door artikel 2 EVRM); ook maken de verschillende maatregelen tot fysieke getuigenbescherming geen onderdeel uit van de overeenkomst ter verkrijging van bewijs, met als gevolg dat de nakoming daarvan door het Openbaar Ministerie niet kan worden opgeschort op grond van de niet-nakoming door de getuige van zijn verplichtingen voortvloeiende uit de overeenkomst ter verkrijging van bewijs.[162] De overeenkomst ter verkrijging van bewijs dient steeds los te worden bezien van de overeenkomst die ingevolge het Besluit getuigenbescherming wordt gesloten met betrekking tot de fysieke bescherming van de getuige.[163]

In feite staat voor het Openbaar Ministerie enkel nog de mogelijkheid open om – bij wijze van voorschot op één van de twee genoemde mogelijke reacties op de weigering van de getuige de toegezegde verklaringen af te leggen – de rechter te verzoeken de getuige, mits deze verschijnt op het onderzoek ter terechtzitting en aldaar in zijn weigering persisteert, op grond van artikel 294 Sv in gijzeling te nemen. Het is evenwel zeer twijfelachtig of de rechter aan dit verzoek gehoor zal willen geven. De rechter zal niet snel geneigd zijn de 'vordering tot nakoming' van het Openbaar Ministerie kracht bij te zetten door de getuige in gijzeling te nemen. Niet alleen kan de rechter van mening zijn dat de getuige – al dan niet wegens gewijzigde omstandigheden – een legitieme reden heeft om terug te komen op zijn afspraken met het Openbaar Ministerie, ook staat het dwangmiddel van gijzeling niet open wanneer de getuige zich gerechtvaardigd op een verschoningsrecht kan beroepen. Dit zal in de regel het geval zijn, nu de getuige aan wie toezeggingen zijn gedaan in het algemeen verschoningsgerechtigd is op grond van artikel 219 Sv. Weliswaar wordt in de termen van de overeenkomst opgenomen dat de getuige afstand doet van

161 Hierbij moet worden opgemerkt dat de wetgever niet in eerste instantie aan een vervolging ter zake van artikel 192 lid 2 Sr denkt in gevallen waarin de strafvermindering nog niet is gerealiseerd. Zie *Kamerstukken II* 2001/02, 28 017, nr. 3. Zie § 2.6.13.

162 Zie § 2.6.8.

163 Besluit getuigenbescherming van 21 december 2005, *Stb.* 2006, 21, in werking getreden op 1 april 2006. Dit betekent *vice versa* dat ook de getuige die meent dat de overheid haar verplichtingen voortvloeiende uit de overeenkomst inzake de fysieke bescherming van de getuige niet (volledig) nakomt, hieraan strikt genomen geen consequenties mag verbinden voor de nakoming van zijn eigen verbintenissen voortvloeiende uit de overeenkomst ter verkrijging van bewijs.

dit verschoningsrecht,[164] de rechter zal zich daaraan vermoedelijk weinig gelegen laten liggen in geval het om een ingrijpend dwangmiddel als gijzeling gaat en de getuige uitdrukkelijk aangeeft de overeenkomst niet meer te willen nakomen.

Hoewel in het kader van de overeenkomst ter verkrijging van bewijs in het algemeen de meeste aandacht uitgaat naar het scenario waarin de getuige zijn verplichtingen voortvloeiende uit de overeenkomst niet nakomt, is het ook voorstelbaar dat het Openbaar Ministerie de in het kader van de overeenkomst gedane toezeggingen niet gestand doet.[165] Zo kan het Openbaar Ministerie van mening zijn dat het zijn verplichtingen onder de overeenkomst niet langer hoeft na te komen, omdat ook de getuige in de ogen van het Openbaar Ministerie zijn verplichtingen niet in volle omvang is nagekomen. Ook kan de situatie zich voordoen dat het Openbaar Ministerie zich in de ogen van de getuige onvoldoende moeite heeft getroost om de gedane toezeggingen te realiseren, met als gevolg dat de betreffende toezeggingen inderdaad niet daadwerkelijk zijn verzilverd. Een dergelijke situatie kan zich niet alleen voordoen in het kader van de toezegging tot strafvermindering, maar ook in het kader van de toezeggingen die kunnen worden gekwalificeerd als gunstbetoon in de zin van artikel 226g lid 4 Sv, nu het hierbij niet zelden om inspanningsverplichtingen gaat.[166]

Ook dergelijke uitvoeringsproblemen dienen conform het vaste uitgangspunt primair met behulp van het strafrechtelijk instrumentarium te worden benaderd. Bij het ontbreken van een specifieke wettelijke voorziening voor het geval waarin het Openbaar Ministerie zijn verplichtingen voortvloeiende uit de overeenkomst niet of niet in volle omvang nakomt, zal in een dergelijke situatie bij het algemene strafvorderlijke instrumentarium moeten worden aangesloten. Van een directe schending van een wettelijke verplichting door het Openbaar Ministerie zal in een dergelijk geval in het algemeen geen sprake zijn. Een dergelijke beweerde niet-nakoming zal daarom veelal moeten worden vertaald naar een beweerde schending van de beginselen van een behoorlijke strafrechtspleging, om daaraan vervolgens de in concreto meest passende consequenties te verbinden. Dit zal in het algemeen niet langs de weg van artikel 359a Sv kunnen geschieden, nu een schending door het Openbaar Ministerie van de verplichtingen voortvloeiende uit de overeenkomst in de regel in een stadium van het geding zal plaatsvinden waarin het onderzoek ter terechtzitting al is begonnen.[167] Van een vormverzuim in het voorberei-

164 Zie § 6 van de Aanwijzing toezeggingen aan getuigen in strafzaken van 13 maart 2006, *Stcrt*. 2006, 56, geldig van 1 april 2006 tot 30 september 2010.

165 De minister beschouwde dit slechts als een theoretische mogelijkheid. Zie *Kamerstukken II* 1999/2000, 26 294, nr. 15, p. 13.

166 Zie § 2.6.9.

167 Zie voor het geval waarin het onderzoek ter terechtzitting al is afgerond § 8.5.2.

dend onderzoek in de zin van artikel 359a Sv is dan geen sprake. Dit neemt niet weg dat de rechter ook buiten artikel 359a Sv om de door hem passend geachte consequenties kan verbinden aan een schending van de beginselen van een behoorlijke strafrechtspleging.

Voor de getuige geldt in wezen hetzelfde als hiervoor is opgemerkt voor het Openbaar Ministerie: een daadwerkelijke 'nakomingsactie' binnen de context van het strafproces heeft hij niet. Ook de getuige kan analoog aan artikel 6:262 BW zijn verplichtingen uit de overeenkomst opschorten indien en zolang het Openbaar Ministerie zijn verplichtingen niet heeft nagekomen. Dit vormt in de praktijk evenwel een weinig reële mogelijkheid, nu de getuige in de regel immers als eerste zijn verplichtingen dient na te komen. Het strafrecht biedt dan ook in wezen weinig adequate antwoorden voor het scenario waarin het Openbaar Ministerie niet aan zijn verplichtingen voldoet, terwijl analoge toepassing van het contractenrecht voor wat betreft de remedies in het geval van niet-nakoming beperkt dient te blijven tot de voor de getuige weinig soelaas biedende mogelijkheden van opschorting en eventuele ontbinding van de overeenkomst. De strafrechter kan – gebonden als deze is aan het strafrechtelijk instrumentarium dat hem ter beschikking staat – het Openbaar Ministerie immers niet tot nakoming van de verbintenissen veroordelen, terwijl een veroordeling tot schadevergoeding wegens niet-nakoming van de overeenkomst analoog aan artikel 6:74 BW evenmin tot de mogelijkheden behoort. Het strafproces voorziet nu eenmaal niet in een dergelijke modaliteit waardoor een dergelijk vergaande beslissing in strijd zou komen met het legaliteitsbeginsel. Dit type civielrechtelijke remedies stuit – in ieder geval in de context van het strafproces – af op de aard van de strafrechtelijke rechtsbetrekking, hetgeen in de weg staat aan analoge toepassing van het contractenrecht.[168] De getuige is binnen de context van het strafrecht derhalve steeds afhankelijk van de vraag of de strafrechter de niet-nakoming van de overeenkomst door het Openbaar Ministerie als een schending van de beginselen van een behoorlijke strafrechtspleging kwalificeert en bereid is daaraan strafrechtelijke consequenties te verbinden in de context van de strafzaak waarin de getuige zelf wordt vervolgd.

Voor het overige rest de getuige slechts een gang naar de civiele rechter. Afhankelijk van de vraag of al dan niet een spoedeisend belang in het geding is, kan hierbij aan zowel een kort geding als een civiele bodemprocedure worden gedacht.[169] De vraag is evenwel of en in hoeverre dit soelaas biedt ter oplossing van de gerezen problemen. Dit is mede afhankelijk van de grondslag waarop de vordering bij de civiele rechter wordt gebaseerd. Indien

168 Zie § 8.4.2.2. Zie voor de mogelijkheden bij de civiele rechter het navolgende.

169 Ook de minister achtte het kort geding in een dergelijk geval de meest aangewezen weg (zie *Kamerstukken II* 1999/2000, 26 294, nr. 15, p. 13). Zie voorts § 8.5.3, waar onder meer de vraag wordt beantwoord in welke gevallen de civiele rechter zich bevoegd zal achten over het gerezen geschil te oordelen.

nakoming van de strafrechtelijke overeenkomst dan wel schadevergoeding wegens wanprestatie wordt gevorderd, dient de civiele rechter strikt genomen een vergelijkbare redenering als de strafrechter te volgen. De rechtsbetrekking tussen het Openbaar Ministerie en de getuige blijft immers een strafrechtelijke, ook wanneer geschillen die daaruit voortkomen aan de civiele rechter worden voorgelegd. Aan het privaatrechtelijk contractenrecht komt derhalve strikt genomen ook bij de civiele rechter louter een aanvullende rol toe en ook hier zal analoge toepassing van het contractenrecht in geval van de meer ingrijpende remedies als een veroordeling tot nakoming of schadevergoeding, afstuiten op de aard van de (onderliggende) strafrechtelijke rechtsbetrekking. Slechts wanneer het gerezen geschil tussen het Openbaar Ministerie en de getuige wordt vertaald in een rechtsbetrekking die als privaatrechtelijk kan worden gekwalificeerd, heeft de civiele rechter meer speelruimte dan de strafrechter. Hierbij dient met name te worden gedacht aan de mogelijkheid het gerezen geschil bij de civiele rechter aanhangig te maken in de sleutel van de onrechtmatige daad ex artikel 6:162 BW. Dit opent vervolgens de mogelijkheid de overheid tot een schadevergoeding op grond van artikel 6:74 BW te veroordelen.[170] Een veroordeling van de overheid tot nakoming van de uit de strafrechtelijke overeenkomst voortvloeiende verbintenissen is langs die weg evenwel niet mogelijk. Of de civiele rechter geneigd zal zijn de problematiek op deze formele wijze te benaderen is evenwel de vraag. Het zal in de praktijk dan ook vermoedelijk niet uitgesloten zijn dat de civiele rechter vanuit een meer materiële benadering van het onderliggende geschil (ook) op grondslag van wanprestatie tot een veroordeling van het Openbaar Ministerie tot nakoming of schadevergoeding komt.

8.4.5.3 Conclusie

Bij de totstandkoming en de inhoud van de overeenkomst blijkt het strafrecht in het algemeen goed uit de voeten te kunnen waar het de normering van deze aspecten betreft. Er bestaat voor wat betreft deze aspecten wel enige behoefte aan aanvullende normering vanuit het contractenrecht (vgl. bijvoorbeeld de rol van de verschillende wilsgebreken in het kader van de totstandkoming van de overeenkomst ter verkrijging van bewijs); bijzonder groot is deze behoefte evenwel niet. Veel kwesties blijken toch afdoende te kunnen worden beslecht met behulp van de geschreven en ongeschreven normen van het strafrecht zelf, waarbij met name de beginselen van een behoorlijke strafrechtspleging een nuttige rol vervullen. In het kader van de uitvoering van de overeenkomst verandert dit beeld evenwel. Wanneer het gaat om overeenkomsten ter afdoening buiten geding blijkt het strafrecht uitvoeringsproblemen

170 Vgl. wederom *Kamerstukken II* 1999/2000, 26 294, nr. 15, p. 13, waarin de minister het geval van niet-nakoming door het Openbaar Ministerie inderdaad als een onrechtmatige daad ziet.

in die zin het hoofd te kunnen bieden dat het strafproces zijn normale loop herneemt en de overeenkomst achter de horizon verdwijnt. Van een werkelijke oplossing van de gerezen problemen is dan evenwel niet altijd sprake.

Problemen in het kader van de uitvoering van de overeenkomst ter verkrijging van bewijs worden door het strafrecht evenmin adequaat aangepakt. In de wettelijke regeling omtrent de overeenkomst ter verkrijging van bewijs heeft de wetgever in feite nauwelijks aandacht besteed aan de uitvoeringsfase van de overeenkomst. En voor zover dit wel is gebeurd, wordt grotendeels teruggegrepen op klassiek strafrechtelijk instrumentarium. De niet presterende getuige kan tegemoet worden getreden met de bestaande strafrechtelijke dwangmiddelen en de nieuwe strafbaarstelling van artikel 192 lid 2 Sr, terwijl het Openbaar Ministerie in geval van niet-nakoming de maat kan worden genomen met behulp van de beginselen van een behoorlijke strafrechtspleging. Daarmee biedt het strafrecht nauwelijks instrumentarium dat specifiek is toegesneden op normering van handelen dat is gebaseerd op zuivere juridische wederkerigheid. De enige uitzondering daarop vormt de mogelijkheid van beide partijen om in geval van niet-nakoming door de wederpartij naar analogie van artikel 6:262 BW ook de nakoming van de eigen verbintenissen op te schorten. In de praktijk vormt dit gezien de volgorde waarin het Openbaar Ministerie en de getuige hun verbintenissen uit de overeenkomst dienen na te komen, evenwel slechts een reële mogelijkheid voor het Openbaar Ministerie. Het strafrecht lijkt in zijn algemeenheid dan ook niet voldoende toegerust om kwesties omtrent niet-nakoming in alle gevallen adequaat te kunnen oplossen, hetgeen met name het geval lijkt te zijn in gevallen waarin het Openbaar Ministerie zijn verbintenissen niet nakomt. In dergelijk gevallen biedt aanvullende normering aan de hand van het privaatrechtelijk contractenrecht slechts in beperkte mate soelaas, nu de mogelijkheid tot analoge toepassing van meer ingrijpende remedies als een veroordeling tot nakoming of een veroordeling tot schadevergoeding ook bij de civiele rechter strikt genomen zal moeten afstuiten op de aard van de door legaliteit gedomineerde strafrechtelijke rechtsbetrekking, althans indien en voor zover deze op wanprestatie wordt gebaseerd. Indien de grondslag van de vordering wordt gezocht in de als privaatrechtelijk te kwalificeren onrechtmatige daad, kan de overheid daarentegen zonder meer tot schadevergoeding worden veroordeeld. Het is evenwel de vraag of de civiele rechter op een dergelijke formele wijze zal redeneren en in voorkomende gevallen niet veeleer geneigd zal zijn vanuit een meer materiële benadering van het onderliggende geschil tot een op wanprestatie gebaseerde veroordeling tot nakoming of schadevergoeding te komen.

8.5 De rechtspleging ten aanzien van de strafrechtelijke overeenkomst

8.5.1 Inleiding

Aan het slot van de voorgaande paragrafen is de mogelijkheid geopperd geschillen voortvloeiende uit de strafrechtelijke overeenkomst voor te leggen aan de civiele rechter. Daarmee werd enigszins vooruitgelopen op de thans te bespreken kwestie van de rechterlijke competentie: welke rechter(s) is/zijn bevoegdheid te oordelen over vragen die rijzen met betrekking tot of naar aanleiding van de strafrechtelijke overeenkomst: de strafrechter, de civiele rechter of beide? Hoewel gezien de specifieke karakteristieken en eigenaardigheden van de competentieverdeling tussen de bestuursrechter en de burgerlijke rechter deze kwestie in het voorgaande hoofdstuk goeddeels onbesproken is gebleven, maakt zij zonder enige twijfel een wezenlijk onderdeel uit van de problematiek van rechtsfiguren die zich op het grensvlak van meerdere rechtsgebieden bevinden of waarin meerdere rechtsgebieden in de context van een en dezelfde rechtsbetrekking samenkomen. Zo is in het voorgaande hoofdstuk herhaaldelijk geconstateerd dat de vraag naar het op rechtsbetrekkingen op het grensvlak van privaatrecht en publiekrecht toepasselijke recht lange tijd werd gedomineerd door de problematiek van de competentieverdeling, welke problematiek bij het tot de tweede helft van de vorige eeuw ontbreken van algemene administratieve rechtspraak ook lange tijd in het voordeel van het privaatrecht is uitgevallen.[171] Hoewel deze samenhang op zichzelf niet dwingend is, is er weinig reden aan te nemen dat deze zich niet zou (kunnen) voordoen waar het de strafrechtelijke overeenkomst betreft. De civiele rechter zal bij rechtsvragen over de strafrechtelijke overeenkomst vermoedelijk eerder dan de strafrechter geneigd zijn naar de privaatrechtelijke gereedschapskist te grijpen, terwijl de strafrechter bij voorkeur zo dicht mogelijk bij het strafrechtelijk instrumentarium zal willen blijven. Ook de vraag door welke rechtsregels de strafrechtelijke overeenkomst materieel wordt beheerst, hangt dan ook – is het niet theoretisch, dan is het wel feitelijk – gedeeltelijk samen met de vraag binnen welke context, op welk moment en door welk type rechter vragen met betrekking tot de strafrechtelijke overeenkomst worden beantwoord. In het navolgende worden daarom de nodige opmerkingen gemaakt over de competentieverdeling tussen de strafrechter en de civiele (kort geding) rechter waar het gaat om vragen die naar aanleiding van de verschillende strafrechtelijke overeenkomsten rijzen. Hierbij wordt mede de vraag onder ogen gezien of al dan niet behoefte bestaat aan een aanvullende rechtsingang om problemen bij de uitvoering van de strafrechtelijke overeenkomst aan de rechter te kunnen voorleggen.

171 Zie onder meer § 7.2.1.

8.5.2 De strafrechter

In het voorgaande is geconcludeerd dat de strafrechtelijke overeenkomst een strafrechtelijke rechtsfiguur is die een strafrechtelijke rechtsbetrekking in het leven roept die primair langs de weg van het strafrecht wordt genormeerd.[172] Het behoeft weinig betoog dat dit de strafrechter tot de primair competente rechter maakt om rechtsvragen met betrekking tot de strafrechtelijke overeenkomst te beantwoorden. Tegelijkertijd vormt het aanwijzen van de strafrechter als de primair competente rechter tot op zekere hoogte een garantie dat de strafrechtelijke overeenkomst ook daadwerkelijk door strafrechtelijke normen zal worden beheerst. Verwacht mag immers worden dat de strafrechter meer dan de civiele rechter geneigd zal zijn de overeenkomst met het hem vertrouwde strafrechtelijke instrumentarium tegemoet te treden. Dit neemt overigens niet weg dat de strafrechter in voorkomende gevallen conform de in het voorgaande beschreven werkwijze wel degelijk te rade zal moeten gaan bij het contractenrecht om in gevallen die zich daarvoor lenen de daaruit voortvloeiende rechtsnormen analoog op de strafrechtelijke overeenkomst toe te passen. Of en in hoeverre de strafrechter daartoe inderdaad genegen zal zijn, zal de toekomst moeten uitwijzen.

Het (normatief) aanwijzen van de strafrechter als de primair competente rechter om rechtsvragen over de strafrechtelijke overeenkomst te beantwoorden, betekent nog niet zonder meer dat hij (feitelijk) ook altijd in de gelegenheid zal zijn deze taak uit te voeren. Doorgaans zal dit wel het geval zijn. Veelal zal de strafrechter zich immers over de overeenkomst moeten buigen wanneer deze aan de orde komt binnen de context van een aan hem voorgelegde strafzaak. Dit kan de strafzaak zijn waarin de contractspartner van het Openbaar Ministerie zelf als verdachte is gedagvaard, hetgeen bijvoorbeeld het geval is bij een overeenkomst ter verkrijging van bewijs wanneer de getuige zelf in zijn eigen zaak als verdachte wordt vervolgd of bij een overeenkomst ter afdoening buiten geding waarbij deze om welke reden dan ook niet volledig is uitgevoerd en het Openbaar Ministerie om die reden heeft besloten de verdachte alsnog te dagvaarden. Het kan evenwel ook voorkomen dat de strafrechter zich over een overeenkomst zal moeten buigen in het kader van een strafzaak waarin een ander dan de contractspartner wordt vervolgd, hetgeen met name het geval zal zijn wanneer een overeenkomst ter verkrijging van bewijs dient te worden beoordeeld binnen de context van de strafzaak waarin de contractspartner van het Openbaar Ministerie als getuige optreedt.

Niettemin vormt dit niet een geheel sluitend systeem. De strafrechter kan zich immers pas over de overeenkomst buigen wanneer deze in de context van een bepaalde strafzaak aan hem wordt voorgelegd. Dit gebeurt evenwel niet altijd. Integendeel, bij de overeenkomsten ter afdoening buiten geding is het

172 Zie § 8.2.3 en § 8.4.2.1.

in eerste instantie juist de bedoeling van de contractspartijen dat de strafrechter er niet aan te pas komt. Dergelijke overeenkomsten komen dan ook zelden aan de orde bij de strafrechter. Pas wanneer in de ogen van het Openbaar Ministerie zodanige problemen met betrekking tot een overeenkomst ter afdoening buiten geding rijzen dat er weinig anders op zit dan tot dagvaarding van de verdachte over te gaan, kan de strafrechter zich over een dergelijke overeenkomst buigen. En ook dan komt de overeenkomst slechts zijdelings aan bod in het kader van de beoordeling door de strafrechter van de vraag of het Openbaar Ministerie al dan niet ontvankelijk in zijn vervolging kan worden geacht.[173] Wanneer de verdachte daarentegen van zijn kant problemen ten aanzien van de overeenkomst ter afdoening buiten geding ervaart, kan hij deze niet zelfstandig aan de strafrechter voorleggen. In dat geval kan hij in feite slechts langs indirecte weg een beoordeling door de strafrechter afdwingen door zijn medewerking aan de (uitvoering van de) overeenkomst te staken, opdat het Openbaar Ministerie zich genoodzaakt zal voelen de zaak door middel van een dagvaarding bij de rechter aanhangig te maken. Dit is vanuit het perspectief van de verdachte wel als een behoorlijk paardenmiddel te beschouwen, nu zijn doel met het sluiten van de overeenkomst juist gelegen was in het uitblijven van een rechterlijke procedure en zijn zaak nu onbedoeld alsnog in volle omvang bij de rechter aan de orde komt. Een mogelijkheid om slechts de overeenkomst aan de strafrechter voor te leggen, heeft de verdachte aldus niet. Indien bij de uitvoering van de overeenkomst ter afdoening buiten geding vanuit het perspectief van de verdachte problemen rijzen, zal hij steeds een afweging moeten maken of deze problemen zodanig van aard en gewicht zijn dat deze hem een gang naar de rechter – met alle processuele risico's en nadelige gevolgen in termen van tijd, geld en publiciteit van dien – waard zijn. Tot op zekere hoogte moet de verdachte die een overeenkomst ter afdoening buiten geding aangaat er maar op vertrouwen dat het Openbaar Ministerie zich aan de gemaakte afspraken houdt.[174] Daarmee is het stelsel van rechtsbescherming voor de verdachte in het kader van de uitvoering van de overeenkomst ter afdoening buiten geding niet geheel sluitend.[175]

---

173 Zie § 8.4.5.1.

174 Hierbij dient te worden bedacht dat het Openbaar Ministerie de gemaakte afspraken niet alleen kan schenden door de verplichtingen die het van zijn kant op zich heeft genomen, niet na te komen, maar ook door meer of anders van de verdachte te vragen in het kader van diens verplichtingen.

175 Zie ook Hartmann 2002, p. 104 waar hij ten aanzien van de huidige, op consensualiteit gebaseerde mogelijkheden van buitengerechtelijke afdoening concludeert dat sprake is van lacunes in de rechtsbescherming en een zekere mate van ondernormering. Hij brengt deze lacunes in de rechtsbescherming evenwel niet zozeer in verband met het gebrek aan mogelijkheden voor de verdachte de strafrechter te adiëren, maar veeleer met de klassieke bezwaren tegen deze vormen van buitengerechtelijke afdoening. Zie ook § 2.7.1.

Ook in het kader van de overeenkomst ter verkrijging van bewijs is de rechtsingang bij de strafrechter niet zonder meer en over de gehele linie gegarandeerd, althans niet voor de contractspartner van het Openbaar Ministerie. Voor het Openbaar Ministerie zal het veelal weinig probleem opleveren om geschillen ten aanzien van de uitvoering van de overeenkomst aan de strafrechter voor te leggen. Indien de koninklijke weg wordt gevolgd en de volgorde zodanig is dat eerst de getuige zijn verklaringen aflegt alvorens het Openbaar Ministerie in het kader van de strafzaak tegen de getuige zelf de van overheidswege gedane toezeggingen gestand doet, kan het Openbaar Ministerie eventuele problemen met betrekking tot de nakoming van de overeenkomst door de getuige in de context van twee strafzaken aan de rechter voorleggen. En zelfs als beide procedures in voorkomende gevallen in omgekeerde volgorde worden gevoerd, resteert voor het Openbaar Ministerie in geval van een weigerachtige getuige altijd nog de mogelijkheid van een aparte vervolging ter zake van artikel 192 lid 2 Sr waardoor de strafrechter alsnog kan worden benaderd. Nu de getuige zijn verplichtingen voortvloeiende uit de overeenkomst in het algemeen dient te leveren voorafgaand en tijdens de loop van het onderzoek ter terechtzitting, bestaat voor het Openbaar Ministerie vrijwel altijd een mogelijkheid de strafrechter te benaderen indien problemen rond de nakoming van de overeenkomst rijzen. En zelfs wanneer na afloop van beide strafzaken blijkt dat de getuige zijn verplichtingen voortvloeiende uit de overeenkomst toch niet volledig is nagekomen, bijvoorbeeld wanneer op een later moment blijkt dat de door hem als getuige afgelegde verklaringen in strijd met de waarheid zijn, staat het Openbaar Ministerie niet met lege handen. In een dergelijk geval behoort een aparte vervolging ter zake van meineed (artikel 207 Sr) immers zonder meer tot de mogelijkheden. De overeenkomst zelf staat dan weliswaar niet meer ter discussie en de door het Openbaar Ministerie in het kader daarvan geleverde prestaties (veelal strafvermindering) zullen dan in het algemeen niet meer kunnen worden teruggedraaid; materieel kan het Openbaar Ministerie toch bewerkstelligen dat de door de getuige ten onrechte genoten voordelen geheel of gedeeltelijk ten nadele van de getuige worden gecompenseerd door middel van een strafoplegging ter zake van meineed.[176] Linksom of rechtsom bestaat dan ook vrijwel

176 De veroordeling van de getuige in diens eigen strafzaak – waarin veelal conform de overeenkomst strafvermindering zal zijn toegepast – is, mits alle gewone rechtsmiddelen inmiddels zijn uitgeput, onaantastbaar. Dit geldt ook wanneer in de toekomst de mogelijkheid van herziening ten nadele eventueel zou zijn ingevoerd. Om uiteenlopende redenen komt de strafzaak van de getuige zelf ingevolge het thans bij de Tweede Kamer aanhangig zijnde Wetsvoorstel herziening ten nadele (*Kamerstukken II* 2008/09, 32 044, nr. 2) niet voor herziening ten nadele in aanmerking. De voornaamste reden is dat het wetsvoorstel in de huidige vorm herziening ten nadele – behoudens in geval van omkoping van de rechter – slechts in geval van vrijspraak of ontslag van rechtsvervolging mogelijk maakt (zie het voorgestelde artikel 482a Sv), terwijl de strafzaak van de getuige zelf in de regel in een veroordeling zal zijn geëindigd. Dit alles doet uiteraard niet af aan het feit dat de strafzaak waarin gebruik is gemaakt van de (naar achteraf blijkt) leugenachtige verklaringen van

steeds een strafrechtelijke rechtsingang voor het Openbaar Ministerie wanneer de overeenkomst in zijn ogen niet (goed) is of wordt nagekomen.

Dit is voor de getuige daarentegen niet zonder meer het geval. Indien hij in het kader van de overeenkomst ter verkrijging van bewijs problemen ervaart, is het niet aan hem een strafrechtelijke procedure te initiëren; dit recht is immers voorbehouden aan het Openbaar Ministerie. De getuige is voor het voorleggen van zijn grieven in het kader van de overeenkomst aan de strafrechter dan ook steeds afhankelijk van de vraag of op dat moment al dan niet een vervolging aanhangig is waarin hij als procesdeelnemer is betrokken, ofwel als getuige ofwel als verdachte. Dit zal veelal wel het geval zijn: de werkwijze rond de overeenkomst ter verkrijging van bewijs veronderstelt immers een tweetal verschillende strafzaken die beide tot een onderzoek ter terechtzitting leiden. Wanneer deze beide procedures eenmaal zijn afgerond, dan is ook de weg naar de strafrechter voor de getuige daarmee volledig afgesloten. Het hangt met name af van de aard van de door het Openbaar Ministerie aan de getuige gedane toezeggingen en de vraag op welk moment gedurende 'de looptijd' van de overeenkomst het Openbaar Ministerie deze toezeggingen gestand moet doen of en in hoeverre deze situatie voor de getuige problematisch is. Hierbij komt wederom betekenis toe aan de volgorde waarin een dergelijke overeenkomst in de regel zal worden uitgevoerd: eerst levert de getuige zijn prestatie door als getuige in andermans zaak op te treden; vervolgens wordt de zaak behandeld waarin de getuige zelf als verdachte wordt vervolgd. Hoe eerder in dit traject het Openbaar Ministerie zijn verplichtingen dient na te komen, hoe meer mogelijkheden de getuige heeft om in geval van niet-nakoming de strafrechter daarover te laten oordelen. Wanneer de overeenkomst mede bestaat uit de toezegging van het Openbaar Ministerie dat het zal meewerken aan een schorsing van de voorlopige hechtenis van de getuige en deze toezegging wordt in de ogen van de getuige niet (voldoende) nagekomen, dan zal dit al in een betrekkelijk vroeg stadium blijken en zal de getuige verschillende mogelijkheden hebben daarover zijn beklag te doen bij de strafrechter. De overeenkomst bestaat evenwel in het algemeen met name uit de toezegging van het Openbaar Ministerie dat het tijdens de vervolging van de getuige zelf met een vooraf vastgestelde significant gemitigeerde strafeis zal komen. Wanneer het Openbaar Ministerie deze toezegging in de ogen van de getuige niet (voldoende) nakomt, resteert – uiteraard behoudens de mogelijkheden van hoger beroep en cassatie – slechts één mogelijkheid hierover bij de strafrechter te klagen. Bovendien ontbeert de getuige in deze fase van de overeenkomst het machtsmiddel de nakoming van zijn eigen verplichtingen op te schorten, nu hij deze in de regel al zal zijn nagekomen.

---

de getuige met wie een overeenkomst is gesloten, wel in aanmerking kan komen voor herziening ten voordele, mits kan worden aangenomen dat de nieuwe informatie omtrent de leugenachtigheid van de verklaringen een novum in de zin van artikel 457 lid 1, sub 2 Sv oplevert.

In laatstbedoelde situatie is er in ieder geval één mogelijkheid voor de getuige bij de strafrechter te klagen over de (niet-)nakoming van de overeenkomst door het Openbaar Ministerie. Het is evenwel ook voorstelbaar dat een dergelijke mogelijkheid in zijn geheel ontbreekt. Dit is in het bijzonder het geval wanneer pas na afloop van beide strafzaken blijkt dat het Openbaar Ministerie zijn toezeggingen niet geheel nakomt of is nagekomen. Deze situatie kan zich bijvoorbeeld voordoen wanneer het gaat om toezeggingen met betrekking tot de feitelijke bescherming van de getuige en/of zijn naasten. Weliswaar maken dergelijke maatregelen strikt genomen geen onderdeel uit van de overeenkomst ter verkrijging van bewijs – hierover wordt immers een aparte overeenkomst gesloten in het kader van artikel 226l Sv en het daarop gebaseerde Besluit getuigenbescherming[177] –; voor de getuige is zijn bereidheid tot medewerking aan de overeenkomst ter verkrijging van bewijs veelal direct afhankelijk van hetgeen door de overheid is toegezegd in het kader van de overeenkomst met betrekking tot de feitelijke getuigenbescherming. In dat geval staat de getuige strafrechtelijk gezien evenwel met lege handen, nu hij in dat geval geen enkele titel meer heeft om de strafrechter te benaderen. Deze situatie kan zich evenwel ook voordoen ten aanzien van verbintenissen van het Openbaar Ministerie die wel degelijk een integraal onderdeel van de overeenkomst ter verkrijging van bewijs uitmaken, maar die niet noodzakelijkerwijs voorafgaand, tijdens of in ieder geval in het kader van het strafproces tegen de getuige hoeven te worden gerealiseerd. Hierbij kan met name worden gedacht aan het zogenoemde gunstbetoon in het kader van artikel 226g lid 4 Sv, en meer in het bijzonder de in de Aanwijzing toezeggingen aan getuigen genoemde voorbeelden van het bewerkstelligen van een mild(er) detentieregime, het bevorderen dat de tenuitvoerlegging van een in het buitenland opgelegde straf in Nederland kan worden voortgezet in het kader van de WOTS of het verlenen van voorspraak bij bestuursorganen als de IND of de Belastingdienst.[178] Niet zelden zullen dergelijke toezeggingen door het Openbaar Ministerie gestand moeten worden gedaan na afloop van het strafproces tegen de getuige. Deze laatste moet er dan maar op vertrouwen dat het Openbaar Ministerie dit ook daadwerkelijk doet; een rechtsingang bij de strafrechter wanneer het tegendeel het geval blijkt te zijn, heeft hij niet.

Voor wat betreft de overeenkomst ter verkrijging van bewijs moet worden geconcludeerd dat voor de getuige in de praktijk veelal wel een mogelijkheid zal bestaan zijn grieven in het kader van de overeenkomst aan de strafrechter voor te leggen. Feit blijft evenwel dat hij hiervoor steeds afhankelijk is van de vraag of (nog) een vervolging aanhangig is bij de strafrechter in het kader waarvan hij dit daadwerkelijk kan doen. Hoewel het aantal gevallen waarin

177 Besluit getuigenbescherming van 21 december 2005, *Stb*. 2006, 21, in werking getreden op 1 april 2006.

178 Zie § 8.4 van de Aanwijzing toezeggingen aan getuigen in strafzaken van 13 maart 2006, *Stcrt*. 2006, 56, geldig van 1 april 2006 tot 30 september 2010. Zie ook § 2.6.9.1.

dit niet het geval zal zijn betrekkelijk schaars is, levert dit telkens wanneer een dergelijke situatie zich wel voordoet een gat in de rechtsbescherming voor de betreffende getuige op.

8.5.3 De civiele rechter

In het voorgaande is geconstateerd dat zich zowel bij de overeenkomsten ter afdoening buiten geding als bij de overeenkomsten ter verkrijging van bewijs een hiaat in de rechtsbescherming kan voordoen, nu het bij beide typen overeenkomsten kan voorkomen dat de verdachte of getuige zich niet tot de strafrechter kan wenden terwijl hij wel degelijk aanspraak zou moeten kunnen maken op bescherming van zijn rechten en belangen. In voorkomende gevallen rest hem dan nog slechts een beroep op de civiele rechter. Dit kan zowel in het kader van de gewone civiele procedure als in de context van het kort geding, afhankelijk van de vraag of al dan niet een spoedeisend belang in het geding is. Met name deze laatste weg van het kort geding wordt tegenwoordig veelvuldig bewandeld in gevallen waarin de strafrechtelijke rechtsbescherming tekortschiet.[179] Van de Griend wijst er dan ook op dat de mogelijkheid van het kort geding allerminst als een witte raaf binnen de strafrechtelijke context moet worden gezien:

> 'Tegenwoordig heeft het kort geding het gehele strafrecht doortrokken. Vanaf bij wijze van spreken de eerste minuut dat er een vermoeden is van een strafbaar feit tot en met werkelijk de laatste minuut van de tenuitvoerlegging van een veroordelende beslissing wordt de rechter in kort geding te hulp geroepen waarbij zeer uiteenlopende onderwerpen aan bod komen (…). Waar het uiteindelijk allemaal op neer komt is rechtsbescherming. De initiator van een kort geding beoogt (vermeende) rechten veilig te stellen.'[180]

Het navolgende spitst zich daarom in eerste instantie toe op het kort geding. Bedacht dient evenwel te worden dat in gevallen waarin geen sprake is van een spoedeisend belang ook de weg van de normale civiele bodemprocedure kan worden bewandeld.

De vraag of de mogelijkheid van het kort geding voor de verdachte of getuige openstaat, is afhankelijk van een aantal criteria, welke in het navolgende enkel zullen worden aangestipt. Artikel 254 lid 1 Rv hanteert het volgende ontvankelijkheidscriterium voor het kort geding: 'In alle spoedeisende zaken waarin, gelet op de belangen van partijen, een onmiddellijke voorziening bij

---

179 Zie over het kort geding in strafzaken Blaauw 1992 en Van de Griend 2002. Het werk van Blaauw is weliswaar nog gebaseerd op de oude regeling van het kort geding. Niettemin is veel van hetgeen hij bespreekt ook nu nog onverminderd van belang voor het kort geding in strafzaken.

180 Van de Griend 2002, p. 23.

voorraad wordt vereist, is de voorzieningenrechter bevoegd deze te geven.' In de eerste plaats dient derhalve sprake te zijn van een spoedeisend belang. Indien de voorzieningenrechter[181] de situatie als niet spoedeisend beoordeelt, zal hij eiser derhalve niet-ontvankelijk verklaren. Voor het overige stelt artikel 254 Rv in wezen geen verdere eisen aan de ontvankelijkheid. Niettemin gelden op grond van de jurisprudentie wel de nodige nadere vereisten. Zo zal eiser volgens vaste jurisprudentie niet-ontvankelijk worden verklaard in het kort geding indien een andere met voldoende waarborgen omgeven rechtsgang openstaat of heeft opengestaan.[182] In die zin vormt het kort geding dan ook niet, althans niet zonder meer, een mogelijkheid om langs privaatrechtelijke weg het gesloten stelsel van rechtsmiddelen in het strafrecht te omzeilen: wanneer de strafrechter zich reeds over een bepaalde kwestie heeft uitgelaten, zal de rechter in kort geding zich van een oordeel moeten onthouden.[183] Slechts als de voorzieningenrechter oordeelt dat het strafrecht geen met voldoende waarborgen omgegeven rechtsgang biedt of heeft geboden, zal hij de verdachte of de getuige ontvankelijk achten. Dit geldt gelijkelijk in de civiele bodemprocedure. Voorts geldt als vereiste voor de ontvankelijkheid dat de eiser de juiste wederpartij dient te dagvaarden. Voor het kort geding of de bodemprocedure in strafzaken betekent dit dat in de regel de Staat zal moeten worden gedagvaard en niet het Openbaar Ministerie of de officier van justitie, nu conform de algemene regels van burgerlijke rechtsvordering de rechtspersoon zelf en niet een van zijn organen moet worden gedagvaard.[184]

Buiten deze criteria voor de ontvankelijkheid, geldt dat de civiele rechter (in kort geding) vrijwel altijd bevoegd is over het geschil te oordelen. Gezien artikel 112 Gw dient voor wat betreft de bevoegdheid van de civiele (kort geding) rechter in feite slechts de vraag te worden beantwoord of eiser al dan niet in een burgerlijk recht stelt te zijn geschaad (de *objectum litis* leer).[185] De grondslag van de eis zal derhalve gewoonlijk in de onrechtmatige daad

181 De juridisch correcte benaming van de rechter in kort geding is sinds de inwerkingtreding van het nieuwe Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering op 1 januari 2002 de voorzieningenrechter. In het onderstaande zullen beide benamingen afwisselend worden gebezigd. Zie ook Van de Griend 2002, p. 7 en Groenhuijsen & Knigge 2004, p. 113.

182 Zie Van de Griend 2002, p. 14-15, met verwijzing naar het standaardarrest HR 22 februari 1957, *NJ* 1957, 310 (Schellen en Deuropeners).

183 Zie uitgebreid over de verhouding tussen het kort geding in strafzaken en het gesloten stelsel van rechtsmiddelen Van de Griend 2002, p. 36-51.

184 Op deze regel worden evenwel bescheiden uitzonderingen toegelaten. Zie meer uitgebreid Blaauw 1992, p. 28-29 en Van de Griend 2002, p. 15-17.

185 Zie over de bevoegdheid uitgebreid Van de Griend 2002, p. 8-13 en de aldaar genoemde jurisprudentie. In dit kader zijn met name van belang HR 31 december 1915, *NJ* 1916, p. 407 (Guldemond-Noordwijkerhout) en HR 28 februari 1992, *NJ* 1992, 687 m.nt. MS (Changoe). Van de Griend wijst op het feit dat in de literatuur ook de opvatting wordt verdedigd dat de rechter in kort geding steeds bevoegd is indien sprake is van een spoedeisend belang in de zin van artikel 254 Rv, zonder dat hij daarbij nog afzonderlijk aan artikel 112 Gw hoeft te toetsen. Gezien de ruime bevoegdheidsgrondslag die deze bepaling biedt, is het praktische verschil tussen beide benaderingen evenwel vrijwel nihil.

ex artikel 6:162 BW zijn gelegen,[186] maar de grondslag kan ook in het niet-nakomen van een contract worden gezocht. Hierbij doet het feit dat een andere rechter wellicht ook bevoegd zou kunnen zijn van het geschil kennis te nemen, in beginsel niet af aan de bevoegdheid van de civiele (kort geding) rechter.[187] Wel is dit gegeven als gezegd van belang voor de beoordeling van de ontvankelijkheid in kort geding.

Tot slot dient erop te worden gewezen dat het kort geding weliswaar altijd een accessoir karakter ten opzichte van de bodemprocedure heeft, maar dat dit niet betekent dat dit bodemgeschil ook daadwerkelijk altijd aanhangig dient te zijn of te worden gemaakt. Het gaat er slechts om of in potentie al dan niet een bodemgeschil aanwezig is, waarbij het irrelevant is welk type rechter bevoegd zou zijn over dat bodemgeschil te oordelen. In de praktijk blijft de bodemprocedure na een kort geding niet zelden achterwege; in die zin hebben de door de kort geding rechter getroffen voorlopige voorzieningen materieel gezien dan ook veelal een definitief karakter. Ook hoeft de rechter in kort geding er, ondanks het formeel voorlopige karakter van de door hem te treffen voorzieningen, in beginsel niet voor terug te deinzen voorzieningen te treffen die materieel onherstelbaar van aard zijn. Juridisch bezien blijft het kort geding evenwel een accessoire procedure waarin voorlopige voorzieningen worden getroffen. Mocht het derhalve wel tot een bodemprocedure komen, dan is de rechter in die procedure geenszins aan de beslissing van de kort geding rechter gebonden.[188]

Na deze beknopte schets van het kort geding kan worden gesteld dat ook de verdachte of getuige die tegen een hiaat in de strafrechtelijke rechtsbescherming aanloopt, onder omstandigheden ontvankelijk zal kunnen worden geacht in een kort geding. Als gezegd, de bevoegdheid van de civiele rechter (in kort geding) zal veelal niet tot problemen leiden: een burgerlijk recht is immers al snel in het geding, ook wanneer problemen rijzen in het kader van een strafrechtelijke overeenkomst. De vraag of de verdachte of getuige vervolgens ook ontvankelijk kan worden geacht, zal afhangen van de vraag of zijn belang door de rechter in kort geding als voldoende spoedeisend in de zin van artikel 254 Rv zal worden aangemerkt alsmede van de vraag of het strafrecht in de ogen van de kort geding rechter al dan niet een met voldoende waarborgen omgeven rechtsgang biedt of heeft geboden. De eerste vraag zal in het kader

186 Wanneer de Staat in kort geding wordt gedaagd, zoals in geval van het kort geding in strafzaken, zal de grondslag van het kort geding derhalve veelal zijn gelegen in de onrechtmatige overheidsdaad. Zie Blaauw 1992, p. 33.

187 Dit is slechts anders wanneer de beoordeling van een bepaald geschil bij uitsluiting is opgedragen aan een andere rechter dan de burgerlijke rechter. Zie HR 28 februari 1992, *NJ* 1992, 687 m.nt. MS (Changoe). Zie voorts in zijn algemeenheid over de bevoegdheidsverdeling tussen de burgerlijke rechter en de strafrechter bij vorderingen tegen de overheid Dane 2009, p. 188-194.

188 Zie Van de Griend 2002, p. 12-13 en 17-19.

van de strafrechtelijke overeenkomst niet zelden bevestigend kunnen worden beantwoord: met name in het geval van overeenkomsten ter verkrijging van bewijs kunnen zich situaties voordoen waarin een snelle beslissing van een rechter is geboden.[189] Ook in het kader van overeenkomsten ter afdoening buiten geding zijn dergelijke situaties evenwel denkbaar, bijvoorbeeld wanneer het Openbaar Ministerie de verdachte op straffe van dagvaarding een uiterste termijn voor het voldoen aan de transactievoorwaarden stelt, terwijl de verdachte van mening is dat het Openbaar Ministerie andere dan de eerder overeengekomen voorwaarden stelt. Indien de rechter oordeelt dat geen sprake is van een spoedeisend belang, staat nog altijd de mogelijkheid van de civiele bodemprocedure open.

Zoals in het voorgaande is betoogd, zal in bepaalde omstandigheden ook voldaan zijn aan het tweede vereiste van ontvankelijkheid: het ontbreken van een met voldoende waarborgen omgeven rechtsgang binnen het strafrecht. Hiervan zal met name sprake kunnen zijn in geval van overeenkomsten ter verkrijging van bewijs waarin het Openbaar Ministerie bepaalde toezeggingen niet nakomt, terwijl geen strafvervolging meer aanhangig is bij de rechter in het kader waarvan door de getuige over deze niet-nakoming kan worden geklaagd. In een dergelijk geval staat de getuige strafrechtelijk gezien met lege handen. Of de rechter in kort geding ook de verdachte die in het kader van een overeenkomst ter afdoening buiten geding in zijn burgerlijke rechten meent te worden geschaad, ontvankelijk zal achten, kan evenwel worden betwijfeld. In dat geval zal de verdachte immers in de regel op dagvaarding voor de strafrechter kunnen aansturen door eenvoudigweg zijn medewerking aan de overeenkomst op te schorten. In die situatie kan dan niet zonder meer worden gesteld dat de strafrechtelijke mogelijkheden tekortschieten. Hierbij dient evenwel te worden aangetekend dat de toets of al dan niet een met voldoende waarborgen omgeven alternatieve rechtsgang voorhanden is, mede de vraag omvat of deze andere rechtsgang – gelet op het spoedeisende belang – geschikt is om een snelle beslissing van de rechter uit te lokken.[190] Het enkele feit dat een andere rechtsgang openstaat, hoeft derhalve nog niet zonder meer aan de ontvankelijkheid in kort geding in de weg te staan. Indien de verdachte aannemelijk kan maken dat de behandeling door de strafrechter in de gegeven omstandigheden niet kan worden afgewacht en dat de strafrechtelijke rechtsgang in zoverre niet met voldoende waarborgen is omgeven – hetgeen niet gemakkelijk zal zijn –, is het niet uitgesloten dat zijn grieven in het kader van de overeenkomst ter afdoening buiten geding door de rechter in kort geding ontvankelijk zullen worden geacht. In die zin kan dan ook worden gesteld

189 Vgl. de in § 8.5.2 genoemde voorbeelden waarin de strafrechtelijke rechtsbescherming ten aanzien van overeenkomsten ter verkrijging van bewijs tekortschiet.

190 Zie Van de Griend 2002, p. 15 met verwijzing naar Pres. Rb Groningen 25 augustus 1989, *KG* 1989, 389 en Pres. Rb Groningen 18 januari 1991, *KG* 1991, 60. Zie in dit kader ook Groenhuijsen & Knigge 2004, p. 115-116.

dat het ontvankelijkheidsvereiste met betrekking tot het ontbreken van een alternatieve rechtsgang mede in het licht van het ontvankelijkheidscriterium van spoedeisendheid dient te worden beoordeeld, terwijl andersom kan worden gesteld dat lichtere eisen aan het vereiste van spoedeisendheid kunnen worden gesteld, indien vaststaat dat een alternatieve rechtsgang volledig ontbreekt. Beide ontvankelijkheidscriteria hangen derhalve in zekere zin met elkaar samen.

Wanneer de civiele (kort geding) rechter de verdachte of de getuige eenmaal ontvankelijk heeft geacht, zal hij het voorgelegde geschil inhoudelijk beoordelen. Daarbij zal de vordering veelal zijn gebaseerd op een onrechtmatige (overheids)daad, hetgeen betekent dat de civiele rechter in beginsel de vraag dient te beantwoorden of de strafvorderlijke overheid al dan niet onrechtmatig in de zin van artikel 6:162 BW jegens de verdachte c.q. de getuige heeft gehandeld.[191] Dit is een primair privaatrechtelijke toets, hetgeen ook bepaald voor de hand ligt, nu de civiele rechter zijn bevoegdheid ontleent aan het feit dat de eiser in een van zijn burgerlijke rechten stelt te zijn geschaad. Nu het hier een goeddeels open norm betreft ('een inbreuk op een recht (…) [of] een doen of nalaten in strijd met een wettelijke plicht of met hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt'), zal deze door de rechter evenwel steeds nader moeten worden ingevuld. Hierbij ligt het voor de hand dat dit in het kader van de civiele procedure in strafzaken veelal met behulp van de in het kader van het geschil relevante strafrechtelijke normen zal gebeuren. De civiele rechter zal zijn oordeel in dit type zaken derhalve materieel gezien grotendeels aan de hand van het strafrechtelijk normatief kader vellen. Niettemin moet worden geconstateerd dat in het kader van de civiele procedure in strafzaken theoretisch gezien primair sprake is van een privaatrechtelijk toetsingskader (althans indien en voor zover de vordering wordt gebaseerd op onrechtmatige daad[192]), waarbij (slechts) voor wat betreft de invulling wordt aangesloten bij het strafrechtelijke normatieve kader. Dit zal naar mag worden aangenomen ook het geval zijn wanneer (de uitvoering van) de strafrechtelijke overeenkomst het onderwerp van de civiele procedure vormt. Het eerder geformuleerde uitgangspunt dat de strafrechtelijke overeenkomst, zijnde een strafrechtelijke rechtsbetrekking, ook primair door middel van het strafrechtelijk normatief kader dient te worden beoordeeld,[193] wordt daarmee in de context van de civiele procedure strikt genomen verlaten.

---

191 Zie ook Groenhuijsen & Knigge 2004, p. 118 waar zij stellen dat de beoordelingsmaatstaf in kort geding is gelegen in de vraag 'of de strafvorderlijke autoriteiten jegens de eiser zich zodanig in strijd met het geschreven of ongeschreven recht hebben gedragen, dat moet worden gesproken van een onrechtmatige daad'. Zij wijzen erop dat de rechter in kort geding het handelen of nalaten van de strafvorderlijke autoriteiten veelal marginaal toetst.

192 Indien de vordering in de civiele procedure wordt gebaseerd op wanprestatie, dient de civiele rechter zich strikt genomen te baseren op een strafrechtelijk toetsingskader, nu de strafrechtelijke overeenkomst een strafrechtelijke rechtsbetrekking is. Zie § 8.4.5.2.

193 Zie § 8.4.2.1.

8.5.4 Alternatieven

De strafrechtelijke overeenkomst is een strafrechtelijke rechtsfiguur die een strafrechtelijke rechtsbetrekking in het leven roept en aldus ook langs de weg van het strafrecht dient te worden genormeerd. Idealiter dient het strafrecht dan ook voldoende mogelijkheden te bieden deze strafrechtelijke normering daadwerkelijk gestalte te geven door te zorgen voor een sluitend stelsel van rechtsingangen voor de bij de overeenkomst betrokken rechtssubjecten. In het voorgaande kwam naar voren dat op dit moment van een dergelijk sluitend systeem evenwel niet over de gehele linie sprake is. In voorkomende gevallen dient daarom aanvullende rechtsbescherming te worden geboden door de civiele rechter (al dan niet in de context van een kort geding). Dit is geen ideale situatie. In zijn algemeenheid mag van het strafrecht worden verwacht dat het de rechtsbetrekkingen die door dat rechtsgebied worden bestreken, volledig zelfstandig kan beheersen.[194] Dit klemt temeer nu het van min of meer toevallige omstandigheden lijkt af te hangen of problemen die in het kader van een strafrechtelijke overeenkomst rijzen, al dan niet aan de strafrechter kunnen worden voorgelegd. Het moment in de tijd waarop deze problemen naar voren komen, is immers niet zelden bepalend voor de vraag of de strafrechter al dan niet kan worden benaderd. Hoewel het voor wat betreft het op de overeenkomst toepasselijke recht in wezen niet zou moeten uitmaken welk type rechter rechtsvragen betreffende de overeenkomst beoordeelt – zowel de strafrechter als de civiele rechter zal op grond van het in het voorgaande geschetste normatieve kader in eerste instantie de mogelijkheden van het strafrecht moeten onderzoeken om eventueel pas daarna tot analoge toepassing van het privaatrechtelijke contractenrecht over te gaan –, bergt deze situatie toch het gevaar van uiteenlopende beoordelingen van de strafrechtelijke overeenkomst in zich. In het voorgaande werd immers al geconstateerd dat de civiele rechter het geschil met betrekking tot de strafrechtelijke overeenkomst veelal in de sleutel van de onrechtmatige (overheids)daad zal moeten beoordelen, als gevolg waarvan hij strikt genomen een privaatrechtelijk toetsingskader hanteert, dat hij vervolgens dient in te vullen aan de hand van de normen van het strafrecht en het privaatrechtelijk contractenrecht. Hierbij zal de civiele rechter gezien zijn privaatrechtelijke oriëntatie wellicht eerder geneigd zijn naar de normen

194 Zie ook Groenhuijsen & Simmelink 2004, p. 114-115 waar zij stellen dat 'in geval van een regelmatig en voorzienbaar terugkerend probleem in feite geen gebruik zou moeten worden gemaakt van een algemene restvoorziening in de rechtsbescherming. Voor dergelijke situaties dienen binnen het wetboek van strafvordering aparte nette procedures te bestaan.' En elders (op p. 119) stellen zij: 'een systematisch opgezet modern wetboek behoort de intentie uit te stralen om (…) in beginsel een dekkend stelsel van normering en bijpassende rechtsbescherming te bieden.' Vgl. voorts ten aanzien van het bestuursrecht Scheltema & Scheltema 2008, p. 5-6.

van het contractenrecht te grijpen.[195] De strafrechter zal daarentegen gezien zijn strafrechtelijke oriëntatie wellicht pas tot analoge toepassing van het contractenrecht willen overgaan wanneer hij eerst expliciet heeft vastgesteld dat het strafrecht geen antwoorden biedt. Of dit daadwerkelijk het geval is kan bij gebreke aan voldoende vergelijkingsmateriaal op dit moment niet worden beoordeeld, maat het zal duidelijk zijn dat dit (potentiële) verschil in benaderingswijze tussen de strafrechter en de civiele rechter niet alleen tot rechtsongelijkheid op individueel niveau, maar ook tot een verschil in rechtsontwikkeling op de langere termijn kan leiden. Het gegeven dat de vraag welk type rechter zich over het gerezen geschil zal moeten uitlaten, voorts mede wordt bepaald door de vraag welk van beide betrokken rechtssubjecten om rechterlijke beoordeling vraagt, maakt deze situatie te minder wenselijk.

Mede om voornoemde redenen zou het goed zijn wanneer de strafrechter zich in alle gevallen als de bevoegde rechter over de strafrechtelijke overeenkomst zou kunnen buigen. Daarbij komt nog een ander argument. Zoals in het voorgaande aan de orde kwam, dient de verdachte die problemen ten aanzien van de overeenkomst ter afdoening buiten geding ervaart en daarom op behandeling van zijn zaak door de strafrechter aanstuurt, op de koop toe te nemen dat de strafrechter zich niet zozeer over het geschil met betrekking tot de overeenkomst buigt als wel over de onderliggende strafzaak, met alle mogelijke negatieve processuele, financiële en publicitaire gevolgen voor de verdachte van dien.[196] Wanneer nu een aparte strafvorderlijke voorziening voor geschillen met betrekking tot de strafrechtelijke overeenkomst in het leven zou worden geroepen, opent dit voor de verdachte – afhankelijk van de wijze waarop een dergelijke voorziening zou worden vormgegeven – de mogelijkheid een rechterlijk oordeel uit te lokken over een geschil met betrekking tot een overeenkomst ter afdoening buiten geding, zonder dat daarmee ook automatisch de onderliggende strafzaak aan de rechter wordt voorgelegd. Daarmee zou een dergelijke mogelijkheid de rechtspositie van de verdachte die een overeenkomst ter afdoening buiten geding met het Openbaar Ministerie aangaat, danig kunnen verbeteren.

Twee scenario's – die elkaar overigens niet zonder meer uitsluiten – voor een aparte strafrechtelijke voorziening ter beslechting van geschillen met betrekking tot de strafrechtelijke overeenkomst zijn denkbaar: 1) de invoering van een aparte raadkamerprocedure voor de strafrechtelijke overeenkomst; 2) de

195 Indien de vordering *in civilibus* rechtstreeks op wanprestatie wordt gebaseerd, is het gevaar dat het geschil direct met behulp van het privaatrechtelijk contractenrecht wordt beslecht, des te groter.

196 Zie § 8.4.5.1 en § 8.5.2.

invoering van een strafvorderlijke restvoorziening.[197] Beide scenario's hebben ten opzichte van de huidige situatie als belangrijk voordeel dat zij een rechtsingang bij de strafrechter voor de verdachte c.q. getuige garanderen en derhalve het geconstateerde hiaat in de rechtsbescherming kunnen verhelpen. Een tweede daarmee samenhangend voordeel is dat in geval van beide scenario's ook in de situatie waarin geen vervolging aanhangig is in het kader waarvan geschillen met betrekking tot de overeenkomst aan de strafrechter kunnen worden voorgelegd, de beoordeling van de strafrechtelijke overeenkomst niettemin binnen de strafrechtelijke context kan blijven plaatsvinden.

De vraag welke van beide scenario's vervolgens de meest aantrekkelijke is, kan niet enkel op grond van argumenten ontleend aan de rechtspleging rond de strafrechtelijke overeenkomst worden beantwoord. Vanuit het oogpunt van rechtszekerheid en rechtseenheid is het ontwikkelen van (teveel) bijzondere procedures voor afzonderlijke gevallen niet het meest wenselijk. Vanuit dat perspectief bezien is het onderbrengen van de aanvullende rechtsbescherming in het kader van de strafrechtelijke overeenkomst bij een algemeen strafvorderlijke restvoorziening wellicht aantrekkelijker dan het ontwerpen van een aparte raadkamerprocedure voor de strafrechtelijke overeenkomst, temeer daar het in de praktijk vermoedelijk niet om grote hoeveelheden zaken zal gaan.[198] Of invoering van een strafvorderlijke restvoorziening wenselijk en haalbaar is, staat vooralsnog evenwel nog te bezien, waarbij dient te worden bedacht dat de (op deze plaats niet afzonderlijk te bespreken) argumenten die deze discussie beheersen de specifieke kwestie van de strafrechtelijke overeenkomst verre overstijgen en rechtstreeks raken aan de uitgangspunten van het strafproces en de wijze waarop de rechtsbescherming daarbinnen in zijn algemeenheid is vormgegeven.[199] Een dergelijke oplossing kan voorts als nadeel hebben dat de rechtsingang mogelijk mede afhankelijk is van de vraag of al dan niet

197 In de literatuur wordt veelal ook wel van het strafvorderlijk kort geding gesproken. Of deze benaming de lading adequaat dekt, hangt sterk af van de vraag of en in hoeverre een dergelijke figuur wat betreft zijn aard vergelijkbaar is met het privaatrechtelijk kort geding. Nu de meeste voorstellen voor een strafrechtelijke pendant van het privaatrechtelijke kort geding op belangrijke punten daarvan verschillen, wordt in de literatuur veelal van strafvorderlijke restvoorziening gesproken. Zie Van de Griend 2002, p. 344-348, en Groenhuijsen & Knigge 2004, p. 125-128.

198 Vgl. Groenhuijsen & Knigge 2004, p. 136: 'In gevallen waarin in theorie een hiaat in de rechtsbescherming kan worden geconstateerd, maar te verwachten valt dat in de praktijk aan een beklagmogelijkheid slechts incidenteel behoefte bestaat, kan de aanwezigheid van een restvoorziening wel degelijk een argument vormen om de situatie te laten zoals zij is.' Zij wijzen er evenwel terecht op dat een dergelijk argument terughoudend moet worden gehanteerd.

199 Zie voor voorstanders van een dergelijk strafrechtelijke restvoorziening Schalken 1987, p. 22-30; Van de Griend 2002, p. 359-364 en Groenhuijsen & Knigge 2004, p. 112-140. Tegenstanders zijn Blaauw 1992, p. 129-130 en Corstens 2008, p. 752-753. Zie voor een overzicht van argumenten pro en contra een strafvorderlijke restvoorziening Groenhuijsen & Knigge 2004, p. 114-124.

een spoedeisend belang bij het gerezen geschil is gemoeid.[200] Een dergelijk criterium hoeft bij een aparte raadkamerprocedure niet te worden gesteld, terwijl een dergelijke procedure wel degelijk geschikt kan zijn om (ook) spoedeisende kwesties te kunnen bedienen. De meeste raadkamerzittingen kunnen immers binnen een betrekkelijk korte termijn worden georganiseerd. Een ander voordeel van een raadkamerprocedure ten opzichte van een strafvorderlijke restvoorziening is dat een dergelijke raadkamerprocedure zowel voor de verdachte c.q. getuige als voor het Openbaar Ministerie toegankelijk kan worden gemaakt, terwijl het bij een strafvorderlijke restvoorziening nog maar zeer de vraag is of ook het Openbaar Ministerie daarbinnen als eisende partij zou worden toegelaten.[201] Hoewel in het voorgaande is geconstateerd dat het Openbaar Ministerie veelal wel een rechtsingang heeft om geschillen met betrekking tot de strafrechtelijke overeenkomst aan de strafrechter voor te leggen, kan het in voorkomende gevallen toch in een behoefte voorzien om ook het Openbaar Ministerie een rechtsingang via een aparte raadkamerprocedure te bieden. Dit zou bijvoorbeeld het geval kunnen zijn in het kader van de overeenkomst ter afdoening buiten geding, wanneer in de ogen van het Openbaar Ministerie een geschil van betrekkelijk ondergeschikt belang rijst en het direct (en enkel om die reden) dagvaarden van de verdachte strikt genomen een te zwaar middel zou zijn.

Vanuit deze optiek bezien valt invoering van een aparte raadkamerprocedure voor geschillen met betrekking tot de strafrechtelijke overeenkomst wellicht toch te verkiezen boven het ophangen van de rechtsbescherming in het kader van de overeenkomst aan een eventuele strafvorderlijke restvoorziening. Ook is dit scenario het meest gemakkelijk te realiseren zonder al te ingrijpende consequenties voor het strafrechtelijk systeem als geheel. Wanneer een strafvorderlijke restvoorziening in de toekomst eenmaal zou worden ingevoerd, kan dit – afhankelijk van de wijze waarop deze is vormgegeven

200 Of dit inderdaad het geval zal zijn, hangt met name af van de aard van de procedure waarvoor wordt gekozen. Indien daadwerkelijk voor een strafvorderlijke pendant van het privaatrechtelijk kort geding zou worden gekozen, ligt het stellen van een vereiste van spoedeisendheid tamelijk in de rede. Wanneer evenwel zou worden gekozen voor een meer algemene strafvorderlijke restvoorziening, zoals Groenhuijsen en Knigge die voor ogen hebben, behoeft een dergelijk vereiste niet (expliciet) te worden gesteld. Wel ligt in hun voorstel de eis van spoedeisend belang in zekere zin besloten in het door hen gestelde vereiste dat het steeds moet gaan om een behoefte aan directe rechtsbescherming. Zie Groenhuijsen & Knigge 2004, p. 126-127.

201 Groenhuijsen en Knigge gaan daar in het door hen voorgestelde model voor een strafvorderlijke restvoorziening in ieder geval niet vanuit, mede met het oog op het gevaar dat langs dergelijke weg nieuwe bevoegdheden voor het Openbaar Ministerie zouden kunnen worden gecreëerd. Zie Groenhuijsen & Knigge 2004, p. 125. Het strafrechtelijk kort geding in het Antilliaanse recht voorziet daarentegen wel in de mogelijkheid het Openbaar Ministerie als eisende partij toe te laten (zie artikel 43 lid 2 SvNA). Zie uitgebreider hierover Van de Griend 2002, p. 349-356.

voor wat betreft de reikwijdte,[202] de mogelijke voorzieningen, de toegangscriteria en de kring der klachtgerechtigden – evenwel een goed alternatief voor een afzonderlijke raadkamerprocedure vormen. In ieder geval geldt dat indien in de toekomst serieus wordt nagedacht over de mogelijkheid van invoering van een aparte strafvorderlijke restvoorziening, in de gedachtevorming daarover mede aandacht dient te worden besteed aan de behoefte aan aanvullende rechtsbescherming voor de verdachte of getuige in het kader van de strafrechtelijke overeenkomst. In die zin kan het voorgaande worden gelezen als een afzonderlijk argument voor invoering van een dergelijke strafvorderlijke restvoorziening.

8.6 SLOT

In dit hoofdstuk is met behulp van het in de voorgaande hoofdstukken ontwikkelde instrumentarium stilgestaan bij het normatief kader van de strafrechtelijke overeenkomst. Eerst is daartoe het rechtskarakter van de strafrechtelijke overeenkomst bepaald, waarbij is geconcludeerd dat de strafrechtelijke overeenkomst een strafrechtelijke rechtsfiguur is die een strafrechtelijke rechtsbetrekking in het leven roept. Vervolgens is onderzocht of en in hoeverre de strafrechtelijke overeenkomst kan worden ingepast binnen de klassieke strafrechtelijke rechtsbetrekking, alsmede waar deze klassieke strafrechtelijke rechtsbetrekking grenzen aan (het gebruik van) de strafrechtelijke overeenkomst stelt. Hieruit kwam naar voren dat de strafrechtelijke overeenkomst en de klassieke strafrechtelijke rechtsbetrekking niet zonder meer met elkaar op gespannen voet hoeven te staan, mits een aantal regels in acht wordt genomen.

Op basis van deze conclusie is vervolgens een vijftal spelregels voor het gebruik van de strafrechtelijke overeenkomst ontwikkeld, die op hun beurt de uitgangspunten vormen voor de wijze waarop het normatief kader van de strafrechtelijke overeenkomst is vormgegeven. Samengevat houden deze spelregels in dat de strafrechtelijke overeenkomst primair langs strafrechtelijke weg dient te worden genormeerd, dat de overeenkomst samenvloeit met de onderliggende rechtsbetrekking, dat de normale regels voor de strafrechtelijke rechtsbetrekking derhalve onverkort van kracht blijven en dat het Openbaar Ministerie zich ook in het kader van de overeenkomst voortdurend dient te houden aan de vereisten die uit zijn taakstelling ex artikel 124 Wet RO en zijn constitutionele en institutionele positie voortvloeien, hetgeen betekent dat hoge eisen aan het Openbaar Ministerie als contractspartij kunnen worden gesteld.

---

202 Grieven met betrekking tot de strafrechtelijke overeenkomst zouden buiten de reikwijdte vallen van de strafvorderlijke restvoorziening zoals Groenhuijsen en Knigge deze voor ogen hebben, nu in hun voorstel slechts kan worden geklaagd over onrechtmatig overheidsoptreden in het kader van het opsporingsonderzoek. Zie Groenhuijsen & Knigge 2004, p. 129.

Voorts geldt als vijfde spelregel dat daar waar het strafrecht niet voldoende antwoorden biedt, bij het privaatrechtelijke contractenrecht kan worden aangesloten voor aanvullende normering van de overeenkomst. Wel gaat het dan om analoge toepassing van dat contractenrecht, hetgeen betekent dat de privaatrechtelijke norm zo nodig dient te worden aangepast aan de strafrechtelijke context waarin zij wordt toegepast, alsmede dat strikt genomen sprake blijft van toepassing van strafrecht.

Vervolgens zijn de consequenties van deze spelregels geïllustreerd door een drietal aspecten van de strafrechtelijke overeenkomst nader te beschouwen: de totstandkoming, de inhoud en de uitvoering van de overeenkomst. In het kader van de totstandkoming en de inhoud van de overeenkomst blijkt de strafrechtelijke normering meestal afdoende, terwijl in voorkomende gevallen aanvullende betekenis aan de regels van het contractenrecht kan toekomen. In de fase van de uitvoering blijkt het strafrecht evenwel niet in alle gevallen adequate oplossingen te kunnen bieden, terwijl aanvullende normering vanuit het contractenrecht gezien de aard van de strafrechtelijke rechtsbetrekking evenmin tot het gewenste resultaat kan leiden. Het ontwikkelen van aanvullende strafrechtelijke normering voor de fase van de uitvoering van de overeenkomst lijkt dan ook aangewezen, waarbij met name instrumentarium gewenst is dat specifiek aansluit bij het wederkerige karakter van de strafrechtelijke overeenkomst.

Tot slot is aandacht besteed aan de rechtspleging met betrekking tot de strafrechtelijke overeenkomst. Hierbij is gebleken dat de strafrechter de primair competente rechter is om rechtsvragen met betrekking tot de strafrechtelijke overeenkomst te beantwoorden, maar dat situaties denkbaar zijn waarin een aanvullende toetsende rol aan de civiele rechter toekomt. Bij wijze van alternatief voor dit laatste is voorgesteld om een aparte raadkamerprocedure voor geschillen met betrekking tot de strafrechtelijke overeenkomst dan wel een strafvorderlijke restvoorziening geïnspireerd op het civielrechtelijk kort geding in het leven te roepen.

9 Conclusies en aanbevelingen

9.1 INLEIDING

In dit onderzoek stonden de volgende drie onderzoeksvragen centraal:

1 Kunnen de verschillende op consensualiteit gebaseerde procedures binnen de strafrechtspleging worden gezien als overeenkomsten, en zo ja, wat betekent dit voor de aard en het rechtskarakter van deze procedures in het licht van het onderscheid tussen publiekrecht en privaatrecht?
2 Hoe verhoudt het gebruik van op consensualiteit gebaseerde procedures zich tot de primair op eenzijdigheid gebaseerde verhouding binnen het strafproces tussen het Openbaar Ministerie en de verdachte?
3 Op welke wijze dienen de verschillende consensuele procedures – met inachtneming van het antwoord op de eerste twee vragen – te worden genormeerd? En kan daarbij onder omstandigheden een rol toekomen aan het privaatrechtelijk contractenrecht?

De eerste vraag is voor wat betreft het eerste aspect beantwoord in het vierde hoofdstuk en voor wat betreft het tweede aspect in het achtste hoofdstuk. De antwoorden op de overige twee onderzoeksvragen liggen in het achtste hoofdstuk besloten. Op deze plaats worden de belangrijkste bevindingen nog eens kort onder de aandacht gebracht.

9.2 BEVINDINGEN

In antwoord op de eerste onderzoeksvraag blijkt dat de verschillende op consensualiteit gebaseerde procedures inderdaad merendeels als overeenkomsten kunnen worden beschouwd.[1] Dit is slechts anders voor de verschillende consensuele momenten tijdens het onderzoek ter terechtzitting.[2] In dat verband staat de betrokkenheid van de rechter er telkens aan in de weg de consensuele procedure ook daadwerkelijk als een overeenkomst te beschouwen. De verschillende consensuele procedures ter afdoening buiten geding of ter verkrijging

1 Zie § 4.7.
2 Zie § 4.5.3.

van bewijs blijken evenwel zonder meer aan de aan het privaatrecht ontleende begripsomschrijving van de overeenkomst te voldoen. Nu deze overeenkomsten voor wat betreft hun inhoud telkens betrekking hebben op (de invulling van) strafvorderlijke bevoegdheden, zijn zij vervolgens gedefinieerd als strafrechtelijke overeenkomsten.[3] Met behulp van de in het zevende hoofdstuk onderschreven methode van de aard van de rechtsverhouding[4] is de strafrechtelijke overeenkomst vervolgens geduid als een strafrechtelijke rechtsfiguur die een strafrechtelijke rechtsbetrekking in het leven roept.[5]

Wat betreft de in de tweede onderzoeksvraag aan de orde gestelde verhouding tussen de verschillende consensuele procedures (thans: de strafrechtelijke overeenkomst) en de klassieke strafrechtelijke rechtsbetrekking, is in het achtste hoofdstuk naar voren gekomen dat de eerste steeds als een gebeurtenis binnen een zich ontwikkelende strafrechtelijke rechtsbetrekking tussen Openbaar Ministerie en verdachte moet worden beschouwd. Dit maakt dat de strafrechtelijke overeenkomst zich steeds tot deze onderliggende rechtsbetrekking dient te verhouden en mede door de specifieke kenmerken daarvan wordt beheerst, waarbij met name betekenis toekomt aan de werking van het legaliteitsbeginsel en de bijzondere (magistratelijke) positie van het Openbaar Ministerie binnen de strafrechtelijke rechtsbetrekking op grond waarvan het gehouden is steeds de rechten en belangen van de verdachte in ogenschouw te nemen. De strafrechtelijke overeenkomst kan de onderliggende rechtsbetrekking dan ook nooit opzij zetten.[6] Vanuit dit uitgangspunt is vervolgens bekeken hoe de strafrechtelijke overeenkomst en de onderliggende rechtsbetrekking zich tot elkaar verhouden en in hoeverre deze laatste grenzen aan het gebruik van de strafrechtelijke overeenkomst stelt. Dit heeft geleid tot de conclusie dat de strafrechtelijke rechtsbetrekking geen absolute beperkingen stelt aan de strafrechtelijke overeenkomst, maar dat bij het gebruik hiervan wel steeds een vijftal spelregels in acht dient te worden genomen:[7]

1 De strafrechtelijke overeenkomst is een strafrechtelijke rechtsfiguur, die primair langs de weg van het strafrecht wordt genormeerd. De beginselen van het contractenrecht gelden in dit kader dan ook slechts indien en voor zover de strafrechtelijke beginselen, uitgangspunten en regelgeving hieraan niet in de weg staan.
2 Het normatieve kader van de strafrechtelijke rechtsbetrekking kan niet door een strafrechtelijke overeenkomst opzij worden gezet. De strafrechtelijke overeenkomst wordt daarmee niet alleen beheerst door hetgeen de contractspartijen onderling hebben afgesproken, maar ook door hetgeen uit

3 Zie § 4.3.1.
4 Zie § 7.2.10 en § 7.3.2.4.
5 Zie § 8.2.3.
6 Zie § 8.3.1.
7 Zie § 8.3.6 en § 8.4.2.2.

de wet en het ongeschreven recht voortvloeit ten aanzien van de onderliggende strafrechtelijke rechtsbetrekking

3 Een strafrechtelijke overeenkomst is slechts toelaatbaar indien deze een effectieve en legitieme bijdrage aan de strafrechtelijke rechtshandhaving kan leveren. Dit geldt zowel op het abstracte niveau van de wetgeving als op het concrete niveau van de toepassing.

4 Het Openbaar Ministerie is gezien zijn taakstelling en zijn specifieke positie binnen het strafrechtelijk stelsel een contractspartij met bijzondere verantwoordelijkheden. Dit betekent onder meer dat het Openbaar Ministerie bij het sluiten van een strafrechtelijke overeenkomst (meer dan andere contractspartijen) de belangen van de contractspartner, de belangen van derden en het algemeen belang in ogenschouw dient te nemen.

5 De strafrechtelijke overeenkomst kan aanvullend met behulp van het contractenrecht worden genormeerd. Hiervoor is slechts plaats als het (geschreven en ongeschreven) strafrechtelijk instrumentarium niet voldoende antwoorden biedt en de aard van de strafrechtelijke rechtsbetrekking zich daartegen niet verzet. Voorts is daarbij telkens sprake van analoge toepassing van het contractenrecht, hetgeen het zowel mogelijk als noodzakelijk maakt de betreffende norm te interpreteren met inachtneming van de bijzondere karakteristieken van de strafrechtelijke context waarin deze wordt toegepast.

In deze spelregels ligt het antwoord op de derde onderzoeksvraag reeds besloten. Nu de strafrechtelijke overeenkomst een strafrechtelijke rechtsfiguur is, wordt deze ook primair door de normen van het strafrecht beheerst. Als het strafrechtelijk instrumentarium evenwel geen passende antwoorden blijkt te bieden, kan het privaatrechtelijk contractenrecht – indien en voor zover de aard van de strafrechtelijke rechtsbetrekking zich daartegen niet verzet – analoog worden toegepast. Vervolgens zijn deze vijf spelregels toegepast op een drietal aspecten van de strafrechtelijke overeenkomst: de totstandkoming, de inhoud en de uitvoering.

De totstandkoming van de overeenkomst blijkt grotendeels afdoende met behulp van het strafrechtelijk instrumentarium te kunnen worden genormeerd, waarbij naast de voorhanden regelgeving belangrijke betekenis toekomt aan de beginselen van een behoorlijke strafrechtspleging. Niettemin bestaat op een aantal punten behoefte aan analoge toepassing van het contractenrecht, bijvoorbeeld voor wat betreft de wilsgebreken. Deze behoefte aan aanvullende normering aan de hand van het contractenrecht blijkt groter in het geval van de overeenkomsten ter verkrijging van bewijs dan in geval van de overeenkomsten ter afdoening buiten geding.[8] Voor wat betreft de inhoud kan worden vastgesteld dat deze steeds afdoende door het strafrecht kon worden beheerst, hetgeen op zichzelf ook geen verbazing hoeft te wekken, nu wordt gecontrac-

8 Zie § 8.4.3.3.

teerd over strafvorderlijke bevoegdheden die ook buiten de context van de overeenkomst reeds volledig door het strafrecht worden beheerst.[9]

De fase van de uitvoering van de strafrechtelijke overeenkomst lijkt de meeste vragen op te roepen. Problemen in het kader van de uitvoering van de overeenkomsten ter afdoening buiten geding worden door het strafrecht in die zin adequaat opgevangen dat het normale strafproces eenvoudigweg zijn normale loop herneemt. De overeenkomst die om welke reden dan ook niet behoorlijk wordt uitgeoefend, wordt eenvoudigweg terzijde geschoven waarna deze in de context van het onderzoek ter terechtzitting niet of nauwelijks meer een punt van discussie vormt. Dit kan met name nadelig uitpakken voor de verdachte die daardoor elke kink in de kabel bij de uitvoering van de strafrechtelijke overeenkomst moet bekopen met een openbare berechting die hij door middel van de overeenkomst juist trachtte te voorkomen. Dit is ook het geval indien de verdachte op zichzelf legitieme redenen heeft om niet of niet zonder meer aan de termen van de overeenkomst te voldoen.[10] Ook in het kader van de overeenkomst ter verkrijging van bewijs lijkt de fase van de uitvoering niet geheel adequaat door het strafrecht te kunnen worden bestreken. Het scenario waarin de getuige weigert te voldoen aan zijn verplichtingen voortvloeiende uit de overeenkomst, wordt ondervangen door de volgorde van de strafzaken zodanig in te richten dat de overeenkomst als het ware kan worden ontbonden doordat ook het Openbaar Ministerie in dat geval niet aan zijn verplichtingen zal voldoen. In gevallen waarin dit niet mogelijk is, kan het Openbaar Ministerie de weigerachtige getuige afzonderlijk vervolgen ter zake van artikel 192 lid 2 Sr. Deze voorzieningen, eventueel gecombineerd met de bestaande strafrechtelijke dwangmiddelen voor weigerachtige getuigen, moeten garanderen dat de overeenkomst door de getuige wordt nagekomen. In een strafvorderlijke actie met behulp waarvan daadwerkelijk kan worden afgedwongen dat de getuige de door hem toegezegde verklaringen aflegt, voorziet het strafrecht evenwel niet.[11] Dit geldt ook in het spiegelbeeldige geval waarin het Openbaar Ministerie zijn verplichtingen voortvloeiende uit de overeenkomst niet nakomt. Binnen het strafvorderlijk kader heeft de getuige in feite louter de mogelijkheid de eigen verplichtingen uit de overeenkomst op te schorten – hetgeen veelal geen reële remedie is, nu de getuige in dat stadium veelal reeds aan zijn verplichtingen zal hebben voldaan – of de weigering van het Openbaar Ministerie de overeenkomst na te komen te vertalen in een schending van de beginselen van een behoorlijke strafrechtspleging in de hoop dat de rechter daaraan strafprocessuele gevolgen verbindt in het kader van de strafzaak waarin de getuige zelf als verdachte wordt vervolgd. Hierbij dient te worden bedacht dat de vraag of de getuige de strafrechter met een dergelijke claim kan benaderen afhankelijk is van de vraag

9 Zie § 8.4.4.
10 Zie § 8.5.2.
11 Zie § 8.4.5.2.

of nog een strafzaak aanhangig is bij de strafrechter in het kader waarvan hij deze claim naar voren kan brengen. De getuige heeft immers geen rechtsingang om de strafrechter zelfstandig te benaderen.[12] Voor het overige rest hem slechts een gang naar de civiele rechter, al dan niet in kort geding. Ook deze zal het Openbaar Ministerie evenwel niet tot nakoming kunnen veroordelen, nu het een strafrechtelijke overeenkomst betreft die ook door de civiele rechter met behulp van het strafrecht moet worden benaderd, terwijl het strafrecht niet in de mogelijkheid van een dergelijke veroordeling voorziet en analoge toepassing van het privaatrecht in dit verband op de aard van de strafrechtelijke rechtsbetrekking zal afstuiten. Een gang naar de civiele rechter zal derhalve slechts kunnen resulteren in een schadevergoeding op grond van een onrechtmatige daad van de kant van de overheid.[13] Geconcludeerd moet dan ook worden dat het strafrecht uitvoeringsproblemen in het kader van de overeenkomst ter verkrijging van bewijs niet in alle gevallen adequaat tegemoet kan treden, terwijl aanvullende normering aan de hand van analoge toepassing van het privaatrecht, door de strafrechter dan wel de civiele rechter, geen sluitend vangnet biedt.[14]

9.3 De rechter

Op basis van deze bevindingen kan een aantal aanbevelingen worden gedaan aan de rechter. Waar het gaat om de rechtsvorming ten aanzien van de strafrechtelijke overeenkomst vormt de rechter een minstens zo belangrijke speler als de wetgever, niet alleen omdat consensualiteit een fenomeen binnen het strafproces is dat zich per definitie voordoet daar waar de wet ruimte laat door discretionaire bevoegdheden te formuleren, maar ook omdat de wetgever zich – wellicht mede door deze inherente verbondenheid met discretionaire bevoegdheden – tot op heden terughoudend opstelt waar het gaat om de normering van consensuele procedures. De normering van het gebruik van dit type procedures zal dan ook voor een belangrijk deel van de kant van de rechter moeten komen. Met name in gevallen waarin niet zonder meer evident is wat in het individuele geval rechtens is, kan de rechter hierbij gebruik maken van de in het voorgaande geformuleerde spelregels voor het gebruik van de strafrechtelijke overeenkomst. In dat opzicht kan het vijftal spelregels mede worden beschouwd als een instrument bij de rechtsvinding. Hierbij zal in eerste instantie het meeste betekenis toekomen aan de eerste en vijfde spelregel die voorschrijven dat oplossingen voor kwesties die rijzen naar aanleiding van de strafrechtelijke overeenkomst primair binnen het strafrecht moeten worden gezocht alvorens de toevlucht wordt genomen tot analoge toepassing van het

12 Zie § 8.5.2.
13 Zie § 8.4.5.2.
14 Zie § 8.4.5.3.

contractenrecht. Bij de toepassing van de eenmaal gevonden normen kunnen evenwel ook de tweede en de vierde spelregel relevant zijn, nu zij inscherpen dat het Openbaar Ministerie een bijzondere contractspartij is met bijzondere verantwoordelijkheden, welke het niet kan ontlopen door een strafrechtelijke overeenkomst met de verdachte aan te gaan. In die zin mag de rechter dan ook hoge eisen stellen aan het optreden van het Openbaar Ministerie binnen de context van de strafrechtelijke overeenkomst.

9.4 De wetgever

De geformuleerde spelregels voor het gebruik van strafrechtelijke overeenkomsten hebben ook betekenis voor de wetgever. Hierbij kan in eerste instantie worden gedacht aan de derde spelregel voor zover deze zich richt op het abstracte niveau van de wetgeving. Hoewel strafrechtelijke overeenkomsten niet zelden *praeter legem* in de praktijk van de strafrechtspleging ontstaan (vgl. de toezeggingen aan getuigen), komt de wetgever op een goed moment voor de keuze te staan of een dergelijke overeenkomst dient te worden gelegaliseerd, dan wel op wettelijk niveau dient te worden uitgesloten dan wel buiten de wettelijke regeling om oogluikend dient te worden toegestaan. Steeds zal de wetgever moeten bezien of de betreffende overeenkomst een zowel effectieve als legitieme bijdrage aan de rechtshandhavende taak van het Openbaar Ministerie kan leveren. Als gezegd is de strafrechtelijke overeenkomst op conceptueel niveau niet op voorhand onverenigbaar met de strafrechtelijke rechtsbetrekking en de uitgangspunten waarop deze berust; niettemin dient voor elk type strafrechtelijke overeenkomst afzonderlijk aan de hand van de specifieke karakteristieken daarvan te worden bepaald of deze al dan niet op legitieme wijze aan de taak van rechtshandhaving kan bijdragen.[15]

Voorts zijn de eerste en de vijfde spelregel ook voor de wetgever van betekenis. Het feit dat de strafrechtelijke overeenkomst als strafrechtelijke rechtsfiguur primair door de normen van het strafrecht wordt beheerst, bergt immers ook een opdracht in zich voor de wetgever, in die zin dat van de wetgever mag worden verwacht dat hij het strafrecht zodanig inricht dat het in staat is de strafrechtelijke overeenkomst volledig en sluitend te normeren. Dit betekent niet dat de wetgever zou moeten voorzien in een tot in detail uitgewerkt strafrechtelijk contractenrecht naast de regeling van het contractenrecht in het Burgerlijk Wetboek.[16] Indien en voor zover de privaatrechtelijke regels analoog op de strafrechtelijke overeenkomst kunnen worden toegepast en de strafrechtelijke context niet vraagt om een afwijkende regeling, behoeven dergelijke regels geen afzonderlijke regeling binnen het strafrecht. Wel betekent

15 Zie § 8.3.6.

16 Integendeel, dit zou vanuit het oogpunt van eenheid van recht zelfs ongewenst zijn. Vgl. § 7.2.5.

het dat de wetgever voorzieningen dient te treffen voor die gevallen waarin noch het strafrechtelijk instrumentarium noch het privaatrechtelijk contractenrecht uitkomst biedt. Dit zal in de praktijk die gevallen betreffen waarin de aard van de strafrechtelijke rechtsbetrekking zich tegen analoge toepassing van het privaatrechtelijk contractenrecht verzet.

In het voorgaande is geconstateerd dat het huidige normatief kader rond de strafrechtelijk overeenkomst inderdaad niet in alle gevallen volledig toereikend is, hetgeen met name het geval is in de fase van de uitvoering van de overeenkomst ter verkrijging van bewijs. De oorzaak hiervan lijkt te zijn gelegen in het feit dat de wetgever ervoor heeft gekozen problemen in het kader van de uitvoering van dit type overeenkomsten te benaderen met behulp van concepten die beter passen bij het eenzijdige karakter van het klassieke strafrecht dan bij het meerzijdige en zuiver wederkerige karakter van de strafrechtelijke overeenkomst: voor de weigerachtige getuige wordt hierbij gedoeld op de strafbaarstelling van artikel 192 lid 2 Sr, voor het weigerachtige Openbaar Ministerie op de beginselen van een behoorlijke strafrechtspleging.[17] De gekozen oplossingen brengen mee dat met name de getuige niet altijd op effectieve wijze zal kunnen afdwingen dat het Openbaar Ministerie zijn verplichtingen voortvloeiende uit de overeenkomst daadwerkelijk nakomt. Hierbij komt mede betekenis toe aan het feit dat de getuige veelal eerder zijn verplichtingen dient na te komen dan het Openbaar Ministerie en aldus in de praktijk niet over een effectieve mogelijkheid tot opschorting van de eigen verplichtingen beschikt. Aanvullende normering vanuit het contractenrecht biedt in een dergelijke situatie als gezegd weinig soelaas, omdat analoge toepassing van de mogelijkheid tot het veroordelen van het Openbaar Ministerie tot nakoming of tot schadevergoeding afstuit op de aard van de strafrechtelijke rechtsbetrekking, waarbij het niet uitmaakt of de getuige zich wendt tot de strafrechter of de civiele rechter; beide dienen immers hetzelfde normatief kader toe te passen. Op dit punt lijkt wetgevend ingrijpen derhalve aangewezen. De wetgever zou voor dit type situaties moeten voorzien in een strafrechtelijk instrument met behulp waarvan de strafrechter nakoming van de overeenkomst door beide partijen – maar in het bijzonder door het Openbaar Ministerie – effectief kan afdwingen door de partij die het betreft (naar analogie van artikel 3:296 BW) daadwerkelijk tot nakoming van de overeenkomst te veroordelen. Voorts dient daarbij te worden nagedacht wat de sanctie zou moeten zijn indien de betreffende partij de veroordeling tot nakoming in de wind slaat. Voor het Openbaar Ministerie zou daarbij kunnen worden gedacht aan het betalen van een schadevergoeding aan de getuige of de gebruikelijke consequenties in de strafvorder-

17 Zie § 8.4.5.2.

lijke sfeer zoals die worden geformuleerd in artikel 359a Sv,[18] waarbij gezien de aard van de onderhavige materie strafvermindering of niet-ontvankelijkheid het meest in de rede liggen, te realiseren binnen de context van de strafvervolging van de getuige zelf. Voor de getuige kan daarbij worden gedacht aan schadevergoeding of een variant op de huidige strafbaarstelling van artikel 192 lid 2 Sr. Een belangrijk voordeel van een dergelijke strafbaarstelling ten opzichte van de huidige is gelegen in het feit dat dan steeds een rechterlijke veroordeling tot nakoming van de overeenkomst aan het ontstaan van de strafbaarheid van de getuige voorafgaat. Thans loopt de getuige al het risico van een strafvervolging door de enkele weigering – indien daartoe wettelijk opgeroepen – zijn toegezegde verklaringen af te leggen.[19]

Voorts, en voortbouwend op de eerste aanbeveling, wordt aanbevolen na te denken over het treffen van aanvullende voorzieningen die kunnen garanderen dat de verdachte of getuige kwesties met betrekking tot (de uitvoering van) de strafrechtelijke overeenkomst steeds aan de strafrechter kan voorleggen. Thans is voor de verdachte of getuige de strafrechtelijke rechtsingang niet over de gehele linie gegarandeerd als gevolg waarvan hij voor aanvullende rechtsbescherming dient aan te kloppen bij de civiele (kort geding) rechter.[20] In het voorgaande is daarom gepleit voor invoering van een aparte raadkamerprocedure voor kwesties in het kader van de strafrechtelijke overeenkomst dan wel invoering van een algemene strafvorderlijke restvoorziening die mede openstaat voor gevallen waarin problemen rijzen in het kader van de strafrechtelijke overeenkomst.[21] Een dergelijke aanvullende rechtsingang kan niet alleen uitkomst bieden voor de getuige die problemen ervaart in het kader van de uitvoering van de overeenkomst ter verkrijging van bewijs, maar ook voor de verdachte die tegen problemen aanloopt in het kader van de overeenkomst ter afdoening buiten geding. In de huidige situatie staat voor deze verdachte slechts de mogelijkheid open het te laten aankomen op een openbare berechting, hetgeen vanuit zijn perspectief een weinig aantrekkelijk middel is, nu de overeenkomst juist was gericht op het vermijden daarvan.[22]

Tot slot kan meer in zijn algemeenheid als boodschap aan de wetgever worden meegegeven dat hij bij wettelijke regeling van strafrechtelijke overeenkomsten niet alleen de totstandkoming en de inhoud van de overeenkomst dient te regelen, maar zich ook dient te buigen over de problemen die in het kader van de uitvoering daarvan kunnen rijzen. Hierbij moet men zich realiseren dat juist in deze fase van de uitvoering het meerzijdige en wederkerige karakter van de overeenkomst sterk naar voren komt, waardoor juist voor

18 Van directe toepassing van artikel 359a Sv kan in de beschreven situatie geen sprake zijn, nu het hier niet gaat om een vormverzuim in het kader van het voorbereidend onderzoek. Zie § 8.4.5.2.
19 Zie § 2.6.13.
20 Zie § 8.5.3.
21 Zie § 8.5.4.
22 Zie § 8.5.2.

wat betreft problemen in die fase kan worden verwacht dat het klassieke, op eenzijdigheid gebaseerde strafrecht onvoldoende pasklare antwoorden kan bieden.[23] Van de wetgever zou derhalve mogen worden verwacht dat hij – indien hij in voorkomende gevallen besluit gebruik te maken van het instrument van de strafrechtelijke overeenkomst – consequent doorredeneert, en bij het zoeken naar oplossingen voor problemen in de fase van de uitvoering van de overeenkomst primair kiest voor oplossingen die aansluiten bij het meerzijdige, contractuele karakter daarvan in plaats van direct op klassiek strafrechtelijk instrumentarium, gericht op eenzijdige bevoegdheidsuitoefening terug te grijpen.

9.5 TOEKOMSTVERWACHTINGEN

In dit onderzoek is naar voren gekomen dat de strafrechtelijke overeenkomst vanuit theoretisch perspectief een vreemde eend in de bijt van de strafrechtelijke vijver is, die zich niettemin een vaste plaats heeft weten te verwerven. Op welke wijze de strafrechtelijke overeenkomst en de bredere thematiek van de consensualiteit binnen het strafrecht zich in de toekomst zullen ontwikkelen is op dit moment ongewis. In dit kader kan worden gewezen op tegengestelde tendensen. Binnen het kader van de buitengerechtelijke afdoening van strafbare feiten lijkt de strafrechtelijke overeenkomst op zijn retour te zijn.[24] Het gebruik van de regeling van de overeenkomsten ter verkrijging van bewijs lijkt in de praktijk van de strafrechtspleging daarentegen nog op stoom te moeten komen, waarbij het op dit moment nog onduidelijk is of en in hoeverre dit daadwerkelijk zal gebeuren. In dit verband zal het nodige afhangen van de vraag of en in hoeverre het gebruik van dit type overeenkomst in de praktijk een succes zal blijken te zijn, zowel vanuit het perspectief van het Openbaar Ministerie als van de getuige.

Niettemin mag worden verwacht dat het fenomeen van consensualiteit in het algemeen en de strafrechtelijke overeenkomst meer in het bijzonder een vaste plaats in de praktijk van de strafrechtspleging zal blijven innemen. Consensualiteit en de strafrechtelijke overeenkomst zijn vrijwel onlosmakelijk verbonden met het bestaan van discretionaire bevoegdheden. Nu de regeling van het Nederlandse strafrecht betrekkelijk veel van dergelijke discretionaire bevoegdheden kent, is de verwachting gerechtvaardigd dat ook de strafrechtelijke overeenkomst binnen onze strafrechtspleging zal blijven voorkomen. Weliswaar lijkt de ontwikkeling naar steeds meer efficiëntie binnen de strafrechtelijke handhaving een bestendige trend, als gevolg waarvan het Openbaar Ministerie steeds meer bevoegdheden krijgt aan de hand waarvan het eenzijdig de rechtspositie van de burger kan bepalen; feit blijft dat op basis van consen-

23 Zie § 8.4.5.
24 Zie § 2.2.2 en § 2.4.5.

sus rechtsgevolgen in het leven kunnen worden geroepen die niet door middel van eenzijdige bevoegdheidsuitoefening door het Openbaar Ministerie kunnen worden gerealiseerd. Verwacht mag dan ook worden dat in de praktijk van de strafrechtspleging steeds behoefte zal blijven bestaan aan op consensualiteit gebaseerde procedures daar waar discretionaire bevoegdheden van het Openbaar Ministerie daartoe de ruimte bieden. Deze verwachting lijkt temeer gerechtvaardigd nu het van oudsher inquisitoir georiënteerde Nederlandse strafproces zich in toenemende mate lijkt te ontwikkelen in een meer accusatoire richting.[25] Hoewel op zichzelf geen dwingend verband bestaat tussen een oriëntatie op het accusatoire procesmodel en het voorkomen van op consensualiteit gebaseerde procedures,[26] zal een dergelijke ontwikkeling eerder katalyserend dan remmend werken op het ontwikkelen van nieuwe strafrechtelijke overeenkomsten.[27] In die zin is de verwachting gerechtvaardigd dat de strafrechtelijke overeenkomst een vaste waarde in de Nederlandse strafrechtspleging zal blijken te zijn.

25 Zie voor deze ontwikkeling onder meer Nijboer 2008, p. 348.

26 Vgl. de huidige situatie in het Nederlandse strafproces alsmede het bestaan van vonnisafspraken in het op zichzelf inquisitoir georiënteerde Duitse strafproces. Zie Lensing 2008 en Lensing 2009.

27 Vgl. onder meer Brants & Stapert 2004a die het Angelsaksische instrument van *plea bargaining* in verband brengen met het accusatoir georiënteerde strafproces.

Samenvatting

INLEIDING

Dit onderzoek richt zich op het zogenoemde consensuele moment binnen de strafrechtspleging. Hoewel het strafrecht wordt gekenmerkt door eenzijdige bevoegdheidsuitoefening door de overheid, doen zich binnen de context van de strafrechtspleging geregeld situaties voor waarin wordt gehandeld op basis van wilsovereenstemming tussen Openbaar Ministerie en verdachte. De transactie en het voorwaardelijk sepot alsmede het instrument van toezeggingen aan verdachten in ruil voor een getuigenverklaring zijn hiervan enkele duidelijke voorbeelden. In dit verband wordt veelal gesproken van consensualiteit: het toekennen van rechtsgevolg dan wel bepalende invloed op de loop van het (straf)proces of de strafoplegging aan consensus tussen de vervolgende overheid en de verdachte. Het concept van consensualiteit blijkt met name uitkomst te kunnen bieden in situaties waarin het gewenst is (rechts)gevolgen in het leven te roepen die niet op basis van eenzijdige bevoegdheidsuitoefening door de strafvorderlijke overheid kunnen worden gerealiseerd omdat een bepaald subjectief recht van de verdachte daaraan in de weg staat. Een dergelijke situatie doet zich met name voor binnen twee specifieke contexten: ten eerste de buitengerechtelijke afdoening van strafbare feiten, waarvoor – althans, zo werd tot voor kort algemeen aangenomen – gelet op het recht van de verdachte op toegang tot de rechter de instemming van de verdachte is vereist; en ten tweede het optreden tegen zware, georganiseerde criminaliteit, in welk verband getuigen die zelf ook als (mede)verdachte kunnen worden beschouwd veelal niet bereid zijn om een verklaring af te leggen, terwijl deze, gelet op het verschoningsrecht dat hen op grond van artikel 219 Sv toekomt, ook niet effectief kan worden afgedwongen. Handelen op basis van wilsovereenstemming tussen Openbaar Ministerie en verdachte kan er in dergelijke gevallen voor zorgen dat toch het gewenste resultaat wordt bereikt, doordat de verdachte zich bereid verklaart af te zien van zijn aanspraak op het hem toekomende subjectieve recht, in ruil voor een bepaalde prestatie van de kant van het Openbaar Ministerie. Met het gebruik van op consensualiteit gebaseerde procedures is een wezensvreemd element in de traditionele, op eenzijdigheid gebaseerde strafrechtelijke verhoudingen geslopen, nu in plaats van eenzijdige bevoegdheidsuitoefening sprake is van handelen op basis van wilsovereenstemming. In die zin kan met enig recht worden gesproken van een systeembreuk.

Met name in verband met deze systeembreuk roept het concept van consensualiteit belangwekkende vragen op van zowel rechtstheoretische als rechtspolitieke en praktische aard. Kan het gebruik van op consensualiteit gebaseerde procedures met het oog op het publiekrechtelijk karakter van het strafrecht als een legitiem instrument worden beschouwd in het kader van de rechtshandhavende taak van het Openbaar Ministerie? Hoe verhoudt het hanteren van op consensualiteit gebaseerde procedures zich tot het algemeen belang dat inherent is betrokken bij de strafrechtspleging, alsmede tot de belangen van derden die als belanghebbende bij het strafproces zijn betrokken, zoals het slachtoffer? Wat betekent het gebruik van consensuele procedures door het Openbaar Ministerie en de verdachte voor de positie van de rechter? In hoeverre kan sprake zijn van zuivere wilsovereenstemming tussen principieel ongelijkwaardige rechtssubjecten als het Openbaar Ministerie en de verdachte? Hoe verhoudt het concept consensualiteit zich tot andere figuren binnen het recht die op wilsovereenstemming zijn gebaseerd, meer in het bijzonder tot de (wederkerige) overeenkomst zoals deze in het Burgerlijk Wetboek is geregeld? Is in geval van consensualiteit niet sprake van het gebruik van privaatrechtelijke of op het privaatrechtelijk contractenrecht geïnspireerde instrumenten door het Openbaar Ministerie en wordt daarmee het klassieke strafrecht niet op ongerechtvaardigde wijze omzeild? En indien de consensuele procedure in wezen kan worden beschouwd als een (type) overeenkomst, wat betekent dit dan voor de wijze waarop deze dient te worden genormeerd? Kan het privaatrechtelijk contractenrecht daarbij direct of indirect een rol spelen of staat het publiekrechtelijk karakter van het strafrecht daaraan in de weg? Wat betekent het antwoord op deze laatste vraag vervolgens voor de rol van het strafrecht ten aanzien van de verschillende op consensualiteit gebaseerde procedures?

Het feit dat deze en dergelijke vragen tot op heden goeddeels onbeantwoord zijn gebleven, hangt voor een belangrijk deel samen met het feit dat de nodige onduidelijkheid bestaat over de aard en het rechtskarakter van de verschillende op consensualiteit gebaseerde procedures binnen het strafrecht. Dit onderzoek beoogt in deze leemte te voorzien door de volgende drie vragen te beantwoorden: 1) Kunnen de verschillende op consensualiteit gebaseerde procedures worden gezien als overeenkomsten, en zo ja, wat betekent dit dan voor de aard en het rechtskarakter van deze procedures in het licht van het onderscheid tussen publiekrecht en privaatrecht? 2) Hoe verhoudt het gebruik van op consensualiteit gebaseerde procedures zich tot de primair op eenzijdigheid gebaseerde verhouding binnen het strafproces tussen het Openbaar Ministerie en de verdachte? 3) Op welke wijze dienen de verschillende consensuele procedures – met inachtneming van het antwoord op de eerste twee vragen – te worden genormeerd? En kan daarbij een rol toekomen aan het privaatrechtelijk contractenrecht?

Bij beantwoording van deze vragen wordt gebruik gemaakt van de methode van interne rechtsvergelijking. Hierbij ligt het zoeken van aansluiting bij het

privaatrechtelijk contractenrecht uit de aard der zaak het meest voor de hand, maar ook het bestuursrecht levert in het onderhavige verband zonder meer interessante gezichtspunten op, nu in het verleden vergelijkbare vragen hebben gespeeld op het grensvlak van het bestuursrecht en het privaatrecht, in het bijzonder ten aanzien van de figuur van de publiekrechtelijke overeenkomst. De in dit onderzoek gehanteerde methode van interne rechtsvergelijking wordt geoperationaliseerd aan de hand van het concept van de rechtsbetrekking, een rechtstheoretisch concept dat zich kenmerkt door zijn neutraliteit ten opzichte van de verschillende rechtsdomeinen, in die zin dat het abstraheert van de specifieke inhoudelijke kenmerken van het strafrecht, het bestuursrecht en het privaatrecht.

Het onderzoek is onderverdeeld in een drietal delen. In het eerste deel wordt het concept consensualiteit uitgewerkt en wordt de vraag beantwoord of de verschillende consensuele procedures als overeenkomst kunnen worden beschouwd. Het tweede deel richt zich op de duiding van de verhouding tussen het Openbaar Ministerie en de verdachte zoals deze bestaat in de situatie waarin geen sprake is van een strafrechtelijke overeenkomst. Nu deze verhouding wordt beschouwd als de context waarbinnen strafrechtelijke overeenkomsten worden aangegaan, is het met het oog op de tweede onderzoeksvraag van belang deze context te beschrijven. Hierbij wordt gebruik gemaakt van het theoretische concept van de rechtsbetrekking. Het derde deel richt zich op de beantwoording van de resterende onderzoeksvragen. Hiertoe worden de bevindingen over de strafrechtelijke overeenkomst uit het eerste deel samengebracht met de kenmerken van de strafrechtelijke rechtsbetrekking zoals die in het tweede deel zijn belicht.

Deel I – De strafrechtelijke overeenkomst

In het *tweede hoofdstuk* worden de verschillende consensuele momenten binnen de context van de strafrechtspleging in kaart gebracht. Hierbij is als selectiecriterium de in de literatuur gebezigde definitie van het begrip consensualiteit gebruikt: het toekennen van rechtsgevolg dan wel bepalende invloed op de loop van het (straf)proces of de strafoplegging aan consensus tussen de vervolgende overheid en de verdachte. Op basis van deze definitie kunnen verschillende consensuele procedures, rechtsfiguren en 'momenten' worden herkend, waarbinnen vervolgens een driedeling kan worden gemaakt naar het doel waarmee zij worden aangegaan: consensuele procedures 1) ter afdoening buiten geding; 2) ter verkorting van het geding; en 3) ter verkrijging van bewijs. Onder de eerste categorie van de consensuele procedures ter afdoening buiten geding zijn achtereenvolgens geschaard: de transactie, het voorwaardelijk sepot en de schikking in het kader van de ontnemingsvordering. De consensuele procedures ter verkorting van het geding zijn een diffuus gezelschap van incidentele procesafspraken, waarvan in wezen slechts de voeging ad informan-

dum als daadwerkelijke afzonderlijke consensuele rechtsfiguur kan worden gezien. De derde categorie wordt gevormd door de consensuele procedure ter verkrijging van bewijs, welke in de literatuur beter bekend staat als het instrument van de toezeggingen aan getuigen. Aan het slot van dit hoofdstuk wordt voorts kort stilgestaan bij de verschillende bezwaren tegen het gebruik van op consensualiteit gebaseerde figuren binnen het strafrecht. Zo kunnen als gevolg van het gebruik van consensuele procedures ter afdoening buiten geding de met de strafrechtspleging onlosmakelijk verbonden oriëntatie op het algemeen belang, het belang van externe openbaarheid en het belang van waarheidsvinding in meer of mindere mate in de verdrukking komen, terwijl dit – zij het in mindere mate – ook het geval kan zijn bij het gebruik van consensuele momenten ter verkorting van het geding. De schaduwzijden van de consensuele procedure ter verkrijging van bewijs zijn van geheel andere orde, waarbij met name moet worden gewezen op de mogelijke onbetrouwbaarheid van verklaringen die zijn verkregen als gevolg van toezeggingen van het Openbaar Ministerie aan de getuige, alsmede op de mogelijkheid dat het gebruik van dit instrument de integriteit van het Openbaar Ministerie in gevaar brengt.

In het *derde hoofdstuk* wordt het privaatrechtelijk overeenkomstenrecht in vogelvlucht beschreven. Hierbij wordt het begrip overeenkomst in navolging van de heersende opvattingen 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. Voorts wordt stilgestaan bij het drietal beginselen waarop het contractenrecht is gebaseerd: contractsvrijheid, vormvrijheid en verbindende kracht. Vervolgens richt het hoofdstuk zich op een aantal belangrijke aspecten van de overeenkomst: de totstandkoming, de inhoud en de uitvoering. Aan het slot van dit hoofdstuk wordt vastgesteld dat noties als partijautonomie, contractsvrijheid en vormvrijheid binnen het contractenrecht weliswaar de boventoon voeren, maar dat deze noties niet moeten worden verabsoluteerd. Ook het contractenrecht stelt wel degelijk de nodige beperkingen. Zo kunnen de wet, de openbare orde en de goede zeden in de weg staan aan het sluiten van bepaalde contracten, terwijl het contractenrecht voorts wordt beheerst door de algemene notie van redelijkheid en billijkheid die zowel aanvullend als beperkend kan werken ten opzichte van hetgeen partijen onderling hebben afgesproken. Ondanks het uitgangspunt van partijautonomie en contractsvrijheid, kan het contractenrecht dan ook niet als het walhalla van de vrije wil worden beschouwd.

Het *vierde hoofdstuk* geeft antwoord op de vraag of de verschillende op consensualiteit gebaseerde procedures en rechtsfiguren binnen de stafrechtspleging al dan niet aan de definitie van de overeenkomst beantwoorden. Hoewel de gelijkenissen tussen de definities van het concept consensualiteit en het begrip overeenkomst evident zijn, kan ook een aantal kenmerkende verschillen tussen beide begrippen worden genoemd, waarbij met name de voor de overeenkomst vereiste gerichtheid op rechtsgevolg van betekenis is. Als gevolg

van deze verschillen laat niet elke op consensualiteit gebaseerde procedure zich zonder meer omschrijven als overeenkomst. Dit geldt met name voor de consensuele procedures ter verkorting van het geding, die de voor een karakterisering als overeenkomst vereiste gerichtheid op rechtsgevolg vrijwel steeds moeten ontberen. Dit kan met name worden verklaard door de prominente plaats van de rechter in deze fase van het geding, waardoor het voor het Openbaar Ministerie en de verdachte moeilijk is tot consensuele momenten te komen die zich daadwerkelijk als overeenkomsten laten karakteriseren. De verschillende consensuele procedures ter afdoening buiten geding beantwoorden daarentegen alle zonder meer aan de definitie van de overeenkomst, hetgeen eveneens het geval is bij de consensuele procedure ter verkrijging van bewijs. Wel moet worden geconstateerd dat het karakter als overeenkomst niet bij elke consensuele procedure even goed uit de verf komt: zo komt het contractuele karakter van de toezeggingen aan getuigen in zijn algemeenheid sterker naar voren dan dat van de transactie en het voorwaardelijk sepot. Dit neemt niet weg dat zij alle in voldoende mate aan de kenmerken van de overeenkomst beantwoorden om ze als zodanig te kunnen duiden. Nu het daarbij steeds om overeenkomsten gaat die mede betrekking hebben op (de invulling van) strafvorderlijke bevoegdheden van het Openbaar Ministerie, kunnen zij voorts worden aangeduid als strafrechtelijke overeenkomsten.

DEEL II – RECHTSBETREKKINGEN

In het *vijfde hoofdstuk* wordt het uit de Duitse dogmatiek afkomstige theoretische concept van de rechtsbetrekking belicht. De rechtsbetrekking is een domeinoverstijgend grondbegrip dat abstraheert van de specifieke kenmerken en terminologie van de verschillende rechtsdomeinen. Daardoor is het een bij uitstek geschikt concept om rechtsverhoudingen en rechtsfiguren uit de verschillende rechtsgebieden onder een gemeenschappelijke noemer te brengen. En daarmee is het ook een bruikbaar concept voor het duiden van rechtsfiguren die op het eerste gezicht belangrijke elementen van verschillende rechtsdomeinen in zich lijken te verenigen, zoals de strafrechtelijke overeenkomst. Door zowel de context van de strafrechtelijke overeenkomst – de strafprocessuele verhouding tussen het Openbaar Ministerie en de verdachte – als de strafrechtelijke overeenkomst zelf in de neutrale bewoordingen van de rechtsbetrekking te beschrijven, kan hun onderlinge verhouding goed in beeld worden gebracht.

De rechtsbetrekking kan worden omschreven als de door het recht geregelde verhouding tussen twee of meer rechtssubjecten. De rechtsbetrekking is een dynamisch begrip, wat betekent dat de inhoud van de rechtsbetrekking voortdurend aan verandering onderhevig is of kan zijn, afhankelijk van de rechtens relevante gebeurtenissen binnen de context van de rechtsbetrekking. Bovendien is de rechtsbetrekking een relationeel begrip, hetgeen zijn weerslag heeft op de invulling van het daarmee verbonden begrip rechtssubjectiviteit.

Het rechtssubject ontleent zijn rechtskarakter aan de rechtsbetrekkingen waaraan hij deelneemt, waardoor ook rechtssubjectiviteit moet worden opgevat als een relationeel begrip. Hiermee is de theoretische basis gelegd voor de notie dat rechtssubjecten die tot elkaar in rechtsbetrekking staan over en weer zijn gehouden tot op zekere hoogte rekening te houden met elkanders posities en belangen.

Rechtsbetrekkingen kunnen vervolgens worden onderverdeeld in symmetrische en asymmetrische rechtsbetrekkingen, welk onderscheid betrekking heeft op de machtsverhoudingen binnen de rechtsbetrekking, opgevat als het vermogen van de betrokken rechtssubjecten de onderlinge rechtsbetrekking te laten ontstaan, in te vullen en te beëindigen. Binnen een symmetrische rechtsbetrekking zijn de betrokken rechtssubjecten voor wat betreft dit vermogen min of meer gelijkwaardig aan elkaar; binnen een asymmetrische rechtsbetrekking is dat niet het geval. Ten aanzien van dit onderscheid kan vervolgens weer worden onderscheiden in juridische en feitelijke symmetrie en asymmetrie. In geval van juridische symmetrie worden de betrokken rechtssubjecten voor het recht geacht elkanders gelijke te zijn (hetgeen bijvoorbeeld het geval is bij de contractuele rechtsbetrekking); in geval van juridische asymmetrie is dat niet het geval (bijvoorbeeld in geval van de bestuursrechtelijke rechtsbetrekking tussen bestuur en burger of de strafrechtelijke rechtsbetrekking tussen het Openbaar Ministerie en de verdachte). Ongelijkheid tussen de betrokken rechtssubjecten binnen een rechtsbetrekking kan ook worden veroorzaakt door de feitelijke omstandigheden: in dat geval is sprake van feitelijke asymmetrie. Veelal zal juridische asymmetrie gepaard gaan met feitelijke asymmetrie, maar een dwingend verband is niet aanwezig. Ook juridische symmetrie hoeft geenszins samen te vallen met feitelijke symmetrie, hetgeen onder meer blijkt uit het feit dat ook binnen contractuele rechtsbetrekkingen feitelijke ongelijkwaardigheid tussen de betrokken rechtssubjecten zonder meer voorkomt.

Principieel uitgangspunt is dat asymmetrie – juridisch dan wel feitelijk – nooit tot een situatie van soevereiniteit van het machtiger rechtssubject binnen de rechtsbetrekking mag leiden. In dit verband wordt gesproken van correlativiteit: rechtssubjecten dienen te allen tijde over en weer rekening te houden met elkanders positie en belangen en in zoverre hebben zij dan ook steeds onbepaalde verplichtingen jegens elkaar. Hierbij geldt dat deze algemene verplichting rekening te houden met de belangen en de positie van de ander zwaarder op een rechtssubject binnen de rechtsbetrekking drukt naarmate hij machtiger is ten opzichte van zijn wederpartij. Dit brengt met zich dat de asymmetrie binnen een rechtsbetrekking nooit dermate absoluut kan zijn dat het machtiger rechtssubject autonoom mag handelen zonder verplichtingen te hebben jegens het rechtssubject waartoe het in rechtsbetrekking staat. Nu uit het concept van de rechtsbetrekking zelf voortvloeit dat rechtssubjecten binnen een rechtsbetrekking per definitie over en weer verplichtingen (en daarmee rechtsaanspraken) jegens de ander hebben, is elke rechtsbetrekking

ook per definitie in zekere mate wederkerig (wederkerigheid als imperatief). Dit geldt ook voor die rechtsbetrekkingen die gewoonlijk als primair eenzijdig worden beschouwd, zoals de rechtsbetrekkingen binnen de context van het publiekrecht.

In het *zesde hoofdstuk* wordt de strafrechtelijke rechtsbetrekking tussen Openbaar Ministerie en verdachte nader bekeken, nu deze de context vormt waarbinnen de strafrechtelijke overeenkomst wordt aangegaan. Een strafrechtelijke overeenkomst is immers te beschouwen als een gebeurtenis binnen de dynamiek van de strafrechtelijke rechtsbetrekking. De strafrechtelijke rechtsbetrekking kenmerkt zich onder meer door een zowel juridisch als feitelijk ongelijkwaardige verhouding tussen Openbaar Ministerie en verdachte, een sterke invloed van het legaliteitsbeginsel, een dwingende oriëntatie op het intrinsieke verband tussen de noties van instrumentaliteit en rechtsbescherming en, tot slot, een daarmee samenhangende bijzondere verantwoordelijkheid van het Openbaar Ministerie voor de positie en de belangen van de verdachte (magistratelijkheid). Dit laatste maakt dat de uit de algemene notie van correlativiteit voortvloeiende verplichting voor rechtssubjecten om binnen de context van de rechtsbetrekking over en weer rekening te houden met elkanders posities en belangen, binnen de context van de strafrechtelijke rechtsbetrekking extra zwaar drukt op het Openbaar Ministerie als machtiger rechtssubject binnen die rechtsbetrekking. De notie van magistratelijkheid kan dan ook als de strafrechtelijke verbijzondering van de algemene notie van correlativiteit worden beschouwd. In het tweede deel van het zesde hoofdstuk wordt vervolgens stilgestaan bij de strafrechtelijke rechtsbetrekking met de getuige, nu in geval van de overeenkomst ter verkrijging van bewijs de contractspartner van het Openbaar Ministerie de status van verdachte combineert met die van getuige. Ten aanzien van deze strafrechtelijke rechtsbetrekking met de getuige geldt in grote lijnen hetzelfde als voor de rechtsbetrekking met de verdachte: een zowel juridisch als feitelijk asymmetrische rechtsbetrekking, waarbinnen het Openbaar Ministerie een bijzondere verantwoordelijkheid draagt voor de positie en de belangen van de ander. Wel kan worden vastgesteld dat de onderlinge verhouding binnen de rechtsbetrekking met de getuige zich in meer symmetrische richting beweegt indien het gaat om één van de bijzondere categorieën getuigen: de bedreigde getuige, de afgeschermde getuige of de getuige aan wie toezeggingen zijn gedaan. In dergelijke gevallen bestaat zowel juridsch als feitelijk een meer symmetrische verhouding tussen het Openbaar Ministerie en de betreffende getuige.

Deel III – De overeenkomst en de rechtsbetrekking

In het *zevende hoofdstuk* staat de in de voorbije eeuw veel besproken verhouding tussen publiekrecht (lees: bestuursrecht) en privaatrecht centraal. Hoewel deze klassieke rechtsdomeinen onmiskenbaar op belangrijke punten van elkaar

verschillen, moet worden geconstateerd dat zij in de loop van de voorbije eeuw duidelijk naar elkaar zijn toegegroeid. Bovendien kan worden vastgesteld dat het publiekrecht in de loop van de vorige eeuw een duidelijk emancipatoire ontwikkeling heeft doorgemaakt ten opzichte van het privaatrecht. Waar in de eerste helft van de twintigste eeuw het privaatrecht werd opgevat als het gemene recht en het publiekrecht als het bijzondere recht, is tegenwoordig veeleer sprake van gelijkwaardige rechtsgebieden. Dit betekent echter ook dat in een toenemend aantal gevallen de vraag rijst welk normatief kader van toepassing is op rechtsbetrekkingen die zich op het grensvlak van rechtsgebieden begeven. Waar het antwoord op deze vraag in het verleden al snel uitviel in het voordeel van het privaatrecht als het gemene recht, wordt tegenwoordig een meer genuanceerde benadering gekozen waarin zowel het publiekrecht als het privaatrecht in aanmerking komen als het toepasselijke normatief kader (de gemengde rechtsleer). Het is vervolgens de aard van de rechtsverhouding – op te vatten als een inhoudelijk criterium – die bepaalt welk rechtsdomein daadwerkelijk van toepassing is op een bepaalde rechtsbetrekking. Deze benadering wordt vervolgens nader geïllustreerd aan de hand van de figuur van de publiekrechtelijke overeenkomst. Nu het hier om een overeenkomst gaat die betrekking heeft op publiekrechtelijke bevoegdheden, is een dergelijke overeenkomst naar zijn aard bezien een publiekrechtelijke rechtsbetrekking, hetgeen betekent dat deze ook primair door de normen van het publiekrecht wordt beheerst. Hiermee is niet gezegd dat geen rol zou kunnen toekomen aan het privaatrecht; in geval de publiekrechtelijke normen geen passende antwoorden bieden, kunnen de normen van het contractenrecht analoog worden toegepast, indien en voor zover de publiekrechtelijke aard van de rechtsbetrekking zich daartegen niet verzet.

In het *achtste hoofdstuk* worden de resterende onderzoeksvragen beantwoord door de bevindingen over de strafrechtelijke overeenkomst uit het eerste deel samen te brengen met zowel de kenmerken van de strafrechtelijke rechtsbetrekking zoals die in het tweede deel zijn belicht, als de observaties over de verhouding tussen publiekrecht en privaatrecht uit het zevende hoofdstuk. Ten eerste wordt het rechtskarakter van de strafrechtelijke overeenkomst nader onder de loep genomen. Aan de hand van de methode van de aard van de rechtsverhouding wordt de conclusie getrokken dat de strafrechtelijke overeenkomst – nu deze betrekking heeft op (de invulling van) strafrechtelijke bevoegdheden – een strafrechtelijke rechtsfiguur is. Dit heeft tot gevolg dat de strafrechtelijke overeenkomst ook primair met behulp van het strafrechtelijk instrumentarium dient te worden genormeerd. Net zoals bij de publiekrechtelijke overeenkomst geldt ook hier weer dat dit gegeven analoge toepassing van het privaatrecht op zichzelf niet uitsluit; strafrechtelijke normering staat evenwel voorop. Vervolgens is de vraag onder ogen gezien hoe de strafrechtelijke overeenkomst zich tot de context van de strafrechtelijke rechtsbetrekking verhoudt en in hoeverre deze klassieke, primair op eenzijdigheid gebaseerde rechtsbetrekking grenzen aan het gebruik van de strafrechtelijke overeenkomst

stelt. Hieruit komt als algemeen beeld naar voren dat de strafrechtelijke rechtsbetrekking geen absolute of categorische blokkades tegen het gebruik van strafrechtelijke overeenkomsten opwerpt. Het aangaan van strafrechtelijke overeenkomsten is dan ook niet op voorhand onverenigbaar met de strafrechtelijke rechtsbetrekking en de uitgangspunten waarop deze is gebaseerd. Wel geldt een aantal generieke beperkingen die kunnen worden samengevat in een vijftal spelregels:

1 De strafrechtelijke overeenkomst is een strafrechtelijke rechtsfiguur, die primair langs de weg van het strafrecht wordt genormeerd. De beginselen van het contractenrecht gelden in dit kader dan ook slechts indien en voor zover de strafrechtelijke beginselen, uitgangspunten en regelgeving hieraan niet in de weg staan.
2 Het normatieve kader van de strafrechtelijke rechtsbetrekking kan niet door een strafrechtelijke overeenkomst opzij worden gezet. De strafrechtelijke overeenkomst wordt daarmee niet alleen beheerst door hetgeen de contractspartijen onderling hebben afgesproken, maar ook door hetgeen uit de wet en het ongeschreven recht voortvloeit ten aanzien van de onderliggende strafrechtelijke rechtsbetrekking.
3 Een strafrechtelijke overeenkomst is slechts toelaatbaar indien deze een effectieve en legitieme bijdrage aan de strafrechtelijke rechtshandhaving kan leveren. Dit geldt zowel op het abstracte niveau van de wetgeving als op het concrete niveau van de toepassing.
4 Het Openbaar Ministerie is gezien zijn taakstelling en zijn specifieke positie binnen het strafrechtelijk stelsel een contractspartij met bijzondere verantwoordelijkheden. Dit betekent onder meer dat het Openbaar Ministerie bij het sluiten van een strafrechtelijke overeenkomst (meer dan andere contractspartijen) de belangen van de contractspartner, de belangen van derden en het algemeen belang in ogenschouw dient te nemen.
5 De strafrechtelijke overeenkomst kan aanvullend met behulp van het contractenrecht worden genormeerd. Hiervoor is slechts plaats als het (geschreven en ongeschreven) strafrechtelijk instrumentarium niet voldoende antwoorden biedt en de aard van de strafrechtelijke rechtsbetrekking zich daartegen niet verzet. Voorts is daarbij telkens sprake van analoge toepassing van het contractenrecht, hetgeen het zowel mogelijk als noodzakelijk maakt de betreffende norm te interpreteren met inachtneming van de bijzondere karakteristieken van de strafrechtelijke context waarin deze wordt toegepast.

In het vervolg van het achtste hoofdstuk zijn de consequenties van deze spelregels geïllustreerd door een drietal aspecten van de strafrechtelijke overeenkomst nader te beschouwen: de totstandkoming, de inhoud en de uitvoering van de overeenkomst. Hieruit komt voor wat betreft de totstandkoming en de inhoud van de overeenkomst naar voren dat de strafrechtelijke normering veelal afdoende is, terwijl in voorkomende gevallen aanvullende betekenis

kan toekomen aan de regels van het contractenrecht. Waar het de fase van de uitvoering van de overeenkomst betreft, blijkt het strafrecht daarentegen niet in alle gevallen adequate oplossingen te kunnen bieden, terwijl aanvullende normering vanuit het contractenrecht gezien de aard van de strafrechtelijke rechtsbetrekking evenmin steeds tot het gewenste resultaat kan leiden.

Tot slot is aandacht besteed aan de rechtspleging met betrekking tot de strafrechtelijke overeenkomst. Nu deze overeenkomst een strafrechtelijke rechtsfiguur is die primair met behulp van het strafrechtelijk instrumentarium wordt genormeerd, moet ook de strafrechter zonder meer als de primair competente rechter worden beschouwd om rechtsvragen met betrekking tot de strafrechtelijke overeenkomst te beantwoorden. In de huidige situatie blijkt de strafrechtelijke rechtsingang voor de verdachte of de getuige evenwel niet over de gehele linie gegarandeerd wanneer het gaat om kwesties met betrekking tot de overeenkomst, als gevolg waarvan hij voor aanvullende rechtsbescherming dient aan te kloppen bij de civiele (kort geding) rechter.

Conclusies en aanbevelingen

De antwoorden op de gestelde onderzoeksvragen liggen reeds besloten in het vierde en het achtste hoofdstuk. Op basis van deze bevindingen wordt in het *negende hoofdstuk* een aantal aanbevelingen aan de wetgever gedaan. Ten eerste wordt in zijn algemeenheid aanbevolen meer aandacht te besteden aan de fase van de uitvoering van de strafrechtelijke overeenkomst en daarbij te kiezen voor oplossingen die beter aansluiten bij het wederkerige karakter van de strafrechtelijke overeenkomst dan het bestaande strafrechtelijk instrumentarium dat toch vooral op eenzijdige bevoegdheidsuitoefening lijkt te zijn georiënteerd. Voorts wordt meer specifiek aanbevolen aanvullende strafrechtelijke normering te ontwikkelen voor de fase van de uitvoering van de overeenkomst ter verkrijging van bewijs. Dit geldt met name waar het gaat om de situatie waarin het Openbaar Ministerie zijn verplichtingen onder de overeenkomst niet nakomt, nu de bestaande instrumenten zich vooral op de spiegelbeeldige situatie richten waarin het de getuige is die zijn verplichtingen niet nakomt. Tot slot wordt aanbevolen aanvullende voorzieningen te treffen die kunnen garanderen dat de verdachte of de getuige kwesties met betrekking tot (de uitvoering van) de strafrechtelijke overeenkomst steeds aan de strafrechter kan voorleggen. In dit kader kan niet alleen worden gedacht aan invoering van een specifieke raadkamerprocedure voor geschillen met betrekking tot de strafrechtelijke overeenkomst, maar ook aan de ontwikkeling van een algemene strafvorderlijke restvoorziening die mede openstaat voor dit type geschillen.

Summary

The criminal contract. The legal relationship with the Public Prosecution in the interface of public and private law

INTRODUCTION

This study is focused on the so-called consensual moment within the administration of criminal justice. Although criminal law is characterized by the unilateral exercise of power by the government, situations regularly occur in the context of the administration of criminal justice in which actions are based on agreement between the Public Prosecution and the accused. The transaction and conditional prosecutorial dismissal as well as the instrument of pledges to accuseds in exchange for witness testimony are several clear examples thereof. In this connection, consensuality is often spoken of: the attribution of legal consequence or determinative influence on the course of the (criminal) proceedings or sentencing to consensus between the prosecuting government and the accused. The concept of consensuality seems particularly apt to offer solutions in situations in which it is desirable to bring about (legal) consequences that cannot be realised through the unilateral exercise of power by the criminal procedural government because a certain subjective right of the accused stands in the way of that. This type of situation particularly occurs within two specific contexts: firstly the extrajudicial settlement of criminal offences, for which – at least, as was held until recently – given the accused's right to access to court, the consent of the accused is required; and secondly the fight against serious, organised crime, in which connection witnesses, who themselves may also be regarded as (co-)defendants, are mostly not willing to give testimony, whilst this, given the testimonial privilege they enjoy on the basis of art. 219 Code of Criminal Procedure, can also not be effectively compelled. In such cases, acting on the basis of agreement between the Public Prosecution and the accused can lead to the achievement of the desired result, because the accused declares himself to be willing to forego his claim to the subjective right to which he is entitled, in exchange for a certain action on the part of the Public Prosecution. With the utilisation of procedures based on consensuality, an unfamiliar element has crept into traditional, unilaterality-based criminal relations, now that instead of the unilateral exercise of power,

actions are based on agreement. In that sense, a systemic breach may be rightly spoken of.

The concept of consensuality gives rise to interesting questions of a legal theoretical as well as a legal political and practical nature particularly in relation to this systemic breach. Can the use of procedures based on consensuality be regarded as a legitimate instrument within the context of the Public Prosecution's task in law enforcement, with an eye on the public law character of criminal law? How does the deployment of procedures based on consensuality relate to the general interest that is inherently involved in the administration of criminal justice, as well as to the interests of third persons who are involved in criminal procedure as interested parties, such as the victim? What does the use of consensual procedures by the Public Prosecution and the accused mean for the position of the judge? To what extent can be spoken of true agreement between legal subjects such as the Public Prosecution and the accused who are unequal as a matter of principle? How does the concept of consensuality relate to other figures within law that are based on agreement, more specifically to the (reciprocal) contract as that is regulated in the Civil Code? Does consensuality not bring with it the use of civil instruments or instruments that are inspired by civil contract law by the Public Prosecution and is classical criminal law therewith not circumvented in an unjustified manner? And, if the consensual procedure can in essence be regarded as a (type of) contract, what does that mean for the manner in which it should be regulated? Can civil contract law, directly or indirectly, play a role in therein or does the public law character of criminal law stand in the way of that? What does the answer to this last question then mean for the role of criminal law with regards to the different procedures that are based on consensuality?

The fact that these and similar questions have to date for the most part remained unanswered, is importantly related to the fact that a degree of uncertainty exists about the nature and legal character of the different consensuality-based procedures within criminal law. This study aims to rectify this deficiency by answering the three following questions: 1) Can the different consensuality-based procedures be regarded as contracts and if so, what does this mean for the nature and legal character of these procedures in light of the distinction between public and private law? 2) Is there room witin the relation between the Public Prosecution and the accused within criminal procedure, which is primarily based on unilaterality, for consensuality-based procedures? 3) In which manner should the different consensual procedures – taking into account the answer to the first two questions – be regulated? And, can there be any role in that for civil contract law?

In answering these questions, the method of internal comparison is utilised. Therein, given the nature of affairs, aligning with civil contract law is the most evident, but administrative law indubitably also provides interesting points of view in this present connection, given that in the past, similar questions

have risen in the interface of administrative and civil law, particularly with regards to the figure of the public law contract. The method of internal comparison that is employed in this study is made operational through the concept of the legal relationship, a legal theoretical concept that is characterized by its neutrality in relation to the different legal domains, in the sense that it is disengaged from the specific substantive characteristics of criminal, administrative and civil law.

The study is divided in three parts. In the first part, the concept of consensuality is expounded and the question is answered if the different consensual procedures can be regarded as a contract. The second part is focused on the qualification of the relationship between the Public Prosecution and the accused as this exists in the situation in which there is no criminal contract. As this relationship is considered to be the context in which criminal contracts are entered into, it is important to describe this context, with an eye on the second question of study. In this, the theoretical concept of the legal relationship is utilized. The third part is focused on answering the remaining questions of study. To this end, the findings concerning the criminal contract from the first part are consolidated with the features of the criminal legal relationship as they are elucidated in the second part.

Part I – The criminal contract

In the *second chapter*, the different consensual moments within the context of the administration of criminal justice are mapped out. Therein, the definition of the notion of consensuality that is deployed in literature is used as a selective criterion: the attribution of legal consequence or determinative influence on the course of the (criminal) proceedings or sentencing to consensus between the prosecuting government and the accused. Different consensual procedures, legal figures and 'moments' can be identified on the basis of this definition. These may then be classed under three categories in accordance with the purpose for which they are entered into: consensual procedures 1) for the purpose of extrajudicial settlement; 2) for the purpose of shortening of the proceedings; and 3) for the purpose of obtaining evidence. Successively clustered under the first category of consensual procedures for the purpose of extrajudicial settlement are: the transaction, the conditional prosecutorial dismissal and the settlement within the context of the confiscation claim. The consensual procedures for the purpose of shortening of the proceedings are a diffuse company of incidental procedural agreements, of which only the *ad informandum* joinder can in essence be actually seen as a distinct consensual legal figure. The third category is formed by the consensual procedure for the purpose of obtaining evidence, which is better known in literature as the instrument of pledges to witnesses. At the end of this chapter furthermore, different objections to the use of figures based on consensuality within criminal

law will be briefly dwelled upon. For instance, as a consequence of the use of consensual procedures for the purpose of extrajudicial settlement, the orientation on the general interest, the interest of the public nature of trials and the interest of truth-finding, that are inextricably connected with the administration of criminal justice becomes more or less oppressed, whilst this may also be the case – albeit to a lesser degree – in the use of the consensual procedure for the purpose of the shortening of the proceedings. The drawbacks of the consensual procedure for the purpose of obtaining evidence are of an entirely different order. The possible unreliability of testimony that is obtained through pledges that are made by the Public Prosecution to the accused, as well as the possibility that the use of this instrument endangers the integrity of the Public Prosecution, must particularly be pointed to in this regard.

In the *third chapter*, civil contract law is described briefly. In this, following prevalent views, the notion of the contract is defined as a legal action that is brought about by the agreeing and mutually dependant declarations of will of two or more parties, aimed at producing legal consequence. Furthermore, the three principles on which contract law is based are reflected on: freedom of contract, freedom of form and binding force. Subsequently, the chapter focuses on several important aspects of the contract: the establishment, the content and the effectuation thereof. At the end of this chapter, it is determined that notions such as party autonomy, freedom of contract and freedom of form indeed predominate within contract law, but that these notions should not be seen as absolute. Contract law actually also sets limitations to a certain extent. Statute, public order and public decency can stand in the way of certain contracts, while contract law is furthermore governed by the general notion of reasonableness and equity, which may have a complementary as well as a limiting effect on that which parties have mutually agreed upon. Despite the point of departure of party autonomy and freedom of contract, contract law can thus not be considered as being the Walhalla of free will.

The *fourth chapter* answers the question if the different consensuality-based procedures and legal figures within criminal justice meet the definition of the contract or not. Although the similarities between the definitions of the concept of consensuality and the notion of the contract are evident, several characteristic differences between both notions may also be pointed out. In this connection, the orientation on legal consequence that is required for the contract, is of particular importance. As a consequence of these differences, not every procedure that is based on consensuality can automatically be described as a contract. That is particularly true for the consensual procedures for the purpose of the shortening of the proceedings, which almost always lack the orientation on legal consequence that is required for characterisation as a contract. This can be particularly explained by the prominent place of the judge in this phase of the procedure, because of which it is difficult for the Public Prosecution and the accused to come to consensual moments that can truly be characterised as contracts. The different consensual procedures for the

purpose of extrajudicial settlement on the other hand, all fully meet the definition of the contract, which is also the case for the consensual procedure for the purpose of obtaining evidence. It must be observed however, that the contract character of every consensual procedure does not come into its own to same extent: the contractual character of pledges to witnesses generally comes more strongly to the fore for instance than that of the transaction and the conditional prosecutorial dismissal. This does not detract from the fact that they all meet the features of the contract to a degree that is sufficient to qualify them as such. As they all concern contracts that in part have bearings on (the substantive content of) the criminal procedural powers of the Public Prosecution, they can furthermore be qualified as criminal contracts.

Part II – Legal relationships

In the *fifth chapter*, the theoretical concept of the legal relationship, which originates from German dogma, is elucidated. The legal relationship is a domain-transcending basic notion that is disengaged from the specific features and terminology of different legal domains. Because of that, it is a pre-eminently suited concept to categorize legal relations and figures under a communal class. And with that, it is also a useful concept for qualifying legal figures that *prima facie* seem to unite important elements of different legal domains, such as the criminal contract. By describing both the context of the criminal contract – the criminal procedural relation between the Public Prosecution and the accused – as well as the criminal contract itself in the neutral terms of the legal relationship, their mutual relation may be depicted well.

The legal relationship may be described as the relation between two or more legal subjects that is regulated by law. The legal relationship is a dynamic notion, which means that the content of the legal relationship is or may be continually subject to change, depending on the legally relevant occurrences within the context of the legal relationship. Furthermore, the legal relationship is a relational notion, which has implications for the manner in which the connected notion of legal subjectivity is defined. The legal subject derives its legal character from the legal relationships in which it partakes, because of which legal subjectivity must also be understood as a relational notion. With this, the theoretical basis is laid down for the notion that legal subjects that stand in a legal relationship to each other are both obliged, to a certain degree, to take each other's positions and interests into account.

Legal relationships may further be sub-divided in symmetrical and asymmetrical legal relationships, which distinction has to do with the division of power within the legal relationship, understood as the capacity of the legal subjects involved to establish the mutual legal relationship, determine its content and end it. Within a symmetrical legal relationship, as for this capacity, the legal subjects are more or less equal to each other; within an asymmetrical

legal relationship, this is not the case. Further distinctions can then be made between legal and factual symmetry and asymmetry. In the case of legal symmetry, the legal subjects involved are held to be equal to each other by law (such as in the contractual legal relationship); that is not so in the case of legal asymmetry (such as in the administrative legal relationship between the administration and the citizen or the criminal legal relationship between the Public Prosecution and the accused). Inequality in the legal relationship between the legal subjects involved, can also be caused by the factual circumstances: then there is factual asymmetry. Usually, legal asymmetry will be accompanied by factual asymmetry, but there is no compelling relation. Also, in no sense does legal symmetry necessarily have to be accompanied by factual symmetry, which is apparent, amongst other things, from the fact that factual inequality certainly also occurs between the legal subjects involved in contractual legal relationships.

As a matter of principle, the point of departure is that asymmetry – be it legal or factual – may never lead to a situation of sovereignty of the more powerful legal subject within the legal relationship. In this connection, correlativity is spoken of: legal subjects must all always take each other's position and interests into account and as such, they are always bound by undetermined obligations towards each other. In this, this general obligation to take the interests and position of the other into account weighs more heavily on a legal subject within the legal relationship to the extent that he is more powerful than the other party. This brings with it that the asymmetry within a legal relationship can never be so absolute that the more powerful legal subject can act autonomously without having obligations vis-à-vis the legal subject with which it stands in a legal relationship. As it flows forth from the concept of the legal relationship itself that legal subjects within a legal relationship both *per se* have obligations (and with that, legal claims), towards the other, any legal relationship is also by definition reciprocal to a certain degree (reciprocity as an imperative). This is also true for those legal relationships that are usually regarded as primarily unilateral, such as the legal relationships in the context of public law.

In the *sixth chapter,* the criminal legal relationship between the Public Prosecution and the accused is examined further, as this is the context in which the criminal contract is entered into. A criminal contract can namely be seen as an occurrence within the dynamics of the criminal legal relationship. Amongst other things, the criminal legal relationship is characterised by a both legally and factually unequal relation between the Public Prosecution and the accused, a strong influence of the principle of legality, a compelling orientation on the intrinsic connection between the notions of instrumentality and legal protection and, finally, a special responsibility of the Public Prosecution related to that latter aspect, for the position and the interests of the accused (his magisterial capacity). That final aspect brings with it that the obligation, that flows forth from the general notion of correlativity, for legal subjects to take

each other's positions and interests into account within the context of the legal relationship, weighs more heavily on the Public Prosecution, as the more powerful legal subject within that legal relationship. The notion of magisterial capacity can thus also be seen as a special form within the general notion of correlativity. In the second part of the sixth chapter, the criminal legal relationship with the witness is examined separately, as in the case of the contract for the purpose of obtaining evidence, the contract party of the Public Prosecution combines the status of the accused with that of a witness. With regards to this criminal legal relationship with the witness, along the main lines, the same holds true as for the legal relationship with the accused: a both legally and factually asymmetrical legal relationship, within which the Public Prosecution carries a special responsibility for the position and the interests of the other party. It can be determined however that the mutual relation within the legal relationship with the witness moves in a more symmetrical direction if one of the special categories of witnesses is at issue: the threatened witness, the shielded witness or the witness to whom a pledge has been made. In such cases, both legally and factually, a more symmetrical relation exists between the Public Prosecution and the witness concerned.

PART III – THE CONTRACT AND THE LEGAL RELATIONSHIP

In the *seventh chapter*, the relation between public law (to be understood as administrative law) and civil law, which was much discussed in the past century, is centralised. Although these classical legal domains indubitably differ from each other on important points, it must be observed that they have clearly grown towards each other in the course of the past century. Furthermore, it can be determined that in the course of the last century, public law has undergone a clearly emancipatory development in relation to civil law. Where in the first half of the twentieth century private law was considered to be the common law and public law as special law, currently, equal legal territories can more so be spoken of. However, this also means that in an increasing number of cases, the question arises as to which normative framework is applicable to legal relationships that exist in the interface of legal territories. Whereas in the past, the answer to this question was quickly determined in favour of the civil law as common law, currently a more nuanced approach is chosen in which public and private law are both eligible as the applicable normative framework (the mixed legal doctrine). It is then the nature of the legal relation – to be understood as a substantive criterion – that determines which legal domain is actually applicable to a certain legal relationship. This approach is then illustrated further through the figure of the public law contract. As this contract concerns one that is related to public law powers, by its nature, such a contract is a public law legal relationship, which means that it is also primarily governed by the norms of public law. That does not mean

to say that no role can be accorded to civil law; in the event that the public norms do not offer suitable answers, the norms of contract law can be applied analogically, if and to the extent that the public law nature of the legal relationship does not oppose that.

In the *eighth chapter*, the remaining questions of study are answered by merging the findings concerning the criminal contract from the first part with both the features of the criminal legal relationship as they were elucidated in the second part, and the observations about the relation between public and civil law from the seventh chapter. Firstly, the legal character of the criminal contract is scrutinized further. Using the method of the nature of the legal relation, the conclusion is made that – as it is related to criminal law powers (and the manner in which they are effectuated) – the criminal contract is a legal figure that pertains to criminal law. Consequentially, the criminal contract should also primarily be regulated through the instruments of criminal law. As is the case for the public law contract, this does not in itself exclude analogical application of civil law; criminal legal regulation is leading however. Subsequently, the question as to how the criminal contract relates to the criminal legal relationship and to what extent this classical, unilaterality-based legal relationship sets limits to the use of the criminal contract is examined. The general conclusion arises from this that the criminal legal relationship does not raise any absolute or categorical barriers against the use of criminal contracts. Entering criminal contracts is then also not in itself irreconcilable with the criminal legal relationship and the points of departure on which this is based. A number of generic limitations do apply however, which may be summarized in five game rules:

1 The criminal contract is a criminal legal figure, that is primarily regulated through criminal law. The principles of contract law apply in this context only if and to the extent that criminal law principles, points of departure and legislation do not oppose their application.
2 The normative framework of the criminal legal relationship cannot be set aside by a criminal contract. With that, the criminal contract is not only governed by that which is agreed upon by the contract parties amongst themselves, but also by that which flows forth from statute and unwritten law with regards to the underlying criminal legal relationship.
3 A criminal contract is only permissible if this provide an effective and legitimate contribution to criminal law enforcement. This applies on both the abstract level of legislation and the concrete level of application.
4 Given the task it is set and its specific position within the criminal law system, the Public Prosecution is a contract party with special responsibilities. Amongst other things, this means that in establishing a criminal contract (more so than other parties), the Public Prosecution should take the interests of the contract partner, the interests of third persons and the general interest into account.

5 The criminal contract may be complementarily regulated through contract law. There is only room for this if (written and unwritten) criminal law instruments do not offer sufficient answers and the nature of the criminal legal relationship does not oppose this. Furthermore, in this, contract law is always applied analogically, which makes it both possible and necessary to interpret the norm in question in a manner in which the special characteristics of the criminal legal context in which it is applied, are taken into account.

Subsequently in the eighth chapter, the consequences of these game rules are illustrated by further examination of three aspects of the criminal contract: the manner in which it is established, the content and the effectuation thereof. As regards the establishment and the content of the contract, it is shown that criminal law regulation is usually sufficient, whilst in certain cases, complementary importance can be attached to the rules of contract law. Contrarily, when it comes to the phase of the effectuation of the contract, criminal law does not appear able to offer adequate solutions in all cases, whilst, given the nature of the criminal legal relationship, complementary regulation through contract law cannot always lead to the desired result either.

Finally, attention is paid to procedure with regards to the criminal contract. As this contract is a criminal law legal figure that must primarily be regulated through criminal law instruments, the criminal judge must also be definitively regarded as the primarily competent judge to answer legal questions concerning the criminal contract. In the current situation however, the criminal law access of the accused or the witness is not guaranteed across the board when it comes to issues regarding the contract, as a consequence of which he must turn to the civil judge (in summary proceedings), for complementary legal protection.

Conclusions and recommendations

The answers to the questions of study posed are already encompassed in the fourth and the eighth chapter. On the basis of these findings, in the *ninth chapter*, a number of recommendations are made for the legislator. Firstly, it is generally recommended that more attention be paid to the phase of the effectuation of the criminal contract and that therewith, solutions are chosen that align better with the reciprocal nature of the criminal contract than the existing criminal law instruments, which seem to be oriented on the unilateral exercise of powers. Furthermore, it is more specifically recommended that complementary criminal law regulation be developed for the phase of the effectuation of the contract for the purpose of obtaining evidence. This is particularly true for the situation in which the Public Prosecution does not fulfil its obligations under the contract, as the existing instruments are mainly

focused on the reverse situation in which it is the witness who reneges on his obligations. Finally, it is recommended that complementary provisions be made that can guarantee that the accused or the witness can always submit issues regarding (the effectuation of) the criminal contract to the criminal judge. Not only the introduction of a special procedure in chambers for disputes concerning the criminal contract, but also the development of a more general criminal procedural remedy that is in part open for these types of disputes, can be thought of in this regard.

Aangehaalde literatuur

Abas 2000
P. Abas, 'De rol van iustum pretium in het huidige BW', in: J.M. Barendrecht, M.A.B. Chao-Duivis en H.A.W. Vermeulen (red.), *Beginselen van contractenrecht. Opstellen aangeboden aan mr. B.W.M. Nieskens-Isphording*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 2000, p. 1-13.

Abels 2005
I.M. Abels, 'Toezeggingen aan getuigen in strafzaken of toch deals met criminelen', *Ars Aequi* 2005, p. 861-864.

Achterberg 1978
N. Achterberg, 'Rechtsverhältnisse als Strukturelemente der Rechtsordnung. Prolegomena zu einer Rechtsverhältnistheorie', in: *Rechtstheorie* 1978, p. 385-410.

Achterberg 1982
N. Achterberg, *Die Rechtsordnung als Rechtsverhältnisordnung. Grundlegung der Rechtsverhältnistheorie*, Berlijn: Duncker & Humblot 1982.

Ackermans-Wijn 1989
J.C.E. Ackermans-Wijn, *Contracten met de overheid. Een onderzoek naar de contractsvrijheid van publiekrechtelijke rechtspersonen en het toepasselijke materiële recht* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 1989.

Ahsmann 1995
M.J.A.M. Ahsmann, 'Van 'delictum' tot 'delict': De gemeenschappelijke wortels van strafrecht en privaatrecht', in: A.M. Hol en C.J.J.M. Stolker (red.), *Over de grenzen van strafrecht en burgerlijk recht*, Deventer: Kluwer 1995, p. 11-22.

Alink & Van Zeben 2006
M.J. Alink en P.D.J. van Zeben, *Getuigen in het Nederlands strafproces*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2006.

Amelung 1981
K. Amelung, *Die Einwilligung in die Beeinträchtigung eines Grundrechtgutes*, Berlin: Duncker & Humblot 1981.

Aristoteles 1999
Aristoteles, *Ethica Nicomachea*, vertaald, ingeleid en van aantekeningen voorzien door Ch. Pannier en J. Verhaeghe, Groningen: Historische Uitgeverij 1999.

Asscher 1983
B.J. Asscher, 'Geciviliseerd strafrecht', *Trema* 1983, p. 303-308.

Asser/Hartkamp 4-II 2005
C. Asser, *Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. Verbintenissenrecht. Deel II. Algemene leer der overeenkomsten*, twaalfde druk, bewerkt door A.S. Hartkamp, Deventer: Kluwer 2005.

Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-I* 2008
C. Asser, *Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. Verbintenissenrecht. Deel I. De verbintenis in het algemeen, eerste gedeelte*, dertiende druk, bewerkt door A.S. Hartkamp en C.H. Sieburgh, Deventer: Kluwer 2008.
Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III* 2010
C. Asser, *Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. Verbintenissenrecht. Deel III. Algemeen overeenkomstenrecht*, dertiende druk, bewerkt door A.S. Hartkamp en C.H. Sieburgh, Deventer: Kluwer 2010.

Baauw 2009
P. Baauw, 'Onderhandelen in het strafrecht', in: E. Prakken en T.N.B.M. Spronken (red.), *Handboek verdediging*, tweede druk, Deventer: Kluwer 2009, p. 397-411.
Von Bar & Clive 2009
Ch. von Bar and E. Clive (red.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, prepared by the Study Group on a European Civil Code and the Research Group on EC Private Law, Munich: Sellier 2009.
Beijer 1997
A. Beijer, *Bedreigde getuigen in het strafproces. Een rechtsvergelijkende studie naar de bescherming van getuigen in het Nederlandse, Duitse en Amerikaanse recht* (diss. Utrecht), Deventer: Gouda Quint 1997.
Ten Berge 2007
J.B.J.M. ten Berge, *Burgerplichten tegen de overheid. Tussen normaal en abnormaal* (afscheidsrede Utrecht), Alphen aan den Rijn: Kluwer 2007.
Beurskens 1995
W.J.J. Beurskens, 'De 'wederkerige rechtsbetrekking': koekoeksei in het nest van het publiekrecht', in: E.C.H.J. van der Linden en A.Q.C. Tak (red.), *Eenzijdig en wederkerig? Beschouwingen over de wederkerige rechtsbetrekking als basisconcept in het bestuursrecht*, Deventer: Kluwer 1995, p. 23-60.
Bierling 1894/1898
E.R. Bierling, *Juristische Prinzipienlehre*, Tübingen: Deel 1, 1894, Deel 2, 1898.
Van den Biggelaar 1994
G.J.M. van den Biggelaar, *De buitengerechtelijke afdoening van strafbare feiten door het openbaar ministerie* (diss. Maastricht), Arnhem: Gouda Quint 1994.
Blaauw 1992
J.H. Blaauw, *Kort geding in strafzaken*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1992.
Blackstone 1765
W. Blackstone, *Commentaries on the Laws of England*, Oxford: Clarendon Press 1765.
Bloembergen 1977
A.R. Bloembergen, 'De eenheid van privaatrecht en administratief recht', *WPNR* 1977, 5372-5375.
Bloembergen 1979
A.R. Bloembergen, 'Opnieuw: bestuursrecht en privaatrecht', *Bouwrecht* 1979, p. 369-380.
Bloembergen 1996
A.R. Bloembergen, 'Iets over de verhouding van burgerlijk recht en AWB', *NTB* 1996, nr. 1, p. 8-12.

Boek & Nijboer 1994
J.L.M. Boek en J.F. Nijboer, 'De bekentenis als de koningin van het bewijs', *DD* 1994, p. 41-58.
Boer & De Kok 2009
P.W.S. Boer en D.R.P. de Kok, 'Nieuwe keuzes tussen strafrechtelijke en bestuurlijke sancties. Een toelichtende beschouwing bij de kabinetsnota over de uitgangspunten bij de keuze van een sanctiestelsel', *NJB* 2009, p. 671-676.
Borgers 2001
M.J. Borgers, *De ontnemingsmaatregel* (diss. Tilburg), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2001.
Bovenkerk 1996
F. Bovenkerk, 'En daar is hij dan, de kroongetuige', in: C.H. Brants, C. Kelk en M. Moerings (red.), *Er is meer. Opstellen over mensenrechten in internationaal en nationaal perspectief*, Deventer: Gouda Quint 1996, p. 145-156.
Brants e.a. 2003
C.H. Brants e.a., 'Op zoek naar grondslagen', in: C.H. Brants e.a. (red.), *Op zoek naar grondslagen. Strafvordering 2001 ter discussie*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2003, p. 1-27.
Brants & Spronken 2006
C. Brants en T. Spronken, 'Het professionele verschoningsrecht: de arts, de advocaat en de journalist in de Nederlandse strafrechtpraktijk', in: C. Brants e.a., *Verschoningsrecht in het strafrecht van België en Nederland*, Preadviezen voor de Nederlands-Vlaamse Vereniging voor Strafrecht 2006, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2006, p. 1-99.
Brants & Stapert 2004a
C.H. Brants en B. Stapert, *Voor wat hoort wat: plea bargaining in het strafrecht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2004.
Brants & Stapert 2004b
C.H. Brants en B. Stapert, 'Buitengerechtelijke afdoening: discretie en macht', in: M. Boone e.a. (red.), *Discretie in het strafrecht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2004, p. 249-266.
Braun e.a. 2003
K.M. Braun, *Introductie tot het Nederlands belastingrecht*, vierde herziene druk, Deventer: Kluwer 2003.
Brenninkmeijer 1991
A.F.M. Brenninkmeijer, 'Het procesrecht als proces', preadvies NJV, *Handelingen Nederlandse Juristen-Vereniging* 1991-I, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1991, p. 1-104.
Van den Brink 2002
G.J.M. van den Brink, *Mondiger of moeilijker? Een studie naar de politieke habitus van hedendaagse burgers*, Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid, Voorstudies en achtergronden V115, Den Haag: Sdu Uitgevers 2002.
Buruma 1993
Y. Buruma, *De strafrechtelijke handhaving van bestuurswetten* (diss. Leiden), Arnhem: Gouda Quint 1993.
Buruma 1997
Y. Buruma, 'Strafvorderlijke deals', *IUST* 1997, p. 52-68.
Buruma 1999
Y. Buruma, 'Afspraken met criminelen', *DD* 1999, p. 584-600.

Buruma 2004
Y. Buruma, 'Deals met criminelen. Antwoord aan een bedreigde officier', *Trema* 2004, p. 197-200.

Van Capelle 1994
M. van Capelle, 'Getuigen in het strafproces', *Tijdschrift voor de Politie* 1994, nr. 6, p. 3-6.

Chao-Duivis 2000
M.A.B. Chao-Duivis, 'Enkele opmerkingen over de verbindende kracht van overeenkomsten', in: J.M. Barendrecht, M.A.B. Chao-Duivis en H.A.W. Vermeulen (red.), *Beginselen van contractenrecht. Opstellen aangeboden aan mr. B.W.M. Nieskens-Isphording*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 2000, p. 41-57.

Cleiren 1989
C.P.M. Cleiren, *Beginselen van een goede procesorde* (diss. Leiden), Arnhem: Gouda Quint 1989.

Cleiren 1990
C.P.M. Cleiren, 'Een grensoverschrijdende verdachte?', in: J.L.M. Boek e.a., *Grensoverschrijdend strafrecht*, Arnhem: Gouda Quint 1990, p. 141-164.

Cleiren 1992
C.P.M. Cleiren, *De openheid van de wet, de geslotenheid van het recht. Een onderzoek naar de betekenis van art. 1 Sv voor onze huidige strafrechtspleging* (oratie Rotterdam), Arnhem: Gouda Quint 1992.

Cleiren 1993
C.P.M. Cleiren, 'De lotgevallen van het recht op vervolging bij strafrechtelijke dading', in: P.G. Wiewel e.a. (red.), *Dading in plaats van strafrecht*, Arnhem: Gouda Quint 1993.

Cleiren 1995
C.P.M. Cleiren, ''Kruisbestuiving': procesposities in strafrecht en privaatrecht', in: A.M. Hol en C.J.J.M. Stolker (red.), *Over de grenzen van strafrecht en burgerlijk recht*, Deventer: Kluwer 1995, p. 79-89

Cleiren 2001
C.P.M. Cleiren, 'Waarheid in het strafrecht: niet tot elke prijs', in: *Het procesrecht en de waarheidsvinding* (preadviezen voor de Nederlandse Vereniging voor Procesrecht), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2001, p. 9-31.

Cleiren 2003
C.P.M. Cleiren, 'Genoegdoening aan slachtoffers in het strafrecht', preadvies NJV, *Handelingen Nederlandse Juristen-Vereniging* 2003-I, Deventer: Kluwer 2003, p. 33-104.

Cleiren e.a. 1996
C.P.M. Cleiren e.a. (red.), *Voor risico van de overheid? Vooruitzichten van de aansprakelijkheid van de overheid in bestuurs-, straf- en civielrechtelijk perspectief*, Deventer: Gouda Quint 1996.

Cleiren e.a. 2006
C.P.M. Cleiren e.a. (red.), *Op zoek naar samenhang. Het Algemeen kader herziening strafvordering nader beschouwd*, Deventer: Kluwer 2006.

Commissie bestuursrechtelijke en privaatrechtelijke handhaving 1998
Commissie bestuursrechtelijke en privaatrechtelijke handhaving, *Handhaven op niveau*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1998.

Commissie heroverweging instrumentarium rechtshandhaving 1995
Commissie heroverweging instrumentarium rechtshandhaving, *Het recht ten uitvoer gelegd. Oude en nieuwe instrumenten van de rechtshandhaving*, Den Haag: Ministerie van Justitie 1995.
Commissie kleine criminaliteit 1984
Commissie kleine criminaliteit, *Interim-rapport Commissie kleine criminaliteit*, Den Haag: Staatsuitgeverij 1984.
Corstens 1984
G.J.M. Corstens, 'Het OM als eiser in kort geding', *NJB* 1984, p. 654-657.
Corstens 1987
G.J.M. Corstens, 'De wet als bron van strafprocesrecht. De betekenis van art. 1 Sv', in: *Naar eer en geweten. Liber amicorum J. Remmelink*, Arnhem: Gouda Quint 1987, p. 93-104.
Corstens 1993a
G.J.M. Corstens, *Het Nederlands strafprocesrecht*, eerste druk, Arnhem: Gouda Quint 1993.
Corstens 1993b
G.J.M. Corstens (red.), *Rapporten herijking strafvordering 1989-1992*, Arnhem: Gouda Quint 1993.
Corstens 1994
G.J.M. Corstens, 'Consensualiteit', *DD* 1994, p. 4-8.
Corstens 1997
G.J.M. Corstens, 'Consensualiteit en strafsancties', *AAe* 1997, p. 133-139.
Corstens 2008
G.J.M. Corstens, *Het Nederlands strafprocesrecht*, zesde druk, Deventer: Kluwer 2008.
Corstens & Pradel 2003
G.J.M. Corstens en J. Pradel, *Het Europese strafrecht*, Deventer: Kluwer 2003.
Crijns 2002
J.H. Crijns, 'De strafrechter buitenspel. Buitengerechtelijke afdoening van strafbare feiten in heden en toekomst', *AAe* 2002, p. 513-521.
Crijns 2004a
J.H. Crijns, 'Het wetsvoorstel OM-afdoening: een wolf in schaapskledij', *Sancties* 2004, p. 225-236.
Crijns 2004b
J.H. Crijns 'Een pleidooi voor een wettelijke regeling inzake toezeggingen aan getuigen', *NJB* 2004, p. 1172-1173.
Crijns 2006
J.H. Crijns, 'Rationaliteiten achter de Wet OM-afdoening', in: C.P.M. Cleiren e.a. (red.), *Op zoek naar samenhang. Het Algemeen kader herziening strafvordering nader beschouwd*, Deventer: Kluwer 2006, p. 51-70.
Crijns 2008a
J.H. Crijns, 'Beginselen van een behoorlijke strafrechtspleging', in: C.P.M. Cleiren, Th.A. de Roos en M.A.H. van der Woude (red.), *Jurisprudentie Strafrecht Select*, derde druk, Den Haag: Sdu Uitgevers 2008, p. 51-79.
Crijns 2008b
J.H. Crijns, 'Een kroniek van de strafrechtelijke waarheidsvinding', in: J.H. Crijns, P.P.J. van der Meij en J.M. ten Voorde (red.), *De waarde van waarheid. Opstellen over*

waarheid en waarheidsvinding in het strafrecht, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2008, p. 15-55.

Crijns 2009
J.H. Crijns, 'Commentaar bij Titel IVA – Vervolging door een strafbeschikking', in: C.P.M. Cleiren en J.F. Nijboer (red.), *Tekst & Commentaar Strafvordering*, achtste druk, Deventer: Kluwer 2009, p. 965-1017.

Crijns & Van der Meij 2005
J.H. Crijns en P.P.J. van der Meij, 'Over de grenzen van de materiële waarheidsvinding', in: R.H. Haveman en H.C. Wiersinga (red.), *Langs de randen van het strafrecht*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2005, p. 45-69.

Van Daele 2002
D. Van Daele, *Openbaar Ministerie en strafrechtelijk beleid. Een rechtsvergelijkend onderzoek in België, Nederland en Duitsland*, Antwerpen: Intersentia 2002.

Van Daele 2003
D. Van Daele, *Het Openbaar Ministerie en de afhandeling van strafzaken in Nederland*, Leuven: Universitaire Pers Leuven 2003.

Damaška 1986
M.R. Damaška, *The Faces of Justice and State Authority. A Comparative Approach to the Legal Process*, New Haven and London: Yale University Press 1986.

Damen 1993
L.J.A. Damen, 'Bestaat de Awbmens?', in: J.L. Boxum e.a. (red.), *Aantrekkelijke gedachten. Beschouwingen over de Algemene wet bestuursrecht*, Deventer: Kluwer 1993, p. 109-129.

Damen 1997
L.J.A. Damen, 'De geheime directe van het bestuur. Mensbeeld, bestuursbeeld en legaliteitsbeginsel', in: M. Herweijer, K.F. Schuiling en H.B. Winter (red.), *In wederkerigheid. Opstellen voor prof. mr. M. Scheltema*, Deventer: Kluwer 1997, p. 3-46.

Damen 2000
L.J.A. Damen, 'Van algemene rechtsbeginselen en gemene rechtsleren', in: H. Koning en E.M.J. Crombag (red.), *De autonomie van het bestuursrecht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2000, p. 57-71.

Dane 2009
N.M. Dane, *Overheidsaansprakelijkheid voor schade bij legitiem strafvorderlijk handelen* (diss. Leiden), Tilburg: Celsus juridische uitgeverij 2009.

Demeersseman 1985
H.A. Demeersseman, *De autonomie van het materiële strafrecht* (diss. Amsterdam VU), Arnhem: Gouda Quint 1985.

De Doelder 1988
H. de Doelder, *Het OM in positie* (oratie Rotterdam), Arnhem: Gouda Quint 1988.

De Doelder, Foqué & Gerding 1994
H. de Doelder, R.M.G.E. Foqué en R.A.F. Gerding (red.), *Taak en functioneren van het OM*, Arnhem: Gouda Quint 1994.

De Doelder & 't Hart 1992
H. de Doelder en A.C. 't Hart, 'Aparte procedure voor bekennende verdachten?', *NJB* 1992, p. 629-630.

De Doelder & Rogier 1994
H. de Doelder en L.J.J. Rogier (red.), *Opstellen over bestuursstrafrecht*, Arnhem: Gouda Quint 1994.
Van der Does 1987
J.A.E. van der Does, 'Overeenkomsten met de overheid', preadvies voor de Vereniging tot vergelijking van het recht van Nederland en België 1987, *TPR* 1987, p. 1677-1708.
Van der Does & Snijders 2001
J.A.E. van der Does en G. Snijders, *Overheidsprivaatrecht*, Monografieën Nieuw BW A26, Deventer: Kluwer 2001.
Donner 1974
A.M. Donner, *Nederlands bestuursrecht*, Algemeen deel, 4e herziene druk, Alphen aan den Rijn: Samsom Uitgeverij 1974.
Donner 1982
A.M. Donner, 'Inleiding', in: W.F. de Gaay Fortman (red.), *Problemen van wetgeving*, Deventer: Kluwer 1982, p. 1-16.
Dreissen 2004
W. Dreissen, 'Het wetsvoorstel 'Motivering van de bewezenverklaring bij een bekennende verdachte'', *DD* 2004, p. 789-808.
Drenth 1939
J.H. Drenth, *Bijdrage tot de kennis der historische ontwikkeling van het accusatoire tot het inquisitoire strafproces* (diss. Amsterdam VU), Amsterdam: Noord-Hollandsche Uitgevers Maatschappij 1939.
Droogleever Fortuijn 1979
E. Droogleever Fortuijn, 'Congruentie van privaatrechtelijke en administratiefrechtelijke begrippen', in: P. Abas e.a. (red.), *Non sine causa. Liber amicorum G.J. Scholten*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1979, p. 39-47.
Drupsteen 2000
Th.G. Drupsteen, 'Gemeen spul', in: H. Koning en E.M.J. Crombag (red.), *De autonomie van het bestuursrecht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2000, p. 101-108.
Drupsteen 2001
Th.G. Drupsteen, 'Iedereen die nu nog weer over Windmill begint, kan naar Kattenburgergracht 88 gaan om daar een klap voor z'n kanis te krijgen', in: J.R. van Angeren, T. Barkhuysen en N.S.J. Koeman (red.), *1000 weken bestuursrecht. Bundel aangeboden aan prof. mr. J.E.M. Polak bij zijn afscheid van Stibbe*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 2001, p. 199-208.
Dubelaar 2008
M.J. Dubelaar, 'Nullius in verba: waarheidsvinding en getuigenverklaringen in het strafproces', in: J.H. Crijns, P.P.J. van der Meij en J.M. ten Voorde (red.), *De waarde van waarheid. Opstellen over waarheid en waarheidsvinding in het strafrecht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2008, p. 95-120.
Dubelaar 2009
M.J. Dubelaar, 'Betrouwbaarheid versus rechtmatigheid in strafzaken', *RM Themis* 2009, p. 101-113.
Duijst 2009
W.L.J.M. Duijst, 'Het strafproces: matigen en temperen. Ambtshalve bevoegdheden van de strafrechter', in: L.E. de Groot-van Leeuwen e.a. (red.), *Eén procesrecht? Over*

convergentie en divergentie van het burgerlijk, straf- en bestuursprocesrecht, Deventer: Kluwer 2009, p. 87-106.

Enquêtecommissie opsporingsmethoden 1996
Enquêtecommissie opsporingsmethoden, *Inzake opsporing*, Den Haag: Sdu Uitgevers 1996.

Enschedé 1979
Ch.J. Enschedé, *Wetten en rechters*, in: P. Abas e.a. (red.), *Non sine causa. Opstellen aangeboden aan prof. mr. G.J. Scholten*, Zwolle: Tjeenk Willink 1979, p. 51-69.

Van Erp 1990
J.H.M. van Erp, *Contract als rechtsbetrekking. Een rechtsvergelijkende studie* (diss. Tilburg), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1990.

Fionda 1995
J. Fionda, *Public prosecutors and discretion. A comparative study*, Oxford: Clarendon Press 1995.

Foqué 1992
R. Foqué, *De ruimte van het recht* (oratie Rotterdam), Arnhem: Gouda Quint 1992.

Foqué & 't Hart 1990
R. Foqué en A.C. 't Hart, *Instrumentaliteit en rechtsbescherming. Grondslagen van een strafrechtelijke waardendiscussie*, Arnhem/Antwerpen: Gouda Quint/Kluwer Rechtswetenschappen 1990.

Fokkens 2004
J.W. Fokkens, 'Getuigen tussen Straatsburg en Den Haag', in: P.D. Duyx en P.D.J. van Zeben, *Via Straatsburg. Liber amicorum Egbert Myjer*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2004, p. 143-154.

Franken 1993a
A.A. Franken, *Voeging ad informandum in strafzaken* (diss. Tilburg), Arnhem: Gouda Quint 1993.

Franken 1993b
A.A. Franken, 'De inzet van het geding. Een vereenvoudigde procedure in strafzaken voor bekennende verdachten', *DD* 1993, p. 202-224.

Franken 2004
A.A. Franken, *Voor de vorm* (oratie Utrecht), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2004.

Frenk & Rodrigues 1994
N. Frenk en P.R. Rodrigues, 'Het OM als eisende partij in kort geding. En de geboorte van de drie-wegenleer', *NJB* 1994, p. 805-811.

Garé 1992
D. Garé, 'De enkele bekentenis van de verdachte als uitsluitend bewijs in strafzaken', *NJB* 1992, p. 631-633.

Garé 1994
D.M.H.R. Garé, *Het onmiddellijkheidsbeginsel in het Nederlandse strafproces* (diss. Maastricht), Arnhem: Gouda Quint 1994.

Gouldner 1973
A.W. Gouldner, *For Sociology. Renewal and Critique in Sociology Today*, London: Allen Lane 1973.

De Graaf 2003
M. de Graaf, 'Doelmatigheid boven rechtmatigheid. Bespreking van het conceptwetsvoorstel Wet OM-afdoening', *DD* 2003, p. 811-829.
Grande 2008
E. Grande, 'Dances of Criminal Justice: Thoughts on Systemic Differences and the Search for the Truth', in: J. Jackson, M. Langer and P. Tillers (ed.), *Crime, Procedure and Evidence in a Comparative and International Context. Essays in Honour of Professor Mirjan Damaška*, Oxford and Portland: Hart Publishing 2008, p. 145-164.
Gribnau 1993
J.L.M. Gribnau, 'De wederkerige rechtsbetrekking als nieuw paradigma?', *R&R* 1993, p. 87-95.
Gribnau 1996
J.L.M. Gribnau, 'De rechtsbetrekking in het bestuursrecht. Een overbodig concept?', in: C.P.M. Cleiren e.a. (red.), *Voor risico van de overheid? Vooruitzichten van de aansprakelijkheid van de overheid in bestuurs-, straf- en civielrechtelijk perspectief*, Deventer: Gouda Quint 1996, p. 95-118.
Gribnau 1998
J.L.M. Gribnau, *Rechtsbetrekking en rechtsbeginselen in het belastingrecht. Rechtstheoretische beschouwingen over navordering, toezegging en fiscale vaststellingsovereenkomst* (diss. Rotterdam), Deventer: Gouda Quint 1998.
Van de Griend 2002
E.S.G.N.A.I. van de Griend, *Hiaten in de strafrechtelijke rechtsbescherming. Een onderzoek naar aanleiding van het gebruik van het kort geding in strafzaken* (diss. Tilburg), Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2002.
Van der Grinten 1946
W.C.L. van der Grinten, *Rechtsherstel en Beheer*, Alphen aan den Rijn: Samsom 1946.
Groenhuijsen 1985
M.S. Groenhuijsen, *Schadevergoeding voor slachtoffers van delicten in het strafgeding* (diss. Leiden), Nijmegen: Ars Aequi Libri 1985.
Groenhuijsen 1993
M.S. Groenhuijsen, 'Een verhaal over strafrecht en grondslagentheorie', in: G.C.G.J. van Roermund, M.S. Groenhuijsen en W.J. Witteveen (red.), *Symposium strafrecht. Vervolg van een grondslagendebat*, Arnhem: Gouda Quint 1993, p. 147-163.
Groenhuijsen & Van Kalmthout 1983
M.S. Groenhuijsen en A.M. van Kalmthout, 'Transactie en voorwaardelijk sepot: lood OM oud ijzer?', *DD* 1983, p. 474-487.
Groenhuijsen & Knigge 2001
M.S. Groenhuijsen en G. Knigge, 'Algemeen deel', in: M.S. Groenhuijsen en G. Knigge (red.), *Het onderzoek ter zitting. Eerste interimrapport onderzoeksproject Strafvordering 2001*, Deventer: Gouda Quint 2001, p. 1-55.
Groenhuijsen & Knigge 2004
M.S. Groenhuijsen en G. Knigge, 'Afronding en verantwoording. Algemeen deel', in: M.S. Groenhuijsen en G. Knigge (red.), *Afronding en verantwoording. Eindrapport onderzoeksproject Strafvordering 2001*, Deventer: Kluwer 2004, p. 3-185.
Groenhuijsen & Simmelink 2005
M.S. Groenhuijsen en J.B.H.M. Simmelink, 'Het wetsvoorstel OM-afdoening op het grensvlak van juridische techniek en strafprocessuele uitgangspunten', in: A.H.E.C.

Jordaans, P.A.M. Mevis en J. Wöretshofer, *Praktisch Strafrecht. Liber amicorum J.M. Reijntjes*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2005, p. 171-196.

De Groot-van Leeuwen e.a. 2009
L.E. de Groot-van Leeuwen e.a. (red.), *Eén procesrecht? Over convergentie en divergentie van het burgerlijk, straf- en bestuursprocesrecht*, Deventer: Kluwer 2009.

Van Gunsteren 1992
H.R. van Gunsteren, *Eigentijds burgerschap*, WRR-rapport nr. 2, Den Haag: Sdu Uitgeverij 1992.

De Haan, Drupsteen & Fernhout 1998
P. de Haan, Th.G. Drupsteen en R. Fernhout, *Bestuursrecht in de sociale rechtsstaat. Deel 2 – Bestuurshandeling en waarborgen*, vierde druk, Deventer: Kluwer 1998.

De Haan, Drupsteen & Fernhout 2001
P. de Haan, Th.G. Drupsteen en R. Fernhout, *Bestuursrecht in de sociale rechtsstaat. Deel 1 – Ontwikkeling, organisatie, instrumentarium*, vijfde druk, Deventer: Kluwer 2001.

Hamaker 1894
H.J. Hamaker, 'De tegenstelling van publiek- en privaatrecht', in: *Verslagen en Mededeelingen der Koninklijke Akademie van Wetenschappen*, derde reeks, deel 11, KNAW 1894, p. 46-74; eveneens opgenomen in: W.L.P.A. Molengraaff en C.W. Star Busmann, *Verspreide geschriften van Mr. H.J. Hamaker*, deel VII, Haarlem: De Erven F. Bohn 1913, p. 134-163.

't Hart 1976
A.C. 't Hart, *Om het O.M. Een verkenning van enkele aspekten van taak en funktioneren van het openbaar ministerie in Nederland* (oratie Tilburg), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1976.

't Hart 1994a
A.C. 't Hart, *Openbaar Ministerie en rechtshandhaving. Een verkenning*, Arnhem: Gouda Quint 1994.

't Hart 1994b
A.C. 't Hart, 'Goed bestuur en integere rechtshandhaving', in: H. de Doelder, R.M.G.E. Foqué en R.A.F. Gerding (red.), *Taak en functioneren van het OM*, Arnhem: Gouda Quint 1994, p. 37-58.

't Hart 1995
A.C. 't Hart, *Mensenwerk? Over rechtsbegrip en mensbeeld in het strafrecht van de democratische rechtsstaat*, Mededelingen KNAW dl. 58, no. 4, Amsterdam: Noord Hollandsche 1995.

't Hart 1997
A.C. 't Hart, *De meerwaarde van het strafrecht. Essays en annotaties*, Den Haag: Sdu uitgevers 1997.

't Hart 2001
A.C. 't Hart, *Hier gelden wetten! Over strafrecht, Openbaar Ministerie en multiculturalisme*, Deventer: Gouda Quint 2001.

Hartmann 2001
A.R. Hartmann, 'Buitengerechtelijke afdoening', in: M.S. Groenhuijsen en G. Knigge (red.), *Het onderzoek ter zitting. Eerste interimrapport onderzoeksproject Strafvordering 2001*, Deventer: Gouda Quint 2001, p. 59-90.

Hartmann 2002
A.R. Hartmann, 'Buitengerechtelijke afdoening II', in: M.S. Groenhuijsen en G. Knigge (red.), *Dwangmiddelen en rechtsmiddelen. Derde interimrapport onderzoeksproject Strafvordering 2001*, Deventer: Kluwer 2002, p. 79-198.
Hartmann 2010
A.R. Hartmann, 'De bestuurlijke strafbeschikking: panacee voor de gemeentelijke handhaving?', *Proces* 2010, p. 64-75.
Hartmann & Van Russen Groen 1998
A.R. Hartmann en P.M. van Russen Groen, *Contouren van het bestuursstrafrecht* (diss. Rotterdam), Deventer: Gouda Quint 1998.
Den Hartog 1993
A. den Hartog, *Artikel 6 EVRM: grenzen aan het streven de straf eerder op de daad te laten volgen* (diss. Groningen), Antwerpen/Apeldoorn: MAKLU 1993.
Den Hartog 2001
A. den Hartog, 'De getuige in het strafprocesrecht; voorstellen voor een nieuwe regeling', in: M.S. Groenhuijsen en G. Knigge (red.), *Het onderzoek ter zitting. Eerste interimrapport onderzoeksproject Strafvordering 2001*, Deventer: Gouda Quint 2001, p. 275-342.
Den Hartog & Stamhuis 1996
A. den Hartog en E.F. Stamhuis, *Onderhandelen in strafzaken*, Deventer: Gouda Quint 1996.
Heldeweg 1995
M.A. Heldeweg, 'Publiekrechtelijke autonomie. Over exclusieve behartiging van het algemeen belang en de wederzijdse onvrijheid van burger en overheidsbestuur', in: E.C.H.J. van der Linden en A.Q.C. Tak (red.), *Eenzijdig en wederkerig? Beschouwingen over de wederkerige rechtsbetrekking als basisconcept in het bestuursrecht*, Deventer: Kluwer 1995, p. 121-151.
Heldeweg 2000
M.A. Heldeweg, 'Ongeschreven rechtsbeginselen en geïmpliceerde bevoegdheden als opmaat voor een autonoom bestuursrecht?', in: H. Koning en E.M.J. Crombag (red.), *De autonomie van het bestuursrecht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2000, p. 11-55.
Hertogh, Huls & Wilthagen 1998
M.L.M. Hertogh, N.J.H. Huls en A.C.J.M. Wilthagen (red.), *Omgaan met de onderhandelende overheid. Rechtsstaat, onderhandelend bestuur en controle*, Amsterdam: Amsterdam University Press 1998.
Hes 1995
J.C. Hes, 'Juridificering van het verpleegsterswij', in: E.C.H.J. van der Linden en A.Q.C. Tak (red.), *Eenzijdig en wederkerig? Beschouwingen over de wederkerige rechtsbetrekking als basisconcept in het bestuursrecht*, Deventer: Kluwer 1995, p. 9-21.
Hijma 2007
Jac. Hijma, 'Algemene inleiding', in: Jac. Hijma e.a., *Rechtshandeling en overeenkomst*, vijfde druk, Deventer: Kluwer 2007, p. 1-23.
Hijma & Olthof 2008
Jac. Hijma en M.M. Olthof, *Compendium van het Nederlands vermogensrecht*, tiende druk, Deventer: Kluwer 2008.

Hildebrandt 1994
M. Hildebrandt, 'Consensualiteit in het strafprocesrecht. Aanzet tot een rechtstheoretische exercitie', in: M. Hildebrandt, P.T.C. van Kampen en J.F. Nijboer (red.), *Plea bargaining in Holland?*, Arnhem: Gouda Quint 1994, p. 107-129.
Hildebrandt 1996
M. Hildebrandt, 'Het consensuele moment in het strafprocesrecht', *DD* 1996, p. 6-22.
Hildebrandt 1999
M. Hildebrandt, 'De rechtvaardiging van *deals met criminelen*, een reactie op de inktvis van Kaptein', *R&R* 1999, p. 52-64.
Hildebrandt 2002
M. Hildebrandt, *Straf(begrip) en procesbeginsel. Een onderzoek naar de betekenis van straf en strafbegrip en de waarde van het procesbeginsel naar aanleiding van de consensuele afdoening van strafzaken* (diss. Rotterdam), Deventer: Kluwer 2002.
Hildebrandt e.a. 2003
M. Hildebrandt e.a. (red.), *Een afzonderlijke procedure voor de bekennende verdachte?*, Arnhem: Gouda Quint 1993.
Hirsch Ballin 1982
E.M.H. Hirsch Ballin, *Vertrouwen op het recht. Over de plaats van de wet in de rechtsorde* (oratie Tilburg), Alphen aan den Rijn: Samsom 1982.
Hirsch Ballin 1988a
E.M.H. Hirsch Ballin, 'Voorbij het onderscheid van publiekrecht en privaatrecht', in: J.A.F. Peters en M.H. Kobussen (red.), *Bestuursrecht en Nieuw B.W.*, Verslag van de derde themamiddag van de Juristenvereniging voor afgestudeerden in Tilburg, JUVAT, op 27 november 1987, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1988, p. 15-25.
Hirsch Ballin 1988b
E.M.H. Hirsch Ballin, 'Onafhankelijke rechtsvorming. Staatsrechtelijke aantekeningen over de plaats en functie van de Hoge Raad in de Nederlandse rechtsorde', in: B. Baardman e.a. (red.), *De plaats van de Hoge Raad in het huidige staatsbestel. De veranderingen in de rol van de Hoge Raad als rechtsvormer*, Zwolle: Tjeenk Willink 1988, p. 211-237.
Hirsch Ballin 1989
E.M.H. Hirsch-Ballin, 'Wederkerig bestuursrecht', *RM Themis* 1989, p. 1-4.
Hoekema e.a. 1998
A.J. Hoekema e.a., *Integraal bestuur. De behoorlijkheid, effectiviteit en legitimiteit van onderhandelend bestuur*, Amsterdam: Amsterdam University Press 1998.
Van der Hoeven 1970
J. van der Hoeven, 'De magische lijn. Verkenningen op de grens van publiek- en privaatrecht', in: Honderd jaar rechtsleven. De Nederlandse Juristen-Vereniging 1870-1970, Zwolle: Tjeenk Willink 1970, p. 201-219.
Van der Hoeven 1987
J. van der Hoeven, 'Publiek- en privaatrecht', *Ars Aequi* 1987, nr. 5, p. 277-280.
Van der Hoeven 1989
J. van der Hoeven, *De drie dimensies van het bestuursrecht. Ontstaan en vorming van het Nederlandse algemene bestuursrecht*, VAR-reeks 100, Alphen aan den Rijn: Samsom H.D. Tjeenk Willink 1989.
Hol 1993
A.M. Hol, *Gewogen recht. Billijkheid en efficiëntie bij onrechtmatige daad* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 1993.

Hol & Stolker 1995
A.M. Hol en C.J.J.M. Stolker (red.), *Over de grenzen van strafrecht en burgerlijk recht*, Deventer: Kluwer 1995.
Houben 2005
I.S.J. Houben, *Contractdwang* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2005.
Houben 2009
I.S.J. Houben, 'Het dubbele gelaat van de contractvrijheid', in: A.G. Castermans e.a. (red.), *Ex libris Hans Nieuwenhuis. Opstellen aangeboden aan prof. mr. J.H. Nieuwenhuis*, Deventer: Kluwer 2009, p. 323-336.
Huls 1998
N.J.H. Huls, *Conflictbemiddeling. Eindrapport van het platform ADR*, Den Haag: Ministerie van Justitie 1998.

Van Idsinga 1893
J.W.H.M. van Idsinga, *De administratieve rechtspraak en de constitutioneele monarchie*, 's-Gravenhage: Van Stockum 1893.

s' Jacob 1936
P. s' Jacob, *Geschiedenis, theorie en practijk van artikel 74 Wetboek van Strafrecht* (diss. Leiden), 's-Gravenhage: Nijhoff 1936.
De Jong 1988
J.P. de Jong, *Bestuursrecht van vreemde herkomst. Een onderzoek naar de bronnen en grondslagen van een drietal centrale elementen van de Nederlandse bestuursrechtstheorie* (diss. Tilburg), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1988.
Jörg 1993
N. Jörg, 'Een vereenvoudigde procedure in strafzaken. Accusatoire tendenties', *NJB* 1993, p. 203-204.
Jörg, Field & Brants 1995
N. Jörg, S. Field and Ch. Brants, 'Are Inquisitorial and Adversarial Systems Converging?', in: P. Fennell e.a. (ed.), *Criminal Justice in Europe. A Comparative Study*, Oxford: Clarendon Press 1995, p. 41-56.
Jue 1982
R.J. Jue, *Notabeleid en recht. Een rechtstheoretisch onderzoek naar het rechtskarakter van beleidsnota's, in het bijzonder de planologische kernbeslissing* (diss. Enschede). Deventer: Kluwer 1982.

Kant (1798) 1907
I. Kant, *Metaphysik der Sitten*, mit Einleitung von K. Vorländer, Leipzig: Meiner 1907.
Kaptein 1998
H. Kaptein, 'Octopus(sy) of de prijs van de kroongetuige. Strafvordering in de schaduw van materieelrechtelijke delegitimatie', *R&R* 1998, p. 55-71.
Kaptein 2000
H. Kaptein, 'Kroongetuigenis tegen Octopus(sy)? Hildebrandt en de betrekkelijke waarde van gelijkheidsargumenten tegen 'deals met criminelen'', *R&R* 2000, p. 70-72.
Kaufmann 1968
H. Kaufmann, *Strafanspruch, Strafklagerecht. Die Abgrenzung des materiellen vom formellen Strafrecht*, Göttingen: Schwartz 1968.

Kelsen 1911
H. Kelsen, *Hauptprobleme der Staatsrechtlehre entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze*, Tübingen: J.C.B. Mohr 1911.
Kelsen (1934) 1960
H. Kelsen, *Reine Rechtslehre*, Wien: Franz Deuticke 1960.
Kessler & Keulen 2008
M. Kessler en B.F. Keulen, *De strafbeschikking*, Deventer: Kluwer 2008.
Kistemaker 2007
G. Kistemaker, 'De belangen van getuigen in het strafproces', *Trema* 2007, p. 163-169.
Klein Sprokkelhorst 1999
A.K.H. Klein Sprokkelhorst, *Overeenkomsten met de fiscus. Onderhandelen op de grens van privaatrecht en belastingrecht. Een interne rechtsvergelijking* (diss. Amsterdam UvA), Deventer: Kluwer 1999.
Klip 2005
A.H. Klip, *Uniestrafrecht* (oratie Maastricht), Deventer: Kluwer 2005.
Kloosterman 2006
D. Kloosterman, 'De volle directe van Damen. Een streep door wederkerigheid, horizontalisering en ongeschreven burgerplichten?', in: K.J. de Graaf, A.T. Marseille en H.B. Winter (red.), *Op tegenspraak. Opstellen voor prof. mr. L.J.A. Damen*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2006, p. 29-39.
Knigge 1994
G. Knigge, 'De strafvordering in het geding', preadvies NJV, *Handelingen Nederlandse Juristen-Vereniging* 1994-1, Zwolle: Tjeenk Willink 1994, p. 37-116.
Knigge 1999
G. Knigge, 'De kroongetuige geregeld', *RM Themis* 1999, p. 101-102.
Knigge 2000
G. Knigge, 'Over de zin en de onzin van het onmiddellijkheidsbeginsel; de positie van getuigen in het hedendaagse strafproces', in: J. de Hullu en W.E.C.A. Valkenburg (red.), *Door Straatsburg geïnspireerde grondnormen voor het Nederlandse strafproces*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 2000, p. 115-137.
Knigge 2001
G. Knigge, 'De verhouding van het strafrecht tot het bestuursrecht', in: M.S. Groenhuijsen en G. Knigge (red.), *Het vooronderzoek in strafzaken. Tweede interimrapport onderzoeksproject Strafvordering 2001*, Deventer: Gouda Quint 2001, p. 93-124.
Kobussen 1988
M.H. Kobussen, 'Inleiding over de verhouding bestuursrecht en privaatrecht', in: J.A.F. Peters en M.H. Kobussen (red.), *Bestuursrecht en Nieuw B.W.*, Verslag van de derde themamiddag van de Juristenvereniging voor afgestudeerden in Tilburg, JUVAT, op 27 november 1987, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1988, p. 3-8.
Van Koppen & Elffers 2006
P.J. van Koppen en H. Elffers, 'De mythe van het DNA-bewijs', *Advocatenblad* 2006, p. 607-618.
Van Kreveld 1988
J.H. van Kreveld, 'De wisselwerking tussen publiek- en privaatrecht. Een uitdaging voor juristen van beide zijden', in: J.A.F. Peters en M.H. Kobussen (red.), *Bestuursrecht en Nieuw B.W.*, Verslag van de derde themamiddag van de Juristenvereniging voor afgestudeerden in Tilburg, JUVAT, op 27 november 1987, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1988, p. 71-81.

Kwakman 2004
N. Kwakman, 'Schadevergoeding in het strafprocesrecht', in: M.S. Groenhuijsen en G. Knigge (red.), *Afronding en verantwoording. Eindrapport onderzoeksproject Strafvordering 2001*, Deventer: Kluwer 2004, p. 513-602.

Van Laer 1997
C.J.P. van Laer, *Het nut van comparatieve begrippen. Een studie omtrent de toepassing van begrippen in de rechtsvergelijking* (diss. Maastricht), Antwerpen: Intersentia 1997.

Land 1933
N.K.F. Land, *Verklaring van het Burgerlijk Wetboek*, zesde deel, tweede druk, bewerkt door J. Eggens, Haarlem: De Erven F. Bohn 1933.

Lando & Beale 1995
O. Lando and H. Beale (ed.), *Principles of European Contract Law*, prepared by the Commission of European Contract Law, Dordrecht: Nijhoff 1995.

Lando & Beale 2000
O. Lando and H. Beale (ed.), *Principles of European Contract Law. Parts I and II*, prepared by the Commission of European Contract Law, The Hague: Kluwer Law International 2000.

Lando e.a. 2003
O. Lando e.a. (ed.), *Principles of European Contract Law. Part III*, prepared by the Commission of European Contract Law, The Hague: Kluwer Law International 2003.

De Lange 1991
R. de Lange, *Publiekrechtelijke rechtsvinding* (diss. Amsterdam UvA), Zwolle: Tjeenk Willink 1991.

Van der Leij 2002
J.B.J. van der Leij, *Bejegening op Maat. De behandeling van getuigen in strafzaken* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2002.

Lensing 2008
J.A.W. Lensing, 'Vonnisafspraken in strafzaken. Een revolutionaire ontwikkeling in het Duitse strafprocesrecht (I)', *Trema* 2008, p. 306-316.

Lensing 2009
J.A.W. Lensing, 'Vonnisafspraken in strafzaken: ook 'iets voor ons'? (II)', *Trema* 2009, p. 84-89.

Van Lent 2008
L. van Lent, *Externe openbaarheid in het strafproces* (diss. Utrecht), Den Haag: Boom juridische uitgevers 2008.

Van der Linden 1995
E.C.H.J. van der Linden, 'Rechtskracht en de publiekrechtelijke wederkerige rechtsbetrekking', in: E.C.H.J. van der Linden en A.Q.C. Tak (red.), *Eenzijdig en wederkerig? Beschouwingen over de wederkerige rechtsbetrekking als basisconcept in het bestuursrecht*, Deventer: Kluwer 1995, p. 191-221.

Van der Linden 2008
E.C.H.J. van der Linden, 'Wederkerig bestuursrecht revisited', in: M.A. Heldeweg, B.M.J. van der Meulen en J.M.H.F. Teunissen (red.), *Publiekrecht in de Leer. Opstellen aangeboden aan prof. mr. dr. A.Q.C. Tak*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2008, p. 129-147.

Van der Linden & Tak 1995
E.C.H.J. van der Linden en A.Q.C. Tak (red.), *Eenzijdig en wederkerig? Beschouwingen over de wederkerige rechtsbetrekking als basisconcept in het bestuursrecht*, Deventer: Kluwer 1995.

Loeff 1887
J.A. Loeff, *Publiekrecht tegenover privaatrecht. Proeve van theoretisch-kritisch onderzoek naar het karakter van het publieke recht* (diss. Leiden), Leiden: Van Doesburgh 1887.

Lubach 1982
D.A. Lubach, *Beleidsovereenkomsten. Een onderzoek naar juridische aspecten van het gebruik van de overeenkomst als beleidsinstrument door de overheid* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 1982.

Lubach 1986
D.A. Lubach, 'De verhouding privaat-publiekrecht in het licht van het NBW', in: *Bestuursrecht en (nieuw) burgerlijk recht*, Geschriften van de Vereniging voor Administratief Recht XCIV, Alphen aan den Rijn: Samsom H.D. Tjeenk Willink 1986, p. 9-63.

Lubach 1987
D.A. Lubach, 'Overeenkomsten met de overheid en de algemene beginselen van behoorlijk bestuur', *Ars Aequi* 1987, p. 343-349.

Machielse 2009
A.J. Machielse, 'Straf(proces)rechtsverwerking', in: L.E. de Groot-van Leeuwen e.a. (red.), *Eén procesrecht? Over convergentie en divergentie van het burgerlijk, straf- en bestuursprocesrecht*, Deventer: Kluwer 2009, p. 107-130.

Van Male 1993
R.M. van Male, *Onvoltooid recht. Over rechtsbetrekking, bestuursrecht en bestuursprocesrecht* (oratie Rotterdam), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1993.

Malinowski 1926
B. Malinowski, *Crime and Custom in Savage Society*, London: Kegan Paul, Trench, Trubner 1926.

Manunza & Koops 1998
E.R. Manunza en B.J. Koops, 'Garanties voor de betrouwbaarheid van kroongetuigen', *DD* 1998, p. 768-785.

Manunza & Tak 1996
E.R. Manunza & P.J.P. Tak, 'Tegen welke kroongetuige zet Van Traa zich af?', *DD* 1996, p. 552-560.

Mauss 1954
M. Mauss, *The Gift. The form and reason for exchange in archaic societies*, New York: Free Press 1954.

Mauss 1960
M. Mauss, 'Essai sur le don. Forme et raison de l'échange dans les sociétés archaïques', in: M. Mauss, *Sociologie et Anthropologie*, Paris: Presses Universitaires de France 1960.

Van der Meij 2008
P.P.J. van der Meij, 'De raadsman bij het politieverhoor en de audiovisuele registratie. De verdedigingsrol bij de materiële waarheidsvinding in het strafrechtelijk vooronderzoek', in: J.H. Crijns, P.P.J. van der Meij en J.M. ten Voorde (red.), *De waarde van waarheid. Opstellen over waarheid en waarheidsvinding in het strafrecht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2008, p. 57-93.

Van der Meij 2010
P.P.J. van der Meij, *De driehoeksverhouding in het strafrechtelijk vooronderzoek. Een onverminderde zoektocht naar evenwicht in de rolverdeling tussen de rechter-commissaris, de officier van justitie en de verdediging* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2010.
De Meijer 2003
M.E. de Meijer, *Het openbaar ministerie in civiele zaken* (diss. Rotterdam), Deventer: Kluwer 2003.
Meijers 1995
L.C.M. Meijers, 'Ethische dilemma's van het openbaar ministerie', in: L.E. de Groot-van Leeuwen en L.H.A.J.M. Quant, *Ethiek en het juridisch beroep*, Den Haag: VUGA Uitgeverij 1995, p. 123-136.
Melai/Groenhuijsen e.a.
A.L. Melai en M.S. Groenhuijsen e.a., *Het wetboek van strafvordering*, Deventer: Kluwer (losbladig).
Van der Meulen 1995
B.M.J. van der Meulen, 'Handhaving', in: E.C.H.J. van der Linden en A.Q.C. Tak (red.), *Eenzijdig en wederkerig? Beschouwingen over de wederkerige rechtsbetrekking als basisconcept in het bestuursrecht*, Deventer: Kluwer 1995, p. 223-247.
Mevis 1998
P.A.M. Mevis, *Constitutioneel strafrecht* (oratie Rotterdam), Deventer: Gouda Quint 1998.
Mevis 2004
P.A.M. Mevis, 'Strafbeschikking OM, WAHV en "kleine ergernissen"', *DD* 2004, p. 353-368.
Mols 1992
G.P.M.F. Mols, 'Getuigen in het voorbereidend onderzoek in strafzaken', in: G.P.M.F. Mols (red.), *Schaduwen vooruit. Rechtsgeleerde opstellen over het voorbereidend onderzoek in strafzaken*, Arnhem: Gouda Quint 1992, p. 47-78.
Mols 1994
G.P.M.F. Mols, 'Over de kroongetuige in strafzaken', in: F. Bruinsma e.a. (red.), *Precaire waarden. Liber amicorum voor Prof. mr. A.A.G. Peters*, Arnhem: Gouda Quint 1994, p. 61-78.
Mols 2003
G.P.M.F. Mols, *Getuigen in strafzaken*, Deventer: Kluwer 2003.
Myjer 2001
B.E.P. Myjer, 'Gedragscode OM: frisse wind bij open deuren', *Trema* 2001, p. 245-252.
Myjer 2002
B.E.P. Myjer, 'De aanbeveling van de Raad van Europa over 'the role of the Public Prosecution in the Criminal Justice System' en de Nederlandse OM-gedragscode', *Trema* 2002, p. 295-298.

Nieskens-Isphording 1991
B.W.M. Nieskens-Isphording, *Het fait accompli in het vermogensrecht. Een (rechtsvergelijkend) onderzoek naar een aanvullende wijze van ontstaan en tenietgaan van verbintenissen* (diss. Tilburg), Deventer: Kluwer 1991.
Nieuwenhuis 1979
J.H. Nieuwenhuis, *Drie beginselen van contractenrecht* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 1979.

Nieuwenhuis 1997
J.H. Nieuwenhuis, *Confrontatie & compromis. Recht, retoriek en burgerlijke moraal*, tweede druk, Deventer: Kluwer 1997.
Nieuwenhuis 2009
J.H. Nieuwenhuis, 'Paternalisme, fraternalisme, egoïsme. Een kleine catechismus van het contractenrecht', *NJB* 2009, p. 2254-2263.
Nijboer 1987
J.F. Nijboer, *De doolhof van de Nederlandse strafwetgeving. De systematische grondslag van het algemeen deel van het W.v.Sr.*, Groningen: Wolters-Noordhoff 1987.
Nijboer 1992
J.F. Nijboer, 'The American adversarial system in criminal cases: de achterkant van L.A. Law', *Recht en Kritiek* 1992, p. 8-26.
Nijboer 1995
J.F. Nijboer, 'De meerwaarde van de procesverplichting', in: A.M. Hol en C.J.J.M. Stolker, *Over de grenzen van strafrecht en burgerlijk recht*, Deventer: Kluwer 1995, p. 91-110.
Nijboer 1997
J.F. Nijboer, 'Ongelijkheidscompensatie en ongelijkheidsarticulatie in het strafrecht', in: L. Betten e.a. (red.), *Ongelijkheidscompensatie als roode draad in het recht. Liber amicorum voor prof. mr. M.G. Rood*, Deventer: Kluwer 1997, p. 217-228.
Nijboer 1999
J.F. Nijboer, 'Strafrecht en contractenrecht: een verkenning', in: T. Hartlief en C.J.J.M. Stolker (red.), *Contractvrijheid*, Deventer: Kluwer 1999, p. 59-68.
Nijboer 2005
J.F. Nijboer, 'Openbaarheid en de afdoening van zaken vóór de zitting: transactie en (voorwaardelijk) sepot', in: M. Malsch en J.F. Nijboer (red.), *De zichtbaarheid van het recht: openbaarheid van de strafrechtspleging*, Deventer: Kluwer 2005, p. 137-160.
Nijboer 2008
J.F. Nijboer, *Strafrechtelijk bewijsrecht*, vijfde herziene druk, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2008.

Van Ommeren 1987
F. van Ommeren, 'Het rechtskarakter van de concessie', *Ars Aequi* 1987, p. 334-342.
Oosting 1990
M. Oosting, *Kwaliteit van de overheid*, Nieuwenhoflezing uitgesproken te Maastricht op 19 mei 1990, Deventer: Kluwer 1990.
Osinga 1992
P. Osinga, *Transactie in strafzaken. Een onderzoek naar de positie van de transactie in het strafrechtelijk systeem* (diss. Tilburg), Arnhem: Gouda Quint 1992.
Otte 1999
M. Otte, 'Kanttekeningen bij de voorgenomen regeling van de kroongetuige. Het wetsontwerp 'toezeggingen aan getuigen in strafzaken'', *NJB* 1999, p. 113-121.

Pakes 2000
F.J. Pakes, *Spiders in the Web. Public Prosecutors at Work* (diss. Leiden), zonder uitgever, 2000.

Pessers 1999
D.W.J.M. Pessers, *Liefde, solidariteit en recht. Een interdisciplinair onderzoek naar het wederkerigheidsbeginsel* (diss. Amsterdam UvA), Amsterdam: Universiteit van Amsterdam 1999.
Pessers 2000
D. Pessers, 'Wederkerigheid als structuurprincipe van rechtsbetrekkingen', in: J.M. Barendrecht, M.A.B. Chao-Duivis en H.A.W. Vermeulen (red.), *Beginselen van contractenrecht. Opstellen aangeboden aan mr. B.W.M. Nieskens-Isphording*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 2000, p. 103-112.
Peters 1972
A.A.G. Peters, *Het rechtskarakter van het strafrecht* (oratie Utrecht), Deventer: Kluwer 1972.
Peters & Kobussen 1988
J.A.F. Peters en M.H. Kobussen (red.), *Bestuursrecht en nieuw B.W.*, Verslag van de derde themamiddag van de Juristenvereniging voor afgestudeerden in Tilburg, JUVAT, op 27 november 1987, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1988.
Pitlo 1995
A. Pitlo, *Het systeem van het Nederlands privaatrecht*, elfde druk, bewerkt door P.H.M. Gerver, H. Sorgdrager en R.H. Stutterheim, Arnhem: Gouda Quint 1995.
Plooy 2004
J. Plooy, 'Toezeggingen aan getuigen in strafzaken – de rechtsstaat in het geding?', *Trema* 2004, p. 185-196.
Polak 1958
J.M. Polak, *De eenheid van het recht. Enkele beschouwingen over specialisatie in de rechtswetenschap* (oratie Wageningen), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1958.
Polak 1999
J.E.M. Polak, *Burgerlijke rechter of bestuursrechter? De gewenste verdeling van de rechtsmacht bij: regelgeving, schadeveroorzakend overheidshandelen, tweewegenleer-vragen* (diss. Amsterdam UvA), Deventer: Kluwer 1999.
Polak 2006
J.E.M. Polak, 'Two worlds: How to make the best of it? Over enkele kernthema's in het werk van prof. mr. A.Q.C. Tak', in: T. Barkhuysen, W. den Ouden en Y.E. Schuurmans (red.), *Het model Tak: Verhoogde rechtsbescherming in het bestuursrecht?*, Alphen aan den Rijn: Kluwer 2006, p. 97-114.
Polak e.a. 2004
J.E.M. Polak e.a., *De toekomst van de rechtsbescherming tegen de overheid. Van toetsing naar geschilbeslechting*, Rapport van de Commissie Rechtsbescherming van de Vereniging voor Bestuursrecht VAR, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2004.
Pompe 1952
W.P.J. Pompe, 'Accusatoir of inquisitoir?', *RM Themis* 1952, p. 675-682.
Posthumus & Hoekman 2008
F. Posthumus en J. Hoekman, 'Magistraat in woord en daad', *Trema* 2008, p. 450-453.
Van Praag 1923
L. van Praag, *Op de grenzen van publiek- en privaatrecht*, 's-Gravenhage: Belinfante 1923.
Prakken 1992
T. Prakken, 'Naar een tweesporig strafproces?', *NJB* 1992, p. 1294-1300.

Prakken 1996
T. Prakken, 'Over kroongetuigen en deals met criminelen', *NJB* 1996, p. 1615-1621.
Pront-van Bommel, Stout & Van der Vlies 1998
S. Pront-van Bommel, H.D. Stout en I.C. van der Vlies, *Juridische kwaliteiten van onderhandelend bestuur. Onderhandelend bestuur en tegenstellingen in belangen*, Amsterdam: Amsterdam University Press 1998.

Redactie NJB 2009
Redactie NJB, 'Europees contractenrecht als gereedschapskist', *NJB* 2009, p. 1876-1877.
Reijntjes 1985
J.M. Reijntjes, 'Voorwaardelijk sepot', in: J.P. Balkema e.a. (red.), *Liber amicorum Th.W. van Veen*, Arnhem: Gouda Quint 1985, p. 295-316.
Reijntjes 1998
J.M. Reijntjes, 'Nieuw licht op de kroongetuige', *Tijdschrift voor sociaal juridische dienstverlening* 1998, nr. 12, p. 3-8.
Reijntjes 1999
J.M. Reijntjes, 'Kroongetuigen', *S&J Signaal* 1999, p. 117-125.
Reijntjes 2004
J.M. Reijntjes, 'Bestraffing buiten de rechter om. Wat is er mis met de transactie?', *Ars Aequi* 2004, p. 552-560.
Reijntjes 2005
J.M. Reijntjes, 'Het OM in een spagaat', *Ars Aequi* 2005, p. 597-604.
Remmelink 1996
J. Remmelink, *Mr. D. Hazewinkel-Suringa's Inleiding tot de studie van het Nederlandse strafrecht*, vijftiende druk, Deventer: Gouda Quint 1996.
Ricoeur 1995
P. Ricoeur, *Love and Justice*, in: Philosophy and Social Criticism 1995, nr. 5/6, p. 23-29.
Van Roermund, Groenhuijsen & Witteveen 1993
G.C.G.J. van Roermund, M.S. Groenhuijsen en W.J. Witteveen (red.), *Symposium strafrecht. Vervolg van een grondslagendebat*, Arnhem: Gouda Quint 1993.
Rogier & Hartmann 1993
L. Rogier en A. Hartmann, 'Verschillen en overeenkomsten tussen strafrecht en bestuursrecht', *DD* 2003, p. 1042-1058.
De Roos 1994
Th.A. de Roos, 'Herziening van het strafproces: de verdediging uitgespeeld?', preadvies NJV, *Handelingen Nederlandse Juristenvereniging* 1994-1, Zwolle: Tjeenk Willink 1994, p. 117-189.
De Roos 2006
Th.A. de Roos, 'Bewijs met bijzondere getuigen', *Strafblad* 2006, p. 5-13.
De Roos 2007
Th.A. de Roos, 'Daar is hij weer, de kroongetuige! De huurmoordenaar als informant en kroongetuige', *NJB* 2007, p. 1957-1961.
Röttgering 2004
A.E.M. Röttgering, 'De toestand in de wereld en het wetsvoorstel inzake het horen van getuigen', in: A.H. Klip, A.L. Smeulers en M.W. Wolleswinkel (red.), *KriTies.*

Liber amicorum et amicarum voor prof. mr. E. Prakken, Deventer: Kluwer 2004, p. 159-170.

Rupp 1965
H.H. Rupp, *Grundfragen der heutigen Verwaltungsrechtslehre*, Tübingen: Mohr 1965.

Salet 1994
W.G.M. Salet, *Om recht en staat. Een sociologische verkenning van sociale, politieke en rechtsbetrekkingen* (diss. Utrecht), WRR V83, Den Haag: Sdu Uitgeverij 1994.

Savigny 1840
F.C. von Savigny, *System des heutigen Römischen Rechts*, Band 1, Berlin: Veit 1840.

Schalken 1987
T.M. Schalken, *Strafrecht als systeem van rechtsbetrekkingen. Een ontwikkeling naar evenwicht?* (oratie Amsterdam VU), Arnhem: Gouda Quint 1987.

Scheltema 1918
F.G. Scheltema, 'Zaken buiten den handel', *WPNR* 1918, nrs. 2533 en 2534, p. 321-323 en p. 333-335.

Scheltema 1927
F.G. Scheltema, 'Het grensterrein van publiek en privaat recht', *Rechtsgeleerd Magazijn* 1927, p. 233-265.

Scheltema 1982
M. Scheltema, 'Bestuursrecht: Is het bestuur wetgever in eigen zaak?', in: W.F. de Gaay Fortman (red.), *Problemen van wetgeving*, Deventer: Kluwer 1982, p. 131-143.

Scheltema 1988
M. Scheltema, 'De verhouding van de Algemene wet bestuursrecht tot het burgerlijk recht', in: J.A.F. Peters en M.H. Kobussen (red.), *Bestuursrecht en Nieuw B.W.*, Verslag van de derde themamiddag van de Juristenvereniging voor afgestudeerden in Tilburg, JUVAT, op 27 november 1987, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1988, p. 41-48.

Scheltema 2006
M. Scheltema, 'Leve de Awb-mens!', in: K.J. de Graaf, A.T. Marseille en H.B. Winter (red.), *Op tegenspraak. Opstellen voor prof. mr. L.J.A. Damen*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2006, p. 99-109.

Scheltema 2008
M. Scheltema, 'De wederkerige rechtsbetrekking: een essentieel leerstuk voor het bestuursrecht', in: G.H. Addink e.a. (red.), *Grensverleggend bestuursrecht. Opstellen voor prof. mr. J.B.J.M. ten Berge*, Alphen aan den Rijn: Kluwer 2008, p. 207-217.

Scheltema & Scheltema 2008
M. Scheltema en M.W. Scheltema, *Gemeenschappelijk recht. Wisselwerking tussen publiek- en privaatrecht*, tweede druk, Alphen aan den Rijn: Kluwer 2008.

Van Schendel 1986
W.A.M. van Schendel, 'De Boeken 3 en 5 van het Nieuw Burgerlijk Wetboek en het bestuursrecht', in: *Bestuursrecht en (nieuw) burgerlijk recht*, Geschriften van de Vereniging voor Administratief Recht XCIV, Alphen aan den Rijn: Samsom H.D. Tjeenk Willink 1986, p. 65-87.

Schlössels 1995
R.J.N. Schlössels, 'Wederkerigheid en specialiteit in het bestuursrecht', in: E.C.H.J. van der Linden en A.Q.C. Tak (red.), *Eenzijdig en wederkerig? Beschouwingen over de wederkerige rechtsbetrekking als basisconcept in het bestuursrecht*, Deventer: Kluwer 1995, p. 153-190.

Schlössels 2003
R.J.N. Schlössels, *Het besluitbegrip en de draad van Ariadne. Enige beschouwingen over de rechtsmacht van de bestuursrechter* (oratie Nijmegen), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2003.
Schoep 2008
G.K. Schoep, *Sraftoemetingsrecht en strafvorming* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2008.
Scholten 1931
P. Scholten, *Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlandsch Burgerlijk recht. Algemeen deel*, Zwolle: Tjeenk Willink 1931.
Schoordijk 1971
H.C.F. Schoordijk, 'Typologiseren en moduleren in de rechtsvinding. Variaties op het thema overeenkomst', in: *Rechtsvinding. Opstellen aangeboden aan prof. dr. J.M. Pieters, ter gelegenheid van zijn afscheid als hoogleraar aan de Katholieke Hogeschool te Tilburg*, Deventer: Kluwer 1970, p. 231-252.
Schoordijk 1984
H.C.F. Schoordijk, *Bestuursrecht en privaatrecht. Een interne rechtsvergelijking* (rede Tilburg), Deventer: Kluwer 1984.
Schueler 1987
B. Schueler, 'Overheidstoezeggingen in het privaatrecht', *Ars Aequi* 1987, p. 350-355.
Schuyt 1985
C.J.M. Schuyt, 'Sturing in het recht', in: M.A.P. Bovens en W.J. Witteveen (red.), *Het schip van staat. Beschouwingen over recht, staat en sturing*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1985, p. 113-124.
Schuyt 2009
P.M. Schuyt, *Verantwoorde straftoemeting* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 2009.
Seerden 1995
R.J.G.H. Seerden, 'De vrijwarende werking van milieuvergunningen', in: E.C.H.J. van der Linden en A.Q.C. Tak (red.), *Eenzijdig en wederkerig? Beschouwingen over de wederkerige rechtsbetrekking als basisconcept in het bestuursrecht*, Deventer: Kluwer 1995, p. 249-276.
Sieburgh 2004
C.H. Sieburgh, *Tertium datur. De niet uitgesloten derde in het burgerlijk recht* (oratie Nijmegen), Deventer: Kluwer 2004.
Simmel 1950
G. Simmel, *The sociology of Georg Simmel* (vert. Kurt H. Wolff), New York/London: The Free Press/Collier Macmillan 1950.
Simon 1995
H.J. Simon, 'Autonomie en 'verbintenis' in het publiekrecht: een intern-rechtsvergelijkende analyse', in: E.C.H.J. van der Linden en A.Q.C. Tak (red.), *Eenzijdig en wederkerig? Beschouwingen over de wederkerige rechtsbetrekking als basisconcept in het bestuursrecht*, Deventer: Kluwer 1995, p. 61-119.
Snijders 1988
W. Snijders, 'Artikel 3.1.1.15 Nieuw B.W. en de schakelbepalingen nader bezien', in: J.A.F. Peters en M.H. Kobussen (red.), *Bestuursrecht en nieuw B.W.*, Verslag van de derde themamiddag van de Juristenvereniging voor afgestudeerden in Tilburg, JUVAT, op 27 november 1987, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1988, p. 49-69.

Spier 1981
J. Spier, *Overeenkomsten met de overheid* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 1981.
Spronken 2001
T.N.B.M. Spronken, *Verdediging. Een onderzoek naar de normering van het optreden van advocaten in strafzaken* (diss. Maastricht), Deventer: Gouda Quint 2001.
Stevens 2005
L. Stevens, *Het nemo-teneturbeginsel in strafzaken: van zwijgrecht naar containerbegrip* (diss. Tilburg), Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2005.
Stolker 1995
C.J.J.M. Stolker, 'Straffen met privaatrecht – of juist verzoenen?', in: A.M. Hol en C.J.J.M. Stolker (red.), *Over de grenzen van strafrecht en burgerlijk recht*, Deventer: Kluwer 1995.
Stout & Hoekema 1994
H.D. Stout en A.J. Hoekema (red.), *Onderhandelend bestuur*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1994.
Stroink 2008
F.A.M. Stroink, 'De éénwegleer. Enige beschouwingen over het gebruik van het privaatrecht door de overheid, in het bijzonder als alternatief voor publiekrechtelijke normering', in: G.H. Addink e.a. (red.), *Grensverleggend bestuursrecht. Opstellen voor prof. mr. J.B.J.M. ten Berge ter gelegenheid van zijn afscheid als hoogleraar Staats- en bestuursrecht aan de Universiteit Utrecht*, Alphen aan den Rijn: Kluwer 2008, p. 219-225.
Suijling 1927
J.Ph. Suijling, *Inleiding tot het burgerlijk recht*, eerste stuk, eerste gedeelte, tweede druk, Haarlem: De Erven F. Bohn 1927.

Tak 1987
A.Q.C. Tak, 'Drie magische lijnen?', *Ars Aequi* 1987, p. 281-290.
Tak 1994a
P.J.P. Tak, *De kroongetuige en de georganiseerde misdaad. Een rechtsvergelijkend onderzoek naar de kroongetuige als instrument bij de bestrijding van de georganiseerde misdaad in het Belgische, Deense, Duitse en Italiaanse recht*, Arnhem: Gouda Quint 1994.
Tak 1994b
P.J.P. Tak (red.), *Bespiegelingen omtrent de kroongetuige*, Arnhem: Gouda Quint 1994.
Tak 1995a
A.Q.C. Tak, 'Inleiding', in: E.C.H.J. van der Linden en A.Q.C. Tak (red.), *Eenzijdig en wederkerig? Beschouwingen over de wederkerige rechtsbetrekking als basisconcept in het bestuursrecht*, Deventer: Kluwer 1995, p. 1-8.
Tak 1995b
A.Q.C. Tak, 'Uitleiding', in: E.C.H.J. van der Linden en A.Q.C. Tak (red.), *Eenzijdig en wederkerig? Beschouwingen over de wederkerige rechtsbetrekking als basisconcept in het bestuursrecht*, Deventer: Kluwer 1995, p. 323-334.
Tak 1997
A.Q.C. Tak, *De overheid in het burgerlijk recht*, Den Haag: VUGA 1997.
Tak 2004 & 2005
P.J.P. Tak (ed.), *Tasks and powers of the prosecution services in the EU member states*, Volume 1 & 2, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2004 & 2005.

Teunissen 1995
J.M.H.F. Teunissen, 'De 'wederkerige rechtsbetrekking' als strategisch concept voor nivellerende rechtswetenschap?', in: E.C.H.J. van der Linden en A.Q.C. Tak (red.), *Eenzijdig en wederkerig? Beschouwingen over de wederkerige rechtsbetrekking als basisconcept in het bestuursrecht*, Deventer: Kluwer 1995, p. 277-322.
Teunissen 1996
J.M.H.F. Teunissen, *Het burgerlijk kleed van de staat. Beschouwingen over de tweewegenleer* (diss. Maastricht), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1996.
Teunissen 2000
J.M.H.F. Teunissen, 'De autonomie van het bestuursrecht t.o.v. het privaatrecht', in: H. Koning en E.M.J. Crombag (red.), *De autonomie van het bestuursrecht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2000, p. 73-99.
Thaman 2007
S.C. Thaman, 'Plea-Bargaining, Negotiating Confessions and Consensual Resolution of Criminal Cases', *Electronic Journal of Comparative Law* 2007, vol. 11.3 (http://www.ejcl.org/113/article113-34.pdf).
Tjittes 1994
R.P.J.L. Tjittes, *De hoedanigheid van contractspartijen. Een rechtsvergelijkend onderzoek naar de betekenis van de (onderlinge) hoedanigheid van partijen voor de totstandkoming en de vaststelling van de inhoud van rechtshandelingen* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 1994.

UNIDROIT Principles 1994
UNIDROIT International Institute for the Unification of Private Law, *UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts 1994*, Rome: UNIDROIT 1994.
UNIDROIT Principles 2004
UNIDROIT International Institute for the Unification of Private Law, *UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts 2004*, Rome: UNIDROIT 2004.

Valk 2007
W.L. Valk, 'Totstandkoming'; 'Rechtsgevolgen van de overeenkomst ten aanzien van partijen' en 'Rechtsgevolgen van de overeenkomst ten aanzien van derden', in: Jac. Hijma e.a., *Rechtshandeling en overeenkomst*, vijfde druk, Deventer: Kluwer 2007, p. 24-79; p. 288-328 en p. 329-353.
VAR 1987
Vereniging voor Administratief Recht, *Verslag van de algemene vergadering gehouden op 25 april 1986 ter behandeling van de preadviezen van D.A. Lubach en W.A.M. van Schendel*, Geschriften van de Vereniging voor Administratief Recht XCV, Alphen aan den Rijn: Samsom H.D. Tjeenk Willink 1987.
Vegting 1954
W.G. Vegting, *Het algemeen Nederlands administratiefrecht*, deel I, Alphen aan den Rijn: Samsom 1954.
Van der Ven 1940
J.J.M. van der Ven, 'Boekbespreking van G.J. Wiarda, Overeenkomsten met overheidslichamen (diss. Amsterdam UvA), Zwolle: Tjeenk Willink 1939', *RM Themis* 1940, p. 98-107.

Verburg 1975
J.J.I. Verburg, *Het verschoningsrecht van getuigen in strafzaken (een studie over art. 218 Sv)*, Groningen: H.D. Tjeenk Willink bv 1975.
Verheij 1999
N. Verheij, 'Een eigen recht(er). Recente verschuivingen in de bevoegdheidsverdeling tussen burgerlijke rechter en bestuursrechter', in: *Verschuiving van de magische lijn*, preadviezen, VAR-reeks 122, Alphen aan den Rijn: Samsom 1999, p. 7-73.
Verloop 2008
P.C. Verloop, 'Getuigen', in: C.P.M. Cleiren, Th.A. de Roos en M.A.H. van der Woude (red.), *Jurisprudentie Strafrecht Select*, derde editie, Den Haag: Sdu Uitgevers 2008, p. 81-111.
Vermeulen 2005
G. Vermeulen (ed.), *EU Standards in witness protection and collaboration with justice*, Antwerp/Apeldoorn: Maklu 2005.
Vetter 1987
H.J. Vetter, 'Artikel 3.1.1.15 NBW: nieuws onder de zon?', *Ars Aequi* 1987, p. 297-303.
Van der Vinne 2008
J. van der Vinne, 'Magistratelijkheid: een essentiële grondhouding', *Trema* 2008, p. 454-455.
Vranken 1988
J.B.M. Vranken, 'Wisselwerking tussen privaatrecht en bestuursrecht', in: J.A.F. Peters en M.H. Kobussen (red.), *Bestuursrecht en Nieuw B.W.*, Verslag van de derde themamiddag van de Juristenvereniging voor afgestudeerden in Tilburg, JUVAT, op 27 november 1987, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1988, p. 27-39.
Vranken 1996
J.B.M. Vranken, 'Misbruik van recht als overgangsfiguur', in: M.E. Franke e.a. (red.), *Onrechtmatige daad* (BW-krant jaarboek 1996), Deventer: Gouda Quint 1996, p. 87-95.
Vranken 2000
J.B.M. Vranken, 'Over partijautonomie, contractsvrijheid en de grondslag van gebondenheid in het verbintenissenrecht', in: J.M. Barendrecht, M.A.B. Chao-Duivis en H.A.W. Vermeulen (red.), *Beginselen van contractenrecht. Opstellen aangeboden aan mr. B.W.M. Nieskens-Isphording*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 2000, p. 145-155.

Wedzinga 1999
W. Wedzinga, 'Het demasqué van het wetsontwerp kroongetuige', *NJB* 1999, p. 1719-1723.
Wemes 1995
L.T. Wemes, 'Civilisering van het materiële strafrecht. De invloed van het civiele aansprakelijkheidsrecht op de grondslagen voor strafbaarheid', in: A.M. Hol en C.J.J.M. Stolker (red.), *Over de grenzen van strafrecht en burgerlijk recht*, Deventer: Kluwer 1995, p. 67-78.
Wiarda 1939
G.J. Wiarda, *Overeenkomsten met overheidslichamen* (diss. Amsterdam UvA), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1939.
Wielemans 1993
W. Wielemans, *Voorbij het individu. Mensbeelden in wetenschappen*, Leuven: Garant 1993.

Van Wijk, Konijnbelt & Van Male 2008
H.D. van Wijk, *Hoofdstukken van bestuursrecht*, bewerkt door W. Konijnenbelt en R.M. van Male, veertiende herziene druk, Den Haag: Elsevier juridisch 2008.

De Wijkerslooth 2000
J.L. de Wijkerslooth, *Afspraken met getuigen in strafzaken*, lezing ter gelegenheid van de bijeenkomst van het Leidsch Juridisch genootschap op 6 september 2000 (gedeeltelijk gepubliceerd op www.om.nl).

De Wijkerslooth 2007a
J.L. de Wijkerslooth, 'De strafbeschikking' (preadvies voor de Vereniging voor wetgeving en wetgevingsbeleid), in: L. Loeber (red.), *Het wetvoorstel OM-afdoening en de verhouding tussen strafrechtelijke en bestuursrechtelijke handhaving*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2007, p 1-19.

De Wijkerslooth 2007b
J.L. de Wijkerslooth, 'De elastiekjes van Docters van Leeuwen. Het O.M. tussen rechtspraak, politie, politiek en bestuur', *Justitiële verkenningen* 2007, nr. 6, p. 66-76.

De Wilde 2007
B. de Wilde, 'Terra incognita. Straatsburgse eisen aan getuigenverzoeken in strafzaken', *NJB* 2007, p. 1396-1403.

De Wilde 2008
B. de Wilde, 'Bewijsminimumregels als waarborgen voor de waarheidsvinding in strafzaken?', in: J.H. Crijns, P.P.J. van der Meij en J.M. ten Voorde (red.), *De waarde van waarheid. Opstellen over waarheid en waarheidsvinding in het strafrecht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2008, p. 269-294.

Wolfson 2003
D.J. Wolfson, 'Rechtsbescherming in de transactiestaat', *NJB* 2003, p. 958-965.

WRR 2002
Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid, *De toekomst van de nationale rechtsstaat*, Rapporten aan de regering 63, Den Haag: Sdu Uitgevers 2002.

Zijderveld 2003
A.C. Zijderveld, 'De wisselende aandacht voor slachtoffers. Enkele cultuursociologische overwegingen', preadvies NJV, *Handelingen Nederlandse Juristen-Vereniging* 2003-I, Deventer: Kluwer 2003, p. 1-32.

Aangehaalde jurisprudentie

EUROPEES HOF VOOR DE RECHTEN VAN DE MENS

- EHRM 18 juni 1971, Series A 12 (De Wilde, Ooms en Versyp v. Belgium)
- EHRM 27 februari 1980, Series A 35, *NJ* 1980, 561 (Deweer v. Belgium)
- EHRM 10 februari 1983, Series A 58, *NJ* 1987, 315 (Albert & Le Compte v. Belgium)
- EHRM 21 februari 1984, Series A 73, *NJ* 1988, 937 (Öztürk v. Germany)
- EHRM 20 november 1989, Series A 166, *NJ* 1990, 245 m.nt. EAA (Kostovski v. the Netherlands)
- EHRM 21 februari 1990, Series A 171-A (Håkansson en Sturesson v. Sweden)
- EHRM 12 oktober 1992, Series A 245-C (T. v. Italy)
- EHRM 24 februari 1994, Series A 284, *NJ* 1994, 496 m.nt. EAA (Bendenoun v. France)
- EHRM 26 maart 1996, *NJ* 1996, 741 m.nt. Kn (Doorson v. the Netherlands)
- EHRM 23 april 1997, *NJ* 1997, 635 m.nt. Kn (Van Mechelen c.s. v. the Netherlands)
- EHRM 27 februari 2001, *NJ* 2002, 101 m.nt. Sch (Lucà v. Italy)
- EHRM 14 februari 2002, *NJ* 2002, 378 m.nt. Sch (Visser v. the Netherlands)
- EHRM 2 juli 2002, *NJ* 2003, 671 (S.N. v. Sweden)
- EHRM 27 januari 2004, *NJ* 2004, 668 en 669 m.nt. Sch (Lorsé & Verhoek v. the Netherlands)
- EHRM 5 april 2005, *NJ* 2005, 551 m.nt. Sch (Scheper v. the Netherlands)

HOGE RAAD

- HR 12 april 1897, *W* 6954 (Muilkorf)
- HR 31 december 1915, *NJ* 1916, p. 407 (Guldemond/Noordwijkerhout)
- HR 20 december 1926, *NJ* 1927, 85 (De auditu)
- HR 27 juni 1927, *W* 11713
- HR 20 december 1955, *NJ* 1956, 202
- HR 22 februari 1957, *NJ* 1957, 310 (Schellen en Deuropeners)
- HR 15 november 1957, *NJ* 1958, 67 m.nt. LEHR (Baris/Riezenkamp)
- HR 13 april 1962, *NJ* 1964, 366 m.nt. HB (Kruseman)
- HR 4 januari 1963, *NJ* 1964, 202 m.nt. JHB (Landsmeer)
- HR 21 januari 1966, *NJ* 1966, 183 m.nt. GJS (Booy/Wisman)
- HR 19 januari 1968, *NJ* 1968, 166 m.nt. GJS (Eindhoven/Staals)
- HR 13 maart 1981, *NJ* 1981, 635 m.nt. CJHB (Haviltex)
- HR 18 juni 1982, *NJ* 1983, 723 m.nt. CJHB (Plas/Valburg)
- HR 29 november 1983, *NJ* 1984, 277 (Voowaarden voeging ad informandum)
- HR 25 januari 1985, *NJ* 1985, 559 m.nt. PAS (Patelski/Sittard)

· HR 12 november 1985, *NJ* 1986, 421
· HR 7 januari 1986, *NJ* 1986, 496
· HR 27 maart 1987, *NJ* 1987, 727 m.nt. MS (Amsterdam/Ikon)
· HR 10 april 1987, *NJ* 1988, 148 m.nt. WHH (Nieuwegein/GCN)
· HR 23 juni 1989, *NJ* 1991, 673 m.nt. MS (GCN/Nieuwegein II)
· HR 26 januari 1990, *NJ* 1991, 393 m.nt. MS onder 394 (Windmill)
· HR 1 mei 1990, *NJ* 1991, 40 m.nt. ThWvV
· HR 19 juni 1990, *NJ* 1991, 119 m.nt. ThWvV en MS
· HR 9 juli 1990, *NJ* 1991, 394 m.nt. MS (De Pina/Helmond)
· HR 5 maart 1991, *NJ* 1991, 694 m.nt. C
· HR 8 juli 1991, *NJ* 1991, 691 m.nt. MS (Kunst- en antiekstudio Lelystad)
· HR 22 oktober 1991, *NJ* 1992, 282 m.nt. 'tH (Tuindersfraude)
· HR 28 februari 1992, *NJ* 1992, 687 m.nt. MS (Changoe)
· HR 5 februari 1993, *NJ* 1995, 716 m.nt. MS (Rotterdams welzijnsconvenant)
· HR 22 juni 1993, *NJ* 1994, 498 m.nt. C
· HR 15 februari 1994, *NJ* 1994, 322 m.nt. AHJS
· HR 19 mei 1995, *NJ* 1995, 531 (Ordelmans/Lademo)
· HR 23 mei 1995, *NJ* 1995, 683 m.nt. Sch
· HR 24 november 1995, *NJ* 1996, 160 (Tromp/Regency)
· HR 19 december 1995, *NJ* 1996, 249 m.nt. Sch (Zwolsman)
· HR 19 maart 1996, *NJ* 1997, 59 m.nt. Kn
· HR 4 februari 1997, *NJ* 1997, 322
· HR 6 januari 1998, *NJ* 1998, 367 m.nt. JdH (Pikmeer II)
· HR 2 juni 1998, *NJ* 1998, 697
· HR 30 juni 1998, *NJ* 1998, 799 m.nt. Sch (Kobus L.)
· HR 27 november 1998, *NJ* 1999, 197 (De Bruin/Meiling)
· HR 6 april 1999, *NJ* 1999, 565 en 566 m.nt. Sch (Theo R. en Johan V.)
· HR 1 juni 1999, *NJ* 1999, 567 m.nt. Sch (Karman)
· HR 8 juni 1999, *NJ* 1999, 772 en 773 m.nt. JR (Juliët)
· HR 9 november 1999, *NJ* 2000, 422 m.nt. Sch
· HR 14 december 1999, *NJ* 2000, 164
· HR 22 februari 2000, *NJ* 2000, 557 m.nt. Sch
· HR 4 juli 2000, *NJ* 2000, 581
· HR 2 april 2002, *NJ* 2002, 357
· HR 11 juni 2002, *NJ* 2002, 459
· HR 2 juli 2002, *NJ* 2003, 2 m.nt. Kn (Mink K.)
· HR 9 juli 2002, *LJN* AE2761
· HR 20 februari 2004, *NJ* 2005, 493 m.nt. C.E. du Perron (DSM/Fox)
· HR 15 juni 2004, *NJ* 2004, 479 m.nt. JR
· HR 12 augustus 2005, *NJ* 2005, 467 (CBB/JPO)
· HR 3 oktober 2006, *NJ* 2006, 549
· HR 15 april 2008, *NJ* 2008, 453 m.nt. Sch
· HR 23 september 2008, *NJ* 2009, 519 m.nt. J.M. Reijntjes
· HR 13 januari 2009, *NJ* 2009, 61
· HR 20 januari 2009, *NJ* 2009, 225 m.nt. M.J. Borgers
· HR 26 mei 2009, *NJ* 2009, 260
· HR 8 september 2009, *NJ* 2009, 428

GERECHTSHOVEN

· Hof Arnhem 27 mei 1930, *W* 12414
· Hof Den Bosch 27 februari 1998, *NJ* 1998, 518 (Juliët)
· Hof Den Haag 28 februari 2007, *NJFS* 2007, 129
· Hof Den Haag 10 maart 2008, *NJ* 2008, 469 m.nt. N. Keijzer (Kouwenhoven)

RECHTBANKEN

· Rb Amsterdam 17 maart 2005, *LJN* AT0873 (Nomads)
· Rb Den Haag 8 oktober 1998, *NbSr* 1998, 188
· Rb Haarlem 19 maart 2009, *LJN* BI0484 en *LJN* BI0503

· Pres. Rb Groningen 25 augustus 1989, *KG* 1989, 389
· Pres. Rb Groningen 18 januari 1991, *KG* 1991, 60
· Pres. Rb Amsterdam 16 december 1993, *KG* 1994, 22

Trefwoordenregister

De vetgedrukte paginanummers verwijzen naar de plaats waar een begrip wordt gedefinieerd of in het bijzonder aan de orde wordt gesteld.

A

Aard van de rechtsverhouding | 397, **404-405**, **413-415**, 419-425, 432, 442-446
- en de publiekrechtelijke overeenkomst | 448-449, 463-464
- en de strafrechtelijke overeenkomst | 492-493, 497-499, 544-545, 596
- kritiek | 405-407, 410-411

Accusatoir strafproces | 112, **320-323**, 354, 604

Afstand van recht | 115-118, 180-182

Algemeen belang
- en buitengerechtelijke afdoening | 71, 109-110
- en de bestuursrechtelijke rechtsbetrekking | 265, 277-280, 282-283, 489
- en de privaatrechtelijke overeenkomst | 155, 157, 450-452
- en de publiekrechtelijke overeenkomst | 457, 473-474, 477, 479-480, 552
- en de strafrechtelijke overeenkomst | 498, 509-512, 537, 540-542, 547, 552, 597
- en de strafrechtelijke rechtsbetrekking | 30, 285, 318-320, 339, 356-359, 489
- en het onderscheid publiek-/privaatrecht | 231, 409, 414-415, 424, 430-431, 437, 446

Algemene beginselen van behoorlijk bestuur
- als open norm | 422, 428
- en de bestuursrechtelijke rechtsbetrekking | 265, 267-269, 278, 434, 436
- en de privaatrechtelijke overeenkomst | 140, 450-451, 454, 460, 465
- en de publiekrechtelijke overeenkomst | 466, 468, 473-475, 482-484
- en het gebruik van privaatrecht door de overheid | 427, 429, 434-435, 439
- in relatie tot andere ongeschreven rechtsbeginselen | 254, 428, 482, 517-519
- in relatie tot de notie van correlativiteit | 281

Algemene wet bestuursrecht
- en de (wederkerige) rechtsbetrekking | 225, 259-260, **264-267**, 279
- in relatie tot het Burgerlijk Wetboek | 425-432, 435, 443

Alternatieve geschillenbeslechting | 44-45

Asymmetrie, *zie* symmetrie

B

Beginselen van contractenrecht | 134-139, 513-516

Beginselen van een behoorlijke strafrechtspleging | 37-38, 40, 68, 305, 348
- en de strafrechtelijke overeenkomst | 546, 556-557, 559, 561, 567, 573-576, 597-598

- en het handelen van de verdachte | 312, 335, 538
- en het handelen van het OM | 310, 316, 336, 339, 515
- in relatie tot andere ongeschreven rechtsbeginselen | 254, 517-519, 563
- in relatie tot de notie van correlativiteit | 288, 339, 563
- in relatie tot de notie van magistratelijkheid | 325-326, 329, 333
- in relatie tot het legaliteitsbeginsel | 307-308

Bekennende verdachte | 28, 49, 51-53, 198
Bijzondere opsporingsgelden | 57-58, 93
Buitengerechtelijke afdoening | 3-6, 34-35, 506, 510
- bezwaren | 109-118
- en de procesverplichting | 24-28
- in de toekomst | 13-14, 45-48, 603

Burgerlijk Wetboek | 133, 398, 416
- in relatie tot de Algemene wet bestuursrecht | 425-432, 435, 443

C

Civiele rechter | 583-587
Commissie Van Traa | **61-63**, 73, 76-77, 89-90, 96, 98, 119-120
Consensualisme | 31, 130, **134-139**, 167, 513-514
Consensualiteit
- bezwaren | 108-124
- definitie | 28-33
- in relatie tot het begrip overeenkomst | 163-166
- plaatsbepaling | 1-9

Consensuele procedures
- ter afdoening buiten geding | 34-35
- ter verkorting van het geding | 48-49
- ter verkrijging van bewijs | 56-59

Contractsvrijheid
- binnen het privaatrechtelijk contractenrecht | **134-139**, 145-146, 157, 454, 513-516
- en de overeenkomst ter verkorting van het geding | 198-199
- en de publiekrechtelijke overeenkomst | 475
- en de schikking | 196-197
- en de strafrechtelijke overeenkomst | 538-539, 542, 546, 562-563
- en de toezeggingen aan getuigen | 214-217
- en de transactie | 179-182
- en het voorwaardelijk sepot | 191-192

Correlativiteit
- als rechtstheoretisch concept | 236, **256-259**, 519-521, 524
- binnen de bestuursrechtelijke rechtsbetrekking | 268, 280-283
- binnen de contractuele rechtsbetrekking | 258, 521-523
- binnen de strafrechtelijke overeenkomst | 537-538, 540, 546, 563-564
- binnen de strafrechtelijke rechtsbetrekking | 288-289, 303, 319, 339-340, 387-389, 521-523, 533

D

Dynamiek
- als kenmerk van de rechtsbetrekking | 230, **239-241**, 289
- binnen de bestuursrechtelijke rechtsbetrekking | 269-271, 282
- binnen de privaatrechtelijke rechtsbetrekking | 261-262,
- binnen de strafrechtelijke rechtsbetrekking | 286-287, 291, 301-304, 337, 349-350, 363-366
- en de strafrechtelijke overeenkomst | 525, 534, 541, 566

Dwaling, *zie* wilsgebreken

E
Eenheid van recht | **416-419**, 421, 433, 446, 449, 465, 488, 550
Externe openbaarheid | 35, **110-112**, 118, 378

G
Gedingverkorting | 23, 118
Gemene rechtsleer | 397, 399, **404-413**, 415, 420, 423-425, 440-443, 445
Gemengde rechtsleer | **419-425**, 429-431, 433-434, 437-438, 445, 471
Getuige
- afgeschermde | 344, 347, 373, 379, 382-387
- bedreigde | 97, 101, 344, 347, 372-373, 382-387, 388
- bijzondere | 344, 377, **382-387**, 388
- grondslag rechtsbetrekking | 350-360
- ontstaan rechtsbetrekking | 361-363
- rechtspositie | 97-98, 359-360, **369-382**, 388, 521
- verplichtingen | 96-97, 368

Getuigenbescherming | 78, **94-95**, 371-372, 572, 582

H
Horizontalisering | 3, 244, 273-274

I
Inquisitoir strafproces | 49, 52, 112, 199, 310, 313, **320-323**, 338, 354, 367
Invullende rechtsleer | 438

K
Kort geding | 486, 510, 551, 574, **583-587**, 590-592
Kroongetuige | 10, 59, 63, 68, 76, 89-90, 122-123, 207, 210, 214

L
Legaliteitsbeginsel
- als waarborg voor overheidsoptreden | 246, 437, 487, 489
- en de publiekrechtelijke overeenkomst | 453-454, 458
- en de strafrechtelijke overeenkomst | 537-542, 549, 562, 574, 576, 596
- en de strafrechtelijke rechtsbetrekking | **306-313**, 338-339, 513-516
- en ongeschreven verplichtingen | 233, 241, 258, 266, 276, 278, 280-283, 289, 340, 564
- normadressaat | 309-310

M
Magistratelijkheid | 504, 521, 533, 537
- binnen de rechtsbetrekking met de getuige | 348, 378, 388
- binnen de rechtsbetrekking met de verdachte | 288, 316-320, **325-334**, 338-340
- in relatie tot de strafrechtelijke overeenkomst | 509, 512, 538, 540, 546, 563-564

Misbruik van omstandigheden, *zie* wilsgebreken
Mutualiteit | **252-256**, 263-264

O
OM-afdoening, *zie* strafbeschikking
Ontbinding | 149-150, **153-154**, 481-482, 571, 574
Onvoorziene omstandigheden | **149-150**, 262, 479-481
Openbaar Ministerie, *zie ook* magistratelijkheid
- positie | 313-316, 320-323
- taak | 316-319

Opportuniteitsbeginsel | 299, 317, 324, 338
- en de strafrechtelijke overeenkomst | 166, 564
- en toezeggingen aan getuigen | 68, 70-72, 81, 90, 214

Opschorting | **151-153**, 481, 574, 601
Overeenkomst
- definitie | 127-130, 160-163
- indelingen | 130-133

- privaatrechtelijk, *zie* privaatrechtelijke overeenkomst
- publiekrechtelijk, *zie* publiekrechtelijke overeenkomst
- strafrechtelijk, *zie* strafrechtelijke overeenkomst
- ter afdoening buiten geding | 173-197, 555-556, 570
- ter verkorting van het geding | 197-206
- ter verkrijging van bewijs | 207-217, 556-562, 570-575

P

Partijautonomie | 135-136, 146, 157, 437, 514-515, 523
Privaatrechtelijke overeenkomst
- definitie | 127-130, 160-163
- inhoud | 144-148
- normatief kader | 133-134
- totstandkoming | 141-144
- uitvoering | 149-154

Publiekrechtelijke overeenkomst
- definitie | 454-460
- inhoud | 474-476
- normatief kader | 465-472
- totstandkoming | 473-474
- uitvoering | 476-484

Procesverplichting | 23-28, 513

R

Rechtsbetrekking
- als domeinoverstijgend grondbegrip | 16, 221-222, **241-243**
- als dynamisch concept, *zie* dynamiek
- definitie | 222-223, 227-230
- en rechtssubjectiviteit | **230-236**, 239-240, 246, 284, 319, 359, 520
- grondslag | 292-301, 350-360
- ontstaan | 229, 236-239, 292-301, 361-363

Rechtspleging | 577-592
Rechtssubjectiviteit
- als relationeel begrip | **230-236**, 239-240, 246, 284, 319, 359, 520
- van de verdachte | 297-298
- van het Openbaar Ministerie | 313, 316, 338

Rechtsmiddelen, afspraken over | **56**, 91, 206, 495, 564
Rechtsverhouding, *zie* rechtsbetrekking
Reciprociteit | 252-256, 263-264
Redelijkheid en billijkheid
- aanvullende en derogerende werking | 137-138, **148**, 157, 517, 563-564
- als beginselen van contractenrecht | 138-139
- als open norm | 140, 157, 254, 262, 428, 482-484, 517-519, 522
- in relatie tot andere ongeschreven rechtsbeginselen | 254, 428, 482, 517-519

Relationele rechtsopvatting | 236, 286, **317-319**, 328, 356-360

S

Schadevergoeding
- op grond van het privaatrecht | **152-154**, 481, 571, 574-576, 599, 601-602
- op grond van het strafrecht | 56, 206, 301, 485

Schakelbepalingen BW | 428-432, 435, 443, 468-471, 548
Schikking
- als consensuele procedure | 41-44, 86
- als overeenkomst | 193-197, 555, 570

Spelregels voor de strafrechtelijke overeenkomst | **542-543**, **550**, 592-593, 596-597, 599-600
Strafbeschikking | 5, 13-14, 25-26, 41, **45-48**, 109, 180, 303, 330, 490
Strafrechtelijke overeenkomst
- definitie | 166-167
- inhoud | 562-565
- normatief kader | 543-552
- totstandkoming | 552-562
- uitvoering | 565-576

Strafrechter | 102-105, 578-583, 599-600
Symmetrie en asymmetrie | 244-248

- · binnen de bestuursrechtelijke rechtsbetrekking | 273-274, 278, 280-281
- · binnen de contractuele rechtsbetrekking | 513, 519, 523
- · binnen de strafrechtelijke rechtsbetrekking | 287-288, 302-303, **336-340**, 368, 385-389, 519-520
- · en de notie van correlativiteit | 257-259, 280
- · en de strafrechtelijke overeenkomst | 525, **527-532**, 535-536, 538, 541, 559, 564-566
- · feitelijk | 247-248
- · juridisch | 245-247

T

Teildetermination, zie *Volldetermination*

Toezeggingen aan getuigen
- · als consensuele procedure | 56-59
- · als overeenkomst | 207-213, 216-217, 556-562, 570-575
- · begrip toezegging | 74-76
- · bevoegdheidsgrondslag | 70-72
- · doel | 59-61
- · gevallen | 72-74
- · jurisprudentie | 67-70
- · ontoelaatbare toezeggingen | 89-95
- · positie van de getuige | 96-98
- · procedure van totstandkoming | 98-102, 556-562
- · rechterlijke toetsing | 102-105
- · toelaatbaarheid van toezeggingen | 76-83
- · toelaatbare toezeggingen | 83-89
- · tot strafrechtelijke immuniteit | 63, 69, 71, 76-77, 85, 87, **89-91**
- · weigerachtige getuige | **105-108**, 570-573, 580, 598, 601
- · wettelijke regeling | 62-67

Transactie
- · als consensuele procedure | 36-40
- · als overeenkomst | 173-179, 182, 553-554, 568-569

V

Verbindende kracht
- · binnen het privaatrechtelijk contractenrecht | **134-139**, 513-514, 517
- · en de publiekrechtelijke overeenkomst | 459, 480
- · en de strafrechtelijke overeenkomst | 171, 536, 541

Verdachte
- · grondslag rechtsbetrekking | 292-301
- · ontstaan rechtsbetrekking | 292-301
- · positie binnen de rechtsbetrekking | 334-337

Verschoningsrecht | 344, 368-369, 375-376
- · in relatie tot toezeggingen aan getuigen | 7, 97, 108, 215, 385, 529, 560, 572-573

Voeging ad informandum
- · als consensuele procedure | 23, 33, 54-56, 118
- · als overeenkomst | 199-204

Volldetermination en *Teildetermination* | **236-239**, 299, 514

Voorwaardelijk sepot
- · als consensuele procedure | 40-41
- · als overeenkomst | 182-193, 555, 569-570

Vormverzuimen | 301, 546, 558, 561, 573-574

Vrijwilligheid
- · en buitengerechtelijke afdoening | 4, 26, 35, 109, **114-118**, 507
- · en consensualiteit | 30
- · en de schikking | 196-197
- · en de strafrechtelijke rechtsbetrekking | 246, 287-289, 338, 355
- · en de toezeggingen aan getuigen | 108, 214-217, 508
- · en de transactie | 39-40, 179-182
- · en de voeging ad informandum | 118, 201

· en het voorwaardelijk sepot | 191-192, 554-555

W

Waarheidsvinding
· als doel van het strafproces | 199, 286, 304, 321, 335
· als grondslag voor de getuigplicht | 346-347, 350, **354-356,** 356-363
· en buitengerechtelijke afdoening | **112-113**, 507
· in relatie tot het belang van de getuige | 372-374, 377-378, 380

Wederkerigheid
· als afspraak | **252**, 386, 521, 534-536
· als imperatief | 236, **251-252**, 259, 520
· als norm van menselijk handelen | 250-252
· binnen de bestuursrechtelijke rechtsbetrekking | 282-283
· binnen de contractuele rechtsbetrekking | 521
· binnen de strafrechtelijke rechtsbetrekking | 288-290, 319, **340**, 388-389, 522
· en de strafrechtelijke overeenkomst | **532-536**, 566

Wilsgebreken | **142**, 473-474, 559-562, 575, 597

Curriculum vitae

Jan Crijns, geboren op 15 augustus 1978 te Curaçao, behaalde in 1996 zijn Gymnasiumdiploma aan het Augustinus College te Beverwijk. In 2001 behaalde hij zijn doctoraal Nederlands Recht, afstudeerrichting Straf- en strafprocesrecht, aan de Faculteit der Rechtsgeleerdheid van de Universiteit Leiden. Van 2001 tot en met 2010 was hij als AIO en promovendus verbonden aan het Instituut voor Strafrecht en Criminologie van de Universiteit Leiden. Thans is hij aldaar werkzaam als universitair docent straf- en strafprocesrecht.

Jan Crijns is sinds 2003 redactiesecretaris van *Tekst & Commentaar Strafrecht* en *Tekst & Commentaar Strafvordering*. Sinds 2007 is hij rechter-plaatsvervanger in de Rechtbank Haarlem.

In de boekenreeks van de Graduate School of Legal Studies van de Faculteit der Rechtsgeleerdheid, Universiteit Leiden, zijn in 2009 en 2010 verschenen:

MI-156 N.M. Dane, *Overheidsaansprakelijkheid voor schade bij legitiem strafvorderlijk handelen*, (diss. Leiden), Tilburg: Celsus juridische uitgeverij 2009, ISBN 978 90 8863 034 7

MI-157 G.J.M. Verburg, *Vaststelling van smartengeld,* (diss. Leiden) Deventer: Kluwer 2009

MI-158 J. Huang, *Aviation Safety and ICAO*, (diss. Leiden) 2009 ISBN-13 978 90 4113 115 7

MI-159 J.L.M. Gribnau, A.O. Lubbers & H. Vording (red.), *Terugkoppeling in het belastingrecht*, Amersfoort: Sdu Uitgevers 2008, ISBN 978 90 6476 326 7

MI-160 J.L.M. Gribnau, *Soevereiniteit en legitimiteit: grenzen aan (fiscale) regelgeving*, (oratie Leiden), Sdu Uitgevers 2009, ISBN 978 90 6476 325 0

MI-161 S.J. Schaafsma, *Intellectuele eigendom in het conflictenrecht. De verborgen conflictregel in het beginsel van nationale behandeling* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2009, ISBN 978 90 13 06593 0

MI-162 P. van Schijndel, *Identiteitsdiefstal*, Leiden: Jongbloed 2009

MI-163 W.B. van Bockel, *The ne bis in idem principle in EU law*, (diss. Leiden), Amsterdam: Ipskamp 2009, ISBN 978 90 90 24382 5

MI-164 J. Cartwright, *The English Law of Contract: Time for Review?*, (oratie Leiden), Leiden 2009.

MI-165 W.I. Koelewijn, *Privacy en politiegegevens. Over geautomatiseerde normatieve informatie-uitwisseling,* (diss. Leiden), Leiden: Leiden University Press 2009, ISBN 9 789087 280703

MI-166 S.R.M.C. Guèvremont, *Vers un traitement équitable des étrangers extracommunautaires en séjour régulier. Examen des directives sur le regroupement familial et sur les résidents de longue durée*, (diss. Leiden), Zutphen: Wöhrmann Printing Service 2009, ISBN 978 90 8570 419 5

MI-167 A.G. Castermans, I.S.J. Houben, K.J.O. Jansen, P. Memelink & J.H. Nieuwenhuis (red.), *Het zwijgen van de Hoge Raad*, Deventer: Kluwer 2009, ISBN 978 90 13 07029 3

MI-168 P.M. Schuyt, *Verantwoorde straftoemeting*, (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2009, ISBN 978 90 1307 156 6

MI-169 P.P.J. van der Meij, *De driehoeksverhouding in het strafrechtelijk vooronderzoek*, (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2010, ISBN 978 90 1407 158 0

MI-170 M.V. Polak (red.), *Inbedding van Europese procesrechtelijke normen in de Nederlandse rechtsorde*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2010, ISBN 978 90 6916 714 5

MI-171 E. Koops, *Vormen van subsidiariteit. Een historisch-comparistische studie naar het subsidiariteitsbeginsel bij pand, hypotheek en borgtocht*, (diss. Leiden), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2010, ISBN 978 90 8728 070 3

MI-172 H.H. Kielman, *Politiële gegevensverwerking. Naar een effectieve waarborging*, (diss. Leiden) Zutphen: Wöhrmann Print Service 2010, ISBN 978 90 8570 503 1

MI-173 K. Siewicz, *Towards an Improved regolatory Framework of Free Software. Protecting user freedoms in a world of software communities and eGovernments*, (diss. Leiden) Warszawa (Polen): Sowa 2010, ISBN 978 83 930580 0 6

MI-174 L. Mommers, H. Franken, J. van den Herik, F. van der Klaauw, G.-J. Zwenne (red.) *Het binnenste buiten,* Liber amicorum A.H.J. Schmidt, Leiden: eLaw@leiden 2010, ISBN 978 90 815196 1 8

MI-175 R. Ong, *Mobile Communication and the Protection of Children*, (diss. Leiden), Leiden: Leiden University Press 2010, ISBN 978 90 8728 080 2

MI-176 M.P. Lycklama à Nijeholt, *Goodwill and value creation of acquisitions*, (diss. Leiden), Zutphen: Ipskamp 2010, ISBN 978 90 9025 290 2

MI-177 M.K.G. Tjepkema, *Nadeelcompensatie op basis van het égalitébeginsel. Een onderzoek naar nationaal, Frans en Europees recht,* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2010 ISBN, 978 90 8728 098 7

MI-178 J.H. Crijns, *De strafrechtelijke overeenkomst. De rechtsbetrekking met het Openbaar Ministerie op het grensvlak van publiek- en privaatrecht*, (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2010, ISBN 978 90 1307 662 2

Zie voor de volledige lijst van publicaties: www.law.leidenuniv.nl/onderzoek