Universiteit Leiden
The Netherlands

Overheidsaansprakelijkheid voor schade bij legitiem strafvorderlijk handelen

Dane, N.M.

Citation
Dane, N. M. (2009, February 10). *Overheidsaansprakelijkheid voor schade bij legitiem strafvorderlijk handelen*. *Meijers-reeks*. Celsus Juridische Uitgeverij, Tilburg. Retrieved from https://hdl.handle.net/1887/13472

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/1887/13472

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

Overheidsaansprakelijkheid voor schade bij legitiem strafvorderlijk handelen

Overheidsaansprakelijkheid voor schade bij legitiem strafvorderlijk handelen

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 dinsdag 10 februari 2009
klokke 16.15 uur

door

Nicole Marlèn Dane

geboren te Rotterdam in 1966

Promotiecommissie:

Promotor:	prof. mr. C.P.M. Cleiren
Overige leden:	prof. mr. J.H. Nieuwenhuis
	prof. mr. J.L. de Wijkerslooth de Weerdesteijn
	prof. mr. R. de Lange (Erasmus Universiteit Rotterdam)
	prof. mr. P.A.M. Mevis (Erasmus Universiteit Rotterdam)

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

© 2009 N.M. Dane

ISBN 978-90-8863-034-7
NUR 824

Dit boek is een uitgave van
Celsus juridische uitgeverij Tilburg
www.celsusboeken.nl
info@celsusboeken.nl

Alle rechten voorbehouden. Niets uit deze uitgave mag worden vermenigvuldigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand of openbaar worden gemaakt, in enige vorm of op enige wijze, hetzij elektronisch, mechanisch, door fotokopieën, opnamen of enige andere manier, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de auteur. Hoewel aan deze uitgave de uiterste zorg is besteed, aanvaarden de auteur noch Celsus juridische uitgeverij aansprakelijkheid voor de aanwezigheid van eventuele (druk)fouten en onvolkomenheden.

Inhoudsopgave

INLEIDING MET LEESWIJZER xvii

DEEL I 1

1 SCHADEVERGOEDING VOOR VOORLOPIGE HECHTENIS: TOTSTANDKOMING VAN DE HUIDIGE SCHADEVERGOEDINGSREGELING VAN DE ARTIKELEN 89-93 SV 3

1.1 Inleiding 3

1.2 Het ontwerp Wetboek van Strafrecht 1827, de totstandkoming van het Wetboek van Strafvordering 1838 en de wijzigingswet uit 1854 inzake toerekening 5

1.2.1 Het ontwerp Wetboek van Strafrecht 1827: eerste gedachten over schadevergoeding na vrijspraak, ook indien geen dwangmiddelen zijn toegepast 5

1.2.2 De totstandkoming van het Wetboek van Strafvordering 1838: discussie over schadevergoeding na vrijspraak, ongeacht toepassing dwangmiddelen 7

1.2.3 De wijzigingswet uit 1854 inzake toerekening 9

1.3 De wetgevingsvoorstellen in de periode 1861-1870: de ontwerpen Wetboek van Strafvordering Godefroi/Olivier 10

1.3.1 Eerste wetsontwerp: slechts kostenvergoeding en discussie over schadevergoeding na herziening 10

1.3.2 Tweede wetsontwerp: schadevergoedingsvoorstellen, maar toch geen wet 14

1.4 De totstandkoming van het Wetboek van Strafrecht 1886 en de Wet van 1886 houdende wijzigingen in het Wetboek van Strafvordering 1838 17

1.4.1 De totstandkoming van het Wetboek van Strafrecht 1886: schadevergoedingsdiscussie naar aanleiding van toerekening 17

1.4.2 De totstandkoming van de Wet van 1886 houdende wijzigingen in het Wetboek van Strafvordering 1838: ondanks aanzet ertoe toch geen schadevergoedingsregeling 22

1.5 De totstandkoming van het Wetboek van Strafvordering 1926 28

1.5.1 Ontwerp van wet: kostenvergoeding indien wel en geen straf is opgelegd 28

1.5.2 Ontwerp van wet en toelichting: toch een schadevergoedingsregeling 29

1.5.3 Gewijzigd Ontwerp van Wet en aanneming: een schadevergoedingsregeling in het Wetboek van Strafvordering in Stb. 1925, 343 33

1.6 Herziening van de schadevergoedingsbepalingen in het Wetboek van Strafvordering 1975 36
1.6.1 Uitbreiding kostenvergoedingsregeling in de periode tot 1975 specifiek indien geen straf of maatregel is opgelegd 36
1.6.2 Wetsontwerp herziening schadevergoeding zoals voorbereid door de Commissie Feber 38
1.6.3 Het wetsontwerp schadevergoeding (en uitbreiding onkosten-vergoeding) en de Memorie van Toelichting 43
1.6.4 De Vaste Commissie voor Justitie 46
1.6.5 De Memorie van Antwoord 49
1.6.6 Openbare beraadslagingen: amendementen Roethof 54
1.6.7 Aanneming wetsvoorstel herziening schadevergoeding: Stb. 1975, 341 59
1.7 Wijzigingen in/discussie over kosten- en schadevergoedingsregeling na 1975 (bijgewerkt tot medio 2008) 63
1.7.1 De onkostenvergoedingsregeling 63
1.7.2 De schadevergoedingsregeling: Kamervragen en in 2007 een ontwerp wetsvoorstel 'Schadecompensatie strafvorderlijk overheidsoptreden' 65
1.8 Samenvatting en thematische analyse 75
1.8.1 Inleiding 75
1.8.2 Proces van totstandkoming van de huidige schadevergoedingsregeling 76
1.8.3 Het bestaansrecht van de wettelijke regeling 77
1.8.4 De grondslag 78
1.8.5 De (wettelijke) voorwaarden en beperkingen aan schadevergoeding 80
1.8.6 De regeling van de artikelen 89-93 Sv in relatie tot de civiele onrechtmatige daadprocedure 83
1.8.7 Aspecten van omvang 84

2 RECHTSPRAAK OP GROND VAN DE ARTIKELEN 89-93 SV 85
2.1 Inleiding 85
2.2 Systematiek en bronnen 86
2.2.1 Bronnen 86
2.2.2 Structuur, definiëring en afbakening bij de bespreking van de rechtspraak 88
2.2.3 De constructie van de huidige en voorgaande wettelijke regeling van de artikelen 89-93 Sv 90
2.3 Rechtspraak over de wettelijke voorwaarden waaronder schade aan de Staat kan worden toegerekend 93
2.3.1 Inleiding 93
2.3.2 Materiële voorwaarde: beëindiging zaak zonder oplegging van straf of maatregel, of oplegging voor een feit waarvoor geen voorlopige hechtenis is toegelaten 94
2.3.2.1 Inleiding 94
2.3.2.2 Achtergrondtheorie over beëindiging van de zaak zonder oplegging van straf of maatregel 94

2.3.2.3 Beëindiging van de zaak zonder oplegging van straf of maatregel in verband met de regeling van de artikelen 89-93 Sv 98
2.3.2.4 Het begrip 'zaak' in de betekenis van artikel 591a Sv en artikel 89 Sv 102
2.3.2.5 Schadevergoeding na opgelegde straf of maatregel maar voor een feit waarvoor geen voorlopige hechtenis is toegelaten 110
2.3.2.6 Samenvatting 110
2.3.3 Materiële causaliteitsvoorwaarde: schadevergoeding alleen in geval van schade tengevolge van vrijheidsbenemende dwangmiddelen 113
2.3.3.1 Inleiding 113
2.3.3.2 Schade ten gevolge van onrechtmatige vrijheidsbeneming 114
2.3.3.3 Schade ten gevolge van ophouding voor verhoor 116
2.3.3.4 Schade voor ondergane hechtenis voor zover die de uiteindelijk opgelegde gevangenisstraf te boven gaat 117
2.3.3.5 Overige schade ten gevolge van het strafproces en de causale voorwaarde van de regeling van de artikelen 89-93 Sv 120
2.3.3.6 Samenvatting 122
2.4 In rechtspraak gebruikte criteria (aanvullende voorwaarden) ter invulling van de billijkheid 123
2.4.1 Inleiding 123
2.4.2 Geen gronden van billijkheid wegens restschuld/ restverdenking 125
2.4.3 Geen gronden van billijkheid wegens verwijtbare proceshouding 129
2.4.4 Wel gronden van billijkheid 132
2.4.5 Samenvatting 136
2.5 Omvang schadevergoeding 139
2.5.1 Inleiding 139
2.5.2 Materiële en immateriële schadeposten en hun (in)directe causale samenhang met de ondergane vrijheidsbeneming 140
2.5.2.1 Inleiding 140
2.5.2.2 Omzetverlies en gederfde inkomsten 142
2.5.2.3 Publiciteitsschade 143
2.5.2.4 Overige schadeposten 146
2.5.3 Aspecten bij de bepaling van de hoogte van de vergoeding 146
2.5.3.1 Inleiding 146
2.5.3.2 Onderscheid bij toekenning materiële/immateriële schadevergoeding 147
2.5.3.3 Forfaitaire dagvergoeding voor immateriële schade ten gevolge van vrijheidsbeneming 148
2.5.3.4 Gronden voor afwijking (naar boven) van de forfaitaire dagvergoeding bij vergoeding van immateriële schade 149
2.5.3.5 Naast forfaitaire dagvergoeding expliciet extra immateriële schadevergoeding 155
2.5.3.6 Vermindering wegens proceshouding 156
2.5.3.7 Wijze van vergoeden 158
2.5.4 Samenvatting 159

3 PARALLELONTWIKKELING VAN CIVIELE RECHTSPRAAK INZAKE OVERHEIDSAANSPRAKELIJKHEID BIJ SCHADE VOOR DE GEWEZEN VERDACHTE DOOR LEGITIEM STRAFVORDERLIJK HANDELEN 163
3.1 Inleiding 163
3.2 Algemene theorie van de civielrechtelijke overheidsaansprakelijkheid 165
3.2.1 Aanpak: eerst kort algemene theorie, dan specifieke rechtspraak 165
3.2.2 Algemene wettelijke aansprakelijkheid, vestiging en omvang 165
3.2.3 Vorderingen tegen de overheid bij de civiele rechter: bevoegdheid en ontvankelijkheid in verband met rechtsmacht 167
3.2.4 Voorwaarden: onrechtmatige daadcriteria en invulling daarvan met abbb voor de overheid, inclusief evenredigheidsbeginsel/égalitébeginsel 169
3.2.5 Geen onrechtmatigheid indien sprake is van een rechtvaardigingsgrond 174
3.2.6 Causaal verband tussen daad en schade 177
3.2.7 (On)rechtmatigheid en (oneigenlijke) formele rechtskracht 178
3.2.8 Onrechtmatige rechtspraak 181
3.2.9 Gronden van toerekening 181
3.2.10 Omvang van overheidsaansprakelijkheid in civilibus: schadesoort, causaal verband, eigen risico en maatstaf 183
3.3 De civiele rechtspraak inzake overheidsaansprakelijkheid bij schade voor de gewezen verdachte door legitiem toegepaste strafvorderlijke dwangmiddelen 186
3.3.1 Inleiding en aanpak 186
3.3.2 Ontvankelijkheid 188
3.3.2.1 De regeling van de artikelen 89-93 Sv in relatie tot de civiele onrechtmatige daadprocedure 188
3.3.2.2 Bevoegdheidsverdeling 192
3.3.3 Vestiging van civiele overheidsaansprakelijkheid 194
3.3.3.1 Aansprakelijkheid voor binnentreden omdat de aanvankelijke rechtvaardigingsgrond aan het strafvorderlijk binnentreden vervalt indien de gewezen verdachte onschuldig blijkt aan de gerezen verdenking 194
3.3.3.2 Aansprakelijkheid voor voorlopige hechtenis indien uit strafvorderlijk onderzoek blijkt dat de verdenking ten onrechte heeft bestaan 200
3.3.3.3 Aansprakelijkheid voor dwangmiddelen na vrijspraak of sepot 211
3.3.3.4 Aansprakelijkheid voor dwangmiddelen na buiten vervolgingstelling wegens onvoldoende aanwijzing van schuld (art. 250 Sv) 214
3.3.3.5 Nog enkele aanvullingen op de doctrine maar geen égalitébeginsel voor de gewezen verdachte 225
3.3.4 Omvang van de schadevergoedingsplicht voor de overheid 234
3.4 Samenvatting en analyse 236
3.4.1 Inleiding 236

3.4.2 Vestiging aansprakelijkheid bij strafvorderlijk overheidshandelen: twee categorieën onrechtmatigheid, geen ruimte voor égalité-grondslag 236
3.4.3 Onrechtmatigheidcriteria, beleidsvrijheid en de rol van de abbb/beginselen van goede procesorde, inclusief evenredigheidsbeginsel/égalité-beginsel 238
3.4.4 Onrechtmatigheid via achteraf ongefundeerde rechtvaardigingsgrond na gebleken onschuld 243
3.4.5 Onrechtmatige rechtspraak 245
3.4.6 Stelplicht en bewijslastverdeling 246
3.4.7 Toerekening 253
3.4.8 (Oneigenlijke) formele rechtskracht 254
3.4.9 Omvang 256
3.4.10 Bevoegdheid/taakverdeling en ontvankelijkheid 256

4 OPVATTINGEN IN DE JURIDISCHE LITERATUUR OVER SCHADEVERGOEDING VOOR DE GEWEZEN VERDACHTE BIJ LEGITIEM STRAFVORDERLIJK HANDELEN 259
4.1 Inleiding 259
4.2 Systematiek en beperking 259
4.2.1 Literatuurbeperking 259
4.2.2 Onderscheiden periodes 260
4.2.3 Aanpak 261
4.3 Analyse literatuur in periode tot 1925 261
4.3.1 Omgevingssituatie, stand van zaken wetgeving 261
4.3.2 Samenvatting conclusies uit Nederlandse literatuur in de periode tot 1925 263
4.3.3 Toelichting op conclusies literatuur over grondslag schadevergoeding 265
4.3.3.1 In 19e eeuw weinig tot geen twijfel over bestaansrecht schadevergoedingsregeling 265
4.3.3.2 Aan onrechtmatigheid gerelateerde grondslag versus zelfstandige grondslag 268
4.3.3.3 Een rechtsgrond (in de zin van een aanspraak op vergoeding) of een billijkheidsgrond? 279
4.3.4 Toelichting op conclusies literatuur over voorwaarden te stellen aan schadevergoeding 280
4.3.4.1 Veel debat over onschuld als voorwaarde ('juridisch niet bewezen schuld is voldoende' versus 'gebleken onschuld is vereist') 280
4.3.4.2 Samenvatting opvattingen over relatie onschuld en schadevergoeding 289
4.3.4.3 Processuele schuld staat in de weg aan schadevergoeding 293
4.3.4.4 Schadevergoeding alleen bij vrijheidsbeneming? 295
4.3.5 Toelichting op conclusies over aspecten van omvang 296
4.3.5.1 Steeds meer aandacht voor morele schade 296
4.3.5.2 Ex aequo et bono of forfaitair 297
4.3.5.3 Tempus modicum 300

4.4 Analyse literatuur in periode 1925-1975 301
4.4.1 Stand van zaken wetgeving 301
4.4.2 Samenvatting conclusies uit Nederlandse literatuur in de periode 1925-1975 303
4.4.3 Toelichting op conclusies literatuur over grondslag schadevergoeding 304
4.4.3.1 Billijkheid is uit, rechtsgrond is in, verhouding met artikel 5 EVRM 304
4.4.3.2 Schadevergoeding in verband met onrechtmatigheid (ex nunc of ex tunc) of rechtmatigheid 306
4.4.4 Toelichting op conclusies literatuur over voorwaarden te stellen aan schadevergoeding 307
4.4.4.1 De rechtspraktijk van (aanvullende) voorwaarden onder de loep 307
4.4.4.2 Aspecten van bewijs in verband met aanvullende voorwaarden 310
4.4.4.3 Processuele schuld staat in de weg aan schadevergoeding 311
4.4.4.4 Vrijheidsbeneming dient ruimer opgevat 312
4.4.5 Toelichting op conclusies literatuur over aspecten van omvang 312
4.4.5.1 Steeds meer aandacht voor immateriële schade 312
4.5 Analyse literatuur in periode 1975-1991 313
4.5.1 Stand van zaken wetgeving 313
4.5.2 Samenvatting conclusies uit Nederlandse literatuur in de periode 1975-1991 314
4.5.3 Toelichting op conclusies literatuur over grondslag schadevergoeding 315
4.5.3.1 Billijkheidsgrondslag van de regeling van de artikelen 89-93 Sv gelegd naast het recht op vergoeding van artikel 5 EVRM en artikel 6 lid 1 EVRM (civil right) 315
4.5.3.2 Naar een aanspraak op grond van het égalité-beginsel? 317
4.5.3.3 Ex nunc of ex tunc (on)rechtmatigheid bepalen 320
4.5.4 Toelichting op conclusies literatuur over voorwaarden te stellen aan schadevergoeding 321
4.5.4.1 Weg met (of anders omgaan met) de wettelijke voorwaarden 321
4.5.4.2 Onschuld als voorwaarde getoetst aan het onschuldbeginsel van artikel 6 lid 2 EVRM 323
4.5.4.3 Bewijslast/bewijsregels conform vermogensrechtelijke regels 325
4.5.4.4 Processuele schuld staat in de weg aan schadevergoeding 326
4.5.4.5 Causale beperkende voorwaarde (vrijheidsbeneming) moet aangepast 328
4.5.5 Toelichting op conclusies literatuur over aspecten van omvang 328
4.5.5.1 Billijkheid als maatstaf voor omvang 328
4.5.5.2 Ex aequo et bono of forfaitair 329
4.6 Analyse literatuur in periode 1991-2007 (periode na uitspraken van Hoge Raad in 1990) 331
4.6.1 Stand van zaken wetgeving 331

4.6.2 Samenvatting conclusies uit Nederlandse literatuur in de periode 1991-2007 332
4.6.3 Toelichting op conclusies literatuur over grondslag schadevergoeding 333
4.6.3.1 Ex nunc onrechtmatigheidbeoordeling voornamelijk bekritiseerd 333
4.6.3.2 De constructie op basis van een rechtvaardigingsgrond is voor meerdere uitleg vatbaar 339
4.6.3.3 In welke gevallen is die rechtvaardigingsgrond nu ongefundeerd, of: risicoaansprakelijkheid of niet? 341
4.6.3.4 Verschil, overeenkomst en verhouding tussen de regeling van de artikelen 89-93 Sv en de civiele onrechtmatige daadprocedure na de rechtspraak van de Hoge Raad 346
4.6.3.5 Het is tijd voor (een aanspraak op) vergoeding in verband met rechtmatigheid 349
4.6.3.6 Vele suggesties tot aanpassing van wetgeving, vaak gerelateerd aan het égalité-beginsel 356
4.6.4 Toelichting op conclusies literatuur over voorwaarden te stellen aan schadevergoeding 364
4.6.4.1 Gebleken onschuld niet meer als voorwaarde voor schadevergoeding 364
4.6.4.2 Aan onschuld gerelateerde voorwaarden vereisen betere motivering strafrechter 368
4.6.4.3 Afwijzing schadevergoeding vanwege (rest) verdenking is niet strijdig met artikel 6 EVRM 369
4.6.4.4 Causale beperkende voorwaarde (vrijheidsbeneming) moet aangepast 371
4.6.5 Toelichting op conclusies literatuur over aspecten van omvang 372
4.6.5.1 Processuele schuld is reden tot vermindering van schadevergoeding 372
4.6.5.2 Tempus modicum? 375
4.7 Samenvatting 376

5 BEVINDINGEN OVER GRONDSLAG, VOORWAARDEN EN OMVANG TER ZAKE VAN SCHADEVERGOEDING VOOR DE GEWEZEN VERDACHTE BIJ LEGITIEM STRAFVORDERLIJK HANDELEN, ALS OPMAAT VOOR EEN BEOORDELING EN EEN TOEKOMSTIG PERSPECTIEF 381
5.1 Inleiding 381
5.2 Bevindingen over de grondslag van vergoeding: billijkheid en/of exclusieve civiele onrechtmatigheid, geen égalité-beginsel 382
5.2.1 De wetgever koos voor billijkheid (regeling van de artikelen 89-93 Sv) 382
5.2.2 De wetgever (bij de regeling van de artikelen 89-93 Sv) achtte civiele onrechtmatigheid overbodig 383
5.2.3 De civiele rechter vult onrechtmatigheid domeinspecifiek in (ex nunc toetsing met doorslaggevende rol voor gebleken onschuld) 384

5.2.4 De civiele rechter kiest ten aanzien van de gewezen verdachte niet voor het égalité-beginsel 384
5.2.5 De literatuur (periode 19e eeuw tot 2008) op hoofdlijnen 385
5.3 Bevindingen ter zake van de wettelijke voorwaarden (regeling van de artikelen 89-93 Sv) 386
5.3.1 De wetgever (regeling van de artikelen 89-93 Sv) stelde enkele wettelijke voorwaarden om in aanmerking te komen voor vergoeding van schade 386
5.3.2 Rechtspraak (op de voet van de artikelen 89-93 Sv) over de wettelijke voorwaarde dat alleen schade tengevolge van vrijheidsbeneming in aanmerking komt voor vergoeding 387
5.3.3 Rechtspraak (op de voet van de artikelen 89-93 Sv) over de wettelijke voorwaarde dat de zaak moet zijn geëindigd zonder oplegging van straf of maatregel om in aanmerking te komen voor vergoeding 389
5.3.4 Rechtspraak over het zaaksbegrip in geval van cumulatieve tenlastelegging 391
5.3.5 De literatuur (periode 19e eeuw tot 2008) op hoofdlijnen 392
5.4 Bevindingen ter zake van de aanvullend gestelde voorwaarden (door strafrechter en civiele rechter) 392
5.4.1 De wetgever (bij de regeling van de artikelen 89-93 Sv) gaf aan dat billijkheid geen synoniem is voor gebleken onschuld 392
5.4.2 De rechter vult de billijkheidsgrondslag (in de regeling van de artikelen 89-93 Sv) in met criteria gerelateerd aan schuld, verdenking en proceshouding 393
5.4.3 In civilibus: in geval van gebleken onschuld (specifieke voorwaarde) aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad bij ab initio rechtmatig strafvorderlijk handelen 395
5.4.4 De literatuur (periode 19e eeuw tot 2008) op hoofdlijnen 396
5.5 Bevindingen ter zake van de omvang 396
5.5.1 De wetgever bij de regeling van de artikelen 89-93 Sv: volledige schadevergoeding is mogelijk 396
5.5.2 Invulling billijkheidsmaatstaf in de rechtspraak: forfaitaire vergoeding, tenzij ... 397
5.5.3 Rechtspraak op de voet van de regeling van de artikelen 89-93 Sv: invulling causale relatie tussen vrijheidsbeneming en schade 398
5.5.4 De literatuur (periode 19e eeuw tot 2008) op hoofdlijnen 398
5.6 Overzicht geldend recht 399
5.6.1 Het geldend recht op hoofdlijnen 399
5.6.2 Cijfers en trends 400
5.6.3 De bevindingen reflecteren een tijdgeest 403

DEEL II 407

6 BEOORDELING VAN DE BEVINDINGEN 409
6.1 Inleiding 409

6.2 Toetskader: algemene en domeinspecifieke uitgangspunten, de publiekrechtelijke aard van de strafrechtelijke rechtsbetrekking en de systematiek van het strafproces (nationaal en op basis van het EHRM) 411
6.2.1 Inleiding 411
6.2.2 Algemene uitgangspunten als perspectief van toetsing 412
6.2.2.1 De aard van de strafrechtelijke rechtsbetrekking en van de publiekrechtelijke rechtsbetrekking 412
6.2.2.2 Rechtseenheid, rechtsgelijkheid, rechtszekerheid 415
6.2.3 Domeinspecifieke uitgangspunten als perspectief van toetsing: de systematiek van het strafproces en functie en betekenis van enkele domeinspecifieke beginselen 416
6.2.3.1 De systematiek van het strafproces: relatie tussen het onschuldbeginsel en de eenzijdige schuldvaststelling door de strafrechter 416
6.2.3.2 Consequentie van de systematiek: de doorwerking van het onschuldbeginsel op schadevergoedingsprocedures 419
6.2.3.3 De systematiek van het strafproces: de verdenking als eerste sleutel tot het strafproces 426
6.2.3.4 Verdenking en (on)schuld 427
6.2.3.5 De systematiek van het strafrecht: verklaringsvrijheid en zwijgrecht 428
6.2.3.6 Zwijgrecht en nemo tenetur 429
6.3 De billijkheidsgrondslag getoetst 433
6.3.1 Inleiding 433
6.3.2 Het oorspronkelijke argument voor de keuze van een billijkheidsgrondslag 435
6.3.3 Omgevingsverkenning van overige relevante rechtspraktijk: op weg naar een aanspraak op vergoeding bij legitiem overheidshandelen 436
6.3.4 Voorlopige conclusie: voornaamste argument voor billijkheidsgrondslag achterhaald, twee schadevergoedingspistes bij een vergelijkbare rechtsbetrekking, geen rechtseenheid op het terrein van schadevergoedingsrecht (inter) 440
6.3.5 Voorlopige conclusie: flexibele billijkheid leidt tot gebrekkige (intra) rechtszekerheid 441
6.4 De wettelijke voorwaarden van de regeling van de artikelen 89-93 Sv getoetst 442
6.4.1 Inleiding 442
6.4.2 Conclusie over de wettelijke voorwaarde dat sprake moet zijn van einde van de zaak zonder oplegging van straf of maatregel 442
6.4.3 Conclusie over de cumulatieve tenlastelegging en schadevergoeding 443
6.4.4 Vergoedingsregeling alleen voor schade tengevolge van vrijheidsbenemende dwangmiddelen 443
6.4.4.1 Aanleiding beperking 443
6.4.4.2 Veranderingen in de systematiek van het strafproces 444

6.4.4.3 Conclusie over de beperking van de schadevergoedings-regeling tot schade tengevolge van vrijheidsbenemende hechtenis 445
6.5 De aanvullende domeinspecifieke voorwaarden (bij de regeling van de artikelen 89-93 Sv en in civilibus) getoetst 446
6.5.1 Onschuld als voorwaarde 446
6.5.1.1 'Werkelijke' onschuld als voorwaarde voor schadevergoeding 446
6.5.1.2 Beoordeling van verwijzingen naar schuld (of verdenking) in verband met schadevergoeding 449
6.5.1.3 Beoordeling van het stellen van werkelijke onschuld als voorwaarde voor vergoeding: bewijsaspect 455
6.5.1.4 Conclusie: schuldgerelateerde factoren moeten worden geëlimineerd uit het schadevergoedingsrecht 459
6.5.2 Het verdenkingbegrip en schadevergoeding 460
6.5.2.1 Aan de verdenking worden verschillende betekenissen toegedicht in schadevergoedingsprocedures 460
6.5.2.2 Beoordeling van de verdenking als rechtvaardigingsgrond voor strafvorderlijk optreden (constructie civiele rechter) 461
6.5.2.3 Beoordeling van de koppeling van het verdenkingbegrip aan de feitelijke schuld 463
6.5.2.4 Conclusie: het verdenkingbegrip wordt in schadevergoedingsprocedures (bij de regeling van de artikelen 89-93 Sv en in civilibus) onjuist gehanteerd 465
6.6 Aspecten van omvang (regeling van de artikelen 89-93 Sv) getoetst 466
6.6.1 Conclusie over toekenning op basis van billijkheid en tarifaire vergoeding 466
6.6.2 Proceshouding als reden tot geen – of vermindering van – schadevergoeding 466
6.6.3 Proceshouding als reden tot vermindering van schadevergoeding 467
6.6.4 Het EHRM over consequenties verbonden aan zwijgen of liegen bij niet veroordeling 468
6.6.5 Beoordeling processuele schuld als factor voor vermindering van schadevergoeding 469
6.6.6 Conclusie: liegen mag consequenties hebben voor de hoogte van de vergoeding, maar zwijgen niet 472

7 TOEKOMSTIG PERSPECTIEF 475
7.1 Inleiding 475
7.2 Een andere grondslag 478
7.2.1 Inleiding 478
7.2.2 Het égalité-beginsel als mogelijke grondslag voor vergoeding van schade in verband met legitiem strafvorderlijk overheids-optreden 479
7.2.3 Andere uitgangspunten als mogelijke grondslag voor vergoeding van schade in verband met legitiem strafvorderlijk overheidsoptreden 480

7.2.4 Een einde aan de civiele ex nunc onrechtmatigheid-beoordeling 483
7.2.5 Conclusie over de te verkiezen grondslag vanuit optiek rechtsbetrekking, rechtszekerheid, rechtseenheid en rechtsgelijkheid (intra en inter) 486
7.2.6 Het ontwerp wetsvoorstel – toch een aangepaste grondslag? 495
7.2.7 Het ontwerp wetsvoorstel: ex tunc beoordeling van rechtmatig en onrechtmatig strafvorderlijk handelen 496
7.3 Geen domeinspecifieke voorwaarden 499
7.3.1 Inleiding 499
7.3.2 Het ontwerp wetsvoorstel lost de meeste problemen rond de huidige wettelijke voorwaarden op 500
7.3.3 Het ontwerp wetsvoorstel: helaas een domeinspecifiek corrigerend redelijkheidcriterium 501
7.4 Wel domeinspecifieke invulling van algemene voorwaarden 504
7.4.1 Inleiding 504
7.4.2 Individuele of relatieve onevenredigheid 504
7.4.2.1 Inleiding: onevenredige schade als voorwaarde voor vergoeding 504
7.4.2.2 Domeinspecifieke speciale last? 506
7.4.2.3 Het ontwerp wetsvoorstel en onevenredigheid 507
7.4.2.4 Diverse referentiegroepen 508
7.4.2.5 Conclusie op basis van rechtseenheid 509
7.4.3 Van tempus modicum tot Normaal Maatschappelijk Risico (NMR) 511
7.4.3.1 Inleiding: abnormale schade als voorwaarde voor vergoeding 511
7.4.3.2 Domeinspecifieke abnormale schade en NMR 512
7.4.3.3 Het ontwerp wetsvoorstel en NMR 514
7.4.3.4 NMR en evenredigheid 516
7.4.3.5 Aantasting fundamentele rechten en NMR 518
7.4.3.6 NMR en tijdgeest 519
7.4.3.7 NMR anders voor gewezen verdachten ten opzichte van derden? 522
7.4.3.8 Draagkrachtbeginsel 522
7.5 Aspecten van omvang 524
7.5.1 Actieve en passieve risicoaanvaarding (processuele schuld) 524
7.5.2 Het ontwerp wetsvoorstel behoeft nuancering tussen zwijgen en liegen bij verrekening van processuele schuld 525

SAMENVATTING 527

SUMMARY 539

LITERATUURLIJST 551

BIJLAGEN
1 Ontwerp wet 'Schadecompensatie strafvorderlijk overheidsoptreden' (consultatieversie 16 oktober 2007) 565
2 Bijbehorende Memorie van Toelichting 575

CURRICULUM VITAE 615

Inleiding

Overheidsaansprakelijkheid voor schade bij legitiem strafvorderlijk handelen

Aanleiding

Waar gehakt wordt, vallen spaanders.[1] Dat kan ook zo zijn bij overheidshandelen en de toepassing van overheidsbevoegdheden, zoals opsporingsbevoegdheden, waaronder strafvorderlijke dwangmiddelen. Toepassing van deze strafvorderlijke dwangmiddelen, waarbij sprake is van inbreuken/beperkingen op grondrechten, is slechts toegestaan op grond van de wet en in het kader van een specifieke overheidstaak, zoals strafvordering. Indien deze dwangmiddelen conform alle daaraan gestelde eisen op grond van geschreven en ongeschreven recht zijn uitgevoerd, kunnen ze in beginsel worden gekwalificeerd als rechtmatige[2] overheidshandelingen. Dat neemt niet weg dat deze – op het moment van toepassen rechtmatig gehanteerde – dwangmiddelen schade kunnen berokkenen aan de verdachte die eraan wordt onderworpen. Ook aan derden, niet bij de strafzaak betrokkenen, kan schade worden berokkend maar de schade van deze groep blijft bij dit onderzoek (in ieder geval in deel I) in beginsel buiten beschouwing.

Deze materiële en/of immateriële schade is door de overheid niet beoogd, maar is het bijkomstige gevolg van de rechtmatige toepassing van een dwangmiddel.

Indien nu een strafzaak, in het kader waarvan dwangmiddelen rechtmatig zijn toegepast, eindigt met een veroordeling, kan men zeggen dat het doel de middelen als het ware heeft geheiligd. Zo opgevat is goed te verdedigen dat eventuele schade tengevolge van die middelen uit het voortraject in beginsel voor rekening van de – dan inmiddels – veroordeelde blijft. In de praktijk zijn hier echter wel nuances op aan te geven. Zo worden bepaalde gemaakte kosten vergoed, ongeacht de afloop van de strafzaak (artikel 591 Sv). Ook wordt, indien bij veroordeling een vrijheidsbenemende straf is opgelegd, indirect rekening gehouden met het feit dat al een vrijheidsbenemend dwangmiddel is ondergaan, in die zin dat de inmiddels in voorlopige detentie onder-

---

1 Met deze spreuk komt zo kort en duidelijk mogelijk een van de uitgangspunten van dit onderzoek naar voren: er is niets mis met het hakken, maar daaraan inherent is dat er spaanders ontstaan. Van Maanen hanteert deze spreuk ter verduidelijking van het risicobeginsel, maar ziet daarbij op een andere groep dan door mij hier verderop bedoeld, zie G.E. van Maanen 2002, p. 69.

2 De begrippen rechtmatig en legitiem worden beide gebruikt in de betekenis dat de overheid handelt conform een belangenafweging en gebonden aan geschreven en ongeschreven normen.

gane periode ook, of eigenlijk wederom, meetelt bij de opgelegde/te ondergane gevangenisstraf/hechtenis. Er vindt namelijk een verrekening plaats van reeds ondergane detentie met de in diezelfde strafzaak opgelegde detentie (artikel 27 Sr). Hiermee wordt de facto iemand niet dubbel van zijn vrijheid beroofd en wordt de 'schade' tengevolge van vrijheidsbeneming zo beperkt mogelijk gehouden, hoewel de jure de vrijheidsberoving als straf een geheel ander doel heeft dan de vrijheidsberoving als preventieve hechtenis had. De jure worden deze twee vormen van vrijheidsberoving uit hun aard dan ook niet inwisselbaar geacht.

Indien, anders dan hiervoor besproken, een strafzaak, in het kader waarvan (vrijheidsbenemende) dwangmiddelen rechtmatig zijn toegepast, echter *niet* leidt tot een veroordeling, kan van een dergelijke verrekening in beginsel geen sprake zijn, aangezien er in diezelfde strafzaak niets is om mee te verrekenen.[3] Er kan echter ook bij deze afloop (schade) geleden zijn tengevolge van het ondergaan van die (vrijheidsbenemende) dwangmiddelen.

Het is een interessante vraag of deze schade geheel of gedeeltelijk bij de gewezen verdachte moet blijven of terug op de Staat dient te worden afgewenteld. Deze vraag naar het bestaansrecht van een regeling die de mogelijkheid geeft tot – op enigerlei wijze – herverdelen van de geleden schade wordt al sinds het einde van de 19e eeuw gesteld. Na op verschillende wijzen te zijn beantwoord leidde dat er op enig moment toe dat de wetgever een beperkte mogelijkheid creëerde tot schadevergoeding voor de gewezen verdachte op grond van billijkheid voor schade tengevolge van rechtmatig toegepaste dwangmiddelen, de specifieke regeling in het Wetboek van Strafvordering in de artikelen 89-93. Hiermee werd de toenmalige tijdgeest ten aanzien van het sluitstuk van de verhouding tussen de legitiem optredende strafvorderlijke overheid en burger voor wat betreft de – binnen die verhouding ontstane – schade gereflecteerd in de wet. Daarmee was echter de discussie in de rechtspraktijk en de literatuur nog niet voorbij. Weliswaar was de vraag naar het bestaansrecht van een regeling die de mogelijkheid creëerde om de geleden schade van de gewezen verdachte deels te vergoeden vooralsnog beantwoord en was door de keuze van de wetgever voor de billijkheid als grondslag de politiek-maatschappelijke toon gezet. De ontwikkelingen op dit terrein zetten zich daarna echter voort via de rechtspraak, zowel door de strafrechter op de voet van deze regeling, als – even later – door de civiele rechter, die in deze gevallen onrechtmatigheid aannam in geval van achteraf gebleken onschuld. Naast de vanzelfsprekende nadere invulling van de wettelijke voorwaarden was vooral de rechterlijke invulling van de billijkheidsgrondslag relevant. Daaruit bleek namelijk welke aanvullende voorwaarden werkelijk

3 Inmiddels bestaat sinds 1996 wel een verrekeningsregime voor vrijheidsbenemende dwangmiddelen, indien een zaak eindigt zonder veroordeling, met een *uit anderen hoofde* opgelegde gevangenisstraf: de reeds ondergane detentie in de ene zaak kan dus worden verrekend met een opgelegde detentie in een andere zaak.

van belang waren om in aanmerking te kunnen komen voor vergoeding. Die bleken vooral samen te hangen met de gewezen verdachte zelf, in het bijzonder de rol van de onschuld.

In hetzelfde tijdsgewricht ontwikkelde zich ook het schadevergoedingsrecht op het terrein van schade in verband met overig legitiem bestuurlijk overheidshandelen, omdat ook daar door de toepassing van bevoegdheden 'gehakt wordt' en er dus 'spaanders vallen.' Dit schadevergoedingsrecht volgde echter een geheel eigen ontwikkeling, waar schadevergoeding plaatsvindt op grond van het beginsel 'égalité devant les charges publiques' en derhalve vooral de onevenredigheid van de geleden schade de meest bepalend factor is. Van wederzijdse beïnvloeding tussen beide schadevergoedingsstelsels lijkt tot op heden – in de rechtspraktijk – nog bijna geen sprake.

Inmiddels staan we aan de vooravond van een wetsvoorstel voor strafvorderlijke schade.[4] Is sprake van een andere tijdgeest? Welke opvatting over het sluitstuk van de verhouding tussen de legitiem optredende strafvorderlijke overheid en burger voor wat betreft de – binnen die verhouding ontstane – schade dient thans gereflecteerd te worden in een wettelijke regeling? Het bestaansrecht van een dergelijke regeling wordt inmiddels niet meer betwist maar thans zal – binnen de huidige maatschappelijke context – wederom de vraag beantwoord moeten worden hoe een dergelijke regeling eruit moet zien, dus op welke grondslag en onder welke voorwaarden de schade van de gewezen verdachte voor vergoeding in aanmerking kan, of dient, te komen. Gezien de ontwikkelingen in het nabijgelegen bestuursschaderecht[5] dient daarbij te worden ingegaan op de vraag in hoeverre grondslag en voorwaarden van het schadevergoedingsrecht voor strafvorderlijke schade enerzijds en bestuurlijke schade anderzijds overeen (dienen te) komen. Of, en zo ja, in hoeverre, staan domeinspecifieke aspecten daaraan in de weg? De beantwoording van deze vragen zal aan de orde komen in dit onderzoek.

Doelstelling

De doelstelling van dit onderzoek is drieledig. Ten eerste wordt chronologisch de rechtsontwikkeling op dit rechtsterrein in kaart gebracht vanuit de vraag op welke grondslag en onder welke voorwaarden schade tengevolge van het ondergaan van rechtmatig toegepaste strafvorderlijke dwangmiddelen door

4 Het ontwerp wetsvoorstel 'Schadecompensatie strafvorderlijk overheidsoptreden' is in oktober 2007 met Memorie van Toelichting ter consultatie aangeboden aan de Raad voor de Rechtspraak, de Nederlandse Vereniging voor Rechtspraak, het College van Procureurs-generaal, de Nederlandse Orde van Advocaten en het Korpsbeheerdersberaad en de Raad van Hoofdcommissarissen. Bij het afsluiten van tekst was nog niet formeel bekend in hoeverre de resultaten van deze consultatie tot aanpassing hebben geleid.

5 Van de rechtspraktijk en in verband met het voorontwerp Nadeelcompensatie. Zie voor deze tekst Overheid en Aansprakelijkheid, augustus 2007, nr. 4, p. 116-118 en de bijdragen in die aflevering.

de rechter[6] vergoed kan worden aan de gewezen (niet veroordeelde) verdachte. In verband met de ontwikkelingen betreft dat inmiddels een rechtsgebied dat zowel een specifiek strafprocesrechtelijke procedure als de civiele onrechtmatige daadprocedure behelst. Beide procedures worden beschreven en toegelicht en de relevante rechtspraak in beide procedures wordt geanalyseerd. Daarmee ontstaat een overzicht van de rechtsontwikkeling op dit terrein evenals het uiteindelijke beeld van het huidig geldend recht.

Vervolgens wordt op basis van deze bevindingen en met behulp van een literatuuranalyse beoogd de vraag te beantwoorden in hoeverre dit rechtsterrein zich heeft ontwikkeld tot een wenselijke rechtspraktijk vanuit de betekenis van enkele fundamentele uitgangspunten van de rechtsstaat, met daarbij aandacht voor waardenrationaliteit (basisuitgangspunten over relatie tussen overheid en burger) en een juridisch systematische rationaliteit (systematische benadering van het strafprocesrecht, inclusief EHRM-rechtspraak).

Ten slotte wordt met behulp van de daarmee verkregen inzichten vooruit gekeken en worden suggesties gedaan met betrekking tot een toekomstige grondslag, voorwaarden en aspecten van omvang, indachtig de huidige maatschappelijke context. Vragen die daarbij beantwoord worden zijn of het 'eigene' van het strafrecht (wederom) dient te leiden tot een 'eigen' schadevergoedingsconstructie, en zo ja, in welk onderdeel van de uiteindelijke constructie dat dan naar voren zou moeten komen (bij de grondslag, de voorwaarden of bij aspecten van omvang). In dat verband komt ook de vraag aan de orde in hoeverre dient te worden aangesloten bij de ontwikkelingen in het bestuursschaderecht. Bij de beantwoording van deze vragen wordt ook het inmiddels ingezette traject voor een ontwerp wetsvoorstel 'Schadecompensatie strafvorderlijk optreden' kritisch beschouwd.

Structuur en beperkingen

Het onderzoek is opgezet vanuit de kernvraag naar de grondslag waarop en de voorwaarden waaronder schade tengevolge van het ondergaan van rechtmatig toegepaste strafvorderlijke dwangmiddelen vergoed kan worden aan de gewezen (niet veroordeelde) verdachte, terwijl ook aspecten van omvang zijn meegenomen. Als gaandeweg duidelijk wordt dat het thema zich niet meer kan beperken tot de vraag naar vergoeding van schade ten gevolge van vrijheidsbenemende dwangmiddelen alleen, wordt het (vanaf hoofdstuk 6) ruimer opgevat en strekt het zich uit over schade tengevolge van strafvorderlijk handelen. Bij de beschrijving van de rechtspraak en literatuur is eveneens aangesloten bij deze structuur.

De beperking tot materiële aspecten (grondslag, voorwaarden en omvang) van deze politiek geladen kwestie is ingegeven door de gedachte dat vooral deze aspecten de achterliggende opvattingen weerspiegelen over hoe om te

6 De buitengerechtelijke mogelijkheden tot vergoeding zijn hier niet besproken, zie hoofdstuk 5 in § 5.6.1.

gaan met schade voor de burger in verband met legitiem (strafvorderlijk) overheidshandelen. Dat betekent dat in beginsel niet wordt ingegaan op formele (of procedurele) aspecten zoals wie de bevoegde rechter zou moeten zijn, welke termijnen zouden moeten gelden, welke beroepsprocedures er zouden moeten zijn enz. [7]De beantwoording van deze vragen kan namelijk veelal pas volgen nadat duidelijk is hoe het 'hart' van een regeling eruit zou moeten zien.

In het onderzoek wordt in beginsel geen aparte aandacht besteed aan de derde, niet-verdachte burger die schade lijdt in verband met legitiem strafvorderlijk handelen, hoewel op enkele plaatsen de rechtsontwikkeling met betrekking tot vergoeding schade voor deze groep getroffenen wel degelijk relevant is en daarom genoemd.

Leeswijzer

Het boek bestaat uit twee delen. Het eerste deel bestaat uit de eerste vijf hoofdstukken en heeft een inventariserende functie. De historische ontwikkeling van de wettelijke regeling van de artikelen 89-93 Sv wordt gedetailleerd chronologisch weergegeven in hoofdstuk 1, de rechtspraak op basis daarvan wordt uitvoerig besproken in hoofdstuk 2 en de civiele relevante rechtspraak in hoofdstuk 3. Waar nodig wordt in deze hoofdstukken al kort verwezen naar relevante literatuur, maar een gedetailleerd chronologisch literatuuroverzicht over schadevergoeding voor strafvorderlijke schade wordt gegeven in hoofdstuk 4.[8]

Deze eerste vier hoofdstukken zijn vooral voor diegene van belang die nader inzicht wil in hetzij de politieke ontwikkeling van dit thema en/of de details wil kennen van de rechtspraktijk en de literatuur en deze hoofdstukken krijgen daarmee de functie van een handboek. Dat betekent dat deze hoofdstukken als zelfstandige hoofdstukken, dus los van de overige hoofdstukken, leesbaar zijn en dat leidt er onvermijdelijk toe dat op sommige plaatsen enige herhaling optreedt.[9]

Dit geheel wordt vervolgens samengevat in hoofdstuk 5 dat fungeert als opmaat naar deel II. Deel II bestaat uit de afsluitende hoofdstukken 6 en 7 waar wordt getoetst en geconcludeerd en een toekomstig perspectief wordt geschetst. In het gehele boek wordt gewerkt volgens de structuur waarbij

---

7 Wat niet wil zeggen dat de meer formele aspecten niet ook de achterliggende (politieke) opvatting reflecteren. Zo kan de keuze van de beslissende instantie een veronderstelling reflecteren, bijv. door niet een orgaan van de rechterlijke macht als beslissende instantie aan te wijzen (hetgeen historisch in België en Frankrijk het geval was), wordt benadrukt dat niet het overheidshandelen ter beoordeling staat, aldus H.G.F.M. De Kok 1993, p. 439.

8 In dit hoofdstuk zijn de conclusies over de diverse aspecten van het onderwerp in normaal lettertype opgenomen en is in klein lettertype weergegeven welke auteurs zich daarover uitlieten en op welke wijze. Alle citaten zijn cursief weergegeven.

9 Zo wordt bijvoorbeeld in de hoofdstukken 2 en 3 al kort in de voetnoten verwezen naar relevante literatuur. De analyse van de literatuur vindt plaats in hoofdstuk 4.

steeds wordt ingegaan op grondslag en voorwaarden waaronder schade tengevolge van het ondergaan van ab initio rechtmatig toegepaste strafvorderlijke dwangmiddelen door de rechter vergoed kan worden aan de gewezen verdachte en aspecten van omvang worden besproken. Met de indeling van het boek in twee delen en via de steeds gehanteerde zelfde structuur is uitwerking gegeven aan de drie genoemde hoofddoelstellingen, waarbij de eerste doelstelling in deel I tot uitdrukking komt en de tweede en derde doelstelling in deel II.

Aanpak

Deel I (hoofdstukken 1 t/m 5) start vanaf het moment dat in politieke context de vraag naar het bestaansrecht van een wettelijke regeling voor vergoeding van schade voor de gewezen verdachte aan de orde wordt gesteld (1827) en beschrijft in hoofdstuk 1 chronologisch de diverse wetshistorische stappen en politieke gedachtewisselingen die vooraf gingen aan de totstandkoming, inclusief de latere aanpassingen, van de enige specifiek wettelijke schadevergoedingsregeling voor commune strafvorderlijke schade (de regeling van de artikelen 89-93 Sv). De wetgever nam bewust geen recht op schadevergoeding in de regeling op, maar creëerde een gunstensfeer, door het aan de rechter over te laten om op basis van een vage grondslag (billijkheid) te bepalen of schade tengevolge van vrijheidsbenemende dwangmiddelen door de Staat moet worden vergoed indien de zaak eindigt zonder straf of maatregel. Hoe de rechter met deze vrijheid binnen deze schadevergoedingsregeling omging, wordt vervolgens geanalyseerd in hoofdstuk 2. Daarbij gaat de aandacht vooral uit naar de invulling van de billijkheidsgrondslag, de nadere invulling van zowel de wettelijke voorwaarden evenals van de aanvullend gestelde voorwaarden of relevant gebleken criteria. Uit deze rechtspraak blijkt vooral dat vermoedens over (on)schuld en restverdenking een doorslaggevende rol spelen bij de beslissing over schadevergoeding.

De gekozen grondslag – billijkheid en geen recht op vergoeding – en de gestelde voorwaarden – slechts vergoeding voor schade tengevolge van vrijheidsbenemende dwangmiddelen – hebben er onvermijdelijk toe geleid dat na of naast gebruik van de regeling van de artikelen 89-93 Sv de aanvullende rechtsbescherming van de civiele rechter werd gezocht in het kader van de onrechtmatige overheidsdaad. Door deze parallelle rechtsontwikkeling is een deel van de rechtsontwikkeling van de onrechtmatige overheidsdaad van grote betekenis geworden voor dit rechtsterrein, hoewel het hier in feite niet gaat om een 'zuivere' onrechtmatige overheidsdaad.[10] Vanwege deze ontwikkeling wordt in dit onderzoek ook genoemde civielrechtelijke rechtspraak geanalyseerd in hoofdstuk 3. Ten behoeve van de strafrechtelijk georiënteerde lezer

10 Een ab initio rechtmatige toepassing wordt middels toetsing achteraf alsnog onrechtmatig bevonden; dit in tegenstelling tot de ab initio onrechtmatige toepassingen.

is dat hoofdstuk ingeleid met enige algemene theorie over de onrechtmatige overheidsdaad, die door de civilist vanzelfsprekend kan worden overgeslagen.

Dit gehele rechtsterrein heeft ook in de literatuur de nodige aandacht gekregen; er is voor gekozen de literatuur chronologisch te bespreken, met een focus op de discussie over grondslag, voorwaarden en aspecten van omvang met betrekking tot vergoeding van strafvorderlijke schade voor de gewezen verdachte (hoofdstuk 4). Om die reden wordt in beginsel alleen die literatuur besproken die specifiek ingaat op deze kernaspecten. Dat betekent dat er niet voor is gekozen om literatuur die zich richt op bijvoorbeeld de parallelle ontwikkelingen op het gebied van schadecompensatie voor rechtmatig bestuursrechtelijk handelen eveneens in hoofdstuk 4 te behandelen, tenzij door auteurs de koppeling naar schade door strafvorderlijk overheidshandelen wordt gemaakt. In de afsluitende hoofdstukken van deel II wordt, waar relevant, overigens wel verwezen naar andere literatuur.

Vanwege enkele relevante omslagpunten die een eigen dynamiek veroorzaakten binnen het wetenschappelijk discours (veranderende omstandigheden zoals de totstandkoming van de wettelijke regeling van de artikelen 89-93, de aanpassing van deze regeling, de civiele rechtspraak), is hoofdstuk 4 daarnaar – in tijdsblokken – ingedeeld.[11] Door op deze wijze de literatuur chronologisch te bespreken komt duidelijk naar voren op welke aspecten op welk moment in de tijd de aandacht lag, waarbij sommige (juridisch-technische) aandachtspunten inderdaad geheel te verklaren zijn vanuit die (veranderende) omstandigheden van de tijd (totstandkoming wetgeving, aanpassing wetgeving, rechtspraak), maar andere aspecten over de gehele periode zorgen voor een interessant discours. Met name de grondslag waarop schadevergoeding voor strafvorderlijk handelen gebaseerd zou moeten zijn (recht in de zin van een aanspraak op vergoeding of niet) evenals de voorwaarden waaronder een dergelijke schadevergoeding zou moeten plaatsvinden (onschuld of niet), blijven over de gehele beschreven periode onderwerp van discussie. Wel lijkt er over deze twee onderdelen uit de discussie zo langzamerhand enige overeenstemming te ontstaan.

Het eerste deel van dit onderzoek wordt tot slot afgesloten in hoofdstuk 5, waar alle bevindingen van wetgeving, strafrechtelijke rechtspraak en relevante civiele rechtspraak op een rij worden gezet en de aandachtspunten uit de literatuur op hoofdlijnen wordt samengevat, alles wederom gegroepeerd naar grondslag, wettelijke en aanvullende voorwaarden en aspecten van omvang, als opmaat naar deel II van het onderzoek.

Het uiteindelijke beeld dat ontstaat van de rechtsontwikkeling – voor wat betreft de rechterlijke afdoening – op dit terrein (vergoeding van schade tengevolge van het ondergaan van rechtmatig toegepaste strafvorderlijke dwangmiddelen aan de gewezen, niet veroordeelde verdachte) is inconsistent.

---

11 Zie noot 8.

Het rechtsterrein wordt parallel en gedeeltelijk overlappend, maar niet volledig gedekt door enerzijds een specifiek wettelijke regeling en anderzijds via de constructie van de Hoge Raad gehanteerd op basis van de algemene wettelijke schadevergoedingsregeling in verband met onrechtmatige daad. De grondslag waarop schadevergoeding mogelijk is in het kader van de specifiek wettelijke regeling heeft tot een invulling in de rechtspraak geleid die niet eenduidig is en geen rechtszekerheid geeft, waarbij sprake is van terugverwijzing naar nog bestaande verdenking, onjuiste proceshouding of restschuld: criteria die samenhangen met het strafrechtelijk voortraject. Daardoor, alsmede tengevolge van de beperkte reikwijdte van de specifiek wettelijke regeling en de als gevolg daarvan te beschouwen gezochte rechtsbescherming bij de civiele rechter en zijn rechtspraak, is de stand van zaken aldus dat er inmiddels grote diversiteit is ontstaan voor wat betreft de mogelijkheden tot schadevergoeding op dit terrein. De civiele restrechter heeft weliswaar gezorgd voor aanvullende rechtsbescherming maar door de voorwaarden die de civiele rechter daaraan heeft gesteld (die zijn geformuleerd binnen het kader van de onrechtmatige daad) is niet de situatie ontstaan dat voor een ieder die schade heeft geleden tengevolge van strafvorderlijk overheidsoptreden of de toepassing van strafvorderlijke dwangmiddelen een vergelijkbare of gelijke mogelijkheid tot schadevergoeding bestaat.

Uit de bevindingen komt ook significant naar voren dat dit terrein (schadevergoeding voor strafvorderlijk overheidsoptreden) wordt gekenmerkt door een strafrechtelijke domeinspecifieke invalshoek die enerzijds politiek leidde tot de keuze van een billijkheidsgrondslag en anderzijds – in de rechtspraktijk waar de rechter[12] met verzoeken tot vergoeding van strafvorderlijke schade geconfronteerd werd – tot de keuze voor het hanteren van voornamelijk domeinspecifieke aanvullende voorwaarden bij de beoordeling over schadevergoeding, die terug lijken te grijpen op begrippen uit het strafvorderlijke voortraject (gebleken onschuld, restverdenking). Juist deze duidelijk naar voren komende domeinspecifieke ontwikkeling geeft aanleiding tot een nadere beschouwing daarop.

In deel II van het onderzoek (hoofdstukken 6 en 7) is dan ook vanuit die optiek een toetskader opgesteld om de vraag te beantwoorden in hoeverre dit rechtsterrein zich heeft ontwikkeld tot een wenselijke rechtspraktijk. Daartoe wordt in hoofdstuk 6 ten eerste ingegaan op relevante overeenkomsten en verschillen in de aard van de relatie[13] tussen strafvorderlijke overheid en burger en bestuurlijke overheid en burger waar het de legitieme toepassing van bevoegdheden betreft die tot schade kunnen leiden. Dat leidt tot een

12 Zowel strafrechter als civiele rechter.

13 In dit onderzoek wordt zowel het begrip rechtsbetrekking als het begrip rechtsrelatie gehanteerd in de betekenis: de overheid en de burger staan als rechtssubjecten in een onderlinge relatie (of rechtsbetrekking) die wordt bepaald door rechtsregels en rechtsbeginselen.

algemeen uitgangspunt met betrekking tot de aard van die rechtsrelaties op basis waarvan de bevindingen ter zake van de omgang met schade die uit die relaties voortvloeit vervolgens wordt beoordeeld. Ook worden in dit verband enkele algemene fundamentele uitgangspunten van de rechtsstaat als beoordelingskader benoemd (gelijkheidsbeginsel, rechtszekerheidsbeginsel en het beginsel van rechtseenheid). Ten tweede wordt, vanwege de gehanteerde domeinspecifieke voorwaarden, die terug lijken te grijpen op begrippen uit het strafvorderlijk voortraject, ook nader ingegaan op de systematiek van het strafproces en betekenis en functie (en onderlinge samenhang) van enkele begrippen die in het strafrecht een domeinspecifieke betekenis hebben (onschuldbeginsel, materiële schuld, verdenking, verklaringsvrijheid en zwijgrecht). De in de schadevergoedingsprocedures gehanteerde verwijzingen naar deze begrippen worden vervolgens hieraan getoetst. Kortom, een geheel van algemene en domeinspecifieke uitgangspunten biedt een toetskader op basis waarvan de meest dominante bevindingen – wederom in de volgorde grondslag, voorwaarden en aspecten van omvang – kunnen worden beoordeeld (hoofdstuk 6). Inmiddels wordt dan ook duidelijk dat het thema zich niet meer kan beperken tot de vraag naar vergoeding van schade ten gevolge van vrijheidsbenemende dwangmiddelen alleen; het thema wordt vanaf dan dus ruimer opgevat en strekt zich uit over schade tengevolge van strafvorderlijk handelen.

Met behulp van de verkregen inzichten wordt ten slotte in hoofdstuk 7 vooruit gekeken. Dat leidt tot de conclusie dat sommige door de rechtspraktijk ingeslagen richtingen – op basis van de beoordeling – niet verder vervolgd kunnen worden. Dat impliceert dat andere wegen dienen te worden ingeslagen, zowel qua grondslag als qua voorwaarden. Daarbij zal worden ingezoomd op de vraag in hoeverre domeinspecifieke aspecten doorslaggevend dienen te zijn bij de keuze voor een grondslag en de invulling van eventuele voorwaarden. Op basis van de eerder gestelde algemene uitgangspunten (hoofdstuk 6) en indachtig de domeinspecifieke uitgangspunten worden ten slotte suggesties gedaan met betrekking tot de keuze voor de grondslag, de invulling van beperkende voorwaarden en aspecten van omvang, waarbij naast de 'leading' belangen van de rechtsstatelijke maatschappij, aspecten van beleidseenheid en van financiële aard niet genegeerd worden. Hierbij wordt ook het inmiddels ingezette traject van het ontwerp wetsvoorstel 'Schadecompensatie strafvorderlijk optreden' – eveneens vanuit de hier ontwikkelde optiek – kritisch beschouwd (en wordt ook het voorontwerp Nadeelcompensatie aangehaald).

Tot slot dient vermeld dat rechtspraak en literatuur zijn verwerkt tot medio 2008.

DEEL I

1 Schadevergoeding voor voorlopige hechtenis: totstandkoming van de huidige schadevergoedingsregeling van de artikelen 89-93 Sv

1.1 INLEIDING

De vraag of de Staat ten aanzien van een niet-veroordeelde beschuldigde gehouden is de tijdens het – in beginsel rechtmatige – strafproces ontstane schade te vergoeden, houdt de geesten van velen in binnenland (en buitenland)[1] al geruime tijd bezig. Niet alleen wetenschappelijk was er interesse in deze kwestie, maar op enig moment ontstond er ook politieke aandacht voor. Indien men al meende dat sprake moest zijn van een lastenverdeling op dit terrein, dan kwam vervolgens aan bod op welke grondslag, en welke voorwaarden daaraan gesteld moesten worden, of welke beperkingen. Dat daarover nog niet zo makkelijk politieke overeenstemming werd bereikt komt ondermeer tot uitdrukking in de vele parlementaire discussies bij diverse wetsontwerpen op het moment dat daarbij een relatie werd gelegd naar de kwestie of en in hoeverre de overheid gehouden moest zijn de schade tengevolge van rechtmatig strafvorderlijk optreden te vergoeden. Deze wetsontwerpen haalden overigens niet altijd de eindstreep.

In dit hoofdstuk beperk ik mij tot een beschrijving van de ontwikkeling op dit punt in Nederland vanaf de 19e eeuw.[2] In 1827 werd namelijk voor het eerst in parlementaire context de vraag gesteld of een vrijgesprokene niet een schadevergoeding moet kunnen verlangen van de Regering.[3] Pas in 1926 werd een schadevergoedingsregeling in de wet opgenomen om daarna nog enkele malen enigszins te worden gewijzigd en aangevuld. Deze regeling geldt thans nog steeds en is de enige specifiek wettelijke regeling op dit terrein (schade bij legitiem strafvorderlijk handelen). In oktober 2007 wordt een

---

1 Naast W.J. Leyds 1884, die ons op p. 2-12 van zijn dissertatie in vogelvlucht langs buitenlandse literatuur en parlementaire discussies leidt, kijkt ook Z.W. Straatman 1877, even over de grenzen, bijvoorbeeld op p. 85 en 94 e.v.

2 Vroegere ontwikkelingen evenals ontwikkelingen in het buitenland dienen wel ter illustratie, waarbij ik ondermeer heb geput uit R.H. Hartog 1971 en bijv. J. Domela Nieuwenhuis 1878, p. 331 e.v. Hij verwijst daar naar een regeling in de oude Hollandsche Consultatiën VI, p. 673, in de periode waar de overheid nog geen monopolie had op vervolging, maar privaataanklagers een ander in preventieve hechtenis konden laten nemen (periode tot aan de 15e eeuw, toen het openbaar ministerie werd ingesteld). Men vindt daar aangetekend dat hij *'die iemand qualijk heeft gearresteert, hem zijne kosten, schade en interessen (moet) betalen'*.

3 Aldus W.J. Leyds 1884, p. 13; daar merkt hij tevens op dat Straatman dat over het hoofd had gezien, zie inderdaad Z.W. Straatman 1877, p. 79.

ontwerp wetsvoorstel 'Schadecompensatie strafvorderlijk overheidsoptreden' met Memorie van Toelichting ter consultatie aangeboden aan de Raad voor de Rechtspraak, de Nederlandse Vereniging voor rechtspraak, het College van Procureurs-generaal, de Nederlandse Orde van Advocaten en het Korpsbeheerdersberaad en de Raad van Hoofdcommissarissen. Dit voorstel bouwt voort op plannen die zijn ontwikkeld bij het grootschalig onderzoeksproject Strafvordering 2001[4] en de motie Weekers c.s.[5] die in de Tweede Kamer werd aangenomen met betrekking tot het creëren van een algemene schadevergoedingsregeling in het wetboek van Strafvordering.

Aangezien bij het afsluiten van de tekst van deze dissertatie (medio 2008) niet bekend was of de resultaten van het consultatieproces tot aanpassingen zullen leiden, zal worden volstaan met een bespreking van dit ontwerpvoorstel.[6]

De beschrijving van de nationale wetsontwikkeling – vanaf begin 19e eeuw tot en met de ontstaansgeschiedenis van de huidige schadevergoedingsregeling voor ondergane preventieve hechtenis in het Wetboek van Strafvordering, welke stamt uit 1926, en – kort – het concept wetsvoorstel 'Schadecompensatie strafvorderlijk overheidsoptreden' – zal hier op *chronologische* wijze plaatsvinden. Hierdoor kan een goed beeld worden gevormd van de ontwikkeling in de politieke opvatting over 1) de gedachten over de wenselijkheid van een specifiek wettelijke schadevergoedingsregeling, dus gedachten over het bestaansrecht van een wettelijke regeling, 2) de grondslag waarop een dergelijke schadevergoeding dient te worden gebaseerd en 3) de voorwaarden waaronder men meende dat strafvorderlijke schade op de overheid dient te worden afgewenteld en/of de beperkingen die daarbij gesteld moesten worden. Overige ontwikkelingen evenals de ontwikkeling van de kostenvergoedingsregeling wordt daarbij als illustratie meegenomen. De laatste paragraaf van dit hoofdstuk bevat een systematische samenvatting.

De bevindingen zoals in dit hoofdstuk naar voren gekomen, in het bijzonder de zwaartepunten in de politieke discussie op dit thema, zullen in het volgende hoofdstuk (hoofdstuk 2: jurisprudentie op de voet van onderhavige regeling) worden verscherpt. Een ander deel van het geldend recht zal vervolgens worden beschreven in het derde hoofdstuk aangezien daar de relevante civiele rechtspraak (onrechtmatige daad in verband met strafvorderlijk handelen) aan bod komt. De opvattingen in de juridische literatuur worden besproken in hoofdstuk vier. Daarna zullen in deel II van dit onderzoek de bevindingen met elkaar in samenhang worden gebracht, getoetst en beoordeeld. Maar

4 Met name N.J.M. Kwakman 2004, p. 513 e.v.

5 Motie van het lid Weekers c.s., Kamerstukken II 2005-2006, 30164, nr. 19.

6 In dit hoofdstuk op hoofdlijnen maar in hoofdstuk 7 zal worden stilgestaan bij de verbeteringen die dit voorstel beoogt te bewerkstelligen ten opzichte van de huidige situatie en zal worden ingegaan op de voorgestelde wijzigingen in grondslag, voorwaarden en aspecten van omvang.

nu eerst terug naar het begin: de Nederlandse politieke gedachtevorming over – en uiteindelijke totstandbrenging van – een wettelijke vergoedingsregeling voor de gewezen verdachte voor schade tengevolge van legitiem strafvorderlijke vrijheidsbeneming.

1.2 HET ONTWERP WETBOEK VAN STRAFRECHT 1827, DE TOTSTANDKOMING VAN HET WETBOEK VAN STRAFVORDERING 1838 EN DE WIJZIGINGSWET UIT 1854 INZAKE TOEREKENING

1.2.1 Het ontwerp Wetboek van Strafrecht 1827: eerste gedachten over schadevergoeding na vrijspraak, ook indien geen dwangmiddelen zijn toegepast

In 1827 bij de behandeling van een ontwerp Wetboek van Strafrecht voegden de afdelingen van de Tweede Kamer, in aanvulling op de vragen die door de Regering aan hen hierover waren voorgelegd,[7] zelf nog enkele vragen toe.[8] De laatste van deze bijgevoegde vragen (nummer 22) luidde: *'Behoort een beschuldigde, welke door den regter is vrijgesproken, geene schadevergoeding te kunnen erlangen van het Gouvernement?'*. Deze vraag werd over het algemeen ontkennend beantwoord door de afdelingen. De eerste afdeling meende dat het geen punt van bespreking was bij de behandeling van het Wetboek van Strafrecht[9] en ook de derde afdeling antwoordde in negatieve zin. Deze afdeling was van mening dat de vrijspraak van een beschuldigde een zodanig toevallig gebeuren is dat de Regering daarvoor niet verantwoordelijk gesteld kan worden. Om een zodanige vrijgesprokene verhaal ('recours') te bieden en hem een middel te geven om de uitspraak van een rechter te kunnen tegenwerpen ('le moyen de la prise à partie') zou zeer kwellend ('vexatoire') zijn.[10] De tijdens deze zitting afwezige baron De Secus voegde later een aparte nota bij, waarin hij stelde dat men niet akkoord kon gaan met de opvatting om geen enkele schadevergoeding te geven aan de vrijgesprokene, aangezien de verdenking dan op hem zou blijven rusten ('le soupçon peut continuer a planer sur lui'). Een schadevergoeding, hoe gering ook, zou – aldus De Secus – op zijn plaats zijn voor diegene die was vrijgesproken of onschuldig verklaard ('qu'il eut

7 Bijlagen Handelingen der Staten Generaal II 1827/1828, 3A, Vraagpunten voorgesteld aan de afdeelingen van de Tweede Kamer der Staten Generaal, betrekkelijk het Wetboek van Strafregt, p. 5-8.
8 Idem, 3B, In de afdeelingen bijgevoegde vragen omtrent de strafwetten, p. 8 en 9.
9 Idem, Processen-Verbaal van de Afdeelingen over de Vraagpunten, eerste afdeling, zitting van 4 december 1827, p. 11.
10 Idem, derde afdeling, zitting van 4 december 1827, p. 27.

été absous *ou* déclaré innocent')[11] om hem zo te kunnen zuiveren van de door de beschuldiging veroorzaakte schandvlek.[12] De vierde afdeling meende, op één der leden na, dat '*...het in de praktijk niet wel mogelijk is eene dergelijke bepaling aan te nemen, hoe wenschelijk het ook in sommige gevallen zoude kunnen zijn iemand, die verkeerdelijk is gearresteerd geweest, schadeloos te stellen; de Afdeeling wil echter niet verstaan worden de wettelijke bepalingen uit te sluiten tegen onwettige gevangenzittingen*'.[13] De vijfde afdeling was unaniem tegen de gedachte van schadevergoeding. Meerdere leden vonden wel dat de tijd, in voorlopige hechtenis doorgebracht, in mindering moest worden gebracht op een opgelegde gevangenisstraf.[14] In een aparte nota vroeg één der leden zich af waartoe schadevergoeding in deze gevallen zou leiden. Buiten het feit dat hij een tariefbepaling miste, zou de rechter in die gevallen naar zijn mening zelf vervolgd kunnen worden '*...hoewel er genoegzame gronden tot aprehensie of vervolging der actie waren geweest, maar geene genoegzame gronden tot condemnatie...*'. Dit wantrouwen jegens de rechter zou er naar de mening van de schrijver van deze nota ook de oorzaak van zijn dat de rechter in de positie gemanoeuvreerd zou worden dat hij diegene die hij anders zou vrijspreken, thans zou veroordelen, want '*...hoe ongaarne zal deze* [= de rechter, MD] *nu den Staat aan eene openbare regstvordering, door zijne schuld veroorzaakt, blootstellen, en hoe veel eerder dus den beschuldigde straffen (...), al is het ook maar met eene geringe straf?*'.[15] De zesde afdeling maakte een onderscheid '*...tusschen eene vrijspraak als gevolg slechts van gebrek van bewijs, en de zoodanige waaruit blijkt, dat de beschuldigde het misdrijf niet heeft begaan of heeft kunnen begaan, en dus volkomen onschuldig is aan het misdrijf denzelven te laste gelegd...*' De vraag naar de mogelijkheid van schadevergoeding werd door deze afdeling slechts toegepast op deze laatste categorie en zodanig door vier leden met 'ja' en door twee leden met 'nee' beantwoord.[16] Van de zevende afdeling tot slot vonden vier leden dat er geen sprake moest zijn van schadevergoeding; twee leden wilden het echter overlaten aan de beslissing van de rechter.[17]

In reactie hierop meende de Regering dat er geen verplichting tot schadevergoeding kon zijn indien de regels van strafvordering naar behoren en nauwgezet in acht waren genomen. Indien men dit beginsel wel zou aannemen, zou dit leiden '*...tot hoogst nadeelige uitkomsten, zoowel voor de Maatschappij, die belang heeft dat geene kwalijk geplaatste angstvalligheid het onderzoek, de vervolging*

11 Mijn cursief. Voorduin vertaalde dit anders: '*...dat, wanneer een beklaagde was bevonden te zijn onschuldig, en uit dien hoofde was vrijgesproken...*'. Zie J.C. Voorduin deel VII 1840, p. 81. Naar mijn mening geeft 'ou' hier echter duidelijk aan dat hier bedoeld werd 'de vrijgesprokene *of* de onschuldig verklaarde'; anders zou er 'oú' gestaan hebben.
12 Bijlagen Handelingen der Staten-Generaal II 1827/1828, Note A, Baron De Secus, p. 29.
13 Idem, vierde afdeling, zitting van 5 december 1827, p. 32
14 Idem, vijfde afdeling, zitting van 5 december 1827, p. 38.
15 Idem, Nota, p. 39.
16 Idem, zesde afdeling, zitting van 5 december 1827, p. 43.
17 Idem, zevende afdeling, zitting van 4 december 1827, p. 45.

en beregting der misdrijven belemmere (...), als voor den beklaagden zelven. Voor het aller zeldzaamst geval van stellige onschuldig-verklaring, door sommige leden in de Vierde Afdeeling opgegeven, zoude zelfs zoodanige wettelijke beschikking, om die redenen, niet raadzaam zijn, en moet het aan de zorg der Regeering verbleven worden, om, naar omstandigheden, het leed te leenigen of weg te nemen. '[18] Om redenen onafhankelijk van onderhavig onderwerp werd deze discussie niet verder voortgezet.[19]

1.2.2 De totstandkoming van het Wetboek van Strafvordering 1838: discussie over schadevergoeding na vrijspraak, ongeacht toepassing dwangmiddelen

De schadevergoedingskwestie kwam weer even ter sprake bij het tweede ontwerp Wetboek van Strafvordering in 1829[20] bij de behandeling van het in dat ontwerp voorgestelde artikel 14 van titel V (dat ondermeer voorzag in een kostenvergoedingsregeling voor de vrijgesprokene met betrekking tot getuigen).[21] In reactie op het voorstel van de zesde afdeling om '*...conférant à la cour en cas d'acquittement de l'accusé, et selon les circonstances de la cause, la*

18 Idem, Regeringsantwoord op de Processen-Verbaal van de Afdeelingen over de vraagpunten, p. 64.

19 Idem, p. 160, alwaar verwezen wordt naar het KB van 28 maart 1836, Stb. 9. Vergelijk ook G.A. van Hamel 1927, vierde druk, p. 78.

20 Op 23 oktober 1828 werd een eerste ontwerp Wetboek van Strafvordering aan de Staten Generaal aangeboden (Bijlagen Handelingen der Staten Generaal II 1828/1829, Ontwerp van Wet, p. 12-63). Daarop volgde een onderzoek in de afdelingen waarna een herzien ontwerp op 24 oktober 1829 aan de Tweede Kamer werd aangeboden (Bijlagen Handelingen der Staten Generaal II 1829/1830, Ontwerp van Wet, p. 29-80).

21 Bijlagen Handelingen der Staten Generaal II 1829/1830, Ontwerp van Wet, titel V artikel 14, p. 49. In het laatste lid van het voorgestelde artikel 14 titel V kreeg de rechter namelijk de bevoegdheid om de vrijgesproken beschuldigde geheel of gedeeltelijk vrij te stellen van de kosten van dagvaardingen en schadeloosstelling van door hem opgeroepen getuigen. Zo overigens ook het min of meer gelijkluidende latere artikel 187 van het Wetboek van Strafvordering 1838. De 7e afdeling bleef tijdens de ontwerpronde van mening dat alle kosten van het proces in het geval van onschuldigverklaring ten laste van het Rijk moesten blijven en niet slechts die van dagvaarding en schadeloosstelling van getuigen: zie idem, Tweede processen-verbaal der Afdeelingen, p. 158 en daarvoor al, zie idem, Processen-verbaal der Afdeelingen, p. 129. Ook de 6e afdeling was die mening in eerste instantie toegedaan, zie idem, Processen-verbaal der Afdeelingen, p. 125. Overigens kwam deze mogelijkheid om de vrijgesprokene voor de kosten van de door hem opgeroepen getuigen geheel of gedeeltelijk vrij te stellen niet voor in het eerste ontwerp van het Wetboek van Strafvordering zoals eerder aangeboden aan de Tweede Kamer op 23 oktober 1828, zie Bijlagen Handelingen der Staten Generaal II 1828/1829, Ontwerp van Wet, titel V artikel 13, p. 32. De eerste afdeling vroeg zich op grond daarvan af of deze mogelijkheid er misschien wel moest zijn, zie idem, Processen-verbaal bevattende de Aanmerkingen der Afdeelingen, p. 72. Ook de vierde afdeling maakte hierover nog een opmerking, zie idem, p. 97.

faculté de lui allouer (...) une indemnité à payer par l'Etat...'[22] stelde de Regering dat '*...een ieder, die het ongeluk zoude kunnen hebben van in regten betrokken te worden, en aan wien eindelijk vrijspraak zoude mogen te beurt vallen, (...) zich ten gunste van de algemeene veiligheid, waarin hij op zijne beurt deelt, dat ongeval (moet) getroosten'*.[23] Ook nu zag de Regering geen grond om de Staat de door haar optreden veroorzaakte schade (mede) te laten dragen, waarbij nog aanvullend werd opgemerkt dat zodanige regelingen '*...onberekenbare sommen aan den Landen kunnen kosten, en bovendien even nadeelig kunnen zijn voor de maatschappij als voor de beschuldigden, daar zij zoude kunnen leiden tot veroordeling in twijfelachtige gevallen, ten einde den Staat niet te belasten met schadevergoedingen.*'[24] Interessant is overigens dat dit voorstel (dat het dus niet haalt) een schadevergoeding niet beperkt tot schade tengevolge van toegepaste dwangmiddelen.

Bij de openbare beraadslagingen die hierop volgden refereert Dijckmeester nog aan deze – naar zijn mening juiste – reactie van de Regering en terwijl geen verdere opmerkingen aan deze schadevergoedingskwestie worden gewijd wordt titel V door de leden van de Tweede Kamer met 94 tegen 1 stem aangenomen op de zitting van 18 maart 1830[25] en door de leden van de Eerste Kamer zonder verdere behandeling met algemene stemmen op 28 mei 1830.[26] Begin 1831 werd echter de algemene herziening van alle Wetboeken bevolen, hetgeen tot gevolg had dat op 1 maart 1836 wederom een ontwerp herziening Wetboek van Strafvordering aan de Tweede Kamer werd aangeboden.[27] Hierin werd een kleine wijziging voorgesteld ten opzichte van het in 1830 aangenomen artikel[28] inzake een kostenvergoedingsregeling voor getuigen. Daarover werden door de afdelingen nog enkele vragen gesteld, bijvoorbeeld hoe de schadeloosstelling van de getuige zou worden begroot[29] maar verder ging

22 Dit voorstel werd gedaan door acht leden van de 6e afdeling naar aanleiding van het ontwerp-artikel 14 titel V, zie Bijlagen Handelingen der Staten Generaal II 1829/1830, Ontwerp van wet, p. 49 en idem, Processen-verbaal der Afdeelingen, p. 125.

23 Idem, Antwoorden op de aanmerkingen der Afdeelingen, p. 134.

24 Ibidem.

25 Handelingen der Staten Generaal II 1829/1830, Beraadslagingen, p. 327-368, hier p. 329 en 351. Deze beraadslagingen zijn ook gepubliceerd in de Staatscouranten van 18-24 maart 1830, nummers 66-71.

26 Na aanneming door de Tweede Kamer op 18 maart 1830 op drie titels na (titel II, III en XXII) – welke na herziening alsnog op 31 maart 1830 werden aangenomen – werd het geheel na aanneming door de Eerste Kamer op 28 mei 1830 (Handelingen der Staten Generaal I 1829/1830, p. 575) als wet afgekondigd op 5 juni 1830, Stb. 21-24, 30-39, 42-45 en 48-52.

27 Bijlagen Handelingen der Staten Generaal II 1835/1836, Ontwerpen van Wet, p. 353-377. Deze herziening was bevolen bij besluit van 24 februari 1831, Stb. 1, als gevolg van herziening van de Wet op de zamenstelling der regterlijke magt en het beleid der justitie (Wet van 18 april 1827, Stb. 20) bij wet van 28 april 1835, Stb. 10.

28 Bijlagen Handelingen der Staten Generaal II 1835/1836, Ontwerp van wet no. 6, p. 362. Intussen was artikel 14 van titel V omgenummerd naar wetsartikel 151.

29 De Tweede afdeling vroeg zich dat tijdens haar zitting van 12 maart 1836 af (Bijlagen Handelingen der Staten Generaal II 1835/1836, Processen-Verbaal der Afdeelingen, p. 394. De vierde afdeling stelde dat nader bepaald diende te worden voor wiens kosten die kosten

men niet dieper in op deze kwestie en zodoende bevatte het Wetboek van Strafvordering 1838 uiteindelijk geen schadevergoedingsregeling maar wel in (doorgenummerd) artikel 187 een kostenvergoedingsregeling waarbij de rechter de bevoegdheid kreeg om de vrijgesprokene vrij te stellen van het geheel of een deel der gemaakte kosten met betrekking tot getuigen.

1.2.3 De wijzigingswet uit 1854 inzake toerekening

Gezien de chronologische behandeling van de wetsontwerpen ga ik thans in op een wijzigingsvoorstel uit 1854 waar de kwestie van de toerekening van ondergane preventieve hechtenis met opgelegde gevangenisstraf aan de veroordeelde aan de orde kwam. Ik bespreek dit hier kort omdat hieraan in latere discussies argumenten werden ontleend ten gunste van schadevergoeding aan niet-veroordeelden.

Bij dit wijzigingsvoorstel in 1854, houdende enige veranderingen in de bestraffing van misdrijven[30] – waarbij de Regering zich vooralsnog beperkte tot enige veranderingen in de bestraffing van misdrijven in afwachting van een gehele herziening van het Wetboek van Strafrecht – werd in het oorspronkelijk wetsontwerp voorgesteld dat de opgelegde gevangenisstraf een aanvang neemt met de dag der uitspraak (of, indien beroep wordt ingesteld, op het moment dat er sprake is van kracht van gewijsde).[31] Daarop vroeg de Commissie van Rapporteurs zich af of de rechter niet zou behoren te letten op de preventieve hechtenis.[32] De Regering ging daarop niet verder in bij haar Memorie van beantwoording.[33] Wel stelde de Regering in het gewijzigde ontwerp voor dat zowel voor de – reeds gehechte – veroordeelde die berust in het oordeel in eerste aanleg, als voor de reeds gehechte veroordeelde die in beroep gaat, de gevangenisstraf een aanvang neemt met de dag der uitspraak.[34] Zo gerekend vallen de termijnen van appèl en cassatie namelijk binnen de straftijd en komen niet nog eens apart voor rekening van de veroordeelde. Tijdens de beraadslagingen diende Sander tegen deze laatste wijziging een amendement in. Hij had onder andere bezwaar tegen het gevolg dat ontstaat als iemand – na in eerste aanleg te zijn veroordeeld – beroep instelt

---

en schadeloosstellingen zouden komen (idem, zitting 17 maart 1836, p. 407). De Regering antwoordde hierop dat de kosten voor rekening van het Rijk kwamen en dat de wijze van begroting niet bij deze wet geregeld hoefde te worden aangezien dat een zaak was voor Reglementen (idem, Antwoorden op de aanmerkingen der afdeelingen, p. 430. In het verbeterd opstel van wet werd het artikel overigens hierop niet meer aangepast (idem, Verbeterd Ontwerp van wet, p. 432).

30 Bij KB van 14 februari 1854, Bijlagen Handelingen der Staten Generaal II 1853/1854, p. 433.

31 Idem, Ontwerp van wet, artikel 19, p. 434.

32 Idem, Voorloopig Verslag der Commissie van Rapporteurs, artikel 19, p. 564.

33 Idem, Memorie van beantwoording van het voorloopig verslag der Commissie van Rapporteurs, artikel 19, p. 625.

34 Idem, Nota van wijzigingen, artikel 19, p. 626.

en dan wordt vrijgesproken: op die gewezen verdachte is dan een vonnis ten uitvoer gelegd dat later wordt vernietigd. In plaats daarvan stelde hij voor om de gevangenisstraf te laten aanvangen na kracht van gewijsde maar daarbij de rechter op te dragen de duur van de preventieve hechtenis in aanmerking te nemen.[35] Dit amendement werd echter met 43 tegen 6 stemmen verworpen.[36] Vooral het aspect dat de eventuele 'verrekening' geheel aan de wil van de rechter zou worden overgelaten werd bekritiseerd door Akerlaken, die overigens in het Regeringsontwerp meende een betere wettelijke waarborg te lezen: doordat de gevangenisstraf in eerste aanleg opgelegd al ingaat op de dag der uitspraak, zal dat worden afgetrokken van de strafoplegging in tweede aanleg.[37] Hij ging hiermee echter voorbij aan het principiële bezwaar dat een niet definitief veroordeelde al wel straf ondergaat. Het gewijzigde wetsontwerp werd vervolgens door Tweede en Eerste Kamer aangenomen[38] en zodoende bevatte artikel 21 van die wet uiteindelijk een zogenaamd 'half stelsel' van imperatieve toerekening, door aftrek mogelijk te maken van het in hechtenis verbleven tijdvak na de uitspraak in eerste aanleg op de na appèl/cassatie onherroepelijk opgelegde gevangenisstraf; dit betrof dus een gunstige regeling voor de categorie veroordeelden die in beroep ging en daar ook werd veroordeeld. Bij hen werd de gehechte periode tussen uitspraak in eerste- en tweede instantie namelijk afgetrokken van de aan hen in tweede instantie opgelegde gevangenisstraf.[39]

1.3 De wetgevingsvoorstellen in de periode 1861-1870: de ontwerpen Wetboek van Strafvordering Godefroi/Olivier

1.3.1 Eerste wetsontwerp: slechts kostenvergoeding en discussie over schadevergoeding na herziening

Weer terugkerend naar de schadevergoeding kwam enige tijd later een andere opvatting naar voren voor wat betreft de verplichting voor de Staat om de door haar toegebrachte schade te vergoeden, want is het niet '*...de Staat, die door zijne wet en door zijne regters stellige krenking en schade teweeg bragt; en indien dit geschiedde in de uitoefening van de pligt der handhaving der publieke veiligheid, ook het algemeen belang vordert de herstelling van het daardoor te weeg gebragte*

35 Handelingen der Staten Generaal II 1853/1854, zitting van 1 juni, bij (het intussen omgenummerde) artikel 21, p. 1040.
36 Idem, p. 1041.
37 Ibidem.
38 Nadat de Tweede Kamer het wetsontwerp met 45 tegen 3 stemmen had aangenomen (idem, p. 1045) en de Eerste Kamer met 26 tegen 4 (Handelingen der Staten Generaal I 1853/1854, zitting van 27 juni, p. 204), leverde dat op de Wet van 29 juni 1854, houdende eenige veranderingen in de straffen op misdrijven gesteld, Staatsblad 1854, 102.
39 Kritisch daarover G.A. van Hamel 1927, p. 565.

onregt.' Zo althans stelden de samenstellers van het Voorlopig Verslag naar aanleiding van de eerste indiening van het ontwerp Godefroi/Olivier het zich voor, waarbij zij overigens slechts doelden op onschuldig veroordeelden[40] en niet op niet-veroordeelden. Bij de eerste indiening van het wetsontwerp Godefroi/Olivier[41] zwegen de ontwerpers echter geheel voor wat betreft schadevergoeding aan vrijgesprokenen. Wel werd een herziening ten aanzien van de oude kostenvergoedingsregeling (van het oude artikel 187 van het WvSv 1838) voorgesteld.[42]

De Regering besprak de kwestie schadevergoeding slechts voor wat betreft veroordeelden wier vonnis was herzien. Zij wees bij de voorgestelde regeling inzake herziening na veroordeling op het geopperde denkbeeld '*...om den onschuldig veroordeelde, die de straf reeds geheel of gedeeltelijk heeft ondergaan, ten laste van den Staat (een) regt op schadeloosstelling toe te kennen...* ', maar gelijk vroeg zij zich daarbij af, '*...op welken grond zal men den Staat met de schadeloosstelling belasten?*'.[43] De Regering concludeerde daarop dat, ook al had '*...de veroordeelde (...) schade (...) geleden, (er) geen grond bestaat, om juist den Staat meer dan een ander tot vergoeding dier schade gehouden te achten.*'[44] De Regering meende namelijk dat de dwalende rechter die de oorspronkelijke veroordeling had uitgesproken door een samenloop van omstandigheden op een dwaalspoor terecht kon zijn gekomen en een vernietiging van dat eerdere vonnis niet automatisch inhield dat er eertijds anders beslist had moeten worden.

Enkele leden van de Hoge Raad waren het niet eens met de Regering op dit punt van schadevergoeding aan onschuldig veroordeelden, aangezien zij zich in hun Advies niet konden verenigen '*...met het in de Memorie van Toelich-*

---

40 Bijlagen Handelingen der Staten Generaal II 1863/64, Voorlopig Verslag der Commissie van Rapporteurs, p. 1818: want voor onschuldig veroordeelden vordert het algemeen belang herstel van het onrecht, aldus deze Voorlopig verslaggevers in 1863, waar zij deze kwestie aan bod lieten komen bij de behandeling van artikel 16 van titel XIV van het wetsontwerp.

41 Hetgeen bij KB van 3 december 1961 aan de Raad van State was aangeboden, waarna de Raad haar advies als gevolg van de Wet van 21 december 1861, Stb. 129, waarbij zij ontbonden werd, aanhield tot het regeringsjaar 1863/1864. De eerste indiening aan de Tweede kamer vond plaats bij KB van 8 november 1863. Hierna wordt hiernaar verwezen als het ontwerp Godefroi/Olivier, aangezien het eerste ontwerp afkomstig was van minister Godefroi en dat daarna van minister Olivier. Eigenlijk zou het ook nog genoemd kunnen worden naar de twee laatste ministers, Borret en Van Lilaar, die bij de laatste indieningen nog een enkele, voor het onderhavige onderwerp overigens niet relevante, aanvulling maakten.

42 Bij de voorgestelde artikelen 83 jo 81 van titel VII, waarbij artikel 83 zag op kostenvergoeding voor ondermeer de vrijgesprokenen, zie Bijlagen Handelingen der Staten Generaal II 1863/1864, Ontwerp van Wet, p. 684, zie verder ook hierna.

43 Idem, Memorie van Toelichting, p. 757 bij het voorgestelde artikel 17 van titel XIV, waar werd voorgesteld de eerherstelregeling van artikel 413 van het WvSv 1838 aan te passen, zie ook hierna.

44 Ibidem; in het geval de herziening zou leiden tot vrijspraak vond de Regering een kostenvergoeding op zijn plaats conform de kostenvergoedingsregeling voor vrijspraak in eerste instantie; zie het voorgestelde artikel 16 van titel XIV jo artikel 83 van titel VII.

ting op dit punt aangevoerde, dat, ook dan wanneer iemand zonder eenig verzuim of eenige schuld van zijne zijde is veroordeeld, van geene schadevergoeding sprake kan zijn.' Zij adviseerden daarom een bevoegdheid voor de rechter om een schadeloosstelling te kunnen toekennen aan ten onrechte veroordeelden.[45]

Ook meerdere leden van de Commissie van Rapporteurs verdedigden hier '*...met nog meer aandrang dan ten aanzien van den vrijgesprokene*[46]*...*' het denkbeeld dat '*...de Staat aan den onschuldig veroordeelden eene billijke vergoeding verschuldigd is voor (...) in één woord (...) het veelzijdig leed hem door de publieke teregtstelling en veroordeeling berokkend. (...) De gehoudenheid van den Staat (...) berust op den grondslag van billijkheid en regtvaardigheid (en) het algemeen belang vordert de herstelling van het daardoor te weeg gebragt onregt. Het geldt hier trouwens geene individuele belangen, maar de vestiging van een regtvaardig algemeen beginsel.*'[47]

De hiervoor genoemde leden van de Hoge Raad en de Commissie van Rapporteurs leken dus voorstanders van schadevergoeding aan veroordeelden die achteraf na herziening – zoals zij dat noemden – 'onschuldig bleken'. Zij haakten hierbij aan bij die categorie veroordeelden die conform het voorgestelde artikel 17 van titel XIV in aanmerking konden komen voor eerherstel. Deze gewijzigde eerherstelregeling, die de oude regeling van artikel 413 van titel XIX moest vervangen, wilde de mogelijkheid voor eerherstel uitbreiden naar '*...alle gevallen, waarin de herziening ontheffing van de veroordeling of vrijspraak van den veroordeelde ten gevolge heeft...*',[48] terwijl de oude regeling uit 1838 die mogelijkheid maar bood aan drie soorten gevallen[49] waarbij slechts in het geval '*...de onschuld van eenen persoon mogt blijken...*' sprake mocht zijn van eerherstel op kosten van de Staat;[50] deze vroegere categorie met slechts drie soorten gevallen van 'onschuldig veroordeelden' leek in ieder geval beperkter dan de hier voorgestelde categorie 'vrijgesprokenen of van veroordeling onthevenen' van artikel 16 en 17 van titel XIV, hetgeen benadrukt dat niet vanzelfsprekend vaststond wat men met 'onschuldig veroordeeld' bedoelde

45 Idem, Advies van den Hoogen Raad, bij artikel 17 van titel XIV, p. 838.

46 Ten aanzien van deze groep deinsde men voor wat betreft schadevergoeding overigens terug, zie ook hierna.

47 Idem, Voorloopig Verslag der Commissie van Rapporteurs, bij artikel 16 titel XIV, p. 1818. Of men hier een specifiek rechtsbeginsel op het oog had volgt niet duidelijk uit de tekst.

48 Voorgesteld artikel 16 jo 17, idem, Ontwerp van Wet, p. 698 en 699.

49 Namelijk indien er twee beschuldigden waren veroordeeld voor hetzelfde feit, waarbij de arresten niet waren overeen te stemmen maar waardoor wel het bewijs van onschuld van een van de beschuldigden naar voren kwam, of indien na een veroordeling voor doodslag de veronderstelde dode nog bleek in leven te zijn, of indien een belastende getuigenis vals bleek te zijn, aldus artikel 409 van titel XIX.

50 Artikel 413 van het WvSv 1838.

tijdens de toenmalige discussies. Op deze kwestie van de invulling van het begrip 'onschuldig' zal ik verderop nog uitvoerig teruggekomen.[51]

Voor wat betreft de vrijgesprokene lag het anders: ten aanzien van de direct in eerste instantie vrijgesprokene deinsde de meerderheid van de Commissie echter terug '*...voor de groote bezwaren, die de uitvoering van dit overigens alleszins billijk beginsel in den weg staan...*'.[52] Mogelijk doelde men hier op financiële bezwaren.

Zoals al even aangestipt werd in dit wetsontwerp overigens wel gemeend dat een deel van de door de vrijgesprokene (en de van rechtsvervolging ontslagene) gemaakte kosten[53] in ieder geval vergoed dienden te worden. Hiertoe werd eerst een duidelijker onderscheid voorgesteld tussen enerzijds de kosten, door de beklaagde gemaakt, en anderzijds de gerechtskosten[54] (de door de overheid gemaakte kosten). De bedoeling was dat nu (in principe)[55] de Staat verplicht werd om aan de vrijgesprokene dan wel de van rechtsvervolging ontslagene bepaalde, door de beklaagde gemaakte kosten, te vergoeden, tenzij deze nodeloos waren gemaakt.[56] Deze verplichting werd, aldus de Memorie, gevorderd door de onbillijkheid zoals thans in de wet gelegen (namelijk de regeling van het toenmalige artikel 187 van het Wetboek van Strafvordering 1838, waar slechts sprake was van een bevoegdheid). De gronden, die hier pleitten voor een meer vrijgevige vergoeding waren volgens de Regering gelegen in de het feit dat de onvermogende beklaagde door de kosten weerhouden zou kunnen worden om zijn verdediging behoorlijk voor te bereiden indien hij niet zeker zou zijn van een kostenvergoeding dienaangaande, hetgeen door de oude regeling niet gegarandeerd was. Daarbij bood de oude regeling een beperkter mogelijkheid tot kostenvergoeding (bijvoor-

---

51 In hoofdstuk 4 zal de aandacht daarvoor in de literatuur uitvoerig worden weergegeven en in hoofdstuk 6 zal het gebruik van het begrip onschuld in verband worden gebracht met enkele wezenlijke uitgangspunten van het strafrecht en daaraan worden getoetst.

52 Idem, Voorloopig Verslag der Commissie van Rapporteurs, bij artikel 83 titel VII, p. 1810.

53 Namelijk *'...die kosten, door den beklaagde gemaakt tot dagvaarding en schadeloosstelling van getuigen of deskundigen of tot het bijbrengen van stukken...'* aldus het voorgestelde artikel 83 titel VII, idem, Ontwerp van Wet, p. 684.

54 Er werd een uitzondering gemaakt ten aanzien van de door de beklaagde gemaakte kosten met betrekking tot getuigen en deskundigen indien deze, op verzoek van de beklaagde, door de Officier van Justitie dan wel door de president werden gedagvaard; in dat geval namelijk vielen deze kosten weer onder de gerechtskosten.

55 In het voorgestelde artikel 83 stond *'...dat de kosten (...) worden vergoed door dengene, ten wiens laste de overige kosten komen'* over hetgeen de MvT opmerkte dat deze uitdrukking was gebezigd met het oog op de gevallen, dat de overige kosten niet ten laste van de Staat komen, zoals bijvoorbeeld in het geval op grond van het toenmalige artikel 281 Gemeentewet.

56 De Raad van State meende overigens dat in geval van herziening de vrijgesproken onschuldige een onvoorwaardelijke kostenvergoeding diende te krijgen, nodeloos of niet, zie idem, Advies van den Raad van State, bij artikel 16 titel XIV, p. 810.

beeld niet ten aanzien van kosten voor 'het ligten van stukken').[57] Dit alles gold '*...zoowel voor het geval van vrijspraak, als voor gevallen waarin geene veroordeeling plaats heeft, doordat het feit niet valt onder het bereik der strafwet of uit anderen hoofde geen regt tot strafvordering aanwezig is. De beklaagde toch heeft zich ook in die gevallen moeten wapenen voor eene verdediging op de feiten...*'.[58,59]

1.3.2 Tweede wetsontwerp: schadevergoedingsvoorstellen, maar toch geen wet

De Regering kwam in 1864 met een tweede indiening van het wetsontwerp,[60] waarbij de redenering uit het Verslag van de Commissie om schadevergoeding wenselijk te achten in het geval van herziening[61] werd overgenomen en tevens werd aangevuld, want '*...het geldt hier toch vergoeding van geleden materiële schade, en de grond tot die vergoeding is in de gevallen dat de beklaagde wordt vrijgesproken of van regtsvervolging wordt ontslagen – althans zoo hij in voorloopige hechtenis was – evenzeer als in de andere genoemde gevallen*[62] *aanwezig*.'[63] De hier genoem-

57 Aldus de Regering in haar Memorie van Toelichting bij de algemene inleiding op titel VII, zie idem, IIIb, p. 727.

58 Idem, Ontwerp van Wet, p. 684 en idem, Memorie van Toelichting, bij het voorgestelde art. 81 waarbij gelijk art. 83 besproken werd, p. 735.

59 Bij de aanbieding van het eerste ontwerp aan de Raad van State bij KB van 3 december 1861 had men de kostenvergoedingsregeling slechts beperkt voor '*...voor het geval van vrijspraak. De gronden, die voor verpligting tot vergoeding in dat geval pleiten, zijn niet in gelijke mate van toepassing in de gevallen, waarin geene veroordeeling plaats heeft, doordat het feit niet valt onder het bereik der strafwet of uit anderen hoofde geen regt tot strafvordering aanwezig is...*', aldus de Regering. In geval van ontslag van rechtsvervolging of niet ontvankelijkheid werd daarom in plaats van een verplichting een bevoegdheid voorgesteld. De Raad van State was het met het onderscheid tussen de vrijgesprokene enerzijds en de van rechtsvervolging ontslagene en niet-ontvangene anderzijds niet eens, want waarom zou '*...de beklaagde, die vrij gesproken wordt omdat niet bewezen is dat hij het hem ten laste gelegde feit heeft gepleegd, van betere conditie (...) zijn dan hij, die ontslagen is van alle regtsvervolging omdat het feit geen misdrijf oplevert, of tegen wien het openbaar ministerie ten onregte eene vervolging heeft ingesteld.*' Zie voor de tekst zoals aangeboden aan de Raad van State: *Ontwerp van een Wetboek van Strafvordering met Memorie van Toelichting*, 's Gravenhage: Gebroeders Belinfante 1862, p. 155, 156 en voor de reactie van de Raad van State: Bijlagen Handelingen Staten Generaal II 1863/1864, Advies van den Raad van State, p. 798.

60 Bij KB van 16 november 1864.

61 Evenals ten aanzien van de rechthebbende (derde) in geval van schade ontstaan aan inbeslaggenomen voorwerpen/stukken van overtuiging na een niet verdere vervolging na het voorlopig onderzoek, wat de Commissie had aangevoerd bij de bespreking van het bij eerste indiening voorgestelde artikel 51 titel IV, Bijlagen Handelingen der Staten Generaal II 1863/1864, p. 1802.

62 Namelijk na herziening en ten aanzien van schade aan stukken van overtuiging, zie hiervoor.

63 Bijlagen Handelingen der Staten Generaal II 1864/1865, Memorie van Toelichting, bij titel IV derde afdeling, p. 508.

de 'grond tot die vergoeding' was dan 'het besef der billijkheid'.[64] Tevens wilde de Regering hierbij niet voorbijzien aan het geval '*...dat een voorlopig aangehoudene na de instructie, of zonder dat instructie plaats heeft, buiten vervolging wordt gesteld*',[65] zodat uiteindelijk een schadevergoedingsregeling werd voorgesteld die al deze gevallen behelsde: in artikel 48 van titel VI inzake schade door voorlopige aanhouding waarop de rechter beslist tot buitenvervolgingstelling; in de artikelen 83 van titel VII en 18 van titel X inzake schade na voorlopige hechtenis in het geval van vrijspraak of ontslag van rechtsvervolging.[66] De Regering merkte hierbij wel op dat ging om '*...eene vergoeding, die naar streng regt niet zou kunnen worden gevorderd...*' zodat '*...aan den regter dan ook nieuwe bevoegdheid moet worden toegekend, zoowel in het oordeel of er naar billijkheid grond bestaat voor de toekenning, als in de bepaling van het bedrag.*'[67] Tevens werd bij artikel 83 van titel VII er door de Regering nog eens de nadruk op gelegd dat het slechts ging om vergoeding van materiële schade, en dat daarom de regeling beperkt was tot die beklaagde die in hechtenis had gezeten.[68] De procedure was die zoals geregeld in de artikelen 51 en 52 van titel IV, zodat de belanghebbende een verzoek moest indienen waarop de rechtbank, na in raadkamer te hebben vergaderd en na de Officier van Justitie gehoord hebbende, middels een beschikking een vergoeding kon toekennen. Hiertegen kon alleen de Staat in verzet komen voor wat betreft de hoogte van het bedrag.[69] Aangezien het in dat regeringsjaar 1864/1865 niet tot onderzoek kwam van het ontwerp, diende de Regering hetzelfde ontwerp nogmaals in 1865 in.[70]

De hierop volgende reactie van enkele leden van de Commissie van Rapporteurs was onder meer dat zij de voorgestelde schadevergoedingsmogelijkheden (door hen hier genoemd een 'regt van schadevergoeding')[71] vooral

64 Ibidem.

65 Ibidem; het gaat om buiten vervolging stelling door de rechter, blijkt uit de toelichting sub 4 ten derde.

66 Evenals in de voorgestelde artikelen 51 en 52 van titel IV en 85 van titel VII betreffende schade bij de rechthebbende voor inbeslaggenomen voorwerpen/stukken van overtuiging en tot slot in de artikelen 17 en 18 van titel XIV betreffende herziening. Het hier van belang zijnde laatste lid van artikel 83 titel VII (de eerste leden regelen de kostenvergoeding van onder andere de getuigen; hierbij is niet meer afgeweken van de eerste indiening van het wetsontwerp) luidt als volgt: 'Indien de beklaagde voorloopig was aangehouden, kan bovendien de regtbank hem, op zijn verzoek en op de wijze bij artikel 51 titel IV bepaald, vergoeding toekennen voor de schade door de gevangenhouding geleden. Artikel 52 van dien titel is dan mede van toepassing.'

67 Ibidem.

68 Idem, Memorie van Toelichting, p. 514.

69 Idem, Ontwerp van wet: artikel 51 en 52 van titel IV, p. 474 en 475.

70 Bij KB van 19 september 1865.

71 Vergelijk ook de eerdere overweging van de Commissie over de onschuldig veroordeelde: de gehoudenheid van de Staat om schade te vergoeden zou gebaseerd zijn op '...den grondslag van billijkheid en regtvaardigheid...', waarbij werd opgemerkt dat het hier overigens 'de vestiging van een regtvaardig algemeen beginsel' betrof. Zie Bijlagen Handelingen der Staten Generaal II 1863/64, Voorloopig Verslag der Commissie van Rapporteurs,

als een waarborg tegen een al te lichtvaardig gebruik van de voorlopige aanhouding zagen.[72] Anderen vonden dat dit alleen zo zou zijn indien er sprake was van een volkomen schadevergoeding voor diegenen die wezenlijk benadeeld zouden zijn, wat als groot nadeel had dat het de justitiekosten aanmerkelijk zou belasten.[73] Ook lieten commissieleden merken dat zij meenden dat de regering niet over alles voldoende had nagedacht aangezien er nog vele vragen open lagen, zowel principieel (waarom geen schadevergoeding voor de aangehoudene die door de Officier van Justitie in vrijheid wordt gesteld) als procedureel (hoger beroep in de vorm van verzet is slechts aan de Staat toegelaten; wie vertegenwoordigt de Staat in deze).[74]

Ten aanzien van de kostenvergoeding meende de Commissie hier overigens dat ten aanzien van de vrijgesprokene alle gemaakte kosten vergoed dienden te worden, zodat het onderscheid tussen niet nodeloze en nodeloze kosten diende te vervallen.[75]

De Regering meende dat vele van de vragen en opmerkingen van de Commissie voortkwamen uit de veronderstelling dat het hier een recht op schadevergoeding betrof, wat niet het geval was, want '*...Regt tegen den Staat op de hier bedoelde schadevergoeding kan niet worden erkend, en waar geene regt is kan ook geene sprake zijn van eene regtsvordering. Daarom is dan ook uit het ontwerp alles verwijderd, wat zou kunnen doen denken aan een geding tussen den belanghebbende en den Staat. Alleen uit een oogpunt van billijkheid wordt aan den regter den bevoegdheid gegeven om (...) aan den belanghebbende, wanneer hij dit verzoekt, eene vergoeding toe te leggen tot zoodanig bedrag, als hem naar billijkheid schijnt toe te komen; eene bevoegdheid, die alleen wordt getemperd door het regt van den Staat om in het belang van de schatkist op te komen tegen de hoegrootheid van het toegekende bedrag. (...) Het ontwerp bindt den regter aan geene vormen om tot dat oordeel te geraken. (...) De opmerking eindelijk, dat het ontwerp de bevoegdheid om vergoeding toe te kennen niet geeft in al de gevallen waarin iemand door handelingen, uit krachte van het Wetboek van Strafvordering verrigt, schade leidt, is volkomen juist. De Regering heeft gemeend zoo ver niet te kunnen gaan, maar zich te moeten bepalen tot die gevallen, waarin de billijkheid voor de vergoeding het meest krachtig*

---

bij artikel 16 titel XIV, p. 1818. Of zij met dit 'regt van schadevergoeding' nu ook bedoelden dat de grond voor schadevergoeding van billijkheid was 'omgeslagen' in een rechtsgrond wegens dat gevestigde rechtsbeginsel (vergelijk mijn omschrijving van deze begrippen in het hoofdstuk 'Ter Inleiding') zou wellicht uit hun bewoordingen zijn op te maken (met het gevaar van 'hinein-interpretieren'). De Regering maakte echter duidelijk dat dat de bedoeling zeker niet was, zie hierna.

72 Naar aanleiding van cijfers over de jaren 1859-1863, gevoegd als bijlage B bij de Memorie van Toelichting 1864/65 waren zij ervan overtuigd dat er te vaak voorlopig werd aangehouden waarna geen schuld kon worden bewezen.

73 Bijlagen Handelingen der Staten Generaal II 1865/1866, Voorloopig Verslag der Commissie van Rapporteurs, p. 888.

74 Idem, p. 889.

75 Idem, bij artikel 83 van titel VII, p. 893. Vergelijk ook het onder noot 40 gestelde.

scheen te pleiten...'.[76] Hieruit bleek duidelijk naar voren te komen dat de Regering de kwestie wilde overlaten aan de rechter, die geheel vrij werd gelaten om per geval op grond van billijkheid (vergelijk echter ook de Commissie van Rapporteurs) te beoordelen of er, en zo ja, hoeveel, schadevergoeding diende te worden toegekend, waarbij de overheid zich het recht voorbehield om eventueel in te grijpen indien deze toekenning te hoog werd geacht. Geen onderscheid werd meer gemaakt tussen de vrijgesprokene en de van rechtsvervolging ontslagene; niet de onschuld was bepalend maar het feit dat men gehecht was geweest; een formeel vereiste derhalve.

Bij de vierde indiening[77] werden geen inhoudelijke wijzigingen ten aanzien van de schadevergoedingsartikelen voorgesteld en ook de vijfde[78] en laatste indiening[79] voegden niets toe. Uiteindelijk heeft alle moeite niet geleid tot een wet aangezien de operatie in 1870 werd afgeblazen om redenen die niet rechtstreeks met dit onderwerp verband hielden.[80]

1.4 De totstandkoming van het Wetboek van Strafrecht 1886 en de Wet van 1886 houdende wijzigingen in het Wetboek van Strafvordering 1838

1.4.1 De totstandkoming van het Wetboek van Strafrecht 1886: schadevergoedingsdiscussie naar aanleiding van toerekening

De Staatscommissie voor de samenstelling van een nieuw Wetboek van Strafrecht overlegde bij haar rapport aan de Koning in 1875, naast het voorgestelde ontwerp Wetboek van Strafrecht ook uitgewerkte voorstellen van een ontwerp van Wet tot wijziging der wet op de rechterlijke organisatie en het beleid der justitie evenals een nauw daarmee samenhangend ontwerp van Wet tot wijziging van het Wetboek van Strafvordering.[81] Laatstgenoemd ontwerp had onder meer ten doel om, naast overeenstemming in terminologie tussen de Wetboeken van Strafrecht en Strafvordering, een beter onderscheid tussen formeel en materieel strafrecht aan te brengen.

Het door de Staatscommissie voorbereide ontwerp Wetboek van Strafrecht werd door minister Van Lynden van Sandenburg in overleg besproken met de Raad van State. De Staatscommissie werd ontbonden waarna de zaak bleef

---

76 Aldus de Regering in haar Memorie van Beantwoording van het Voorloopig Verslag der Commissie van Rapporteurs, zie idem, p. 1199.

77 Bij KB van 12 februari 1867.

78 Bij KB van 18 september 1867.

79 Bij KB van 20 september 1869.

80 En wel door de Tweede Kamer op 23 juni 1870, aldus W.J. Leyds 1884, p. 28.

81 De gegevens van het hierna volgende korte ontstaansoverzicht van zowel het WvSr als het WvSv zijn ontleend aan A.A. de Pinto 1886, p. 3 t/m 16. De gegevens over het WvSr ook aan G.A. van Hamel 1927, p. 81 t/m 85.

rusten, totdat minister Smidt aan de Raad van State opnieuw een enigszins gewijzigde versie van het Ontwerp aanbood.[82] Na advies van de Raad van State werd het ontwerp Wetboek van Strafrecht bij de Tweede Kamer op 22 februari 1879 ingediend door minister Smidt.[83] Dit Ontwerp bevatte een nieuwe regeling betreffende de toerekening van ondergane preventieve hechtenis op opgelegde gevangenisstraf.[84] Artikel 35 van het oorspronkelijk ontwerp bepaalde in de eerste zinsnede dat *'... de tijd, door den veroordeelde vóór de tenuitvoerlegging van de regterlijke uitspraak voorloopig in verzekerde bewaring doorgebragt, (...) bij de uitvoering van de hem bij die uitspraak opgelegde tijdelijke gevangenisstraf, hechtenis of geldboete in mindering (wordt) gebracht (...).'*[85]

De Memorie van Toelichting ging ervan uit dat men kiest voor een stelsel van toerekening of niet, en als men kiest voor toerekening – en dat doet men *'... op gronden van billijkheid ter bestrijding (...) van het noodzakelijk kwaad der voorloopige hechtenis...'* – dan is er geen reden om slechts bij halve toerekening (namelijk slechts voor de detentie na de uitspraak in eerste instantie, conform de wet uit 1854) te blijven staan. De toerekening moet dan ook geheel kunnen plaatsvinden en dat dient niet slechts aan de rechter te worden overgelaten; daarom werd gekozen voor het imperatieve stelsel van toerekening.[86]

Daarvoor had het bijna gelijkluidende artikel in het ontwerp van de Staatscommissie zoals dat aan de Raad van State was aangeboden,[87] overigens tot kritiek geleid. De Raad van State stelde dat een toerekeningregeling ook gevolgen moet hebben voor diegenen die – na preventief gehecht te zijn geweest – worden vrijgesproken of ontslagen van rechtsvervolging en vond het opmerkelijk dat de Memorie aan dit punt stilzwijgend voorbij was gegaan. Schadevergoeding aan deze groep niet-veroordeelden zou dan het enige middel zijn om het evenwicht te herstellen tussen de veroordeelden enerzijds en de vrijgesprokenen of ontslagenen anderzijds.[88] Op grond van deze en nog andere mogelijke gevolgen die een toerekeningregeling zou kunnen hebben, zoals een te makkelijk toepassen van de voorlopige hechtenis omdat deze in het

82 Op 26 juni 1878 werd het Ontwerp WvSr aan de Raad van State aangeboden. Op 26 november bracht de Raad zijn advies uit, dat op 18 december door de Koning aan de Minister werd medegedeeld. De Minister beantwoordde dat op 14 februari 1879 in zijn rapport aan de Koning.

83 Zie Bijlagen Handelingen der Staten Generaal 1878/1879, Ontwerp van wet, p. 1 t/m 38.

84 Ten opzichte van de Wet van 29 juni 1854, houdende eenige veranderingen in de straffen op misdrijven gesteld, Staatsblad 1854, 102.

85 Bijlagen Handelingen der Staten Generaal II 1878/1879, Ontwerp van wet, p. 3.

86 Bijlagen Handelingen der Staten Generaal II 1878/1879, Memorie van Toelichting, p. 38-45. Verwezen werd ook naar de systemen in België en Duitsland.

87 Slechts de tekstuele redactie van de eerste zinsnede was iets anders: *'De tijd, door den veroordeelde vóór de tenuitvoerlegging voorloopig in verzekerde bewaring doorgebragt, wordt bij de uitvoering van de hem bij zijne daarop gevolgde teregtstelling tijdelijke gevangenisstraf, hechtenis of geldboete in mindering gebragt....'*. Zie H.J. Smidt 1892, p. 388.

88 Bijlagen Handelingen der Staten Generaal II 1878/1879, Advies van den Raad van State, p. 165.

stelsel zoals voorgesteld aan de veroordeelde als het ware weer ten goede komt, concludeerde de Raad van State tot slot dat de voorkeur uitging naar het behouden van de – desnoods aan te passen – bestaande regeling van artikel 21 van de wet van 1854.[89] De Minister meende echter toch zijn toerekeningbepaling te moeten handhaven. Daarbij verwees ook hij naar de regeling van 1854, die hij als volgt uitlegde: de opgelegde vrijheidsstraf vangt voor de reeds gehechte aan op de dag der uitspraak in eerste instantie. Indien de veroordeelde in beroep gaat en weer wordt veroordeeld, zal de gehechte periode tussen uitspraak in eerste en tweede instantie van de aan hem in tweede instantie opgelegde gevangenisstraf worden afgetrokken.[90] Hij noemde dit het midden- of halve stelsel van artikel 21 van de wet van 1854. Zijn voorstel echter behelsde de volledige toerekening van de gehele tijd in preventieve hechtenis doorgebracht (en daarmee bedoelde hij dan inclusief de periode voorafgaand aan de uitspraak in eerste aanleg). Naar aanleiding van de reactie van de Raad van State over de gevolgen die een dergelijke volledige toerekeningregeling zou moeten hebben ten opzichte van niet-veroordeelden – te weten schadevergoeding – merkte hij op dat de toerekening aan veroordeelden niet impliceert dat de preventieve hechtenis als reeds ondergane straf wordt beschouwd. Dit geldt ook ten aanzien van de niet-veroordeelde; de door hem ondergane preventieve hechtenis is geen straf, waarvoor hem schadevergoeding zou moeten worden toegekend.[91]

De Commissie van Rapporteurs stelde vervolgens, ten behoeve van de behandeling van het Ontwerp door de afdelingen, een leidraad op. Daarbij was een van de vragen: '*Behoort het stelsel van het ontwerp om in alle gevallen den geheelen tijd der praeventieve detentie in mindering van den straftijd in rekening te brengen te worden aangenomen?*'[92] Uit het onderzoeksverslag van de Commissie van Rapporteurs bleek dat haar voorkeur uitging naar facultatieve – in plaats van de – in het oorspronkelijk ontwerp – voorgestelde imperatieve – toerekening. Haar bezwaren hiertegen waren ondermeer gebaseerd op de angst dat de rechter bij imperatieve toerekening zwaarder zou gaan straffen. Ook ging zij hier in op de schadevergoedingskwestie. De Commissie vond de reactie

89 Wet van 29 juni 1854, houdende eenige veranderingen in de straffen op misdrijven gesteld, Staatsblad 1854, 102.

90 *'...door de preventieve detentie, sedert de eerste uitspraak, zoo daartegen door eenig rechtsmiddel wordt opgekomen, op den duur der vrijheidsstraf in rekening te brengen.'* Verwarrend is hier dat de Minister het heeft over preventieve detentie, terwijl dat hier betrekking heeft op de al aangevangen (namelijk vanaf de dag der uitspraak in eerste aanleg) gevangenisstraf zoals opgelegd in eerste aanleg. Tenuitvoerlegging van straf en preventieve detentie in afwachting van ingesteld beroep schuiven dus als het ware in elkaar. Bijlagen Handelingen der Staten Generaal II 1878/1879, Rapport aan den Koning door den Minister van Justitie, p. 197.

91 Ibidem.

92 Bijlagen Handelingen der Staten Generaal II 1879/1880, Leidraad bij de algemeene beschouwingen in de afdeelingen, p. 2. Zie ook de Nota tot den leidraad, idem, p. 9. De Commissie van Rapporteurs bestond uit Godefroi, Patijn, Van der Kaay, De Savornin Lohman en Des Amorie van de Hoeven.

van de Minister op dit punt[93] niet bevredigend, want '*Wanneer de praeventive hechtenis een noodzakelijk kwaad is, hoe kan dan, als de noodzakelijkheid blijkt wel, als zij niet blijkt geen aanspraak op vergoeding bestaan?*'[94] Daarnaast stelde de Commissie dat indien een veroordeelde gebruik maakt van zijn recht om in appèl/cassatie te gaan, de daardoor ontstane verlenging van de preventieve detentie niet te zijnen laste moet zijn; dat zou een nadeel opleveren ten opzichte van de veroordeelde die niet in appèl/cassatie gaat. Om die reden zou de straf moeten ingaan op de dag van de uitspraak in eerste instantie zodat de hechtenis daarna kan worden toegerekend op de in tweede instantie opgelegde gevangenisstraf. De Commissie meende verder dat de toepassing van de preventieve hechtenis voorafgaand aan de uitspraak in eerste instantie een goed recht is van de overheid om ontvluchting of vernietiging van sporen van het misdrijf te beletten. Een goed gebruik ervan zou worden bevestigd door veroordeling en dan zou een correctie zoals het wetsontwerp in artikel 35 voorschrijft – toerekening voor diegenen die in de uitspraak in eerste instantie berusten – niet nodig zijn.

De Regering was het hier niet mee eens en stelde dat onderscheid tussen preventieve hechtenis vóór en na het eerste strafvonnis niet te verdedigen was. Wat men beweerde van de veroordeelde die gebruik maakt van zijn recht om in appèl te gaan gold namelijk ook voor de nog niet-veroordeelde die door zijn verzoek om vele getuigen te horen de instructie rekt. Ook hij maakt dan gebruik van zijn rechten en dat zou dan wel voor zijn eigen rekening mogen komen?

Concluderend stelde de Commissie de voorkeur te geven aan een stelsel van facultatieve imputatie, conform het Duitse wetboek. Dat zou ook beter stroken met het karakter van de vergoedingsregeling van de ontwerpen wetboek van Strafvordering 1863/1864 en 1864/1865 voor wat betreft de voorlopig gehechten die niet waren veroordeeld. Daar was ook geen sprake van een recht op vergoeding, maar de rechter zou op grond van billijkheid een vergoeding kunnen toekennen. In samenhang hiermee meende de Commissie dat '*...de vraag of voor praeventieve detentie* aanspraak *bestaat op vergoeding, hetzij door vermindering van straftijd hetzij in geld, niet eenzijdig beslist (kan) worden uitsluitend voor het geval van veroordeeling, maar alleen hetzij bij partiële regeling der voorlopige hechtenis, hetzij bij de herziening van het wetboek van strafvordering.*'[95]

Het gewijzigde Ontwerp waarmee de Commissie akkoord ging, bevatte een facultatieve toerekeningregeling in het intussen omgenummerde artikel 27, eerste zinsnede: '*Bij de rechterlijke uitspraak kan worden bepaald dat de tijd, door*

93 Zie hiervoor: de reactie van de Minister naar aanleiding van de opmerkingen hierover van de Raad van State.

94 Bijlagen Handelingen der Staten Generaal II 1879/1880, Verslag Commissie van Rapporteurs en Antwoord der Regering, p. 98.

95 Ibidem.

den veroordeelde vóór de tenuitvoerlegging van die uitspraak voorlopig in verzekerde bewaring doorgebracht, bij de uitvoering van de hem opgelegde tijdelijke gevangenisstraf, hechtenis of geldboete zal worden in mindering gebracht (...).'[96]

Tijdens de beraadslagingen in de Tweede Kamer stelde Van Gennep nog een amendement voor, gebaseerd op artikel 295 van het Indische Wetboek van Strafvordering dat door de Minister werd overgenomen omdat het naar zijn mening een verduidelijking betrof. De eerste zinsnede werd als volgt gewijzigd: *'Bij de rechterlijke uitspraak kan worden bepaald (...) dat de tijd (...) voorlopig in verzekerde bewaring doorgebracht, bij de uitvoering (...)* geheel of gedeeltelijk *zal worden in mindering gebracht (...).'*[97] Zo werd artikel 2WvSr zonder hoofdelijke stemming goedgekeurd[98] en het gehele wetboek werd met 58 tegen 10 stemmen door de Tweede Kamer aangenomen op 9 november 1880.[99]

Vervolgens stelde de Commissie van Rapporteurs van de Eerste Kamer een leidraad op voor het onderzoek in de afdelingen, waarbij ten aanzien van artikel 27 vragen gesteld werden over de wenselijkheid van de gewijzigde ontwerptekst ten opzichte van de tekst van de staatscommissie en ten opzichte van artikel 21 van de wet van 1854. Ook werd er gevraagd naar de zienswijze van de Regering op het gebied van schadevergoeding na vrijspraak of ontslag van rechtsvervolging voor ondergane preventieve detentie.[100] De Commissie was zich ervan bewust dat de kwestie van de schadevergoeding zich niet beweegt op het terrein van het materiële strafrecht; enkele leden gaven aan dat zij het geven van schadevergoeding zouden afkeuren. De Regering reageerde op dit alles met slechts te stellen dat haar zienswijze wel zou blijken in een wetsontwerp op dit onderwerp.[101] Hierop volgden de openbare beraadslagingen, waarbij niet verder werd ingegaan op de toerekening of schadevergoeding. Het wetboek werd uiteindelijk met algemene stemmen aangenomen.[102] Dat leidde tot de wet van 3 maart 1881 tot vaststelling van een Wetboek van Strafrecht, Staatsblad 1881, 35.[103]

96 Idem, Gewijzigd Ontwerp van Wet, artikel 27, p. 205.
97 Handelingen der Staten Generaal II 1880/1881, Beraadslaging over de artt. 10-36, zitting van woensdag 27 october, p. 142.
98 Ibidem.
99 Handelingen der Staten Generaal II 1880/1881, zitting van 9 november, p. 319.
100 Handelingen der Staten Generaal I 1880/1881, zitting van 10 januari, p. 137.
101 Idem, zitting van 28 februari, Nota der Commissie van Rapporteurs en antwoord der Regering, p. 261, 262.
102 Idem, zitting van 2 maart, p. 305.
103 Deze wet trad in werking per 1 september 1886, bij wet van 15 april 1886, Stb. 1886, 64.

1.4.2 De totstandkoming van de Wet van 1886 houdende wijzigingen in het Wetboek van Strafvordering 1838: ondanks aanzet ertoe toch geen schadevergoedingsregeling

Minister Du Tour van Bellinchave nam de behandeling van het in eerste instantie door minister Modderman gemaakte ontwerp herziening Wetboek van Strafvordering[104] over en nadat hij enkele wijzigingen had aangebracht werd ook dit ontwerp aan de Tweede Kamer aangeboden.[105] Na de ontbinding van de Tweede Kamer,[106] waardoor alle aanhangige ontwerpen waaronder dit vervielen, werd hetzelfde ontwerp met memorie van toelichting ongewijzigd opnieuw aan de Tweede Kamer aangeboden.[107]
In het ontwerp dat in eerste instantie aan de Raad van State werd aangeboden door minister Modderman[108] kwam een schadevergoedingsartikel voor, luidend: '*123 j: In de gevallen, waarin een voorlopig aangehoudene buiten vervolging wordt gesteld, kan op zijn verzoek, de rechtbank, na den Officier van Justitie te hebben gehoord hem ten lasten van den Staat vergoeding toekennen voor de tengevolge van de aanhouding geleden schade.*'[109]

De Raad van State kon zich in zijn advies hierin niet vinden, want '*...het kan nuttig zijn, dat door dit voorstel de gelegenheid worde opengesteld, dat de Wetgevende Macht er zich over uitlate...*' ware het niet dat '*...er te veel pleit tegen het voorgesteld, doch geheel onuitgewerkt beginsel van schadevergoeding, zoo algemeen als het in dit artikel is opgenomen, om het te durven aanbevelen.*'[110] Ter illustratie daarvoor werd nog een negatieve uitkomst van een stemming van de Nederlandse Juristenvereniging uit 1871[111] (over de vraag of schadevergoeding behoort te worden toegekend na buitenvervolgingstelling of vrijspraak van een voorlopig aangehouden beklaagde) aangevoerd. Hoewel de Raad vervolgens niet verder wilde ingaan op de vele argumenten van voor- en tegenstanders van zodanig stelsel, noemde zij wel als belangrijkste argument dat '*...het niet past in het stelsel van wettige bewijsmiddelen, onder welk stelsel veelmalen beklaagden, die voorloopig waren aangehouden, moeten worden ontslagen door de raadkamer of vrijgesproken op de terechtzitting, omdat hunne schuld niet wettig is bewezen, zelfs al is de rechter van die schuld innerlijk overtuigd...*'.[112] Het feit dat

104 Door hem aan de Raad van State aangeboden op 24 november 1882.
105 Bij KB van 27 oktober 1883, genummerd 114.1 (KB), 114.2 (Ontwerp van Wet) en 114.3 (Memorie van Toelichting), zie Bijlagen Handelingen Staten Generaal II 1883/1884, p. 1-47.
106 Ten gevolge van een KB van 5 oktober 1884, Staatsblad 1884, 209.
107 Bij KB van 17 november 1884, genummerd 37.1 (zowel KB als Ontwerp van Wet) en 37.2 (Memorie van Toelichting), Bijlagen Handelingen Staten Generaal II 1884/1885, p. 2.
108 Bij brief van 24 november 1882.
109 J.P.M. Borsboom 1983, p. 8.
110 Bijlagen Handelingen der Staten Generaal II 1884/1885, Advies van den Raad van State, p. 7 bij artikel 123 j.
111 Tijdens de hier bedoelde vergadering werd deze vraag met 66 tegen 24 stemmen ontkennend beantwoord, Handelingen der Nederlandse Juristen Vereniging 1871, II, p. 256.
112 Bijlagen Handelingen Staten Generaal II 1884/1885, idem, p. 7.

de rechter in dat geval dan geen gebruik zou hoeven maken van de mogelijkheid (in het voorgestelde artikel ging het immers om een bevoegdheid) zou er op zijn beurt dan weer de oorzaak van zijn dat diegenen die de vergoeding niet zouden krijgen '*...als het ware gesignaleerd (zouden worden) als, hoewel ontslagen of vrijgesproken, vermoedelijk toch wel schuldigen*'[113] aldus de Raad en daarmee, alsmede met nog enkele procedurele opmerkingen, verwierp de Raad dit voorstel.

Net als bij de discussie ten tijde van het wetsontwerp 1863/1864 werd hier, thans door de Raad,[114] een verband gelegd met schadevergoeding aan veroordeelden die na herziening 'onschuldig' bleken; daarover stelde men namelijk dat '*...de toekenning van schadeloosstelling te verdedigen, zelfs aan te prijzen zoude zijn...*' in het geval voorzien '*...bij art. 413 van het Wetboek*[115]*, het geval dat iemand die zijne straf ondergaat of ondergaan heeft*, gebleken *is* onschuldig *te zijn veroordeeld geweest...*'. Ook durfde de Raad, hoewel dus niet tevreden met een voorstel om voorlopig aangehoudenen schadeloos te stellen, wel in aanvulling op het voorafgaande te stellen dat wellicht de bevoegdheid zou moeten worden gegeven om '*...ook aan personen, die vervolgd en preventief gedetineerd zijn geweest ter zake van eenig strafbaar feit, waarvan later* blijkens vonnis *is uitgemaakt, dat niet zij, maar anderen de daders waren (...), eenige billijke geldelijke vergoeding toe te kennen. (...) Maar verder behoort niet te worden gegaan; den rechter moet zoodanige bevoegdheid noch bij buitenvervolgingstelling noch bij vrijspraak van gedetineerden worden toegekend.*'[116]

Minister Du Tour van Bellinchave kon zich geheel verenigen met 's Raads mening tegen het in het ontwerp van zijn voorganger gestelde beginsel van schadevergoeding, maar het voorstel van de Raad om schadevergoeding toe te kennen aan onschuldig veroordeelden kon hij '*...niettegenstaande de billijkheidsgronden die er voor schijnen te pleiten...*' niet overnemen, aangezien het hem voorkwam '*...dat het geheele vraagstuk der schadeloosstelling vreemd is aan het doel der wijzigingswet en dat het hier een van die punten geldt, die, omdat zij tot zoveel strijd voor en tegen aanleiding zouden geven, bij deze gelegenheid niet ter sprake mogen komen, teneinde noodelooze vertraging, wellicht mislukking van het geheele plan te voorkomen.*'[117] Zo waren er geen voorstellen over enigerlei vorm van

113 Ibidem.

114 Ibidem. In 1863/1864 waren het enkele leden van zowel de Commissie van Rapporteurs als van de Hoge Raad die deze link legden, zie Bijlagen Handelingen Staten Generaal II 1863/1864, Advies van den Hoogen Raad, bij artikel 17 van titel XIV, p. 838 en idem, Voorloopig Verslag der Commissie van Rapporteurs, bij artikel 16 titel XIV, p. 1818.

115 Zie noot 46 en 47 voor de beperking van de gevallen van artikel 413 WvSv.

116 Bijlagen Handelingen der Staten Generaal II 1884/1885, Advies van den Raad van State, bij artikel 123 j, p. 7.

117 Idem, Rapport aan den Koning, bij artikel 95, p. 19.

schadevergoeding meer te vinden in het ontwerp zoals dat vervolgens werd aangeboden aan de Tweede Kamer.[118]

De Commissie van Rapporteurs wilde desondanks dit punt toch bespreken, mede naar aanleiding van het feit dat de Raad van State daartoe ook aanleiding zag en hetzelfde onderwerp ter sprake was gekomen bij de totstandkoming van artikel 27 van het al inwerking getreden Wetboek van Strafrecht.[119] De Commissie merkte op dat, hoewel men vond dat preventieve hechtenis niet als een onrechtmatige daad kan worden beschouwd die als zodanig aanleiding tot schadevergoeding geeft, de rechter bevoegd moest zijn om schadevergoeding aan niet-veroordeelden toe te kennen, want '*...De preventieve hechtenis is een kwaad, waaraan een ieder zich ter wille van het algemeen nut moet onderwerpen (...). Al moge de eisch van den Staat niet onrechtmatig zijn, zij is toch voor dengene, dien het betreft, eene hardheid, die in billijkheid aanspraak geeft op vergoeding.*'[120] Daarbij kwam dat een deel der Commissie meende dat met invoering van artikel 27 WvSr, alwaar was gekozen voor een systeem dat in geval van strafoplegging de ondergane preventieve hechtenis daarop in mindering dient te worden gebracht, toegegeven was dat op de Staat de verplichting rust '*...om de preventieve hechtenis zoveel mogelijk weder goed te maken...*'.[121] Het feit dat deze vorm van compensatie gold bij veroordeling moest er volgens de Commissie toe leiden dat '*...bij vrijspraak of ontslag van rechtsvervolging – waar compensatie niet mogelijk is – de mogelijkheid tot vergoeding op andere wijze – d.i. in geld – open (werd gesteld) (...) Zoals de zaak nu geregeld is, zal het voor den beklaagde, die bijv. drie maanden in preventieve hechtenis heeft doorgebracht, volkomen gelijkstaan of hij vrijgesproken wordt, dan wel tot drie maanden gevangenisstraf veroordeeld.*'.[122] Andere Commissieleden voerden hiertegen aan dat de rechter – bij vrijspraak of ontslag van rechtsvervolging – geen onschuld uitspreekt, maar slechts constateert dat schuld niet bewezen is. Tevens werd opgemerkt dat de regeling van artikel 27 WvSr niet gebaseerd was op de idee dat de Staat de preventieve hechtenis zoveel mogelijk 'weer goed' moest maken, maar meer op het beginsel dat in dergelijke gevallen aan het vonnis een terugwerkende kracht werd toegekend. Die terugwerkende kracht zou dan echter ook kunnen gelden voor een vonnis van vrijspraak. Tot slot merkte Oldenhuis Gratema nog in een aparte nota op dat voor iemand die ten onrechte in voorlopige

118 Bij KB van 17 november 1884, genummerd 37.1 (zowel KB als Ontwerp van Wet) en 37.2 (Memorie van Toelichting), Bijlagen Handelingen Staten Generaal II 1884/1885, p. 2. De tekst van het Ontwerp evenals van de Memorie is te vinden in het KB van 27 oktober 1883, respectievelijk genummerd 114.2 en 114.3, zie Bijlagen Handelingen Staten Generaal II 1883/1884, p. 1-47.

119 Deze wet was aangenomen op 3 maart 1881, Stb. 1881, 35; per 1 september 1886 trad hij in werking, bij wet van 15 april 1886, Stb. 1886, 64. Hiervoor is apart ingegaan op deze toerekeningsregeling vooral voor wat betreft de vragen die daarbij gesteld werden over mogelijke gevolgen die dat zou hebben voor het denken over schadevergoeding.

120 Bijlagen Handelingen Staten Generaal II 1884/1885, Verslag der Commissie, p. 33 onder h.

121 Ibidem.

122 Ibidem.

hechtenis heeft gezeten er geen recht op schadevergoeding bestond omdat '*...de Staat, verplicht om het veilige recht van allen en van de enkelen te bevorderen, (...) in de wettige uitoefening van dien plicht geen onrecht (kan) doen en (...) zich des noods straffeloos (moet) kunnen vergissen...*'[123] Hij merkte tevens nog op dat hij het een bedenkelijke zaak vond dat in Oostenrijk hierover al een wet tot stand was gekomen en in Frankrijk er wellicht ook een regeling te verwachten viel.

De Regering ging overigens niet inhoudelijk op al deze argumenten in maar merkte slechts op dat er geen voorstel te verwachten zou zijn tot het toekennen van schadevergoeding aan niet-veroordeelden.[124] Tijdens de openbare beraadslagingen kwam dit punt niet meer aan bod. Wel werd enkele keren getracht de kwestie aan de orde te stellen, zoals bij de begrotingsbehandelingen voor Justitie in 1876. Toen pleitte Kamerlid G. de Vries voor schadevergoeding voor ondergane preventieve hechtenis indien achteraf de ware dader wordt ontdekt, aangezien daarmee de onschuld van de oorspronkelijke beklaagde is aangetoond.[125]

Terug naar de kwestie kostenvergoeding: de tekst van het eerder gedane Ontwerp van Wet uit 1863 wordt gevolgd, wat inhoudelijk neerkwam op een verplichting voor de Staat om aan de vrijgesprokene dan wel de van rechtsvervolging ontslagene bepaalde, door hem gemaakte, kosten te vergoeden, tenzij deze nodeloos waren gemaakt.[126] Ook de Memorie van Toelichting kwam bijna geheel overeen met die uit 1863.[127] De Commissie voegde daaraan nog toe dat ook de kosten ter verdediging door de Staat vergoed zouden moeten worden, waarop de Regering antwoordde dat bij het stelsel van ambtshalve verdediging er geen reden bestond om vrijwillig gemaakte kosten van verdediging te vergoeden.[128] De wet houdende wijzigingen in het Wetboek van Strafvordering werd vastgesteld op 15 januari 1886 en bevatte slechts een kostenver-

123 Bijlagen Handelingen der Staten Generaal II 1884/1885, Nota Oldenhuis Gratema, p. 72.
124 Idem, Verslag der Commissie, p. 34.
125 Handelingen II 1875/1876, zitting 2 december 1975.
126 Bijlagen Handelingen der Staten Generaal II 1883/1884, Ontwerp van Wet, 114.2, art. 221 cc jo 221 bb, p. 13. Vergelijk ook art. 251 l, idem, p. 16. Het betreft hier kosten gemaakt tot dagvaarding en schadeloosstelling van getuigen of deskundigen of tot het bijbrengen van stukken, zie Bijlagen Handelingen der Staten-Generaal II 1863-1864, Ontwerp van Wet, p. 684, zoals hiervoor besproken in § 1.3, zie met name noot 53.
127 Vergelijk Bijlagen Handelingen der Staten Generaal II 1863/1864, Memorie van Toelichting bij de algemene inleiding op titel VII, IIIb, p. 727 en bij het voorgestelde art. 81, idem, p. 735 met de Memorie van Toelichting, Bijlagen Handelingen der Staten Generaal II 1883/1884, onder b, p. 32. Zie ook hiervoor.
128 Bijlagen Handelingen der Staten Generaal II 1884/1885, Verslag der Commissie evenals het antwoord van de Regering daarop, p. 59.

goedingsregeling in artikel 221cc en 221bb conform het eerste voorstel.[129] Na doornummering werd dit artikelen 217 en 216 Sv.

Desondanks wordt in de periode hierna diverse keren in parlementaire context over schadevergoeding gesproken. Ook bij de begrotingsbehandelingen voor Justitie in 1888/1889 werd de kwestie weer aan de orde gesteld, dit keer door J. Domela Nieuwenhuis, die aan de Minister vroeg wat de Minister dacht van schadevergoeding voor preventief gevangenen, aangezien het naar zijn mening een morele plicht van de Staat betrof.[130] Aangezien door Minister Ruys van Beerenbroeck geen antwoord werd gegeven, herhaalde Domela Nieuwenhuis de vraag het jaar daarop weer.[131] Toen had hij de aandacht van de Minister. Deze verwees terug naar het antwoord van zijn voorganger, Minister Du Tour van Bellinchave in 1884/1885, waarmee hij aangaf dat ook hij van mening was dat de behandeling van dit onderwerp moest wachten tot bij de behandeling van een nieuw Wetboek van Strafvordering.[132] Zelfs vanuit de Eerste Kamer[133] wordt aangedrongen op behandeling van bepalingen over schadevergoeding voor preventief gehechten voor zover hun onschuld is gebleken, maar de Minister gaat ook hier niet op in. Er gaan drie jaren voorbij; inmiddels is Minister Smidt aangetreden. Mr. Levy vraagt bij de begroting voor Justitie in 1892/1893 waarom de zaak nu niet geregeld wordt, daarbij nog eens verwijzend naar de laatste keer dat de Eerste Kamer daar ook al om vroeg.[134] De Minister geeft aan een grondige studie noodzakelijk te achten en in reactie op wat enkele leden aangaven meent hij dat een onderscheid tussen gebrek aan bewijs en bewezen onschuld niet moet leiden tot een imperatieve vergoeding. Het feit dat de huidige wet dit onderscheid niet kent, kan worden aangevoerd tegen alle vergoeding, maar ook zou het ertoe kunnen leiden dat in de wet wel een onderscheid gemaakt dient te worden.

---

129 Wet van 15 januari 1886, houdende wijzigingen in het Wetboek van Strafvordering, Staatsblad 1886, 5. Daarin werd in artikel 30 en 31 aangegeven dat de hierdoor veroorzaakte wijzigingen doorgenummerd zouden worden opgenomen in het Staatsblad, wat geschiedde in Stb. 1886, 80 en in werking zouden treden gelijk met het Wetboek van Strafrecht (zie daarvoor Stb. 1886, 64: 1 september 1886). Na de doornummering betrof het derhalve de artikelen 217 jo 216 Sv (zie ook HR 4 november 1989, NJ 1990, 274).

130 Handelingen II 1888/1889, 537, 553

131 Handelingen II 1889/1890, 395, 410, 416

132 Handelingen II 1889/1890, 410, 411. De redactie van het WvhR betreurt deze opstelling van Minister Ruys van Beerenbroeck ten zeerste en stelt kritisch: *' Aan de invoering van een nieuw WvSv binnen de eerste tien of twintig jaren gelooft niemand, vermoedelijk ook niet de minister van justitie, die dit volstrekt niet in het vooruitzicht stelt. Moet de vraag der schadeloosstelling dan nu maar voor een onbepaald aantal jaren ter zijde blijven gesteld door het ongemotiveerde en apodictische antwoord van Baron du Tour? (…) Is een nieuw of gewijzigd WvSv aan de orde, dan laat het zich verdedigen, het onderwerp daarin te behandelen, maar in beginsel verdient het zeker de voorkeur de zaak – half van publiek – half van privaatrechtelijken aard – in eene speciale wet te regelen.'* WvhR 1890, nr. 5804, p. 1.

133 Handelingen I 1889/1890, p. 235, 236.

134 Handelingen II 1892/1893, p. 493, 505 en Bijlage A I hoofdstuk IV, nr 13, p. 4.

Steeds zal echter het bezwaar blijven bestaan, zowel indien een dergelijk onderscheid in de wet zou worden opgenomen als bij het geven van een bevoegdheid aan de rechter om ook bij gebrek aan bewijs schadevergoeding te geven, dat een weigering tot schadevergoeding, niettegenstaande een vrijspraak, een negatief stempel zal drukken op beklaagde.

Bij de begrotingsdebatten het jaar daarop volgt een wat uitgebreider bespreking tussen mr. Levy, mr. Rink, mr. Borgesius, mr. Lucasse en de Minister (Smidt) over hun denkbeelden over de gevallen waarin schadevergoeding wenselijk zou zijn. Is dat alleen bij gebleken onschuld of indien een ander veroordeeld werd (Borgesius), alleen in geval van bewezen niet-schuldigen maar niet in geval van hen van wie schuld niet bewezen is (Lucasse)? De Minister verwijst naar het streven om de ambtenaren erop te wijzen het kwaad van de preventieve hechtenis zoveel mogelijk te beperken, maar blijft een probleem zien in de bewijstheorie. Hij geeft er vooralsnog de voorkeur aan de ontwikkelingen in Duitsland te willen blijven volgen, maar geeft aan sterk voorstander te zijn van schadevergoeding en reiskostenvergoeding aan preventief gehechten in speciale gevallen.[135] In de Eerste Kamer ontstaat een debat over de interpretatie van deze door de Minister geuite voorkeur. Op de vraag of hiermee bedoeld is dat de Minister een speciale Wet tot vergoeding in speciale gevallen voorstaat, en of dat kan zonder afzonderlijke wettelijke bepalingen, antwoordt de Minister bevestigend. Het bedrag zou in billijkheid kunnen worden bepaald voor één persoon in elk speciaal geval van gebleken onschuld, dat de Minister zich aantrekt, zonder dat daartoe een voorafgaande wettelijke bepaling zou moeten worden opgesteld. Jhr. mr. de Savornin Lohman betwist dit echter en meent dat de gevallen waarop de Minister doelt veelvuldig zullen voorkomen en dat men geen onderscheid mag maken tussen hen wiens onschuld later blijkt en hen bij wie dat niet het geval is. De Savornin Lohman is van mening dat de schadevergoeding niet in enig verband mag worden gebracht met de vraag of onschuld al dan niet aan het licht is gekomen. De Minister is het hiermee niet eens en geeft de voorkeur aan een speciale regeling indien een algemene regeling niet wenselijk of mogelijk voorkomt.[136] Er wordt nog enkele keren, onder herhaling van dezelfde argumenten, kort gesproken over de kwestie, onder andere bij de begrotingsbehandeling voor Justitie in 1896 (inmiddels Minister Van de Kaay) en bij de aanpassingen van het Wetboek van Strafvordering in 1897,[137] bij de begrotingsbehandelingen in 1901/1902, 1904 en 1909/1910.[138]

---

135 Handelingen II 1893/1894, p. 387-389, 398-399, 404, 405, 410, en Bijlage A IV, nr. 13, p. 2 en nr. 14, p. 10).

136 Handelingen I 1893/1894, p. 208, 209, 230, 277, 288.

137 Zie hierover W.D. Caudri 1898, p. 74 e.v.

138 Zie hierover ondermeer D. Simons 1904, p. 482-495 en J.P.M. Borsboom 1983, p. 12 en 13.

1.5 De totstandkoming van het Wetboek van Strafvordering 1926

1.5.1 Ontwerp van wet: kostenvergoeding indien wel en geen straf is opgelegd

Op 7 april 1914 werd bij de Tweede Kamer ingediend een Ontwerp van Wet van een nieuw Wetboek van Strafvordering.[139] Ten aanzien van de kostenvergoeding werden de artikelen 551 tot en met 554 opgenomen in het vijfde boek in titel II, en deze regeling was, voor zover hier relevant, min of meer gelijkluidend aan de in 1886 gewijzigde kostenvergoedingsregeling van het Wetboek van Strafvordering 1838,[140] met dien verstande dat de kostenvergoeding voor de beklaagde die geen straf of maatregel werd opgelegd, zich thans ook uitstrekte tot de door de beklaagde gemaakte reiskosten om het onderzoek ter terechtzitting en de einduitspraak bij te wonen.[141] Aangezien deze voorgestelde artikelen thans[142] *zowel* een kostenvergoeding regelden indien *wél*, maar ook indien *géén* straf of maatregel was opgelegd (wat wel werd onderscheiden in de regeling, waarbij de mogelijkheid van vergoeding van reiskosten slechts toekwam aan degene die geen straf of maatregel was opgelegd), en deze artikelen na enkele summiere wijzigingen, uiteindelijk werden tot de (bij tekstplaatsing vernummerde) huidige artikelen 591 en 592 Sv, en derhalve (behalve voor wat betreft reiskosten) zien op kostenvergoeding welke wordt toegekend *ongeacht* de afloop van de zaak, is het in dit verband niet relevant hier verder op in te gaan.[143] De in een latere wetswijziging opgenomen meer uitgebreide kostenvergoedingsregeling die specifiek van toepassing is indien geen straf of maatregel is opgelegd (huidig artikel 591a Sv, behalve reiskosten ook kosten tijdverzuim en kosten raadsman) komt overigens wel in een volgende paragraaf aan bod.

---

139 Bijlagen Handelingen der Staten Generaal II 1913/1914, nr. 286.2, p. 1 t/m 50. Ad interim Minister Heemskerk had het door de Staatscommissie ontworpen Wetboek en de daarbij behorende Memorie van Toelichting ingediend bij de Raad van State op 8 juli 1913. De Raad van State had zijn advies daarover uitgebracht op 23 december 1913.

140 In geval van vrijspraak, ontslag van rechtsvervolging of niet ontvankelijkheid werden die kosten vergoed, die door de beklaagde gemaakt waren tot het dagvaarden en schadeloosstellen van getuigen of deskundigen, of tot het bijbrengen van stukken, tenzij deze kosten nodeloos gemaakt waren, zie § 1.2.2.

141 Bijlagen Handelingen der Staten Generaal II 1913/1914, Ontwerp van wet, nr. 286.2, p. 47-48 en idem, Memorie van Toelichting, nr. 286.3, p. 175.

142 Anders dan bij de in 1886 gewijzigde kostenvergoedingsregeling van het Wetboek van Strafvordering 1838, zie noot 21.

143 Voor geïnteresseerden in de wetsontwikkeling voor wat betreft deze artikelen in deze fase, zie: Bijlagen Handelingen der Staten Generaal II 1913/1914, Ontwerp van wet, nr. 286.2, p. 47-48; idem, Memorie van Toelichting, nr. 286.3, p. 175; Bijlagen Handelingen der Staten Generaal II 1917/1918, Verslag Commissie van Voorbereiding, nr. 77.1, p. 70; idem, Gewijzigd Ontwerp van Wet, nr. 77.2, p. 117; idem, Bijlage van het Verslag, nr. 77.3, p. 218-219; Bijlagen Handelingen der Staten Generaal II 1919/1920, Nader gewijzigd ontwerp van wet, nr. 18.3, p. 61; idem, Ontwerp van wet, nr. 18.12, p. 118.

1.5.2 Ontwerp van wet en toelichting: toch een schadevergoedingsregeling

Na dit kostenvergoedinguitstapje keren we direct terug naar 7 april 1914 en naar de schadevergoeding. In het Ontwerp van wet in het eerste boek in titel IV in de tweede afdeling was een paragraaf opgenomen, luidend 'Schadevergoeding voor ondergane voorloopige hechtenis' (paragraaf 5: de artikelen 89 tot en met 93):

Artikel 89
Indien de zaak eindigt met eene beslissing waarbij straf of maatregel niet wordt toegepast, of slechts wordt toegepast op grond van een feit waarvoor voorloopige hechtenis niet is toegelaten, kan de rechter, op verzoek van de gewezen verdachte, hem eene geldelijke tegemoetkoming ten laste van den Staat toekennen voor de schade welke hij ten gevolge van ondergane voorloopige hechtenis heeft geleden. Tot deze toekenning is bevoegd het college hetwelk die beslissing heeft gegeven, of de rechtbank binnen welker rechtsgebied de kantonrechter zoodanige beslissing gaf.

De raadkamer is zooveel mogelijk samengesteld uit de leden die de bij het eerste lid bedoelde beslissing hebben gegeven.

Het verzoek kan door den gewezen verdachte slechts worden ingediend binnen drie maanden na het onherroepelijk worden der beslissing. Hij wordt op het verzoek gehoord, althans opgeroepen.

Met de beslissing, in het eerste lid genoemd, wordt gelijk gesteld de beteekening aan den verdachte vanwege den officier van justitie dat hij de zaak niet verder zal vervolgen, indien deze daardoor eindigt.

Artikel 90
De toekenning eener tegemoetkoming heeft steeds plaats, indien en voor zover daartoe gronden van billijkheid aanwezig zijn. Het levensgedrag van den verdachte en zijne houding vóór en tijdens de voorloopige hechtenis worden bij de beslissing in aanmerking genomen.

Bij de bepaling van het bedrag wordt ook rekening gehouden met de levensomstandigheden van den gewezen verdachte.
Eene afwijzende beschikking is niet met redenen omkleed.

Artikel 91
Tegen de door de rechtbank genomen beslissing tot toekenning eener tegemoetkoming staat den officier van justitie en den gewezen verdachte of zijne erfgenamen binnen veertien dagen hooger beroep open bij het gerechtshof, doch alleen op gronden aan het bedrag der vergoeding ontleend.

Het gerechtshof beslist na den verdachte zoo mogelijk te hebben gehoord, althans opgeroepen.

Artikel 92
Indien de gewezen verdachte na het indienen van zijn verzoek overleden is geschiedt de toekenning ten behoeve zijner erfgenamen, ook al had zijn verhoor of de oproeping daartoe niet plaatsgevonden.

Indien de gewezen verdachte vóór het indienen van het verzoek overleden is, kan de indiening binnen den termijn vermeld in artikel 89, derde lid, door zijne erfgenamen geschieden en worden zij op het verzoek gehoord, althans opgeroepen.

Artikel 93
Voor het bedrag der tegemoetkoming wordt door den voorzitter van het college een bevelschrift van tenuitvoerlegging afgegeven.

Omtrent die tenuitvoerlegging worden bij algemeenen maatregel van bestuur de noodige voorschriften gegeven.[144]

In de inleiding van de Memorie van Toelichting werd deze schadevergoedingsregeling geplaatst in het licht van '*...eene verzoening tusschen de belangen der strafvervolging en de belangen van het individu...*'.[145] Vervolgens werd uitvoerig ingegaan op de achterliggende redenen om te kiezen voor dit stelsel van een door de rechter te bepalen toerekening naar billijkheid. Veel dezelfde argumenten zoals die al naar voren waren gekomen bij de behandeling van eerdere wetsontwerpen – als daar gesproken werd over schadevergoeding – werden ook hier weer gebruikt om de voor- en nadelen van andere mogelijkheden (of stelsels) te benadrukken. Zo werd melding gemaakt van absolute, facultatieve en diverse tussenstelsels.[146] Kort gezegd komt het absolute stelsel neer op toekenning van schadevergoeding aan alle preventief gedetineerden die geen straf of maatregel opgelegd kregen, hetzij gebaseerd op rechtsgronden dan wel op billijkheid. Een facultatief stelsel ziet slechts op schadevergoeding op grond van billijkheid in enkele sprekende gevallen. Het tussenstelsel behelst de mogelijkheid dat slechts bij de wet aangewezen gevallen in aanmerking komen voor vergoeding.[147] Hoewel in het absolute stelsel ervan wordt uitgegaan dat in geval geen straf of maatregel is opgelegd, de ondergane preventieve hechtenis tot onrecht wordt indien daarvoor geen schadevergoeding wordt verleend,[148] werd hier gesteld dat de Staat, behoorlijk handelend ten algemenen nutte, niet verplicht is de daardoor veroorzaakte schade te vergoeden, hoewel dat bijvoorbeeld bij Onteigening op goede gronden wel geschiedt. Veel andere schade, door een rechtmatig optredende Staat veroorzaakt, wordt echter ook niet vergoed. '*Een algemeene rechtsplicht tot wegneming van de niet-beoogde gevolgen van op zichzelf rechtmatige toepassing van voorloopige hechtenis schijnt*

144 Bijlagen Handelingen der Staten Generaal II 1913/1914, Ontwerp van wet, nr. 286.2, p. 9.
145 Idem, Memorie van Toelichting, nr. 286.3, p. 58.
146 Idem, Memorie van Toelichting, nr. 286.2, p. 87-88.
147 Over deze onderscheidingen kom ik later nog terug, evenals op de daaraan liggende veronderstellingen zoals die in deze Memorie ter sprake komen.
148 Vergelijk de discussie Bregstein vs. Van den Bergh zoals kort beschreven in hoofdstuk 3 in § 3.2.5

derhalve niet te construeeren, althans niet langs den aangeduiden weg, noch ook in de consequentiën te aanvaarden.'[149] Ook een absoluut stelsel op billijkheidsgronden zou leiden tot onacceptabele consequenties, want '*...in de practijk treft de voorloopige hechtenis dikwijls beroepsmisdadigers...(en) zou het nu met het rechtsgevoel niet strijden, zoodanigen personen, wien door de voorloopige hechtenis tijdelijk de gelegenheid tot stelen benomen wordt (...) bovendien nog schadevergoeding te geven?*'.[150] Een andere mogelijkheid van een verplichtend stelsel met uitzonderingen voor bepaalde gevallen zou het nadeel hebben dat op de gewezen verdachte voor wie bij wijze van uitzondering de schadevergoeding wordt geweigerd een smet komt. Er zouden dan als het ware twee categorieën vrijgesprokenen/van rechtsvervolging ontslagenen ontstaan: eervolle en niet-eervolle.[151] Ook de enumeratie van de gevallen die van schadevergoeding zouden moeten worden uitgezonderd zou problemen opleveren; een enumeratie kan nooit volledig zijn. Om deze redenen was uiteindelijk gekozen voor een stelsel waarbij toekenning steeds plaats heeft '*...indien en voor zover daartoe gronden van billijkheid aanwezig zijn...*' (artikel 90, aanhef).[152,153] Hierbij werd opgemerkt dat billijkheid zeker geen synoniem is met gebleken onschuld; ook indien niet aan de onschuld van de verdachte wordt getwijfeld kan een billijkheidsgrond ontbreken. Stigmatisering kan zo worden vermeden, ook omdat een afwijzende beschikking niet met redenen mag worden omkleed. Bij de beslissing worden in ieder geval het levensgedrag van de verdachte en zijn houding voor en tijdens de voorlopige hechtenis in aanmerking genomen, maar ook alle andere van belang zijnde omstandigheden. Het ligt niet in de bedoeling en valt ook niet te verwachten, aldus de Memorie van Toelichting, dat de rechter zich daarbij geheel zal onttrekken aan vermoedens over schuld of onschuld. In gevallen waarin de gewezen verdachte sine dubio het strafbaar feit heeft gepleegd, behoort geen schadevergoeding te worden verleend. Als echter grote onzekerheid bestaat over de schuld, en de billijkheid voor toekenning pleit, zal erop moeten worden vertrouwd dat de rechter '*...de feilbaarheid zijner eventueel innerlijke overtuiging van de aanwezigheid dier schuld in voldoende mate in aanmerking zal nemen.*'[154] Verder wordt de beslissing opgedragen aan de raadkamer van het college door welke de beslissing in de strafzaak is genomen en niet door de Minister van Justitie. Zo zouden politieke overwegin-

149 Idem, Memorie van Toelichting, nr. 286.3, p. 87.
150 Ibidem.
151 Zie eerder ook zo het advies van de Raad van State bij artikel 123j ontwerp Minister Modderman, Bijlagen Handelingen Staten Generaal II 1884/1885, hiervoor besproken sub 1.4.2.
152 Idem, p. 88.
153 Daarmee is de billijkheidsgrondslag van het stelsel Coninck Liefsting aanvaard, maar in plaats van wettelijke enumeratie treedt daarvoor in de plaats het arbitrium van de rechter. Zie hierover nader het preadvies van F.B. Coninck Liefsting, *Handelingen NJV 1886*, I, p. 335-368, besproken in hoofdstuk 4.
154 Idem, p. 88.

gen geen invloed kunnen krijgen op deze kwestie. Om enige eenvormigheid te krijgen staat slechts beroep open tegen de beslissing van de Rechtbank maar alleen op gronden aan het bedrag der vergoeding ontleend. Niet was ervoor gekozen om de gehele schade te doen vergoeden omdat dan de geldelijke last voor de Staat te zwaar zou worden. In plaats daarvan wordt een tegemoetkoming verleend, die ook een gehele tegemoetkoming kan zijn. Denkbaar is dat de verdachte voor een deel van de voorlopige hechtenis aanspraak kan maken en voor een ander deel, hetgeen hij bijvoorbeeld aan zijn eigen houding te wijten heeft, niet.[155]

Geen schadevergoeding wordt verleend voor politiebewaring omdat die van zo korte duur is. Tot slot werd nog opgemerkt dat deze regeling slechts een eerste voorzichtige proef zou zijn met het instituut der schadevergoeding. '*De practijk zal dan allengs kunnen leeren, of en in hoever eene uitzetting der aldus in overeenstemming met de aanvankelijk gebleken behoeften getrokken grenslijn wordt vereischt*.'[156] Bij artikel 89 afzonderlijk werd nog vermeld dat het slechts vergoeding van materiële schade betreft die rechtstreeks het gevolg moet zijn van de voorlopige hechtenis.[157]

De bepalingen van paragraaf 5 werden ook van overeenkomstige toepassing verklaard op vernietiging na herziening, zowel voor de ondergane voorlopig hechtenis als voor de ondergane straf. Het ontwerp artikel 456 luidt: '*Indien na de vernietiging van het gewijsde straf of maatregel niet wordt toegepast, wordt aan den veroordeelde op zijn verzoek ter zake van de ondergane straf eene geldelijke tegemoetkoming toegekend. De toekenning heeft plaats voor zoover daartoe gronden van billijkheid aanwezig zijn en overigens op den voet van de artikelen 89-93. Ten aanzien van de ondergane voorloopige hechtenis vinden die artikelen overeenkomstige toepassing.*'[158]

De Memorie van Toelichting zei daarover dat hoewel het enerzijds billijk schijnt het voorschrift in deze gevallen meer imperatief te stellen, anderzijds is vastgehouden aan het beginsel van tegemoetkoming. De billijkheid vordert hier dus per se schadevergoeding maar de hoogte van dat bedrag (zinsnede 'voor zoover') wordt aan het oordeel van de rechter overgelaten.[159] Het hierop volgend Verslag van de Commissie van Voorbereiding beperkte zich op dit punt tot de vraag in hoeverre met een appèl (van de beslissing tot toekenning) uitsluitend op gronden aan het bedrag der vergoeding ontleend volstaan kan worden. Vele leden wensten ook appèl omtrent de toekenning en de weigering, maar dan zou ook de bepaling van het voorgestelde artikel 90 lid 3 – een afwijzende beschikking is niet met redenen omkleed – gewijzigd moeten

155 Idem, p. 89, bij artikel 90.
156 Idem, p. 88.
157 Idem, p. 89, bij artikel 89.
158 Bijlagen Handelingen der Staten Generaal II 1913/1914, Ontwerp van Wet, nr. 286.2 (derde boek, titel VIII, Herziening van arresten en vonnissen, artikel 456), p. 38.
159 Idem, Memorie van Toelichting, nr. 286.3, p. 157 en 161.

worden. Hiermee samenhangend bestond ook de angst dat de rechter, niet hoevende te motiveren, zou worden geleid door de vraag of hij de verdachte moreel schuldig acht. Met stelde voor dat de rechter de keuze tot wel of niet motiveren zou moeten worden gelaten. Dat zou echter weer tot gevolg kunnen hebben dat bij een gemis aan motivering de conclusie zou worden getrokken dat de rechter de verdachte moreel schuldig acht. Verscheidene leden vonden dat echter niet bezwaarlijk.

Enkele leden vonden het bedenkelijk dat bij de beslissing tot schadevergoeding het levensgedrag en de houding van de gewezen verdachte in aanmerking worden genomen; zij stelden voor deze bepaling facultatief te stellen omdat zij de relatie tussen houding en schadevergoeding niet zagen. Anderen zeiden dat de verdachte door zijn houding de instructie slepend kan houden en dat die houding daarom in aanmerking genomen moet worden.[160] De Minister reageerde hierop door de appèlmogelijkheid te verruimen, waardoor de bepaling, dat een afwijzende beslissing niet met redenen is omkleed, diende te vervallen. In plaats daarvan werd voorgesteld dat de redenen bij een afwijzende beschikking zouden worden weggelaten, maar dat de verdachte deze kon inzien ter griffie. Stigmatisering wordt zo voorkomen en aan de verdachte worden de voor zijn eventuele appèl noodzakelijke gronden niet onthouden. Wel gehandhaafd bleef de bepaling over levensgedrag en houding.[161]

1.5.3 Gewijzigd Ontwerp van Wet en aanneming: een schadevergoedingsregeling in het Wetboek van Strafvordering in Stb. 1925, 343

Met de door de Minister al aangegeven wijzigingen werden – naast tekstuele – nog enkele andere inhoudelijke wijzigingen, onder andere betrekking hebbend op de bijstand door een advocaat en de positie van de eventuele erfgenamen, opgenomen in het Gewijzigd Ontwerp. De nieuwe tekst luidde:

> *Artikel 89*
> Indien de zaak eindigt zonder oplegging van straf of maatregel[162] of met zoodanige oplegging, doch op grond van een feit waarvoor voorlopige hechtenis niet is toegelaten, kan de rechter, op verzoek van de gewezen verdachte of van zijne erfgenamen hem of zijne erfgenamen eene geldelijke tegemoetkoming ten laste

160 Bijlagen Handelingen der Staten Generaal II 1917/1918, Verslag Commissie van Voorbereiding d.d. 28 februari 1918, nr. 77.1 (bij § 5), p. 36.

161 Idem, Antwoord van de Minister, nr. 77.1, p. 36.

162 In het vorige ontwerp werd gesproken van gevallen waar 'de zaak eindigt met een beslissing waarbij straf of maatregel niet wordt toegepast' en 'met die beslissing wordt gelijkgesteld de kennisgeving van niet-verdere vervolging waardoor de zaak eindigt'. Thans staat er 'indien de zaak eindigt zonder oplegging van straf of maatregel', waaronder m.i. ook de kennisgeving van niet-verdere vervolging kan worden begrepen, omdat niet meer gerefereerd wordt naar een (rechterlijke) beslissing, zie ook samenvatting einde hoofdstuk.

van den Staat toekennen voor de schade welke hij ten gevolge van ondergane voorloopige hechtenis werkelijk heeft geleden. Tot deze toekenning is bevoegd het gerecht in feitelijken aanleg, waarvoor de zaak tijdens de beëindiging daarvan werd vervolgd of anders het laatst werd vervolgd of, indien dat gerecht is een kantongerecht, de rechtbank van het arrondissement.

De raadkamer is zoveel mogelijk samengesteld uit de leden die op de terechtzitting over de zaak hebben gezeten.

Het verzoek kan slechts worden ingediend binnen drie maanden na de beëindiging van de zaak. De gewezen verdachte of zijne erfgenamen worden op het verzoek gehoord, althans opgeroepen en kunnen zich bij het verhoor door hun advocaat laten bijstaan. Artikel 26 laatste lid, is van toepassing.

Artikel 90

De toekenning eener tegemoetkoming heeft steeds plaats indien en voor zover daartoe, naar het oordeel van den rechter gronden van billijkheid aanwezig zijn. Het (vroeger)[163] levensgedrag van den verdachte en zijne houding vóór en tijdens de voorloopige hechtenis worden bij de beslissing in aanmerking genomen.

Bij de bepaling van het bedrag wordt ook rekening gehouden met de levensomstandigheden van den gewezen verdachte.

De beslissing is met redenen omkleed. De beschikking wordt onverwijld aan den gewezen verdachte of aan zijne erfgenamen beteekend, doch, indien het eene afwijzende beslissing betreft, met weglating van de redenen. In dat geval kan de gewezen verdachte of kunnen zijne erfgenamen van de redenen ter griffie inzage bekomen.

Artikel 91

Tegen de door de rechtbank genomen beslissing staat den officier van justitie binnen veertien dagen daarna en den gewezen verdachte of zijne erfgenamen binnen eene maand na de beteekening hooger beroep open bij het gerechtshof.

Ten aanzien van den gewezen verdachte of zijne erfgenamen vinden de artikelen 422-430 overeenkomstige toepassing, met dien verstande dat hetgeen in die artikelen met betrekking tot den raadsman is bepaald, geldt voor hun advocaat.

Het gerechtshof beslist na den gewezen verdachte of zijne erfgenamen te hebben gehoord, althans opgeroepen. De gewezen verdachte of zijne erfgenamen kunnen zich bij het verhoor door hun advocaat doen bijstaan. Artikel 26, laatste lid,[164] is van toepassing.

Artikel 90, laatste lid, is van toepassing.

Artikel 92

Indien de gewezen verdachte na het indienen van zijn verzoek of na de instelling van hooger beroep overleden is, geschiedt te toekenning ten behoeve zijner erfgenamen.

---

163 Bij nota van wijziging toegevoegd, Bijlagen Handelingen der Staten Generaal II 1919/1920, Nota van wijzigingen, nr. 18.1, p. 3.

164 Gaat over bijstand advocaat.

Artikel 93
Voor het bedrag der tegemoetkoming wordt door den voorzitter van het college een bevelschrift van tenuitvoerlegging afgegeven.

Omtrent die tenuitvoerlegging worden bij algemeenen maatregel van bestuur de noodige voorschriften gegeven.[165]

Vervolgens werd aan artikel 90 eerste lid nog toegevoegd 'vroeger' levensgedrag om duidelijker aan te geven dat het levensgedrag van de verdachte *na* de voorlopige hechtenis geen invloed heeft op toekenning.[166]

Tijdens de algemene beraadslagingen in de Tweede Kamer die hierop volgen vroeg Wijnkoop zich terloops af waarom er '*...geen schadeloosstelling aan ten onrechte preventief-gezetenen*' geregeld was.[167] Kleerekoper reageerde daarop door te stellen dat dit nu juist wel geregeld is.[168] Verder bleef het stil over de kwestie van schadevergoeding voor voorlopige hechtenis, want op 23 april 1920 werden de artikelen 53 tot en met 169 (dus 89 tot en met 93) zonder beraadslaging en zonder hoofdelijke stemming aangenomen.[169] Wel werd bij de behandeling van titel VII van het vierde boek (Rechterlijke bevelen tot handhaving der openbare orde[170]) door Dresselhuys opgemerkt dat hij het wenselijk zou vinden indien voor dit soort 'inverzekeringstelling'[171] hetzelfde zou gelden als voor de strafrechtelijke preventieve hechtenis voor wat betreft schadevergoeding.[172] Minister Heemskerk had hier niet zoveel moeite mee.[173] Dresselhuys diende dus een amendement in – een in te voegen artikel 518 bis – wat werd overgenomen door de Minister en zonder hoofdelijke stemming werd aangenomen.[174] Het uiteindelijke ontwerp[175] werd in stemming gebracht en met 77 tegen 2 stemmen door de Tweede Kamer aangenomen op 11 mei 1920.[176]

---

165 Bijlagen Handelingen der Staten Generaal II 1917/1918, Gewijzigd Ontwerp van Wet, nr. 77.2, p. 78. Zie ook idem, Bijlage van het verslag, bevattende het Ontwerp van het Wetboek van Strafvordering, met aanduiding van de daarin aangebrachte veranderingen, nr. 77.3, p. 138.

166 Bijlagen Handelingen der Staten Generaal II 1919/1920, Nota van wijzigingen, nr. 18.1, p. 3.

167 Handelingen der Staten Generaal II 1919/1920, zitting van 21 april 1920, p. 1908.

168 idem, p. 1910.

169 Idem, zitting van 23 april 1920, p. 1967.

170 Indien iemand op heterdaad wordt betrapt op een vergrijp dat de openbare orde ernstig verstoort, kan hij 5 dagen in verzekering worden gesteld en dat kan met nog eens 5 dagen worden verlengd. De verzekering kan worden opgeheven doordat hij een verklaring aflegt de orde niet meer te zullen verstoren of doordat hij zekerheid stelt.

171 Ten behoeve van openbare handhaving en niet ten behoeve van strafvordering.

172 Handelingen der Staten Generaal II 1919/1920, zitting 28 april 1920, p. 2003.

173 Idem, p. 2004.

174 Idem, p. 2006.

175 Bijlagen Handelingen der Staten Generaal II 1919/1920, Ontwerp van Wet, nr. 18.12, p. 71 t/m 120.

176 Handelingen der Staten Generaal II 1919/1920, p. 2188.

De Commissie van Rapporteurs van de Eerste Kamer ging in het geheel niet meer in op de regeling van de artikelen 89-93 in haar voorlopig- en eindverslag en in de beraadslagingen werden er ook geen woorden meer aan gewijd; het ontwerp werd door de Eerste Kamer zonder hoofdelijke stemming aangenomen op 14 januari 1921[177] en bekrachtigd door de Koningin bij Wet van 15 januari 1921, Staatsblad 14.[178] De tekst van het definitieve Wetboek van Strafvordering (vernummering en nog enkele aangebrachte wijzigingen tengevolge van twee wetten[179] werd geplaatst in Stb. 1925, 343[180] en trad in werking op 1 januari 1926, KB 4 december 1925, Stb. 465.

1.6 Herziening van de schadevergoedingsbepalingen in het Wetboek van Strafvordering 1975

1.6.1 Uitbreiding kostenvergoedingsregeling in de periode tot 1975 specifiek indien geen straf of maatregel is opgelegd

Voordat in 1975 het thema schadevergoeding (en ook onkostenvergoeding) weer onder politieke aandacht komt, wordt nog enkele malen de kostenvergoedingsregeling (voor zaken die met en zonder strafoplegging eindigen, dus feitelijk ongeacht de uitkomst van de zaak, luidt die dezelfde, behalve ten aanzien van reiskosten)[181] gewijzigd.[182] In 1963 wordt dan een kostenver-

177 Handelingen der Staten Generaal I 1920/1921, zitting van 14 januari 1921, p. 224.

178 Dit bevatte de vastgestelde wettekst en die behelsde de artikelen 1-557 Sv. De schadevergoeding is dan geregeld in de artikelen 89 t/m 93 en de onkostenvergoeding in de artikelen 556-557.

179 De Wet van juni 1925 tot invoering van het nieuwe Wetboek van Strafvordering, Stb. 308 en de wijzigingswet (mogelijkheid tot uitbreiding opleggen geldstrafboete) van 29 juni 1925, Stb. 314.

180 Het Wetboek van Strafvordering artikelen 1-592. De schadevergoeding is dan geregeld in de artikelen 89 t/m 93 en de onkostenvergoeding in de artikelen 591-592.

181 Het huidige artikel 591 Wetboek van Strafvordering, zie beschrijving in § 1.5 met name noot 126.

182 Met betrekking tot artikel 591 Sv: Stb. 1935, 685 in werking 1 februari 1940 (Stb. 1939, 285) bevat een begripswijziging ('mededeelingen in rechte' in plaats van 'exploten') en een van overeenkomstige toepassingsverklaring van de regeling op rechtsgedingen tot herkenning van veroordeelden of andere gevonniste personen, indien de identiteit niet wordt aangenomen; Stb. 1963, 130 in werking 1 januari 1964 (Stb. 1963, 487) met betrekking tot 591 Sv een gehele redactiewijziging met betrekking tot vergoeding onkosten voorzover aangewend in het belang van het onderzoek en ongeacht uitkomst van de zaak voor kosten op basis van de Wet Tarieven in strafzaken; Stb. 1961, 402 in werking 1 juli 1965 (Stb. 1965, 58) regelt de kostenvergoeding in geval van schuldigverklaring zonder straf: dat geval wordt gelijk gesteld aan het geval wel een straf of maatregel is opgelegd (artikel 591, tweede lid van het Wetboek van Strafvordering 1926, ten tijde van deze wijziging de geldende regeling, en ten tijde van de inwerkingtreding (1965) was deze categorie gevallen nog steeds gesorteerd onder artikel 591 Sv, weliswaar in gewijzigde redactie). (Zie tekst Stb. 1963, 130, inwerking januari 1964).

goedingsregeling ingevoerd met mogelijkheden specifiek voor zaken die eindigen zonder straf of maatregel:[183] de eerste versie van het ook thans nog geldende artikel 591a Sv.[184] Een belangrijke aanvulling betrof de opname van de mogelijkheid dat in de kosten van een raadsman kon worden tegemoet gekomen. De achterliggende overweging was het meer realistisch maken van de mogelijkheid tot vrije keuze van een raadsman.[185] Ook de schade geleden door tijdverzuim tengevolge van het gerechtelijk onderzoek en behandeling van de zaak ter terechtzitting (als verlengstuk t.o.v. de tegemoetkoming in reis- en verblijfkosten voor de niet-veroordeelde gewezen verdachte, al specifiek mogelijk onder artikel 591 oud Sv voor diegene die geen straf of maatregel was opgelegd) kon nu worden vergoed.[186] De koppeling die gemaakt werd tussen deze onkostenvergoedingsregeling en de al bestaande schadevergoedingsregeling lag in het feit dat bij de beoordeling over de onkostenvergoeding in zaken die eindigden zonder oplegging van straf of maatregel de rechter aan dezelfde voorschriften werd gebonden als bij de beoordeling over schadevergoeding; artikel 90 Sv werd van overeenkomstige toepassing verklaard en de billijkheid werd derhalve grondslag en maatstaf voor toekenning en tevens moest rekening worden gehouden met de levensomstandigheden bij de bepaling van het bedrag. In de Memorie van Toelichting merkt de Minister nog op dat de rechter eveneens bij de toekenning van de gevraagde onkostentegemoetkoming (zoals ook bij schadevergoeding) zal moeten nagaan of vroeger

183 Er bestond al een onderscheidende kostenvergoedingsregeling in het WvSv 1838 als ook in het WvSv 1886, zie respectievelijk paragrafen 1.2.2 en 1.4.2. Ook in het Wetboek van Strafvordering van 1926 was in artikel 591 een onkostenvergoedingsregeling opgenomen die onderscheidde naar gevallen waarin wel en waarin geen straf of maatregel was opgelegd. In beide gevallen konden dezelfde kosten worden vergoed, behalve de gemaakte reiskosten tot het bijwonen ter terechtzitting van onderzoek en uitspraken, aangezien dat slechts de niet-veroordeelde werd vergoed, zie § 1.5.1.

184 Ook wordt de regeling van de artikelen 89-93 Sv aangepast en artikel 591 Sv gewijzigd, hetgeen uitmondt in een iets ruimere onkostenvergoedingmogelijkheid voor de gewezen verdachte (ongeacht uitkomst van de strafzaak) voor specifieke kosten, mits aangewend in het belang van het onderzoek en vergoed cf. de Wet Tarieven in strafzaken, zie Bijlage Handelingen II 1961-1962, 6647, Ontwerp van Wet en Memorie van Toelichting, nrs 1-3 sub artikel II ad B en ad E.

185 Indien men in aanmerking kwam voor een toevoeging, zou hierdoor mogelijk de financiële belemmering wegvallen om desondanks een raadsman van eigen keuze te nemen. De tegemoetkoming werd overigens gelijk gesteld aan de maximumvergoeding voor een toegevoegde raadsman, dus zou het de Staat niets meer kosten, zie Bijlage Handelingen II 1961-1962, 6647, Ontwerp van Wet en Memorie van Toelichting, nrs 1-3 sub artikel II ad F. Overigens heeft de wetgever de hier bedoelde vergoeding expliciet niet willen beperken tot het bedrag van de vergoeding voor een toegevoegde raadsman, ook niet wanneer de verdachte in aanmerking zou zijn gekomen voor toevoeging van een raadsman; dit blijkt uit de memorie van antwoord (p. 4) bij de Wet van 28 maart 1963, Stb. 1963, 130, waar wordt gemeld dat de zin in de memorie van toelichting die zo'n beperking inhield (Kamerstukken II 1961/62, 6 647, nr. 3, p. 9), daarin abusievelijk was blijven staan.

186 Bijlage Handelingen II 1961-1962, 6647, Ontwerp van Wet en Memorie van Toelichting, nrs 1-3 sub artikel II ad F.

levensgedrag van de verdachte evenals zijn houding tijdens de behandeling van de zaak aanleiding vormen tot die toekenning. Hierop komt wel enige reactie,[187] maar het (gewijzigd) wetsontwerp wordt overigens goedgekeurd en aangenomen. Samenvattend is nu sprake van een onkostenvergoedingsregeling, in artikel 591, die geldt ongeacht de uitkomst van de zaak en een onkostenvergoedingsregeling in artikel 591a, die geldt in geval geen straf of maatregel is opgelegd.,[188][189]

Nadien is art. 591a nog enige malen gewijzigd. In 1975 werd aan het tweede lid een volzin toegevoegd luidende: 'Een vergoeding voor de kosten van een raadsman gedurende de verzekering en de voorlopige hechtenis is hierin begrepen. Een vergoeding voor deze kosten kan voorts worden toegekend in het geval dat de zaak eindigt met oplegging van straf of maatregel op grond van een feit, waarvoor voorlopige hechtenis niet is toegelaten.' In het tweede lid werd verder het woord 'tegemoetkoming' vervangen door 'vergoeding'. Na het vierde lid werd een nieuw lid toegevoegd luidende: 'Indien de gewezen verdachte na het indienen van zijn verzoek overleden is, geschiedt de toekenning ten behoeve van zijn erfgenamen.' Voorts verviel artikel 92 in het vierde lid.[190]

1.6.2 Wetsontwerp herziening schadevergoeding zoals voorbereid door de Commissie Feber[191]

Enkele malen werd een roep om verandering van de schadevergoedingsregeling hoorbaar, zoals in 1957 bij de behandeling van de begroting waar gevraagd werd om toepassing van de regeling ook op inverzekeringstelling.[192] In 1964 wordt dan de Commissie Feber ingesteld[193] die tot taak had een gedeeltelijke

187 Handelingen II 1962-1963, Algemene beraadslagingen, vergadering 27 februari 1963, p. 2293 (de heer Meulink) en 2295 (antwoord Minister Beerman).

188 Wet van 28 maart 1963, houdende vaststelling van de tarieven van gerechtskosten in strafzaken, waarvan de gewone rechter kennis neemt (Wet tarieven in strafzaken), Stb. 1963, 130.

189 Een niet onbelangrijke nuance is nog dat art. 591a Sv vereist dat de zaak is geëindigd zonder oplegging van straf of maatregel en zonder dat toepassing is gegeven aan art. 9a Sr, terwijl de soortgelijke beëindigingsvoorwaarde van art. 89 lid 1 Sv niet verwijst naar art. 9a Sr. Zie over een mogelijke reden voor dit onderscheid in voorwaarden N.M. Dane 2006, aant. 5.

190 Wet van 26 juni 1975, Stb. 1975, 341 (i.w.tr. 28 juli 1975).

191 Vermelding dient nog dat in 1950 een Koninklijk Besluit (27 juli 1950) Stb. K 320 tot stand komt (ook wel het Gratificatiebesluit genoemd) op basis waarvan in het algemeen vergoedingen als gunst toegekend kunnen worden ten laste van de Justitiebegroting. Zie hierover ook § 1.6.7. Dit besluit wordt ingetrokken in 1991.

192 Bijlagen Handelingen II 1956/57, 4500 IV, p. 83; 9.4.

193 Deze Commissie werd ingesteld bij beschikking van de Minister van Justitie van 24 november 1964: de Commissie tot herziening van het Wetboek van Strafvordering onder voorzitterschap van de president van de Hoge Raad, mr. Feber. Zie hierover onder andere W.C. van Binsbergen 1965, p. 241.

herziening van het Wetboek van Strafvordering voor te bereiden. Het eerste interim-rapport van deze Commissie legt de basis voor een 'Wetsontwerp tot herziening van de bepalingen van het Wetboek van Strafvordering betreffende de toepassing van voorlopige hechtenis en wijziging van de artikelen 27 en 77 hh van het Wetboek van Strafrecht'.[194] In het voorlopig verslag legt de Vaste Commissie voor Justitie de nadruk op de inmiddels gebleken ontoereikendheid van de bepaling van de artikelen 89 en 90 Sv en stelt zich de vraag in hoeverre de 'geldelijke tegemoetkoming' zich verdraagt met het recht op vergoeding zoals bedoeld in art. 5 van het EVRM.[195]

In de Memorie van Antwoord (die drie jaar op zich laat wachten) wordt niet ingegaan op die vraag. Wel wordt wel melding gemaakt van het feit dat de Commissie Feber na indiening van haar eerste interim-rapport dit thema (schadevergoeding) in studie had genomen en concrete voorstellen had gedaan, die – inmiddels dus – tot een ontwerp van wet hadden geleid (zie hierna voor een uitvoerige bespreking daarvan).[196] De behandeling van schadevergoeding komt derhalve niet meer ter sprake bij de behandeling van het wetsvoorstel tot wijziging van het Wetboek van Strafvordering betreffende de toepassing van voorlopige hechtenis en wijziging van de artikelen 27 en 77 hh van het Wetboek van Strafrecht.[197] Wat daar wel wordt besproken en hier vermeldenswaardig is, is de aanpassing van de toerekeningbepaling in art. 27 van het Wetboek van Strafrecht. De toerekeningregeling (aftrek) wordt namelijk gewijzigd in die zin dat deze vanaf de wijziging imperatief wordt toegepast. Dat is op zich interessant aangezien hiermee de jure een *recht op aftrek* ontstaat. Er is niet veel discussie voor nodig: het wetsvoorstel volgt de voorstellen van de Commissie Feber die het invoeren van een wettelijke verplichting tot volledige aftrek in alle gevallen niet wenselijk acht, maar wel een aanpassing beoogt ten gunste van imperatieve aftrek van de na de einduitspraak nog ondergane voorlopige hechtenis (in afwachting van een eventuele behandeling van de zaak in appèl of cassatie). Door het achterwege laten daarvan zou men de verdachte wellicht belemmeren om gebruik te maken van een rechtsmiddel, omdat hij het risico zou lopen totaal langer gedetineerd te zijn als gevolg van het instellen van dat rechtsmiddel. De verplichting tot aftrek wordt echter niet voorgesteld voor alle gevallen; de Commissie redeneert dat de bestaande vrijheid voor de rechter om de voorlopige hechtenis niet of slechts gedeeltelijk in mindering te brengen, in het voordeel van de verdachte kan zijn 'omdat het daardoor mogelijk is formeel een vrijheidsstraf van kortere duur op te

194 Kamerstukken II 1968/1969, 9994 artikel II (wijziging art. 27 Sr).
195 Kamerstukken II 1968/1969, 9994, nr. 7 (Voorlopig verslag), sub 'Verspreide onderwerpen'.
196 Kamerstukken II 1968/1969, 9994, nr. 8 (Memorie van Antwoord) sub § 8.
197 Leidend tot Wet van 26 oktober 1973, Stb. 509.

leggen dan die van de totale periode van vrijheidsbeneming, waartoe in het stelsel van verplichte aftrek steeds moet worden voorzien.'[198]

In het voorlopig verslag stelt de Vaste Commissie voor Justitie het bezwaarlijk te vinden dat in de praktijk het niet hanteren van de aftrekmogelijkheid wordt gebruikt als reactie op een oncoöperatieve verdachte. Zij vragen de Minister om een heroverweging.[199] De Minister ziet, na aarzeling, echter af van een voorstel tot verplichte aftrek in alle gevallen, hoewel hij toevoegt dat hij het niet beschouwt als een punt van principieel belang.[200] Geen gewijzigde ontwerptekst daarom op dit punt. Kamerlid voor de KVP Van Schaik (met Geurtsen, Van Dam, W. Scholten, Roethof en Goudsmit) stelt echter een amendement voor, dat ertoe strekt dat steeds imperatief de ondergane tijd in verzekering of voorlopige hechtenis in mindering moet worden gebracht.[201] Het ontwerp van wet zoals dat luidt na de daarin tot en met 19 juni 1973 aangebrachte wijzigingen neemt het amendement over.[202] Minister Van Agt geeft aan de uitspraak hierover aan de Kamer over te laten.[203] Het wetsontwerp wordt zonder hoofdelijke stemming aangenomen, zowel door de Tweede Kamer[204] als door de Eerste Kamer.[205] Dat leidt ertoe dat de Wet van 26 oktober 1973 leidt tot aanpassing van artikel 27 Sr in die zin dat vanaf dan sprake is van imperatieve aftrek van de ondergane inverzekeringstelling of voorlopige hechtenis op de opgelegde tijdelijke gevangenisstraf of hechtenis. Dat geldt ook, maar dan facultatief, bij de oplegging van een geldboete (maatstaf aftrek is dan door de rechter te bepalen) en dit alles geldt idem bij cumulatieve tenlastelegging van meerdere feiten waarbij een veroordeling wordt uitgesproken voor een ander feit dan dat waarvoor de verzekering of voorlopige hechtenis was bevolen.

Tot zover de imperatieve aftrekregeling van artikel 27 Sr. Nu weer terug naar de schadevergoeding. Op 24 november 1972 wordt een ontwerp van Wet houdende herziening van de bepalingen in het Wetboek van Strafvordering betreffende schadevergoeding wegens voorlopige hechtenis aan de Tweede Kamer aangeboden.[206] Dit ontwerp was, zoals gezegd, eveneens voorbereid

198 Kamerstukken II 1968/1969, 9994, nr. 4 (bijlage A van de memorie van Toelichting, interimrapport Commissie Feber, p. 8.
199 Kamerstukken II 1968/1969, 9994, nr. 7 (Voorlopig verslag), sub art. 27 Wetboek van Strafrecht.
200 Kamerstukken II 1972, 9994, nr. 8 (Memorie van Antwoord), sub art.27 WvSr.
201 Zitting 1972/1973, 9994, amendement nr. 33 onder II (5 juni 1973), gewijzigd bij amendement nr. 67 (14 juni 1973), kort toegelicht zie Handelingen II 5 juni 1973, p. 1723 en Handelingen II 14 juni 1973, p. 1847.
202 Kamerstukken II 1972/1973, 9994, nr. 71.
203 Handelingen II 14 juni 1973, p. 1848.
204 Handelingen II 26 juni 1073, p. 2054.
205 Handelingen I 23 oktober 1973, p. 29.
206 Bij KB van 24 november 1972, genummerd 12 132 nr. 1 (KB), 12 132 nr. 2 (Ontwerp van Wet) en 12 132 nr. 3 (Memorie van Toelichting, Kamerstukken II 1972, p. 1-4.

door de Commissie partiële herziening strafvordering (Commissie Feber) en het voorontwerp van deze Commissie luidde als volgt:

> A. Het opschrift boven artikel 89 wordt als volgt gelezen:
> Tweede afdeling A
> Schadevergoeding
> B. Artikel 89 wordt gelezen:
> 1. Indien de zaak eindigt zonder oplegging van straf of maatregel of met zodanige oplegging, doch op grond van een feit waarvoor voorlopige hechtenis niet is toegelaten, kan de rechter, op verzoek van de gewezen verdachte, hem een vergoeding ten laste van de staat toekennen voor de schade welke hij tengevolge van ondergane verzekering of voorlopige hechtenis heeft geleden. Onder schade is begrepen het nadeel dat niet in vermogensschade bestaat.
> 2. Het verzoek kan slechts worden ingediend binnen drie maanden na de beëindiging van de zaak. De verzoeker wordt gehoord, althans opgeroepen en kan zich bij het verhoor door een advocaat doen bijstaan. De advocaat wordt bij de verhoren in de gelegenheid gesteld de nodige opmerkingen te maken.
> 3. De raadkamer is zoveel mogelijk samengesteld uit de leden die op de terechtzitting over de zaak hebben gezeten.
> 4. Tot de toekenning is bevoegd het gerecht in feitelijke aanleg, waarvoor de zaak tijdens de beëindiging daarvan werd of zou worden vervolgd of anders het laatst werd vervolgd, of, indien dat gerecht is een kantongerecht, de rechtbank van het arrondissement.
> 5. Een verzoek om vergoeding van door de gewezen verdachte geleden schade kan ook door zijn erfgenamen worden gedaan en de vergoeding kan ook aan hen worden toegekend. Indien de gewezen verdachte na het indienen van zijn verzoek of na instelling van hoger beroep is overleden, geschiedt de toekenning ten behoeve van zijn erfgenamen. Bij een toekenning als in dit lid bedoeld blijft een vergoeding van het door de gewezen verdachte geleden nadeel dat niet in vermogensschade bestaat achterwege.
> C. Artikel 90, eerste lid, wordt gelezen:
> De toekenning van een schadevergoeding heeft steeds plaats, indien en voor zover daartoe, naar het oordeel van de rechter, alle omstandigheden in aanmerking genomen, gronden van billijkheid aanwezig zijn.
> D. Artikel 92 vervalt.
> E. In artikel 93 wordt in plaats van 'tegemoetkoming' gelezen 'schadevergoeding'.(...)[207]

In de toelichting op dit ontwerp verwees de Commissie Feber naar de ontwikkeling van de schadevergoedingspraktijk sinds de wettelijke regeling van 1926. Volgens de Commissie gold toen als uitgangspunt dat tegemoetkoming steeds zou plaatsvinden indien de rechter dat billijk zou achten, maar dat het niet

---

207 Kamerstukken II 1972, 12 132, Voorontwerp van de Commissie Partiële Herziening Strafvordering, p. 6 (bijlage II). Het ontwerp bevatte tevens een tekstueel wijzigingsvoorstel van de regeling betreffende herziening – artikel 481 Sv – conform de terminologie gebruikt bij de thans voorgestelde artikelen 89-93 Sv.

in de bedoeling lag dat er sprake zou zijn van toepassing van de regeling op ruime schaal. Met behulp van een cijfermatig overzichtje van het aantal verzoeken om tegemoetkoming waarop definitief werd beslist, het aantal gevallen waarin een tegemoetkoming werd toegekend en het totaalbedrag der toekenningen over de jaren 1952 t/m 1968[208] gaf de Commissie aan dat de praktijk met dit uitgangspunt overeenkwam. De gedachte achter de thans voorliggende regeling was een ruimere toepassing van de mogelijkheid tot schadevergoeding.[209] Daartoe werd gesteld dat een vergoeding van de nadelige gevolgen van de toepassing van de voorlopige hechtenis '*...zelden haar grondslag (kan) vinden in de onrechtmatigheid van het overheidsoptreden. Zij is veeleer gebaseerd op de gedachte dat de maatschappij, die het zonder deze maatregel niet kan stellen, de risico's van de hantering ervan moet dragen.*'[210] Naar de mening van de voorontwerpers werd dit risico thans teveel afgewenteld op de verdachte zelf. Met onderhavig ontwerp werd daarom beoogd bestaande beperkingen weg te nemen en de rechter een wettelijke basis te bieden voor een ruimere toepassing van de mogelijkheid tot toekenning van schadevergoeding:[211] enerzijds door met de regeling een stimulans te geven voor toekenning in meer gevallen dan voorheen, anderzijds door een wijziging van de maatstaf ten aanzien van de omvang van de schadevergoeding. Overigens bleef de billijkheid het daarbij geldend criterium aangezien het niet goed mogelijk zou zijn in de wet nauwkeurig bepaalde maatstaven aan te geven. Voor wat betreft het eerste punt – toekenning in meer gevallen dan voorheen – werd voorgesteld de schadevergoedingsmogelijkheid uit te breiden naar ondergane inverzekeringstelling omdat de schade tengevolge van inverzekeringstelling niet anders van aard is dan schade tengevolge van voorlopige hechtenis. Ook hier gold als grondslag '*...de gedachte dat de gemeenschap de risico's van de toepassing van deze dwangmiddelen draagt.*'[212] Opgemerkt werd dat het niet de bedoeling was dat de mogelijkheid van schadevergoeding zou leiden tot wijziging van de hantering van het dwangmiddel inverzekeringstelling.[213] Tevens werd met klem aangevoerd dat een toekenning niet een verwijt hoeft in te houden aan de politie, die het zou kunnen opvatten als een oordeel over het door haar gevoerde beleid. Apart werd besproken de situatie dat een zaak door een besluit tot niet-vervolging eindigt, nadat wel inverzekeringstelling heeft plaatsgevonden. Een dergelijk

208 Idem, Voorontwerp, p. 9 (bijlage IV).

209 Ook had de Commissie berekend wat de kosten van toepassing van de voorgestelde regeling zouden zijn: geschat werd een bedrag in de orde van grootte van *f* 100.000,- per jaar, zie idem, Voorontwerp, bijlage I.

210 Idem, Voorontwerp, p. 7 (bijlage III).

211 Idem, Voorontwerp, Memorie van Toelichting, p. 7 (bijlage III).

212 Ibidem.

213 Enerzijds zou het gevaar kunnen bestaan dat de politie, zich rekenschap gevend van de financiële gevolgen van een eventuele misgreep, minder snel tot inverzekeringstelling zou overgaan. Anderzijds zou juist de wetenschap dat nadelige gevolgen van een misstap kunnen worden verzacht, de opsporingsambtenaar meer vrijheid geven tot inverzekeringstelling over te gaan, ibidem.

besluit hoeft niet te betekenen dat de inverzekeringstelling achterwege had behoren te blijven, want er kunnen overwegingen aan ten grondslag liggen die los staan van de vraag of het feit door de verdachte is gepleegd; voor schadevergoeding zal dan niet veel plaats zijn.[214]

De andere verruiming – de maatstaf ten aanzien van de omvang van de schadevergoeding – betrof de vervanging van de term 'tegemoetkoming' in 'schadevergoeding' om duidelijker aan te geven dat in voorkomende gevallen de schade geheel zou kunnen worden vergoed.[215] Tevens liet men het criterium 'werkelijk geleden schade' vervallen en werd het begrip schade uitgebreid tot immateriële schade. Tot slot werd opgemerkt dat de verruiming niet betekende dat de weg tot de burgerlijke rechter zou zijn afgesneden; die mogelijkheid bleef onverkort gehandhaafd.[216] Bij de artikelsgewijze toelichting werd bij artikel 90, eerste lid op gemerkt dat het voorschrift dat het vroegere levensgedrag van de verdachte en zijn houding vóór en tijdens de voorlopige hechtenis bij de beslissing in aanmerking worden genomen, thans niet meer uitdrukkelijk in de wet werd genoemd. De reden daarvoor was niet dat de rechter deze omstandigheden niet meer zou mogen betrekken bij zijn beslissing, maar zodanige verwijzing werd overbodig geacht aangezien de rechter deze omstandigheden bij zijn oordeel over de gronden van billijkheid voor een toekenning kon betrekken; de woorden 'alle omstandigheden in acht genomen' duiden dit aan.[217]

1.6.3 Het wetsontwerp schadevergoeding (en uitbreiding onkostenvergoeding) en de Memorie van Toelichting

Het Ontwerp zoals door Minister Van Agt aan de Tweede Kamer aangeboden was bijna gelijkluidend aan dat van de Commissie Feber, op een enkel redactioneel verschil na in de laatste alinea van artikel 89 Sv en enkele (tekstuele) wijzigingen in aanpalende regelingen waaronder die van kostenvergoeding in artikel 591a Sv.[218] In de Memorie van Toelichting gaat de Minister allereerst nog eens in op de grondslag van de schadevergoeding. Deze ligt, zoals ook al door de Commissie Feber betoogd, niet in de onrechtmatigheid, '*...maar houdt verband met de omstandigheid dat de voorlopige detentie achteraf, d.w.z. op het tijdstip van de uitspraak van de rechter, op grond van inmiddels aan het licht*

214 Zie idem, Voorontwerp, Memorie van Toelichting, p. 8.

215 Ook onder de oude regeling was m.i. gehele tegemoetkoming mogelijk, maar daar dacht de Minister anders over, zie Kamerstukken II 1972, 12 132, Memorie van Toelichting, nr. 3, p. 3.

216 Ibidem.

217 Idem, Voorontwerp, p. 8 (bijlage III).

218 Kamerstukken II 1972, 12 132, Ontwerp van Wet, nr. 2, p. 1-2. Voorgesteld wordt ook nog wijzigingen in artikel 32 Wet op de Economische Delicten, 42 Vreemdelingenwet en 59 Uitleveringswet. Zie aan het einde van dit paragraafje.

gekomen gegevens onjuist blijkt te zijn geweest, doordat hetzij niet is gebleken dat de verdachte het hem tenlastegelegde feit heeft begaan, hetzij voor het feit waarvoor hij wél is veroordeeld, voorlopige hechtenis -en dus ook inverzekeringstelling- niet door de wet is toegestaan. Deze later aan het licht gekomen omstandigheden maken de genomen maatregel niet alsnog onrechtmatig, maar kunnen wel aanleiding zijn tot een vergoeding van de geleden schade uit billijkheidsoverwegingen. (...) dit (is) een duidelijk geval van een vergoeding uit rechtmatige daad'.[219] Aangezien de grondslag voor schadevergoeding hier niet wordt gevonden in de onrechtmatigheid van de overheidsmaatregel, maar in een billijkheidsoordeel, namelijk in beantwoording van de vraag '*...of het redelijk is dat de nadelige gevolgen van de indertijd bestaande verdenking niet voor rekening van de gewezen verdachte wordt gelaten, maar geheel of gedeeltelijk door de Staat wordt gedragen...*'[220] brengt dit met zich mee dat betrokkene geen *recht* op een vergoeding heeft, aldus de Minister. Vergelijkend kijkt hij naar de internationale erkenning dat een detentie aanleiding kan zijn voor schadevergoeding, wat is vormgegeven in artikel 5, vijfde lid EVRM. Deze verdragsrechtelijke bepaling ziet echter op onrechtmatige detentie en het geval van een onrechtmatig opgelegde voorlopige detentie in deze zin zou zich volgens de Minister zelden voordoen. De uit 1926 stammende regeling van de artikelen 89-93 Sv die de mogelijkheid biedt tot schadevergoeding ter zake van rechtmatige, doch achteraf niettemin onjuist gebleken vrijheidsbeneming, heeft daarom in de praktijk meer betekenis. In tegenstelling tot de Commissie Feber acht de Minister daarnaast een vordering bij de burgerlijke rechter op grond van onrechtmatige daad slechts denkbaar in geval de detentie in strijd met de wettelijke regels is opgelegd en tevens de mogelijkheid van schadevergoeding op grond van de onderhavige regeling is uitgesloten. Deze gevallen zijn de Minister niet bekend en daarom ziet hij voor de burgerlijke rechter geen rol weggelegd. Daarbij weegt ook nog het feit dat bij het onderhavig Wetsontwerp tevens wordt voorgesteld de term 'tegemoetkoming' te vervangen door 'schadevergoeding' om zo de rechter binnen de regeling van de artikelen 89-93 Sv de mogelijkheid te geven een *volledige* vergoeding van de geleden schade toe te kennen.[221] De voorgestelde vervanging dwingt overigens de rechter niet om in gevallen waarin aanleiding tot vergoeding bestaat, een volledige schadevergoeding toe te kennen. De Minister somt hier enkele denkbare gevallen op: een algehele vergoeding zou z.i. billijk zijn indien '*...op iemand door omstandigheden, buiten hem zelf gelegen, zonder dat hem enige schuld treft, de verdenking is gevallen*.'[222] Als voorbeeld hiervan noemt hij persoonsverwisseling. Geen plaats voor vergoeding is er echter, meent hij, indien de verdenking, op grond waarvan de detentie werd gelast, het gevolg

219 Kamerstukken II 1972, 12 132, Memorie van Toelichting, nr. 3, p. 3.
220 Ibidem.
221 Naar mijn mening was dat met de term 'toekenning' ook goed denkbaar, maar volgens de Minister zou deze term volledige schadevergoeding beletten, zie idem, p. 3.
222 Ibidem.

was van – onjuist gebleken – te kwader trouw gedane eigen aangifte, maar ook indien iemand aanvankelijk de schijn heeft gewekt een misdrijf te hebben gepleegd (krachtens een afspraak met de werkelijke dader en met de bedoeling om deze in de gelegenheid te stellen zich aan de nasporingen van de politie te onttrekken).

Naast genoemde uitbreiding voor wat betreft de omvang van de vergoeding wordt, onder invloed van artikel 5, vijfde lid EVRM voorgesteld de huidige uit 1926 stammende schadevergoedingsregeling uit te breiden door ook schadevergoeding tengevolge van inverzekeringstelling mogelijk te maken.[223] Tot slot wordt nog een uitbreiding wenselijk geacht voor het type schade dat voor vergoeding in aanmerking komt: denkbaar zijn gevallen van voorlopige detentie '*...waarin het psychisch leed van dien aard is, dat een geldelijke compensatie billijk geacht moet worden.*'[224] Juist doordat het onderhavige Wetsontwerp deze mogelijkheid geeft voor vergoeding van immateriële schade komt een onderscheid tot uiting van deze regeling ten opzichte van andere regelingen ter zake van schadevergoeding voor schade tengevolge van rechtmatige overheidstaken, zoals artikel 49 van de Wet op de Ruimtelijke Ordening. Daar betreft het schade aan onroerend goed terwijl het hier de (ook psychisch) nadelige gevolgen van een ondergane vrijheidsbeneming betreft, aldus de Minister.[225]

Ten aanzien van de *onkostenvergoeding* stelt de Minister voor, naast een aanpassing in terminologie,[226] om artikel 591a Sv aan te vullen in die zin dat vergoeding van de kosten van een raadsman mogelijk wordt.[227] De Minister baseert zich daarbij op een uitspraak van de Hoge Raad[228] door aan te geven dat daaronder wordt verstaan de kosten van een advocaat gedurende het gehele strafproces, met inbegrip van de voorlopige hechtenis.[229] Daarnaast wordt in overeenstemming met artikel 89 Sv, ook voorgesteld de vergoeding voor de kosten van een raadsman mogelijk te maken in het geval de zaak weliswaar eindigt met oplegging van een straf of maatregel, maar op grond van een feit waarvoor voorlopige hechtenis niet is toegelaten.[230]

Ten slotte wordt voorgesteld artikel 32 Wet op de economische delicten, artikel 42 Vreemdelingenwet en artikel 59 Uitleveringswet aan te passen aan terminologie en voorgestelde verruiming.

---

223 Zie hierover vooral het Voorontwerp van de Commissie Feber, hiervoor beschreven.

224 Een dergelijk verzoek om vergoeding van immateriële schade gedaan door de erfgenamen na het overlijden van de gewezen verdachte wordt echter uitgesloten.

225 Kamerstukken II 1972, 12 132, Memorie van Toelichting, nr. 3, p. 4.

226 Zo is in aansluiting op de wijzigingen t.o.v. artikel 89 Sv e.v. in artikel 591a, tweede lid 'tegemoetkoming' vervangen door 'vergoeding'.

227 Ik veronderstel dat de Minister bedoelt dat een totale onkostenvergoeding mogelijk moet zijn i.p.v. slechts een tegemoetkoming, zoals al geregeld is in artikel 591a Sv.

228 Hoge Raad 24 mei 1966, NJ 1966, 443.

229 Kamerstukken II 1972, 12 132, Ontwerp van Wet, nr. 2, p. 1 en idem, Memorie van Toelichting, nr. 3, p. 4.

230 Ibidem. Zie hierover nader N.M. Dane 2006.

1.6.4 De Vaste Commissie voor Justitie

De Vaste Commissie voor Justitie komt vervolgens aan het woord.[231] Veel leden vragen zich af waarom aan dit wetsontwerp *'...ook niet de geobjectiveerde redelijkheid en billijkheid ten grondslag lag...'*.[232] Over het algemeen delen de commissieleden de opvatting dat – behoudens uitzonderingen – sprake zal zijn van rechtmatige overheidsdaad.[233] Dat brengt hen op de kwestie of er sprake moet zijn van een recht op schadevergoeding. Indien namelijk sprake zou zijn van een onrechtmatige overheidsdaad (in de zin van detentie in strijd met de bepalingen van artikel 5 EVRM) staat de Nederlandse gewezen verdachte slechts een vordering op grond van artikel 1401 BW open (dit alles indien hij op grond van de regeling van de artikelen 89-93 Sv geen of te weinig schadevergoeding ontvangt). Gezien de jurisprudentie ten aanzien van de onrechtmatige daad zal hij slechts in aanmerking komen voor schadevergoeding in gevallen van zeer grof en onrechtmatig beleid, zonder veel kans op een ideële vergoeding. Daarentegen geeft artikel 5, vijfde lid EVRM in dat geval zonder marginale toetsing een recht op schadevergoeding. *'Waarom wordt deze ruimere regeling van artikel 5.5 van het Verdrag van Rome niet in het Nederlandse strafrecht overgenomen?'* vragen de leden zich af, en moet, ook al zal weinig sprake zijn van onrechtmatig opgelegde detentie in deze zin, een bepaling die in strijd is met het Verdrag van Rome bij wetswijziging in stand blijven? Getuigt dit niet van miskenning van het Verdrag? In de beperktheid van de rol van artikel 1401 BW in deze, zoals door de Minister geschetst, kunnen de commissieleden zich niet vinden.

Maar de Commissieleden voeren ook argumenten ontleend aan (ontwikkelingen in) het nationaal recht aan ten gunste van een recht op schadevergoeding. Verwijzend naar jurisprudentie[234] en wetgeving[235] menen deze leden *'...dat een bepaald overheidshandelen uit oogpunt van algemeen belang weliswaar volkomen gerechtvaardigd kan zijn, maar dat dit de overheid daarmee niet ontslaat van de plicht om de schade voor de benadeelden voor haar rekening te nemen.'*[236] Criminaliteitsbestrijding is een zaak van algemeen belang en daarbij is het onvermijdelijk dat onschuldigen – achteraf – ten onrechte zijn vastgehouden. In dergelijke gevallen heeft, naar de mening van deze leden, de overheid een

231 Kamerstukken II 1972-1973, 12 132, Voorlopig Verslag, nr. 5, p. 1-4.
232 Idem, p. 1.
233 Iets verderop uiten zij overigens hun twijfels over het optimisme van de Minister. Het lage aantal gevallen van onrechtmatigheden zal zeker worden beïnvloed *'...doordat enerzijds de meeste benadeelden of geïntimideerd zijn of de weg niet weten, anderzijds doordat bij een in wezen onrechtmatige detentie gemakkelijk een kapstokartikel gevonden kan worden (bijv. verdenking van bezit van verdovende middelen e.d.).'*, idem, p. 2.
234 Hoge Raad 19 februari 1944 (Jochems Duinwater), Hoge Raad 19 december 1952 (Voorste Stroom VII).
235 Artikel 15, vierde lid Monumentenwet.
236 Kamerstukken II 1972-1973, 12 132, Voorlopig Verslag, nr. 5, p. 1.

plicht tot schadevergoeding. Daarom betreuren zij dat voor schadevergoeding slechts een billijkheidsgrond wordt voorgesteld en geen rechtsgrond, de laatste in de zin van een in de wet vastgelegde verplichting (en derhalve een recht) tot schadevergoeding. De leden vragen zich af of de Minister inderdaad van mening is dat de vergoeding uit rechtmatige daad is gebaseerd op billijkheid en niet op rechtsgronden, want is het niet zo '*...dat een rechtmatige overheidsdaad wel degelijk een recht voor de benadeelde kan opleveren, en niet alleen een vergoeding uit billijkheidsoverwegingen?*'.[237]

Tot slot levert de billijkheid in de rechtspraktijk ongewenste situaties op en biedt ook het ontwerp in de huidige redactie '*...het (ook in de huidige regeling bestaand) risico van onderling sterk verschillende, het rechtsgevoel niet bevredigende beslissingen*.'[238] De billijkheid als grondslag voor vergoeding heeft in de jurisprudentie namelijk vaak aanleiding gegeven tot afwijzing van het verzoek op grond van overwegingen[239] waaruit de commissieleden het bestaan van het gevaar afleiden '*...dat ter zake van de schadevergoeding wegens ongegronde detentie een soort omkering van de bewijslast wordt geëist: de gewezen verdachte moet maar waarmaken dat hij helemaal onschuldig was*.'[240] Daarom komt het voor dat de rechter '*...die eerst de verdachte onschuldig verklaart, bijv. doordat het feit niet bewezen is, (...) later in zijn beschikking over bijv. 89 van het Wetboek van Strafvordering (zegt) dat hij geenszins overtuigd is van de onschuld van de verdachte...*'[241] De commissieleden achten deze situatie voor de systematiek van het strafrecht ongewenst en vragen of de Minister het niet wenselijk zou achten ter voorkoming van deze contradicties, uit te gaan van een recht op schadevergoeding, met zo nodig een aantal restricties. Moeten, aldus de leden, de goeden onder de kwaden lijden of moet het risico worden genomen dat zo nu en dan ook een vermoedelijk schuldige een schadevergoeding ontvangt?

Datzelfde bezwaar geldt de eis van artikel 90 waar de rechter bij zijn beslissing 'alle omstandigheden' in aanmerking moet nemen. De commissieleden vrezen '*...dat daarmee de mogelijkheid (...) (ontstaat) dat handelingen die als abnormaal of laakbaar worden beschouwd, maar die niet strafbaar zijn gesteld, toch van een soort indirecte sanctie voorzien worden, namelijk door het niet-verlenen van (...) schadevergoeding.*'[242] De leden achten deze vorm van pseudostraffen ongewenst en halen ter ondersteuning Tak weer aan waar hij een beslissing van het Hof Arnhem citeert waarin een voorziening werd geweigerd, omdat '*...uit het overgelegde dossier voldoende was gebleken dat aan verdachte tal van handelingen*

237 Idem, p. 2.
238 Idem, p. 3.
239 Aangehaald wordt hier P.J.P. Tak 1970, p. 13 die melding maakt van afwijzende beschikkingen, gebaseerd op de overwegingen als '*...dat de rechter geenszins overtuigd is van de onschuld van de verdachte...*', of '*...dat evenmin onomstotelijk was komen vast te staan dat de gewezen verdachte het hem telaste gelegde niet had begaan...*', idem, p. 2.
240 Ibidem.
241 Ibidem.
242 Idem, p. 2.

werden tenlaste gelegd welke, indien zij niet al tot de strafbare feiten zouden kunnen worden gerekend, de grens daarvan toch op bedenkelijke wijze naderbij kwamen...'.[243] Eveneens vroegen leden zich af of onder 'alle omstandigheden' moet worden verstaan het vroeger levensgedrag van de benadeelde. Zo, ja, zouden exgedetineerden dan minder sociaal en financieel nadeel ondervinden dan anderen? Ook vragen zij zich af in hoeverre de instandhouding van het tweede lid (dat verwijst naar de levensomstandigheden als gegeven waarmee rekening moet worden gehouden bij de bepaling van het schadevergoedingsbedrag) strijd oplevert met het beginsel dat iedereen voor de wet gelijk is. Ook zou dit benadrukken dat bij vergoeding sprake is van een gunst, want ware het een recht dan zou de vergoeding juist onafhankelijk van de omstandigheden van de gewezen verdachte gegeven worden.

Voor wat betreft de vraag of er sprake moet zijn van een recht op schadevergoeding, dringt zich een analogie op met het burgerlijk procesrecht, waar de regel geldt '*...dat hij, die zich van een aantastbare processuele bevoegdheid bedient, tot schadevergoeding gehouden is als deze handelswijze achteraf niet gerechtvaardigd blijkt te zijn.*'[244] Hoewel het burgerlijk procesrecht en het strafprocesrecht grote verschillen kennen '*...is in beide gevallen sprake van rechtmatig handelen, dat de andere partij desondanks onverdiend zeer kan benadelen. Terecht kan men zeggen dat als een partij een dergelijke bevoegdheid wil gebruiken, zij daarvan dan ook de risico's moet dragen. Waarom dit principe ook niet (...) toegepast in het strafprocesrecht, waar toch al sprake is van een uitermate ongelijke rechtsbedeling?*'[245] Wel zijn de commissieleden zich ervan bewust dat een dergelijke verruiming een grotere bijdrage van de staatskas zal vergen. Een ander bijkomstig effect, hoewel niet bedoeld, zou kunnen zijn dat de verruiming van de mogelijkheden tot schadevergoeding bij inverzekeringstelling en voorlopige hechtenis aanleiding zou geven ''*...tot een grotere zelfbeperking bij de hantering van deze dwangmiddelen*.'[246]

Tot slot vroegen enkele leden nog naar de wenselijkheid van een wettelijk maximum voor wat betreft de vergoeding van de ideële schade en naar de geschatte kosten van de regeling als geheel.

Na dit inleidend pleidooi dat eigenlijk voornamelijk gericht was op het overtuigen van de Minister dat een recht op (in plaats van op billijkheidsgronden gebaseerde) schadevergoeding een nog wenselijker uitbreiding zou zijn dan de al voorgestelde, becommentarieert de Commissie de artikelen afzonderlijk. Onder andere komt dan aan bod de vraag naar mogelijke uitbreiding voor schadevergoeding: indien sprake is van onrechtvaardig lange hechtenis (indien de straf lager is dan de voorlopige detentie heeft geduurd), indien de straf zo laag is dat de voorlopige hechtenis achteraf niet gewettigd was en voor

243 Kamerstukken II 1972-1973, 12 132, Voorlopig Verslag, nr. 5, p. 2.
244 Idem, p. 2.
245 Ibidem.
246 Idem, p. 2.

schade tengevolge van opsporing. Verder bespreken zij de rol van de erfgenamen, de rol van de advocaat, de rol van de rechtbank, de beperking in omschrijving der redenen, rechtsmiddelen en de verhouding tussen artikel 591a Sv en artikel 89 Sv voor wat betreft het verschil in de beslissende instantie (respectievelijk voorzitter gerecht/kantonrechter en raadkamer van de rechtbank), wat mogelijk tot een verschillend oordeel leidt over de grond tot schade- of onkostenvergoeding.

1.6.5 De Memorie van Antwoord

De Minister reageert uitgebreid.[247] Eerst wil hij de grondslag van de vergoeding nader toelichten. De vergoeding wordt gebaseerd op geobjectiveerde billijkheid, d.w.z. de rechter zal zijn oordeel moeten vormen aan de hand van objectieve maatstaven. Vervolgens gaat hij in op de argumenten door de Commissieleden aangevoerd ten gunste van een recht op schadevergoeding. Bij de toepassing van de voorlopige detentie kan men in het algemeen niet stellen dat sprake is van onrechtmatige overheidsdaad. Dit is slechts anders indien de detentie niet in overeenstemming met de wettelijke vereisten wordt opgelegd, wat zich zelden of nooit voordoet, zoals eerder betoogd. '*...De vergoeding van de regeling beoogt dus niet te zijn vergoeding ter zake van een onrechtmatige gedraging van de overheid.*'[248]

Dient nu ter zake van rechtmatig overheidshandelen waarbij een betrokkene schade ondervindt sprake te zijn van een recht op schadevergoeding? Wel bij een overheidsdaad als Onteigening, of zoals geregeld in de Monumentenwet, waarbij het ook schade aan onroerend goed betreft (hierbij wordt overigens de schadevergoeding zelf naar billijkheid bepaald). De door de commissieleden aangehaalde jurisprudentie betreft, volgens de Minister, overigens schade tengevolge van onrechtmatig overheidshandelen. De schade wegens voorlopige detentie verschilt van die aan onroerend goed en de vraag naar vergoeding doet zich pas achteraf voor, namelijk '*...in het licht van de uiteindelijke rechterlijke uitspraak. Pas dan valt, indien de verdachte wordt vrijgesproken of ontslagen van rechtsvervolging, te overzien, of het, alle omstandigheden in aanmerking genomen, redelijk is, dat de nadelige gevolgen van de indertijd bestaande verdenking geheel of gedeeltelijk te zijnen laste blijven.*'[249] Het zou te ver gaan een ieder die niet wordt veroordeeld een aanspraak op vergoeding te geven. '*...Zo behoort iemand door het enkele feit, dat hij door gebrek aan bewijs niet wordt gestraft, aan zijn vrijspraak of ontslag van rechtsvervolging niet het recht te kunnen ontlenen op een vergoeding. Een dergelijk automatisme zou een onjuiste en ongerechtvaardigde aan-*

247 Kamerstukken II 1973-1974, 12 132, Memorie van Antwoord, nr. 6, p. 1-5.
248 Idem (Memorie van Antwoord), p. 1.
249 Ibidem.

sprakelijkheid van de overheid betekenen.'[250] De Minister handhaaft daarom zijn standpunt dat geen sprake kan zijn van een recht op schadevergoeding.

Vervolgens gaat hij in op de relatie tussen de regeling van de artikelen 89-93 Sv en artikel 1401 BW enerzijds en genoemde artikelen en artikel 5 lid 5 van het EVRM anderzijds. Indien iemand is gedetineerd geweest in strijd met laatstgenoemde bepaling, staat, naast de mogelijkheid op basis van artikel 1401 BW ook de mogelijkheid van de regeling van de artikelen 89-93 Sv open indien betrokkene voldoet aan de formele voorwaarden (niet veroordeeld of veroordeeld ter zake van een feit waarvoor voorlopige hechtenis niet is toegelaten). De rechter zal dan in het geval van een apert onrechtmatige toepassing een volledige vergoeding geboden achten. In de resterende gevallen (wel veroordeeld ter zake van een feit waarvoor hechtenis was toegelaten) staat inderdaad slechts de weg van artikel 1401 BW open, maar in dit (volgens de bewindsman academische) geval '*...zal overigens de onrechtmatigheid reeds van meet af aan duidelijk zijn geweest en aanleiding hebben gevormd om gebruik te maken van de mogelijkheden de detentie te doen staken.'*[251] In dat geval zal de schade beperkt zijn gebleven en de rechter volledige schadevergoeding dienen toe te kennen, waarbij, aldus de Minister, geen reden is aan te nemen dat immateriële schade daarbij buiten beschouwing zou blijven.

Overigens zal onrechtmatigheid niet worden vastgesteld door beoordeling van het beleid (marginale toetsing derhalve), zoals door de leden naar voren gebracht, maar zal in het geval van onrechtmatige toepassing van voorlopige detentie sprake zijn van strijd met de wet, op grond waarvan de vordering al zal moeten worden toegewezen.

De door de commissie aangevoerde strijdigheid van de strafvorderlijke schadevergoedingsregeling met artikel 5 EVRM ziet de bewindsman niet omdat bij onrechtmatige detentie aan de betrokkene een recht op schadevergoeding is toegekend in 1401 BW, waarmee aan de verdragsverplichting is voldaan. Dat denkbaar is dat de civiele rechter zich afzijdig houdt zolang de rechtsgang van de regeling van de artikelen 89-93 Sv openstaat[252] hoeft in dit verband geen probleem te zijn '*...nu de voorgestelde verruiming(en) niet geringer zijn dan die welke het burgerlijk recht biedt.'*[253]

De middels geciteerde jurisprudentie aangegeven onwenselijke ontwikkelingen bieden naar de mening van de Minister onvoldoende houvast om aan

250 Ibidem.

251 Ibidem, Minister lijkt vooral ex tunc te redeneren, zie verderop in de discussie tussen de Minister en Roethof sub § 1.6.6, waar inderdaad blijkt dat Roethof ex nunc redeneert terwijl de Minister meent dat alleen ex tunc kan worden beoordeeld of de overheid rechtmatig of onrechtmatig handelde.

252 Dit wordt geïllustreerd aan de hand van Hoge Raad 22 februari 1957, NJ 1957, 310 (Madurifo-arrest of ook Schellen en deuropeners genoemd), waar ook een bijzondere rechtsgang openstond, die overigens als met onvoldoende waarborgen omkleed werd beoordeeld, zie hierover hoofdstuk 3 in § 3.3.2.2.

253 Idem (Memorie van Antwoord), p. 2.

te tonen dat schadevergoeding op billijkheidsgronden tot onaanvaardbare resultaten zou leiden. Ten eerste betreft het hier uitspraken van ongeveer 45 jaar geleden. Ten tweede blijkt uit het eerder bijgevoegd statistisch overzicht[254] dat ook bij de huidige beperkte regeling op basis van billijkheid steeds ruimere vergoedingen zijn toegekend. Ten derde is niet juist te stellen dat de betrokkene zijn onschuld zou moeten bewijzen om in aanmerking voor vergoeding te komen. Het gaat niet om een rechtsstrijd, waarin vereist is dat een partij feiten aannemelijk zou moeten maken of zelfs bewijzen. '*...Voldoende is dat de rechter tot het oordeel komt dat, gezien alle factoren, er achteraf bezien onvoldoende reden was de betrokkene van zijn vrijheid te beroven, (...) bijv. indien het bewijs dat in het strafgeding tegen de verdachte is geleverd zo gering was dat daarop geen redelijke verdenking had kunnen worden gebaseerd.*'[255]

Een afwijzende beslissing op een verzoek om schadevergoeding, aldus de Minister, dient zeker niet te worden beschouwd als een contradictoire uitspraak ten opzichte van een voor de betrokkene gunstig eindoordeel in de strafzaak. Een vrijspraak volgt indien niet voldoende bewijs kan worden geleverd dat de verdachte schuldig is, maar hoeft niet te betekenen dat het bewijs zo gering was dat de verdenking ten tijde van de detentie achteraf niet redelijk is te noemen. Een afwijzende beslissing kan vanuit de betrokkene gezien wel afbreuk doen aan de vrijspraak/ontslag van rechtsvervolging. Dit nadeel wordt echter niet weggenomen indien sprake zou zijn van een recht op schadevergoeding. Dat zou slechts zo zijn indien in alle gevallen van vrijspraak/ontslag van rechtsvervolging toekenning van schadevergoeding zou plaatsvinden, wat de Minister te ver gaat, want dan zou ook een schuldige die door een processuele fout aan een veroordeling ontkomt een recht op vergoeding hebben.

Overigens kan niet gezegd worden dat onder de huidig voorgestelde regeling de 'goeden' onder de 'kwaden' lijden, aangezien de 'goeden' daarin thans volledig schadeloos kunnen worden gesteld.

Het door de commissieleden geuite bezwaar tegen de in artikel 90 Sv geformuleerde eis van 'alle omstandigheden' acht de Minister ongegrond; de vrees dat deze algemene regel de rechter zou uitnodigen tot het in aanmerking nemen van (bijv. laakbare) gedragingen is ongegrond en bovendien heeft deze nieuwe passage juist het voordeel dat nadruk op omstandigheden als 'vroeger levensgedrag' wordt vermeden. Het feit dat vroeger levensgedrag een rol speelt betekent echter niet dat bijv. ex-gedetineerden minder sociaal en financieel nadeel ondervinden, maar dat '*...dit gedrag (...) van invloed (kan) zijn op het oordeel, ook achteraf, over het al dan niet gerechtvaardigd zijn van de vrijheidsbeneming.*'[256]

De door de commissieleden overigens aangevoerde vergelijking met het burgerlijk procesrecht waar een recht op schadevergoeding bestaat, gaat naar

254 Kamerstukken II 1972, 12 132, Bijlagen van de Memorie van Toelichting, nr. 4, bijlage IV.
255 Memorie van Antwoord, p. 2.
256 Idem, p. 3.

de mening van de Minister overigens niet op; daar betreft het namelijk het onoirbaar gebruik van processuele mogelijkheden waardoor jegens een ander een onrechtmatige daad wordt gepleegd. In het geval van voorlopige detentie echter berust de aantasting van iemands rechten op een in de wet vastgelegde bevoegdheid.

Toch meent de Minister niet dat een recht op schadevergoeding tot een ruimer toekenningbeleid aanleiding zou geven dan als gevolg van het ontwerp mogelijk zou zijn. De mogelijkheid van een volledige schadevergoeding mag echter, zoals de Commissie Feber ook meende, niet van invloed zijn op de hantering van de vrijheidsbenemende dwangmiddelen.

Het stellen van een wettelijk maximum wijst de bewindsman af, aangezien het de taak van de rechter is de redelijke grenzen van een vergoeding vast te stellen.

De geuite vrees dat de hantering van billijkheidsgronden tot meer ongelijke beslissingen zou leiden, doet de bewindsman slechts opmerken dat er zich op dit gebied '*...nauwelijks in sterke mate op elkaar gelijkende gevallen (zullen) voordoen.*'[257]

Bij het artikelsgewijs commentaar gaat de Minister bij artikel 89 Sv in op de opmerking van de leden dat niet is voorzien in vergoeding voor het geval dat een straf is opgelegd die van kortere duur is dan de voorlopige detentie. Het zou volgens de leden namelijk onjuist zijn de betrokkene een langere straf te laten ondergaan dan de rechter hem wil opleggen. De Minister acht de gedachtegang dat de voorlopige detentie gezien wordt als straf niet juist. Het feit dat de duur van de ondergane detentie wordt verrekend met de opgelegde straf doet daar niet aan af; dwangmiddelen en straf zijn in rechtsgrond en doel verschillend. De voorlopige vrijheidsbeneming rust op een verdenking en op de aanwezigheid van bepaalde omstandigheden zoals ernstig gevaar voor vlucht. Het bestaan van deze omstandigheden moet los worden gezien van de hoogte van de later eventueel op te leggen straf; discussie over deze omstandigheden dient plaats te vinden door gebruikmaking van de door de wet gegeven rechtsmiddelen tegen voorlopige detentie. '*...De duur van de voorlopige detentie moet dus niet worden gezien in het licht van een later gevolgde veroordeling.*'[258] Overigens is het streven dat de voorlopige hechtenis altijd zo kort mogelijk duurt als maar enigszins mogelijk is, wat ook geldt indien het zich laat aanzien dat een vrijheidsstraf van lange duur zal worden opgelegd. Wettelijk is vastgelegd dat een bevel voorlopige hechtenis achterwege dient te blijven indien het zich laat aanzien dat de verdachte dan langere tijd van zijn vrijheid beroofd zou zijn dan de duur van de straf of maatregel.[259] Hierbij aansluitend gaat de Minister nog in op enkele aspecten naar aanleiding van enkele resterende vragen:

---

257 Ibidem.
258 Idem, p. 3.
259 Thans 67a, derde lid Sv.

- indien de straf lager is dan de voorlopige detentie heeft geduurd zou een vergelijking gemaakt kunnen worden met de figuur voorzien in artikel 32 WED (de mogelijkheid van een geldelijke tegemoetkoming wegens een toegepaste voorlopige maatregel in de zin van die wet, in geval van niet veroordeling of bij wel veroordeling waarbij de straf of maatregel van onevenredige hardheid is), maar de Minister oordeelt uitbreiding van de schadevergoedingsmogelijkheid voor de hier genoemde situatie niet wenselijk;
- de veronderstelling dat een zeer lage straf zou meebrengen dat de voorlopige hechtenis niet gewettigd was is onjuist aangezien, zoals eerder opgemerkt, dan ten onrechte een verband wordt gelegd tussen de hoogte van de opgelegde straf en de grondslag van de voorlopige detentie;
- schade tengevolge van opsporing raakt niet de kwestie van voorlopige detentie maar eerder die van inbeslagneming. De betrokkene kan onder omstandigheden vergoeding van deze schade vorderen bij de civiele rechter.'...*In de praktijk wordt voor dergelijke gevallen echter steeds een oplossing gevonden in de vorm van een vergoeding ingevolge het Koninklijk Besluit van 27 juli 1950, Stb. K. 320, ten laste van de begroting van het departement van ondergetekende.*'[260]

Bij artikel 90 Sv gaat hij in op de daarin opgenomen woorden 'alle omstandigheden in aanmerking genomen' en meent niet, in tegenstelling tot de commissieleden, dat deze woorden geschrapt zouden moeten worden. Bij schrapping ervan zou de indruk kunnen ontstaan dat, in vergelijking met de thans geldende regeling,[261] de houding van de verdachte voor en tijdens de voorlopige detentie niet meer zou mogen meetellen, terwijl de bewindsman dat juist belangrijke factoren vindt voor de vraag of een vergoeding billijk is.

De (in de geldende regeling al voorkomende en niet in het voorstel gewijzigde) toevoeging dat bij de bepaling van de hoogte van de vergoeding ook rekening moet worden gehouden met de levensomstandigheden, wat volgens de leden het 'gunst'-karakter benadrukt, doet de Minister opmerken dat juist in regelingen waar een recht op vergoeding wordt gegeven, bedoelde omstandigheden als relevant worden aangemerkt. Ook de idee dat deze voorwaarde strijd met het gelijkheidsbeginsel zou opleveren kan hij niet beamen. '...*Dit beginsel houdt in dat ieder gelijke rechten heeft, maar dat brengt niet mede dat ook de hoogte van de vergoeding voor iedereen gelijk moet zijn. Iemands levensomstan-*

260 Kamerstukken II 1973-1974, 12 132 Memorie van Antwoord, nr. 6, p. 4. Voor de tekst zie hierna sub § 1.6.7 laatste alinea in noot 292.

261 In de op dat moment geldende regeling staat in artikel 90 Sv, voor zover relevant: '...Het vroeger levensgedrag van den verdachte en zijne houding vóór en tijdens de voorloopige hechtenis worden bij de beslissing in aanmerking genomen.'

digheden kunnen immers heel wel meebrengen dat hij door hetzelfde voorval meer schade lijdt dan een ander en het is dan billijk dat ook de vergoeding hoger is.'[262]

In een nota van wijzigingen wordt artikel 89 Sv eveneens van toepassing verklaard voor schade ten gevolge van vrijheidsbeneming in het buitenland ondergaan in verband met een door Nederland gedaan verzoek om uitlevering en wordt de werking van artikel 91 Sv op de Vreemdelingenwet aangevuld.[263]

Op 12 september 1974 acht de Vaste Commissie de openbare beraadslagingen voldoende voorbereid.[264]

1.6.6 Openbare beraadslagingen: amendementen Roethof

Vervolgens worden drie amendementen ingediend door Roethof welke een dag later door hem worden vervangen.[265] Het betreft ten eerste een uitbreiding: thans geeft de regeling een schadevergoedingsmogelijkheid voor ondergane preventieve hechtenis in geval men niet is veroordeeld, alsook, indien men wel is veroordeeld, voor een feit waarvoor voorlopige hechtenis niet was toegelaten. De gevallen waarin voorlopige hechtenis is toegelaten zijn genoemd in artikel 67 Sv. Roethof stelt voor ook de gronden van artikel 67a Sv te betrekken bij de vraag naar schadevergoeding in geval van veroordeling voor een feit waarvoor voorlopige hechtenis niet is toegelaten.

Ook stelt hij een uitbreiding van de schadevergoedingsmogelijkheid voor naar die gevallen waar – bij oplegging van een vrijheidsstraf – de duur van die vrijheidsstraf korter is dan de tijd in verzekering/voorlopige hechtenis doorgebracht en tot slot betreft een amendement wijziging van het feit dat de schadevergoedingsrechter dezelfde is als de rechter die over de strafzaak heeft geoordeeld (samenstelling raadkamer).

De daarop volgende behandeling in de Tweede Kamer bestaat uit een gedachtewisseling tussen Roethof van de PvdA en Minister Van Agt.[266] Hun discussie betreft, behalve de thema's van de amendementen ook – zoals Roethof noemt – de gunstensfeer waarin de schadevergoeding blijft liggen. Over dit punt gaat hij eerst terug naar de al of niet onrechtmatigheid van de toegepaste voorlopige hechtenis. Hij is het niet eens met de Minister als deze stelt dat de oplegging van de voorlopige hechtenis op zichzelf geen onrechtmatige daad is omdat aanvankelijk te goeder trouw naar het wapen van de voorlopige hechtenis is gegrepen. Al achteraf vrijspraak volgt is die pech voor de verdachte, en risico van het vak, volgens de Minister. Roethof verwijst naar de in

262 Idem, p. 5.
263 Kamerstukken II 1973-1974, 12 132, nr. 7, Nota van wijzigingen.
264 Kamerstukken II 1973-1974, 12 132, nr. 8, Eindverslag.
265 Kamerstukken II 1974-1975, 12 132, nrs. 9 t/m 14.
266 Handelingen II 1974/1975, 8 april 1975 (12 132), p. 3725-3733.

Rechtsgeleerd Magazijn Themis door Bregstein en Van den Bergh gevoerde discussie naar aanleiding van de Voorste Stroom-arresten[267] en ziet daarin een parallel met het achteraf ten onrechte opleggen van voorlopige hechtenis. Beiden (Bregstein en Van den Bergh) namen, ondanks verschil van mening over (on)rechtmatigheid, wel zonder meer het rechtskarakter van de schadevergoeding aan. Naar de mening van Roethof is ook hier '*...de handeling van de zijde van de overheid op zichzelf plichtmatig en geboden, hetgeen niet wegneemt dat schadevergoeding vereist is, niet als gunst, maar als recht.*'[268] Ook artikel 5 lid 5 EVRM geeft een afdwingbaar recht tot schadevergoeding en waarom ook zou men zo bevreesd zijn '*...om in een rechtsstaat de gedachte van een recht op schadevergoeding op te nemen.*'[269] Het is hier zo belangrijk voor Roethof omdat het hier een grondrecht – dat niemand wederrechtelijk van zijn vrijheid mag worden beroofd – betreft. Tegenover dit recht staat het recht van de overheid om iemand in detentie te mogen nemen. Als overheid loopt men dan het risico om grenzen te overschrijden van op zichzelf toekomende bevoegdheden door iemand, achteraf ten onrechte, in voorlopige hechtenis te nemen. Volgens Roethof is dat voor de overheid het risico van het vak.

Mevrouw Lückers-Bergmans van de KVP meldt zich dienaangaande nog even en is het eens met de Minister dat de voorlopige hechtenis zelden of nooit berust op een onrechtmatige gedraging van de overheid en dat ook niet de vrijheidsbenemende dwangmiddelen onrechtmatig worden wanneer de verdachte niet wordt veroordeeld. Sprekend namens de fracties KVP, ARP, CHU en VVD meent zij dat er geen recht op schadeloosstelling gecreëerd moet worden, maar dat het moet gaan om een mogelijkheid om vergoeding van schade te vragen. Bij vrijspraak bijv. is vaak geen sprake van ten onrechte gehanteerde detentie. Ook leemten in de wet kunnen tot vrijspraak aanleiding geven, daarbij zich herinnerend dat dit bijv. speelde toen men zich afvroeg onder welk delict joyriding zou vallen.

De Minister reageert door te stellen dat de regeling van de artikelen 89-93 Sv er is *naast* de regeling van artikel 1401 BW. Of een voorlopige hechtenis derhalve valt te kwalificeren als onrechtmatige daad kan dus worden voorgelegd aan de burgerlijke rechter; dat is en blijft zo. Daarnaast staat de regeling van de artikelen 89-93 Sv betreffende vrijheidsbeneming anders dan uit hoofde van een onrechtmatige daad. De Minister meent niet dat het dan gaat om pure gunstverlening, althans niet in die zin dat bij toepassing sprake zou zijn van willekeur. Artikel 90 Sv zegt dat de toekenning steeds plaatsheeft, indien en voor zover daartoe naar het oordeel van de rechter, gronden van billijkheid

267 Van den Bergh betreurt de extensieve interpretatie van artikel 1401 BW; Bregstein niet; hij spreekt van een rechtvaardigingsgrond in wording, welke volledig kan worden door het toekennen van schadevergoeding, zie idem, p. 3726. Zie over hun theorieën ook hoofdstuk 3.

268 Ibidem.

269 Ibidem.

aanwezig zijn. Dat oordeel is dus niet puur willekeurig, hoewel '*...het evalueren van de omstandigheden, naar de maatstaf van de billijkheid, moeilijk is, moeilijk kan zijn althans en voor degene die om schadevergoeding vraagt niet bijster veel houvast biedt*.'[270]

De Minister ziet overigens geen parallel met de Voorste Stroom-arresten, aangezien het daar volgens hem ging om *ab initio* onrechtmatig overheidshandelen. Roethof betwist dit en meent dat de vraag óf het ging om ab initio onrechtmatig overheidshandelen juist het twistpunt was.[271] De Minister: '*...Het verschil met de voorlopige hechtenis, waarover wij het nu hebben, is dat het hier gaat om gevallen waarin voorlopige hechtenis wordt toegepast onder omstandigheden, die het Openbaar Ministerie en de rechter de overtuiging kunnen geven, dat het geboden is dit dwangmiddel te hanteren: het gaat hier dus om een rechtmatige overheidsdaad*.'[272] Bij Voorste Stroom was het voortgaan van de lozing van afvalwater onrechtmatig en was de vraag of het aanbieden en betalen van schadevergoeding ter zake daarvan dat in beginsel onrechtmatige karakter zou kunnen veranderen.[273]

Wat nu met artikel 5 lid 5 EVRM en de veronderstelde strijdigheid van de regeling van de artikelen 89-93 Sv daarmee,[274] is het volgende punt waar de Minister op ingaat. Indien de toepassing van een vrijheidsbenemend dwangmiddel niet valt binnen de termen van artikel 5, eerste lid onder c EVRM,[275] dan is sprake van een onrechtmatige vrijheidsbeneming, waarvoor het redres aanwezig is van 1401 BW. Valt het wél binnen de termen van artikel 5, eerste lid onder c EVRM, dan is er volgens het vijfde lid van artikel 5 EVRM geen recht op schadeloosstelling en biedt de regeling van de artikelen 89-93 Sv daarom meer dan het minimum dat het Europese recht vraagt. Roethof reageert hierop door te stellen dat juist achteraf kan blijken dat het onrechtmatig is geweest en dat dit dus het recht kan geven op een afdwingbare schadevergoeding. Daarnaast noemt hij de artikelen 60 en 17 van het EVRM waaruit z.i. blijkt dat niets uit het verdrag zo mag worden geïnterpreteerd dat de rechten verder worden ingeperkt dan voorzien in het verdrag; hij houdt daarom staande dat de voorgestelde regeling op zijn minst op gespannen voet staat met het

270 Idem, p. 3728.
271 Idem, p. 3730.
272 Idem, p. 3728.
273 Idem, p. 3731.
274 Op deze relatie gaan ook in onder andere P.J.P. Tak 1970 versus Th. W. van Veen 1976, p. 71-81 en J.P.M. Borsboom 1983, zie daarover uitvoerig hoofdstuk 4.
275 Artikel 5, eerste lid aanhef en onder c: 'Niemand mag van zijn vrijheid worden beroofd, behalve in de navolgende gevallen en langs wettelijke weg: c)Indien hij op rechtmatige wijze is gearresteerd of gevangen gehouden teneinde voor de bevoegde rechterlijke instantie te worden geleid, wanneer redelijke termen aanwezig zijn om te vermoeden, dat hij een strafbaar feit heeft begaan of indien er redelijke gronden zijn om aan te nemen, dat het noodzakelijk is hem te beletten een strafbaar feit te begaan of te ontvluchten, nadat hij dit heeft begaan.'

EVRM.[276] De Minister ziet waaruit hun meningsverschil ontspringt: naar het oordeel van de bewindsman kan namelijk, i.t.t. wat Roethof meent, '*...niet ex post facto, maar alleen aan de hand van de gegevens die beschikbaar waren toen de overheid handelde, (...) worden beoordeeld, of de overheid toen rechtmatig dan wel onrechtmatig optrad*.'[277]

Maar waarom dan niet ter zake van rechtmatige overheidsdaad een recht op schadevergoeding, als men ervan uitgaat dat een inverzekeringstelling/ voorlopige hechtenis zo beoordeeld zelden als onrechtmatig zal worden gekwalificeerd, vraagt de Minister zich af. Omdat, aldus de bewindsman, een dergelijke regeling van uitzonderingen zou moeten worden voorzien, wat hij illustreert aan de hand van enkele casus: bijv. iemand doet zich voor als de dader om de werkelijke dader buiten schot te houden (wat bij georganiseerde misdaad kan voorkomen) en later blijkt dat hij de dader niet is, dus volgt er vrijspraak of de zaak is niet eens ter zitting gekomen. '*...Is het dan werkelijk geboden – ik beantwoord deze vraag ontkennend – om iemand die zich aldus heeft gedragen jegens de overheid een recht op schadeloosstelling te geven ter zake van die voorlopige hechtenis, waarvan het helemaal aan hem zelf is te wijten, dat deze is begonnen en heeft voortgeduurd?*'[278]

Als men al een stelsel van een recht op schadevergoeding na rechtmatige overheidsdaad zou wensen, zou men voor dit soort situaties al uitzonderingen moeten formuleren en in hoeverre zou dat dan verschillen van het huidige voorgestelde in artikel 90 Sv waar staat: '*De toekenning van een schadevergoeding heeft steeds plaats indien en voor zover daartoe gronden van billijkheid aanwezig zijn*.' Roethof vindt dat onbegrijpelijk aangezien er ten aanzien van iedere wet wel reeksen uitzonderingen mogelijk zijn.

Een ander thema waarover zich een discussie ontvouwt betreft het feit dat de schadevergoedingsrechter dezelfde is als de rechter die over de strafzaak heeft geoordeeld (samenstelling raadkamer). Roethof twijfelt of dit nu niet in strijd is met een van de grondbeginselen, dat niemand optreedt als rechter in eigen zaak. Hij bepleit daarom liever het omgekeerde en neigt daarbij naar de situatie dat de burgerlijke rechter (bevoegd o.g.v. 1401 BW) zich over de schadevergoeding buigt. Indien de Minister hiervan niet overtuigd zou raken, zou vervolgens de administratieve rechter in aanmerking komen, omdat het toch een geschil tussen burger en overheid betreft. Meest haalbaar zou echter zijn dat de strafrechter wordt ingeschakeld, maar dan een ander college dan datgene wat in eerste instantie recht heeft gedaan. Deze laatste optie geldt daarom als uitgangspunt van een van Roethofs amendementen.

De Minister leest dit amendement als ontstaan uit vrees voor een gepredisposioneerd zijn van de schadevergoedingsrechter. Ten onrechte, zo meent de bewindsman, want '*...het zijn de rechters die het voor de verdachte gunstige oordeel*

276 Idem, p. 3730.
277 Idem, p. 3732.
278 Idem, p. 3728.

hebben uitgesproken; van de rechters van de vrijspraak of van het ontslag van rechtsvervolging...'[279] van wie een oordeel over schadevergoeding wordt gevraagd. De keuze voor deze rechters is ingegeven door het feit dat zij de zaak kennen en het spoedigst een beslissing kunnen geven, en als men al zou spreken van predispositie, dan toch in het voordeel van de verdachte. Roethof reageert dat het hem daar niet om gaat maar juist om een meer principieel aspect, uitgaande van het grondbeginsel dat men geen rechter moet zijn in eigen zaak. Van Agt voegt daaraan toe dat de '*...vraag of het verstandig is rechters te doen oordelen in eigen zaak (...) alleen dan aan de orde (kan) komen wanneer het gaat om rechters die als overheidsdienaren al een voor deze burger ongunstige beslissing hebben genomen. Dat zijn nu juist niet de rechters die ons wetsontwerp aan het werk wil zetten.'*[280]

Het voorstel van Roethof ook de gronden van artikel 67a Sv te betrekken bij de vraag naar schadevergoeding in geval van veroordeling voor een feit waarvoor voorlopige hechtenis niet is toegelaten komt vervolgens aan bod. Van Agt onderscheidt de situaties:

- dat voorlopige hechtenis is toegepast voor een feit waarvoor dat dwangmiddel niet is gegeven: dat is een onrechtmatige daad waarvoor artikel 1401 BW geldt en niet de regeling van de artikelen 89-93 Sv;
- dat voorlopige hechtenis is toegepast ter zake van een feit, waarvoor het in abstracto wel kan, maar zonder dat in concreto een der gronden genoemd in artikel 67a Sv aanwezig is: ook dat is onrechtmatige daad;
- dat voorlopige hechtenis is toegepast ter zake van feit a, terwijl voor feit b wordt veroordeeld, waarbij voor feit b geen voorlopige hechtenis is toegelaten; daarvoor is de regeling van de artikelen 89-93 Sv bedoeld. In deze regeling is geen plaats voor artikel 67a Sv: simpelweg geldt namelijk dat bij het ontbreken van een grond van artikel 67a Sv ten tijde van de toepassing van het dwangmiddel er sprake is van onrechtmatige daad.

Roethof vindt dit niet helder; de overheid kan toch te goeder trouw tot een beslissing komen ex artikel 67a Sv terwijl achteraf blijkt dat die beslissing niet gewettigd is. De Minister kan niet inzien hoe nadien, op het moment van het vonnis, aan het eind van de gehele procedure, kan blijken dat er destijds geen ernstig vluchtgevaar is geweest of dat er destijds geen gewichtige reden van maatschappelijke veiligheid was (de eisen voor toelaatbaarheid van het dwangmiddel in concreto, zoals gesteld in artikel 67a Sv). Roethof ontkracht dit en meent dat bij vrijspraak wel degelijk kan blijken '*...dat er dus geen gewichtige redenen zijn geweest voor het in gevaar komen van de maatschappelijke veiligheid*'[281] maar de Minister blijft erbij dat een vrijspraak niet de destijds gemaakte taxatie weerlegt. Maar dat kan wel, meent Roethof, bijv. indien het delict is gepleegd

279 Idem, p. 3729.
280 Idem, p. 3732.
281 Idem, p. 3732.

door een ander, zodat de man die oorspronkelijk als dader werd beschouwd helemaal geen gevaar voor de maatschappelijke veiligheid hoefde op te leveren. Van Agt gaat hierop niet verder in maar verwijst slechts nog naar al de mogelijkheden die de verdachte heeft om te laten toetsen (en hertoetsen) of er nog wel grond is voor voorlopige hechtenis in zijn concrete geval.

Tot slot dient nog het amendement om, eveneens de, bij opgelegde straf achteraf te veel opgelegde voorlopige hechtenis in aanmerking te laten komen voor schadevergoeding. Roethof: '*...Wanneer de man zes maanden gezeten heeft doch vier maanden opgelegd krijgt, is er dunkt mij sprake van geleden schade*.'[282] Het komt hem niet acceptabel en op gespannen voet met het EVRM voor om dit risico maar voor de burger te laten die toch maar fout is geweest. Het EVRM beoogt namelijk de burgers te beschermen tegen een machtige overheid. '*...Wanneer de fout van een burger bestraft wordt met een te onevenredige reactie van de zijde van de gemeenschap, er dan ook ter zake van die onevenredigheid recht dient te worden gedaan (...). Ook dat is m.i. een element van schade: het onevenredig toedienen van leed...*'[283] De Minister verwijst naar eerdere opmerkingen dat de voorlopige hechtenis geen straf is en de duur ervan daarom niet zonder meer kan worden vergeleken met de duur van de straf. Het is dus niet in zichzelf onoirbaar dat de overheid voorlopige hechtenis heeft toegepast voor een langere duur dan de duur van de uiteindelijk opgelegde straf. De vraag naar (on)rechtmatigheid moet ook hier weer worden beoordeeld naar het tijdstip waarop de overheid handelde, dat zijn derhalve die tijdstippen dat beslist wordt tot voortzetting van de voorlopige hechtenis. Overigens is nieuw opgenomen in artikel 67a Sv '*dat een bevel tot voorlopige hechtenis achterwege blijft wanneer ernstig rekening moet worden gehouden met de mogelijkheid, dat (...) hij* [= de verdachte, MD] *bij tenuitvoerlegging van het bevel langere tijd van zijn vrijheid beroofd zou blijven dan de duur van de straf of maatregel*'. Dat leidt ertoe dat thans eerder geconcludeerd zou kunnen worden dat voortzetting van de voorlopige hechtenis onrechtmatig zou kunnen zijn geweest. Roethof merkt slechts nog op dat indien men ervan uitgaat dat in genoemde gevallen schade is geleden, wat hij doet, er aanleiding is die gevallen voor schadevergoeding in aanmerking te laten komen.

1.6.7 Aanneming wetsvoorstel herziening schadevergoeding: Stb. 1975, 341

Het komt er op neer dat de Minister de drie amendementen aan de Kamer ontraadt[284] en na afsluiting van de algemene beraadslaging wordt een dag

282 Idem, p. 3727.
283 Idem, p. 3727.
284 Idem, p. 3730.

later, op 9 april 1975, het wetsontwerp door de Tweede Kamer zonder stemming aangenomen.[285]

Een gewijzigd Ontwerp van Wet wordt ingediend, waarbij de wijziging slechts een aanvulling betreft voor schade geleden ten gevolge van vrijheidsbeneming in het buitenland ondergaan in verband met een door Nederlandse autoriteiten gedaan verzoek om uitlevering. De Minister heeft daarom alle andere suggesties zoals hiervoor besproken, niet meegenomen.[286]

De Vaste Commissie voor Justitie van de Eerste Kamer stelt nog enige vragen:[287] over de verhouding van de regeling van de artikelen 89-93 Sv ten opzichte van de vordering uit onrechtmatige daad; over de maatstaf voor de hoogte van vergoeding van immateriële schade (angst voor verschillen); en wanneer de burgerlijke rechter een door rechter-commissaris of rechtbank gegeven bevel tot voorlopige hechtenis onrechtmatig zal achten.

De Minister beantwoordt deze vragen in zijn Memorie van Antwoord, waarna de Commissie -door mededeling van dit Ministeriele antwoord aan de Kamer – haar eindverslag afsluit.[288] Inhoudelijk gaat de Minister in zijn Memorie van Antwoord zoals gevraagd in op de verhouding tussen de regeling van de artikelen 89-93 Sv en de vordering uit onrechtmatige daad en merkt hij op dat de eerstgenoemde regeling in hoofdzaak de vergoeding ter zake van een rechtmatige daad dient. Hoewel een onrechtmatige detentie volgens de Minister zelden of niet zal voorkomen, wordt die overigens niet uitgesloten van de werking van de regeling van de artikelen 89-93 Sv. Deze regeling kan daarom voor beide soorten van gevallen dienen. Verder wordt aan de burgerlijke rechter overgelaten een vordering al dan niet ontvankelijk te achten indien de gewezen verdachte ook gebruik had kunnen maken van de regeling van de artikelen 89-93 Sv maar, zonder deze weg te volgen, zich direct wendt tot de burgerlijke rechter. De bewindsman noemt in dit verband een arrest van de Hoge Raad[289] waarin het standpunt is gehuldigd dat, wil er sprake zijn van een bijzondere, het beroep op de burgerlijke rechter uitsluitende, rechtsgang, deze rechtsgang met de nodige waarborgen moet zijn omringd. De Minister spreekt de verwachting uit dat de burgerlijke rechter de regeling van de artikelen 89-93 Sv als een met zodanige waarborgen omringde rechtsgang beschouwt en acht het daarom aan te raden – indien van toepassing – eerst

285 Handelingen II 1974/1975 (9 april 1975), p. 3737.

286 Tevens wordt artikel 91 Sv bij de wijziging van artikel 42 Vreemdelingenwet van toepassing verklaard. Zie voor het Ontwerp: Kamerstukken I 1974/1975, 12 132, Gewijzigd Ontwerp van Wet, nr. 91, p. 1-2.

287 Kamerstukken I 1974/1975, 12 132, Voorlopig Verslag van de vaste Commissie voor Justitie omtrent het ontwerp van wet, nr. 91A, p. 1.

288 Kamerstukken I 1974/1975, 12 132, Eindverslag van de Vaste Commissie voor Justitie, nr. 91b, p. 1-3.

289 Hoge Raad 22 februari 1957, NJ 1957, 310 (Madurifo-arrest of ook Schellen en deuropeners genoemd), door de Minister al eerder aangehaald, zie sub § 1.6.5. Zie ook hierna hoofdstuk 3 in § 3.3.2.2.

gebruik te maken van deze mogelijkheid alvorens een beroep te doen op de burgerlijke rechter, om zo een mogelijke niet-ontvankelijkheid in civilibus te voorkomen.

Voor wat betreft de maatstaf van de vergoeding wegens immateriële schade merkt de Minister op dat het wetsontwerp hier niets over regelt en de rechter daarom geheel vrij wordt gelaten in zijn oordeel over de hoogte van deze vergoeding. Dat heeft te maken met de omstandigheden van persoonlijke aard die een dergelijke vergoeding bepalen. Het is de vraag of bij deze materie een geval ooit gelijksoortig is aan een ander geval, terwijl een wettelijke maatstaf nu juist geldt voor gelijksoortige zaken. Mogelijk kan de ontwikkeling in de rechtspraak op dit punt ook zonder wettelijke maatstaf een richtsnoer gaan vormen voor de rechter, aldus de Minister.

De bewindsman gaat nog even in op de relatie tussen de artikelen 1401 en 1407 BW voor wat betreft immateriële schade. Tot slot merkt hij op dat een oordeel over de mogelijke onrechtmatigheid van door rechter-commissaris of rechtbank gegeven bevel tot voorlopige hechtenis dient te worden overgelaten aan de civiele rechter.

Tijdens de beraadslagingen in de Eerste Kamer gaat Brongersma (PvdA) in op de keuze voor schadevergoeding uit billijkheid in plaats van erkend als recht.[290] Hij onderscheidt enerzijds rechterlijke dwalingen die berusten op slordigheid en anderzijds rechterlijke dwalingen die menselijkerwijze onvermijdelijk waren. De argumenten van de Minister om voor een billijkheidsvergoeding te kiezen zijn onderbouwd met een geval als waarbij sprake is van vrijspraak door bijv. vormfouten (waarbij inderdaad niet de minste aanspraak op vergoeding zou moeten bestaan) maar Brongersma onderscheidt daarvan een geval als waarbij sprake is van achteraf onjuist gebleken aanwijzingen voor schuld, en waarbij een recht op schadevergoeding wel wenselijk zou zijn. Aangezien ons recht slechts een vrijspraak wegens gebrek aan bewijs kent en niet een onschuldigverklaring zijn dergelijke gevallen moeilijk te splitsen. Echter tegen de achtergrond van de onschuldpresumptie zou Brongersma een recht op schadevergoeding zuiverder hebben geacht dan een billijkheidsvergoeding. Ten aanzien van een ander punt, namelijk de vergoedingsmogelijkheid ten aanzien van een langduriger hechtenis dan de uiteindelijk opgelegde gevangenisstraf meent hij dat een vergoedingsmogelijkheid daarvoor theoretisch juist is. Het zou echter leiden tot een psychologisch onjuiste druk op de rechterlijke macht aangezien zij zich dan mogelijk gehouden zouden voelen hier al bij oplegging van de gevangenisstraf rekening mee te houden. Tot slot betreurt hij het dat de regeling niet voorziet in een vergoedingsmogelijkheid voor schade geleden tijdens het opsporingsonderzoek, zoals vernielde kleding.

De Minister reageert:[291] de splitsing van rechterlijke dwalingen zoals door Brongersma onderscheiden valt naar zijn mening samen met dat tussen on-

290 Handelingen I 1974-1975, (12 132) 24 juni 1974, p. 1122-1123.
291 Handelingen I 1974-1975 (12 132) 24 juni 1975, p. 1139-1140.

rechtmatige en rechtmatige overheidsdaden. Het verschil tussen inhoudelijk verschillende vrijspraken, gekoppeld aan het bestaan van de onschuldpresumptie, zou kunnen leiden tot de opvatting dat een ieder die niet veroordeeld wordt een recht heeft op schadevergoeding. Dat is niet de opvatting die de Minister deelt, maar zou men die delen, dan zouden ook daar uitzonderingen op gemaakt moeten worden en zou dat tot ongeveer hetzelfde eindresultaat leiden als waartoe de onderhavige (billijkheids)regeling voert.

De kwestie waarom de regeling niet voorziet in vergoeding van schade opgelopen tijdens opsporingsonderzoek is in de Memorie van Antwoord kort besproken. Voor dergelijke schade, tengevolge van inbeslagneming, is al een oplossing gevonden in de vorm van een vergoeding ingevolge het Koninklijk Besluit van 27 juli 1950, Stb. K 320 (zogenaamd Gratificatiebesluit),[292] ten laste van de begroting van het departement van Justitie. Ook schade door andere opsporingshandelingen dan inbeslagneming zou op basis van datzelfde besluit vergoed kunnen worden. Dat geeft weliswaar geen recht op schadevergoeding, maar wel een gunst die volgens de Minister parlementair controleerbaar blijft. Bij het toekennen van een recht op schadevergoeding voor opsporingshandelingen zou men zich moeten afvragen of dat ook niet t.a.v. derden zou moeten gelden (bijv. afzetting stadsgedeelten ten behoeve van een achtervolging waarbij handelsafspraken mislopen). De consequenties inclusief de financiële moeilijk zijn in dat geval niet te overzien. Na deze uiteenzetting wordt het wetsontwerp vervolgens zonder stemming aangenomen, wat leidt tot de Wet van 26 juni 1975 tot herziening van de bepalingen in het Wetboek van Strafvordering betreffende schadevergoeding wegens voorlopige hechtenis, met wijziging van daarmee verband houdende bepalingen in enkele andere wetten, Stb. 341. De artikelen 89-93 en 591a Sv zijn daarmee gewijzigd.[293]

---

292 Voor zover relevant luidt dat: '...Artikel 1: De Hoofden van de Departementen van Algemeen Bestuur zijn bevoegd, binnen het raam van de op desbetreffende begroting van uitgaven beschikbare gelden, met inachtneming van het bepaalde in het volgende artikel en van de ter zake gegeven administratieve voorschriften, subsidiën, bijdragen, vergoedingen, schadeloosstellingen, gratificatiën en andere geldelijke uitkeringen te verlenen, tenzij de aan het verlenen van een geldelijke tegemoetkoming ten grondslag liggende beweegreden tot toepassing van bij of krachtens de wet vastgestelde voorschriften behoort te leiden. Artikel 2 ziet specifiek op de toepassing t.a.v. overheidspersoneel en artikel 3 regelt de inwerkingtreding en daarbij wordt het KB 19 juni 1924, Stb. 294 buiten werking gesteld.' Dit besluit is ingetrokken bij Wet van 19 december 1991 (via de wijziging Comptabiliteitswet 1976) Stb. 1991, 752.

293 Deze wetsaanpassing wordt onder andere becommentarieerd door Th. W. van Veen 1976, zie hierover nader hoofdstuk 4.

1.7 WIJZIGINGEN IN/DISCUSSIE OVER KOSTEN- EN SCHADEVERGOEDINGSREGELING NA 1975 (BIJGEWERKT TOT MEDIO 2008)[294]

1.7.1 De onkostenvergoedingsregeling

De onkostenvergoedingsregeling van de artikelen 591 Sv (ongeacht uitkomst strafzaak) en 591a Sv (in geval geen straf of maatregel is opgelegd) ondergaan nog enkele wijzigingen na de hiervoor beschreven periode van 1975 die echter voornamelijk technisch van aard zijn. Aangezien geen relevante aanvulling voor wat betreft de voorwaarden (formeel/materieel) of ter zake van de toekenninggrond plaatsvindt, maar het voornamelijk steeds aanpassingswetgeving betreft, volsta ik slechts met een zeer summiere opsomming.

Artikel 591a Sv wordt aangepast bij wet van 10 mei 1978 in Stb. 1978, 251,[295] wat ziet op een aanpassing aan vernummering van artikelen waarnaar verwezen wordt.[296,297]

Bij Wet van 31 maart 1983, Stb. 1983, 153 (Wet Vermogenssancties[298]) worden de artikelleden van 591a genummerd en wordt de toepassing van het eveneens bij die Wet ingevoerde artikel 9a WvSr[299] buiten de mogelijkheid van vergoeding van onkosten van artikel 591a Sv gehouden.[300] Zie over deze aanpassing, die een verschil creëert in voorwaarden met artikel 89, eerste lid Sv, mijn commentaar in Melai.[301]

In 1996 werd in het vierde lid '91' toegevoegd na 'artikelen 90'.[302] Deze wijziging had geen gevolgen voor de behandeling van verzoekschriften om gratie, die voor het tijdstip van inwerkingtreding van deze wijziging waren ingediend.

---

294 Voor zover relevant voor onderhavig thema.

295 Wetsontwerp en MvT: Kamerstukken II 1977, 14636, nrs 1-3 sub artikel II ad H.

296 In aanvulling op Kamerstukken II 1977, 14636, Memorie van Toelichting, nr. 3, p. 7 (sub artikel II ad H): in Stb. 1963, 130 was artikel 591a Sv nieuw ingevoerd. Daarin werd onder andere de onkostenvergoedingsregeling van toepassing verklaard op ouders (van een minderjarige verdachte), die zijn opgeroepen ingevolge artikel 495, eerste lid of artikel 503, tweede lid (inmiddels zijn dat art. 496a, eerste lid of art. 500a). Deze wet trad in werking op 1 januari 1965. De vernummering van deze artikelen in de Wetten in Stb. 1961, 402 (welke pas in werking trad op 1 juli 1965!) respectievelijk Stb. 1973, 509 was nog niet doorgevoerd. Dat vond dus thans plaats.

297 Wet van 10 mei 1978. Stb. 1978, 251 (i.w.tr. 12 juni 1978).

298 In werking 1 mei 1983, Stb. 1983, 174.

299 Het zogenaamde rechterlijk pardon, zie daarover Kamerstukken II 1977-1978, 15012, Memorie van Toelichting nr. 3, algemeen deel p. 22-24.

300 Wetsontwerp en MvT: Kamerstukken II 1977-1978, 15012, nrs 1-3 sub artikel II ad T (vanaf Kamerstukken II 1981-1982, 15012 sub II ad O).

301 N.M. Dane 2006, aant. 5. In het ontwerp wetsvoorstel 'Schadecompensatie strafvorderlijk overheidsoptreden' wordt voorgesteld deze ongelijkheid op te heffen door zowel voor de regeling van artikel 591a Sv als de nieuwe schadevergoedingsregeling een gelijke formulering te kiezen (voorgesteld art. 594, eerste lid, onder a).

302 Wet van 18 januari 1996, Stb. 1996, 39 (i.w.tr. 1 mei 1996).

In 1999 wordt in het derde lid de passage 'artikel 496a, eerste lid, of artikel 500a' vervangen door de passage 'artikel 496, eerste lid'.[303]

Een veelvoorkomende vraag die tot grote verdeeldheid leidde (of de kosten van een raadsman ook kunnen worden vergoed op grond van artikel 591a Sv indien er sprake was van een toevoeging maar op enig moment door verdachte is beslist deze ongebruikt te laten en de werkelijke kosten te declareren) is met de aanpassing van de wet in 2005 definitief beantwoord door in artikel 591a lid 2 een zinsnede op te nemen die verwijst naar het nieuwe art. 44a Wet rechtsbijstand (Wrb).[304] De wetgever heeft hierbij aangegeven dat de keuze tot gebruik van een toevoeging of een gekozen raadsman moet worden gemaakt voordat sprake is van daadwerkelijk verleende bijstand.[305]

Ook artikel 591 Sv wordt nog enkele malen gewijzigd.[306] Inmiddels is er sinds oktober 2007 een ontwerp wetsvoorstel 'Schadecompensatie strafvorderlijk overheidsoptreden' met Memorie van Toelichting ter consultatie aangeboden aan de Raad voor de Rechtspraak, de Nederlandse Vereniging voor rechtspraak, het College van Procureurs-generaal, de Nederlandse Orde van Advocaten en het Korpsbeheerdersberaad en de Raad van Hoofdcommissarissen maar hierin worden de artikelen 591 en 591a Sv inhoudelijk niet veel gewijzigd. Wel verandert er het een en ander in relatie tot de schadevergoedingsregeling. Zo wordt onder andere voorgesteld de ongelijkheid van voor-

303 Wet van 28 januari 1999, Stb. 1999, 30 (i.w.tr. 17 februari 1999).

304 Wet van 28 april 2005, Stb. 2005, 234, i.w.tr. op 1 augustus 2005. Art. 44a lid 1 Wet rechtsbijstand (Wrb) luidt: 'Indien een verdachte in een strafzaak is bijgestaan door een raadsman die op het moment van de verlening van rechtsbijstand is toegevoegd, wordt met uitzondering van de vergoeding van de eigen bijdrage, geen kostenvergoeding van een raadsman als bedoeld in art. 591a, tweede lid, van het Wetboek van Strafvordering toegekend, tenzij de toevoeging, anders dan na een daartoe ingediende aanvraag, wordt ingetrokken of beëindigd.' Art. 44a lid 2 Wrb luidt: 'In het geval op last van de rechter een raadsman is toegevoegd, wordt overeenkomstig het eerste lid geen kostenvergoeding toegekend, indien de toevoeging op of na de uitspraak van de rechter na een daartoe ingediend verzoek van de verdachte bij de rechterlijke instantie die een last heeft verstrekt, wordt ingetrokken of beëindigd.'

305 Kamerstukken II 2003/04, 29 756, nr. 3, p. 2 (MvT).

306 Niet volledig, maar een selectie: Bij Wet van 19 november 1986 tot herziening van de bepalingen van het Wetboek van Strafrecht, het Wetboek van Strafvordering, de Beginselenwet gevangeniswezen en enkele andere wetten omtrent de maatregel van terbeschikkingstelling en enige andere onderwerpen die met de berechting van geestelijk gestoorde delinquenten samenhangen, in Stb. 1986, 587 sub artikel II ad Q wordt de werking van artikel 591 Sv uitgebreid tot de behandeling van vorderingen aangaande wijziging voorwaarden/verlengen terbeschikkingstelling. In Stb. 1988, 380 wordt de inwerkingtreding hiervan geregeld. Bij Wet van 10 december 1992 tot wijziging van het Wetboek van Strafrecht en het Wetboek van Strafvordering en enkele ander wetten ter verruiming van de mogelijkheden tot toepassing van de maatregel van ontneming van wederrechtelijk verkregen voordeel en andere vermogenssancties, in Stb. 1993, 11 sub artikel II ad JJ wordt een verwijzing naar artikelen gecorrigeerd (inwerking 1 maart 1993, Stb. 1993, 98).Tot slot wordt het artikel aangepast naar aanleiding van de wijzigingen tengevolge van de wet van 8 november 1993, Stb. 1993, 591, zoals uitvoerig besproken in § 1.7.2.

waarden (met betrekking tot artikel 9a Sr) gelijk te trekken voor zowel de onkostenvergoedingsregeling als de schadevergoedingsregeling. De grondslag van vergoeding blijft voor de onkostenvergoedingsregeling echter gebaseerd op de oorspronkelijke billijkheidsformulering, in tegenstelling tot de grondslag voor de schadevergoedingsregeling (zie hierna). Aangezien bij het afsluiten van de tekst van deze dissertatie niet bekend was of de resultaten van het consultatieproces tot aanpassingen zullen leiden, zal met deze hoofdlijnen worden volstaan.

1.7.2 De schadevergoedingsregeling: Kamervragen en in 2007 een ontwerp wetsvoorstel 'Schadecompensatie strafvorderlijk overheidsoptreden'

Vanaf 1975 worden meermaals Kamervragen gesteld over schadevergoedingen en worden enkele aanpassingen gedaan op de regeling. Zo wordt in 1989 gevraagd naar de hoogte van en de frequentie waarmee de rechter na vrijspraak vergoedingen voor voorlopige hechtenis heeft toegekend. De Minister antwoordt op 20 februari 1989 dat een inventarisatie van vrijspraken plaatsvond en dat hij streeft voor de zomer van dat jaar een standpunt te bepalen of de wettelijke regeling aanpassing behoeft.[307]

Ook wordt in diezelfde periode gevraagd naar het schadevergoedingsverzoek door ex-Slavenburg verdachten en hoe de Minister meent paal en perk te kunnen stellen aan de hoogte van de vergoedingen. De Minister antwoordt dat de uitspraak in de Slavenburgzaak in het belang van de wet is vernietigd door de Hoge Raad, zodat de kans op een succesvolle claim bij gedeeltelijke vrijspraak in beginsel tot nihil is teruggebracht. Hij ziet dus geen reden om maatregelen te nemen.[308]

Naar aanleiding van meerdere rapporten en adviezen van de Nationale Ombudsman geeft de Minister van Justitie zijn mening over schadevergoeding duidelijk weer, onder andere door te stellen dat hij alleen grond ziet voor schadevergoeding voor de gewezen verdachte die geheel onschuldig blijkt (hij reageert hiermee op het eerste van de twee civiele arresten van de Hoge Raad van 2 februari 1990, NJ 1990, 794, uitvoerig besproken in hoofdstuk 3 in § 3.3.3.1).[309]

In de tussentijd wordt het Koninklijk Besluit van 27 juli 1950, Stb. K 320 (het zogenaamde Gratificatiebesluit), dat ook de mogelijkheid bood voor

307 Aanhangsel Handelingen II 1987/88, nr. 651 en 1988/89, nr. 305. Hierover onder andere J.H.F.J. Cremers 1989, p. 705-708.

308 Aanhangsel Handelingen II 1989/90, p. 745. Hierover onder andere K. Rozemond 1993, p. 129-132, noot 6.

309 Brief van de Minister van Justitie van 16 maart 1990, besproken door P.A.M. Mevis 1992, p. 748-758.

compensatie van schade (zie hierover § 1.6.7), bij Wet van 19 december 1991 (de vierde Wijziging Comptabiliteitswet 1976) ingetrokken, Stb. 1991, 752.

Bij wet van 10 december 1992, Stb. 1993, 11 inzake de verruiming van ontneming van wederrechtelijk verkregen voordeel en de daarbij aangereikte dwangmiddelen (conservatoir beslag), wordt afgezien van een vergoedingsregeling voor de daaruit te ontstane schade.[310]

In 1993 wordt onder invloed van het EVRM de raadkamerprocedure herzien, wat ook consequenties heeft voor de procedures in het kader van schade- en onkostenvergoeding, zoals blijkt uit de *Wet van 8 november 1993, Stb. 1993, 591*. De overweging in de Memorie van Toelichting die aan deze wijziging ten grondslag ligt[311] is dat indien de uitkomst van een procedure direct bepalend is of kan zijn voor hetzij de vaststelling van burgerlijke rechten en verplichtingen (dan wel van de gegrondheid van een strafvervolging), artikel 6 EVRM van toepassing is. Zo bezien voldoet de beslotenheid van de behandeling in diverse bestaande raadkamerprocedures in beginsel niet aan de eisen die artikel 6 EVRM stelt aan de openbaarheid van behandeling. De raadkamerprocedures die naar de huidige stand van de jurisprudentie geacht worden te vallen onder de bescherming van dit artikel dienen daarom te worden aangepast. Onder verwijzing naar literatuur wordt in de Memorie overgenomen dat voor de vraag wanneer sprake is van '*the determination of his civil rights and obligations*' niet bepalend of de vaststelling van de gegrondheid van voornoemde rechten de hoofdzaak van de raadkamerprocedure vormt, maar of het karakter van een '*civil right*' eraan kan worden toegekend. In de rechtspraak is het recht op schadevergoeding in ieder geval als *civil (private) right* aangemerkt. Gekozen wordt voor een vorm waarbij toch in beginsel de beslotenheid van de raadkamerprocedure wordt gehandhaafd, tenzij door de wet anders is voorgeschreven (artikel 22 Sv). Vervolgens wordt bij de voorbereiding per (categorie van) raadkamerprocedure(s) nagegaan of artikel 6 EVRM van toepassing moet worden geacht.[312] Ten aanzien van de acties ter verkrijging van schade- of kostenvergoeding wordt opgemerkt dat de artikelen 89, 90, 591 en 591a gemengd van aard zijn en '*...(w)eliswaar rechtvaardigt de stringente koppeling van de actie aan het strafproces de plaatsing in het Wetboek van Strafvordering, maar de inzet van de procedure kan toch als civielrechtelijk worden gekwalificeerd. De toepassing van artikel 6 (EVRM) is hiermee gegeven. Dit geldt evenzeer voor de schadevergoedingsactie van artikel 32 van de WED tengevolge van de oplegging van een voorlopige maatregel.*'[313] In de artikelsgewijze toelichting wordt ten aanzien

310 Kamerstukken II, MvT 1989/90, 21540, nr. 3, p. 53 (daarover onder andere De Kok 1993, p. 446) en MvT II 1990/91, 21540, nr. 3, p. 28-29.

311 Kamerstukken I 1991-1992, 22585, nr. 3 Memorie van Toelichting, p. 2, 3.

312 Idem, Kamerstukken I 1991-1992, 22585, nr. 3 Memorie van Toelichting, p. 8, 9.

313 Idem, Kamerstukken I 1991-1992, 22585, nr. 3 Memorie van Toelichting, p. 17. Zie echter later de uitspraak van het Europese Hof A.M. en J. van Z. 28 september 1995, NJ 1995, 726 waarbij een verzoek tot schadevergoeding op de voet van 89 Sv niet werd beschouwd als 'civil right' in de zin van artikel 6 lid 1 EVRM, besproken in hoofdstuk 6 in § 6.6.4.

van artikel 90 Sv opgemerkt dat het weglaten van een motivering in geval van een afwijzende beschikking[314] zich niet verdraagt met de voorgestelde openbaarheid van behandeling en uitspraak. Ook de verplichting tot betekening hoeft niet te worden gehandhaafd.[315] In de discussie die volgt wordt voornamelijk aandacht besteed aan het gekozen uitgangspunt 'besloten, tenzij', maar niet specifiek aan de materie van de schade- en onkostenvergoeding. Zonder beraadslaging en stemming wordt het (na nota van wijziging) wetsvoorstel aangenomen.[316] Nadat een gewijzigd voorstel van wet aan de Eerste Kamer is aangeboden[317] wordt het geheel zonder beraadslaging en zonder stemming aangenomen[318] en dat betekent onder andere dat de behandeling van schade- en onkostenverzoeken in raadkamer nadien in het openbaar plaatsvindt.

De schadevergoedingsregeling (specifiek in artikel 89 Sv) wordt in 1994 ook van toepassing verklaard op schade geleden tengevolge van klinische observatie bij *Wet van 15 december 1993, houdende enkele wijzigingen in het WvSr, het WvSv en de Beginselenwet gevangeniswezen omtrent de terbeschikkingstelling en de observatie, Stb. 1994, 13.* Reden is dat de gedwongen klinische observatie op grond van artikel 509g Sv als vrijheidsbeneming kan worden aangemerkt.[319] Zonder verdere opmerkingen op dit punt wordt deze wijziging doorgevoerd.[320]

Ten slotte is op 1 mei 1996 in werking getreden de *Wet van 18 januari 1996 tot wijziging van het WvSv en de Gratiewet, Stb. 1996, 39*.[321] Hierin is de gratieregeling herzien evenals de schade- en onkostenvergoedingsregeling van de artikelen 89-93 Sv respectievelijk artikel 591a Sv. In de schadevergoedingsregeling wordt rechtspraak gecodificeerd[322] doordat naast de al bestaande schadevergoeding in geld thans ook verrekening met een in een andere zaak aan de betrokkene opgelegde en nog te ondergane vrijheidsstraf mogelijk is. In

---

314 Zie artikel 90 laatste alinea, zoals geredigeerd in Stb. 1925, 343 (de wijziging in Stb. 1975, 341 veranderde niets op dat punt): '*...De beslissing is met redenen omkleed. De beschikking wordt onverwijld aan den gewezen verdachte of aan zijne erfgenamen beteekend, doch, indien het eene afwijzende beslissing betreft, met weglating van de redenen. In dat geval kan de gewezen verdachte (...) van de redenen ter griffie inzage bekomen.*' Zie hierover § 1.5.2.

315 Idem, Kamerstukken I 1991-1992, 22585, nr. 3 Memorie van Toelichting, p. 18 en 10 *('...Het betekenen van een beschikking is gewenst indien het mogelijk is om van de beslissing beroep in te stellen dan wel indien anderszins een termijn (...) gaat lopen na het nemen dan wel het betekenen van de beslissing.').*

316 Handelingen II 1993-1994, 7 oktober 1993, p. 494.

317 Kamerstukken I 1993-1994, 22584, nr. 39, sub artikel I ad P, Q, R en RR waarin de wijzigingen gestroomlijnd zijn weergegeven.

318 Handelingen I 1993-1994, 2 november 1993, p. 242.

319 Kamerstukken II 1992-1993, 22909, nr. 3, Memorie van Toelichting sub artikel II ad A, p. 10. Verwezen wordt naar de op dezelfde wijze aangepaste regeling van artikel 27 WvSr in ditzelfde wetsontwerp (sub artikel I ad B).

320 Deze wet treedt in werking op 15 januari 1994 zoals volgt uit Stb. 1994, 14.

321 Inwerkingtreding op 1 mei 1996, Stb. 1996, 211.

322 Hof 's-Gravenhage 17 februari 1993, NJ 1993, 294, m.nt. Th. W. van Veen.

de Memorie van Toelichting[323] haalt Minister Sorgdrager annotator Van Veen aan die naar aanleiding van de beschikking van het Haagse Hof de daar gehanteerde oplossing mogelijk in strijd met het wettelijk systeem acht, aangezien '*...het Hof zich inlaat met de executie van een straf, door een ander Hof opgelegd, in een zaak die niet aan het oordeel van het Hof onderworpen is geweest...*'.[324] De Minister ziet deze strijdigheid niet, omdat de rechter ook op grond van artikel 63 WvSr gehouden is rekening te houden met vóór een veroordeling in een ander arrondissement gepleegde feiten. Tegelijkertijd stelt zij voor om, indien de rechter een schadevergoedingsbedrag toekent, dit direct te verrekenen met nog openstaande aan de Staat verschuldigde geldbedragen die bij een onherroepelijk geworden vonnis of arrest zijn opgelegd. Zij denkt hierbij onder andere aan de schadevergoedingsmaatregel en de geldboete. Voor wat betreft de *onkostenvergoedingprocedure* van artikel 591a Sv stelt zij voor, conform de mogelijkheid die er is om tegen een schadevergoedingsbeschikking van de Rechtbank[325] hoger beroep in te stellen, dit ook mogelijk te maken tegen een onkostenvergoedingbeschikking. De leden van de Vaste Commissie voor Justitie maken enkele opmerkingen op dit punt waaruit vooral blijkt dat zij niet allen erg op de hoogte zijn van de huidige situatie.[326] Naar aanleiding van de wel relevante vragen merkt de Minister op[327] dat de verrekeningsmogelijkheid slechts de voldoening van straffen opgelegd bij een rechterlijke uitspraak in een strafzaak betreft,[328] en het dus niet gaat om compensatie van bijv. een fiscale vordering van de Staat op verzoeker. De beschikking op de voet van de regeling van de artikelen 89-93 Sv waarin een verrekening plaatsvindt, is aan dezelfde regels onderworpen als een schadevergoedingsbeschikking, inclusief de mogelijkheden tot beroep.

Voor wat betreft de praktische implementatie merkt zij op dat de schadevergoedingsrechter beschikt over gegevens van het Algemeen Documentatieregister ten aanzien van verzoeker en door de daar in gang gezette automatisering zal deze dienstverlening nog worden verbeterd. Het is echter niet mogelijk dat andere rechters kennis nemen van bijzondere omstandigheden die niet bij de motivering van de strafoplegging zijn vermeld zoals bij een mondeling vonnis. Er is niet voor gekozen nieuwe beoordelingscriteria toe te voegen naast

---

323 Kamerstukken II 1994-1995, 23960, Memorie van Toelichting, nr. 3, p. 5.

324 Ibidem.

325 Een beschikking van een Hof is derhalve niet appellabel, aangezien artikel 91 eerste lid Sv de mogelijkheid van hoger beroep slechts openstelt '...tegen de door de Rechtbank genomen beslissing...'. Dit artikel wordt thans van overeenkomstige toepassing verklaard bij artikel 591a Sv.

326 Kamerstukken II 1994-1995, 23960, Verslag van de Vaste Commissie voor Justitie, nr. 5, p. 6-7. Zo betrof de vraag die de PvdA fractieleden stelden '*...waarom niet meteen de mogelijkheid om schadevergoeding te vragen voor de tijd dat men ten onrechte in verzekering heeft gezeten, geïntroduceerd zou kunnen worden.*' Zie idem, p. 6.

327 Kamerstukken II 1994-1995, 23960, Nota naar aanleiding van het Verslag, nr. 6, p. 8-9.

328 Zoals wordt opgenomen in de nota van wijziging, Kamerstukken II 1994-1995, 23960, nr. 7, p. 1.

de al bestaande 'alle omstandigheden in aanmerking genomen, gronden van billijkheid', waarbij rekening wordt gehouden met de levensomstandigheden van de gewezen verdachte.[329]

Voor de Minister ziet de verrekening van de toegekende schadevergoeding met aan de Staat toekomende geldsommen primair dus op aan de Staat toekomende sommen, maar valt daaronder ook de inning van de ten behoeve van het slachtoffer opgelegde maatregel die aan de Staat is opgedragen. Zij verwijst daarbij naar wetsvoorstel 21345[330] en wil de daar uitgezette lijn doorzetten bij de executie. Naar aanleiding van Commissievragen over de stijgende schadevergoedingsverzoeken zegt zij dat inderdaad een stijgende tendens valt waar te nemen. Daarnaast hebben enige kostenverhogende factoren een rol gespeeld zoals incidenteel hoge vergoedingen in bijv. de ABP zaak en de zaak Slavenburg. Tot slot verandert er niets ter zake van de mogelijkheid tot cassatie: er staat geen cassatieberoep open op grond van artikel 445, eerste lid Sv tegen de beschikkingen ex artikelen 89, 591 en 591a Sv.[331]

Na enkele, niet voor de schade- of onkostenvergoedingsregeling relevante, amendementen, volgen de beraadslagingen in de Tweede Kamer.[332] Een samenvatting op het thema schade- en onkostenvergoeding:[333] Van Oven vraagt naar aanleiding van de stijgende-kosten-tendens en in het bijzonder de incidenteel uitgekeerde hoge vergoedingen of niet het gevaar bestaat dat uit angst daarvoor minder snel tot vervolging wordt overgegaan. Zou ook de uitspraak van het Hof Den Bosch niet kunnen leiden tot aanpassing van het beleid ter zake van dagvaarding en tenlastelegging?[334] De Minister deelt deze vrees niet en zegt niet in de praktijk te hebben meegemaakt dat enerzijds geen voorlopige hechtenis wordt toegepast omdat men bezig zou zijn met de vraag dat eventuele vrijspraak dan tot schadevergoeding zo leiden. Zij ziet de onderscheiden fasen in de procedures zo verschillend dat een dergelijke afweging naar haar mening niet gemaakt zal worden. Ook ziet zij niet naar aanleiding van de uitspraak van Hof Den Bosch een andere omgang met meerdere feiten.

---

329 Zie art. 90 Sv, eerste en tweede lid.

330 Daar kwam aan de orde of bij geringe draagkracht van verdachte bij een keuze tussen oplegging van een schadevergoedingsmaatregel of een geldboete prioriteit moest worden toegekend aan de schadevergoedingsmaatregel. Men wilde daar niet de rechter verder in perken, maar vond het aan te bevelen dat het openbaar ministerie in een dergelijk geval prioriteit zou toekennen aan het vorderen van een schadevergoedingsmaatregel. Kamerstukken II 1989-1990, 21345, nr. 3 Memorie van Toelichting, p. 19.

331 De Minister refereert per abuis naar de artikelen *590 en 591* Sv i.p.v. naar art. 591a Sv.

332 Handelingen II 1994-1995, 10 mei 1995, p. 4445-4461.

333 De meeste discussie betreft namelijk de herziening van de gratieregeling.

334 Van Oven heeft over deze uitspraak eerder Kamervragen gesteld op 10 maart 1993 die zijn beantwoord door de Minister op 3 april 1995. Het betreft hier Hof Den Bosch 28 november 1994, NJ 1995, 146, waarbij de verzoeker werd ontvangen in zijn schadevergoedingsverzoek hoewel hij voor twee feiten was veroordeeld en vrijgesproken voor één feit. Het Hof meende dat het gegeven dat de onderhavige drie feiten op een dagvaarding terecht waren gekomen, niet vanuit de feiten zelf viel te verklaren. Hij vraagt daar later nog eens naar (1999/2000), zie hierna.

Zij meent dat het in ieders belang is dat zoveel mogelijk bekende feiten tegelijk ten laste worden gelegd, zodat men niet achtereenvolgens wordt blootgesteld aan een strafrechtelijke procedure. '*...Wanneer men wordt vrijgesproken of alleen maar veroordeeld voor een delict waarop geen voorlopige hechtenis staat, zal schadevergoeding moeten worden betaald. Wanneer men wordt veroordeeld voor een delict waarop wel voorlopige hechtenis staat, geldt die schadevergoeding conform de letter van de wet niet. Op deze wijze dient een en ander ook in de toekomst te worden toegepast*.'[335]

Soutendijk-Van Appeldoorn stelt als randvoorwaarde dat de afweging of sprake moet zijn van schadevergoeding in de vorm van vermindering op een nieuwe straf bij de rechter moet blijven. Vos wil graag dat bij toekenning van een schadevergoeding compensatie met een schadevergoedingsmaatregel ten behoeve van het slachtoffer mogelijk moet zijn. De Minister beaamt dat. Ook compensatie van toegekende vergoeding met een fiscale claim zou hem niet onredelijk voorkomen. Daar sluit Dittrich bij aan in die zin dat zijn fractie een compensatie met onherroepelijk fiscale schulden wenst, aangezien gebleken is dat die moeilijk inbaar zijn. Dat laatste is de Minister niet bekend en juist de fiscus heeft mogelijkheden die het strafrecht ontbeert. Praktisch ziet zij de verschillende systemen van strafrecht en belastingdienst niet makkelijk te verbinden. Vos wil daarom graag dat dit met Vermeend van Financiën wordt besproken, maar de Minister is er op principiële gronden huiverig voor een dergelijke systeemverbinding te maken. Volgens Rabbae zijn haar argumenten niet principieel maar praktisch van aard terwijl er wel degelijk een principieel standpunt tegen vermenging van twee zo verschillende systemen valt in te nemen. Dittrich verwijst nog naar de mogelijkheden die de Koppelingswet zal bieden, maar de Minister stelt dat koppeling van bestanden met de fiscus voor die kleine groep mensen die schadevergoeding krijgt zinloos lijkt. In plaats daarvan moet er bewustwording komen bij die ambtenaar die in het kader van een schadevergoeding een groot bedrag uitkeert of er ook nog een vordering is uit anderen hoofde, aldus de Minister. Op 16 mei 1995 wordt het voorstel door de Tweede Kamer met algemene stemmen aangenomen.[336] Enkele leden van de Vaste Commissie van de Eerste Kamer vragen om een rechtspraakoverzicht ter zake van schadevergoeding op de voet van de regeling van de artikelen 89-93 Sv om te bezien '*...of de rechtsontwikkeling op dit onderdeel zich nog wel binnen wenselijke of aanvaardbare grenzen bevindt.*'[337] De Minister merkt op dat het thans slechts een technische aanpassing betreft met een verrekeningsmodaliteit. Of een herziening te gronde van de regeling noodzakelijk is wordt op het departement bestudeerd. Daarbij is aan de orde of de regeling in het WvSv moet worden uitgebreid tot een algemenere regeling

335 Handelingen II 1994-1995, 10 mei 1995, p. 4458.
336 Handelingen II 1994-1995, 16 mei 1995, p. 4558.
337 Kamerstukken I 1994-1995, 23969, Voorlopig Verslag van de Vaste Commissie voor Justitie, nr. 270a, p. 1.

voor schade tengevolge van de toepassing van dwangmiddelen. Dat kan tengevolge van een onrechtmatige- maar ook tengevolge van een rechtmatige overheidsdaad zijn, '*...waarbij het niettemin onredelijk is dat de financiële consequenties daarvan uitsluitend ten laste van betrokken burger(s) komen.*'[338] Ook wordt bij die bestudering bezien of bij de beoordeling van een schadevergoedingsverzoek de strafrechter gehouden moet zijn dezelfde criteria toe te passen die zijn ontwikkeld in het leerstuk van de (on)rechtmatige overheidsdaad. Zij verwijst tot slot naar een overzicht zoals gegeven door G.J.M. Corstens in zijn noot onder Hoge Raad 23 december 1994, NJ 1995, 512. Enkele leden van de Vaste Commissie stellen nog de vraag in hoeverre duidelijk genoeg is geformuleerd dat verrekening (van artikel 90, derde lid) van openstaande vermogenssancties met een toe te kennen schadevergoeding slechts een door de *strafrechter* opgelegde vermogenssanctie betreft; de wettekst lijkt deze mogelijkheid ook open te houden voor bijv. een bij arrest opgelegde administratieve boete in een fiscale zaak.[339] De Minister verwijst naar haar Nota van Wijziging waar ze al een beperking tot vermogenssancties in *straf*zaken had opgenomen.[340] Tijdens de beraadslagingen in de Eerste Kamer[341] wordt vooral ingegaan op de angst voor uitdijende aansprakelijkheid[342] onder het motto dat claims gedijen binnen onduidelijkheid. Ook de civielrechtelijke constructie dat een gedraging die ex tunc rechtmatig was, ex nunc als onrechtmatig kan worden beoordeeld krijgt enige aandacht. Men wenst vooral dat de aangekondigde bestudering van de schadevergoedingsproblematiek in een breder verband, dus niet slechts beperkt tot strafvorderlijk handelen, wordt uitgevoerd. De Kamerleden ondersteunen hun vragen met verwijzing naar enkele publicaties op dit thema.[343] De Minister zegt toe de bestudering ruim toe te passen en de Kamer spoedig te laten weten wanneer een wetsvoorstel tegemoet kan worden gezien. Het voorliggend wetsvoorstel wordt zonder stemming aangenomen,[344] wat leidt tot de Wet van 18 januari 1996 tot wijziging van het WvSv en de Gratiewet, Stb. 1996, 39, die inwerking treedt op 1 mei 1996.[345]

---

338 Kamerstukken I 1994-1995, 23960, Memorie van Antwoord, nr. 290b, p. 2. Deze nummering is foutief en moet zijn nr. 270b, zie Kamerstukken I 1994-1995, 23 960, Nota van verbetering, nr. 270c.

339 Kamerstukken I 1994-1995, 23960, Nader voorlopig verslag van de Vaste Commissie voor Justitie, nr. 32, p. 2.

340 Kamerstukken II 1994-1995, 23960, Nota van wijziging, nr. 7, p. 1.

341 Handelingen I 1995-1996, vergadering 16 januari 1996.

342 Verwezen wordt naar de claims van de Octopusgroep, Opstand en Van den Nieuwenhuyzen, die op dat moment spelen.

343 J.L. de Wijkerslooth 1993, p. 316-324, G. Corstens in zijn noot onder HR 23 december 94, NJ 1995, 512, H.G.F.M. de Kok 1993, p. 435-452.

344 Handelingen I 1995-1996, vergadering 16 januari 1996.

345 Stb. 1996, 211.

Een jaar later wordt ten aanzien van nieuwe regelgeving in de zin van uitbreiding van de schadevergoedingsregeling weer grote terughoudendheid betracht, vooral vanwege (de angst voor) financiële consequenties.[346]

In vervolg op voorstaande en wellicht mede vanwege een herhaaldelijk aandringen van de Nationale Ombudsman in de periode 1994 t/m 1999[347] kondigt de Regering dan in 1999 toch weer aan een wetsontwerp te zullen voorbereiden over schadevergoeding voor dwangmiddelen.[348]

Van Oven vraagt voor de derde keer (eerder in 1993 en in 1994/1995) naar de kwestie 'zaaksbegrip' bij cumulatief ten laste gelegde feiten. De minister geeft aan voor wat betreft het begrip 'zaak' niet tot wetswijziging te willen overgaan en de ontwikkelingen in de rechtspraak te willen afwachten.[349] Dat leidt tot de uitspraak van de Hoge Raad van 8 mei 2001, NJ 2001, 508.[350]

Niet veel later, naar aanleiding van vragen van Kamerlid Vos in 2005, die zich afvraagt in hoeverre de nieuwe terrorismewetgeving (uitbreiding van de toepassing van dwangmiddelen, Kamerstukken 30164 het risico vergroot dat onschuldige burgers onderworpen worden aan de toepassing van dwangmiddelen, wijst de Minister erop dat een integrale herziening van de regeling van het vooronderzoek in strafzaken wordt voorbereid, *'waarbij ook de wenselijkheid van verbreding van de bestaande regeling (die zich thans beperkt tot voorarrest: vgl. de artikelen 89 e.v. Sv)* bezien zal worden.'[351] In een brief van 9 november 2005 over het algemeen kader herziening Wetboek van Strafvordering meldt de Minister t.a.v. schadevergoeding prioriteit toe te kennen aan het onderwerp schadevergoeding wegens toepassing van dwangmiddelen, mede in het licht van het wetsvoorstel uitbreiding strafvorderlijke bevoegdheden t.b.v. terrorismebestrijding. Hij verwijst naar het onderzoeksproject Strafvordering 2001 waarover op dat thema volgens de Minister 'gedetailleerde en doorwrochte voorstellen' zijn gedaan.[352] Blijkens het verslag van een schriftelijk overleg kan de prioritering op brede steun van de Tweede Kamer rekenen en ziet de

346 Onder andere Kamerstukken II 1996/97, 25275, nr. 1-2, p. 167-168, waar de Minister besluitvorming over een schadevergoedingsregeling voor strafvorderlijk optreden aanhoudt in afwachting van de vraag of financiële gevolgen van een dergelijk wetsvoorstel gehonoreerd kunnen worden. Zie ook in dit verband Kamerstukken II 1998/99, 26630, nr. 1 (Kabinetsstandpunt over het rapport van de werkgroep Claimcultuur).

347 Jaarverslag Nationale Ombudsman 1994, Kamerstukken II 1994/95, 24125, nr. 1-2, p. 152 (hierover onder andere J. Dekker 1995, p. 748-754), Kamerstukken II 1995/96, 24635, nr. 1-2, p. 35, Kamerstukken II 1996/97, 25275, nrs 1-2, p. 167, Kamerstukken II 1997/98, nrs 1-2, p. 175, Kamerstukken II 1998/99, nrs 1-2, p. 177.

348 Kamerstukken II (begroting) 1999-2000, 26800 VI, nr. 3, p. 10.

349 Kamervragen (Van Oven) met antwoord, *Aanhangsel Handelingen II* 1999/2000, nr. 611.

350 Zoals uitvoerig besproken in hoofdstuk 2 in § 2.3.2.4

351 Antwoord Minister van Justitie naar aanleiding van vragen van Kamerlid Vos over een publicatie inzake de terrorismewetgeving. Vos vraagt zich af in hoeverre de nieuwe terrorismewetgeving (uitbreiding van de toepassing van dwangmiddelen) het risico vergroot dat onschuldige burgers onderworpen worden aan de toepassing van dwangmiddelen, Kamerstukken II 2005/2006, 30164, B, p. 2.

352 Kamerstukken II 2005/2006, 29271, nr. 3, p. 3-4.

minister aanleiding voor het opnemen van een algemene schadevergoedingsregeling in het Wetboek van Strafvordering.[353]

In het kader van de behandeling van de wijziging van het wetboek van strafvordering, het wetboek van strafrecht en enige andere wetten ter verruiming van de mogelijkheden tot opsporing en vervolging van terroristische misdrijven (Kamerstukken 30164) is er een amendement van Wolfsen die ziet op een aparte schadevergoedingstitel. Hij zoekt daarbij aansluiting bij de bestaande regeling van de artikelen 89-93 Sv, met dien verstande dat deze wordt uitgebreid naar schade die iemand (en dan niet beperkt tot gewezen verdachte, maar ook derde) heeft geleden ten gevolge van een dwangmiddel of een bijzondere bevoegdheid (exclusief de bijzondere zoekbevoegdheden als omschreven in artikelen 126zk t/m 126zm omdat die niet bijzonder ingrijpend van aard zijn), toegepast of uitgeoefend ter opsporing van een terroristisch misdrijf.[354] Weekers cs dient gelijktijdig een motie in waarin de Regering gevraagd wordt voor 1 oktober 2006 een conceptwetsvoorstel van een algemene wettelijke schadevergoedingsregeling ter consultatie gereed te hebben, zowel naar aanleiding van de toegezegde prioritering en gezien de verruiming van de toepassing van dwangmiddelen op basis van de terrorismewetgeving.[355]

In oktober 2007 wordt een ontwerp wetsvoorstel 'Schadecompensatie strafvorderlijk overheidsoptreden' met Memorie van Toelichting[356] ter consultatie aangeboden aan de Raad voor de Rechtspraak, de Nederlandse Vereniging voor rechtspraak, het College van Procureurs-generaal, de Nederlandse Orde van Advocaten en het Korpsbeheerdersberaad en de Raad van Hoofdcommissarissen. Dit wetsvoorstel bouwt voort op plannen die zijn ontwikkeld in het grootschalig onderzoeksproject Strafvordering 2001[357] en de hiervoor genoemde motie Weekers c.s. Het voorstel beoogt ten opzichte van de huidige situatie veel te veranderen. In de Memorie van Toelichting worden de volgende hoofdlijnen geschetst: er komt één algemene regeling voor vergoeding van schade die is veroorzaakt door strafvorderlijk overheidshandelen. Die regeling voorziet zoveel mogelijk in één procedure voor schade die is ontstaan door strafvorderlijk optreden. De regeling heeft daarom een ruim toepassingsbereik. Hieronder valt in beginsel alle schade die is ontstaan naar aanleiding van de opsporing en vervolging van strafbare feiten evenals de tenuitvoerlegging van strafrechtelijke beslissingen. De regeling heeft zowel betrekking op rechtmatig als op onrechtmatig (en daarmee wordt bedoeld ex tunc onrechtmatig) overheidsoptreden. De strafvorderlijke voorzieningen beogen in de plaats te komen van de huidige civielrechtelijke voorzieningen. De schadevergoedingsprocedure staat niet alleen open voor gewezen verdachten maar ook voor derden die

353 Vastgesteld op 21 maart 2006, Kamerstukken II 2005-2006, 29271, nr. 4, p. 3 en 5.
354 Amendement van het lid Wolfsen, Kamerstukken II 2005-2006, 30164, nr. 18.
355 Motie van het lid Weekers c.s., kamerstukken II 2005-2006, 30164, nr. 19.
356 Zie bijlagen.
357 Met name N.J.M. Kwakman 2004, p. 513 e.v.

schade hebben geleden door het strafvorderlijk overheidsoptreden. Onder omstandigheden kunnen tevens de erfgenamen dan wel naasten van de voornoemde personen een verzoek tot schadecompensatie indienen. Voor gewezen verdachten geldt als hoofdregel, dat deze alleen ontvankelijk zijn in het verzoek tot schadecompensatie indien zij niet zijn veroordeeld. Daarop bestaan wel uitzonderingen, onder meer wanneer het voorarrest langer heeft geduurd dan de uiteindelijk opgelegde straf. Het wetsvoorstel voorziet in een vergoeding van materiële en immateriële schade. In geval van rechtmatig strafvorderlijk overheidsoptreden sluit het wetsvoorstel voor een belangrijk deel aan bij schadevergoedingsgrondslag zoals ontwikkeld in het bestuursrecht alsmede bij die van het voorontwerp nadeelcompensatie (dat wil zeggen mogelijkheid tot toekenning indien betrokkene onevenredig is getroffen en de schade uitgaat boven het normaal maatschappelijk risico). Ook sluit dit criterium goed aan bij schadevergoedingscriteria uit de internationale rechtspraak (EHRM en Hof van Justitie), aldus de memorie van Toelichting (§ 4.7.1). Risicoaanvaarding kan leiden tot afwijzing van het verzoek tot vergoeding. Daarnaast is nog een billijkheidscorrectie opgenomen zodat rekening kan worden gehouden met de specifieke omstandigheden van het geval. Ook hoeft daarmee niet altijd een complete vergoeding plaats te vinden. Voor bepaalde vormen van schade kunnen bij algemene maatregel van bestuur forfaitaire bedragen worden vastgesteld. De schadecompensatie hoeft niet noodzakelijkerwijs uit een financiële compensatie te bestaan. Deze kan ook plaatsvinden in een andere vorm, bijvoorbeeld door de publicatie van de beschikking waarin een verzoek tot schadecompensatie wordt toegewezen. Aan de strafvorderlijke schadevergoedingsprocedure gaat een verzoekschriftprocedure vooraf bij het College van procureurs-generaal met bestuursrechtelijke componenten. Feitelijk wordt voorgesteld dat deze procedure door het parket-generaal wordt uitgevoerd. Dit onderdeel van het openbaar ministerie heeft nu al ervaring met de behandeling van strafvorderlijke schadeclaims. De verzoeker kan in het algemeen tegen een afwijzende beslissing van het College van procureurs-generaal (feitelijk dus het parket-generaal) beroep instellen bij een specifieke raadkamer van het gerechtshof. Deze raadkamer is samengesteld uit civilisten en strafrechtjuristen. Tegen de beslissing op dat beroep kan onder omstandigheden cassatie worden ingesteld. Ingewikkelde schadeclaims kunnen al meteen aan de rechter worden voorgelegd, waarna beroep en cassatie open staan.

Verondersteld wordt dat de schadecompensatieregeling een zodanig effectieve en met voldoende waarborgen omklede rechtsgang is dat de burgerlijke rechter niet meer hoeft op te treden als restrechter wanneer een gewezen verdachte of derde schade vordert wegens strafvorderlijk overheidshandelen.

Aangezien bij het afsluiten van de tekst van deze dissertatie niet bekend was of de resultaten van het consultatieproces tot aanpassingen zullen leiden, zal met deze hoofdlijnen worden volstaan. In hoofdstuk 7 zal worden stilgestaan bij de verbeteringen die dit voorstel beoogt te bewerkstelligen ten

opzichte van de huidige situatie en kort worden ingegaan op de voorgestelde wijzigingen in grondslag, voorwaarden en aspecten van omvang.

1.8 Samenvatting en thematische analyse

1.8.1 Inleiding

Na vele parlementaire gedachtewisselingen vanaf 1827 ontstond in 1926 de wettelijke schadevergoedingsregeling in de artikelen 89-93 Sv, die in 1975 en 1996 werd herzien. Inmiddels (2007) is een nieuw concept wetsvoorstel ter consultatie aangeboden.

Tijdens de vele – met elkaar samenhangende en naar elkaar verwijzende – politieke gedachtewisselingen die vooraf zijn gegaan aan de uiteindelijke verwezenlijking van een wettelijke schadevergoedingsregeling, en die daarna hebben geleid tot enkele aanpassingen op die regeling, werden vele argumenten pro en contra de kwestie schadevergoeding voor strafvorderlijke overheidshandelingen aangevoerd. Kennis van deze argumenten draagt bij aan inzicht in het politieke en maatschappelijke gevoel over vergoeding voor schade tengevolge van strafvorderlijk overheidshandelen.

Na een korte *chronologische* samenvatting van de wethistorische ontwikkeling, dus van het proces van totstandkoming van de huidige wettelijke schadevergoedingsregeling, (§ 1.8.2) volgt een samenvatting van de gedachtewisselingen over de wenselijkheid van een wettelijke schadevergoedingsregeling (*bestaansrecht wettelijke regeling*) (§ 1.8.3). Daarna een samenvatting van de wethistorische discussie over de billijkheid als gekozen *grondslag* waarop schade op de overheid kan worden afgewenteld (§ 1.8.4). Daarna een samenvatting van de discussie over de constructie van de wettelijke regeling voor wat betreft *de voorwaarden* (zwaartepunt bij materiële voorwaarden) gesteld aan de mogelijkheden tot schadevergoeding, namelijk dat sprake moet zijn van een zaak die geëindigd is zonder veroordeling en dat alleen die schade voor vergoeding in aanmerking komt die het gevolg is van vrijheidsbenemende dwangmiddelen. De discussie in hoeverre de regeling alleen ziet op schade tengevolge van rechtmatige vrijheidsbeneming of ook op schade tengevolge van onrechtmatige vrijheidsbeneming is daarbij meegenomen. Apart is opgenomen een samenvatting over de verhouding tussen de specifiek wettelijke schadevergoedingsregeling en de algemene civielrechtelijke schadevergoedingsvordering uit onrechtmatige daad (vanzelfsprekend speelt deze discussie zich pas af in de laatste tijdsperiode) (§ 1.8.6). Tot slot zijn argumenten ter zake van aspecten van *omvang* gegroepeerd (§ 1.8.7).

1.8.2 Proces van totstandkoming van de huidige schadevergoedingsregeling

De vraag of de Staat gehouden is ten aanzien van de niet-veroordeelde verdachte de tijdens het strafproces ontstane schade (gedeeltelijk) te vergoeden, maakt al meer dan een eeuw deel uit van de parlementaire discussie, hoewel niet altijd expliciet. De in dit hoofdstuk beschreven voorgeschiedenis en totstandkoming van de wetsontwikkeling over schadevergoeding voor voorlopige hechtenis, uitmondend in een – tot schade als gevolg van ondergane inverzekeringstelling en voorlopige hechtenis beperkte – wettelijke schadevergoedingsregeling in het huidige Wetboek van Strafvordering in de artikelen 89-93, voert ons terug tot 1827. Dan wordt voor het eerst in parlementaire context de vraag gesteld of een vrijgesproken beschuldigde schade kan verlangen van de Staat. Hierbij wordt nog geen scherp onderscheid gemaakt tussen de situaties waarin wel of waarin geen dwangmiddelen zijn toegepast. Daarna komt de kwestie enkele malen aan de orde bij de behandeling van andere onderwerpen en wetsvoorstellen, hetgeen overigens niet leidt tot een wettelijke regeling. Zo wordt in 1829 door een afdeling van de Tweede Kamer een mogelijkheid tot schadevergoeding aan vrijgesprokenen voorgesteld bij de behandeling van de kostenvergoeding aan de niet-veroordeelde. Bij de discussie gevoerd bij de ontwerpen Wetboek van Strafvordering Godefroi/Olivier (periode 1861-1870) over schadevergoeding bij herziening na veroordeling komt de kwestie wederom aan de orde, maar in deze periode komt in het geheel geen wetgeving tot stand. Als men het Wetboek van Strafrecht 1838 wil herzien en men de regeling van de gedeeltelijke toerekening van preventieve hechtenis op opgelegde gevangenisstraf – apart geregeld bij wijzigingswet uit 1854 – wil verbeteren, wordt naar voren gebracht dat een toerekening van preventieve hechtenis aan veroordeelden toch de consequentie zou moeten hebben van een schadevergoedingsmogelijkheid voor ondergane preventieve hechtenis aan niet-veroordeelden. Op deze consequentie wordt wederom gewezen bij de totstandkoming van de Wet van 1886 houdende wijzigingen in het Wetboek van Strafvordering van 1838. De Regering wil echter niet een dergelijke structurele discussie voeren bij de behandeling van wijzigingswetten. Pas in 1926 wordt een wettelijke schadevergoedingsregeling opgenomen in het herziene Wetboek van Strafvordering. Deze regeling beperkt zich tot schade als gevolg van ondergane voorlopige hechtenis in geval een strafzaak eindigt zonder veroordeling (of met veroordeling, maar voor een feit waarvoor geen voorlopige hechtenis is toegelaten) en geeft geen recht op schadevergoeding; aan de rechter in raadkamer wordt overgelaten of er sprake moet zijn van een tegemoetkoming, te bepalen op gronden van billijkheid. De rechter bepaalt vervolgens ook weer op grond van billijkheid de hoogte van de tegemoetkoming. In 1975 wordt de voorziening uitgebreid op enkele punten: in plaats van een tegemoetkoming kan thans alle schade worden vergoed, met daarbij ook de schade tengevolge van inverzekeringstelling en ook de geleden immateriële schade tengevolge de vrijheidsbeneming. Tussendoor en daarna worden

nog enkele (technische) wijzigingen doorgevoerd. In 1993 wordt de raadkamerprocedure van de schadevergoedingsregeling aangepast aan de eisen die artikel 6 EVRM stelt. Zo wordt de behandeling openbaar en wordt ook een afwijzende beschikking vanaf dan gemotiveerd. Ook wordt de regeling uitgebreid voor schade gelden tengevolge van klinische observatie. In 1996 wordt – in navolging van rechtspraak – de wijze van vergoeden aangepast; behalve in geld kan ook een verrekening plaatsvinden met een andere nog te ondergane vrijheidsstraf. De Minister geeft dan inmiddels toe dat de regeling ook ziet op schade tengevolge van onrechtmatige vrijheidsbeneming. Vanaf 1999 is de toezegging gedaan de aanpassing van de regeling te bezien, maar in 2005 wordt daaraan prioriteit toegekend, mede in het licht van de verruiming van de toepassing van dwangmiddelen op basis van de nieuwe terrorismewetgeving. Deze prioritering kan op brede steun van de Tweede Kamer rekenen. In oktober 2007 wordt een ontwerp wetsvoorstel 'Schadecompensatie strafvorderlijk overheidsoptreden' met Memorie van Toelichting ter consultatie aangeboden aan de Raad voor de Rechtspraak, de Nederlandse Vereniging voor rechtspraak, het College van Procureurs-generaal, de Nederlandse Orde van Advocaten en het Korpsbeheerdersberaad en de Raad van Hoofdcommissarissen.

1.8.3 Het bestaansrecht van de wettelijke regeling

In de beschreven politieke periode is in 1926 een wettelijke regeling tot stand gebracht. Voor die periode hadden eerdere pogingen niet tot een regeling geleid, veelal vanwege externe redenen. Verondersteld zou kunnen worden dat als men een grondslag tot schadevergoeding ziet, men daarom ook zal concluderen dat een wettelijke regeling nodig is. Toch zijn daar wel enige nuances op aan te geven en daarom heb ik een scheiding aangebracht in argumenten die gebruikt werden om anderen ervan te overtuigen dat een wettelijke regeling noodzakelijk is en argumenten die (daarna) ingaan op de grondslag van de vergoeding, als eenmaal wordt aangenomen (of verondersteld) dat er een regeling dient te zijn (zie daarvoor 1.8.4). Nu dan eerst de gehanteerde argumenten pro/contra het bestaansrecht van een specifiek wettelijke schadevergoedingsregeling. De vraag '*of een beschuldigde, welke door den rechter is vrijgesproken, geene schadevergoeding behoort te kunnen erlangen van het Gouvernement*' werd in politieke context voor het eerst gesteld in 1827. Vanaf dat moment worden in de politieke discussie vanuit diverse invalshoeken argumenten naar voren gebracht die pleiten voor of tegen het creëren van een wettelijke schadevergoedingsregeling voor strafvorderlijke handelingen/dwangmiddelen, veelal in geval van niet-veroordeling.

De invalshoeken van waaruit wordt beargumenteerd voor of tegen een bestaansrecht van een wettelijke regeling zijn divers van aard en niveau. Zo is een belangrijke *aanleiding* voor voorstanders van een wettelijke schadever-

goedingsregeling gelegen in de eerder aangenomen *toerekeningregeling*. Ook worden argumenten ontleend aan veronderstellingen over te verwachten (nadelige) *gevolgen voor de betrokkene*. Maar anderen benadrukken verondersteld nadelige *gevolgen voor het strafproces*, bijvoorbeeld omdat verondersteld wordt dat de rechter anders (meer of juist minder) snel zal veroordelen. Ook de *Staatskas* telt zwaar mee bij tegenstanders (van uitbreiding van) een regeling. Naast deze veelal praktische argumenten zijn er ook meer theoretische argumenten gehanteerd vanuit *algemene gedachten over lastenverdeling* bij schade na rechtmatig overheidshandelen de vraag of dat een wettelijke regeling rechtvaardigt.

Vastgesteld kan worden dat inmiddels niet meer getwijfeld wordt over de vraag naar het bestaansrecht van een wettelijke regeling die op enigerlei wijze de schadevergoeding regelt voor schade tengevolge van een (rechtmatig) strafproces. Dát er sprake is van een bepaalde lastenverdeling op dit terrein waarbij de overheid een deel voor haar rekening neemt wordt inmiddels daarom als vanzelfsprekend beschouwd.

1.8.4 De grondslag

Gedachten over de vraag op welke grondslag schade tengevolge van strafvorderlijke dwangmiddelen vergoed kan worden zullen veelal al een rol gespeeld hebben bij gedachten over de vraag of überhaupt een wettelijke regeling voor schadevergoeding wel wenselijk is (zie hiervoor, bestaansrecht wettelijke regeling). Toch kan een onderscheid worden aangebracht. Als men al meent dat het wenselijk is een wettelijke regeling te realiseren, kan men nog discussiëren over de vraag op welke grondslag die vergoedingsmogelijkheid gebaseerd is. Dient daarbij sprake te zijn van een recht op vergoeding – in de zin van een aanspraak op vergoeding – of niet? Vooral die vraag hield de gemoederen bezig. *Velen zijn van mening dat slechts in geval van een onrechtmatige overheidshandeling sprake kan zijn van een recht – in de zin van een aanspraak – op vergoeding van de daardoor ontstane schade.*

In 1926 werd in het wetsvoorstel dat leidt tot de uiteindelijke schadevergoedingsregeling ervoor gekozen aan de rechter over te laten de schade aan de Staat toe te rekenen op grond van billijkheid. *De billijkheid is derhalve de grond op basis waarvan de rechter kon vaststellen of de overheid gehouden was de geleden schade te vergoeden.* Voor deze constructie werd gekozen om meerdere redenen. Diverse andere constructies (het absolute, het facultatieve en het tussenstelsel) werden besproken (1913/1914 MvT) en argumenten voor en tegen bepaalde constructies kwamen daarbij aan de orde. Er werd gekozen voor tegemoetkoming op grond van billijkheid, waarbij het aan de rechter werd overgelaten die billijkheid in te vullen (facultatief) (1913/1914, wet 1926).

Bij de herziening van de wettelijke regeling uit 1926 verlegt de discussie zich enigszins: hoewel onrechtmatigheid nog steeds een (veronderstelde)

voorwaarde is om een recht op schadevergoeding te kunnen accepteren, is er nu discussie over de vraag of een ab initio rechtmatige overheidsgedraging door later omstandigheden alsnog onrechtmatig kan worden of niet. Er is nog geen eensgezindheid over ex tunc of ex nunc vaststelling van onrechtmatigheid. Anderen accepteren inmiddels een recht in de zin van een aanspraak op vergoeding bij rechtmatige daad. Het leidt allemaal niet tot een wijziging in de opzet van de schadevergoedingsregeling: het blijft een vergoedingsregeling op billijkheidsgronden, hoewel de Minister later (in afwijking van zijn eerdere standpunt) erkent dat de regeling ook ziet op schade tengevolge van onrechtmatige hechtenis (1974/1975). Bij deze kwestie over de vraag of er een recht op schadevergoeding moet bestaan of dat een billijkheidsgrond voldoende is, wordt gerefereerd aan de normering van artikel 5 lid 5 EVRM. Ook de normering van artikel 6 lid 1 EVRM komt aan de orde: de inzet van de procedure van de regeling van de artikelen 89-93 Sv wordt door de politiek gekenmerkt als civielrechtelijk en daarmee is voor de politiek op dat moment de toepassing van artikel 6 lid 1 EVRM gegeven.[358] Toch is er ook sprake van toenemende kritiek op deze billijkheidsgrondslag in de wettelijke regeling. Het gevaar van het *ontbreken van eenvormigheid* wordt in politieke discussies enkele malen aan de orde gesteld. Maar naast de ontbrekende rechtszekerheid voor de betrokkenen zijn er ook die zich – vanuit het *belang van de Staatskas* – afvragen of de gekozen billijkheidsgrondslag in de wettelijke regeling juist niet tot teveel claims en toekenningen leidt. Tot slot lijkt het onderscheid tussen *een recht op volledige aftrek* (verrekening) van ondergane detentie bij veroordeling met een vrijheidsstraf *moeilijk te rijmen* met het feit dat de schadevergoedingsregeling geen recht geeft op vergoeding voor die ondergane detentie bij niet-veroordeling.

In het ontwerp wetsvoorstel 'Schadecompensatie strafvorderlijk overheidsoptreden' dat in oktober 2007 is aangeboden ter consultatie, wordt afgestapt van de billijkheid als enige grondslag en wordt het onevenredigheidcriterium als grondslag gekozen voor vergoeding van schade bij rechtmatig strafvorderlijk overheidsoptreden. Daarmee wordt, aldus de Memorie van Toelichting (§ 4.7.1), aangeknoopt bij de schadevergoedingsgrondslag zoals ontwikkeld in het bestuursrecht alsmede bij die van het voorontwerp nadeelcompensatie. Ook sluit dit criterium goed aan bij schadevergoedingscriteria uit de internationale rechtspraak (EHRM en Hof van Justitie). Toch blijft overigens een redelijkheidcorrectie mogelijk, om rekening te kunnen blijven houden met specifieke omstandigheden van het geval, aldus de Memorie van Toelichting. In hoofdstuk 7 zal ik hierop nader ingaan.

358 De met art. 6 lid 1 EVRM verplichte openbaarheid van behandeling en uitspraak verdraagt zich niet het weglaten van een motivering bij afwijzende beschikking; de schadevergoedingsregeling wordt daarom hierop aangepast (1993/1994). Zie ook hierover N.M. Dane 2006, aant. 17.2.

1.8.5 De (wettelijke) voorwaarden en beperkingen aan schadevergoeding

Vanaf het moment dat politieke discussie ontstaat over de vraag of er een wettelijke schadevergoedingsregeling gecreëerd moet worden en zo ja, op welke grondslag een vergoeding kan plaatsvinden, worden daaraan direct gedachten omtrent voorwaarden gekoppeld. Gelijktijdig met het denken over de wettelijke regeling wordt de reikwijdte medebepaald, of zelfs wordt het denken over een wettelijke regeling bepaald door een (vooronderstelde) beperking/reikwijdte, zoals bijv. dat schadevergoeding alleen denkbaar is voor een onschuldige. Hieronder volgt een overzicht van de ontwikkeling in politieke gedachten over de belangrijkste materiële voorwaarden die gesteld worden alvorens iemand in aanmerking komt voor schadevergoeding voor strafvorderlijk handelen/dwangmiddelen op basis van een specifiek wettelijke regeling. Maar eerst nog iets over een voorwaarde die blijkbaar wel een relevante rol speelt maar die niet in de wettelijke regeling is opgenomen: onschuld. *Onschuld is geen wettelijke voorwaarde en billijkheid is geen synoniem voor gebleken onschuld, maar toch…*

In de discussies voorafgaand aan de totstandkoming van de uiteindelijk wettelijke regeling was dit al vaker naar voren gekomen: menigeen vond dat – als er al sprake moest zijn van een mogelijkheid tot schadevergoeding – deze niet aan alle niet-veroordeelden mocht toekomen. Zo werd onderscheid gemaakt in vrijgesprokenen en onschuldigen, waarbij soms expliciet het blijken van onschuld als voorwaarde wordt gesteld om überhaupt in aanmerking te kunnen komen voor schadevergoeding.

In het ontwerp wetsvoorstel 'Schadecompensatie strafvorderlijk overheidsoptreden' dat in oktober 2007 ter consultatie is aangeboden, wordt in de bijhorende Memorie van Toelichting (§ 4.7.1) opgemerkt dat de keuze voor het onevenredigheidcriterium en de criteria die de bepaling van de omvang van een vergoeding betreffen, aansluit bij de eerdere aanbeveling van de Nederlandse Vereniging voor Rechtspraak (NVvR) uit 1994 om bij de afwijzing van schadevergoedingsverzoeken motiveringen te vermijden die een bevestiging of vaststelling van strafrechtelijke schuld of verdenking inhouden.[359] Zie hierover mijn bespreking in hoofdstuk 7.

Behalve onschuld spelen nog twee andere aspecten een rol, die (later) niet (meer) in de wettekst zelf zijn opgenomen: processuele schuld en proceshouding. De wettekst geeft aan dat bij billijkheid wordt gekeken naar levensgedrag en houding voor/tijdens de voorlopige hechtenis.

In het ontwerp wetsvoorstel 'Schadecompensatie strafvorderlijk overheidsoptreden' dat in oktober 2007 ter consultatie wordt aangeboden wordt in de bijhorende Memorie van Toelichting (§ 4.7.1) opgemerkt dat de keuze voor het onevenredigheidcriterium en de criteria die de bepaling van de omvang

359 Commissie Cremers (NVvR) 1994, p. 4.

van een vergoeding betreffen, is ingegeven door de schadevergoedingscriteria uit het voorontwerp nadeelcompensatie. Hoewel niet als zodanig genoemd, lijkt processuele schuld en gekozen proceshouding via de invulling van het criterium van risicoaanvaarding in de Memorie van Toelichting (§ 4.7.1) wederom een rol te spelen bij eventuele vermindering van de vergoeding (al dan niet tot nihil), derhalve bij de omvangbepaling (en niet bij de invulling van de grondslag zelf, omdat die is gebaseerd op de onevenredigheid van de schade). Zo wordt gesteld dat 'doorgaans (schade) niet voor vergoeding in aanmerking (komt) wanneer de gedupeerde, door actief te handelen of door stil te zitten de schade over zichzelf heeft afgeroepen'. Hierop zal ik nader ingaan in hoofdstuk 7.

Als wettelijke voorwaarde wordt opgenomen dat de zaak moet zijn geëindigd zonder straf/maatregel (of einde zaak met veroordeling maar voor feit waarvoor geen voorlopige hechtenis was toegelaten). Het voorstel dat uiteindelijk tot de huidige regeling leidt stelt in het eerste tekstvoorstel de schadevergoedingsmogelijkheid open bij (rechterlijke) beslissing waarbij geen straf of maatregel is opgelegd (of wel, maar op grond van een feit waarvoor voorlopige hechtenis niet is toegelaten) en met die eerste beslissing wordt gelijkgesteld kennisgeving van niet-verdere vervolging door de officier van justitie waardoor de zaak eindigt. De vraag is of de wetgever met het begrip 'beslissing' ook ziet op de uitspraak niet ontvankelijkheid van het Openbaar Ministerie [mits definitief, MD], in ieder geval ziet het wel op vrijspraak en ontslag van rechtsvervolging. Bij de tekstwijziging wordt alleen nog gesproken van de situatie dat de zaak eindigt zonder oplegging van straf of maatregel. Mijns inziens heeft dat tenminste betrekking op dezelfde aflopen, namelijk kennisgeving niet-verdere vervolging, niet ontvankelijkheid van het Openbaar Ministerie, vrijspraak en ontslag van rechtsvervolging. Omdat niet meer gerefereerd wordt aan een (rechterlijke) beslissing en geen onderscheid meer wordt gemaakt tussen een beslissing tot afloop van de zaak zonder straf/maatregel genomen door rechter of ambtenaar (OM), zal derhalve een onherroepelijk sepot, kennisgeving van niet-verdere vervolging, niet ontvankelijkheid van het Openbaar Ministerie, vrijspraak, ontslag van rechtsvervolging, beslissing einde zaak (artikel 36 Sv) en buiten vervolgingstelling (artikelen 262 jo 250 Sv) binnen de reikwijdte van de regeling vallen (zie hierna hoofdstuk 2, § 2.3.2.2 en § 2.3.2.3). Ook niet uitgesloten lijkt dat de regeling van toepassing is in het geval de zaak eindigt en toepassing is gegeven aan artikel 9a Sr (schuldigverklaring zonder straf) aangezien dat in de betekenis van de wet geen straf of maatregel is (zie artikel 9 Sr). Nb artikel 591a Sv sluit deze mogelijkheid wel uit van de regeling tot kostenvergoeding, maar deze ongelijkheid wordt opgeheven in het ontwerp wetsvoorstel 'Schadecompensatie strafvorderlijk overheidsoptreden' dat in oktober 2007 ter consultatie wordt aangeboden. De wettelijke regeling stelt daarom alleen als voorwaarde dat sprake moet zijn het einde van een zaak zonder oplegging van straf of maatregel. Alleen dan komt men in aanmerking voor vergoeding

en dat is daarom een van de belangrijke materiële wettelijke voorwaarden die door de wetgever zijn gesteld.

Over de alternatieve materiële voorwaarde waaronder schadevergoeding voor voorlopige hechtenis mogelijk is, namelijk in geval de zaak weliswaar eindigt met oplegging van straf of maatregel maar voor een feit waarvoor geen voorlopige hechtenis is toegelaten, is ook wel wat gediscussieerd.

Over de interpretatie wanneer sprake is van einde zaak zonder oplegging straf of maatregel zijn, naar aanleiding van inconsistentie in de rechtspraak op dat punt (voor wat betreft cumulatieve tenlasteleggingen), Kamervragen gesteld, waarop de Minister aangaf niet tot wetswijziging te willen overgaan, maar de rechtspraak op dat punt te willen afwachten (Van Oven, 1999/2000). Dat leidt tot de uitspraak van de Hoge Raad van 8 mei 2001.[360]

In het ontwerp wetsvoorstel 'Schadecompensatie strafvorderlijk overheidsoptreden' dat in oktober 2007 ter consultatie wordt aangeboden wordt echter door de wetgever definitief gekozen voor een ruime interpretatie (zie nader hoofdstuk 7).

Een andere causale beperking/wettelijke voorwaarde is[361] *dat de wettelijke regeling alleen ziet op schade tengevolge van limitatief benoemde (on)rechtmatige vrijheidsbeneming.* In eerst instantie wordt in de discussies over schadevergoeding niet alleen de schade tengevolge van vrijheidsbenemende dwangmiddelen bekeken. Later wordt steeds meer toegespitst op schade tengevolge van ondergane voorlopige hechtenis, hetgeen tot compensatie dient te leiden, zowel bij veroordeelden (aftrekregeling) als bij niet-veroordeelden (uiteindelijke schadevergoedingsregeling). Vooral tengevolge van de bestaande toerekeningregeling lijkt de onderhavige schadevergoedingsregeling te zijn tot stand gekomen, maar ook de ideeën over schadevergoeding na herziening hebben bijgedragen aan de gedachte dat ook na vrijspraak of ontslag van rechtsvervolging in eerste instantie vergoeding voor schade tengevolge van strafvorderlijke vrijheidsbeneming wenselijk is. Vanaf de aanvang tot aan de totstandkoming van de uiteindelijke regeling van de artikelen 89-93 Sv (alleen schadevergoeding voor inverzekeringstelling en voorlopige hechtenis evenals enkele andere vormen van vrijheidsbeneming), dus in de periode 1914 tot 1926 en daarna bij de herziening van de regeling rond 1975, komt de vraag in hoeverre ook in andere gevallen een vergoeding mogelijk moet zijn, nog vele malen aan de orde. *Duidelijk is dat over het algemeen de beperking van de schadevergoedingsregeling tot vrijheidsbenemende hechtenis in de politiek steeds minder wordt gesteund en de minister uiteindelijk ook open lijkt te staan voor uitbreiding.*

---

360 De zaak naar aanleiding waarvan de vragen werden gesteld leidde tot cassatie, waarna de Hoge Raad (overigens wederom) duidelijkheid creëerde in HR 8 mei 2001, NJ 2001, 508. Zie daarover uitgebreid hoofdstuk 2 in § 2.3.2.4.

361 Deze beperking is een voorwaarde om gebruik te kunnen maken van de schadevergoedingsmogelijkheid; indien men schade heeft tengevolge van andere overheidshandelingen/dwangmiddelen, zal een verzoek op basis van art. 89 e.v. Sv niet worden ontvangen; daarom definieer ik deze beperking in reikwijdte van de regeling als voorwaarde.

In het ontwerp wetsvoorstel 'Schadecompensatie strafvorderlijk overheidsoptreden' dat in oktober 2007 ter consultatie wordt aangeboden, is geen beperking meer tot vergoeding van schade tengevolge van vrijheidsbenemende dwangmiddelen alleen. Alle schade tengevolge van (on)rechtmatige strafvorderlijke handelingen komt voor vergoeding in aanmerking op basis van de voorgestelde wettelijke regeling (zie nadere uitwerking in hoofdstuk 7).

1.8.6 De regeling van de artikelen 89-93 Sv in relatie tot de civiele onrechtmatige daadprocedure

Bij het eerste wetsvoorstel dat voorziet in een schadevergoedingsmogelijkheid voor schade tengevolge van vrijheidsbeneming, zowel na herziening als na niet-veroordelende uitspraak in eerste instantie, merkt de Regering op dat het gaat om een vergoeding die naar streng recht nog op dat moment niet kan worden gevorderd binnen het geldend recht en daarom moet een nieuwe bevoegdheid aan de rechter worden toegekend (Regering, 1864). Hieruit blijkt dat de wetgever er zich van bewust is dat (bijv.) de civiele rechter op dat moment voor dit rechtsterrein nog geen rol kan spelen en dat is op dat moment ook nog niet zo. Daarna verandert er veel, ook voor wat betreft de betekenis en de functie van de civiele rechter voor dit rechtsterrein. Na een korte discussie tussen Minister en Roethof medio jaren zeventig naar aanleiding van de Voorste stroomrechtspraak houdt de Minister vol dat de procedure van de regeling van de artikelen 89-93 Sv er is naast de regeling van 1401 BW: of een voorlopige hechtenis onrechtmatig is kan worden voorgelegd aan de burgerlijke rechter, daarnaast bestaat de regeling van de artikelen 89-93 Sv waar het gaat om vrijheidsbeneming anders dan uit hoofde van een onrechtmatige daad (1974/1975). Tot slot spreekt de Minister zich nogmaals expliciet uit over de verhouding tussen de regeling van de artikelen 89-93 Sv en de vordering uit onrechtmatige daad: eerstgenoemde *dient in hoofdzaak de vergoeding ter zake van rechtmatige daad maar een onrechtmatige detentie is niet uitgesloten van de werking van de regeling van de artikelen 89-93 Sv. (Minister 1974/1975)*. Vanaf dat moment wordt dus voor het eerst door de Minister de overlapping tussen de onrechtmatige daadprocedure in civilibus en de procedure van de regeling van de artikelen 89-93 Sv erkend. Wederom, onder verwijzing naar het Schellen arrest (Hoge Raad NJ 1957, 310), spreekt hij de verwachting uit dat de civiele rechter de regeling van de artikelen 89-93 Sv als met voldoende waarborgen omkleed zal beschouwen, en daardoor de civiele rechtsgang uitsluitend; hij adviseert derhalve eerst gebruik te maken van de regeling van de artikelen 89-93 Sv om zo niet ontvankelijkheid in civilibus te voorkomen. Een oordeel over de mogelijke onrechtmatigheid van een bevel voorlopige hechtenis dient te worden overgelaten aan de civiele rechter (Minister 1974/1975).

In het ontwerp wetsvoorstel 'Schadecompensatie strafvorderlijk overheidsoptreden' dat in oktober 2007 ter consultatie wordt aangeboden wordt ver-

ondersteld (Memorie van Toelichting § 4.4) dat de voorgestelde schadecompensatieregeling een zodanig effectieve en met voldoende waarborgen omklede rechtsgang is dat de burgerlijke rechter niet meer hoeft op te treden als restrechter wanneer een gewezen verdachte of derde schade vordert wegens strafvorderlijk overheidshandelen.

1.8.7 Aspecten van omvang

Bij het wetsontwerp dat leidt tot de regeling 1926 wordt de hoogte van de vergoeding aan het oordeel van de rechter overgelaten, daarbij worden de levensomstandigheden in aanmerking genomen. Het betreft in eerste instantie slechts vergoeding van materiële schade, waarbij niet gekozen wordt voor vergoeding van het gehele bedrag, omdat de geldelijke last voor de Staatskas dan te zwaar wordt. Daarom gaat het om een tegemoetkoming (kan wel volledig zijn, maar hoeft niet, bijv. indien een gedeelte aan iemands eigen houding is te wijten krijgt hij daarvoor geen vergoeding) (wetsvoorstel 1913/1914). *De wettekst 1926 veronderstelt dat het idee is: toekenning ja, indien (namelijk vanwege gebruik van het woordje 'steeds').* Bij de herziening van de regeling medio jaren zeventig wordt de regeling verruimd zodat *ook immateriële schade* kan worden vergoed omdat het psychisch leed van dien aard kan zijn dat vergoeding billijk is. Tevens zal worden gesproken van schadevergoeding in plaats van tegemoetkoming (drukt beter de mogelijkheid uit tot volledige vergoeding). Bij een latere herziening van de regeling wordt de praktijk van de rechtspraak (NJ 1993, 294) gecodificeerd waardoor het thans op grond van de wet mogelijk wordt een toegekende schadevergoeding te verrekenen met een uit anderen hoofde opgelegde en nog te ondergane vrijheidsstraf.

In het ontwerp wetsvoorstel 'Schadecompensatie strafvorderlijk overheidsoptreden' dat in oktober 2007 ter consultatie wordt aangeboden wordt in de bijhorende Memorie van Toelichting (§ 4.7.1) uitgewerkt hoe de (aan het voorontwerp Nadeelcompensatie ontleende) criteria die de bepaling van de omvang van een vergoeding betreffen, de schadeomvang kunnen beperken. Dit betreft de mate van risicoaanvaarding, de inzet van schadevoorkomende of beperkende maatregelen, compensatie langs andere weg en een redelijkheidcorrectie voor specifieke gevallen. Hierop zal ik nader ingaan in hoofdstuk 7.

2 Rechtspraak op grond van de artikelen 89-93 Sv

2.1 INLEIDING

In het vorige hoofdstuk is uitvoerig de totstandkoming beschreven van de regeling van de artikelen 89-93 Sv. Dat is daarmee de enige specifiek wettelijke schadevergoedingsregeling die ziet op dergelijke schade in verband met legitiem strafvorderlijk overheidshandelen.[1] Veel politieke discussie ging daaraan vooraf. De aandacht was daarbij vooral gericht op de keuze van de grondslag van de vergoeding (billijkheid en geen recht op vergoeding), de invulling van die billijkheidsgrondslag (billijkheid is geen synoniem voor gebleken onschuld maar aspecten van schuld/onschuld mogen wel een rol spelen), de voorwaarde dat sprake moest zijn van een zaak zonder veroordeling (maar daarbij stelt de wet niet dat onschuld hoeft te worden bewezen) of met veroordeling maar voor een feit waarvoor geen voorlopige hechtenis is toegestaan (achteraf gezien onterechte hechtenis) en de beperking dat alleen schade tengevolge van vrijheidsbenemende dwangmiddelen voor vergoeding in aanmerking komt (enkele malen werd ook vergoeding van andere schade gewenst en werd gedacht over een algemene schadevergoedingsregeling).

De gevolgen van de uiteindelijk door de politiek gemaakte keuzen zijn in de rechtspraak scherp naar voren gekomen. In dit hoofdstuk wordt relevante rechtspraak besproken in het licht van de in hoofdstuk 6 te beantwoorden vraag in hoeverre de wettelijke regeling tot een wenselijke rechtsontwikkeling heeft geleid. Hier zal vooral worden gekeken naar de in/aanvulling van de rechtspraak op bovengenoemde aandachtsgebieden. Deze bespreking zal – na de al in de politieke discussie naar voren gekomen aandachtspunten – verscherpt inzicht geven in de knelpunten van deze specifiek wettelijke voorziening op het rechtsterrein van schadevergoeding voor rechtmatig strafvorderlijke dwangmiddelen. De bespreking van de rechtspraak in civilibus op dit terrein (apart behandeld in hoofdstuk 3) zal daar nog enkele aspecten aan toevoegen.

---

1 Zie echter de eindconclusie bij hoofdstuk 1; sommige schade t.g.v. strafvorderlijk overheidshandelen kon/kan wel via andere weg vergoed worden, zoals o.g.v. een (inmiddels ingetrokken) KB dat voorzag in bepaalde uitkeringen bij schade t.g.v. inbeslagneming, en o.g.v. art. 591 a Sv. Ook wordt beleidsmatig schadevergoeding toegekend, hetgeen hier buiten beschouwing blijft, zie § 5.6.1.

2.2 SYSTEMATIEK EN BRONNEN

2.2.1 Bronnen

Aangezien de wettelijke schadevergoedingsregeling van de artikelen 89-93 Sv geen recht geeft op schadevergoeding, maar het aan de rechter overlaat om op grond van billijkheid al of niet de schade te vergoeden (en zo ja, de hoogte van de vergoeding naar de maatstaf van billijkheid vast te stellen), is door rechtspraak gezorgd voor invulling van die billijkheid met diverse criteria. Om inzicht te krijgen in de door de rechter gehanteerde criteria is het relevant om toe- en afwijzende beslissingen te bestuderen. Tot aan de wetswijziging in 1993 werd een afwijzende beschikking echter slechts ter kennis gebracht aan de betrokkene onder weglating van de redenen, welke voor de betrokkene dan ter inzage lagen op de griffie (zie § 1.7.2 en § 1.5.2 uit hoofdstuk 1). Hierdoor is het lastig om – als buitenstaander – over de periode tot 1993 inzicht te krijgen in de door de rechters gehanteerde criteria bij hun vaststelling dat geen gronden van billijkheid aanwezig zijn die tot vergoeding van de geleden schade leiden.[2] Gelukkig heeft de Nederlandse Vereniging voor Rechtspraak (NVvR) de uitkomsten van een jurisprudentieonderzoek weergegeven in een rapportage van december 1994,[3] die in ieder geval meer licht op de zaak werpt voor wat betreft de periode tot 1993. Een subwerkgroep van de NVvR had aan de rechtscolleges gevraagd om gemotiveerde beschikkingen, die een beeld zouden geven van de door hen gevolgde redenering bij de toe- of afwijzing van een verzoek tot schadevergoeding. Na deze selectie door de colleges vond door de werkgroep een selectie plaats op basis van bruikbaarheid voor een nadere analyse; totaal zijn er door de subwerkgroep 244 beschikkingen geanalyseerd: 140 van de 5 Gerechtshoven en 104 van 11 Rechtbanken.[4] In dit deel wordt mede gebruik gemaakt van de gegevens van genoemd onderzoek, zeker voor wat betreft de vraag naar de rechterlijke invulling van de billijkheid (maar ook bij de rechterlijke vaststelling van de schadeomvang).

Daarnaast zijn de databanken van de Nederlandse Jurisprudentie (NJ) en Rechtspraak van de Week (RvdW) systematisch doorzocht op relevante uitspra-

2 Zie echter P.J.P. Tak 1970, p. 1-27, hier p. 12, 13 die enkele gepubliceerde afwijzende beschikkingen bespreekt en zich verbaast over deze publicatie, gegeven (toenmalig) art. 90, derde lid Sv.

3 Commissie Cremers (NVvR) 1994, Schadevergoeding na gebruik dwangmiddelen, Rapport van 15 december 1994 inzake schadevergoeding na voorlopige hechtenis en andere dwangmiddelen van de door de Nederlandse Vereniging voor Rechtspraak ingestelde werkgroep, Cremers, bestaande uit mrs P.H.A.J. Cremers, voorzitter, P.J.H.M. Brouns, J.S.W. Holtrop, R.H.M. Jansen, H.G.F.M. de Kok, N.A.M. Schipper, leden en W.H.J. Stemker Köster, secretaris. Hier worden met name gegevens ontleend aan p.1, 4 en bijlage II, p. 2-4 (het jurisprudentieonderzoek, uitgevoerd door een subwerkgroep bestaande uit mrs De Kok, Brouns en Stemker Köster).

4 Rechtbanken Dordrecht, Den Bosch, Middelburg, Assen, Almelo, Groningen, Zutphen, Rotterdam, Haarlem, Breda en Roermond.

ken en is gebruik gemaakt van uitspraken gepubliceerd in Nieuwsbrief strafrecht en de openbare dabank van www.rechtspraak.nl (LJN-Nummers). De rechtspraak is verwerkt tot medio 2008. Voor de oudere rechtspraak is mede geput uit de rechtspraak zoals verzameld door P.J.P. Tak in 1970, en door J.P.M. Borsboom in 1983.[5] Tot slot zijn, ook over de periode van voor 1993, vele beschikkingen ten behoeve van dit onderzoek aangeleverd vanuit advocatenkantoren. Ook deze zijn, na anonimisering, hier verwerkt voor zover relevant voor de reikwijdte van dit onderzoek.

Wel moet hier nadrukkelijk worden vermeld dat het aantal gepubliceerde schadevergoedingsbeslissingen niet in verhouding lijkt te staan tot de te verwachten omvang van het aantal schadevergoedingsbeslissingen in de praktijk op de voet van de regeling van de artikelen 89-93 Sv. De uit de gepubliceerde uitspraken verkregen bevindingen zullen daarom niet volledig representatief zijn. Aan het gebruik van (door de advocatuur) toegezonden beslissingen kleeft dit bezwaar eveneens. Toch is ervoor gekozen een rechtspraakbeschrijving te doen op basis van deze selectie, mede vanuit de veronderstelling dat een aselect dossieronderzoek bij meerdere Rechtbanken en Hoven wel meer onderzoekstijd zou vergen maar wellicht niet tot verassend meer of zeer afwijkend andere uitkomsten zou leiden. De waarde van de analyse van de gekozen (dus niet geheel aselecte noch volledig representatieve) verzameling beslissingen zal daarin bestaan dat een voldoende indruk kan worden gekregen van de ontwikkeling van de rechtspraak op de voet van de regeling van de artikelen 89-93 Sv als basis voor een nadere uitwerking van de daarbij significant naar voren komende aspecten. Daarbij is aangesloten op de kwesties die gedurende de politieke ontwikkeling rond het leerstuk het scherpst naar voren kwamen. Gezien de samenhang op enkele aspecten (waaronder materiële voorwaarden) tussen de regeling van de artikelen 89-93 Sv 89 Sv en de regeling van artikel 591a Sv zal ook incidenteel illustratief rechtspraak ter zake daarvan worden besproken.[6]

Ten slotte: bij de wijze van bespreking van de rechtspraak is rekening gehouden met de casuïstiek aangezien die vooral bepalend is voor schadevergoedingsuitspraken op de voet van de regeling van de artikelen 89-93 Sv; daarom zal soms beknopt enige achtergrondinformatie uit de zaak worden vermeld, zodat de beslissing beter geplaatst kan worden.

---

5 P.J.P. Tak 1970, p. 1-27 en J.P.M. Borsboom 1983, p. 117 e.v. Vroegere rechtspraak ter zake van vergoeding, bijv. gebaseerd op een regeling van de oude Hollandse Consultatiën VI, p. 673 (ten tijde dat de overheid nog geen monopolie had op vervolging en ook eenieder als privaataanklager een ander in preventieve hechtenis kon laten nemen) die luidde dat hij 'die iemand qualijk heeft gearresteert, (…) hem zijne kosten, schaden en interessen (moet) betalen' blijft hier verder onvermeld. Voorbeelden hiervan zijn te vinden in J. Domela Nieuwenhuis 1878, p. 331 e.v.

6 Voor een meer uitvoerige bespreking van die rechtspraak (met name artikel 591a lid 2 Sv: kostenvergoeding na strafzaken die eindigen zonder veroordeling), verwijs ik naar N.M. Dane 2003, p. 711-768 en N.M. Dane 2006, aant. 9.4.

2.2.2 Structuur, definiëring en afbakening bij de bespreking van de rechtspraak

In de navolgende paragrafen wordt rechtspraak besproken welke nader inzicht geeft in de wijze hoe de rechter invulling heeft gegeven aan de meest relevante en tijdens de totstandkoming van de regeling bediscussieerde aspecten van de regeling, zoals de substantiële voorwaarden om in aanmerking te komen voor vergoeding op de voet van deze regeling en de invulling van de gronden van billijkheid. Apart wordt aandacht besteed aan de vraag welk soort schadeposten voor vergoeding in aanmerking komt en tot welke omvang (de maatstaf van de vergoeding, inclusief matiging). Voorafgaand aan de rechtspraakbespreking wordt, indien relevant, per deelaspect kort enige theoretische achtergrondinformatie gegeven over de betreffende kwestie/wetssystematiek, zodat de rechterlijke beslissingen op dat deelaspect beter kunnen worden gepositioneerd. De keuze in volgorde van bespreking is gebaseerd op de veronderstelde behandelingsvolgorde binnen een schadevergoedingsprocedure: eerst de kwesties ter zake van ontvankelijkheid (voorwaarden/beperkingen reikwijdte), dan de vraag of gronden van billijkheid aanwezig zijn tot vergoeding, en zo ja, daarna de kwestie of en in hoeverre de opgevoerde schadeposten voor vergoeding in aanmerking komen.

De 'voorwaarden waaronder' zijn onderscheiden in formele en materiële voorwaarden. De door de wetgever gestelde substantiële voorwaarden (zie conclusie hoofdstuk 1) om in aanmerking te kunnen komen voor schadevergoeding op de voet van deze specifieke regeling zijn dat de strafzaak moet zijn geëindigd zonder oplegging van straf of maatregel en dat (slechts) schade die de gewezen verdachte heeft geleden tengevolge van (kort gezegd) ondergane voorlopige hechtenis in aanmerking komt. Deze substantiële voorwaarden zijn hier gedefinieerd als materiële voorwaarden. Men zou kunnen opmerken dat de laatste voorwaarde (alleen schade tengevolge van voorlopige hechtenis) eigenlijk een kwestie van omvang betreft; er zijn echter diverse overwegingen dit aspect als voorwaarde te benoemen: in onderhavige regeling komt deze beperking procedureel al aan de orde bij de ontvankelijkheidvraag: in zoverre is het een voorwaarde waarvan sprake moet zijn om te worden ontvangen, een voorwaarde die de reikwijdte van de regeling betreft. Na ontvangst van het verzoek en na vaststelling dat billijkheidsgronden aanwezig zijn om in aanmerking te komen voor schadevergoeding (artikel 90 lid 1 Sv) komt de causale samenhang vervolgens weer aan de orde bij de vraag naar de omvang van de vergoeding (artikel 90 lid 2 Sv) aangezien alleen schadeposten die het causale gevolg zijn van de voorlopige hechtenis voor vergoeding in aanmerking

zullen komen.[7] De overige voorwaarden zijn hier gedefinieerd als formele voorwaarden. Indien de rechter vaststelt dat niet is voldaan aan (formele of materiële) voorwaarden zal de verzoeker niet worden ontvangen.

Hier wordt geen rechtspraak besproken die ziet op de invulling van formele voorwaarden; doelstelling van dit onderzoek is het in kaart brengen van dit rechtsterrein vanuit de vraag op welke grondslag en onder welke voorwaarden schade tengevolge van het ondergaan van rechtmatig toegepaste strafvorderlijke dwangmiddelen thans vergoed kan worden aan de gewezen (niet veroordeelde) verdachte ter beantwoording van de vraag in hoeverre dit terrein zich heeft ontwikkeld tot een – vanuit huidige inzichten- wenselijke rechtspraktijk. Daarbij is aangesloten bij die kwesties die gedurende de politieke ontwikkeling rond het leerstuk het scherpst naar voren kwamen en daarbij zijn de formele voorwaarden niet van grote betekenis geweest; daarom ziet de rechtspraakbespreking slechts op de materiële voorwaarden waaronder schadevergoeding op de voet van de artikelen 89-93 Sv mogelijk is.[8]
De 'grondslag waarop' schade door de overheid op basis van deze wettelijke regeling kan worden vergoed is de billijkheid. Daarbij kunnen volgens de wet alle omstandigheden in acht worden genomen. Tot 1975 stond ook in de wet dat vroeger levensgedrag van de verdachte en zijn houding voor en tijdens de voorlopige hechtenis in aanmerking werden genomen, na 1975 werd dat alles onder het begrip 'alle omstandigheden' begrepen. De rechter heeft nadere invulling gegeven aan de vraag wanneer sprake is van gronden van billijkheid. Ook al is deze rechtspraak casuïstisch, desondanks zijn uit genoemde rechtspraak wel degelijk herkenbare criteria te destilleren die inzicht geven in de invulling van deze grondslag.

Om enigszins aan te sluiten bij de rechtspraakbespreking in civilibus (hoofdstuk 3), wordt tot slot apart aandacht besteed aan beslissingen die inzicht geven in criteria ter zake van de vaststelling van de omvang van de toe te

---

7 Ter vergelijking: in civilibus wordt onderscheiden tussen vestigingsfase en omvangfase. In de vestigingsfase geldt de causaliteiteis tussen (onrechtmatige) gedraging en schadeveroorzakende gebeurtenis (zie § 3.2.6) en vervolgens in de omvangfase tussen schadeveroorzakende gebeurtenis en schade; hoewel de civiele onrechtmatige daadregeling niet geheel vergelijkbaar is met onderhavige regeling 89- 93 Sv, geldt ook in onderhavige regeling dat op twee momenten sprake moet zijn van een verband tussen bepaalde door de overheid toegepaste dwangmiddelen en geleden schade. Ten eerste aangezien alleen die schade tengevolge van specifieke dwangmiddelen (vrijheidsbenemende) voor vergoeding in aanmerking komt. Indien sprake is van schade tengevolge van andere dan deze dwangmiddelen zal een verzoek tot vergoeding niet worden ontvangen en daarom is het overzichtelijker de rechtspraak ter zake van deze causaliteitsvoorwaarde (als voorwaarde om in aanmerking te komen voor de regeling) in dit 'vestiging'-gedeelte van dit hoofdstuk te bespreken. Ten tweede, indien verzoeker is ontvangen, zal bij het bepalen van de omvang van de vergoeding alleen die schadeposten in aanmerking komen die in causale samenhang staat met de ondergane detentie. Deze vorm van causale samenhang komt aan de orde in het 'omvang'-gedeelte van dit hoofdstuk.

8 Voor een bespreking van rechtspraak over formele voorwaarden, zie N.M. Dane 2003, p. 711-768.

kennen schadevergoeding. Ook hier speelt, zoals gezegd, het causaliteitsverband een rol bij de vraag of de gestelde schadeposten in aanmerking komen voor vergoeding (er dient dan relatie te bestaan tussen de toegepaste vrijheidsbenemende dwangmiddelen – de schadeveroorzakende gebeurtenis – en de gestelde schade) en voor zover relevant bespreek ik dit causaliteitsaspect bij het 'omvang'-gedeelte van dit hoofdstuk.

Voorop staat dat de bespreking van de rechtspraak in beginsel beperkt is tot zaken waarbij de facto sprake is van schade als gevolg van (vrijheidsbenemende) dwangmiddelen die ab initio rechtmatig zijn toegepast, dat wil zeggen conform de wet en met inachtneming van fundamentele vereisten. Datzelfde geldt voor de in het volgende hoofdstuk te bespreken civiele rechtspraak, en dat heeft bijvoorbeeld tot gevolg dat in beginsel niet zal worden ingaan op schadevergoeding voor toegepaste strafvorderlijke dwangmiddelen die van-meet-af-aan onrechtmatig zijn toegepast.[9]

2.2.3 De constructie van de huidige en voorgaande wettelijke regeling van de artikelen 89-93 Sv

Na deze paragraaf start de beschrijving van de rechtspraak en daarbij worden zowel oudere als recentere uitspraken behandeld. In dit verband is het van belang te weten dat de schadevergoedingsregeling zowel qua inhoud als qua procedure is gewijzigd sinds 1926, namelijk in 1975 en in 1993. Daarom wordt hieronder de thans geldende regeling[10] schematisch voorgesteld met daarbij, voor wat betreft de onderdelen die wijzigingen hebben ondergaan, ook de voorgaande onderdelen. Vooruitlopend op de vergelijking van de mogelijkheden die deze specifieke wettelijke regeling biedt ter vergoeding van schade, met de mogelijkheden die een andere weg biedt (voornamelijk die via de algemene schadevergoedingsmogelijkheid in civilibus, op basis van artikel 6:162 BW) wordt hier de constructie van de wettelijke regeling schematisch geschetst. Daarbij wordt zo dicht mogelijk tegen de civielrechtelijke indeling naar vestiging en omvang van schadevergoeding aangehaakt.[11] Ook worden nog kort

9 De wetgever gaf overigens in 1975 duidelijk aan dat de schadevergoedingsprocedure van de artikelen 89-93 Sv ook gebruikt kon worden in geval een detentie van-meet-af-aan onrechtmatig was, Kamerstukken I 1974-1975, 12 132, nr. 91b (Memorie van Antwoord), p. 1.

10 Hier wordt niet ingegaan op de wijzigingen die worden voorgesteld in het ontwerp wetsvoorstel 'Schadecompensatie strafvorderlijk overheidsoptreden', dat ter consultatie is aangeboden oktober 2007. Zie daarvoor hoofdstuk 1 en hoofdstuk 7.

11 Vgl. de vestigingsfase: De wettelijke schadevergoedingsplicht (of wettelijke aansprakelijkheid) ontstaat eerst indien voldaan is aan de voorwaarde dat sprake is van een onrechtmatige gedraging terwijl geen sprake is van een rechtvaardigingsgrond, waarbij die gedraging aan de veroorzaker kan worden toegerekend en waardoor (causaliteitsvoorwaarde) aan die ander schade is toegebracht. De omvangsfase: bij een wettelijke schadevergoedingsplicht wordt de schade aan de dader naar redelijkheid toegerekend, zie hiervoor hoofdstuk 3.

de wijzigingen aangegeven die in de loop van de tijd werden aangebracht op de regeling van de artikelen 89-93 Sv, gebaseerd op de drie officiële wetteksten (wettekst 1926, 1975 en 1996).

De materiële voorwaarden waaronder op basis van de wet in de artikelen 89-93 Sv schade aan de Staat door de rechter kan worden toegerekend zijn, dat sprake is van een strafzaak die eindigt zonder oplegging van straf of maatregel (...) waarbij de gewezen verdachte schade heeft geleden tengevolge van ondergane voorlopige hechtenis (…) Slechts indien vrijheidsbenemende dwangmiddelen zijn toegepast, komt men in aanmerking voor een vergoeding van de tengevolge daarvan geleden schade. Deze causale voorwaarde dat sprake moet zijn van vrijheidsbenemende voorwaarden is dusdanig substantieel van aard dat deze hier als materiële voorwaarde is gedefinieerd. Op het moment dat men in zijn verzoek is ontvangen, zal vervolgens sprake moeten zijn van een causale samenhang tussen de geclaimde schadeposten en de detentie, die bij de bepaling van de omvang aan de orde komt.

Kortom, de voorwaarden (materieel) waaronder schade tengevolge van een strafzaak door de Staat kunnen worden vergoed zijn:

- dat een strafzaak is geëindigd zonder oplegging van een straf of maatregel;
- of dat een strafzaak is geëindigd met oplegging van een straf of maatregel op grond van een feit waarvoor voorlopige hechtenis niet is toegelaten;
- dat voorlopige hechtenis, inverzekeringstelling (incl. inverzekeringstelling op grond van een rechterlijk bevel handhaving openbare orde), uitleveringsdetentie, klinische observatie is ondergaan (vrijheidsbenemend dwangmiddel).

De voorwaarden (formeel) waaraan moet zijn voldaan om te worden ontvangen in een schadevergoedingsverzoek zijn:

- dat het schadevergoedingsverzoek binnen 3 maanden na beëindiging van de zaak;
- bij een bevoegdheid gerecht moet zijn ingediend (dat is het gerecht in feitelijke aanleg waarvoor de zaak tijdens de beëindiging daarvan werd vervolgd of anders het laatst werd vervolgd (wettekst 1926) of zou worden vervolgd (aanvulling wettekst 1975)). Tot aan de inwerkingtreding van de Aanpassingswet modernisering Rechterlijke Organisatie in 2002,[12] waarbij de kantongerechten uit een arrondissement bestuurlijk werd ondergebracht bij de sector kanton van de Rechtbank, was nog opgenomen dat in geval sprake was van een bevoegd kantongerecht, in dat geval de Rechtbank van het arrondissement bevoegd was); en

12 Aanpassingswet modernisering R.O. van 6 december 2001, Stb. 2001, 584, inwerkingtreding op 1 februari 2002 (Kamerstukken 27878).

- moet zijn ingediend/ondertekend[13] door de gewezen verdachte zelf (of zijn erfgenamen).[14]

De grond van toerekening van deze schade aan de Staat is de billijkheid (artikel 90 lid 1 Sv). In 1926 was daarbij in de wet opgenomen dat daarbij in aanmerking werd genomen het vroeger levensgedrag van verdachte en zijn houding voor en tijdens de voorlopige hechtenis, maar dat verviel in 1975.[15]

Voor wat betreft de omvang van de schadevergoeding geldt de beperking dat slechts die schadeposten die het gevolg zijn (causaliteitsrelatie) van de ondergane verzekering, voorlopige hechtenis of klinische observatie (in wettekst 1926 ging het nog slechts om een tegemoetkoming voor de werkelijk geleden schade ten gevolge van de voorlopige hechtenis[16]; in 1975 werd dat uitgebreid naar schadevergoeding[17] ook voor immateriële schade en ook ten gevolge van inverzekeringstelling; in 1996 werd dat tot slot uitgebreid naar de schade geleden tengevolge van klinische observatie) voor vergoeding in aanmerking komen.

De billijkheid is eveneens de maatstaf voor de hoogte van de te bepalen schadevergoeding waarbij in ieder geval ook de levensomstandigheden van de gewezen verdachte relevant zijn (artikel 90 lid 2). Tot slot komt de schadevergoeding ten gunste van de gewezen verdachte of zijn erfgenamen (in het laatste geval alleen de vergoeding voor de materiële schade).

De schadevergoeding (tot 1975 tegemoetkoming) bestaat eerst (1926) uit een geldbedrag, later (1993) kan ook een mindering plaatsvinden op de tenuitvoerlegging van een uit anderen hoofde opgelegde onherroepelijke vrijheidsstraf. Tevens wordt in 1993 een verrekeningsregel opgenomen indien een

---

13 Hoewel de letterlijke wettekst spreekt van indiening, is niet relevant wie het verzoekschrift ter griffie aflevert, of hoe het wordt opgestuurd, maar gaat het erom dat het verzoek door de gewezen verdachte zelf is ondertekend, aldus HR 5 november 1991, NJ 1992, 482.

14 Aangezien de advocaat in schadevergoedingsprocedures niet meer optreedt als raadsman omdat zijn cliënt inmiddels formeel geen verdachte meer is, heeft de advocaat ook niet meer het recht om als gemachtigde een verzoekschrift in te dienen. Artikel 450 Sv is namelijk niet van toepassing. Ook voorziet de schadevergoedingsregeling zelf niet in indiening door een gemachtigde. De Hoge Raad gaf dit ook nog eens duidelijk aan: in HR 1 september 1987, NJ 1988, 194 werd een einde gemaakt aan de tegenstrijdige ressortuitspraken op dit terrein en werd geconcludeerd dat een schade/kostenvergoedingsverzoek niet mag worden ingediend door een gemachtigde (advocaat).

15 De wetgever meende dat een zodanige verwijzing overbodig was aangezien de rechter dit in ieder geval bij zijn oordeel over de gronden van billijkheid kon betrekken, zie hoofdstuk 1 in § 1.6.2.

16 Alsmede voor inverzekeringstelling in het kader van de handhaving van openbare orde, hetgeen maximaal 10 dagen (5 dagen verlengd met 5 dagen) kon betreffen, zie Handelingen Staten Generaal II 1919/1920, zitting 28 april 1920, p. 2003 (amendement Dresselhuys) en idem, p. 2006. Dit betreft het (nog ongewijzigde) artikel 550 WvSv dat ten aanzien van de ondergane inverzekeringstelling in het kader van handhaving van de openbare orde (boek IV titel VII Sv) de artikelen 89-93 Sv van overeenkomstige toepassing verklaart.

17 Met het begrip 'schadevergoeding' meende de wetgever beter duidelijk te maken dat sprake kon zijn van een volledige vergoedingsmogelijkheid.

geldbedrag wordt uitgekeerd, namelijk met nog niet voldane geldboeten en andere aan de Staat verschuldigde sommen waarvoor verzoeker in een strafzaak onherroepelijk is veroordeeld.

2.3 RECHTSPRAAK OVER DE WETTELIJKE VOORWAARDEN WAARONDER SCHADE AAN DE STAAT KAN WORDEN TOEGEREKEND

2.3.1 Inleiding

In deze paragraaf zal worden ingegaan op de materiële voorwaarde dat sprake moet zijn van een einde van de strafzaak zonder oplegging van straf of maatregel (of van een einde van de zaak met veroordeling maar voor feit waarvoor voorlopige hechtenis niet is toegestaan). In de rechtspraak is op diverse onderdelen nadere invulling aan deze voorwaarde gegeven, onder andere door nader in te gaan op de kwestie wanneer sprake is van beëindiging van een zaak zonder straf of maatregel. De wettelijke regeling geeft namelijk geen nadere invulling daaraan, reden waarom onder andere duidelijker moest worden of ook na sepot sprake kan zijn van 'einde van de zaak' in de betekenis van deze regeling (§ 2.3.2.3). Voorafgaand aan de bespreking van deze uitspraken wordt in vogelvlucht enige theoretische achtergrond gegeven ter zake van de verschillende wijzen van (definitieve) beëindiging van strafzaken in het algemeen (§ 2.3.2.2). Ook is in de rechtspraak veel aandacht besteed aan het begrip 'zaak' en dat leidde geruime tijd tot een diversiteit aan ontvankelijkheidbeoordelingen. Dat was zelfs aanleiding tot enkele Kamervragen (§ 2.3.2.4). Vervolgens wordt in de volgende paragraaf (§ 2.3.3) ingegaan op de rechtspraak ter zake van de beperking van de regeling tot schade tengevolge van vrijheidsbenemende dwangmiddelen, een beperking die geldt als voorwaarde om te worden ontvangen in een verzoek op de voet van onderhavige regeling van de artikelen 89-93 Sv en daarom hier besproken. Vele verzoeken betreffen andere schade tengevolge van strafvorderlijk overheidshandelen, en soms laat de rechter ook een dergelijk verzoek binnen de reikwijdte van de regeling vallen. Vooral die soorten schade waarover tijdens de totstandkoming van de wettelijke regeling niet iedereen het met elkaar eens was, komen ook in de rechtspraak naar voren: zo komt hier aan de orde schade t.g.v. ophouding voor verhoor (§ 2.3.3.3) en schade in de situatie dat de ondergane hechtenis de uiteindelijk opgelegde gevangenisstraf overschrijdt (§ 2.3.3.4). Ook de kwestie betreffende de vraag in hoeverre schade tengevolge van *onrechtmatige* vrijheidsbeneming ook op de voet van deze regeling geclaimd kan worden, wordt hier besproken (§2.3.3.2). Zoals bleek uit hoofdstuk 1 was dit een kwestie die de politici nogal in verwarring leek te brengen.

2.3.2 Materiële voorwaarde: beëindiging zaak zonder oplegging van straf of maatregel, of oplegging voor een feit waarvoor geen voorlopige hechtenis is toegelaten

2.3.2.1 Inleiding

Uit hoofdstuk 1 bleek dat de bepalende materiële voorwaarde waarvan sprake moet zijn om in aanmerking te komen voor deze wettelijke schadevergoedingsregeling is, dat de zaak is geëindigd zonder oplegging van straf of maatregel (of, met oplegging straf of maatregel maar voor een feit waarvoor geen voorlopige hechtenis is toegelaten, zie hierna). Aan de vraag wanneer sprake is van een zaaksbeëindiging zonder oplegging straf of maatregel zitten twee belangrijke aspecten die in de rechtspraak nadere invulling kregen. Enerzijds betrof dat de vraag in welke gevallen sprake is van een dergelijke 'beëindiging' van de zaak, anderzijds diende de rechter zich in het kader van cumulatief ten laste gelegde feiten uit te spreken over de vraag wat nu precies een 'zaak' is (dit ter vaststelling of wel sprake was van beëindiging van 'een zaak' zonder oplegging van straf of maatregel). Aangezien deze materiële voorwaarde zowel geldt voor de vordering op de voet van de regeling van de artikelen 89-93 Sv als ook voor die op de voet van artikel 591a Sv, is ook deze rechtspraak relevant op dit punt.

Indien geen sprake is van een beëindigde zaak zonder oplegging van straf of maatregel (of met oplegging maar voor een feit waarvoor geen voorlopige hechtenis is toegelaten) zal de schadevergoedingsrechter het verzoek niet ontvangen. Eerst zal hier worden ingegaan op deze rechtspraak en aan het einde van deze paragraaf zal ook nog kort worden stilgestaan bij de andere variant (het geval waarbij schadevergoeding voor voorlopige hechtenis mogelijk is na oplegging van straf of maatregel, maar voor een feit waarvoor voorlopige hechtenis niet is toegelaten).

2.3.2.2 Achtergrondtheorie over beëindiging van de zaak zonder oplegging van straf of maatregel

Er zijn diverse wijzen waardoor een strafzaak kan eindigen zonder dat een straf of maatregel is opgelegd, al dan niet door middel van een einduitspraak.[18] Tijdens het opsporingsonderzoek kan de zaak worden beëindigd door de officier van justitie door middel van sepot (indien nog geen rechter in de zaak is betrokken) of kennisgeving van niet verdere vervolging (indien wel een rechter in de zaak is betrokken in geval van voorlopige hechtenis) en ook na het gerechtelijk vooronderzoek kan de zaak worden beëindigd door de officier van justitie door middel van een kennisgeving van niet verdere vervolging. Tijdens het onderzoek ter terechtzitting kan de zaak worden

18 Art. 138 Sv.

beëindigd zonder oplegging van straf of maatregel door een rechterlijke beslissing: niet ontvankelijkheid van het Openbaar Ministerie (voor zover definitief, zie hierna), vrijspraak of ontslag van rechtsvervolging, en ten slotte kan in raadkamer worden verklaard dat de zaak is beëindigd (artikel 36 Sv) of kan een beschikking buitenvervolgingstelling worden gegeven. Gezien de algemene bewoordingen van artikel 89 Sv is in beginsel bij al de hierboven genoemde eindsituaties sprake van een einde van de zaak zonder oplegging van straf of maatregel.[19] In hoeverre deze eindsituaties echter ook als definitief kunnen worden beschouwd en derhalve theoretisch geen ontvankelijkheidproblemen zouden moeten creëren bij een verzoek op de voet van de regeling van de artikelen 89-93 Sv, hangt af van meerdere factoren.[20] Ongeacht deze kwestie dient te worden bedacht dat bij cumulatief ten laste gelegde feiten pas sprake is van het einde van de zaak (ongeacht de uitkomst) indien de rechter over al deze feiten onherroepelijk heeft beslist.[21]

Voor vrijspraak en ontslag van rechtsvervolging geldt dat op basis van de wet (artikel 68 Sr (ne bis in idem)) sprake is van een definitief einde van de zaak aangezien het recht tot strafvervolging na dergelijke onherroepelijke rechterlijke oordelen definitief is vervallen. Een technische vrijspraak hoeft ook geen belemmering op te leveren voor ontvankelijkheid en vergoeding.[22]

Na buitenvervolgingstelling, een verklaring dat de zaak is geëindigd en kennisgeving van niet verdere vervolging geldt op basis van de wet een vergelijkbaar uitgangspunt (artikel 255 Sv – zwakke ne bis in idem, ook wel strafvorderlijk ne bis in idem genoemd), maar anders dan op grond van artikel 68 Sr is deze bescherming voorwaardelijk. Indien namelijk sprake is van nieuwe bezwaren (artikel 255 Sv) kan het vervolgingsrecht opnieuw worden uitgeoefend. Welke consequenties heeft dat nu voor een verzoek op de voet van de regeling van de artikelen 89-93 Sv? In beginsel geeft artikel 135 Sv hierop het verlossende woord aangezien dat aangeeft dat bij beantwoording van de vraag of de zaak is geëindigd, het rechtsgevolg bij artikel 255 aan het bekend worden van nieuwe bezwaren verbonden, buiten beschouwing

19 In hoeverre dat ook zo is na verjaring lijkt afhankelijk van de vraag in hoeverre daarbij sprake is geweest van een daad van vervolging; bij een verjaard delict waar geen sprake is geweest van enige daad van vervolging kan men namelijk moeilijk spreken van een 'zaak' in strafvorderlijke betekenis. Indien de verjaring echter is gestuit door een daad van vervolging en daarna alsnog is verjaard, zou wel sprake kunnen zijn van het einde van die zaak zonder oplegging van straf of maatregel in de betekenis van de artikelen 89-93 Sv en in dat geval lijkt ook sprake van een definitief einde. Vanwege het zeldzame karakter van deze kwestie zal ik er hier niet verder op ingaan.

20 Dat laat nog onverlet dat de schadevergoedingsrechter na ontvankelijkheid van het verzoek bij sommige wijzen van beëindiging van het strafproces wellicht minder geneigd is aan te nemen dat er billijkheidsgronden zijn voor vergoeding op de voet van de regeling van de art. 89-93 Sv.

21 HR 14 november 1989, NJ 1990, 274 (m.nt. ThWvW) en HR 8 mei 2001, NJ 2001, 509 (m.nt. JdH).

22 Hof 's-Gravenhage 14 december 1984, NJ 1985, 258.

wordt gelaten. Dat impliceert dat na een buitenvervolgingstelling, een verklaring dat de zaak is geëindigd en een kennisgeving van niet verdere vervolging geen belemmeringen hoeven te bestaan met betrekking tot ontvankelijkheid van een verzoek ex artikel 89, indien sprake is van nieuwe bezwaren.[23] Na kennisgeving van niet verdere vervolging geldt echter sinds de Wet van 1 november 2001 tot wijziging van de regelingen betreffende de waarborgen rond de vervolging, waarbij artikel 255 Sv werd aangepast,[24] dat ook zonder nieuwe bezwaren een hernieuwde vervolging mogelijk is, namelijk na een vervolgingsopdracht door het hof na beklag (artikel 12i). Voor wat betreft verzoeken ex artikel 89 Sv zijn eventuele gevolgen hiervan nog niet zichtbaar.

Ook bij sepot en niet ontvankelijkheid van het Openbaar Ministerie kan sprake zijn van een definitief einde, maar daarbij geldt de bescherming van artikel 255 Sv niet. Voor wat betreft een *onvoorwaardelijk sepot* dient er op basis van het ongeschreven recht (vertrouwensbeginsel) van te worden uitgegaan dat in beginsel sprake is van het einde van de zaak, maar dat neemt niet weg dat op basis van veranderde omstandigheden gerechtvaardigd op deze beslissing kan worden teruggekomen. Bij het onvoorwaardelijk sepot wordt onderscheid gemaakt tussen het technisch sepot (processuele omstandigheden staan succesvolle vervolging in de weg, bijv. onvoldoende bewijsmateriaal) en het beleidssepot (artikel 167 lid 2 Sv: in het algemeen belang). Een beleidssepot kan ook voorwaardelijk zijn.[25]

Gezien het feit dat zaken tegenwoordig steeds vaker eindigen door sepot (artikel 167 lid 2 Sv) dan door kennisgeving van niet verdere vervolging is het uitermate relevant of de schade-/kostenvergoedingsrechter een sepot ook beschouwt als definitief einde[26] in de zin van de regeling van de artikelen 89-93 Sv.

Voor wat betreft *niet ontvankelijkheid van het Openbaar Ministerie* (n.o.O.M.) kan als uitgangspunt worden aangenomen dat het Openbaar Ministerie zijn recht op vervolging heeft verspeeld indien de niet ontvankelijkheid is uitgesproken als sanctie op het schenden van (deels) ongeschreven beginselen of vanwege het overschrijden van de redelijke termijn, zodat dan sprake zal zijn van een definitief einde van de zaak. Een niet ontvankelijkheid wegens formele

23 Zo concludeert ook M.L.W.M. Viering 1989, p. 279-287, vooral p. 282. Ook zo: Rb. Groningen 22 november 2000, NbSr 2000, 270.

24 Stb. 2001, 531 (i.w.tr. per 1 mei 2002, Stb. 2002, 135).

25 Zie de (OM)Aanwijzing gebruik sepotgronden, 6 augustus 2007, Stcrt. 2009, 19. Uitvoerig ook J.M. Reijntjes, commentaar op art. 167 (augustus 2002)), in: *Melai/Groenhuijsen e.a.*, aant. 17.

26 Ongeacht de kwestie of het sepot beschouwd wordt als een beëindigde zaak in de betekenis van art. 89 (en art. 591a) geldt daarbij in het algemeen dat de zaak door een sepot pas is geëindigd indien de gewezen verdachte daarvan op de hoogte is gebracht (Hof Amsterdam 11 juli 2002, NbSr 2003, 141). Dit geeft een bescherming voor de betrokkene voor wat betreft de aanvang van termijnen, aangezien het sepot verder vormvrij is, in tegenstelling tot bijvoorbeeld de kennisgeving van niet verdere vervolging, die door de officier van justitie aan de verdachte wordt betekend (art. 245*a*).

beletselen staat een nieuwe vervolging echter niet in de weg. Dat veronderstelt dat bij niet ontvankelijkheid van het Openbaar Ministerie de ontvankelijkheid van een verzoek ex artikel 591*a* mede afhankelijk kan worden gesteld van de reden van de niet ontvankelijkheid van het Openbaar Ministerie.

Ten slotte de transactie: het Openbaar Ministerie kan de zaak afdoen middels *transactie op de voet van artikel 74 Sr.* In verband met de schadevergoedingskwestie is thans nog[27] relevant of na transactie sprake is van de situatie waarbij aangenomen kan worden dat de zaak is geëindigd zonder oplegging van straf of maatregel. Door voldoening aan de voorwaarden vervalt het recht tot strafvordering en straf (art.74, eerste lid, laatste zinsnede), maar formeel gezien is geen straf of maatregel opgelegd (artikel 9 Sr).

De Minister van Justitie zei over de transactie, naar aanleiding van Kamervragen, het volgende: '*Vanuit de vervolging bezien behoudt de verdachte daarmee de status van verdachte: iemand ten aanzien van wie uit feiten of omstandigheden een redelijk vermoeden van schuld aan enig strafbaar feit voortvloeit c.q. degene tegen wie de vervolging is (resp. was) gericht (artikel 27 WvSv)*'.[28] Dit lijkt te impliceren dat door transactie geen sprake is van het (definitieve) einde van de zaak zonder oplegging van straf of maatregel. Inderdaad kan de zaak na beklag worden heropend (74b Sr, aangepast artikel 12k Sv[29]), maar dat geldt ook voor andere vormen van beëindiging van een strafzaak. De vraag resteert in hoeverre de transactievoorwaarden, die qua karakter als sanctionerend worden gezien,[30] gelijk zijn te stellen aan een opgelegde straf (ze zijn het formeel niet, zie artikel 9 Sr).[31] Want als ze dat niet zijn, dan pleit dat ervoor de transactie wel te beschouwen als een einde van de strafzaak zonder oplegging van straf of maatregel. Het is toch het een of het ander.[32]

---

27 De transactie is vervallen door de Wet OM afdoening (wet van 7 juli 2006, Stb. 330, 2007, 130.

28 Antwoorden MvJ op 31 januari 2002 naar aanleiding van vragen gesteld tijdens het Algemeen overleg Hoge Transacties op 12 december 2001, Kamerstukken I/II, 28 216, nr. 1, NJB 2002-7 p. 337.

29 Thans zowel bij misdrijven als overtredingen.

30 J.M. Reijntjes, commentaar op art. 167 (augustus 2002)), in: *Melai/Groenhuijsen e.a.*, aant. 21. Reijntjes meent dat daarom de transactie eigenlijk thuishoort in het WvSv, omdat zij een wijze van afdoening van strafzaken is, zie idem, aant. 18.1. Daarmee vertoont de transactie naar zijn mening overeenkomst met het voorwaardelijk sepot, zie idem, aant. 21.

31 In dit verband zie de m.i. nogal vrije interpretatie van art. 74, eerste lid in Cleiren en Nijboer 2005, (*T&C Sv*), art. 12, aant. 5: '*Art. 74 lid 1 Sr bepaalt dat een voldane transactie ter zake van een strafbaar feit moet worden gelijk gesteld aan een onherroepelijke veroordeling*.'

32 Deze vraag wordt ingehaald door de tijd, aangezien door de Wet OM afdoening (Wet van 7 juli 2006, *Stb*. 330 jo. 2007, 130) de transactie verdwijnt. Door deze wet krijgt het OM met de invoering van de strafbeschikking de mogelijkheid om lichte strafbare feiten zelf af te doen, zonder tussenkomst van de rechter, en onafhankelijk van de instemming van de verdachte (zoals bij transactie). Hiermee wordt eigenlijk het huidige voorwaardelijke sepot gesplitst: enerzijds kan het OM een strafbeschikking uitvaardigen (art. 257a lid 3 Sv-nieuw, gefaseerd inwerking); dit is een daad van vervolging. Anderzijds kan het OM de beslissing over wel of geen vervolging uitstellen en bepaalde voorwaarden stellen (het huidige

In alle gevallen geldt dat als de vervolging niet wordt voortgezet de verdachte kan vragen om een *rechterlijke beschikking waarin wordt verklaard dat de zaak is geëindigd* (artikel 36). Ook hier geldt als uitgangspunt dat dit een definitief einde is tenzij nieuwe bezwaren een andere beslissing rechtvaardigen (artikel 255 Sv); dat geldt echter niet voor het rechtsgevolg van de mogelijkheid tot schadevergoeding aangezien die op grond van artikel 135 Sv van een heropening onafhankelijk is. Beklag is niet meer mogelijk na een beschikking artikel 36 Sv op grond van gewijzigd artikel 12l Sv, maar wel is nieuw bepaald dat alvorens het gerecht op grond van een verzoek de beslissing neemt dat de zaak is geëindigd, het eerst de rechtstreeks belanghebbende oproept die hem bekend is om te worden gehoord over dit verzoek.[33]

Een andere complicatie werd eerder door Viering naar voren gebracht: artikel 36 Sv stelt als voorwaarde dat een *vervolging* niet wordt voortgezet alvorens de rechter op verzoek van de verdachte kan verklaren dat de zaak is geëindigd. Maar in sommige gevallen is nog geen sprake van een aanvang van vervolging (in de betekenis van het Nederlandse stelsel), bijvoorbeeld in geval van sepot waarbij in het voortraject nog geen rechter in de zaak betrokken is geweest. De Hoge Raad heeft echter met zijn arrest van 17 juni 1975[34] een groter toepassingsgebied van artikel 36 gecreëerd en het van toepassing geacht op een situatie waarbij sprake was van een onvoorwaardelijk sepot maar er nog geen vervolging had plaatsgevonden. Daarmee lijkt dit probleem opgelost.[35]

2.3.2.3 Beëindiging van de zaak zonder oplegging van straf of maatregel in verband met de regeling van de artikelen 89-93 Sv

In hoofdstuk 1 bleek dat de wetgever bij de totstandkoming van de huidige schadevergoedingsregeling (de regeling van de artikelen 89-93 Sv) het oog had op beëindiging van de zaak middels een rechterlijke beslissing en dat daarmee gelijk werd gesteld een door de officier van justitie gegeven kennisgeving van niet verdere vervolging. Na tekstwijziging werd slechts nog gesproken van een zaak die eindigt zonder oplegging van straf of maatregel, wat zonder twijfel in ieder geval die rechterlijke beslissingen evenals de niet

---

voorwaardelijk sepot. Zie de (OM)Aanwijzing gebruik sepotgronden, 6 augustus 2007, *Stcrt*. 2008, 19.

33 O.g.v. de Wet van 1 november 2001 tot wijziging van de regelingen betreffende de waarborgen rond de vervolging, Stb. 2001, 531, inwerking 1 mei 2002, Stb. 2002, 135. Daarvoor eerder achtte Hof Den Bosch 3 februari 1997, NJ 1997, 266 beklag nog wel mogelijk, en ook tijdens de totstandkoming van de wet van 1 november 2001 was er nog sprake van de beklagmogelijkheid in dit geval toe te staan, zie verder Kamerstukken 26436 bij deze wet.

34 HR 17 juni 1975, NJ 1975, 467. Zie eerder over deze uitspraak G.P.A. Aler 1976, p. 639-641.

35 Hoewel Viering deze oplossing niet steunt (gezien de oprekking van het vervolgingsbegrip) en wetsaanpassing verkiest. M.L.W.M. Viering 1989, p. 279-287, vooral p. 283-284.

rechterlijke, maar aan vormen gebonden kennisgeving van niet verdere vervolging lijkt te behelzen. De wetgever sprak zich dus niet expliciet uit over de vraag of ook na sepot gesproken kon worden van beëindiging van de zaak voor wat betreft een verzoek tot schadevergoeding; thans is die vraag van nog meer relevantie aangezien meer zaken eindigen middels een vormloos sepot dan door een (aan vormen gebonden) kennisgeving van niet verdere vervolging, gezien de ontwikkeling in het voorbereidend onderzoek dat veel bevoegdheden die eerst aan de rechter commissaris in gerechtelijk vooronderzoek waren toebedeeld, thans door de officier van justitie kunnen worden uitgeoefend, evenals de acceptatie van de bewijskracht van politieverhoren. Dat leidde tot afname van het gebruik van gerechtelijk vooronderzoek.[36] Gevolg hiervan is dat een kennisgeving van niet verdere vervolging thans uitzondering is in plaats van regel en het vooronderzoek in veel gevallen eindigt met een vormloos sepot.[37] In de rechtspraak over schadevergoeding kwam derhalve de vraag aan de orde of ook door sepot een strafzaak in bovengenoemde zin eindigt. Opvallend is dat de schade-/kostenvergoedingsrechter vaak, maar niet altijd, van mening is dat sepot niet steeds ingang geeft op de regeling van de artikelen 89-93 (of artikel 591a, waar dezelfde voorwaarde geldt),[38] Voor wat betreft ontvankelijkheid voor verzoeken op de voet van artikel 89 Sv, kan vermeld worden de mening van de P-G Ten Kate bij het arrest van de Hoge Raad van 2 februari 1993[39]; hij acht het feit dat de zaak is geëindigd door middel van een sepot niet van uitsluitende betekenis, omdat de regeling sinds 1926 ook van toepassing is indien de strafrechter geheel niet aan onderzoek van de zaak is toegekomen (kennisgeving van niet verdere vervolging), dus sepot kan ook worden beschouwd als einde van de zaak in de betekenis van artikel 89, aldus de P-G. Daarentegen beschouwt het Hof 's-Hertogenbosch sepot niet als einde van de zaak in deze betekenis (van artikel 89).[40] Het Hof 's-Gravenhage komt echter op 3 oktober 1995[41] tot de conclusie dat een sepot wel 'einde zaak' in deze betekenis moet zijn, omdat een andere opvatting onzekerheid schept over de aanvang van de drie maan-

36 Kamerstukken II 1998-1999, 26436, nr. 3 p. 3.

37 Het beklagrecht werd oorspronkelijk gestuit door een kennisgeving van niet verdere vervolging. Dat is thans aangepast aangezien sepot het beklag niet stuitte en het verschil tussen sepot en kennisgeving van niet verdere vervolging steeds minder van betekenis werd; dus beklag is thans ook mogelijk na kennisgeving van niet verdere vervolging, o.g.v. de Wet van 1 november 2001 tot wijziging van de regelingen betreffende de waarborgen rond de vervolging, Stb. 2001, 531, inwerking 1 mei 2002, Stb. 2002, 135.

38 Ook Viering meent dat sepot geen ingang op een art. 89-procedure kan geven, maar daarbij heeft hij het oog op een voorwaardelijk sepot, M.L.W.M. Viering 1989, p. 279-287, vooral p. 282-283. Anders: J.P.M. Borsboom 1983, p. 118.

39 HR 2 februari 1993, NJ 1993, 552.

40 Hof 's-Hertogenbosch 7 juli 1994, NJ 1994, 630.

41 Hof 's-Gravenhage 3 oktober 1995, NJ 1996, 190.

den termijn van artikel 89 lid 3.[42] Rechtbank Zwolle meent zelfs dat in geval van een voorwaardelijk sepot sprake is van het einde van de zaak in de betekenis van artikel 591a.[43] Ook interessant voor wat betreft artikel 591a is de uitspraak van het Hof Amsterdam van 31 januari 2000:[44] ook na een politiesepot is sprake van ontvankelijkheid van een verzoek ex artikel 591a. Rechtbank Haarlem meent tot slot dat 'sepot 01' (ten onrechte als verdachte aangemerkt/i.c. was sprake van ex tunc onrechtmatige aanhouding) ingang geeft op de regeling van de artikelen 89-93 Sv.[45]

Kortom: er is geen eenduidigheid voor wat betreft de vraag of een OM-sepot (eventueel beperkt tot onvoorwaardelijk sepot) ingang dient te geven op de procedures van de regeling van de artikelen 89-93 Sv en artikel 591a Sv, aangezien de huidige rechtspraak hierop uiteenloopt, zonder daarbij inzicht te geven in de achterliggende gedachte.[46]

Over schadevergoeding na transactie is mij één uitspraak bekend. De Rb Amsterdam stelt in 2008 dat de transactie niet gelijk staat aan het eindigen van een zaak met oplegging van straf of maatregel, omdat de i.c. door verzoeker geaccepteerde boete en taakstraf geen straf is ex artikel 9 Sr, maar voorwaarden ter voorkoming van strafvervolging. Verzoeker is dus ontvankelijk, maar '*nu verzoeker vrijwillig heeft verkozen de voor hem belastende voorwaarden te accepteren boven het in rechte doen vaststellen van zijn onschuld, is de eertijds tegen hem ontstane verdenking niet weggenomen*.' De Rechtbank ziet daarom geen gronden van billijkheid.[47]

Dan de niet ontvankelijkheid van het Openbaar Ministerie. Verondersteld werd dat bij niet ontvankelijkheid van het Openbaar Ministerie de ontvankelijkheid van een verzoek ex artikel 89 (of 591a aangezien daar dezelfde voorwaarde geldt) mede afhankelijk kan worden gesteld van de reden van de niet ontvankelijkheid van het Openbaar Ministerie. Een greep uit de rechtspraak spreekt dat niet tegen, maar laat weinig problemen zien voor wat betreft ontvankelijkheid van een kostenvergoedingsverzoek na niet ontvankelijkheid van het Openbaar Ministerie. Hof Den Bosch 12 december 1994, ongepubliceerd: er worden geen woorden gewijd aan de vraag in hoeverre de niet ontvankelijkheid van het Openbaar Ministerie definitief is, maar alleen dat blijkt dat de strafzaak is geëindigd zonder oplegging van straf of maatregel.

---

42 Hof 's-Gravenhage 17 oktober 1996, NJ 1997, 97 komt hierop terug: sepot is geen einde zaak in de zin van art. 89. Overigens was in deze zaak verzoeker nog niet vanwege het Openbaar Ministerie op de hoogte gesteld en was een geschorst bevel tot bewaring nog niet opgeheven. Rb. Roermond 10 februari 2004, NbSr 2004, 112 kende weer wel een vergoeding toe na een sepot (waarbij geseponeerd was omdat ander dan strafrechtelijk ingrijpen prevaleerde).

43 Rb. Zwolle 17 september 2003, NbSr 2003, 462.

44 Hof Amsterdam 31 januari 2000, NbSr 2000; 54, NJ 2000, 318.

45 Rechtbank Haarlem 31 maart 2005, LJN AT3074.

46 Zie hierover ook kritisch J. Boksem en T. van der Groot 2000, p. 356-361.

47 Rb Amsterdam 29 januari 2008, NbSr 2008, 98.

In een andere zaak van Hof Den Haag 23 april 1998, ongepubliceerd, worden er ook in de schadevergoedingsbeslissing geen woorden gewijd aan de wijze waarop de zaak is geëindigd (maar uit eindarrest blijkt het volgende: ondanks verzoek om contra expertise had officier van justitie in beslaggenomen bewijsmateriaal vernietigd. Het Hof verklaarde het Openbaar Ministerie niet ontvankelijk omdat verdachte door deze handelswijze in zijn verdediging is geschaad). Vergelijkbaar in dit verband zijn nog enkele uitspraken over kostenvergoeding (verzoek op grond van artikel 591a Sv). Daaruit blijkt dat er geen eenduidigheid bestaat over de ingang op i.c. 591a Sv na niet ontvankelijkheid van het Openbaar Ministerie, ongeacht of sprake is van niet ontvankelijkheid van het Openbaar Ministerie wegens procedurele – dan wel redelijke termijn verzuimen. Hof Den Bosch 1 november 2000[48] kent geen kostenvergoeding toe na niet ontvankelijkheid van het Openbaar Ministerie wegens schending van de redelijke termijn. Rechtbank Haarlem daarentegen kende op 16 mei 2002 wel een vergoeding toe na niet ontvankelijkheid van het Openbaar Ministerie wegens '*undue delay*'.[49] Interessant is dat de Rechtbank 's-Gravenhage op 20 maart 2000 ondanks een niet ontvankelijkheid van het Openbaar Ministerie op procedurele gronden desondanks het verzoek op grond van artikel 591a ontvankelijk achtte en kostenvergoeding toekende.[50] Hof Leeuwarden 24 januari 2001, meende daarentegen dat er geen billijkheidsgrondslag was de kostenvergoeding toe te wijzen (na niet ontvankelijkheid van het Openbaar Ministerie vanwege herhaalde omissies van formele aard).[51] Ook de Rechtbank Leeuwarden wees een verzoek tot kostenvergoeding toe na niet ontvankelijkheid van het Openbaar Ministerie, evenals de Rechtbank Amsterdam.[52]

Naast de hier beschreven kwestie, namelijk de invulling in de rechtspraktijk van de toegang tot de schade/kostenvergoedingsprocedure na beëindiging van de zaak zonder veroordeling, speelt een hieraan gerelateerde kwestie een grote rol in de discussie over schadevergoeding. Ik noem het hier vast kort: bij enkele wijzen van beëindiging van de zaak zonder veroordeling kan de (gewezen) verdachte namelijk niet de mogelijkheid hebben gehad met betrekking tot de feiten zijn verdediging te voeren (in het bijzonder bij sepot, kennisgeving van niet verdere vervolging, niet ontvankelijkheid van het Openbaar Ministerie) en hieraan dienen consequenties te worden verbonden (voor wat betreft de vaststelling van billijkheidsgronden, vooral gezien de onschuldpresumptie). In die gevallen kan een weigering schade/kostenvergoeding namelijk strijdig zijn met artikel 6 lid 2 EVRM indien daarbij wordt verwezen

48 Hof Den Bosch 31 maart 2005, LJN AT3074.
49 Rb. Haarlem 16 mei 2002, NbSr 2003, 85.
50 Rb. 's-Gravenhage 20 maart 2000, NbSr 2000, 117.
51 Hof Leeuwarden NbSr 2001, 39.
52 Rb. Leeuwarden 12 maart 2003, NbSr 2003, 200 en Rb. Amsterdam 24 januari 2003, NbSr 2003, 225.

naar schuld, terwijl de schuld van de gewezen verdachte niet is vastgesteld volgens de wet en in het bijzonder wanneer de gewezen verdachte niet de mogelijkheid heeft gehad verweer te voeren.[53] Hierop ga ik verderop nog uitvoerig in (hoofdstuk 6).

2.3.2.4 Het begrip 'zaak' in de betekenis van artikel 591a Sv en artikel 89 Sv

De uitleg die aan het begrip 'zaak' wordt gegeven indien meerdere feiten cumulatief ten laste zijn gelegd, is zeer relevant voor de vraag of schadevergoeding mogelijk is, aangezien dat bepalend is voor de vraag of sprake is van einde van de zaak. Taalkundig is de wettekst van artikel 89 en artikel 591a Sv gelijkluidend voor wat betreft gebruik van het begrip 'zaak' en daarom komen hieronder dus ook uitspraken aan de orde naar aanleiding van verzoeken op de voet van artikel 591a Sv voor zover relevant voor de invulling van het begrip 'zaak'.

Eerst iets over het zaaksbegrip voor wat betreft artikel 591a. Hoewel de Hoge Raad naar aanleiding van een verzoek ex artikel 591a over deze kwestie al eerder een standpunt had ingenomen,[54] bleken de hoven hier niet alle even gevoelig voor. De Hoge Raad had in dit arrest uitgesproken dat het begrip 'zaak' geen andere betekenis heeft dan de betekenis van artikel 258 lid 1 ('De zaak wordt ter terechtzitting aanhangig gemaakt door een dagvaarding vanwege de officier van justitie aan de verdachte betekend: het rechtsgeding neemt hierdoor een aanvang'). Derhalve ziet het begrip 'zaak' op 'al datgene waarop het rechtsgeding betrekking heeft', waarbij de grenzen worden vastgelegd door inleidende dagvaarding, '*zij het dat die grenzen nadien kunnen worden gewijzigd door wijziging van de tenlastelegging op de voet van de artikel 313/314a Sv en/of voeging onderscheidenlijk splitsing op de voet van artikel 276 Sv*',[55] aldus de Hoge Raad.[56] Binnen genoemde grenzen geldt derhalve voor wat betreft cumulatief ten laste gelegde feiten, dat de zaak pas is geëindigd indien de rechter met

53 EHRM 25 maart 1983, *Series* A 62 (Minelli tegen Zwitserland), § 37 en EHRM 25 augustus 1987, *Series* A 123-A (Lutz tegen Duitsland), § 60.

54 HR 14 november 1989, NJ 1990, 274 (m.nt. ThWvW).

55 Thans art. 285 Sv.

56 Bakels stelde dat deze uitspraak van de Hoge Raad 'verfijning behoeft', waarbij hij ervan uitgaat dat de uitleg ook van toepassing is op art. 89-verzoeken. Aan de hand van een voorbeeld schetst Bakels het naar zijn mening onredelijke gevolg van deze uitspraak bij een voeging van niet met elkaar verband houdende feiten, waarbij hij concludeert dat deze uitspraak tevens *'aanleiding kan zijn voor oneigenlijke schermutselingen tussen Openbaar Ministerie en verdediging over voeging en splitsing'* hoewel *'op die laatste figuur* […] *tot op heden in de praktijk* [nagenoeg, red.] *nooit een beroep* [wordt, red.] *gedaan.'* F.B. Bakels 1991, p. 287-294 (met name p. 293-294). Er is ook op gewezen dat de wijze van uitleg leidt tot rechtsongelijkheid aangezien de gerechten de van deze uitleg afhankelijke ontvankelijkheid derhalve anders beoordelen: De grillige jurisprudentie over art. 591*a*, NbSr 1999, p. 236-240.

betrekking tot al die feiten uitspraak heeft gedaan en deze uitspraak onherroepelijk is.[57]

Desondanks meende het Hof 's-Hertogenbosch op 28 november 1994 na een vrijspraak ten aanzien van feit 1, maar een veroordeling voor feit 2 (heling) en feit 3 (artikel 30 Wegenverkeerswet 1994), dat de strafzaak was geëindigd zonder oplegging van straf of maatregel voor wat betreft feit 1. In beginsel was het verzoek niet ontvankelijk, maar gelet op de aard van de feiten en tijdstippen waarop deze feiten waren begaan, was het hof van oordeel dat een relevant verband tussen feit 1, 2 en 3 ontbrak. Dat de onderhavige feiten op één dagvaarding waren terechtgekomen, viel niet vanuit de feiten zelf te verklaren. Een redelijke wetsuitlegging bracht volgens het hof met zich dat verzoeker toch werd ontvangen (zowel in het verzoek gegrond op artikel 89 als in het verzoek gebaseerd op artikel 591a).[58]

Het Hof Amsterdam volgde echter wel de lijn van de Hoge Raad. Hier betrof het een vrijspraak voor poging tot doodslag, maar een veroordeling voor opzetheling en dus concludeerde het hof dat i.c. geen sprake was van een einde van de zaak zonder oplegging van straf of maatregel. Niet van belang voor het Amsterdamse Hof was of er sprake was van een relevant verband tussen beide feiten en een redelijke wetsuitlegging maakte dat ook niet anders.[59] Het Hof Leeuwarden was eenzelfde mening toegedaan in een zaak waar verzoeker was vrijgesproken ter zake van een misdrijf strafbaar gesteld in de Opiumwet, maar veroordeeld ter zake van een overtreding uit de Wet Wapens en Munitie, waarbij geen splitsing door de rechter was bevolen.[60] Het Hof 's-Gravenhage maakte een uitzondering op dit uitgangspunt in een zaak waar op verzoek van een raadsman meerdere feiten op een tenlastelegging waren terechtgekomen. Gelet op het tijdstip waarop de ten laste gelegde feiten waren begaan evenals genoemde omstandigheid, ontbrak echter enig relevant verband tussen de feiten. Redelijke wetsuitleg bracht in dit bijzondere geval met zich dat het verzoek ontvankelijk was, waarna zowel een schade- als een kostenvergoeding werd toegekend door het Haagse Hof.[61]

Vervolgens creëerde de Hoge Raad (wederom) duidelijkheid: in zijn arrest van 8 mei 2001[62] werd de vraag over wat moet worden verstaan onder het begrip 'zaak' (in artikel 591a) beantwoord in dezelfde lijn zoals dat eerder gebeurde in 1989. Het andersluidende advies van A-G Fokkens, die cassatie in het belang der wet had ingesteld, werd niet door de Hoge Raad gevolgd.

---

57 Cremers pleit er voor wat betreft de beoordeling of de zaak is geëindigd in de zin van art. 89 voor ook onderscheid te maken tussen ondergeschikte en ernstige feiten bij cumulatief ten laste gelegde meerdere feiten, J.H.F.J. Cremers 1989, p. 705-708.

58 Hof 's-Hertogenbosch, 28 november 1994, NJ 1995, 146.

59 Hof Amsterdam 2 juni 1995, NJ 1995, 521.

60 Hof Leeuwarden 5 augustus 1999, NbSr 1999, 177. Ook op deze lijn Rechtbank Rotterdam 22 oktober 2003, NJ 2005, 33.

61 Hof 's-Gravenhage 20 januari 2000, NbSr 2000, 39.

62 HR 8 mei 2001, NJ 2001, 508 en 509 (m.nt. JdH).

Het betrof hier een verdenking van afpersing/diefstal met geweld in twee periodes in april 1997 (ten laste gelegd sub 1 en 2) en verdenking van het voorhanden hebben van een gasrevolver op de openbare weg in juni 1996 (ten laste gelegd sub 3). Van de sub 1 en 2 genoemde feiten werd betrokkene vrijgesproken, maar hij werd veroordeeld ter zake van feit 3. Betrokkene diende twee verzoekschriften in: één voor de gemaakte kosten (kosten rechtsbijstand) alsmede voor kosten van de raadsman voor het opmaken van de verzoekschriften (op de voet van artikel 591a) en één voor de ten gevolge van de ondergane voorlopige hechtenis en inverzekeringstelling geleden immateriële schade (op de voet van artikel 89). De immateriële schadevergoeding werd gedeeltelijk toegewezen. Ter zake van de kostenvergoeding redeneerde de Rechtbank Rotterdam – in de lijn van de 'dissidente' hoven – dat er geen relevant verband was tussen de feiten, gelet op de aard en het tijdstip van het begaan van de feiten, en concludeerde daarom tot ontvankelijkheid. De verzoekschriftkosten werden vergoed, maar de kostenvergoeding raadsman werd afgewezen.[63] Tegen de beslissing op het verzoekschrift kostenvergoeding stelde betrokkene beroep in. Het Hof 's-Gravenhage verklaarde – in lijn met de uitspraken van de Hoge Raad – de verzoeker niet ontvankelijk omdat de zaak was geëindigd met oplegging van een straf.

De A-G stelde cassatie in het belang der wet in. Hij stelde vast dat deze opvatting, in overeenstemming met de eerdere lijn van de Hoge Raad, als onbevredigend wordt ervaren in situaties waar geen verband bestaat tussen een feit waarvoor is vrijgesproken en een feit waarvoor is veroordeeld, wat onder meer is af te leiden uit de nadien daarvan afwijkende lagere rechtspraak. Ook zou rechtsongelijkheid kunnen ontstaan, aangezien niet alle gerechten op dezelfde wijze omgaan met deze ontvankelijkheidvraag. De A-G wees op de Kamervragen van Van Oven en de antwoorden van de minister over deze kwestie. De minister had daarbij voor wat betreft het begrip 'zaak' aangegeven niet tot wetswijziging te willen overgaan en de ontwikkelingen in de rechtspraak af te wachten.[64] Dat had tot gevolg de in onderhavige zaak ingestelde cassatie, waarbij het onder meer ging om de vraag of het zaaksbegrip alle ten laste gelegde feiten omvat, ook al bestaat er geen enkel verband tussen deze feiten. De A-G herhaalde de lijn van de Hoge Raad van 14 november 1989 en gaf door middel van enkele voorbeelden aan hoe dit tot onbillijke situaties kan leiden, gezien het feit dat meerdere feiten soms betrekkelijk toevallig op een dagvaarding terechtkomen. Ook zou een wens van het Openbaar Ministerie om schadevergoeding te voorkomen, tot een oneigenlijke cumulatieve tenlaste-

63 De Rechtbank achtte de omzetting van toegevoegde raadsman naar gekozen raadsman niet mogelijk.

64 Kamervragen (Van Oven) met antwoord, Aanhangsel Handelingen II 1999/2000, nr. 611. De door de minister in zijn beantwoording sub 3 genoemde cassatie in het belang der wet tegen een opvatting van Hof 's-Gravenhage heeft geleid tot de hier besproken uitspraak van de HR 8 mei 2001, NJ 2001, 508.

legging of voeging/splitsing kunnen leiden.[65] De A-G gaf vervolgens aan dat de wet geen eenduidig zaaksbegrip kent: enerzijds heeft het betrekking op alle feiten van de tenlastelegging, dus al datgene waarop het rechtsgeding betrekking heeft, anderzijds heeft het een beperktere betekenis (artikel 285 lid 3 en artikel 407 lid 2). Ook vermeldde de A-G een eerdere uitspraak van de Hoge Raad waarbij werd overwogen dat de betekenis van het begrip 'zaak' wordt bepaald door het doel en de strekking van de regeling waarvan het artikel deel uitmaakt.[66] Als voorbeeld noemde hij artikel 285 over voeging en splitsing. De wetgever maakte volgens de A-G onderscheid tussen twee gronden om zaken te voegen: de samenhang tussen zaken (reden van voeging is het verband tussen zaken) en de omstandigheid dat meer feiten door dezelfde verdachte zijn begaan (reden van voeging is de doelmatigheid). Dat onderscheid zou volgens de A-G ook bij artikel 591a Sv kunnen worden gehanteerd: bij samenhangende zaken is sprake van één zaak, en anders is sprake van meer zaken. Dit sluit ook beter aan bij het voorbereidend onderzoek (in geval van een samenhangend complex van feiten wordt dat gezien als één zaak, welke leidt tot één dagvaarding, hetgeen wat anders is dan dat de officier van justitie – naast de uit het voorbereidend onderzoek naar voren gekomen feiten – nog een feit, als resultaat van een ander onderzoek tegen dezelfde verdachte, op de dagvaarding plaatst). Overigens zou dit criterium volgens de A-G echter niet leiden tot een andere opvatting over het meer genoemde arrest van de Hoge Raad van 14 november 1989,[67] aangezien daar sprake was van samenhangende feiten waarvan ten dele was vrijgesproken.[68] In onderhavige zaak bestond dat verband echter niet: de plaatsing van het verboden wapenbezit op de dagvaarding kwam doordat die zaak nog niet was aangebracht toen de verdachte ter zake van de andere twee feiten werd aangehouden, aldus de A-G. Vervolgens ging hij in op de samenhang van deze problematiek bij de uitleg van het zaaksbegrip van artikel 89 Sv en herhaalde de uitspraken van het Hof 's-Hertogenbosch uit 1994 en het Hof Amsterdam uit 1995 [zoals hiervoor besproken, MD]. De A-G vermeldde dat Corstens naar aanleiding van die Amsterdamse uitleg kritisch zou hebben opgemerkt dat een dergelijke

65 Annotator Van Veen meende bij het arrest van de Hoge Raad van 14 november 1989 dat het verruimen of verkleinen van de vergoedingsmogelijkheid niet het doel mag zijn van voeging of splitsing, Th.W. van Veen onder HR 14 november 1989, NJ 1989, 274. Ook de minister had eerder aangegeven dat verkleining van schadevergoedingsmogelijkheden nooit het doel van voeging kan zijn, zie Aanhangsel Handelingen II 1994/95, nr. 621, p. 1265, waar de minister naar aanleiding van eerdere Kamervragen al had aangegeven dat schadevergoedingsbeperking nimmer het doel van cumulatie/voeging/splitsing zal zijn. Hoewel dit een geruststellende gedachte is, lijkt de werkelijke kwestie te zijn of de gevolgen van een dergelijke, op basis van doelmatigheid genomen beslissing, wel geheel voor rekening van de betrokkene moeten blijven.

66 HR 27 mei 1999, NJ 1999, 635 (m.nt. JdH).

67 HR 14 november 1989, NJ 1990, 274.

68 Zie de uitspraak waartegen beroep in cassatie was ingesteld: Rb. Rotterdam 17 oktober 1988, NJ 1989, 525.

uitleg moeilijk valt te rechtvaardigen *'als de preventieve hechtenis was bevolen voor een feit dat in geen enkel zakelijk verband staat tot het gevoegde feit waarvoor wel is veroordeeld en bij de strafoplegging die voorlopige hechtenis niet reëel kan worden gecompenseerd'*.[69] De A-G kwam nogmaals terug op het arrest van 27 mei 1999 en zag hier niet een herhaling in van het eerdere arrest van 14 november 1989 over het zaaksbegrip. In 1999 sprak de Hoge Raad zich uit over het zaaksbegrip van artikel 525 Sv en daarbij werd verwezen naar onder andere artikel 89 in die zin dat ook daar – in het algemeen – het begrip 'zaak' zal zien op de strafvervolging van een persoon ter zake van een of meer feiten. De A-G meende dat deze uitspraak echter niet zo uitgelegd moet worden dat het is uitgesloten dat onder omstandigheden bij dagvaarding ter zake van meer feiten sprake kan zijn van meer zaken in de zin van artikel 89 Sv (en artikel 591a Sv). Ten slotte zag hij ook geen praktische bezwaren[70] tegen de uitleg van het zaaksbegrip zoals verwoord door de Rechtbank en daarom vroeg de A-G de Hoge Raad de beschikking van het Hof 's-Gravenhage te vernietigen.

De Hoge Raad ziet echter, na verwijzing naar het arrest van 14 november 1989, geen grond deze uitspraak te heroverwegen aangezien de wetssystematiek sindsdien niet is gewijzigd. De Hoge Raad stelt dat in het algemeen geldt dat het wetboek met de term 'zaak' bedoelt de strafvervolging van een persoon ter zake van een of meer strafbare feiten,[71] en hoewel een afzonderlijke bepaling tot een andere uitleg kan leiden, is dat ten aanzien van artikel 591a Sv niet het geval. Het feit dat de uitleg leidt tot als onbillijk ervaren situaties wordt niet zo dwingend geacht dat daardoor het wetssysteem zou moeten worden doorbroken. Een herinterpretatie zou ook vragen van afgrenzing oproepen en de beantwoording daarvan dient aan de wetgever te worden gelaten, omdat diverse keuzes denkbaar zijn en de Hoge Raad niet in de vereiste rechtseenheid kan voorzien vanwege het ontbreken van het gewone rechtsmiddel cassatie, aldus de Hoge Raad.[72]

Zelfs na de tweede bevestiging van de Hoge Raad in 2001 blijven lagere rechters nog vasthouden aan deze alternatieve richting,[73] maar dat speelt

69 HR 8 mei 2001, NJ 2001, 508 in het bijzonder de conclusie van de A-G, overweging 19.

70 Zoals door Van Veen in zijn annotatie bij HR 14 november 1989, NJ 1990, 274 opgemerkt: *'het zal moeilijk zijn te bepalen welk deel van de door de raadsman geïnvesteerde tijd in elk van de ten laste gelegde feiten is gestoken; alleen in geval van niets met elkaar te maken hebbende feiten zou dit met redelijke zekerheid kunnen worden vastgesteld'*.

71 HR 27 mei 1999, NJ 1999, 635 (m.nt. JdH).

72 HR 8 mei 2001, NJ 2001, 508.

73 Hoewel het wetsystematisch argument van de Hoge Raad aanspreekt, is het nog maar de vraag of het billijk is de consequenties van procesdoelmatige keuzen door de Staat (via zijn rechterlijke ambtenaren) gemaakt, voor wat betreft de wijze van ten laste leggen en beslissingen over voeging/splitsing, geheel voor rekening te laten komen van de betrokken burger. Deze burger heeft op deze keuzen geen of weinig invloed. Het argument van de A-G, dat ook gerefereerd kan worden naar een van de twee door de wetgever genoemde gronden van voeging of splitsing (namelijk verband tussen zaken) bij de beantwoording van de vraag of de berechting van meer strafbare feiten op één dagvaarding als één of meer

vooral op het terrein van de regeling van de artikelen 89-93 Sv verzoeken.[74] Die ruimte is er feitelijk nog wel, aangezien over het zaaksbegrip van artikel 89 Sv de Hoge Raad tot op dit moment (mei 2008) nog steeds geen expliciete uitspraak heeft gedaan (de opvatting zoals hiervoor omschreven is door de Hoge Raad alleen bevestigd in het kader van een 591a Sv verzoek).

Rechtbank Amsterdam zag in 2002 al moeilijkheden, want zij achtte de vraag over de uitleg van het begrip 'zaak' zodanig dat verwijzing naar de meervoudige kamer moest volgen.[75] Deze richtte zich vervolgens expliciet op de vraag of hetgeen de Hoge Raad had overwogen ook onverkort van toepassing was op artikel 89.[76] De meervoudige kamer van de Rechtbank meende dat hoewel artikel 89 taalkundig geen ruimte biedt voor een andere benadering van het zaaksbegrip, zoals gehanteerd door de Hoge Raad bij artikel 591a,[77] daarentegen de strekking van artikel 89 die ruimte wel biedt. De Rechtbank stelt dat uit het arrest volgt dat de beoordeling of een aantal feiten samen een zaak betreft, afhangt van de fase waarin de strafvervolging zich bevindt. '*Na aanvang van de terechtzitting wordt als zaak aangemerkt al datgene waarop het rechtsgeding betrekking heeft. Die vaste afbakening is niet eenvoudig toe te passen in de fasen voorafgaand aan het onderzoek op de terechtzitting*', aldus de Rechtbank. Zo zal in de opsporingsfase de niet altijd helder afgebakende verdenking in het politieonderzoek als 'zaak' kunnen worden aangemerkt, terwijl na een gerechtelijk vooronderzoek of voorlopige hechtenis zonder dat de zaak op de terechtzitting is behandeld voor wat betreft de inhoud en afgrenzing van de zaak zal worden uitgegaan van de meer geconcretiseerde inhoud van de bevelen. De Rechtbank onderschrijft de door de Hoge Raad gehanteerde grovere afbakening voor het zaaksbegrip van artikel 591a, omdat moeilijk aan te geven zou zijn welke specifieke werkzaamheden de raadsman heeft verricht met betrekking tot de verschillende verdenkingen die op de

---

zaken in de zin van art. 591*a* moet worden beschouwd, zou inderdaad een oplossing kunnen hebben brengen. Het zou de wetssystematiek niet doorbreken. De Hoge Raad koos niet voor deze oplossing, met als gevolg dat thans nog steeds sprake is van rechtsongelijkheid. In dit verband is het niet ondenkbaar dat de gerechten, eveneens binnen de mogelijkheid van art. 285 lid 3 (splitsing indien blijkt dat geen verband tussen de zaken bestaat), de eventuele toekomstige mogelijkheid van schade-/kostenvergoeding voor de betrokkene in hun overweging meenemen. Overigens is het daarbij nog de vraag of splitsing op de voet van het genoemde artikel ziet op feiten begaan door dezelfde persoon. Overigens haakt het ontwerp wetsvoorstel 'Schadecompensatie strafvorderlijk overheidsoptreden' aan bij de opvatting dat het erom gaat of tussen de meerdere feiten een relevant verband bestaat, hetgeen een einde zou maken aan de hier beschreven situatie (zie hoofdstuk 1 en hoofdstuk 7).

74 Zie voor 591a Sv nog Hof Leeuwarden 30 augustus 2007, NJFS 2007, 264, dat geen reden ziet tot afwijking van de lijn van de Hoge Raad.

75 Rb. Amsterdam 3 mei 2002, NbSr 2002, 350.

76 Rb. Amsterdam 9 augustus 2002, NbSr 2002, 348. Het betreft hier de meervoudige kamer na verwijzing door de Rechtbank. Zie daarvoor Rb. Amsterdam 3 mei 2002, NbSr 2002, 350.

77 HR 8 mei 2001, NJ 2001, 508.

terechtzitting worden onderzocht. Hierin lijkt de Rechtbank de opmerking van annotator Van Veen bij het arrest van de Hoge Raad van 14 november 1989[78] te volgen. De Rechtbank meent echter[79] dat de afbakening van het zaaksbegrip van artikel 89 genuanceerder kan zijn, aangezien in het bevel inverzekeringstelling en vooral in het bevel bewaring de verdenking en dus de zaak immers duidelijk is bepaald. Daarnaast zal dan moeten worden bezien 'of de andere feiten waartoe het rechtsgeding zich uitstrekt in dusdanig relevant verband staan met een of meer feiten op grond waarvan de voorafgaande vrijheidsbeneming is gelast, dat zij aangemerkt moeten worden als onderdeel van de zaak'.[80]

Ook Hof Amsterdam negeert op 7 juli 2003[81] de beslissing van de Hoge Raad betreffende een verzoek ex artikel 89. Wederom in 2006.[82]

Voor zover op basis van deze kleine selectie al een uitspraak is te doen, lijkt de lagere rechtspraak de lijn van de Hoge Raad te volgen voor zaken betreffende artikel 591a, maar vraagt zich (soms kritisch) af of deze lijn ook moet gelden voor zaken betreffende artikel 89 Sv.[83] Ook de Rechtbank Zut-

78 HR 14 november 1989, NJ 1990, 274.

79 Ik meen dat de nuance van de Rechtbank Amsterdam voor wat betreft afgrenzing van het zaaksbegrip met het oog op vergoeding voor ondergane voorlopige hechtenis op zijn plaats is, aangezien in de gevallen waarop art. 89 ziet altijd sprake is geweest van vrijheidsbeneming en dus van een voldoende concrete zaaksafbakening. Gezien deze specifieke situatie bij een verzoek op de voet van art. 89, lijkt de Rechtbank terecht van mening dat voor die gevallen niet behoeft te worden teruggevallen op de algemene uitleg van het zaaksbegrip, zoals de Hoge Raad wel en naar de mening van de Rechtbank terecht doet met het oog op het zaaksbegrip van art. 591a. Bij een verzoek op basis van art. 591a kunnen namelijk, afhankelijk van de fase waarin het onderzoek zich bevond voordat de zaak eindigde, verschillende meer dan wel minder geconcretiseerde afbakeningen van een zaaksbegrip voorkomen, terwijl dat bij een art. 89-verzoek niet zo is. In dat laatste geval is immers altijd sprake geweest van vrijheidsbeneming en daarom van duidelijk af te bakenen 'zaken'. Ik meen echter ook dat een dergelijke, op zichzelf juiste benadering, als nadeel heeft dat het tot verwarrende diversiteit zal leiden. Niet ondenkbaar is immers dat na afloop van een strafzaak met meerdere cumulatief ten laste gelegde feiten waar sprake is van een gedeeltelijke niet veroordeling en gedeeltelijke veroordeling, een verzoek ex art. 591a voor die gehele strafzaak niet ontvankelijk zou zijn (onder toepassing van de uitspraak van de Hoge Raad van 8 mei 2001), terwijl een verzoek ex art. 89 i.c. op een van de feiten wel ontvankelijk zou kunnen zijn indien bovenstaande redenering wordt gevolgd.

80 Anders: Hof 's-Gravenhage 30 juni 2004, LJN AP6234.

81 Hof Amsterdam 7 juli 2003, NbSr 2003, 445.

82 Hof Amsterdam 4 december 2006, NbSr 2006, 480.

83 Overigens geldt steeds dat ter zake van verzoeken 89 Sv bij veroordeling voor een van de subsidiair tenlastegelegde feiten beoordeeld dient te worden of daarvoor voorlopige hechtenis wel was toegestaan (tweede categorie 89 Sv). Zie kritisch over een schadevergoedingsbeslissing van Hof Leeuwarden die wel de lijn van de Hoge Raad volgde in 2006: S.L.J. Janssen 2008, p. 276-280.

phen heeft in een uitspraak van 2005, betreffende artikel 591a, zichtbaar niet kunnen kiezen tussen loyaliteit aan de uitspraak van de Hoge Raad enerzijds, en de belangen van de betrokkene anderzijds. Deze betrokkene werd veroordeeld voor een van de twee ten laste gelegde feiten, terwijl het andere feit door de officier van justitie werd geseponeerd. De Rechtbank redeneert in de lijn van de Hoge Raad dat beide feiten gezamenlijk tot 'de zaak' dienen te worden gerekend, zodat de zaak niet is geëindigd zonder oplegging van straf of maatregel en verzoeker dus niet ontvankelijk verklaard dient te worden. Toch acht de Rechtbank gronden van billijkheid aanwezig om de kosten van de verzoekschriften te vergoeden![84] Duidelijker kan niet geschetst worden hoe hier geworsteld is met de uitspraken van de Hoge Raad en de kwestie zelf.

Hof Den Bosch komt echter op zijn eerdere schreden (uit 1994) terug en stelt in 2006 dat ook in artikel 89 Sv het zaaksbegrip de betekenis heeft van 'al datgene waarop het rechtsgeding betrekking had'.[85] Gelijkluidend wederom in 2007. Het Hof verwijst naar de rechtspraak van de Hoge Raad over 591a Sv en meent dat hetgeen geldt voor het begrip 'zaak' in artikel 591a Sv ook van toepassing is op het begrip 'zaak' in artikel 89 Sv. Ook ziet het Hof geen taalkundige ruimte voor een andere interpretatie, noch biedt de strekking van artikel 89 Sv die ruimte.[86]

Ten slotte zijn in dit verband nog twee aspecten te noemen: ten eerste de uitspraak van de Hoge Raad waar gesteld wordt dat het begrip 'zaak' in artikel 591a Sv zowel de hoofdzaak als de ontnemingszaak omvat. Indien de hoofdzaak derhalve niet eindigt zonder straf of maatregel en de ontnemingszaak wel, zal een kostenvergoedingsverzoek ter zake van de ontnemingszaak niet worden ontvangen.[87] Ten tweede wil ik niet onvermeld laten de uitspraak van Hof Amsterdam: de beklagprocedure op de voet van 552a Sv is te beschouwen als [zelfstandige, MD] zaak in de zin van artikel 591a Sv.[88] Dat betekent dat voor kosten van de raadsman gemaakt ten behoeve van de beklagprocedure op de voet van artikel 552a Sv een zelfstandig vergoedingsverzoek ontvankelijk is via artikel 591a lid 5 jo 591a lid 4 Sv, indien het beklag gegrond is verklaard, onafhankelijk van de afloop van de gerelateerde strafzaak!

84 Rb. Zutphen 27 mei 2005, LJN AT 6321.
85 Hof Den Bosch 2 oktober 2006, NJFS 298.
86 Hof Den Bosch 31 oktober 2007, NbSr 2007, 456 en 457.
87 HR 8 mei 2001, NJ 2001, 509. Eerder redeneerde ook zo het Hof Den Haag 2 februari 1996, NJ 1996, 371. Anders: Hof Leeuwarden 3 mei 2000, NJ 2000, 526
88 Hof Amsterdam 24 mei 2005, NbSr 2005, 272

2.3.2.5 Schadevergoeding na opgelegde straf of maatregel maar voor een feit waarvoor geen voorlopige hechtenis is toegelaten

In hoofdstuk 1 kwam aan de orde dat uit de wetsgeschiedenis van artikel 89[89] valt af te leiden dat het hier uitsluitend gaat om een toets naar aanleiding van de in artikel 67 genoemde gevallen waarvoor voorlopige hechtenis is toegelaten. Roethof stelde weliswaar rond 1972 voor ook de gronden van artikel 67a Sv te betrekken bij de vraag naar schadevergoeding in geval van veroordeling voor een feit waarvoor voorlopige hechtenis niet is toegelaten. Politiek argument van toenmalig minister Van Agt was echter dat er eerder in het proces andere mogelijkheden voor de verdachte zijn om te laten (her)toetsen of de gronden nog wel bestaan alsmede dat bij het ontbreken van een grond van artikel 67a ten tijde van de toepassing van dat dwangmiddel overigens geldt dat 'gewoon' sprake is van een onrechtmatige daad (ab initio) (zie 1.6.6). Deze discussie wordt ook opgepakt in de rechtspraak waar in een zaak in 1988 namens verzoeker werd gevraagd om vergoeding omdat in casu nimmer voorlopige hechtenis had mogen worden opgelegd. Het argument was dat vanaf het begin af aan rekening gehouden moest worden met de omstandigheid zoals vermeld in artikel 67a lid 3 Sv (geen voorlopige hechtenis indien mogelijkheid bestaat dat in geval van veroordeling geen onvoorwaardelijke gevangenisstraf wordt opgelegd, dan wel dat voorlopige hechtenis langer zal zijn dan de duur van de straf of maatregel). De Rechtbank meent echter dat artikel 89 Sv geen rekening houdt en hoort te houden met de geldigheid van een voorlopige hechtenis in concreto, zoals artikel 67a Sv doet. Aangezien derhalve noch sprake is van einde zaak zonder oplegging van straf of maatregel, noch van een dergelijke veroordeling voor een feit waarvoor geen voorlopige hechtenis is toegelaten, wordt verzoeker niet in zijn verzoek ontvangen.[90]

De discussie tussen Roethof en de Minister leek overigens alleen te gaan over de gronden voor voorlopige hechtenis van artikel 67a Sv, terwijl de 'aanwijzing' van artikel 67a lid 3 Sv in deze zaak niet eens echt als grond valt te definiëren.

2.3.2.6 Samenvatting

In deze paragraaf is ingegaan op rechtspraak over de materiële voorwaarde om in aanmerking te komen voor schadevergoeding. Er zijn in de wettekst twee situaties onderscheiden en in de rechtspraak is nader invulling gegeven aan enkele kwesties die daarbij een rol spelen.

89 Discussie naar aanleiding van een amendement van Roethof en de reactie daarop van minister Van Agt, Handelingen II 1974/75, 12 132, p. 3725-3733.

90 Rb. Den Bosch 14 oktober 1988, ongepubliceerd.

Voor wat betreft de eerste situatie (schadevergoeding indien veroordeling, maar voor feit waarvoor geen voorlopige hechtenis is toegelaten) gaat het om een beoordeling achteraf of al of niet hechtenis kon worden toegelaten. Daarbij wordt geen rekening gehouden met de geldigheid van een voorlopige hechtenis in concreto (dus bij de vaststelling van die geldigheid wordt niet artikel 67a lid 3 Sv betrokken). De tweede situatie (einde zaak zonder veroordeling) geeft meer vragen.

Ten eerste is er rechtspraak over de vraag wanneer sprake is van het einde van een zaak zonder veroordeling. Er zijn diverse wijzen waarop een zaak kan worden beëindigd zonder dat een straf of maatregel wordt opgelegd (over de problemen met cumulatieve tenlasteleggingen, zie hierna). Zo kan tijdens het opsporingsonderzoek de zaak worden beëindigd door de officier van justitie middels sepot, indien nog geen rechter in de zaak is betrokken, of door een kennisgeving van niet verdere vervolging indien wel een rechter in de zaak is betrokken in geval van voorlopige hechtenis. Na het gerechtelijk vooronderzoek kan de zaak worden beëindigd door de officier van justitie middels een kennisgeving van niet verdere vervolging. Tijdens het onderzoek ter terechtzitting kan de zaak worden beëindigd door een rechterlijke beslissing (definitieve niet ontvankelijkheid van het Openbaar Ministerie, vrijspraak of ontslag van rechtsvervolging) en tot slot kan in raadkamer worden verklaard dat de zaak is beëindigd of kan een beschikking buiten vervolging stelling worden genomen.

Afhankelijk van de reikwijdte van de bescherming van het ne bis in idem ex artikel 68 Sr of de zwakke variant daarvan in 255 Sv of ander geschreven of ongeschreven recht zal sprake zijn van een definitief einde. Met name sepot en niet ontvankelijkheid van het Openbaar Ministerie vallen niet onder een van de genoemde wettelijke beschermingsregels, maar voor wat betreft niet ontvankelijkheid van het Openbaar Ministerie geldt dat afhankelijk van de soort niet ontvankelijkheid (feitelijk definitief) zal afhangen of sprake is van definitief einde zaak zonder oplegging straf of maatregel.

Bij de totstandkoming van de huidige schadevergoedingsregeling had de wetgever het oog op beëindiging van de zaak middels een rechterlijke beslissing en daarmee werd gelijk gesteld een door de officier van justitie gegeven kennisgeving van niet verdere vervolging. Na tekstwijziging werd slechts nog gesproken van een zaak die eindigt zonder oplegging van straf of maatregel, die zonder twijfel in ieder geval die rechterlijke beslissingen evenals de niet rechterlijke, maar aan vormen gebonden kennisgeving van niet verdere vervolging lijkt te behelzen. Bij een definitief einde door niet ontvankelijkheid van het Openbaar Ministerie wegens schending van (deels) ongeschreven beginselen of overschrijding redelijke termijn zal dat in beginsel geen belemmering zijn, aangezien dat een rechterlijke beslissing is (mits sprake is van een definitief – dus onherstelbaar – einde). De vraag blijft voor de rechter te beantwoorden of ook bij andere niet rechterlijke beslissingen, waarbij de facto sprake

is van een einde van de zaak zonder veroordeling, een ingang op artikelen 89-93 Sv bestaat.

Met betrekking tot het sepot lijkt de rechter niet eenduidig in zijn opvatting of dat ingang geeft op 89-93 Sv (waarbij wel relevant wordt geacht in hoeverre verzoeker al op de hoogte was van het sepot). De schade/kostenvergoedingsrechter lijkt vaak, maar niet unaniem, van mening te zijn dat sepot geen ingang geeft op de regeling van de artikelen 89-93 Sv.

De vraag of schadevergoeding na transactie mogelijk is, is beantwoord door Rechtbank Amsterdam (achtte wel ontvankelijk, maar overigens geen gronden van billijkheid).

Hieraan gerelateerd kwam naar voren dat de rechter bij zijn schadevergoedingsbeslissing (billijkheidsgronden) anders omging met de situatie waarbij sprake is van beëindiging van de zaak zonder veroordeling, waarbij de (gewezen) verdachte niet de mogelijkheid heeft gehad met betrekking tot de feiten zijn verdediging te voeren (met name derhalve bij sepot, kennisgeving van niet verdere vervolging, niet ontvankelijkheid van het Openbaar Ministerie). Het gebruik van verwijzingen naar onschuld ter weigering van schade/kostenvergoeding kan in dat geval schending van artikel 6 lid 2 EVRM opleveren.

Daarnaast is er veel rechtspraak over de kwestie waarop het begrip 'zaak' ziet. Samengevat zijn daarbinnen twee richtingen aan te geven: het begrip zaak ziet op al datgene waarop het rechtsgeding betrekking heeft, zoals bij inleidende dagvaarding ten laste gelegd. Daarbij is niet aan de orde of sprake is van samenhang tussen de ten laste gelegde feiten. Dit is sinds 1989[91] de lijn van de Hoge Raad, in het algemeen voor wat betreft het zaaksbegrip in het WvSv[92] en in ieder geval voor het zaaksbegrip van artikel 591a Sv. De Hoge Raad baseert zich voornamelijk op wetssystematiek en vindt het een taak van de wetgever indien een andere uitleg/systematiek gewenst wordt. De andere opvatting gaat er echter vanuit dat de mate van samenhang tussen de cumulatief ten laste gelegde feiten dient te bepalen of sprake van een of meer zaken.[93] Over het zaaksbegrip van artikel 89 Sv heeft de Hoge Raad overigens nog geen uitspraak gedaan. Er is wel een Rechtbank die, ondanks de Hoge Raad uitspraak ter zake van 591a Sv, aanleiding ziet diezelfde kwestie met betrekking tot 89 Sv anders uit te leggen, vanuit de gedachte dat hoewel taalkundig gelijk, de strekking tussen 89 en 591a Sv verschilt. De Rechtbank onderschrijft de door de Hoge Raad gehanteerde grovere afbakening voor het zaaksbegrip van artikel 591a, aangezien een vaste afbakening niet eenvoudig is toe te passen in de fasen voorafgaand aan het onderzoek op de terechtzitting. De Rechtbank meent dat de afbakening van het zaaksbegrip van artikel 89 genuanceerder kan zijn, aangezien in het bevel inverzekeringstelling en vooral in het bevel bewaring de verdenking en dus de zaak immers duidelijk is bepaald. Deze

91 HR 14 november 1989, NJ 1990, 274, herhaald in HR 8 mei 2001, NJ 2001, 508.
92 HR 27 mei 1999, NJ 1999, 635.
93 Zo bijv. de advocaat generaal bij HR 8 mei 2001, NJ 2001, 508.

Rechtbank betrok derhalve wel de mate van samenhang tussen de ten laste gelegde feiten bij de beoordeling van het zaaksbegrip bij een 89 Sv verzoek.

In dit verband is tot slot nog door de Hoge Raad vastgesteld dat het zaaksbegrip van artikel 591a Sv zowel de hoofdzaak als de ontnemingszaak omvat.[94] Hof Amsterdam beschouwt echter de beklagprocedure op de voet van 552a Sv als [zelfstandige, MD] zaak in de zin van artikel 591a Sv.[95]

2.3.3 Materiële causaliteitsvoorwaarde: schadevergoeding alleen in geval van schade tengevolge van vrijheidsbenemende dwangmiddelen

2.3.3.1 Inleiding

Zoals hiervoor al werd aangegeven worden hier enkele uitspraken behandeld die gaan over het verband tussen bepaalde door de overheid toegepaste dwangmiddelen en geleden schade. Op basis van de regeling van artikel 89-93 Sv komt alleen de schade tengevolge van specifieke dwangmiddelen (vrijheidsbenemende) voor vergoeding in aanmerking[96] (namelijk rechtmatige of onrechtmatige inverzekeringstelling, de laatste sinds 1975), ook ten gevolge van een bevel in het kader van handhaving van de openbare orde, klinische observatie (sinds 1996), voorlopige hechtenis, vrijheidsbeneming buitenland in verband met Nederlands verzoek tot uitlevering (sinds 1975). Schade tengevolge van andere overheidsgedragingen/dwangmiddelen vallen niet onder de reikwijdte van deze regeling; in beginsel zou een verzoeker dan niet dienen te worden ontvangen (zie echter hierna). Deze keuze zoals door de wetgever gemaakt (zie hoofdstuk 1) is zo substantieel van aard, dat deze causaliteitsvoorwaarde hier wordt behandeld als materiële voorwaarde.

Bij de totstandkoming van de wettelijke regeling bleek al dat sommigen er ook voorstander van waren andere schade tengevolge van het strafproces onder de werking van de regeling te laten vallen; dit komt ook weer scherp naar voren in de rechtspraak: hieronder zal achtereenvolgens worden ingegaan op uitspraken ter zake van schade tengevolge van onrechtmatige vrijheidsbeneming, schade tengevolge van ophouding voor verhoor, schade tengevolge van ondergane hechtenis voor zover die een uiteindelijk opgelegde gevangenisstraf

94 HR 8 mei 2001, NJ 2001, 509.

95 Hof Amsterdam 24 mei 2005, NbSr 2005, 272.

96 Een andere vraag is die naar causaal verband tussen de vrijheidsbenemende dwangmiddelen (voor zover die wel onder de reikwijdte van deze regeling vallen) en de gestelde schade. Op dat moment is de ontvankelijkheidvraag al gepasseerd en is het causaal verband (is er relatie tussen de vrijheidsbenemende dwangmiddelen en de gestelde schadepost) een kwestie van omvangbepaling; voor zover relevant wordt dat causaliteitsaspect daarom later besproken bij het 'omvangs'gedeelte van dit hoofdstuk. Bij dit onderscheid is zoveel mogelijk aangesloten bij de vergelijkbare behandeling van de causaliteit bij zowel vestigings- als omvangsfase in civilibus (hoofdstuk 3).

te boven gaat en enkele andere uitspraken die de reikwijdtebeperking van de wettelijke schaderegeling betreffen.

2.3.3.2 Schade tengevolge van onrechtmatige vrijheidsbeneming

Tijdens de wettelijke herziening van de regeling (Wijzigingswet 1975) was het al besproken: de Minister achtte onrechtmatige detentie (uiteindelijk[97]) niet uitgesloten van de werking van de regeling van de artikelen 89-93 Sv: de regeling kan daarom voor beide soorten gevallen dienen, dus voor schade tengevolge van zowel rechtmatige als onrechtmatige vrijheidsbeneming.[98] Desondanks vond Hof Den Bosch in 1992[99] (leidend tot Hoge Raad 2 februari 1993, NJ 1993, 552, hierna besproken) van niet, ook verwijzend naar de wetshistorie in 1926 en voorafgaand aan de wijzigingswet 1975, zoals de toenmalige discussie met de Minister gevoerd over de grondslag van de regeling. De Minister had namelijk meermalen opgemerkt dat de grondslag van de vergoeding niet lag in de onrechtmatigheid. Het Hof haalde aan dat de Hoge Raad – in civilibus – in het midden had gelaten in hoeverre de regeling van de artikelen 89-93 Sv toepassing vindt in geval van onrechtmatige vrijheidsbeneming.[100] Tot slot vond het Hof de (eenvoudige) inrichting van de regeling er niet naar en i.c. was door sepot de zaak geëindigd, waardoor de strafrechter in het geheel niet aan een onderzoek was toegekomen, wat ook van betekenis werd geacht. Verzoeker werd niet ontvangen. De P-G stelde cassatie in het belang der wet in tegen deze beslissing en citeerde de volledige wetshistorische passages van de MvA aan de Eerste Kamer waaruit niet anders kon blijken dan dat genoemde regeling ook van toepassing is op onrechtmatige detentie. Over de inrichting van de regeling merkte hij op dat voor toewijzing op basis van deze snelle en eenvoudige procedure niet de inzet is, of de vrijheidsbeneming onrechtmatig is te achten, zelfs niet indien dit zo wordt gesteld, maar of voor de vergoeding gronden van billijkheid bestaan. De beslissing over de onrechtmatigheid en de daaraan verbonden schadevergoeding is voorbehouden aan de civiele rechter. Indien namelijk de strafrechter (op de voet van de regeling van de artikelen 89-93 Sv) een situatie als onrechtmatig kwalificeert en hij zou de verzoeker om die reden naar de civiele rechter verwijzen, terwijl de civiele rechter vervolgens nog moet vaststellen of sprake is van onrechtmatigheid, kan een onwenselijke situatie ontstaan. Zeker indien de civiele rechter de situatie niet als onrechtmatig zou beoordelen; de termijn voor het indienen van een verzoekschrift op de voet van artikel 89 is dan namelijk veelal

97 Eerder was hij daarover een andere mening toegedaan; zie samenvatting in hoofdstuk 1.
98 Zie hiervoor in hoofdstuk 1 in § 1.6.7 (Kamerstukken I 1974-1975, 12132, MvA aan de Eerste Kamer na Gewijzigd Ontwerp van Wet).
99 Hof Den Bosch 12/5/1992, NJ 1992, 574, bekritiseerd door K. Rozemond 1993, p. 129-132, vooral p. 132 om andere redenen dan de Hoge Raad uiteindelijk casseert.
100 HR 7 april 1989, NJ 1989, 522. Zie hierover de uitvoerige bespreking in § 3.3.2.1.

verstreken. Het feit dat de zaak was geëindigd door sepot kon naar de mening van de P-G niet van betekenis zijn aangezien de regeling sinds 1926 ook van toepassing is indien de strafrechter in het geheel niet aan een onderzoek van de zaak is toegekomen [want ook toen al in geval van kennisgeving van niet verdere vervolging, MD].

Het feit dat de Hoge Raad – in civilibus – thans nog in het midden liet of de regeling ook zag op onrechtmatige detentie, zei volgens de P-G inderdaad niets meer of minder dan dat. Een suggestie in een of andere richting lag daarin niet besloten. De Hoge Raad vernietigt in 1993 de beslissing van het Hof Den Bosch voornamelijk op basis van de wetshistorische passages waarin de Minister aangeeft dat de regeling voor beide soorten gevallen kan dienen en redeneert dat '*… moet worden aangenomen dat naar de bedoeling van de wetgever de regeling van artikel 89 e.v. Sv, niet alleen toepassing kan vinden in geval van rechtmatige, doch ook in geval van onrechtmatige vrijheidsbeneming*'.[101]

In schadevergoedingsbeslissingen naar aanleiding van Eurotop-aanhoudingen is ook aandacht besteed aan de vraag of sprake was van rechtmatige dan wel onrechtmatige aanhouding, zie bijv. de beslissing van de Rechtbank Amsterdam naar aanleiding van de Eurotop inverzekeringstellingen op grond van artikel 140 Sr.[102]

Hieraan gerelateerd en vooruitlopend op de behandeling (verderop in dit onderzoek) van de invulling van de billijkheidsgronden: het lijkt erop dat bij onrechtmatige aanhouding en inverzekeringstelling eerder billijkheidsgronden worden aangenomen, zoals kan blijken (hoewel niet expliciet zo verwoord) uit de uitspraak van Hof Amsterdam in 1985, waar gronden van billijkheid zijn een vergoeding toe te kennen, onder andere omdat inverzekeringstelling in redelijkheid niet nodig was in het belang van de opsporing, vooral omdat de verdachte niet eerder met de strafrechter in aanmerking was gekomen en er geen grond bestond aan te nemen dat hij niet de vereiste medewerking zou verlenen. In deze zaak was de causaliteit tussen verzochte schade en inverzekeringstelling niet gebleken, maar wel nam het Hof, bij het bepalen van het bedrag van de vergoeding, in aanmerking dat de ingrijpende maatregel van inverzekeringstelling onnodig was toegepast.[103] Hier is dus sprake van toekenning van immateriële schadevergoeding vanwege onrechtmatige (want disproportionele) vrijheidsbeneming. Eenzelfde redenering wordt gevolgd door datzelfde Hof Amsterdam in 1999 (billijkheid want disproportionele toepassing bij Eurotop).[104]

Hier vermeld ik tot slot nog enkele uitspraken die eigenlijk thuishoren bij een hierna nog te beschrijven aparte categorie (zie § 2.3.3.5) aangezien het gaat

101 HR 2 februari 1993, NJ 1993, 552, r.o. 4.3. Zie ook Rb. Haarlem 31 maart 2005, LJN AT3074 (sepot na ex tunc onrechtmatige aanhouding; schadevergoeding toegewezen).
102 Rb. Amsterdam 31 juli 1998, NbSr 1998, 136.
103 Hof Amsterdam 10 juni 1985, NJ 85, 825.
104 Hof Amsterdam 21 juni 1999, NbSr 1999, 172.

om situaties waarbij sprake is van onrechtmatige hechtenis maar niet van de voorwaarde dat sprake is van einde zaak zonder veroordeling, dus eigenlijk vallend buiten de reikwijdte van de regeling van de artikelen 89-93 Sv. Desondanks wordt analoog geredeneerd op basis van deze regeling: zo ging Hof Den Bosch ervan uit dat bij onrechtmatige hechtenis (als gevolg van een omissie van het Openbaar Ministerie was verzoeker niet in vrijheid gesteld) een vergoeding billijk is.[105] Enigszins vergelijkbaar is de uitspraak van de Rechtbank Den Haag uit 2000: de Rechtbank kende een vergoeding toe op de voet van de regeling van de artikelen 89-93 Sv na een onrechtmatige afwijzing door de Minister van een verzoek tot schorsing tenuitvoerlegging gevangenisstraf hangende de beslissing op een gratieverzoek.[106]

2.3.3.3 Schade tengevolge van ophouding voor verhoor

Buiten de reikwijdte van de regeling valt in beginsel de schade tengevolge van ophouding voor verhoor. Hier is tijdens de wetshistorie wel aandacht aan besteed, maar meerdere malen werd besloten deze schade niet in aanmerking te laten komen voor vergoeding. Indien echter aan de rechter vergoeding wordt gevraagd voor schade tengevolge van een overheidsgedraging die niet onder de reikwijdte van de regeling van de artikelen 89-93 Sv valt, wordt deze soms *analoog toegepast*. In een zaak was verzoeker langer dan de toegestane tijd van artikel 61 Sv opgehouden voor verhoor, waarbij niet was gebleken dat verzoeker eerder had kunnen worden verhoord. Rechtbank Groningen overwoog dat in dit geval, dat een grote overeenkomst vertoont met de in de regeling van de artikelen 89-93 Sv geregelde situatie, de wetgever niet bedoeld kan hebben dat alleen via de civiele weg schadevergoeding kan worden verkregen, en kende een vergoeding toe.[107]

Ook de Rechtbank te Zwolle kende een vergoeding toe voor ophouding voor verhoor op gronden van billijkheid, ofschoon niet van inverzekeringstelling of voorlopige hechtenis kan worden gesproken, aldus de Rechtbank.[108] Hier wordt de kwestie dus niet bij de 'ontvankelijkheidspoort' besproken. Mogelijk is hierbij wellicht ernstig rekening gehouden met het feit dat hier van een schoolgaande jongen sprake was die werd aangehouden om 24.00 uur en daarom in de nachtelijke uren was vastgehouden. Deze omstandigheden kwamen echter niet in de motivering naar voren. Anders redeneert de Rechtbank Middelburg. Deze Rechtbank gaat ervan uit dat voor extensieve interpretatie van de regeling van de artikelen 89-93 Sv geen plaats is in de situatie

105 Hof Den Bosch 27 juni 1997, NJ 1997, 603.
106 Rb. Den Haag 25 oktober 2000, NbSr 2001, 157.
107 Rb. Groningen 24 april 1985, NJ 1985, 695.
108 Rb. Zwolle 7 oktober 1998 (parketnummer 07.0 en rekestnr. 98/237, ongepubliceerd).

dat verzoeker is opgehouden voor verhoor omdat het WvSv niet voorziet in een rechtsgang om schadevergoeding tengevolge van rechtmatige ophouding voor verhoor te verzoeken.[109] Hiermee is gelijk het onderscheid t.o.v. de vorige zaken (met name Rechtbank Groningen) gegeven aangezien daar wellicht sprake was van *onrechtmatige* ophouding voor verhoor.

Samengevat zou kunnen worden gesteld dat rechters de schadevergoedingsregeling analoog toepassen voor situaties buiten de reikwijdte van de regeling indien sprake is geweest van onrechtmatige ophouding voor verhoor, maar niet in geval van rechtmatige ophouding voor verhoor. Ten slotte is interessant de al eerder vermelde uitspraak van de Rechtbank Amsterdam[110] (schadevergoedingsbeslissing naar aanleiding van de Eurotop inverzekeringstellingen op grond van artikel 140 Sr), waar werd vastgesteld dat de aanhouding en inverzekeringstelling van verzoeker van de aanvang af onrechtmatig zijn geweest waarna de slechte omstandigheden van de aanhouding en de ophouding voor verhoor wel werden meegewogen in de hoogte van de vergoeding (want de periode aanhouding en ophouding voor verhoor zelf biedt geen mogelijkheid tot vergoeding op de voet van de artikelen 89-93 Sv. Zie voor bespreking van deze uitspraak bij § 2.5.3.4).

2.3.3.4 Schade voor ondergane hechtenis voor zover die de uiteindelijk opgelegde gevangenisstraf te boven gaat

Buiten de reikwijdte valt schade tengevolge van een ondergane hechtenis voor zover die de uiteindelijk opgelegde gevangenisstraf te boven gaat. In de periode rond 1973 is deze kwestie door de wetgever ook uitgebreid aan de orde gesteld (zie § 1.6.4 t/m 1.6.6), waarbij vooral Roethof er voorstander van was deze situatie ook onder de reikwijdte van de regeling te brengen, maar de Minister ging daar toen niet in mee.[111] Hoe nu ging de schadevergoedingsrechter met deze vraag om, waarbij dus sprake is van een situatie waar een nadien opgelegde gevangenisstraf van kortere duur was dan de tijd in voorlopige hechtenis doorgebracht. De civiele rechter meende eerst dat voor het

---

109 Rb. Middelburg 31 juli 1991, NJ 1991, 830.

110 Rb. Amsterdam 31 juli 1998, NbSr 1998, 136.

111 Voorlopig Verslag Vaste Commissie voor Justitie, Kamerstukken II 1972-1973, 12 132, nr. 5, p. 2 (vraag van de leden van de Vaste Commissie waarom de regeling niet ook ziet op die situatie: MvA, Kamerstukken II 1973/1974, 12 132, nr. 6, p. 3 (Minister Van Agt meent dat de vraag gebaseerd is op een zijns inziens onjuiste veronderstelling, namelijk dat voorlopige hechtenis zou kunnen worden gelijkgesteld met een straf, *quod non*, aldus Van Agt. Verrekening is daarom niet op zijn plaats aangezien de duur van de voorlopige detentie niet gezien kan worden in het licht van een later gevolgde veroordeling; Handelingen II 1974/1975, 12 132, p. 3727 (discussie Roethof en Van Agt, waarbij Van Agt vasthoudt aan eerder standpunt). In deze situatie kan overigens wel een schadevergoedingsmogelijkheid bestaan ook al is wel een straf of maatregel is opgelegd maar voor een feit waarvoor geen voorlopige hechtenis is toegelaten (de andere wettelijke variant).

meerdere de rechtvaardigingsgrond wegvalt en dat dus sprake is van onrechtmatige daad op grond waarvan recht op schadevergoeding bestaat.[112] Maar vervolgens ging het in civilibus een andere kant op: Hof Den Haag[113] (civiele vordering)[114] vernietigde in 1995 een vonnis van de Rechtbank die meende dat de Staat onrechtmatig had gehandeld door verzoeker langer in voorlopige hechtenis te houden dan de duur van de uiteindelijk opgelegde gevangenisstraf. Het Hof vond dat een rechterlijk bevel tot vrijheidsbeneming geacht wordt rechtmatig te zijn, zodat ook moet worden uitgegaan van de rechtmatigheid van de tenuitvoerlegging van die bevelen, waarbij overigens de Staat tot die tenuitvoerlegging verplicht is. Dit is anders indien bij de voorbereiding van de rechterlijke bevelen zodanige fundamentele rechtsbeginselen zijn veronachtzaamd dat geen sprake meer is van eerlijke en onpartijdige behandeling, en tegen die beslissing geen rechtsmiddel heeft opengestaan, aldus het Hof. Het feit dat verzoeker is veroordeeld tot een gevangenisstraf van kortere duur dan de ondergane voorlopige hechtenis brengt volgens het Hof niet mee dat de rechterlijke bevelen tot voorlopige hechtenis c.q. de tenuitvoerlegging van die bevelen, achteraf als onrechtmatig kan worden aangemerkt. Het Hof noemt hier niet artikel 67a lid 3 Sv waarin is gesteld dat de voorlopige hechtenis achterwege moet blijven indien rekening moet worden gehouden met de mogelijkheid dat de uiteindelijk opgelegde gevangenisstraf van kortere duur is dan de voorlopige hechtenis.

Ten slotte merkt het Hof op dat ook de weg van de regeling van de artikelen 89-93 Sv voor onderhavige situatie niet openstaat, aangezien geen sprake is van einde zaak zonder oplegging straf of maatregel of met zodanige oplegging maar voor een feit waarvoor geen voorlopige hechtenis is toegelaten. Ook de strafrechter ziet voor deze situatie over het algemeen geen schadevergoedingsmogelijkheden: Hof Amsterdam (strafkamer) concludeerde in 1994 dat genoemde situatie (waarbij voorlopige hechtenis de duur van de te executeren gevangenisstraf overschrijdt) buiten de reikwijdte valt van de regeling van de artikelen 89-93 Sv, aangezien i.c. geen sprake was van de voorwaarde dat de zaak is geëindigd zonder oplegging van straf of maatregel (of met zodanig oplegging maar voor een feit waarvoor voorlopige hechtenis niet is toegelaten) en wilde ook geen extensieve interpretatie geven aan de regeling van de artikelen 89-93 Sv voor genoemde situatie. Verzoeker werd daarom niet ontvankelijk verklaard in zijn verzoek.[115] Daarentegen achtte Rechtbank Haarlem weer wel gronden van billijkheid aanwezig om in genoemde situatie schadevergoeding op de voet van de regeling van de artikelen 89-93 Sv toe te kennen.[116]

112 Onder andere Rb. Den Haag 14 oktober 1992, ongepubliceerd.
113 Hof Den Haag 16 september 1995, NJ 95, 313.
114 Idem onder andere Hof Den Haag 26 januari 1995, NJ 95, 442 (civiele vordering).
115 Hof Amsterdam 9 december 1994, NJ 1995, 131.
116 Rb. Haarlem 30 oktober 1996, NJ 1997, 114.

Precedentwerking heeft deze uitspraak echter allerminst: Rechtbank Den Haag (civielrechtelijk) meent dat de situatie buiten de reikwijdte van de regeling valt. Ook al zou in andere zaken een dergelijke verrekening hebben plaatsgevonden, dan nog is de in deze zaak voorliggende weigering om tot verrekening over te gaan niet onrechtmatig.[117]

In dit verband is nog aardig te vermelden de gevolgen van de wijzigingswet in 1993 waarbij de 89-rechter de mogelijkheid kreeg, in plaats van het toekennen van schadevergoeding, te beslissen dat de voorlopige hechtenisperiode geheel of gedeeltelijk wordt *verrekend* met de tenuitvoerlegging van een *uit anderen hoofde opgelegde* onherroepelijke gevangenisstraf. Dit is een kwestie die ook nader wordt besproken bij de omvang (het gaat hier namelijk om een toekenningmogelijkheid, zie § 2.5.3.7), maar interessant genoeg om hier alvast te vermelden is de uitspraak van Hof Den Haag uit 1997.[118] Dit Hof kon namelijk naar aanleiding van genoemde wetswijziging geen objectieve rechtvaardiging vinden ten opzichte van de dan nog steeds bestaande leemte dat er geen 'verrekeningsregeling' bestaat voor de veroordeelde voor de periode dat de voorlopige hechtenis langer duurde dan de [in dezelfde zaak, MD] opgelegde gevangenisstraf (ik noem dit voor het gemak even 'overschothechtenis'). Genoemde wettelijke verrekeningsmogelijkheid kan immers alleen plaatsvinden in de plaats van schadevergoeding op grond van de schadevergoedingsregeling, waarbij die schadevergoedingsregeling, zoals bekend, alleen ziet op situaties waarbij sprake is van einde zaak zonder oplegging van straf of maatregel of met zodanige oplegging voor feit waarvoor geen voorlopige hechtenis is toegelaten, terwijl in bovengenoemde situaties sprake is van een veroordeling waarbij dan sprake is van overschothechtenis. Nog anders gezegd: verrekening van (zelfs de gehele) ondergane voorlopige hechtenis kan alleen plaatsvinden ten aanzien van de gewezen verdachte die niet is veroordeeld maar die wel in een andere zaak is veroordeeld tot een gevangenisstraf, maar niet ten aanzien van de verdachte die voorlopige hechtenis heeft ondergaan en in die zelfde zaak is veroordeeld voor een kortere periode dan die hechtenis.[119] Die overschothechtenis kan dus niet worden verrekend met een uit anderen hoofde opgelegde onherroepelijke gevangenisstraf.

Om die reden meent het Hof dat een gewezen verdachte [bedoeld wordt i.c. een veroordeelde, MD] in een dergelijk verzoek dient te worden ontvangen en dat verrekening van deze overschothechtenis met de (in een andere zaak) onherroepelijk opgelegde (maar nog niet ondergane) gevangenisstraf mogelijk moet zijn. Met andere woorden de rechter lijkt in deze uitspraak ervoor te pleiten zoveel mogelijk verrekeningscompensatie toe te passen, ongeacht de relatie tussen de zaak waarin hechtenis is ondergaan en de zaak waarin gevangenisstraf is opgelegd, en niet alleen voor hechtenis die was ondergaan

117 Rb. Den Haag 28 maart 2000, *NbSr* 2000, 116.
118 Hof Den Haag 11 december 1997, NJ 1998, 142.
119 Tenzij hij is veroordeeld voor een feit waarvoor geen voorlopige hechtenis is toegelaten.

in een zaak die eindigt zonder veroordeling (verrekeningsmogelijkheid op grond van 89-93 Sv na 1993), maar ook voor overschothechtenis na toerekening (27 Sr). Het Hof vindt het echter te ver gaan om ook de mogelijkheid van een schadevergoeding (geldbedrag) in deze situatie mogelijk te maken, aangezien dat een uitbreiding is die het Hof vindt voorbehouden aan de wetgever!

Tot eenzelfde resultaat komt ook de Rechtbank Den Haag in 1999, hetgeen een civiele beslissing betreft: eiser heeft 4 maanden in voorlopige hechtenis heeft gezeten, waarbij hij uiteindelijk is veroordeeld tot 2 maanden gevangenisstraf, en thans is hij gedetineerd in verband met de executie van twee onherroepelijke vrijheidsstraffen. Gezien het feit dat zijn zaak is geëindigd met 2 maanden komt hij niet in aanmerking voor compensatie met uit anderen hoofde opgelegde gevangenisstraf, want hij komt niet binnen de werking van de regeling van de artikelen 89-93 Sv (geen einde zaak zonder straf). De Rechtbank acht het onredelijk om compensatie achterwege te laten, gezien eis en verweer en daarom wordt de Staat *'bevolen om voor zover thans nog mogelijk de twee maanden die eiser in hechtenis heeft doorgebracht in de zaak die uiteindelijk is berecht door het Hof Arnhem in mindering te brengen op de onherroepelijke straffen waarvan thans de executie plaatsvindt.'*[120]

2.3.3.5 Overige schade tengevolge van het strafproces en de causale voorwaarde van de regeling van de artikelen 89-93 Sv

De schadevergoedingsrechter past soms omwille van de rechtsbescherming de schadevergoedingsregeling van de artikelen 89-93 Sv analoog toe op situaties die naar de letter van de wet buiten de reikwijdte van de regeling vallen. Enkele categorieën:

1 Binnen de reikwijdte van de regeling wordt veelal geacht te vallen de periode dat de voorlopige hechtenis is geschorst[121] onder een voorwaarde die (veelal) een verplichtend karakter heeft en de vrijheid inperkt: daardoor lijkt ook schade tengevolge van vrijheids*beperking* voor vergoeding op de voet van artikelen 89-93 Sv in aanmerking te komen. Zie Hof Amsterdam voor schadevergoeding over schorsingsperiode waarbij sprake was van de voorwaarde een verplichte kwartaalcursus te volgen[122] en Rechtbank Amsterdam (schadevergoeding voor schorsingsperiode waarbij sprake was van de voorwaarde in Nederland te blijven terwijl betrokkene normaliter werkte en met zijn gezin woonde in Canada).[123] De Rechtbank Amsterdam blijft op deze lijn zitten en kent schadevergoeding toe voor de schor-

120 Rb. Den Haag 29 december 1999, NbSr 2000, 8.

121 Wellicht zou dit ook besproken kunnen worden bij toekenning op basis van billijkheid. Ik meen echter dat schadevergoeding voor voorlopige hechtenis niet zomaar impliceert dat daaronder ook valt de periode dat de hechtenis geschorst is en acht het dus eerder een reikwijdtekwestie.

122 Hof Amsterdam 5 juli 1999, NbSr 1999, 170.

123 Rb. Amsterdam 4 februari 2000, NbSr 2000, 110.

singsperiode waarbij voor de jeugdige verdachte sprake was van een voorwaarde tot het vrijwillig volgen van een leerprogramma of het verrichten van onbetaalde arbeid.[124] Anders: Rechtbank Alkmaar: het systeem van de wet laat niet toe dat na een vrijspraak een vergoeding vanwege een in het kader van een schorsing van de voorlopige hechtenis opgelegde avondklok wordt toegekend (en ook artikel 5 EVRM biedt daartoe geen ruimte).[125]

2 Al eerder vermeld (in § 2.3.3.2): er zijn situaties waarbij sprake is van onrechtmatige hechtenis maar niet van de voorwaarde dat sprake is van einde zaak zonder veroordeling, dus eigenlijk vallend buiten de reikwijdte van de regeling van de artikelen 89-93 Sv. Desondanks wordt analoog geredeneerd op basis van deze regeling: zo ging Hof Den Bosch ervan uit dat bij onrechtmatige hechtenis (als gevolg van een omissie van het Openbaar Ministerie was verzoeker niet in vrijheid gesteld) een vergoeding billijk is.[126] Enigszins vergelijkbaar is de uitspraak van de Rechtbank Den Haag uit 2000 waar een vergoeding werd toegekend op de voet van de regeling van de artikelen 89-93 Sv na een onrechtmatige afwijzing door de Minister van een verzoek tot schorsing tenuitvoerlegging gevangenisstraf hangende de beslissing op een gratieverzoek.[127]

3 Hoewel vallend buiten de reikwijdte van de regeling, is de regeling van de artikelen 89-93 Sv ook analoog toegepast op de situatie dat een vernietigd vonnis al was geëxecuteerd, terwijl naar de letter deze situatie noch onder de regeling van de artikelen 89-93 Sv valt noch onder de vergelijkbare regeling na herziening (artikel 481 Sv). Het betreft hier m.i. een onrechtmatige executie[128] (en dientengevolge een onrechtmatige vrijheidsbeneming) omdat tenuitvoerlegging had plaatsgevonden voordat de uitspraak onherroepelijk was. Hof Amsterdam neemt aan '*dat de wetgever niet heeft gedacht aan een geval als thans aan het Hof ter berechting is voorgelegd*.' Het Hof meende dat redelijke wetstoepassing dient te leiden tot het ontvangen van verzoeker in zijn verzoek, zodat geen rechtsbescherming wordt ontbeerd.[129]

4 Een belangrijke extensieve interpretatie van artikel 59 lid 1 Uitleveringswet (daarin worden de artikelen 89 t/m 93 bijna volledig van overeenkomstige toepassing verklaard) vanwege een vermoedelijke wettelijke leemte geeft Hof Amsterdam in 2001. Het Hof acht namelijk ook vergoeding mogelijk voor ondergane uitleveringsdetentie indien de Minister rauwelijks afwijst voordat de zaak is voorgelegd aan de uitleveringsrechter, in afwijking van

124 Rb. Amsterdam 9 maart 2001, NbSr 2001, 108.
125 Rb. Alkmaar, 17 juli 2006, LJN AY5690.
126 Hof Den Bosch 27 juni 1997, NJ 1997, 603.
127 Rb. Den Haag 25 oktober 2000, NbSr 2001, 157.
128 Derhalve bespreek ik deze uitspraak hier en niet bij § 2.3.3.2.
129 Hof Amsterdam 19 februari 2001, NJ 2001, 355.

de voorwaarde van artikel 59 lid 1 Uitleveringswet dat vergoeding slechts mogelijk is indien uitlevering bij rechterlijk gewijsde ontoelaatbaar is verklaard.[130] Er is verdeeldheid waar het schade tengevolge van vrijheidsbeneming in het buitenland naar aanleiding van een Nederlandse signalering betreft. Rechtbank Haarlem vond in 2004 dat schade tengevolge van vrijheidsbeneming in het buitenland als gevolg van een Nederlandse Schengensignalering (waarop geen verzoek tot uitlevering was gevolgd), niet voor vergoeding in aanmerking komt.[131] Hof Den Haag acht in 2008 wel schade tengevolge van vrijheidsbeneming in het buitenland tengevolge van de Schengensignalering, i.c. voorafgaand aan het rechtshulpverzoek, voor vergoeding vatbaar gezien de strekking van artikel 90 lid 2.[132]

5 Tot slot wordt een enkele keer een verzoek *abusievelijk* gebaseerd op de regeling 89 e.v. Sv, bijv. terwijl het geval binnen de reikwijdte van de artikelen 591/591a Sv valt.[133]

2.3.3.6 Samenvatting

Gezien de wettelijke beperking dat alleen schade tengevolge van vrijheidsbenemende dwangmiddelen in aanmerking komt voor vergoeding op de voet van deze regeling, komt derhalve andere schade tengevolge van andere dwangmiddelen/strafvorderlijk overheidsoptreden niet in aanmerking. Uit de rechtspraak blijkt echter dat de schadevergoedingsrechter deze soms analoog toepast.

In ieder geval komt schade tengevolge van onrechtmatige vrijheidsbeneming op de voet van dit artikel voor vergoeding in aanmerking; Tijdens de wettelijke herziening van de regeling (Wijzigingswet 1975) was dat al besproken: de Minister achtte onrechtmatige detentie (uiteindelijk) niet uitgesloten van de werking van artikel 89 Sv. De Hoge Raad liet echter (in civilibus) in eerste instantie in het midden in hoeverre de regeling 89 Sv ook toepassing vindt in geval van onrechtmatige vrijheidsbeneming; later neemt de Hoge Raad dit echter expliciet aan (Hoge Raad 2 februari 1993, NJ 1993, 552). Naast de ontvankelijkheidkwestie blijkt aangenomen onrechtmatigheid ook een meebepalende factor te zijn bij de vaststelling van billijkheidsgronden; billijkheid wordt in dat geval eerder aangenomen.

Schade tengevolge van ophouding voor verhoor komt niet in aanmerking; daarover was tijdens de wetshistorie meerdere malen besloten. Een enkele keer past de rechter de regeling echter analoog toe, maar uit de uitspraken blijkt dat men dan wellicht meende dat sprake was van onrechtmatige ophou-

130 Hof Amsterdam 1 april 2001, NbSr 2001, 151.
131 Rb Haarlem 30 november 2004, LJN AR7866. Deze uitspraak is overigens weer vernietigd bij uitspraak van Hof Amsterdam, 29 maart 2006, nrs. R 1230/05 en R 1231/05.
132 Hof Den Haag, 2 november 2007, NJFS 2008, 57.
133 Bijv. Rb. Zwolle 9 februari 1976, NJ 1976, 363.

ding voor verhoor. Samengevat zou daarom kunnen worden gesteld dat rechters de schadevergoedingsregeling analoog toepassen voor situaties buiten de reikwijdte van de regeling indien sprake is geweest van onrechtmatige ophouding voor verhoor, maar niet in geval van rechtmatige ophouding voor verhoor.

Voor de situatie waarbij de opgelegde hechtenis langduriger was dan de opgelegde gevangenisstraf, blijft het moeilijk beslissen. Tijdens de wetshistorie is hierover al veel discussie gevoerd en ook de rechter gaf aan dat hij er moeite mee heeft dat deze situatie niet onder de werking van de regeling van de artikelen 89-93 Sv valt, met name na de ingevoerde wettelijke mogelijkheid om ondergane hechtenis wel (zelfs geheel) te kunnen verrekenen met een uit anderen hoofde opgelegde gevangenisstraf. Verrekening van (zelfs de gehele) ondergane voorlopige hechtenis kan alleen plaatsvinden ten aanzien van de gewezen verdachte die niet is veroordeeld maar die wel in een andere zaak is veroordeeld tot een gevangenisstraf, maar niet ten aanzien van de verdachte die voorlopige hechtenis heeft ondergaan en in die zelfde zaak is veroordeeld voor een kortere periode dan die hechtenis[134]; die overschothechtenis kan dus niet worden verrekend met een uit anderen hoofde opgelegde onherroepelijke gevangenisstraf.

Enkele rechters pleiten ervoor zoveel mogelijk verrekeningscompensatie toe te passen, ongeacht de relatie tussen de zaak waarin hechtenis is ondergaan en de zaak waarin gevangenisstraf is opgelegd, en niet alleen voor hechtenis die is ondergaan in een zaak die eindigt zonder veroordeling (verrekeningsmogelijkheid op grond van 89-93 Sv na 1993.

Tot slot zijn enkele varia besproken waarbij de rechter meent bepaalde situaties die naar de letter van de wet niet onder de reikwijdte van de regeling van de artikelen 89-93 Sv vallen, daar toch onder te brengen, veelal omwille van de rechtsbescherming (leemten).

2.4 In rechtspraak gebruikte criteria (aanvullende voorwaarden) ter invulling van de billijkheid

2.4.1 Inleiding

Artikel 90, eerste lid Sv geeft aan dat uitgangspunt van de schadevergoedingsregeling is, dat toekenning steeds[135] plaats heeft indien, alle omstandigheden in aanmerking genomen, gronden van billijkheid aanwezig zijn. Gezien de

134 Tenzij hij is veroordeeld voor een feit waarvoor geen voorlopige hechtenis is toegelaten.

135 Door het woord 'steeds' lijkt het uitgangspunt te zijn, 'ja, tenzij'. Opmerkelijk in dit verband is Hof Amsterdam 25 februari 1988, eerder idem Hof A'dam 10 juni 1985, NJ 1985, 825, waar Hof zich niet kan verenigen met 'ja, tenzij' en daarom uitgaat van 'ja, indien' (van een in beginsel bestaande aanspraak is geen sprake).

vele discussies voorafgaand aan en tijdens de totstandkoming van de wettelijke schadevergoedingsregeling over deze grondslag van vergoeding en de vele meningen over de te verwachten invulling daarvan (zie hoofdstuk 1) wordt hier beschreven welke criteria de rechter hanteert bij zijn vaststelling of genoemde billijkheidsgronden er wel of niet zijn.

Hoewel deze schadevergoedingsrechtspraak weliswaar casuïstisch is zullen desondanks herkenbare criteria naar voren komen. Indien de rechter geen gronden van billijkheid aanwezig acht, wijst hij een schadevergoedingsverzoek af. Tot 1993 waren de redenen voor deze afwijzende beslissing slechts voor de betrokkene ter inzage op de griffie. Na de wijziging van de raadkamerprocedure onder invloed van de normering van het EVRM verhield die praktijk zich niet meer met de gestelde eisen van openbaarheid en werden de volledige beschikkingen onverwijld aan de betrokkene betekend. Inzicht in de redenen waarom de rechter geen gronden van billijkheid aanwezig achtte in de periode tot 1993 is daarom lastig, aangezien de afwijzende beslissingen tot die periode slecht toegankelijk zijn. Dat heeft een eenvormigheid in het formuleren van billijkheidscriteria wellicht niet bevorderd; desondanks kunnen uit de afwijzende schadevergoedingsbeslissingen enkele herkenbare criteria worden gedistilleerd.[136]

Ook uit de hiervoor (in § 2.2.1) genoemde rapportage van de NVvR kwam naar voren dat de redenen voor afwijzing van het schadevergoedingsverzoek in diverse groepen kunnen worden ondergebracht. Ook hier zal gebruik worden gemaakt van een eigen indeling naar afwijzingscriteria in herkenbare groepen.[137] Onderscheiden wordt hierbij tussen criteria die de houding/gedraging van verdachte voorafgaand en tijdens de procedure betreffen (verdenking en voortduring daarvan aan zichzelf te wijten) en criteria die een vaststelling over restschuld of de nog resterende verdenking betreffen.

Achtereenvolgens zal nu worden ingegaan op diverse afwijzingscriteria (geen gronden van billijkheid) en toewijzingscriteria (wel gronden van billijkheid). De vraag naar de hoogte van de toe te kennen schadevergoeding (en ook die wordt ook op grond van billijkheid vastgesteld) komt niet hier aan de orde, maar bij de paragraaf over de schadeomvang.

---

136 Een deel van de hier besproken jurisprudentie is al eerder op vergelijkbare wijze besproken, zie artikel van J. uit Beijerse en N.M. Dane 1996, p. 259-288.

137 De groepsindeling door de werkgroep gehanteerd volg ik niet geheel aangezien daarin bijvoorbeeld ook een groep voorkomt van afwijzingen o.g.v. ontbrekende causaliteit tussen hechtenis en schade; aangezien dat niet te maken heeft met de invulling van de billijkheid, zoals ik in deze paragraaf beschrijf, heb ik die groep dus niet hier genoemd. In mijn beschrijving zou voor deze groep plaats zijn bij de paragraaf over omvangcausaliteit.

2.4.2 Geen gronden van billijkheid wegens restschuld/restverdenking

Hoewel de wettekst de rechter geen enkele indicatie geeft rekening te houden met (on)schuld, verklaarde de MvT wel dat als de verdachte het strafbare feit sine dubio had gepleegd, geen schadevergoeding behoorde te worden toegekend, maar ook werd opgemerkt dat billijkheid geen synoniem was voor gebleken onschuld. Wel werd weer aangegeven dat noties betreffende schuld en onschuld mee konden wegen in de overwegingen van de rechter en dat gebeurde. Vóór 1975 werd al afwijzend beslist wegens het feit dat de rechter niet de overtuiging had gekregen dat de verzoeker onschuldig was aan het feit waarvoor de voorlopige hechtenis was toegepast. Tak maakte er in een vroeger overzicht, opgemaakt in 1970,[138] melding van dat de voorzichtige conclusie getrokken kan worden dat de rechter in het geval van vrijspraak slechts gronden voor billijkheid aanwezig achtte indien hij overtuigd was van de onschuld van de gewezen verdachte. Tak merkt op dat de uitwerking zoals door Blok en Besier hieraan gegeven,[139] vaak werd gebruikt in de motivering van vroegere uitspraken over schadevergoeding: indien (1) mocht blijken dat het bewezen verklaarde, doch niet strafbaar geoordeelde feit niettemin een zeer laakbaar karakter droeg, of 2) dat niettegenstaande de gegeven vrijspraak er zwaarwichtige bezwaren tegen de gewezen verdachte bleven bestaan of 3) dat de vrijspraak een gevolg was van een minder gelukkige tenlastelegging, diende geen schadevergoeding te worden toegekend wegens het ontbreken van gronden van billijkheid.

Volgens Borsboom werd deze trend, waarbij de veronderstelde aanwezigheid van schuld doorslaggevend was voor de afwijzing, na 1975 voor het grootste deel verlaten.[140] Het tegendeel blijkt uit de NVvR rapportage[141] waarin een groep uitspraken werd geanalyseerd waarin een verzoek tot schadevergoeding wordt afgewezen (dus 'geen gronden van billijkheid') omdat de schuld nog in het geding is, hoewel de zaak is geëindigd zonder straf of maatregel. Hoewel het beeld dat in het rapport wordt geschetst bij gebreke van een aselecte steekproef niet geheel representatief is, blijkt het gebruik van criteria betreffende de schuld voldoende uit de tekstanalyse van 244 beschikkingen.[142] De rapportage geeft een overzicht van de redenen die daartoe worden opgegeven: *'...Als reden wordt dan opgegeven dat de rechter niet overtuigd is van de onschuld van verzoeker, dat er voldoende bewijs voor een bewezenverklaring is, dat de*

138 P.J.P. Tak 1970, p.1-27, vooral de noten 51 e.v., p.13.
139 A.J. Blok en L. Ch. Besier 1925, deel 1, p. 281-282.
140 J.P.M. Borsboom 1983, p.104. Zie voor een analyse voor de periode 1975 idem p. 51 e.v.
141 Commissie Cremers (NVvR) 1994. Hier zijn met name gegevens ontleend aan p.1, 4 en bijlage II, p. 2-4.
142 Het wordt niet direct duidelijk over welk tijdvak deze beschikkingen lopen. Het gaat echter om beschikkingen die tot augustus 1993 aan de Werkgroep zijn toegestuurd en aangezien een werkgroep van de NVvR in 1980 eveneens heeft gerapporteerd over ditzelfde probleem, zijn de beschikkingen in dit rapport (1994) waarschijnlijk van na 1980.

ernstige bezwaren niet zijn weggenomen, dat de ernstige verdenking is blijven bestaan. Rechters merken daarbij wel eens op dat ze voor de beoordeling hiervan niet gebonden zijn aan het wettelijk bewijsstelsel. Het geheel of gedeeltelijk erkennen door de gewezen verdachte van het begaan van het strafbaar feit speelt een belangrijke rol in het oordeel van de rechter. Ook kan betrokkenheid bij het strafbaar feit (van een ander) een reden voor afwijzing zijn. Soms is een vrijspraak geen echte vrijspraak. Verdachte is bijvoorbeeld vrijgesproken van gewoonteheling, maar heling zou wel te bewijzen zijn. De ten laste gelegde geslachtsgemeenschap kan niet bewezen worden, maar ontucht wel (indien ten laste gelegd). Verdachte is vrijgesproken van een poging tot afpersing, maar hij had zich wel schuldig gemaakt aan het voltooide delict, wat door hem ook was erkend (maar het was niet ten laste gelegd). In de tenlastelegging was niet het juiste tijdstip van het begaan van het delict opgenomen, zodat van het gehele ten laste gelegde moest worden vrijgesproken. Het feit is op een niet juiste wijze in de telastlegging verwoord, waardoor vrijspraak moet volgen. In al deze gevallen wees de rechter een verzoek tot schadevergoeding af.'[143]

Ter illustratie nog enkele zinsneden uit uitspraken (ook ongepubliceerd) over de afgelopen jaren waarin noties betreffende schuld/onschuld en nog bestaande verdenking zijn terug te vinden als reden voor afwijzing[144]:

Verzoeker werd met een (achteraf wel veroordeelde andere persoon) aangetroffen op de plaats delict (tuin van een bank) en dus was het aan zijn eigen gedraging te wijten geweest dat hij werd verdacht. Later had hij tegenstrijdige verklaringen afgelegd, waardoor de verdenking alleen maar werd versterkt, '*…mede gezien zijn strafrechtelijk verleden, waarbij hij onder andere ook in verband met een inbraak in een bank veroordeeld werd*.' Tot hier wordt derhalve voornamelijk verwezen naar de situatie voorafgaand en tijdens de procedure, maar dan koppelt het Hof het geheel naar de vraag betreffende onschuld en stelt: '*...dat derhalve uit het hele feitencomplex en gelet op de veroordeling van P.S., de man met wie verzoeker bij voornoemde bank was, al blijkt dat de door het Hof gegeven vrijspraak waarop door verzoeker een beroep wordt gedaan, zeker niet hoeft te wijzen op de onschuld van verzoeker en niet impliceert dat het Hof verzoeker onschuldig acht...*'.[145] In een andere zaak werd gemeend dat, hoewel verzoeker was vrijgesproken van oplichting, verduistering en het plegen van valsheid in geschrifte (het zou gaan om vervalsing van lijfrenteovereenkomsten), uit het arrest blijkt (opsomming feiten uit arrest) dat verzoeker de waarheid heeft trachten te verhullen, en het Hof concludeert daarop dat geen gronden van billijkheid aanwezig zijn tot schadevergoeding.[146] Het lijkt hier overigens

143 Uit bijlage II van de rapportage van de NVvR, p. 2.
144 Niet kan worden nagegaan in hoeverre deze beschikkingen wellicht ook hebben meegeteld bij het onderzoek van de NVvR.
145 Hof Arnhem 23 november 1977, NJ 1978, 540.
146 Hof Amsterdam 9 december 1988, ongepubliceerd.

te gaan over het verhullen waarmee betrokkene geprobeerd had de fiscus op te lichten en daarom lijkt het een impliciete uitspraak over een nog steeds bestaande verdenking en niet over het verhullen tijdens de verhoren tijdens de procedure (dan zou het een opmerking over verzoekers proceshouding zijn geweest). Hoewel verzoeker weliswaar is vrijgesproken omdat niet bewezen kan worden verklaard dat enz. … achtte het Hof '*het handelen van verzoeker in zijn hoedanigheid van advocaat dermate laakbaar, dat gezegd kan worden dat verzoeker de ernstige verdenking van hetgeen hem nadien werd ten laste gelegd in overgroten dele aan zichzelf te wijten heeft*'.[147] Ook al heeft het Hof het primair over de verdenking die deze verzoeker aan zichzelf te wijten heeft (gehad), er klinkt impliciet iets in door dat, hoewel niet bewezen, de gedraging an sich laakbaar is. De Rechtbank Roermond kreeg, '*gelet op de processtukken en mede op hetgeen in raadkamer naar voren is gebracht, niet de overtuiging dat in voormelde zaak sprake is van een zodanige onvoldoende aanwijzing van schuld, dat onder de gegeven omstandigheden gronden van billijkheid aanwezig zijn…*'.[148] Nog een voorbeeld: deze zaak betreft het verzoek tot vergoeding van de advocaat O. Hammerstein, nadat hij was vrijgesproken van medeplichtigheid aan valsheid in geschrifte. Het verzoek tot schade- en kostenvergoeding wordt afgewezen. De schadevergoedingsrechter vond, '*gelet op de inhoud van het arrest, in het bijzonder op hetgeen is overwogen (…)* [concrete verwijzing, MD]) *met betrekking tot de vrijspraak*', geen gronden van billijkheid voor een schadevergoeding. In het arrest was ten aanzien van die vrijspraak overwogen dat betrokkene lichtvaardig zijn diensten als advocaat had verleend; hij onzorgvuldig te werk was gegaan, hij zich had behoren te realiseren dat er een niet te verwaarlozen kans bestond dat '*... hij nader onderzoek had dienen in te stellen....*'. Uit vermeld onzorgvuldig gedrag kon echter niet het voor een veroordeling vereiste opzet, ook niet in de voorwaardelijke vorm, worden afgeleid, dus was de uitspraak vrijspraak.[149] Het Hof baseerde de afwijzing van de schadevergoeding derhalve op een vermoeden van schuld aan een gedraging die laakbaar werd geacht (maar die niet strafbaar was). Feitelijk was er sprake van een slechts in doleuze vorm voorkomend delict, terwijl betrokkene eigenlijk de culpose variant werd verweten. Dit verwijt staat echter in direct verband met de strafbare gedraging waarvan hij werd vrijgesproken, aangezien het om dezelfde feitelijke handeling gaat. Relevant is ook een uitspraak van de Rechtbank Den Haag. Na een kennisgeving tot niet verdere vervolging dient verzoeker een schade- en kostenvergoedingsverzoek in. De Rechtbank overweegt dat het einde van de zaak zonder oplegging van straf of maatregel alleen

147 Hof Arnhem 10 mei 1990, ongepubliceerd.

148 Rb. Roermond 8 januari 1992, NJ 1992, 403.

149 Hof Amsterdam 19 december 95, ongepubliceerd, parketnr. 23-000559-95. Deze beschikking van het Hof Amsterdam is niet gepubliceerd, de overwegingen zijn opgenomen in: 'Geen schadevergoeding voor mr. O. Hammerstein wegens verwijtbare betrokkenheid bij strafbaar feit', Rubriek Advocatuur D&D 1996, p. 274-275.

te danken is aan het feit dat het Openbaar Ministerie niet verder meende te moeten vervolgen vanwege een voorzienbare niet ontvankelijkheid wegens termijnoverschrijding. Daarbij komt dat een medeverdachte was veroordeeld voor hetzelfde feit op basis van dezelfde bewijsmiddelen als die uit het dossier van verzoeker. Op basis hiervan concludeert de Rechtbank dat niet gezegd kan worden dat verzoeker ten onrechte als verdachte is aangemerkt[150] (maar mijns inziens wordt hiermee ook impliciet iets over de restverdenking van verzoeker gezegd). Ook Rechtbank Den Bosch ziet in 2000 geen gronden van billijkheid omdat de beslissing van het Openbaar Ministerie om i.c. niet verder te vervolgen niet is gebaseerd op het ontbreken van schuld (en blijkens de stukken zowel aangever als verzoekster zelf verklaard heeft dat verzoekster het gestolen object in haar handen heeft gehad).[151]

Tot slot is interessant hier te vermelden de inschatting van de civiele rechter in de civiele schadevergoedingsprocedure van Van Mechelen (civiele vordering). De civiele rechter schat hier in dat een beoordeling aan de hand van billijkheid (optiek 89-93 Sv) niet tot vergoeding zou leiden aangezien er gerede verdenkingen zijn overgebleven na weglating van de onrechtmatige getuigenverklaringen.[152] Opvallend is verder nog tweemaal Hof Den Haag in 2004. Hier was sprake van een afwijzing kostenvergoeding omdat in de strafzaak '*gronden voor verdenking aanwezig waren*'.[153] Ten slotte Hof Den Haag die eind 2007 een beschikking tot gedeeltelijke vergoeding van de Rechtbank Rotterdam (2006) voor een van de Hofstad gewezen verdachten vernietigde en geen gronden van billijkheid zag omdat '*verzoeker zich met wetenschap van het groepsoogmerk niet slechts incidenteel, maar bovendien zonder zich te distantiëren op de hiervoor bedoelde passieve wijze heeft deelgenomen aan de organisatie*'.[154]

Uit de hier kort beschreven uitspraken blijkt dat, in diverse bewoordingen, resterende schuldvermoedens ten aanzien van de tenlastegelegde gedraging en ook in geval van vrijspraak, reden kunnen geven tot weigering van schadevergoeding. Ook schuldvermoedens aan een niet tenlastegelegde (want door de wet niet strafbaar gestelde), maar wel laakbare geachte gedraging, kunnen reden geven tot weigering schadevergoeding ten aanzien van een wel tenlastegelegde (maar niet tot veroordeling geleid hebbende) gedraging. Zelfs de ooit bestaande verdenking kan reden zijn tot weigering van een vergoeding. Inmiddels wordt echter ook aangenomen dat sommige van deze overwegingen,

150 Rb. Den Haag 10 december 1998, ongepubliceerd.

151 Rb. Den Bosch 22 september 2000, NbSr 2000, 212.

152 Rb. Den Haag 17 januari 2001, NbSr 2001, 43. Zie voor een uitvoeriger bespreking betreffende Van Mechelen c.s.: N.M. Dane 2003, p. 711-768, § 2.2.3.

153 Hof Den Haag 11 maart 2004, NbSr 2004, 254 en idem 11 mei 2004, *NbSr* 2004, 251. Dat lijkt geïnspireerd door EHRM 26 januari 1999, NJB 1999, p. 733 Hibbert vs NL waar sprake leek van een verwijzing naar (wat ik noem) een 'historische verdenking'. Zie daarover ook hoofdstuk 6.

154 Hof Den Haag 8 november 2007, NJFS 2008, 17.

zeker na vrijspraak, gezien de onschuldpresumptie en voornamelijk na EHRM rechtspraak[155] niet altijd meer een rol mogen spelen.[156]

2.4.3 Geen gronden van billijkheid wegens verwijtbare proceshouding

De redenering die door rechters ook vaak werd gehanteerd om een schadevergoedingsverzoek af te wijzen was, aldus de subwerkgroep van de NVvR, de eigen houding en het optreden van de gewezen verdachte voorafgaand en tijdens het voorarrest, conform de handreiking van de wetgever die dat oorspronkelijk als criterium in de wet had opgenomen (artikel 90 lid 2 oud, tot 1975). Als voorbeelden van dit afwijzend criterium noemt de subgroep *'...omstandigheden die de gewezen verdachte kon verklaren, maar niet heeft verklaard; strafrechtelijk bewijs ontoereikend, daarom vrijspraak, maar hechtenis op grond van omstandigheden aan verdachte toe te rekenen; verdenkingen ook thans niet weerlegd,*[157] *voortbestaan verdenking aan zichzelf te wijten; leugenachtige c.q. tegenstrijdige verklaringen; zwijgrecht en terughoudendheid c.q. onduidelijk antwoord; tegensprekende verklaringen, geen opheldering van belastende feiten en verklaringen, terwijl dit in redelijkheid wel van verzoeker kon worden verwacht; vluchtpoging voor politie tijdens inval in het pand waarin verzoeker zich bevond; door bekentenis gestichte verwarring komt voor eigen rekening verzoeker'*.[158] Ook de verwijzing naar vroeger levensgedrag stond voor 1975 in de wet. Deze twee omstandigheden waren tot 1975 namelijk expliciet in art. 90 Sv opgenomen ter vaststelling van de billijkheidsgronden. Borsboom toonde aan de hand van een historisch overzicht van uitspraken[159] aan dat afwijzingen van verzoeken om schadevergoeding veelal gebaseerd waren op verwijtbaar gedrag van verzoeker, waardoor deze de detentie aan zichzelf te wijten had, en vanwege verzoekers' levensgedrag. Een voorbeeld van een uitspraak waarbij in de periode voor 1975 werd verwezen naar vroeger levensgedrag is die van Hof Den Haag uit 1948.[160] Hier

155 Zie bespreking in hoofdstuk 6.

156 Zie ook Hof Den Haag 12 december 2000, NbSr 2001, 20, ook naar aanleiding van een verzoek 591a Sv en hierna besproken in § 2.4.3. Idem Hof Amsterdam 17 mei 2001, NbSr 2001, 224.

157 M.i. duidt dat meer op restschuld, zoals hiervoor gecategoriseerd, maar de indeling is natuurlijk ook niet absoluut te maken en dient slechts vergemakkelijking van de overzichtelijkheid.

158 Rapportage NVvR, bijlage II, p. 2-3.

159 J.P.M. Borsboom 1983, p. 55 e.v. voor de periode voor 1975 en p. 117 e.v. voor de periode na 1975.

160 Hof Den Haag 29 oktober 1948, NJ 1949, 110.

werd overigens wel een vergoeding toegekend, maar, voor zover ik begrijp, minder dan het gevraagde vanwege vroeger levensgedrag,[161] waardoor verzoeker zijn voorlopige hechtenis in de hand had gewerkt. Hier lijkt dat vroegere levensgedrag dus meer als matigingsgrond te zijn gebruikt (beperking omvang). Tijdens de wetswijziging in 1975 achtte men de opname van deze criteria overbodig. De rechter kon zich er overigens nog op blijven baseren, aldus de wetgever, maar dat werd na de tekstwijziging in 1975 mogelijk geacht door het algemene criterium 'alle omstandigheden in aanmerking genomen' (zie § 1.6.2.)[162] In de rechtspraak ziet men inderdaad, ook na 1975, redeneringen hierop gebaseerd: bijv. dat men eigen schuld heeft aan de situatie. Dat lijkt een soort culpa in causa-redenering: vanwege bepaalde gedragingen is men aangemerkt als verdachte en terecht gekomen in voorlopige hechtenis, waardoor men dat aan zichzelf te wijten heeft gehad. In de rechtspraak wordt dus zowel verwezen naar levensgedrag in meer algemene zin, als naar gedragingen waardoor men de verdenking aan zichzelf te wijten heeft (en derhalve de hechtenis; men zou dit 'processuele schuld' kunnen noemen), alsook naar de houding tijdens het proces, waardoor men de langere duur van de hechtenis aan zichzelf te wijten heeft: in dergelijke omstandigheden kan het niet billijk geacht worden de schade tengevolge van die hechtenis te vergoeden. Borsboom concludeert dat weigeringen tot het toekennen van schadevergoeding op grond van levensgedrag of de houding voor of tijdens de voorlopige hechtenis (die hij aanduidt als laakbaar of verwijtbaar gedrag), vooral vanwege wegens onjuiste, onvolledige of tegenstrijdige verklaringen, in de periode na 1975 rijkelijk vertegenwoordigd zijn en zelfs doorslaggevend zijn in de 'billijkheidskwestie'.[163] Ter illustratie nog enkele voorbeelden: Hof Den Haag stelt: '*...derhalve is aan de bij onschuld onverklaarbare houding van P. zelf te wijten dat zeer ernstige verdenking tegen hem is ontstaan, dat hij zich schuldig had gemaakt aan het feit ter zake van waarvan zijn voorlopige hechtenis is bevolen; dat gelet op het bovenstaande het Hof, in aanmerking nemende het vroeger levensgedrag van P. en zijn houding voor en tijdens de voorlopige hechtenis, van oordeel is dat geen gronden*

161 Blok en Besier gaan op dit criterium in: het behoren tot een dievenbende is zodanig vroeger levensgedrag dat een schadevergoeding in de weg kan staan, zie A.J. Blok en L. Ch. Besier 1925, p. 291. Zie ook J.P.M. Borsboom 1983, p. 47 en 60.

162 Bij de herziening in 1975 van artikel 90 Sv verdween de verwijzing naar het vroegere levensgedrag en de houding voor en tijdens de voorlopige hechtenis omdat men uitdrukkelijke verwijzing overbodig achtte. De rechter bleef vrij deze en andere omstandigheden bij zijn beslissing omtrent toekenning te betrekken, Bijl. Hand. II 1973/1974, 12 132, MvA, p. 4, zie hoofdstuk 1. Onder andere Van Veen heeft op deze wetsaanpassing kritiek, aangezien er door de tekst uit de MvA de facto weinig zal veranderen. Hij vindt het criterium 'houding voorafgaand en tijdens de voorlopige hechtenis' namelijk onwenselijk, Th.W. van Veen 1976, p. 71-81. Eerder had ook Langeveld kritiek op dit criterium, P. Langeveld 1931, p. 125-134. Zie hierover nader de literatuuranalyse in hoofdstuk 4.

163 J.P.M. Borsboom 1983, p. 105-106 en p. 117-118.

van billijkheid aanwezig zijn...'.[164] Ook een uitspraak van Hof Amsterdam in 1998 biedt daarvan een voorbeeld: de omstandigheid dat verzoeker (die was vrijgesproken) twee verschillende verklaringen had gegeven over het overlijden van het slachtoffer, voor het pistool had gezorgd evenals de merkwaardige nonchalante houding die de verdachte had toen de politie ter plaatse kwam laat het Hof concluderen dat *'verzoeker zelf op beslissende wijze heeft bijgedragen aan het in stand houden van de verdenking, de ernstige bezwaren en de gronden voor voorlopige hechtenis jegens hem ter zake van van moord dan wel doodslag op het slachtoffer'*. In zoverre acht het Hof vervolgens geen gronden van billijkheid aanwezig tot schadevergoeding.[165] Maar ook daarna lijkt deze trend zich door te zetten. Een selectie:

In een zaak waar de Rechtbank Den Haag in 2002 wordt verzocht om schadevergoeding is de politierechter niet aan inhoudelijke behandeling toegekomen omdat het Openbaar Ministerie niet ontvankelijk is verklaard. Verzoeker kon echter geen aannemelijke verklaring geven voor onder andere aanwezigheid van zijn vingerafdrukken in woning waar de ten laste gelegde diefstal had plaatsgevonden. Hierdoor meent de Rechtbank dat verzoeker de verdenking en de voorlopige hechtenis aan zichzelf heeft te wijten en ziet op grond daarvan geen gronden van billijkheid voor toekenning van schadevergoeding.[166] Dezelfde Rechtbank redeneert datzelfde jaar wederom zo bij een gewezen verdachte die weigert een verklaring af te leggen over belastende omstandigheden, zoals de aanwezigheid van gestolen goederen in zijn woning (en dat betekent risicoaanvaarding, aldus de Rechtbank).[167] In 2004 concludeert Hof Leeuwarden: '*de door verzoeker ingenomen en te respecteren proceshouding en de daaruit voortvloeiende keuze om zich lange tijd op zijn zwijgrecht te beroepen brengt overigens wel mee dat, alle omstandigheden in aanmerking genomen, in ieder geval geen gronden van billijkheid aanwezig worden geacht om* [voor de periode tot aan de zitting waarop betrokkene voor het eerst een verklaring aflegde, MD] *schadevergoeding toe te kennen*'. Dat geldt evenzeer voor de periode daarna, aangezien de verklaring die betrokkene dus op die zitting aflegde onontkoombaar moest leiden tot nader onderzoek.[168] Hier wordt betrokkene als het ware 'afgestraft' voor het feit dat hij niet eerder een verklaring had afgelegd, aangezien de Rechtbank van mening was dat '*het afleggen van die verklaring in een veel vroeger stadium (…) dan ook volstrekt logisch en geenszins*

164 Hof Den Haag 14 november 1967, NJ 1969, 149. Enigszins vergelijkbaar voor wat betreft de vaststelling dat de oorspronkelijke verdenking aan hemzelf te wijten was en gedurende de procedure ook aan hemzelf te wijten bleef, is de uitspraak van Hof Arnhem 23/11/1977, NJ 1978, 540, hiervoor besproken in § 2.4.2.

165 Hof Amsterdam 14 april 1998, NbSr 1998, 122.

166 Rb. Den Haag 9 juli 2002, NbSr, 82.

167 Rb. Den Haag 9 september 2002, NbSr 2003, 82.

168 Hof Leeuwarden, 16 juni 2004, LJN AQ1837. Vergelijkbaar: Rb. Haarlem, 12 februari 2004, LJN AO4244.

strijdig (zou) zijn geweest met de door het zwijgrecht van verdachte beschermde (verdedigings)belang'.

Een andere steeds vaker geziene variant is dat ondanks een verwijtbare proceshouding er wel gronden van billijkheid worden gezien om schadevergoeding toe te kennen, maar dan wordt dat beoogde bedrag gereduceerd, zie voor deze variant § 2.5.3.6 met verwijzing naar enkele schadevergoedingsuitspraken ter zake van de Hofstadgroep. Gezien bovenstaande uitspraak van Hof Leeuwarden uit 2004 wil ik hier wel een van deze varianten vermelden die anders omgaat met het alsnog verbreken van het zwijgrecht, namelijk de uitspraak van Rechtbank Rotterdam (Hofstadgroep/Rachid B.) waar na vrijspraak wel billijkheidsgronden zijn tot het vergoeden van schade tengevolge van de ondergane vrijheidsbeneming, maar het zwijgrecht grond is voor vermindering. Het blijkt dat in een zaak van een medeverdachte het volharden in het zwijgrecht goed is voor een reducering van 75%,[169] terwijl bij Rachid B. het alsnog verbreken van het zwijgrecht tijdens de zitting 'beloond' wordt met slechts een reducering van 25%.[170]

Ten slotte is vermeldenswaard dat, naar aanleiding van rechtspraak van het EHRM, Hof 's-Gravenhage op dat punt geen enkel risico neemt.[171] Het hof neemt de rechtsoverweging van het EHRM in Rushiti[172] tot uitgangspunt en stelt dat noch verzoekers proceshouding noch enige andere omstandigheid een grond oplevert die aanleiding zou moeten geven kosten van rechtsbijstand niet of gedeeltelijk te vergoeden. Het betrof hier overigens een vrijspraak. Ook Hof Den Bosch (dit betrof een verzoek 591a Sv) stelde in 2002 dat de overweging in de beroepen beschikking dat verzoeker de tegen hem gerezen verdenking en de daaruit voortvloeiende kosten niet aan zichzelf te wijten heeft gehad, niet ter zake doet en in strijd is met de onschuldpresumptie.[173]

2.4.4 Wel gronden van billijkheid

Indien door de rechter al wordt gemotiveerd, en ruimer dan door aan te sluiten bij 'alle omstandigheden in aanmerking genomen', spelen – volgens de NVvR rapportage – diverse criteria een rol bij toekenning. Zoals criteria gehanteerd

169 Rb. Rotterdam, 7 november 2006, LJN AZ4955. Deze beschikking werd in beroep vernietigd door Hof Den Haag omdat '*verzoeker zich met wetenschap van het groepsoogmerk niet slechts incidenteel, maar bovendien zonder zich te distantiëren op de hiervoor bedoelde passieve wijze heeft deelgenomen aan de organisatie.*' Hof Den Haag 8 november 2007, NJFS 2008, 17.

170 Rb. Rotterdam 7 november 2006, LJN AZ4952.

171 Hof Den Haag 12 december 2000, NbSr 2001, 20 (591a Sv).

172 EHRM 21 maart 2000, appl. nr. 28389/95 (Rushiti), daarin wordt de regel uit Sekanina bevestigd dat na een *final aquittal* (onherroepelijke vrijspraak) een verwijzing naar onschuld of verdenking niet langer is toegestaan.

173 Het Hof wijst het verzoek vervolgens af op andere gronden, in verband met een onjuiste omzetting van een toevoeging, Hof Den Bosch 17 oktober 2002, NbSr 2002, 345. Zie mijn bespreking hierover (N.M. Dane 2003, p. 711-768, § 2.1.8).

werden waarom het niet billijk was om schadevergoeding toe te kennen, worden dezelfde criteria ook gehanteerd om vast te kunnen stellen dat het wel billijk is om vergoeding toe te kennen. De NVvR rapportage: *'...In de eerste plaats wordt als reden opgegeven dat achteraf onvoldoende feiten en omstandigheden zijn gebleken voor de verdenking van de gewezen verdachte. Voorts kan de detentie aanvankelijk wel terecht zijn, maar dit kan veranderen. Het uitblijven van onderzoeksresultaat kan hierbij belangrijk zijn. Zo wordt bijvoorbeeld overwogen dat, toen het onderzoek binnen veertien dagen geen resultaat had, invrijheidsstelling had moeten volgen; verdachte zat echter honderd dagen in voorarrest en kreeg de volle honderd dagen vergoed. Ook kan de voorlopige hechtenis onterecht worden doordat de medewerking van verdachte de noodzaak ervan wegneemt. De voorlopige hechtenis kan niet in verhouding staan tot het gepleegde strafbaar feit; deze disproportionaliteit kan tot schadevergoeding aanleiding geven. Extra verzwaring van de voorlopige hechtenis, vooral in het geval van beperkingen, kan tot schadevergoeding leiden. De verzwaring kan gelegen zijn in de persoon van de verdachte, bijvoorbeeld doordat hij invalide is. Zoals bij de afwijzing de eigen houding van de gewezen verdachte tijdens de detentie een bepalende reden kan zijn, zo kan ook bij de toewijzing de eigen bijdrage van de verdachte een rol spelen. Zo werd tot toewijzing geconcludeerd omdat een gewezen verdachte de verdenking en hechtenis niet aan zichzelf te wijten had'*.[174]

Ook bij toewijzing kan daarom worden onderscheiden naar situaties waarbij geen twijfel bestaat over onschuld dan wel geen sprake (meer) is van (rest)verdenking. Ook kan worden vastgesteld dat de gewezen verdachte de (verlenging van de) toepassing van de dwangmiddelen niet aan zichzelf te wijten heeft, wat kan samenhangen met proceshouding. Een gepubliceerd voorbeeld van dat laatste is een uitspraak van Hof Den Haag uit 1982. Hier ging het om zo'n drie maanden uitleveringsdetentie in de VS en vervolgens nog om zo'n twee maanden voorlopige hechtenis in Nederland, onder alle beperkingen. Niet gebleken was dat appellant ten tijde van zijn aanhouding aanleiding had gegeven voor verdenking van het feit waarvoor hij was vervolgd (politieke moord).[175] In dit verband is ook noemenswaardig Hof Den Bosch uit 2002: '*…toekennen is billijk omdat niet is gebleken dat verzoeker door zijn strafprocessuele houding (…) het onderzoek (…) opzettelijk heeft belemmerd of tegengewerkt*'.[176]

Proactief meewerken om eigen onschuld aan te tonen werd expliciet beloond door Rechtbank Haarlem. De Rechtbank meende dat het feit dat verzoeker zelf – eventueel op eigen kosten – om een bodyscan vroeg om zijn onschuld aan te tonen, en dat verzoek werd geweigerd zodat hij onnodig lang gedetineerd bleef, een vergoeding van tweemaal de standaardvergoeding

174 Commissie Cremers (NVvR) 1994, bijlage II, p. 3-4.
175 Hof Den Haag 5 april 1982, NJ 1982, 479.
176 Hof Den Bosch 21 maart 2002, NbSr 2002, 148.

rechtvaardigde.[177] Hoewel de Rechtbank de consequentie van een proactieve proceshouding vertaalt naar de omvang, impliceert dat ook dat gronden van billijkheid aanwezig werden geacht. Verderop zullen we zien dat een positief beoordeelde proceshouding vooral vertaald wordt naar een hogere toekenning, maar – zoals gezegd – impliceert dat al dan niet expliciet dat ook gronden van billijkheid zijn aangenomen om schadevergoeding toe te kennen, vandaar ook vermelding alhier.

Ten aanzien van de eerste categorie (geen restschuld/restverdenking) is bijv. noemenswaardig een uitspraak inzake het Slavenburg-dossier. De verdenking toentertijd achtte men wel gerechtvaardigd, maar thans zou dat niet meer zo zijn, aangezien uit het dossier bleek dat uit het tegen verzoeker ingestelde onderzoek onvoldoende feiten en omstandigheden naar voren zijn gekomen om ook thans nog de tegen hem gebruikte dwangmiddelen gerechtvaardigd te kunnen achten, met andere woorden thans bestaat geen verdenking meer.[178] In die lijn ook nog een andere uitspraak: er wordt door de Rechtbank eerst vastgesteld dat de toepassing van de voorlopige hechtenis gerechtvaardigd was aangezien er een voldoende verdenking jegens verdachte bestond en verdachte vervolgens ook nog feiten had toegegeven tijdens zijn inbewaringstelling. Over zijn proceshouding was ook wel wat aan te merken (geen open kaart), waardoor tot slot werd geconcludeerd dat '*…verdachte – tenminste ten dele – mede zelf de hand heeft gehad in het ontstaan en (zeker in de vroegste fase van het onderzoek waarin van voorlopige hechtenis sprake was) in stand blijven van enige verdenking te zijne laste*'. Vervolgens wordt de vraag gesteld of ten laste van verdachte ook thans nog ernstige verdenkingen bestaan, om vast te stellen of er gronden van billijkheid aanwezig zijn. '*De Rechtbank is van oordeel dat niet slechts de zaak is geëindigd zonder oplegging van straf of maatregel, maar ook dat het onderzoek ter terechtzitting niet dusdanige verdenkingen heeft opgeleverd dat verdachte strafbare feiten heeft gepleegd, dat toekenning van een schadevergoeding onbillijk zou zijn*'. Bij deze uitspraken bestaan daarom gronden van billijkheid omdat er geen twijfel is over onschuld, dan wel geen sprake (meer) is van (rest)verdenking.[179]

Nog een laatste voorbeeld waarbij er billijkheidsgronden waren op basis van met betrekking tot de gewezen verdachte gerelateerde overwegingen. Vermeldenswaardig is de zaak waarbij sprake was van een arts die – desgevraagd – een assistent advies had gegeven, zonder echter de patiënt te onderzoeken. Later was de patiënt overleden. De arts was 4 dagen voorlopig gehecht maar werd vrijgesproken van dood door schuld en subsidiair verlating van een hulpbehoevende. Hij kreeg van de Rechtbank geen schadevergoeding omdat zijn eigen gedrag mede aanleiding had gegeven voor het toepassen

177 Rb. Haarlem 5 juni 2003, LJN AH9741.
178 Rb. Rotterdam 14 maart 1988, ongepubliceerd (Slavenburg-dossier).
179 Rb. Rotterdam 11 juli1988, ongepubliceerd (en tussenbeschikking 30/5/1988).

van het dwangmiddel.[180] Hof Den Haag meende echter dat de vrijspraak evenals het feit dat het Medisch Tuchtcollege oordeelde dat verzoeker in medisch opzicht geen onjuist handelen te verwijten viel, aanleiding gaf op gronden van billijkheid een vergoeding (en Nb het gevraagde van *f* 500,- per dag) toe te kennen.[181]

Zoals al uit de opsomming van de NVvR bleek, kan er ook billijkheid zijn op basis van overwegingen die compenseren naar aanleiding van verwijten naar de overheid (Staatsgerelateerde overwegingen): bijvoorbeeld de vrijheidsbeneming was disproportioneel toegepast of er waren gronden van billijkheid omdat verzoeker was vrijgesproken wegens het gebruik van onrechtmatig verkregen bewijsmateriaal.[182] De Rechtbank Den Haag vond gronden van billijkheid in de omstandigheid dat de Rechtbank niet over alle stukken in de zaak beschikte (vrijspraak) en daarom ging zij ervan uit dat verzoeker volkomen onschuldig was aan hetgeen waarvan hij werd verdacht.[183]

In een andere zaak werd geoordeeld dat verzoeker door zijn gedraging de verdenking aan zichzelf te wijten, maar desondanks is de Rechtbank van oordeel dat de inverzekeringstelling een te ver gaand middel is geweest en dus was de inverzekeringstelling niet aan hemzelf te wijten. Derhalve acht de Rechtbank gronden van billijkheid aanwezig tot toekenning van een vergoeding.[184] Dit neigt m.i. naar de vaststelling dat de inverzekeringstelling wellicht niet proportioneel was, gezien de omstandigheden.

Eerder enigszins in deze lijn, maar anders geformuleerd: Hof Amsterdam, waarbij na een inverzekeringstelling, waarop een kennisgeving van verdere vervolging volgde, op verzoek van verdachten de zaak eindigde door een beschikking van het Hof waarbij verdachten buiten vervolging werden gesteld. Verzoekers vroegen schadevergoeding tengevolge de inverzekeringstelling en een vergoeding van immateriële schade wegens aantasting van hun goede naam. Het Hof, waar zij met deze claim uiteindelijk terechtkwamen, oordeelde dat op geen enkele wijze de conclusie gerechtvaardigd was dat verzoekers strafbaar waren aan de genoemde strafbare gedragingen, er was eigenlijk geen bewijs voorhanden en dat kwam er ook niet tijdens het verdere onderzoek. Er bestond volgens het Hof ook geen grond aan te nemen dat verzoekers niet alle medewerking zouden verlenen en zij hadden dat ook verleend. In verband met het justitieel optreden was te verwachten dat als voorzienbaar gevolg van de inverzekeringstelling hun bedrijf in opspraak zou komen door publicaties in de landelijke pers, aldus het Hof, dat op deze gronden concludeerde dat een vergoeding moest worden toegekend aan verzoekers voor de schade

180 Rb. Den Haag, 5 april 1988, ongepubliceerd.
181 Hof Den Haag 18 oktober 1988, ongepubliceerd.
182 bijv. Rb. Rotterdam, 16 februari 1987, NJ 1987, 723 (door Duitse V-mann overgehaald).
183 Rb. Den Haag 20 april 1990, ongepubliceerd.
184 Rb. Breda 13 december 1990, ongepubliceerd.

tengevolge van de inverzekeringstelling.[185] Over de toekenning van genoemde schadeposten, zie hierna bij omvang sub § 2.5.2.3.

Het lijkt erop dat bij onrechtmatige aanhouding en inverzekeringstelling eerder billijkheidsgronden worden aangenomen. Artikel 5 lid 5 EVRM lijkt daartoe te dwingen.[186] Als voorbeeld kan dienen een uitspraak van Hof Amsterdam: er zijn gronden van billijkheid een vergoeding toe te kennen, onder andere omdat inverzekeringstelling in redelijkheid niet nodig was in belang opsporing, onder andere omdat de verdachte niet eerder met de strafrechter in aanmerking was gekomen en geen grond bestond aan te nemen dat hij niet de vereiste medewerking zou verlenen.[187]

Tot slot kunnen aan de situatie waarbij sprake is van beëindiging van de zaak zonder veroordeling, waarbij (gewezen) verdachte niet de mogelijkheid heeft gehad met betrekking tot de feiten zijn verdediging te voeren (met name derhalve bij sepot, kennisgeving van niet verdere vervolging) consequenties worden verbonden in het schadevergoedings- of kostenvergoedingstraject. Zie in dit verband de uitspraak van Hof Amsterdam: hier was sprake van beëindiging van de strafzaak door niet ontvankelijkheid van het Openbaar Ministerie wegens tijdsverloop en een ontkennende verdachte. Bij de beslissing over kostenvergoeding werd aangenomen dat in het algemeen gronden van billijkheid bestaan indien de zaak is geëindigd zonder strafmaatregel en zonder dat verzoeker een verdediging heeft kunnen voeren.[188] In hoofdstuk 6 zal nader op deze kwestie worden ingegaan.

2.4.5 Samenvatting

Het is bij deze schadevergoedingsregeling volledig aan de rechter overgelaten te bepalen of er gronden van billijkheid zijn tot vergoeding.

De rechter hanteert daarbij diverse criteria. Vanaf inwerkingtreding van de regeling zijn afwijzende beslissingen gebaseerd op het feit dat de rechter

185 Hof Amsterdam 25 februari 1988, ongepubliceerd.

186 HR 7 april 1989, NJ 1989, 532, besproken in 3.3.2.1. Mevis concludeert ook dat de schadevergoedingsrechter *'wel nimmer zal weigeren als de vrijheidsbeneming geoordeeld naar het moment van toepassing als onrechtmatig moet worden gekwalificeerd.'*, zie P. Mevis 1992, p. 748-758, vooral p. 757 noot 16.

187 Hof Amsterdam 10 juni 1985, NJ 85, 825. Zie ook Rb. Amsterdam (schadevergoedingsbeslissing naar aanleiding van Eurotop inverzekeringstellingen o.g.v. art. 140 Sr, 31 juli 1998, gedeeltelijk gepubliceerd in NbSr 1998, 136): de Rb. is van oordeel dat de aanhouding en inverzekeringstelling van aanvang af onrechtmatig zijn geweest. Nu de strafzaak is geëindigd zonder veroordeling en niet kan worden gezegd dat de voorlopige hechtenis op enigerlei wijze aan de processuele houding van verzoeker kan worden verweten, acht de Rb. gronden van billijkheid aanwezig. Zie ook Hof Amsterdam 21 juni 1999, NbSr 1999, 172**:** billijkheid want disproportionele toepassing tijdens Eurotop.

188 Hof Amsterdam 17 mei 2001, NbSr 2001, 224 (verzoek 591a Sv). Dit is in lijn met EHRM 28 oktober 2003 (Baars vs NL) NJ 2004, 261.

niet de overtuiging heeft gekregen dat verzoeker onschuldig was aan het feit waarvoor voorlopige hechtenis was toegepast (restschuld/restverdenking). Volgens Tak wordt in de beginperiode veel gebruik gemaakt van de uitwerking zoals door Blok en Besier gegeven: geen billijkheid indien (1) mocht blijken dat het bewezen verklaarde, doch niet strafbaar geoordeelde feit niettemin een zeer laakbaar karakter droeg, of 2) dat niettegenstaande de gegeven vrijspraak er zwaarwichtige bezwaren tegen de gewezen verdachte bleven bestaan of 3) dat de vrijspraak een gevolg was van een minder gelukkige tenlastelegging, diende geen schadevergoeding te worden toegekend wegens het ontbreken van gronden van billijkheid. Uit de rond de periode 1980-1993 door de NVvR verzamelde beslissingen blijkt hierin weinig verandering te zijn gekomen en ook in beslissingen van latere datum komen dergelijke verwijzingen terug. Rechters achten zich bij de schadevergoedingsbeslissing niet gebonden aan het wettelijk bewijsstelsel en menen bij een vermoeden omtrent (in het proces al dan niet aan de orde gekomen) schuld aan een wel ten laste gelegde, maar niet tot veroordeling leidende gedraging die zij desondanks laakbaar achten, dat geen billijkheidsgronden tot vergoeding bestaan. Maar ook een schuldvermoeden aan een niet ten laste gelegde (want door de wet niet strafbaar gestelde), maar wel laakbare geachte gedraging, kan reden zijn tot weigering van schadevergoeding ten aanzien van een wel ten laste gelegde maar niet tot veroordeling geleid hebbende gedraging. Inmiddels wordt ook aangenomen dat dergelijke overwegingen, zeker na vrijspraak, gezien de onschuldpresumptie en met name na EHRM rechtspraak, niet altijd meer een rol mogen spelen. De ooit bestaande verdenking kan ook reden zijn een vergoeding te weigeren.

Een andere categorie criteria die werd gebruikt, heeft niet zozeer rechtstreeks te maken met vermoedens omtrent (rest) schuld of (rest)verdenking, maar ziet meer op overwegingen waarbij wordt verwezen naar levensgedrag in meer algemene zin, als naar gedragingen waardoor men de verdenking aan zichzelf te wijten heeft (en derhalve de hechtenis; men zou dit 'processuele schuld' kunnen noemen), alsook naar de houding tijdens het proces, waardoor men de langere duur van de hechtenis aan zichzelf te wijten heeft.

In eerst instantie wordt door de rechters gebruik gemaakt van de wettelijke handvatten die waren gegeven ter beoordeling of gronden van billijkheid aanwezig zijn, namelijk vroeger levensgedrag en de houding voorafgaand en tijdens de voorlopige hechtenis.[189] De NVvR geeft in haar onderzoek aan dat de houding en het optreden tijdens het voorarrest, zoals zwijgen en tegen-

189 Tot 1975 stonden deze twee omstandigheden expliciet in artikel 90 Sv opgenomen ter vaststelling van de billijkheidsgronden. Bij de herziening in 1975 van artikel 90 Sv verdween de verwijzing naar het vroegere levensgedrag en de houding voor en tijdens de voorlopige hechtenis omdat men uitdrukkelijke verwijzing overbodig achtte. De rechter bleef vrij deze en andere omstandigheden bij zijn beslissing over toekenning te betrekken en gebleken is dat de rechter dat ook doet.

strijdige verklaringen afleggen, reden zijn tot afwijzing van schadevergoeding. Ook Borsboom concludeert dat vooral onjuiste, onvolledige of tegenstrijdige verklaringen (in negatieve zin) doorslaggevend zijn bij de vraag of schadevergoeding billijk wordt geacht.

Maar ook recenter lijkt deze trend zich door te zetten. Uit diverse beslissingen komt naar voren dat betrokkenen als het ware 'afgestraft' worden in de zin dat billijkheidsgronden voor schadevergoeding ontbreken, indien zij geen aannemelijke verklaring afleggen voor hun verdachte positie of indien zij hun zwijgrecht geheel niet of niet eerder hebben doorbroken. Soms wordt echter gekozen voor een andere constructie; ondanks een – negatief beoordeelde – proceshouding zijn er wel gronden van billijkheid, maar de gekozen proceshouding kan dan aanleiding zijn tot reducering van het (inmiddels gebruikelijke forfaitaire) bedrag. *Zo beschouwd lijkt proceshouding vooral van belang voor de maatstaf van de (hoogte van) de vergoeding, en in mindere mate voor de grondslag voor vergoeding.* Hiermee lijkt te worden aangesloten bij de praktijk in civilibus, waar vanwege eigen risico een deel van de schade voor eigen rekening blijft (op de voet van art.6:101 BW, op basis waarvan causale verdeling plaatsvindt, zie hierover nader § 3.2.10).

Tot slot zijn er ook twee gerechtshoven die, onder invloed van EHRM rechtspraak, processuele schuld of negatieve proceshouding geen rol geven bij de beoordeling van een schade- of onkostenvergoedingsverzoek.

Bij de positieve beoordeling dat wel gronden van billijkheid bestaan komt naar voren dat gebruik wordt gemaakt van *aan de verzoeker gerelateerde overwegingen*, waarbij, maar dan ten gunste van de verzoeker, gebruik wordt gemaakt van dezelfde criteria zoals die hiervoor naar voren kwamen.

Ook bij toewijzing kan derhalve worden onderscheiden naar situaties waarbij geen twijfel bestaat over onschuld dan wel geen sprake (meer) is van (rest)verdenking. Ook kan worden vastgesteld dat de gewezen verdachte de (verlenging van de) toepassing van de dwangmiddelen niet aan zichzelf te wijten heeft, wat kan samenhangen met proceshouding. Veelal vertaalt zich dat tevens naar een hogere toekenning dan gebruikelijk (ook hier dus proceshouding gerelateerd aan omvang, niet aan grondslag).

Daarnaast kan het als billijk worden gezien schade te vergoeden op basis van overwegingen die compenseren naar aanleiding van verwijten naar de overheid (*Staatsgerelateerde overwegingen*): bijvoorbeeld de vrijheidsbeneming was disproportioneel toegepast of er waren gronden van billijkheid omdat verzoeker was vrijgesproken wegens het gebruik van onrechtmatig verkregen bewijsmateriaal. Het lijkt erop dat bij onrechtmatige aanhouding en inverzekeringstelling eerder billijkheidsgronden worden aangenomen, ook in verband met artikel 5 lid 5 EVRM dat daartoe lijkt te dwingen.

Tevens kunnen *procedurele overwegingen* gronden van billijkheid opleveren. Een voorbeeld is de situatie dat sprake is van beëindiging van de zaak zonder dat verzoeker de gelegenheid heeft gehad zich te verdedigen met betrekking

tot de feiten, derhalve in geval van niet ontvankelijkheid van het Openbaar Ministerie.

2.5 OMVANG SCHADEVERGOEDING

2.5.1 Inleiding

De gedachte achter de regeling van de artikelen 89-93 Sv is dat, nadat[190] is vastgesteld dat gronden van billijkheid bestaan om geleden schade te vergoeden, de uiteindelijke toekenning ook plaats dient te vinden naar de maatstaf van billijkheid. Interessant is welke aspecten bij het gebruik van de billijkheid als maatstaf van toekenning (anders dan de billijkheid als grondslag waarop de schadevergoeding plaatsvindt, zoals hiervoor besproken) naar voren komen. In H1 is beschreven dat in eerste instantie (1926) slechts sprake kon zijn van een tegemoetkoming van werkelijk geleden schade tengevolge van voorlopige hechtenis. Uit de parlementaire behandeling blijkt niet dat het de bedoeling was om steeds volledige schadevergoeding te geven, maar wel is door de aanpassing in 1975 van het begrip 'toekenning' naar het begrip 'schadevergoeding' beoogd dat de rechter een ruimere vergoeding kon geven.[191] Deze considerans is belangrijk. Vanaf 1975 kwam ook immateriële schade voor vergoeding in aanmerking.[192] Indien bij de toekenning onderscheid wordt gemaakt tussen materiële en immateriële kosten kan het billijk geacht worden de materiële schade wel te vergoeden en de immateriële niet (vergelijk in civilibus: materiële schade volledig vergoeden, immateriële naar billijkheid). Vanaf dit moment komt ook, en ook in relatie met het onderscheid tussen materiële/immateriële schade, de al dan niet expliciet genoemde causale verhouding tussen de vrijheidsbenemende dwangmiddelen en de geclaimde schade aan de orde (vergelijk in civilibus: het causaal verband tussen schade en gedraging wordt op basis van toerekening naar redelijkheid vastgesteld, zie hoofdstuk 3). Tot slot kan expliciet worden uitgesproken dat de schade niet voor volledige vergoeding in aanmerking komt, er kan dan sprake zijn van gronden om te matigen, en ook dat vindt plaats in het licht van de billijkheid. Deze aspecten zullen hierna kort worden belicht: ingaan wordt op rechtspraak ter zake van de vraag welke materiële/immateriële schadeposten voor vergoeding in aanmerking komen, waarbij een (al dan niet expliciet aan de orde gesteld) causaal verband dient te bestaan tussen het vrijheidsbenemende dwangmiddel en de schadeposten (§ 2.5.2), en vervolgens wordt nagegaan hoe de omvang

190 Theoretisch bestaat hier een volgorde in de beoordeling; eerst gronden van billijkheid, dan omvang bepalen. In de praktijk zal deze volgorde in de beslissing niet altijd even zichtbaar zijn of zelfs zal een dergelijke splitsing niet plaatsvinden.

191 Zie voor een uitvoerige bespreking van deze aanpassing hoofdstuk 1 in § 1.6.3.

192 Slechts voor de gewezen verdachte zelf, niet voor zijn erfgenamen.

van de te vergoeden schade wordt bepaald, welke maatstaf daarbij wordt gehanteerd, inclusief het gebruik van een standaard en de afwijkingen daarop (met gegroepeerde redenen) (§ 2.5.3). Een korte samenvatting sluit het geheel af (§ 2.5.4).

2.5.2 Materiële en immateriële schadeposten en hun (in)directe causale samenhang met de ondergane vrijheidsbeneming

2.5.2.1 Inleiding

Hiervoor (§ 2.3.3) is besproken dat door de wetgever is bepaald dat alleen schade tengevolge van (on)rechtmatige verzekering, klinische observatie, voorlopige hechtenis en vrijheidsbeneming in het buitenland in verband met een Nederlands verzoek tot uitlevering in aanmerking komt voor een vergoeding op basis van deze regeling. Deze causale relatie, welke ik heb gedefinieerd als materiële voorwaarde, is besproken bij het 'vestiging'-deel. Indien namelijk een vergoeding wordt verzocht voor schade tengevolge van een andere situatie/overheidsgedraging, valt dat buiten de reikwijdte van de regeling en wordt verzoeker in beginsel niet in zijn verzoek ontvangen. Overigens bleek dat de schadevergoedingsrechter soms de schade tengevolge van een andere situatie analoog onder de reikwijdte van de regeling bracht (§ 2.3.3.5).

Indien wel sprake is van een situatie die valt binnen de reikwijdte van de regeling, en verzoeker derhalve is ontvangen in zijn verzoek, dient vervolgens op basis van billijkheid een afweging gemaakt te worden in hoeverre de geclaimde schade voor vergoeding in aanmerking komt. Dat is de kwestie die hier, onder het 'omvang'-gedeelte, zal worden besproken. Bij de vraag of de geclaimde (materiële en immateriële) schadeposten wel voor vergoeding in aanmerking komen, zal (al dan niet expliciet) de causale relatie tussen het vrijheidsbenemende dwangmiddel en de geclaimde schade aan de orde worden gesteld. Het gaat dan om de vraag hoe ver die schade (indirect) verwijderd mag zijn van de voorlopige hechtenis om toch nog als causaal gevolg te worden beschouwd. Uiteindelijk is billijkheid ook hier de maatstaf om dat vast te stellen, al dan niet expliciet. In veel uitspraken stelt de schadevergoedingsrechter eerst vast of de schadepost te beschouwen is als schade tengevolge van vrijheidsbenemende dwangmiddelen en bepaalt hij vervolgens de hoogte van de vergoeding, al dan niet expliciet op grond van billijkheid.

Een bijzonder illustratief voorbeeld van een systematische behandeling van de vraag waarom schadeposten wel of niet in aanmerking komen voor vergoeding geeft de Rechtbank Den Bosch in een uitspraak waar uitvoerig

wordt ingegaan op de geclaimde schadeposten.[193] Eerst wordt vastgesteld welke schadeposten voor vergoeding in aanmerking komen en daarna tot welke hoogte. Een selectie uit deze beschikking: niet in aanmerking komen de volgende posten: de door anderen gemaakte reiskosten in verband met bezoek (Rechtbank: in wezen zijn dat leedverzachtende kosten, er wordt in ieder geval een schadevergoeding immateriële kosten toegekend en daaruit kan verzoeker evt. dergelijke kosten weer aan derden vergoeden), zakgeldbijdrage ouders ten tijde van detentie (Rechtbank: deze bijdragen zijn gedaan wegens het ontbreken van eigen inkomsten, naast de ook gevraagde vergoeding voor gederfde inkomsten komt deze post niet apart in aanmerking), verloren gegane garderobe en inboedel uit woning (Rechtbank: geen causaal verband tussen detentie en handelen destijdse partner waardoor deze zaken verloren zijn gegaan), vergoeding om schulden terug te betalen (Rechtbank: hiervoor is geen plaats naast vergoeding gederfde inkomsten en met deze in ieder geval toe te kennen vergoeding kunnen schulden worden afbetaald). Wel in aanmerking komen de posten: keuring televisietoestel (Rechtbank: deze kosten waren niet gemaakt als hij niet in detentie zat), gederfde inkomsten, rentederving wegens trage strafzaak en bronschade (vermogen om inkomsten te verwerven is verloren gegaan door detentie) (Rechtbank: ermee rekening houden dat verzoeker slechts inkomsten genoot uit RWW uitkering, kwestie of detentie arbeidsongeschiktheid heeft veroorzaakt is niet voldoende zeker, er zijn meer mensen zonder baan enz., en rentederving is niet te schatten: geheel ex aequo et bono geschat op ƒ 50.000,-), vergoeding voor te beginnen psychische behandeling (Rechtbank: begroot), immateriële schade (Rechtbank: per dag ƒ 300,-). Op zich is dit een vrij coulante maar realistische uitspraak; betrokkene krijgt in zoverre het voordeel van de twijfel bij de posten gederfde inkomsten en rentederving en bronschade.

Ten slotte kan hier nog vermeld worden dat voordat in 1975 ook immateriële schade (gederfde levensvreugde, smartengeld) voor vergoeding in aanmerking kwam, deze schadepost niet kon worden toegewezen.[194] Hieronder zal nu eerst nader worden ingegaan op enkele vaak geclaimde schadeposten en op de (al dan niet expliciete) vraag in hoeverre causaal verband dient te bestaan tussen deze schadeposten en de vrijheidsbeneming.

193 Rb. Den Bosch 1 juni 1989 (ongepubliceerd), (na terugverwijzing door Hof Den Bosch, nadat de Rb. eerder verzoeker niet ontvankelijk had verklaard in diens verzoek, Rb. Den Bosch 14 oktober 1988, hiervoor besproken in § 2.3.2.2.

194 Hof Den Bosch 7 november 1962, NJ 1962, 425, Rb. Arnhem 26 januari 1971, NJ 1972, 12.

2.5.2.2 Omzetverlies en gederfde inkomsten

De posten omzetverlies en gederfde inkomsten[195] komen vaak voor als schadepost: in de inleiding bij dit hoofdstuk is al aangehaald de uitspraak van Rechtbank Den Bosch uit 1989 waar betrokkene in zoverre het voordeel van de twijfel krijgt onder andere ten aanzien van de post gederfde inkomsten.[196] Maar ook veel eerder (1948) wordt al een vergoeding toegekend voor geclaimde inkomstenderving vanwege detentie.[197] Ook in 1961 wordt wel een vergoeding toegekend voor loonderving voor de periode dat verzoeker gehecht was en daarom niet kon werken. Overigens werd daar wel van afgetrokken de kosten voor het levensonderhoud die door de detentie bespaard waren, zie hierna bij vermindering van schadevergoeding).[198]

Discussie ontstaat wel over de periode waarin ook na beëindiging van de hechtenis (en de strafzaak) nog inkomstenverlies wordt geleden; hierin is geen eenduidige lijn te vinden. Als het verlies van inkomsten al gezien wordt als gevolg van de preventieve detentie, blijft dat soms beperkt tot de periode waarin betrokkene daadwerkelijk van zijn vrijheid was beroofd, soms wordt echter ook de periode daarna mee gecalculeerd. Enkele voorbeelden:

Hof Den Haag meent dat na een inverzekeringstelling en voorlopige hechtenis in 1985, en uiteindelijk vrijspraak in 1986, het omzetverlies in 1985 en 1986 aan de detentie zijn te wijten, en dat nadien schade ook aannemelijk is (gederfde inkomsten), maar hoogstens nog voor twee verdere jaren (verzoeker ging uit van 12 jaren daarna) en stelt vervolgens de vergoeding vast.[199]

Hier wordt derhalve aangenomen dat tot twee jaar na de voorlopige hechtenis de gederfde inkomsten als gevolg worden beschouwd van die hechtenis. In een andere zaak werd echter een andere termijn gehanteerd, waarbij de opvatting in een accountantsrapportage werd gevolgd: verzoeker was in verzekering gesteld en voorlopig gehecht gedurende zo'n 15 dagen in 1982. De Rechtbank Amsterdam baseert zich op een accountantsrapport en acht een vergoeding toewijsbaar voor de schade als gevolg van omzetdaling en te derven inkomsten vanaf 1983 (in het accountantsrapport genoemd: schade door omzetverlies, en in dat rapport werd aangenomen dat deze schade zich beperkt tot 4 jaar na het jaar waarin de feiten zich voordeden) en de schade voor tijdverzuim in 1982 en beschouwt deze schade dus impliciet als schade in de zin van de regeling van de artikelen 89-93 Sv en causaal gerelateerd aan de detentie. De verzochte vergoeding voor de kosten van rechtskundige

195 Borsboom wijdt specifiek aandacht aan de vraag of gebruik wordt gemaakt van concrete of abstracte schadeberekening; hij pleit voor concrete schadeberekening, zie J.P.M. Borsboom, 1983, p. 124 e.v.

196 Rb. Den Bosch 1 juni 1989, ongepubliceerd.

197 Hof Den Haag 29 oktober 1948, NJ 1949, 110.

198 Hof Den Bosch 7 november 1961, NJ 1962, 425.

199 Hof Den Haag 5 juni 1987, ongepubliceerd. Zie voor eerdere rechtspraak hierover, met name voor de periode voor 1975, J.P.M. Borsboom 1983, p. 58 e.v.

bijstand door de aan het kantoor van verzoeker verbonden jurist (op grond van 591a Sv) wordt echter afgewezen want deze worden geacht te zijn begrepen in het bedrag als schadevergoeding voor omzetverlies, waarbij de Rechtbank niet nalaat aan te geven te twijfelen of deze kosten werkelijk zijn gemaakt. De overige kosten voor rechtsbijstand worden aan de hand van declaraties vergoed. Tot slot stelt de Rechtbank een immateriële schadevergoeding vast voor de schade die verzoeker heeft geleden doordat hij van zijn vrijheid was beroofd, maar de immateriële schadevergoeding die gevraagd werd als gevolg van publicaties door het Openbaar Ministerie acht de Rechtbank geen schade als gevolg van de detentie en dus niet toewijsbaar.[200] Rechtbank Leeuwarden wijst een verzoek tot vergoeding van materiële schade in de vorm van inkomstenderving af, nu die inkomstenderving niet valt te bepalen.[201] De Rechtbank Rotterdam vergoedt op basis van loonspecificatie de inkomstenderving voor de periode dat betrokkene niet heeft kunnen werken in verband met zijn detentie, maar daarna ontstaan/toekomstig inkomensverlies wordt niet gezien als het gevolg van de ondergane verzekering of voorlopige hechtenis. Ook de overige verzochte posten (de kosten voor het kopen dan wel huren van een andere woning en het bekostigen van een verhuizing, de kosten voor misgelopen pensioen[202]) komen niet voor vergoeding in aanmerking omdat de Rechtbank deze in een te ver verwijderd verband vindt staan. Kosten van levensonderhoud worden op de toegekende vergoeding in mindering gebracht (staande praktijk, namelijk € 15, – per dag).[203] Tot slot dan weer een uitspraak van Hof Den Bosch, waar gekeken werd naar de duur van de periode waarover een gedaalde omzet zichtbaar was. Verzoeker was 31 januari tot 3 maart 2000 preventief gedetineerd. Het Hof zag, op grond van een accountantsoverzicht, dat in de maanden januari 2000 tot eind juni 2001 sprake was van een omzetdaling. Het Hof gaat niet in op de kwestie in hoeverre deze omzetdaling het gevolg is van de preventieve detentie, maar berekent over genoemde periode een gemiddeld omzetverlies, hetgeen wordt toegekend.[204]

2.5.2.3 Publiciteitsschade

In de hiervoor besproken uitspraak van de Rechtbank Amsterdam kwam al naar voren dat publicatieschade (i.c. immateriële schade) niet als gevolg van de voorlopige hechtenis wordt beschouwd, helaas zonder verdere onderbouwing.[205] Publiciteitsschade heeft in deze zin vaak de gemoederen bezig gehouden:

---

200 Rb. Amsterdam 13 maart 1989, NJ 89, 521.
201 Rb. Leeuwarden 1 maart 2006, NbSr 2006, 155.
202 Anders t.a.v. misgelopen pensioen: Hof Arnhem 12 oktober 2005, LJN AU4184 (Eric O.).
203 Rb. Rotterdam, 7 november 2006, LJN AZ4924 (Hofstadgroep/Nadir A.).
204 Hof Den Bosch 17 januari 2006, NbSr 2006, 91.
205 Rb. Amsterdam 13 maart 1989, NJ 89, 521.

Eerder had Hof Den Haag al overwogen dat weliswaar aannemelijk mocht zijn dat verzoeker tengevolge van de strafzaak, althans tengevolge van de daaraan gegeven *ruchtbaarheid*, vermogensschade had geleden, maar dat niet aannemelijk was geworden dat die schade minder zou zijn geweest indien de inverzekeringstelling achterwege was gebleven. I.c. lijkt het Hof hier een conditio sine qua non formulering toe te passen bij de beslissing over de omvang van de schade (i.c. vermogensschade).[206] In diezelfde lijn oordeelde Hof Amsterdam: niet aannemelijk is geworden dat de geclaimde schade het gevolg is van de inverzekeringstelling of van rond zijn inverzekeringstelling door of namens het Openbaar Ministerie onnodig veroorzaakte publiciteit. Daarbij neemt het Hof in aanmerking dat een aantal vennootschappen waarbij verzoeker was betrokken al voor de inverzekeringsperiode failliet waren verklaard en dat voor de inverzekeringstelling al zoveel negatieve perspublicaties waren verschenen met betrekking tot genoemde vennootschappen en gewezen verdachte, dat onaannemelijk is dat de publiciteit rond de inverzekeringstelling de gestelde schade heeft veroorzaakt.[207]

Op dezelfde lijn maar vanuit iets andere optiek, namelijk door te overwegen dat schade tengevolge van publiciteit rond de strafzaak niet wordt beschouwd als specifiek samenhangend met het feit dat in die strafzaak voorlopige hechtenis was toegepast (terwijl de schadevergoedingsregeling slechts ziet op schade tengevolge van voorlopige hechtenis) redeneert Hof Den Bosch. Hier wordt een bedrag toegekend van *f* 200,- per dag voor de door verzoeker geleden directe schade ten gevolge van de periode doorgebracht in verzekering, maar de overige materiële/immateriële schade komt niet voor toewijzing in aanmerking want deze schade -die is geleden ten gevolge van de jegens verzoeker ingestelde strafvervolging en de daaruit voor verzoeker, al dan niet in zijn hoedanigheid van wethouder, voortgevloeide negatieve publiciteit, staat in een te ver verwijderd verband van het toegepaste dwangmiddel van 2 dagen inverzekeringstelling. Of en tot welke hoogte deze schadeposten voor vergoeding in aanmerking komen kan slechts via civielrechtelijke weg komen vast te staan, aldus Hof Den Bosch.[208]

Ook de Rechtbank Breda achtte de geclaimde bedrijfsschade (daling omzet) geen schade die in aanmerking kwam voor vergoeding op basis van de regeling van de artikelen 89-93 Sv, want '*…als er al schade zou zijn ontstaan bij verzoeker, (dan is) die schade dan toch het directe gevolg (…) van de jegens verzoeker ingestelde strafvervolging en de daaruit voor verzoeker voortgevloeide negatieve publiciteit. Die schade staat echter in een te ver verwijderd verband van de in casus door verdachte in voorlopige hechtenis doorgebrachte tijd om voor vergoeding (…) in aanmerking te komen*'.[209]

206 Hof Den Haag 14 juni 1982, ongepubliceerd.
207 Hof Amsterdam 10 juni1985, NJ 1985, 825.
208 Hof Den Bosch 29 mei 1996, NJ 96, 590.
209 Rb. Breda 4 juli 1997, ongepubliceerd.

Anders ten aanzien van dergelijke publiciteitsschade redeneerde echter Rechtbank Zwolle, want die achtte gronden van billijkheid aanwezig om ook immateriële schade te vergoeden waarbij in het bijzonder was afgewogen de tegenover de betrekkelijke korte duur van de detentie staande, voor verzoeker nadelige publiciteit betreffende detentie, ook al werd zijn onschuld later in de pers gemeld.[210] Ook de Rechtbank Maastricht zat op die lijn: hier werd een vergoeding immateriële schade toegekend die erg uitstak boven een forfaitaire dagvergoeding, namelijk *ƒ* 50.000,- voor drie dagen hechtenis (zie ook bij bespreking omvang). Verzoeker had gesteld door zijn aanhouding en inverzekeringstelling, waaraan in de pers veel publiciteit is gegeven, gelet op zijn werkzaamheden, in zijn eer en goede naam te zijn aangetast en hij ondervond daaraan veel nadeel. De Rechtbank kende toe, vanwege de tegenover de betrekkelijk korte duur van de detentie staande, voor verzoeker nadelige publiciteit. Hier werd derhalve wel een direct verband aangenomen tussen de publiciteit en de hechtenis (in tegenstelling tot de hiervoor beschreven opvatting dat men de publiciteit toch vooral achtte te zijn ontstaan tengevolge van de strafzaak zelf).[211] Vergelijkbaar is de beslissing van Hof Amsterdam, waarbij na inverzekeringstelling, waarop een kennisgeving van verdere vervolging volgde, op verzoek van verdachten de zaak alsnog eindigde door een beschikking van het Hof waarbij verdachten buiten vervolging werden gesteld. Verzoekers vroegen schadevergoeding voor de inverzekeringstelling en een vergoeding van immateriële schade wegens aantasting van hun goede naam. Het Hof was vrij stellig over het ontbreken van enig bewijs in deze zaak (zie § 2.4.4). In verband met het justitieel optreden was te verwachten dat als voorzienbaar gevolg van de inverzekeringstelling hun bedrijf in opspraak zou komen door publicaties in de landelijke pers, aldus het Hof, dat vervolgens op deze gronden concludeerde dat een vergoeding moest worden toegekend aan verzoekers voor de schade tengevolge van de inverzekeringstelling. Verzoekers claimden als materiële schade: vermogensschade in verband met waardevermindering van de aandelen van hun bedrijf, inkomensschade, aantasting van de goodwill, en vervolgschade. Het Hof achtte niet aannemelijk dat genoemde posten het gevolg waren van de detentie, aangezien daarvoor hun bedrijf al in opspraak was geraakt door landelijke publicaties hetgeen wellicht van invloed was geweest op omzetdaling en daarmee op het inkomen van verzoekers en op de aandelen van hun bedrijf. Gezien de confrontatie met nog meer negatieve publicaties naar aanleiding van hun aanhoudingen waarna zij om de schade te beperken een deel van hun aandelen hadden verkocht voor wellicht een lagere prijs dan zij hadden kunnen bedingen bij een vrije verkoop, was aannemelijk dat zij (ook) schade hadden geleden tengevolge van de inverzekeringstelling. Deze schade werd vervolgens geschat omdat niet duidelijk was welk deel door wat veroorzaakt was. Hier werd dus

210 Rb. Zwolle 9 februari 1976, NJ 1976, 363.
211 Rb. Maastricht 9 november 1988, ongepubliceerd.

wel een causale link tussen de schade tengevolge van publiciteit (indirect) en de voorlopige hechtenis aangenomen.[212]

2.5.2.4 Overige schadeposten

Er zijn ook over andere schadeposten nog uitspraken te vinden. Ter illustratie een kleine selectie. Zo betwist Rechtbank Dordrecht dat de geleden immateriële schade vooral gegrond is op een gevoel van vernedering dat de detentie met zich meebracht. Naar het oordeel van de Rechtbank ligt dit gevoel meer in het feit dat door betrokkene's handelen diens broer het leven heeft gelaten, terwijl betrokkene zulk handelen niet van zichzelf had verwacht (i.c. was sprake geweest van aanname van de schulduitsluitingsgrond noodweerexces).[213] Mijns inziens concludeert de Rechtbank hier normatief dat de immateriële schade is ontstaan door een andere oorzaak dan de detentie en wijst daarop het verzoek tot vergoeding van de immateriële schade af (overigens wordt de materiële schade volledig vergoed). De Rechtbank te Middelburg geeft zowel een dagvergoeding voor per dag ondergane hechtenis maar daarnaast (ook nog, zie § 2.5.3.5) een immateriële schadevergoeding aangezien voldoende aannemelijk was geworden dat de gevolgen van de hechtenis ernstig en ingrijpend zijn geweest en ook voortduren na de hechtenis, '*…terwijl deze gevolgen als schade tengevolge van het ondergane voorarrest moeten worden aangemerkt, zoals: de door de detentie doorkruiste toekomstplannen van verzoeker en de (mede) tengevolge van de detentie verbroken relatie met zijn vriendin*'.[214] Rechtbank Utrecht tot slot stelt dat gemaakte kosten voor consultering van een traumatherapeut (verzoeker was extra stevig aan de tand gevoeld) geacht worden rechtstreeks verband te houden met de ondergane vrijheidsbeneming en dienovereenkomstig op de voet van de regeling van de artikelen 89-93 Sv in aanmerking komen voor vergoeding.[215]

2.5.3 Aspecten bij de bepaling van de hoogte van de vergoeding

2.5.3.1 Inleiding

Bij onderhavige regeling wordt niet alleen de vraag *of* sprake moet zijn van een vergoeding, maar ook de *hoogte* van de toe te kennen vergoeding (voor materiële en immateriële schade) vastgesteld op grond van billijkheid. Zowel de toe te kennen vergoeding voor materiële als immateriële schade wordt daarbij vastgesteld op grond van billijkheid, waarbij de regeling geen onder-

212 Hof Amsterdam 25 februari 1988 (ongepubliceerd, al eerder hiervoor besproken in § 2.4.4).
213 Rb. Dordrecht 8 oktober 1975, NJ 1976, 476.
214 Rb. Middelburg 11 maart 1997, NJ 1997, 352.
215 Rb. Utrecht, 21 december 2006, LJN AZ5018 en idem, 5013.

scheid maakt in toekenningregime tussen materiële en immateriële schade. Hoewel na de wetswijziging in 1975 het begrip 'toekenning' werd gewijzigd in 'schadevergoeding', om aan te geven dat ook een volledige vergoeding mogelijk was (zie § 1.6.2), blijkt uit rechtspraak dat niet zomaar sprake is van een volledige schadevergoeding. Soms expliciet omdat de rechter meent dat deze regeling niet strekt tot volledige vergoeding (aangezien men dat acht voorbehouden aan de civiele rechter).[216] Meestal wordt volledige vergoeding echter niet billijk geacht vanwege omstandigheden van het geval afhankelijk, hoewel helaas niet altijd onderbouwd.[217]

De wetsaanpassing in 1975 was overigens het gevolg van het feit dat inmiddels (cijfermatig overzicht) was gebleken dat de praktijk overeenkwam met het uitgangspunt dat geen sprake was van toepassing van de regeling op ruime schaal.

De wetgever heeft tot slot aangereikt dat bij de bepaling van de hoogte van de vergoeding ook rekening wordt gehouden met de levensomstandigheden van verzoeker (90 lid 2 Sv). Een enkele keer komt wel een verwijzing voor die ziet op levensomstandigheden, maar niet expliciet: zo wordt een enkele keer rekening gehouden met feit dat verzoeker is getrouwd en in gezinsverband leeft.[218] Wel kunnen persoonlijke omstandigheden aanleiding geven tot een hogere vergoeding dan op basis van de standaardmaatstaf.

In het hiernavolgende zal worden ingegaan op criteria die in de rechtspraak naar voren kwamen als zijnde van invloed op de bepaling van de hoogte van toe te kennen schadevergoeding, maar eerst iets over het onderscheid tussen materiële en immateriële schade en hoe de strafrechtelijke schadevergoedingsrechter daar mee omgaat.

2.5.3.2 Onderscheid bij toekenning materiële/immateriële schadevergoeding

Bij de schadevergoedingsregeling wordt geen onderscheid gemaakt in toekenningregime tussen materiële en immateriële schade. Vergelijk hiermee de schadevergoeding die in civilibus wordt toegekend; na vaststelling dat sprake is van onrechtmatige daad wordt op basis van toerekening naar redelijkheid (causaal verband) de materiële schade steeds volledig toegekend en de immateriële schade wordt naar billijkheid toegekend (zie § 3.2.10), tenzij grond bestaat voor matiging (artikel 6: 109 BW) of gedeeltelijke schadevergoeding wegens eigen schuld (in de zin van een toerekenbare omstandigheid, artikel 6: 101 BW). Deze (civiele) lijn lijkt ook in rechtspraak op de voet van de regeling van

216 Bijv. Rb. Amsterdam, schadevergoedingsbeslissing naar aanleiding van Eurotop inverzekeringstellingen o.g.v. art. 140 Sr, 31 juli 1998, gedeeltelijk gepubliceerd in NbSr 1998, 136.

217 Bijv. Rb Leeuwarden 21 maart 2007, LJN BA4884, waar er – ten onrechte – van wordt uitgegaan dat de wetgever met de regeling niet tot volledige schadeloosstelling beoogde te komen, maar slechts tot een tegemoetkoming.

218 Hof Den Bosch 7 november 1961, NJ 1962, 425.

de artikelen 89-93 Sv wel gevolgd te worden. Daarbij wordt een deskundigenrapport veelal gevolgd.[219] Soms ook worden niet alle gestelde materiële kosten vergoed maar de helft of een deel ervan.[220] Veelal wordt de materiële schade ook ex aequo et bono vergoed.[221] Borsboom constateerde al dat de rechter niet snel geneigd is materiële schadeposten te honoreren[222] en dat het aantonen met bescheiden niet altijd tot toekenning leidt.[223] Hiermee wijkt de 89 Sv schadevergoedingsrechter dus af van de civiele schadevergoedingsrechter.

Vooruitlopend op de volgende paragraaf blijkt dat diverse technieken worden gebruikt om met de schadeposten om te gaan. Indien de gevorderde materiële en immateriële schade (deels) wordt toegekend, betekent dit soms dat geen ruimte meer is voor (ook) de forfaitaire dagvergoeding.[224]

2.5.3.3 *Forfaitaire dagvergoeding voor immateriële schade tengevolge van vrijheidsbeneming*[225]

De immateriële schade wordt in het algemeen vastgesteld op basis van een standaard maatstaf.[226] Ten behoeve van eenheid in de rechtspraktijk werd in 1990 middels een publicatie in Trema een richting daaraan gegeven.[227] Als uitgangspunt werd genomen *f* 100,- per dag (niet per nacht) en werd een hoger bedrag van *f* 150,- per dag op zijn plaats geacht indien sprake is van voorlopige hechtenis in een politiebureau, voorlopige hechtenis met alle beperkingen of voorlopige hechtenis in het buitenland. Niet veel later adviseerde de Werkgroep NVvR 1994:[228] *f* 150,- à *f* 200,- per dag in bijzondere geval-

219 Zie Rb. Amsterdam 13 maart 1989, NJ 1989, 521: de Rechtbank gaat uit van bevindingen en conclusies van het accountantsrapport, zodat zij toewijsbaar acht enz.

220 Rb. Dordrecht 8 oktober 1975, NJ 1976, 476: er is sprake van noodweerexces. De materiële schade wordt, niet verder onderbouwd, voor de helft vergoed, de immateriële schade komt niet voor vergoeding in aanmerking (dit laatste lijkt i.c. samen te hangen met het ontbreken van causaal verband tussen het ervaren leed en de detentie, zie hiervoor bespreking in § 2.5.2).

221 Onder andere Rb. Den Bosch 1 juni 1989, ongepubliceerd, uitvoerig besproken hiervoor onder 2.5.2. Borsboom betreurt de toekenning ex aequo et bono voor wat betreft materiële schadeposten, J.P.M. Borsboom 1983, p. 115.

222 Een voorbeeld waar de rechter de gevraagde inkomensschade wel geheel vergoedt is bijv. Hof Leeuwarden 21 april 2004, NbSr 2005, 378.

223 J.P.M. Borsboom 1983, p. 114/115.

224 Rb. Haarlem, 31 maart 2005, LJN AT3074.

225 De bedragen gehanteerd voor invoering van de euro (januari 2002) zijn nog weergegeven in guldens (*f*); dit is eenvoudig om te rekenen: minus 10% en vervolgens delen door 2. Dus *f* 100,- is omgerekend 45,- euro.

226 Eerst werd aansluiting gezocht bij de maatstaf waarnaar bij gebreke van betaling van een boete de vervangende hechtenis werd bepaald (artikel 24, tweede lid Sr). Dat was eerst *f* 25,- per dag en rond de jaren '80 was dat *f* 50,- per dag, aldus J.P.M. Borsboom 1983, p. 109 (periode 1975-1983).

227 Trema 1990, p. 267.

228 Commissie Cremers (NVvR) 1994, zie daarover § 2.2.1.

len. Bij veel uitspraken wordt dicht bij deze richtbedragen gebleven. Sommige Rechtbanken noemen het een gebruikelijke forfaitaire dagvergoeding, waarbij wordt onderscheiden tussen verblijf in een politiecel of in een huis van bewaring en waarbij apart iets wordt bijgerekend indien daarbij beperkingen bestonden. Toch is het gebruik van de maatstaf niet overal hetzelfde. Wel is een toename in de hoogte van het standaardbedrag waar te nemen. Vanaf 1998 wordt door sommigen rechters al een dagvergoeding van *f* 200,- gehanteerd voor het verblijf in een politiecel. In 2001 gaat de Rechtbank Amsterdam bijvoorbeeld (zie hieronder voor vindplaats) uit van standaardvergoedingen van *f* 200,- per dag bij het verblijf in een politiecel en *f* 150,- per dag voor het verblijf in een huis van bewaring.[229]

Inmiddels wordt op basis van de door het Landelijk Overleg van Voorzitters van Strafsectoren van Rechtbanken en gerechtshoven (LOVS) vastgestelde normbedragen uitgegaan van € 95,- per dag bij het verblijf in een politiecel en in het geval van beperking en € 70,- per dag voor het verblijf in een huis van bewaring.[230] Per 1 september 2008 zullen de normbedragen omhoog gaan naar € 105,- (i.p.v. € 95,-) en naar € 80,- (i.p.v. € 70,-), mede vanwege inflatiecorrectie.[231]

2.5.3.4 Gronden voor afwijking (naar boven) van de forfaitaire dagvergoeding bij vergoeding van immateriële schade[232]

Er kunnen in de rechtspraktijk vele redenen zijn om af te wijken van een standaard dagvergoeding voor het aantal dagen dat iemand van zijn vrijheid is beroofd. Na een bestudering van uitspraken kwamen enkele argumenten meerdere keren naar voren; die zijn hieronder gegroepeerd weergegeven met steeds enkele voorbeelden. Overigens blijkt dat soms de regeling van de artikelen 89-93 Sv onterecht als grondslag voor vergoeding wordt benut (aangezien niet aan de voorwaarden is voldaan).

---

229 Rb. Amsterdam 9 maart 2001, NbSr 2001, 108.

230 Het LOVS stelde de omrekening van de normbedragen naar euro's vast op 22 oktober 2002, en deed een aanpassing op 4 april 2008 (Raad voor de rechtspraak). Enkele vindplaatsen waar wordt ingegaan op bovengenoemde standaardbedragen: Rb. Rotterdam 21 januari 1977, NJ 1977, 493; Rb. Haarlem 30 oktober 1996, NJ 1997, 114; Rb. Amsterdam 7 januari 2000, NbSr 2000 112; Rb. Middelburg 20 november 2001, NJ 2002, 21; Rechtbank Rotterdam, 7 november 2006, LJN AZ4948 (Hofstadgroep, geen reden tot afwijking); Rechtbank Rotterdam, 7 november 2006, LJN AZ4955 (Hofstadgroep, wel reden tot afwijking, daarna overigens weer vermindering bedrag!). Inmiddels maakt de Rechtbank Amsterdam gebruik van een procedure gericht op de versnelde afdoening van standaard verzoeken 89 Sv en 591a Sv; standaard betekent in dit geval uitgaande van een forfaitaire dagvergoeding waarbij verwacht kan worden dat het Openbaar Ministerie geen bezwaar zal maken tegen toewijzing (zie www.rechtspraak.nl).

231 Bericht van 23 juni 2008 op www.rechtspraak.nl

232 Zie hierna § 2.5.3.6. voor redenen om naar beneden toe af te wijken.

1) Onrechtmatigheid[233]/disproportionaliteit van de detentie

Onrechtmatigheid van de vrijheidsbeneming, of disproportionaliteit, is veelal reden tot toekenning van een hogere-dan-standaard vergoeding voor de immateriële schade op de voet van artikel 90 Sv. Zo kende de Rechtbank Amsterdam een forse vergoeding toe naar aanleiding van inverzekeringstellingen ten tijde van de Eurotop op grond van de volgende argumenten: de vaststelling (door de Rechtbank) dat aanhouding en inverzekeringstelling van verzoeker van de aanvang af onrechtmatig zijn geweest, rechtvaardigt een vergoeding die het normbedrag van ƒ 200,- per dag in een politiecel te boven gaat. Er zijn door het Openbaar Ministerie geen redenen aangevoerd die het billijk maken dat verzoeker de schade geheel of gedeeltelijk zelf moet dragen en die redenen zijn ook niet gebleken. De Rechtbank weegt daarbij mee de feiten die uit het dossier bleken (zeer slechte omstandigheden aanhouding, onder andere plastic handboeien, slechte sanitaire noodvoorzieningen, mogelijkheid ontnomen om vreedzaam te demonstreren…) en deze omstandigheden golden allen die zijn aangehouden. De Rechtbank meent dat de omstandigheid dat niet met zekerheid is na te gaan wie daaronder het meest te lijden heeft gehad, niet een omstandigheid is die voor rekening van verzoeker hoort te komen. De slechte omstandigheden van de aanhouding en de ophouding voor verhoor worden wel meegewogen in de hoogte van de vergoeding (want de periode van aanhouding en ophouding voor verhoor biedt zelf geen mogelijkheid tot vergoeding op voet 89-93 Sv). De Rechtbank kent ƒ 2.500,- toe voor de aanhouding en inverzekeringstelling van 15 juni tot 18 juni 1997.[234] Het Hof Amsterdam merkte in deze kwestie (Eurotop) overigens nog op dat er geen redelijke grond was voor de verdenking dat de aangehouden personen zich schuldig maakten aan artikel 140 Sr en dat was op zichzelf al een reden om een hogere vergoeding toe te kennen dan de gebruikelijke (maar wel mocht de Rechtbank van een voor ieder aangehoudene gunstige standaardisering uitgaan aangezien de schade, ook tengevolge van de beperkingen, achteraf niet individualiseerbaar was).[235] Ook Hof Den Bosch ging ervan uit dat bij onrechtmatige hechtenis (als gevolg van omissie van het Openbaar Ministerie was verzoeker na afloop van de opgelegde gevangenisstraf niet in vrijheid gesteld) een vergoeding van ƒ 250,- per dag billijk is. Hier wordt de regeling van de artikelen 89-93 Sv overigens onterecht gebruikt als grondslag voor vergoeding na onrechtmatige detentie, aangezien niet lijkt voldaan aan de voorwaarde van artikel 89 lid 1 Sv.[236] Ook werd hier eveneens de regeling van de artikelen 89-93 Sv onterecht benut voor de periode dat verzoeker in

233 Al dan niet in de strikt civielrechtelijke betekenis.

234 Rb. Amsterdam 31 juli 1998, gedeeltelijk gepubliceerd in NbSr 1998, 136. Dit werd geaccordeerd door Hof Amsterdam 21 juni 1999, NbSr 1999, 172.

235 Hof Amsterdam 21 juni 1999, NbSr 1999, 172.

236 De uitspraak 'hoort daarom thuis' in 2.3.3.5 sub 2; hier gaat het slechts om de hoogte van de vergoeding.

hechtenis zat terwijl het oorspronkelijk appèl van het Openbaar Ministerie was ingetrokken nadat de termijn voor voorwaardelijke invrijheidsstelling na veroordeling al was verstreken, en voor die periode achtte het Hof een vergoeding van *ƒ* 150,- per dag billijk.[237] Chronologisch eerder in de tijd wordt ook al afgeweken van standaardbedragen, niet expliciet vanwege onrechtmatige toepassing, maar impliciet vanwege onterechte, want disproportionele vrijheidsbeneming: Hof Amsterdam meent dat van causaliteit tussen verzochte schade en inverzekeringstelling niet is gebleken, maar wel neemt het Hof, bij het bepalen van het bedrag van vergoeding, in aanmerking dat de ingrijpende maatregel van inverzekeringstelling onnodig is toegepast (want in redelijkheid was inverzekeringstelling niet nodig in het belang van de opsporing, onder andere omdat verdachte niet eerder met strafrechter in aanmerking was gekomen en er geen grond bestond aan te nemen dat hij niet de vereiste medewerking zou verlenen), en kent daarom *ƒ* 500,- per dag toe (voor totaal vijf dagen).[238] Een specialis: een minderjarige had maximaal zes dagen in politiecel mogen verblijven en had daarna naar het Huis van bewaring dienen te worden overgebracht, wat niet was gebeurd. Toegekend werd *ƒ* 200, – per dag voor de eerste zes dagen in de politiecel (conform gebruikelijke vergoeding) en voor de dagen daarna in de politiecel kreeg verzoeker *ƒ* 250,- per dag.[239] Ten slotte: Rechtbank Haarlem kent verzoekster een hogere dagvergoeding toe vanwege de ondergane vernederende bejegening voorafgaande aan de bodyscan.[240]

2) Gebleken onschuld

Ook overwegingen die gerelateerd zijn aan (gebleken) onschuld van de betrokkene kunnen leiden tot een hogere toekenning van schadevergoeding. Zo wijkt in 1977 de Rechtbank Rotterdam expliciet af van de blijkbaar door haar gehanteerde maatstaf van *ƒ* 25,- per dag maar slechts indien de onschuld min of meer aannemelijk is geworden, hetgeen niet zo was (i.c. was sprake van vrijspraak). Toch wordt de maatstaf enigermate naar boven afgerond, wegens de ondergane beperkingen (*ƒ* 5.000,- voor detentie van 16 maart-31 augustus 1976, hetgeen ongeveer uit zal komen op een paar gulden meer per dag dan die *ƒ* 25,-).[241] Hof Den Haag acht *ƒ* 500,- per dag billijk aangezien verzoeker was vrijgesproken terwijl daarna het Medisch Tuchtcollege oordeelde dat verzoeker geen onjuist handelen te verwijten viel.[242] Hier leidt gebleken onschuld dus tot toekenning van een hogere-dan-standaard-vergoeding. In een civiele zaak uit 1998 blijkt dat aan twee gewezen verdachten op de voet van

237 Hof Den Bosch 27 juni 1997, NJ 1997, 603.
238 Hof Amsterdam 10 juni 1985, NJ 85, 825.
239 Rb. Amsterdam 7 januari 2000, NbSr 2000, 112.
240 Rechtbank Haarlem, 4 april 2005, LJN AU3174. Vergelijkbaar: Rechtbank Haarlem, 10 augustus 2005, LJN AU3167.
241 Rb. Rotterdam 21 januari 1977, NJ 1977, 493.
242 Hof Den Haag 18 oktober1988, ongepubliceerd.

89-93 Sv elk ƒ 500.000,- was toegekend voor vijf dagen hechtenis! Deze zaak eindigde met een buitenvervolgingstelling wegens onvoldoende aanwijzing van schuld (artikel 250 lid 4 Sv).[243] Ten slotte nog een uitspraak van de Rechtbank Amsterdam. Bij deze uitspraak wordt uitgegaan van de onschuldpresumptie, omdat verzoeker niet in de gelegenheid is geweest zijn verdediging op de feiten te voeren. In de aangevoerde omstandigheden ziet de Rechtbank aanleiding om een hogere immateriële schadevergoeding toe te kennen. Aannemelijk is dat door het voortduren van de detentie de zaak meer negatieve publiciteit heeft gekregen dan op grond van de verdenking alleen te verwachten was, daarom wordt extra ƒ 50,- per dag toegekend voor de laatste 32 dagen en voor de dagen op het politiebureau ƒ 250,- per dag, voor de dagen in het Huis van Bewaring in beperking ƒ 250,- per dag en voor de dagen in het Huis van Bewaring ƒ 200,- per dag.[244]

3) Proceshouding

Proactief meewerken om eigen onschuld aan te tonen werd expliciet beloond door Rechtbank Haarlem. De Rechtbank meende dat het feit dat verzoeker zelf – eventueel op eigen kosten – om een bodyscan vroeg om zijn onschuld aan te tonen, en dat verzoek werd geweigerd zodat hij onnodig lang gedetineerd bleef, een vergoeding van tweemaal de standaardvergoeding rechtvaardigde.[245]

4) Publicitaire meerschade

Ook publiciteit kan schade veroorzaken. Blijkbaar is ook dit een reden om af te wijken van de standaardvergoedingen voor immateriële schade tengevolge van vrijheidsbeneming, namelijk in geval sprake lijkt te zijn van voor de betrokkene gebleken extra groot nadeel. Overigens bleek hiervoor (§ 2.5.2.3) dat publiciteitsschade niet altijd wordt beschouwd als voldoende samenhangend met de vrijheidsbeneming: in dat geval valt een dergelijke schadepost buiten de reikwijdte van de regeling. In 1976 wordt overwogen dat aan de detentie van verzoeker veel publiciteit is gegeven in de plaatselijke pers, waarvan verzoeker en zijn vrouw en kinderen veel nadeel hebben ondervonden en ondervinden (verzoeker op zijn werk als pompbediende) Derhalve wordt toegekend ƒ 15.500,- schadevergoeding voor immateriële schade (verzoeker had 10 dagen in detentie gezeten) en daarbij overwoog de Rechtbank in het bijzonder *'de tegenover de betrekkelijk korte duur van de detentie staande, voor verzoeker nadelige publiciteit betreffende detentie, ook al is zijn onschuld later in de pers gemeld'*.[246] Opvallend is hier nog dat de indirect causale samenhang

243 Na deze toekenning claimden zij ook nog schade in civilibus, hetgeen leidde tot de uitspraak van de HR 12 juni 1998, NJ 1999, 99 (zie voor uitvoerige bespreking hierna in § 3.3.3.4).
244 Rb. Amsterdam 23 december 1999, NbSr 2000, 62.
245 Rb. Haarlem 5 juni 2003, LJN AH9741.
246 Rb. Zwolle 9 februari 1976, NJ 1976, 363.

(schade tengevolge van de publiciteit tengevolge van de detentie) hier niet als belemmering wordt gezien (zie daarover bespreking sub causale samenhang 2.5.2.3). Rechtbank Maastricht hanteerde een zelfde redenering: verzoeker vroeg ƒ 50.000,- voor 3 dagen en dat kende de Rechtbank vervolgens toe, waarbij werd afgewogen de tegenover de betrekkelijk korte duur van de detentie staande, voor verzoeker nadelige publiciteit.[247] Anders in dit verband reageert echter Hof Den Bosch. Verzocht werd een vergoeding van ƒ 150,- per dag, en daarbij ƒ 300.000,- vanwege immateriële schade en ƒ 441.532,- vanwege materiële schade. Het Hof vindt ƒ 200,- per dag ter zake van de door verzoeker geleden directe schade ten gevolge van de periode doorgebracht in verzekering billijk maar stelt dat vergoeding van de overige schade te ver causaal is verwijderd van het vrijheidsbenemende dwangmiddel, aangezien die schade hoofdzakelijk het gevolg is van negatieve publiciteit.[248] Hier wordt dus gemeend dat de schade tengevolge van publiciteit buiten de reikwijdte van de regeling valt. In dit verband is nog relevant te noemen dat enkele van de gewezen verdachten van de Hofstadgroep een hogere dagtoekenning kregen dan de gebruikelijke forfaitaire, omdat de Rechtbank het aannemelijk achtte dat het ondergaan van verzekering en voorlopige hechtenis zwaarder weegt voor een verdachte van een ernstig misdrijf dat landelijke bekendheid geniet.[249] Vergelijkbaar (vanuit de optiek van landelijke bekendheid) is de zaak tegen Eric O. Het Hof kent een extra hoge vergoeding toe omdat verzoeker voor de ogen van zijn collega's in Irak was aangehouden, er sprake was van een – onhoudbaar gebleken – zware kwalificatie van de feiten op basis waarvan hij in verzekering werd gesteld en – kort gezegd – de weinig terughoudende opstelling in de media. Hij ontving € 10.000,- (Eric O. was in verzekering gesteld van 1 t/m 6 januari 2004).[250] Tot slot kent ook Hof Arnhem vanuit die optiek een hogere dagvergoeding toe in de zaak SE Fireworks.[251]

5) Extra psychische druk/kleine leefomgeving

Een extra groot nadeel als reden voor een hogere vergoeding kan ook zijn gelegen in het feit dat de betrokkene extra geleden heeft, al dan niet omdat betrokkene in een kleine leefomgeving woont of werkt. Zo oordeelde de Rechtbank Amsterdam op 4 februari 2000.[252] In deze zaak wordt ƒ 500,- per dag voor de secretaresse van de hoofdverdachte in de Clickfondszaak toegekend vanwege een zwaardere 'detentie-ervaring' dan gemiddeld. In dit verband kan ook iemands hoedanigheid en de – al dan niet – daarmee samenhangende zwaardere psychische ervaring een reden zijn tot een hogere vergoeding.

247 Rb. Maastricht 9 november 1988, ongepubliceerd, ook besproken sub § 2.5.2.3.
248 Hof Den Bosch 29 mei 1996, NJ 96, 590 (ook besproken hiervoor sub § 2.5.2.3).
249 Rb. Rotterdam, 7 november 2006, LJN AZ4955 en idem AZ4924 en idem AZ4908 en idem AZ4896 en idem AZ4952.
250 Hof Arnhem12 oktober 2005, LJN AU4184.
251 Hof Arnhem 3 mei 2004, LJN AO8767 (klusjesman SE Fireworks).
252 Rb. Amsterdam 4 februari 2000, NbSr 2000, 79.

Door het Hof 's-Gravenhage wordt *f* 500,- per dag voorarrest toegekend wegens hoedanigheid van de verzoeker, namelijk een politieambtenaar met een 25-jarige staat van dienst.[253] In dit verband is nog vermeldenswaardig de uitspraak van de Rechtbank Utrecht die in twee zaken een hogere dagvergoeding toekende omdat verzoeker *'extra stevig aan de tand is gevoeld'* ter zake van verdenking van een zeer ernstig delict jegens een familielid.[254] In dit verband kan ook iemands hoedanigheid en de – al dan niet – daarmee samenhangende zwaardere psychische ervaring een reden zijn tot een hogere vergoeding. Door het Hof 's-Gravenhage wordt *f* 500,- per dag voorarrest toegekend wegens hoedanigheid van de verzoeker, namelijk een politieambtenaar met een 25-jarige staat van dienst.[255] Extra psychische druk kan ook het gevolg zijn omdat betrokkene in een kleine leefomgeving woont/werkt, wat een hogere vergoeding kan rechtvaardigen. Rechtbank Den Bosch hield hiermee rekening. Betrokkene krijgt voor 4 dagen hechtenis: *f* 5.000,- materiële schade en *f* 5.000,- immateriële schadevergoeding, waarbij met de vaststelling van de immateriële schade rekening is gehouden met het gegeven dat verzoeker als accountant in een kleine gemeenschap ernstig nadeel heeft geleden, maar ook zelf allerminst de nodige zorg heeft betoond bij het in stand houden van zijn reputatie (dit lijkt derhalve nog een reducerend effect te hebben gehad op de beslissing! Zie bespreking bij § 2.5.3.6).[256] Overigens is hier eerder sprake van een aparte immateriële schadevergoeding en niet een afwijking op een dagvergoeding (in dat geval *f* 1.250,- per dag), maar dat is hier niet expliciet zo uitgesproken. Zie hierover de bespreking van een categorie uitspraken waar dat wel expliciet is uitgesproken, hierna sub § 2.5.3.5. Ook Rechtbank Den Haag had oog voor deze extra gevolgen. Verzoeker had in verzoekschrift materiële schade begroot en immateriële schade tengevolge van 22 dagen hechtenis *ex aequo et bono* apart begroot op *f* 5.500,- omdat zijn inverzekeringstelling in kleine kring veel aandacht had gekregen en de afdoening van de strafzaak veel tijd met zich meebracht, derhalve grote psychische druk veroorzaakte.[257] In zoverre is opvallend dat de Rechtbank de gevraagde vergoeding zonder verdere onderbouwing toekent (*f* 250,- per dag).

Wellicht valt ook de reden tot hoge vergoeding in de zaak die leidde tot het (civiele) arrest Hoge Raad 23 december 1994, NJ 1995, 512 onder deze categorie. Hier was namelijk sprake van een makelaar die vier dagen in verzekering was gesteld wegens verdenking van oplichting. Na beëindiging van de zaak via een kennisgeving van niet verdere vervolging dient hij een verzoek in ex artikel 89 Sv (en ex 591a Sv) bij de Rechtbank, maar deze wijst ze af; in hoger beroep kent het Gerechtshof (vermoedelijk Den Haag) echter

253 Hof 's-Gravenhage 13 februari 2002, NbSr 2002, 177.
254 Rb. Utrecht 21 december 2006, LJN AZ5013 en idem 5018.
255 Hof 's-Gravenhage 13 februari 2002, NbSr 2002, 177.
256 Rb. Den Bosch 5 september 1985, ongepubliceerd.
257 Rb. Den Haag 6 mei 1987, ongepubliceerd.

een vergoeding ex artikel 89 Sv toe ter grootte van ƒ 4.000,- voor immateriële schade tengevolge van de door hem ondergane voorlopige hechtenis. Betrokkene gaat daarna verder met een civiele vordering (zie daarvoor de uitvoerige bespreking in § 3.3.3.2).Tot slot is nog vermeldenswaardig Hof Den Bosch in 2007: de gebruikelijke dagvergoeding doet hier geen recht, aldus het Hof, omdat ten eerste sprake was van verdenking van een zeer ernstig feit (moord), het voor verzoeker niet eenvoudig zal zijn zich te bevrijden van de smet, en de familie van het slachtoffer levensbedreigingen uit, die reëel zijn en van grote invloed op het toekomstperspectief van verzoeker. Hof kent een viervoudige vergoeding toe.[258] De zware aard van een beschuldiging (zeden) is voor datzelfde Hof in 2008 wederom een van de redenen om – ditmaal – dubbele schadevergoeding toe te kennen.[259]

2.5.3.5 Naast forfaitaire dagvergoeding expliciet extra immateriële schadevergoeding

Soms wordt naast de immateriële schadevergoeding volgens de standaardmaatstaf apart immateriële schadevergoeding toegekend. Dat is eigenlijk slechts een andere methode om af te wijken van een standaardvergoeding. Bij onderstaande beslissingen wordt deze methode gevolgd, de redenen om af te wijken liggen expliciet in het extra groot nadeel dat in casu is geleden. Twee uitspraken van Rechtbank Middelburg. In het eerste geval was er, gezien de duur van het voorarrest (23 dagen) en de omstandigheden (grotendeels onder alle beperkingen), aanleiding af te wijken van ƒ 150,- per dag. Toewijzing tot ƒ 300,- per dag en *daarnaast* ƒ 5.000,- immateriële schadevergoeding. Interessant bij deze uitspraak is het causaal verband dat hierbij werd aangenomen, namelijk de door de detentie doorkruiste toekomstplannen van verzoeker en de mede ten gevolge van de detentie verbroken relatie.[260] In het tweede geval wordt anders geredeneerd. Toegekend wordt de gebruikelijke dagvergoeding van ƒ 150,- per dag in politiecel, ƒ 200,- per dag in Huis van Bewaring en ƒ 50,- per dag wegens beperkingen, maar ook wordt een extra vergoeding *ex aequo et bono* ƒ 2.500,- toegekend vanwege het feit dat aannemelijk is dat betrokkene tijdens zijn vrijheidsbeneming geleden heeft onder de onmogelijkheid zijn vrouw te begeleiden in een kennelijk niet zonder complicaties verlopende zwangerschap en tevens omdat hij aan bijzondere psychische omstandigheden heeft blootgestaan door gehandboeide aanwezigheid tijdens de bevalling van zijn vrouw.[261] Over het algemeen lijkt echter gekozen te worden voor hetzij een vergoeding van gevorderde materiële en immateriële schade, hetzij een

258 Hof Den Bosch 13 november 2007, NJFS 2008, 8.
259 Hof Den Bosch 12 maart 2008, NbSr 2008, 156, maar ook vanwege de publiciteit en ontslag uit vaste aanstelling.
260 Rb. Middelburg 11 maart 1997, NJ 97, 352.
261 Rb. Middelburg 20 november 2001, NJ 2002, 21.

forfaitaire dagvergoeding (aangezien die ook gebaseerd is op zowel de materiële als de immateriële schade), aldus onder andere Rechtbank Haarlem.[262]

2.5.3.6 Vermindering wegens proceshouding

Zoals er redenen kunnen zijn naar boven toe af te wijken van de (inmiddels standaard) forfaitaire schadevergoeding, zijn er evenzoveel redenen om naar beneden toe af te wijken, in beginsel voor wat betreft immateriële schadevergoeding, onder andere vanwege de eigen proceshouding of de schuld aan het ontstaan van de verdenking. Hierbij wordt aangesloten bij de civiele praktijk (vergelijk art.6: 101 BW, zie § 3.2.10). Een voorbeeld van zowel een civiele vermindering als een strafvorderlijke vermindering. Eerst de zaak Van Mechelen c.s.[263] In eerste aanleg concludeert de Rechtbank dat sprake was van onrechtmatige rechtspraak omdat bij de veroordeling sprake was van veronachtzaming van zo fundamentele rechtsbeginselen dat er geen sprake was van een eerlijke en onpartijdige behandeling van de strafzaak. De Staat is derhalve aansprakelijk voor de geleden schade en Van Mechelen ontving *ƒ* 150,- per dag ondergane vrijheidsbeneming vanaf de datum van de uitspraak van het Gerechtshof 's-Hertogenbosch.[264] De schadevergoedingsvordering voor de periode van voorlopige hechtenis voorafgaande aan de uitspraak van het

262 Rechtbank Haarlem, 31 maart 2005, LJN AT3074, waar wordt afgezien van een forfaitaire dagvergoeding, omdat verzoeker tevens apart had verzocht om vergoeding van materiële en immateriële schade, die ten dele werd toegekend. Eerder bijv. ook zo Rb. Den Haag 26 augustus 1997, nr. 09.757149.96, ongepubliceerd, waar een vergoeding wordt toegekend van *ƒ* 150,- per dag en niet daarnaast nog een immateriële schadevergoeding in verband met de aantasting van eer en goede naam, aangezien een dergelijke vergoeding al is verdisconteerd in voornoemd bedrag van *ƒ* 150,-.

263 Het betrof een situatie waarbij sprake was van een veroordeling, met als gevolg langdurige vrijheidsstraffen, voornamelijk op basis van verklaringen van anonieme getuigen, die opsporingsambtenaren waren. Het EHRM oordeelde dat er sprake was van schending van art. 6 lid 3 sub d EVRM omdat de verdediging deze getuigen niet behoorlijk had kunnen ondervragen (EHRM 23 april 1997, NJ 1997, 635). Van Mechelen werd na deze uitspraak wel op vrije voeten gesteld maar kon geen schadevergoeding krijgen voor de inmiddels ondergane straf op de voet van de herzieningsregeling van art. 481 Sv, aangezien de situatie buiten de reikwijdte van de herzieningsregeling viel (Hoge Raad 6 juli 1999, NJ 1999, 800). De uitspraak van het EHRM dat sprake was van schending van fair trial viel niet onder het begrip novum in de zin van de wet ex art. 457 Sv (Inmiddels is deze mogelijkheid overigens wel in de wet verankerd bij Wet van 12 september 2002 tot wijziging van het Wetboek van Strafvordering met het oog op herziening van vonnissen en arresten o.g.v. uitspraken van het EHRM, Stb. 479, inwerking 1 januari 2003. Hiermee wordt het mogelijk dat de Hoge Raad een oordeel van het EHRM meeweegt als novum. Toegevoegd (nota van wijziging) is de mogelijkheid om de tenuitvoerlegging van het gewijsde op te schorten hangende de beslissing op een herzieningsaanvraag. Bij de herzieningsaanvraag kan hierom worden verzocht). Op dat moment kon Van Mechelen dus slechts nog naar de civiele rechter voor schadevergoeding voor de ondergane voorlopige hechtenis en de gevangenisstraf, waarbij ook werd verzocht om vergoeding van kosten van rechtsbijstand evenals verwijdering van de veroordelingsgegevens uit het register Justitiële Documentatie.

264 Rb. 's-Gravenhage 17 januari 2001, NbSr 2001, 43.

Gerechtshof 's-Hertogenbosch wordt afgewezen aangezien die hechtenis niet onrechtmatig werd geacht. Ook schat de Rechtbank in dat een beoordeling aan de hand van billijkheid, analoog aan de regeling van artikel 89-93 Sv, niet tot een vergoeding zou leiden aangezien er gerede verdenkingen zijn overgebleven na weglating van de onrechtmatige getuigenverklaringen. De kostenvergoeding wordt slechts gedeeltelijk toegewezen conform de uitgangspunten van artikel 591a Sv. De veroordelingsgegevens kunnen niet worden verwijderd uit het register Justitiële Documentatie. In appèl oordeelt het Hof 's-Gravenhage anders over de toekenning van de schadevergoeding analoog aan de regeling van de artikelen 89-93 Sv en acht de kans dat het Bossche hof een vergoeding naar billijkheid zou hebben vastgesteld voor Van Mechelen 100% en zijn medeveroordeelden, de gebroeders Venerius op 25%, omdat ten aanzien van deze laatsten de voorlopige hechtenis vanwege hun gedrag op zijn minst voor een deel voor hun risico kwam. Een gelijke inschatting maakt het hof ten aanzien van de vordering ex artikel 591a Sv.[265,266]

Enigszins vergelijkbaar zijn de uitspraken van de Rechtbank Rotterdam betreffende de schadevergoedingsvorderingen door de leden van de Hofstadgroep. Enkele van de gewezen verdachten van de Hofstadgroep krijgen in beginsel een hogere dagtoekenning dan de gebruikelijke forfaitaire, omdat de Rechtbank het aannemelijk achtte dat het ondergaan van verzekering en voorlopige hechtenis zwaarder weegt voor een verdachte van een ernstig misdrijf dat landelijke bekendheid geniet.[267] Vervolgens wordt echter op dat bedrag verminderd wegens de proceshouding, namelijk de mate waarin het zwijgrecht gevolhard wordt.

Het blijkt dat in deze zaak het geheel volharden in het zwijgrecht goed is voor een vermindering van 75%,[268] terwijl bij Rachid B. het alsnog verbreken van het zwijgrecht tijdens de zitting 'beloond' wordt met een vermindering van slechts 25%.[269]

In deze gevallen wordt de verwijtbare proceshouding gehanteerd om de vergoeding te verminderen.[270] Een andere variant is dat verwijtbare proceshouding in het geheel in de weg staat aan de toekenning; het wordt dan niet billijk geacht om schadevergoeding toe te kennen; zie daarover § 2.4.3.

---

265 Hof 's-Gravenhage 5 juni 2003, NbSr 2003, 267.

266 Zie HR 18 maart 2005, NJ 2005, 201 voor het vervolg in deze zaak over de onschuldpresumptie. Kort hieruit: '*In cassatie wordt in vervolg hierop de vraag aan de orde gesteld of, in gevallen waarin de veroordeling "to a decisive extent" is gebaseerd op met verdragsschending verkregen bewijsmateriaal, bij het ontbreken van een herzieningsmogelijkheid de burgerlijke rechter niettemin ervan zou kunnen uitgaan dat de veroordeelden ook zonder verdragsschending hadden kunnen zijn veroordeeld. Die vraag moet ontkennend worden beantwoord.*' (r.o. 3.7).

267 Rb. Rotterdam, 7 november 2006, LJN AZ4955 en idem AZ4924 en idem AZ4908 en idem AZ4896 en idem AZ4952 (leden Hofstadgroep).

268 Rb. Rotterdam, 7 november 2006, LJN AZ4955

269 Rb. Rotterdam 7 november 2006, LJN AZ4952.

270 Zie eerder ook onder andere Hof Den Haag 29 oktober 1948, NJ 1949, 110, Rb. Arnhem 26 januari 1971, NJ 1972, 12.

Tot slot lijkt het staande praktijk om de door detentie bespaarde kosten voor levensonderhoud af te trekken van de vergoeding.[271] Borsboom concludeert dat ook voor 1975 deze vermindering telkens wordt gehanteerd.[272]

2.5.3.7 Wijze van vergoeden

Op deze plaats wordt slechts kort aangestipt dat er een aanpassing van de wet plaatsvond naar aanleiding van de gegroeide rechtspraktijk om na een positieve beoordeling voor wat betreft de mogelijkheid tot schadevergoeding, een verrekening te laten plaatsvinden, hetzij met een uit anderen hoofde opgelegde gevangenisstraf (verrekening dagen), hetzij met nog opgelegde geldboeten en aan de staat verschuldigde sommen in het kader van een strafzaak (verrekening geldbedrag). Vergoeding van de schade vindt dus plaats middels:

1 geldbedrag, en (sinds 1 mei 1996 is in werking getreden de Wet van 18 januari 1996, Stb. 39);
2 onder verrekening met geldboeten en aan staat verschuldigde sommen in kader strafzaak;
3 in mindering op uit anderen hoofde opgelegde onherroepelijke vrijheidsstraf.

Deze verrekeningsmogelijkheid met geldboeten en uit anderen hoofde opgelegde gevangenisstraf was voor de aanpassing van de wettelijke regeling al rechtspraktijk.[273]

Vanwege deze wetswijziging is er wel een soort paradox ontstaan met de als knelpunt ervaren situatie dat er geen schadevergoeding mogelijk is op de voet van artikelen 89-93 Sv in geval de ondergane voorlopige hechtenis langer duurde dan een uiteindelijk opgelegde gevangenisstraf. Hoewel dan weliswaar sprake is van een andere situatie (namelijk een veroordeling), is het toch opvallend dat een teveel aantal ondergane dagen vrijheidsbeneming (ik noem dat 'overschothechtenis') in het ene geval voor risico van de betrokkene komt en in het andere geval niet: verrekening van (zelfs de gehele) ondergane voorlopige hechtenis kan alleen plaatsvinden ten aanzien van de gewezen verdachte die niet in eigen zaak is veroordeeld maar die wel in een andere zaak is veroordeeld tot een gevangenisstraf, maar niet ten aanzien van de verdachte die voorlopige hechtenis heeft ondergaan en in die zelfde zaak is

271 Rechtbank Rotterdam, 7 november 2006, AZ4924 en idem AZ4908 en idem AZ4896 en idem AZ4952 (leden Hofstadgroep). Hierbij wordt uitgegaan van €15, – per dag.
272 J.P.M. Borsboom 1983, p. 60.
273 Hof Den Haag 17 februari 1993, NJ 93, 294 en Hof Den Haag 3 december 1993, NJ 94, 383. Zie ook Hof Amsterdam 15 april 1993, NJ 94, 568.

veroordeeld voor een kortere periode dan die hechtenis[274] (zie hierover uitvoeriger § 2.3.3.4).

Vermeldenswaard hier is nog een uitspraak van de Rechtbank Roermond die stelt dat het systeem van de wet zich niet verzet tegen in mindering brengen op een niet onherroepelijke veroordeling, gezien artikel 76a lid 3 Sv (geen bevel voorlopige hechtenis als de mogelijkheid bestaat dat aan een verdachte geen onvoorwaardelijke vrijheidsstraf wordt opgelegd, dan wel dat bij tenuitvoerlegging van een bevel voorlopige hechtenis de verdachte langer van zijn vrijheid wordt beroofd dan de duur van straf of maatregel). I.c. was nog geen sprake van een onherroepelijke veroordeling (vermoedelijk was nog appèl mogelijk), maar gelet op de duur van de opgelegde vrijheidsstraf en voorwaardelijke invrijheidstelling zou verzoeker (al vrij zijn en dus) niet in aanmerking komen voor verrekening (21 + 56 dagen) indien ze zou moeten wachten op onherroepelijk worden van vonnis, waardoor ze nadelig zou worden getroffen, gezien haar keuze voor verrekening in plaats van een financiële vergoeding.[275]

2.5.4 Samenvatting

Indien sprake is van een situatie die valt binnen de reikwijdte van de regeling, en verzoeker derhalve is ontvangen in zijn verzoek, dient vervolgens op basis van billijkheid een afweging gemaakt te worden in hoeverre de geclaimde schade voor vergoeding in aanmerking komt. Dat is de kwestie die hier, onder het 'omvang'-gedeelte', is besproken. Bij de vraag of de geclaimde (materiële en immateriële) schadeposten wel voor vergoeding in aanmerking komen, zal (al dan niet expliciet) de causale relatie tussen het vrijheidsbenemende dwangmiddel en de geclaimde schade aan de orde worden gesteld. Het gaat dan om de vraag hoe ver die schade indirect verwijderd mag zijn van de voorlopige hechtenis om toch nog als causaal gevolg te worden beschouwd. Uiteindelijk is billijkheid ook hier de maatstaf om dat vast te stellen, al dan niet expliciet. Theoretisch stelt de schadevergoedingsrechter eerst vast of de schadepost te beschouwen is als schade tengevolge van vrijheidsbenemende dwangmiddelen, vervolgens of het billijk is die schade te vergoeden en tot slot de hoogte van de vergoeding. In de praktijk wordt een en ander natuurlijk niet altijd zo (expliciet) uitgesplitst.

De posten omzetverlies en gederfde inkomsten zijn vaak inzet van discussie voor wat betreft de vaststelling van de omvang van de schade. Discussie ontstaat wel over de periode waarin ook na beëindiging van de hechtenis (en de strafzaak) nog inkomstenverlies wordt geleden; hierin is geen eenduidige lijn te vinden.

---

274 Tenzij hij is veroordeeld voor een feit waarvoor geen voorlopige hechtenis is toegelaten.
275 Rb. Roermond 11 januari 1996, NJ 96, 648.

Als het verlies van inkomsten al gezien wordt als gevolg van de preventieve detentie, blijft dat soms beperkt tot de periode waarin betrokkene daadwerkelijk van zijn vrijheid was beroofd, soms wordt echter ook de periode daarna mee gecalculeerd.

Naar voren komt dat bepaalde schadeposten niet altijd worden beschouwd als voldoende samenhangend met de vrijheidsbeneming en daarom niet voor vergoeding in aanmerking komen. Dat speelt vooral bij publiciteitsschade. Soms wordt meer expliciet ter vaststelling van de vereiste causale samenhang wel gebruik gemaakt van een conditio sine qua non(-achtige) redenering: het is niet aannemelijk dat de schade minder was geweest indien vrijheidsbeneming achterwege was gebleven, of: door voortduren detentie is meer schade ontstaan dan op grond van de verdenking alleen viel te verwachten. Hiermee vergelijkbaar maar vanuit iets andere optiek: men acht de publiciteit toch vooral te zijn ontstaan tengevolge van de strafzaak zelf en niet zozeer tengevolge van de voorlopige detentie, hoewel er ook weer uitspraken zijn waar wel een direct verband wordt aangenomen tussen de publiciteit en de hechtenis. Concreet werden de schadeposten omzetdaling, gederfde inkomsten, immateriële schade ten gevolge van negatieve publiciteit ten gevolge van detentie (indirect), doorkruiste toekomstplannen en mede door detentie verbroken relatie en gedwongen verkoop aandelen na negatieve publiciteit na detentie (indirect) toch in de rechtspraak al dan niet expliciet beschouwd als (in)direct gevolg van detentie en deze posten kwamen daarom voor vergoeding in aanmerking.

Bij onderhavige regeling wordt zowel de toe te kennen vergoeding voor materiële als immateriële schade vastgesteld op grond van billijkheid. Hoewel na de wetswijziging in 1975 het begrip 'toekenning' werd gewijzigd in 'schadevergoeding', om aan te geven dat ook een volledige vergoeding mogelijk was, is van een volledige schadevergoeding niet zomaar sprake.

De mogelijkheid tot volledige schadevergoeding werd ingevoerd omdat uit cijfers over de periode 1952 t/m 1968 bleek dat het gebruik van de regeling (aantal toekenningen en de hoogte van de toekenningen) niet buiten de perken kwam. Voor wat betreft de toegekende schadevergoeding wordt door de regeling zelf geen onderscheid gemaakt in toekenningregime tussen materiële en immateriële schade. Vergelijk hiermee de schadevergoeding die in civilibus wordt toegekend; na vaststelling dat sprake is van onrechtmatige daad wordt op basis van toerekening naar redelijkheid (causaal verband) de materiële schade steeds volledig toegekend en de immateriële schade wordt naar billijkheid toegekend, tenzij grond bestaat voor matiging of gedeeltelijke schadevergoeding wegens eigen schuld (toerekenbare omstandigheid) (§ 3.2.10).

In de rechtspraak op de voet van de regeling van de artikelen 89-93 Sv is niet altijd sprake van volledige schadevergoeding. Soms expliciet omdat de rechter meent dat de regeling niet strekt tot volledige vergoeding (aangezien men dat acht voorbehouden aan de civiele rechter) maar meestal vanwege omstandigheden van het geval afhankelijk, hoewel helaas niet altijd onderbouwd.

In de rechtspraak op de voet van 89-93 Sv komt naar voren dat materiële schadeposten, waarvan is vastgesteld dat deze voor vergoeding in aanmerking komen, niet altijd (geheel) vergoed worden. Daarbij wordt een deskundigenrapport veelal gevolgd. Ook wordt (im)materiële schade wel begroot *ex aequo et bono*. Als er twijfels bestaan over de (on)schuld, wreekt zich dat vooral voor wat betreft de vergoeding van de immateriële schade. Indien de gevorderde materiële en immateriële (deels) wordt toegekend, betekent dit soms dat geen ruimte meer is voor (ook) de forfaitaire dagvergoeding.

De immateriële schade wordt in het algemeen vastgesteld met behulp van een standaard maatstaf. Bij veel uitspraken wordt dicht bij deze richtbedragen gebleven; sommige Rechtbanken noemen het een gebruikelijke forfaitaire dagvergoeding, waarbij wordt onderscheiden tussen verblijf in politiecel of in Huis van Bewaring en waarbij apart iets wordt bijgerekend indien daarbij beperkingen bestonden. Toch is het gebruik van de maatstaf niet overal hetzelfde. Wel is een toename in de hoogte van het standaardbedrag waar te nemen. Inmiddels wordt omgerekend uitgegaan van €95,- per dag verblijf in politiecel en in geval van beperkingen € 70,- per dag verblijf in Huis van Bewaring.

Er zijn meerdere redenen om expliciet naar boven toe af te wijken van de standaardbedragen: onrechtmatigheid van de vrijheidsbeneming, of disproportionaliteit, kan reden zijn tot een hogere vergoeding voor de immateriële schade. Behalve het feit dat een beoordeling over de vraag of de overheid wel/geen vrijheidsbeneming had mogen of hoeven toepassen, kan ook de (gebleken) onschuld van de betrokken reden zijn tot een hogere toekenning van schadevergoeding. Een enkele keer wordt de gebleken onschuld afgeleid uit de onschuldpresumptie waarvan wordt uitgegaan omdat een verzoeker niet in de gelegenheid is geweest zijn verdediging op de feiten te voeren (dus afhankelijk van soort einde zaak). Een proactieve proceshouding (actief meewerken aan bewijs van onschuld) is ook al reden geweest om meer schadevergoeding toe te kennen. Ook publiciteitsschade wordt wel gehanteerd om af te wijken van de standaardvergoedingen voor immateriële schade tengevolge van vrijheidsbeneming, omdat sprake lijkt te zijn van voor deze betrokkene gebleken extra groot nadeel (eigenlijk dus onevenredige schade). Bij meer zaken lag dat extra grote nadeel vooral in de publicitaire (meer)schade. Opvallend is dat de indirect causale samenhang (schade tengevolge van de publiciteit tengevolge van de detentie) derhalve niet altijd (maar soms wel) als belemmering wordt gezien (zie daarover bespreking sub causale samenhang § 2.5.2) voor een (extra) schadevergoeding op de voet van 89-93 Sv.

Extra groot nadeel kan tot slot zijn ontstaan door gebleken extra psychische druk, al dan niet vanwege het feit dat betrokkene in kleine leefomgeving woont/werkt, hetgeen een aantal keren een hogere vergoeding rechtvaardigt. Ook de aard van de beschuldiging (zeer ernstig delict) kan bijdragen aan een hogere vergoeding.

In plaats van een afwijking van het standaardbedrag middels vaststelling van een hoger dagbedrag vanwege onrechtmatige/disproportionele toepassing

van de vrijheidsbenemende maatregel of vanwege extra groot nadeel wordt ook wel een extra immateriële vergoeding naast de dagvergoeding gegeven (andere methode).

Indien de schadevergoedingsrechter het billijk acht een vergoeding toe te kennen, kunnen er ook redenen zijn om op het beoogde bedrag te verminderen. In veel gevallen wordt een verwijtbare proceshouding gehanteerd om een bedrag te verminderen. Dat sluit aan bij de civiele praktijk (artikel 6:101 BW). Vooral het gegeven dat (geheel of gedeeltelijk gedurende de procedure) volhard wordt in het zwijgrecht kan reden zijn tot vermindering. Een andere variant is dat verwijtbare proceshouding (volharden in zwijgen dan wel processuele schuld aan de totstandkoming van de verdenking) geacht wordt in het geheel in de weg staat aan de toekenning; het wordt dan niet billijk geacht om schadevergoeding toe te kennen; zie daarover § 2.4.3.

Beide varianten worden toegepast, met andere woorden: het gegeven dat men door bepaalde gedragingen de verdenking en daardoor de toepassing van de preventieve hechtenis aan zichzelf te wijten heeft (vluchten, liegen, zwijgen) dan wel dat door bepaalde gedragingen de verdenking voortduurt en daardoor de vrijheidsbeneming, kan zowel reden zijn om geen gronden van billijkheid te zien tot het verlenen van schadevergoeding, maar ook kan het reden zijn om een schadevergoeding te verminderen.

Tot slot is in deze paragraaf kort ingegaan op de wetswijziging in 1996 die de gegroeide rechtspraktijk om na een positieve beoordeling voor wat betreft de mogelijkheid tot schadevergoeding, een verrekening te laten plaatsvinden, hetzij met een uit anderen hoofde opgelegde gevangenisstraf (verrekening dagen), hetzij met nog opgelegde geldboeten en aan de staat verschuldigde sommen in het kader van een strafzaak (verrekening geldbedrag), in de wet opnam. Vanwege deze wetswijziging is er wel een soort paradox ontstaan met de als knelpunt ervaren situatie dat er geen schadevergoeding mogelijk is op de voet van artikelen 89-93 Sv in geval de ondergane voorlopige hechtenis langer duurde dan een uiteindelijk opgelegde gevangenisstraf. Verrekening van (zelfs de gehele) ondergane voorlopige hechtenis kan alleen plaatsvinden ten aanzien van de gewezen verdachte die niet is veroordeeld maar die wel in een andere zaak is veroordeeld tot een gevangenisstraf, maar niet ten aanzien van de verdachte die voorlopige hechtenis heeft ondergaan en in die zelfde zaak is veroordeeld voor een kortere periode dan die hechtenis.[276]

276 Tenzij hij is veroordeeld voor een feit waarvoor geen voorlopige hechtenis is toegelaten.

3 Parallelontwikkeling van civiele rechtspraak inzake overheidsaansprakelijkheid bij schade voor de gewezen verdachte door legitiem strafvorderlijk handelen

3.1 INLEIDING

Hiervoor is beschreven hoe voor schade geleden door de niet veroordeelde gewezen verdachte tengevolge van strafvorderlijke dwangmiddelen een specifieke wettelijke schadevergoedingsregeling is ontwikkeld in de regeling van de artikelen 89-93 Sv (hoofdstuk 1). Deze regeling was door de toenmalige wetgever bewust vrij beperkt opgezet en betrof slechts een mogelijkheid tot vergoeding voor schade geleden ten gevolge van inverzekeringstelling en voorlopige hechtenis. Ook was er niet voor gekozen een recht – in de zin van een aanspraak – op vergoeding in de wet te regelen; de grondslag voor vergoeding is derhalve de billijkheid en het werd aan de rechter overgelaten hieraan nadere invulling te geven. Ook de bepaling van de omvang van een eventuele vergoeding werd aan de rechter overgelaten, die dat op basis van billijkheid kan bepalen zowel voor wat betreft materiële schade als immateriële schade. Tijdens de totstandkoming van deze wettelijke regeling was er veel discussie over die grondslag, en vele malen werd aan de orde gesteld dat wellicht sprake moest zijn van een recht op vergoeding. Hierbij kwam ook de verhouding tussen de specifiek te creëren wettelijke regeling en de taak van de civiele rechter aan de orde. Daarbij was men het in eerste instantie niet direct eens over de vraag in hoeverre de specifieke regeling eveneens zag op schade ten gevolge van een onrechtmatige gedraging, of dat daarvoor de civiele rechter exclusief bevoegd was. Uiteindelijk bleek de specifieke regeling zowel te zien op schade ten gevolge van rechtmatige als onrechtmatige vrijheidsbeneming, waarbij wel sprake was van enige verwarring voor wat betreft de definiëring van onrechtmatigheid (ab initio onrechtmatig versus ab initio rechtmatig maar achteraf vastgestelde onrechtmatigheid). Daarmee werd een overlapping van schadevergoedingsprocedures mogelijk vanuit een verschillende invalshoek. Een ander politiek discussiepunt betrof de beperking van de specifieke regeling tot schade ten gevolge van limitatief benoemde vrijheidsbenemende dwangmiddelen. Enkele malen werd aan de orde gesteld de regeling uit te breiden voor schade ten gevolge van andere strafvorderlijk handelen. Met dit in het achterhoofd kwam de rechter aan het woord en dat is uitvoerig beschreven in hoofdstuk 2. Hieruit kwam in ieder geval naar voren dat de gemaakte keuzen bij het tot stand brengen van de regeling (zowel qua grondslag als qua voorwaarden) niet bevorderlijk lijken zijn geweest voor een eenduidige en rechtszekere rechtsontwikkeling. Geschetste rechtsonzekerheid alsmede

het feit dat veel schade ten gevolge van strafvorderlijk handelen buiten de reikwijdte van de regeling valt, hebben er onvermijdelijk toe geleid dat een gewezen verdachte wiens schadesituatie buiten de reikwijdte van de specifieke regeling viel en die meende dat (eventueel achteraf) sprake was van onrechtmatigheid, de civiele rechter adieerde op basis van het algemene schadevergoedingsartikel 6:162 BW/1401 BW oud. Dat betekende wel dat de schadeproblematiek daarmee binnen de kwestie van onrechtmatigheid werd getrokken, en dat was op zich bij de specifieke schadevergoedingsregeling van de regeling van de artikelen 89-93 Sv geen voorwaarde.[1]

In dit hoofdstuk wordt de relevante civielrechtelijke rechtspraak op dit terrein beschreven zodat een meer volledig beeld wordt verkregen van de rechtsontwikkeling op het terrein van vergoeding van schade geleden door de gewezen verdachte wegens het ondergaan van strafvorderlijke dwangmiddelen/handelingen ingeval geen sprake is van een veroordeling. Hoewel het onderzoeksveld zich beperkt tot in beginsel – op het moment van toepassen – rechtmatige dwangmiddelen, heeft de civiele rechter – in het kader van de gangbare vordering uit onrechtmatige daad – hierbij een grote rol gespeeld, door een voor deze situatie speciale constructie te ontwikkelen waarbij een op het moment van toepassen rechtmatig dwangmiddel, achteraf beoordeeld als onrechtmatig wordt gekwalificeerd. Deze rechtspraak zal uitvoerig chronologisch worden beschreven, waarbij steeds de verschuivingen die in de opvatting van de rechter ontstaan, afzonderlijk zullen worden benadrukt. Daarbij worden ook aspecten aangestipt die gaan over schade ontstaan door het strafproces anders dan tengevolge van strafvorderlijke dwangmiddelen. Aangezien dit hoofdstuk ten doel heeft de (verschuiving in) opvatting van de civiele rechter ten opzichte van de aansprakelijkheid van de overheid voor de exverdachte voor schade bij rechtmatige toepassing van dwangmiddelen ontstaan, weer te geven, is dit hoofdstuk voornamelijk beschrijvend van aard (met aan het einde van elke paragraaf een korte samenvatting van de bevindingen). Veelal zal in de beschrijving zo dicht mogelijk bij de tekst van de beslissingen gebleven worden, zodat geen nuances verloren gaan. Dit hoofdstuk wordt afgesloten met een samenvatting met conclusies over de beschreven rechtsontwikkeling vanuit de optiek van het leerstuk van de onrechtmatige daad. In deel II wordt vervolgens de rechtsontwikkeling beoordeeld.

1 Vgl. onder andere Kamerstukken II 1972, 12 132, Voorontwerp van de Commissie Partiële Herziening Strafvordering (Commissie Feber), p. 7 (bijlage III) en Kamerstukken II 1972, 12 132, Memorie van Toelichting, nr. 3, p. 3.

3.2 ALGEMENE THEORIE VAN DE CIVIELRECHTELIJKE OVERHEIDSAANSPRAKELIJKHEID

3.2.1 Aanpak: eerst kort algemene theorie, dan specifieke rechtspraak

Ten behoeve van het beoordelen van de ontwikkelingen op het terrein van de civiele overheidsaansprakelijkheid voor strafvorderlijke schade wordt hieronder eerst gestart met een korte beschrijving van de systematiek van de onrechtmatige (overheids)daad (§ 3.2.2 t/m § 3.2.10). Met name de strafrechtelijk georiënteerd lezer zal daardoor beter in staat worden gesteld de specifieke jurisprudentie op het terrein van schadevergoeding voor strafvorderlijk overheidsoptreden te kunnen plaatsen. De ervaren civilist zal dit gedeelte kunnen overslaan.

3.2.2 Algemene wettelijke aansprakelijkheid, vestiging en omvang

De wetgever heeft de algemene wettelijke schadevergoedingsregeling in artikel 6:162 BW als volgt geformuleerd:

1 Hij die jegens een ander een onrechtmatige daad pleegt, welke hem kan worden toegerekend is verplicht de schade die de ander dientengevolge lijdt, te vergoeden.
2 Als onrechtmatige daad worden aangemerkt een inbreuk op een recht en een doen of nalaten in strijd met een wettelijke plicht of met hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt, een en ander behoudens de aanwezigheid van een rechtvaardigingsgrond.
3 Een onrechtmatige daad kan aan de dader worden toegerekend, indien zij te wijten is aan zijn schuld of aan een oorzaak welke krachtens de wet of de in het verkeer geldende opvattingen voor zijn rekening komt.

Dit artikel is, zoals gezegd, gebaseerd op het oude artikel 1401, maar daarbij uitgewerkt op basis van jurisprudentie.[2] Dit verklaart ook de grotere lengte ten opzichte van het oude artikel 1401 BW.[3] De rechtsplicht tot schadevergoeding is in de wet zelf te vinden (zie eerste lid) en daarom spreekt men van wettelijke aansprakelijkheid.[4] De benadeelde heeft – na vaststelling dat sprake

2 Onder andere op het arrest Lindenbaum-Cohen uit 1919, NJ 1919, p. 161 waar de Hoge Raad vier criteria formuleerde ter vaststelling van de onrechtmatigheid van de gedraging. De huidige wetgever heeft er daarvan drie overgenomen, zie Parl. Gesch. Boek 6, Verb. 1981, Toelichting Meijers art. 6.3.1.1, p. 614-616. Aangezien de wet in artikel 1401 BW oud het begrip onrechtmatige daad niet nader had omschreven, heeft dat tot aan de Hoge Raad uitspraak in 1919 tot veel discussie geleid. Een beknopt overzicht verschaft bijvoorbeeld G.H.A. Schut 1997 op p. 36-40.

3 Artikel 1401 (oud) luidde: 'Elke onrechtmatige daad, waardoor aan een ander schade wordt toegebracht, stelt degeen door wiens schuld de schade veroorzaakt is in de verplichting om dezelve te vergoeden.'

4 Een verbintenis, zoals die tot het betalen van schadevergoeding, kan ook uit een overeenkomst volgen; gesproken wordt dan van contractuele aansprakelijkheid.

is van een onrechtmatige daad – het recht om die schade te vorderen aangezien sprake is van een verbintenis tussen twee partijen, namelijk de verbintenis om schadevergoeding te betalen, en die verbintenis volgt in dit geval uit de wet. Het schadevergoedingsrecht is apart geregeld in afdeling 6.1.10 BW.[5]

Zoals uit de wettekst blijkt, maakt de huidige wettelijke schadevergoedingsregeling een onderscheid tussen enerzijds de kwalificatie van het gedrag als onrechtmatig (in drie categorieën, artikel 6:162 BW, tweede lid) en anderzijds de gronden van toerekening van deze onrechtmatige gedraging (artikel 6:162 BW, derde lid) aan de (rechts)persoon. Aangenomen kan worden dat dit onderscheid ook al werd gemaakt in de oude wettelijke regeling van artikel 1401 BW oud door het hanteren van de begrippen 'onrechtmatige daad'[6] en 'schuld'.[7] Ook in de rechtspraak op grond van artikel 1401 BW en idem op grond van de huidige regeling van artikel 6:162 BW wordt eveneens onderscheiden tussen enerzijds kwalificatie van de daad (ook wel: onrechtmatigheidvraag) en anderzijds kwalificatie van de dader (ook wel: schuldvraag[8]).[9]

Kortom: de wettelijke schadevergoedingsplicht (oftewel wettelijke aansprakelijkheid) ontstaat dus eerst indien voldaan is aan de voorwaarde dat sprake is van een onrechtmatige gedraging terwijl geen sprake is van een rechtvaardigingsgrond, waarbij die gedraging aan de veroorzaker kan worden toegerekend en waardoor (causaliteitsvoorwaarde) aan die ander schade is toegebracht.[10]

Hiermee zijn de materieelrechtelijke voorwaarden gegeven voor de vestiging van aansprakelijkheid. Door de wetgever wordt nog een onderscheid gemaakt tussen enerzijds de vestiging van de aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad en anderzijds de omvang van die aansprakelijkheid.[11] Bij de vestigingsfase gaat het om de vraag of sprake is van 1) een onrechtmatige daad

5 Als ik hier even een zijsprong maak naar de eerder besproken wettelijke regeling van de artikelen 89-93 Sv is meest opvallend dat daar geen sprake is van wettelijke aansprakelijkheid in genoemde betekenis; in die regeling is namelijk geen wettelijke rechtsplicht tot het betalen van schadevergoeding opgenomen.

6 De kwestie in hoeverre de onrechtmatigheid ook in het verre (Romeinsrechtelijk)verleden als zelfstandig constitutief element werd vereist is onder andere besproken door G.W.J. Bruins 1906, p. 34 e.v. Voor wat betreft de relatie tussen schuld en onrechtmatigheid in de regeling 1401 BW (oud), zie bijv. W.J. Slagter 1952, p. 10-29.

7 Het Franse begrip 'faute' van artikel 1382 Cc betekent een toerekenbare normschennis. Ons artikel 1401 oud BW is daaraan ontleend maar is in ons recht uitgesplitst in twee zelfstandige elementen: onrechtmatigheid (normschennis) en schuld (toerekeninggrond). Wel wordt ook in ons huidig recht nog gebruik gemaakt van het begrip 'fout' in samengestelde betekenis, onder andere in artikelen 6:169-172 BW, zie hierover Parl. Gesch. Boek 6, Verb. 1981, p. 605.

8 Hoewel het begrip 'schuldvraag' eigenlijk verwarrend is aangezien behalve op grond van (subjectieve) schuld ook 'krachtens verkeersopvatting' aan iemand een onrechtmatige gedraging kan worden toegerekend.

9 G.E. van Maanen gaat uitvoerig in op de betekenisontwikkeling van dit onderscheid in rechtspraak en literatuur, G.E. van Maanen 1986.

10 G.H.A. Schut 1997 wijst er op p. 33 nog eens op dat schade wel een vereiste is voor aansprakelijkheid, maar niet voor de vaststelling van de onrechtmatigheid.

11 Respectievelijk afdeling 6.3.1 (vestiging) en 6.1.10 (omvang) van het BW.

2) die de dader kan worden toegerekend, dus gaat het om de vraag *of* er aansprakelijkheid is. De wet geeft zoals reeds genoemd hiervoor ad 1) drie categorieën onrechtmatige gedragingen en ad 2) gronden van toerekening. Daarna pas komt men toe aan het vaststellen van de omvang van de vergoedingsplicht, dus aan de vraag *tot hoever* die aansprakelijkheid strekt.[12]

Bij de causaliteitsproblematiek kan men ook deze twee fasen onderscheiden: voor wat betreft de *vestigingfase* volgt de causaliteitseis tussen gedraging en schade uit artikel 6:162 BW ('daardoor' en 'dientengevolge'). In beginsel wordt hier uitgegaan van een conditio sine qua non-verband als minimum voorwaarde. Voor wat betreft de *omvangfase* gaat het om de vraag welke schadeposten aan de veroorzaker worden toegerekend; de maatstaf daarvoor is te vinden in artikel 6:98 BW. Vermogensschade komt in beginsel voor volledige vergoeding in aanmerking terwijl de vergoeding van immateriële schade plaats vindt naar billijkheid (art 6:106 BW) en dan slechts voor zover sprake is van opzet dan wel aantasting in iemands persoon (inclusief belediging als aantasting van iemands eer of goede naam) of van zijn nagedachtenis. Deze billijkheidsvergoeding van immateriële schade wordt aangeduid als smartengeld. Bij zijn billijkheidsoordeel mag de rechter rekening houden met alle omstandigheden van het geval.[13]

3.2.3 Vorderingen tegen de overheid bij de civiele rechter: bevoegdheid en ontvankelijkheid in verband met rechtsmacht

De huidige wetgever besloot geen bijzondere regeling op te nemen voor overheidsaansprakelijkheid.[14] Dat impliceert dat de onder het oude recht gevormde rechtspraak en literatuur haar geldigheid behoudt en daaruit is af te leiden dat voor de overheid op het terrein van de onrechtmatige daad wel enige afwijkende regels gelden.

---

12 J. Spier, T. Hartlief e.a. 2006, nr. 214, p. 236. Daarbij hoort ook de kwestie van de causale toerekenbaarheid van de schade aan de dader (artikel 6:98 BW) hetgeen dus niet moet worden verward met de toerekenbaarheid van de daad aan de dader op grond van de toerekeningsgronden van artikel 6:162 BW. Zie ook G.H.A. Schut 1997, p. 35.

13 Vergelijk hiermee nog eens de regeling 89-93 Sv: daar is geen scherp onderscheid gemaakt tussen vestiging en omvang; wel geeft de wet aan dat de rechter ingeval er geen veroordeling is (of wel, maar voor feit waarvoor voorlopige hechtenis niet is toegestaan) een vergoeding kan toekennen voor schade ten gevolge van limitatief omschreven vrijheidsbenemende dwangmiddelen indien er gronden van billijkheid zijn (vergelijkbaar met vestigingsfase). Bij de bepaling van het bedrag wordt ook rekening gehouden met de levensomstandigheden van de gewezen verdachte en onder schade is begrepen het nadeel dat niet in vermogensschade bestaat (vergelijkbaar met omvangfase). Hier geldt de causaliteiteis (regeling geldt alleen voor schade ten gevolge van vrijheidsbenemende dwangmiddelen) als ontvankelijkheidvoorwaarde en tevens komt causaliteit aan de orde bij de vraag welke schadeposten voor vergoeding in aanmerking komen. De rechtspraak op de voet van de regeling van de artikelen 89-93 Sv is – naar genoemde indeling – besproken in hoofdstuk 2.

14 Parl. Gesch. Boek 6, Verb. 1981, p. 600 en 601.

De burgerlijke rechter is in ieder geval bevoegd kennis te nemen van een vordering tegen de overheid indien deze is gebaseerd op onrechtmatige daad.[15] Dit laat onverlet dat de burgerlijke rechter de eiser in zijn vordering niet ontvankelijk kan verklaren wanneer er een wettelijke bijzondere rechtsgang is (in de zin dat die openstaat dan wel heeft opengestaan) die voldoende rechtsbescherming biedt. Een bijzondere wettelijke regeling werkt alleen exclusief ten opzichte van een algemene regeling indien zij het karakter heeft van een uitzondering.[16] Voor wat betreft de rechtsbescherming tegen de overheid wordt ervan uitgegaan dat de civiele rechter een reserverechter is; de rechtsontwikkeling op dit gebied is voornamelijk tot stand gekomen in het kader van de verhouding tussen administratieve rechtsbescherming (niet beperkt tot schadevergoedingsvorderingen) en civiele rechter. De ontvankelijkheid bij de civiele rechter wordt in dat kader bepaald op grond van de omvang van de rechtsbescherming die de systemen elk bieden en afhankelijk van de vraag of er een voorrangsregeling is. Indien de rechtsbescherming van de civiele rechter niets toevoegt aan de bijzondere rechtsbescherming (oftewel, indien de bijzondere rechtsgang voldoende rechtsbescherming biedt), dan is in beginsel de weg naar de civiele rechter afgesloten, maar indien de rechtsbescherming van de civiele rechter wel iets toevoegt, dan kan deze een aanvullende rol vervullen, waarbij in de regel vaak als uitgangspunt geldt dat ook de 'onvolwaardige' bijzondere voorziening eerst moet zijn doorlopen.

Voorheen hield de Hoge Raad aan dat de ruimte voor de civiele rechter voornamelijk werd afgemeten aan de vraag in hoeverre een dergelijke bijzondere procedure met voldoende waarborgen was omkleed, hetgeen voornamelijk zag op procedurele waarborgen;[17] later werd onder andere in het Changoe-arrest[18] overwogen dat het gaat om de vraag of de bijzondere rechtsgang voldoende rechtsbescherming biedt. Dat is dus niet beperkt tot procedurele aspecten, maar is ruimer. Zo zal het huidige bestuursprocesrecht van hoofdstuk 8 Algemene wet bestuursrecht (Awb) zeker met voldoende waarborgen

15 Dat volgt uit artikel 112, eerste lid Grondwet, eerst nog gekoppeld aan artikel 2 wet R.O., maar die laatste werd geschrapt in 1994. In rechtspraak en literatuur was ooit strijd over de interpretatie van deze bevoegdheid maar thans speelt de bevoegdheidskwestie niet meer. Algemeen is aanvaard dat de civiele rechter bevoegd is tot kennisneming van op onrechtmatige daad gebaseerde vorderingen, onverschillig of deze zijn grond vindt in een privaatrechtelijke- of in een publiekrechtelijke verhouding. Bepalend is namelijk het voorwerp van het geschil (obiectum-litis), zie Asser-Hartkamp 4-III 2006, nr. 276-277.

16 Dat uitzonderingskarakter blijkt uit de bijzondere regeling doordat dat uitdrukkelijk is bepaald, dan wel vloeit het voort uit de strekking van de regeling. Hierover recent nog HR 26 november 1993, NJ 1993, 322 m.nt. CJHB: de vergoedingsplicht van de Staat gebaseerd op (uitvoeringsregelgeving van) artikel 26 Luchtvaartwet (schade door geluidshinder militair vliegveld) heeft geen exclusieve strekking en een vordering op grond van onrechtmatige overheidsdaad wordt hierdoor dus niet uitgesloten.

17 Ondermeer in HR 22 februari 1957, NJ 1957, 310 Madurifo (of schellen en deuropeners), waar een beroepsmogelijkheid op de Gemeenteraad als een met onvoldoende waarborgen omkleedde rechtsgang werd beoordeeld.

18 HR 28 februari 1992, NJ 1992, 678 en AB 1992, 301.

zijn omkleed, maar dat is dus thans niet meer het enige criterium op grond waarvan de ruimte voor aanvullende civiele rechtsbescherming wordt bepaald. Indien zou blijken dat sprake is van – in materiële zin – rechtsbeschermingleemten (zoals gebrekkige schadevergoedingsmogelijkheden), zal de weg naar de civiele rechter derhalve niet geheel kunnen worden afgesloten.[19] Voor wat betreft een vordering tot schadevergoeding op grond van onrechtmatige daad zal een dergelijke andere procedure in ieder geval aan de eisen van artikel 6 EVRM moeten voldoen alvorens sprake kan zijn van voldoende rechtsbescherming. In geval van onrechtmatige vrijheidsbeneming speelt artikel 5 lid 5 EVRM een belangrijke rol.

Op vergelijkbare wijze is de relatie tussen de vordering uit onrechtmatige daad door de gewezen verdachte naast het verzoek tot schadevergoeding via de weg van de regeling van de artikelen 89-93 Sv (derhalve bij de strafrechter) in de civiele rechtspraak nader afgebakend (zie bespreking jurisprudentie hierna in § 3.3.2.1). Eerder kwam deze afbakening tijdens politieke discussies ook al aan de orde tijdens de herziening van de schadevergoedingsbepaling in 1975 (zie hoofdstuk 1 in §1.6) en ook bij enkele schadevergoedingsbeslissingen op de voet van de regeling van de artikelen 89-93 Sv werd (mede) verwezen naar de (aanvullende) rol van de civiele rechter op dit terrein.

3.2.4 Voorwaarden: onrechtmatige daadcriteria en invulling daarvan met abbb voor de overheid, inclusief evenredigheidsbeginsel/égalité-beginsel

Gezien de constructie van het leerstuk van de onrechtmatige daad en hoe daaraan in de praktijk uiting is gegeven voor wat betreft de schadevergoeding in civilibus voor de gewezen verdachte, wordt hier enige aandacht besteed aan de kwalificatie onrechtmatigheid van een gedraging. Immers, (de daarna weer te bespreken) toerekening in civilibus (op grond van diverse toerekeningsgronden) kan pas plaatsvinden indien sprake is van een daad/gedraging die als onrechtmatig kan worden gekwalificeerd. De onrechtmatigheid van de gedraging is derhalve een (noodzakelijke) voorwaarde alvorens sprake kan zijn van een rechtsplicht tot schadevergoeding. Daarbij mag dan geen sprake zijn van een rechtvaardigingsgrond. De huidige wetgever noemt drie categorieën van onrechtmatig gedrag in artikel 6:162, tweede lid BW, namelijk: een inbreuk op een recht, een doen of nalaten in strijd met een wettelijke plicht

19 Een helder en beknopt overzicht over de ontwikkeling van de verhouding tussen burgerlijke rechter en administratieve rechtsbescherming: Asser-Hartkamp 4-III 2006, nr. 268-271c. Specifiek op het terrein van schadevergoeding wordt de competentieverhouding tussen bestuursrechter en civiele rechter helder samengevat door J.E.M. Polak e.a. 2002, nr. 1, p. 3-4 en J.E.M. Polak e.a. 2008, nr. 2A, p. 101-105.

en een doen of nalaten in strijd met hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt.

Voorheen was dat anders aangezien in de wet zelf (artikel 1401 oud BW) geen criteria waren opgenomen ter vaststelling van de onrechtmatigheid en de Hoge Raad gedragingen voornamelijk leek te toetsen aan de criteria strijd met de wet en rechtsinbreuk.[20] De onbillijke resultaten die dit opleverde zette de wetgever aan tot ingrijpen. Dit leidde tot het wetsontwerp Regout in 1911 en vervolgens tot het gewijzigde wetsontwerp Heemskerk in 1913, en dit laatste luidde dat onrechtmatig is: *'...een handelen of nalaten, dat of inbreuk maakt op eens anders recht, of in strijd is met des daders rechtsplicht, of indruist, hetzij tegen de goede zeden, hetzij tegen de zorgvuldigheid, welke in het maatschappelijk verkeer betaamt ten aanzien van eens anders persoon of goed'*.[21] Vanwege de Eerste Wereldoorlog werd het ontwerp geen wet, maar in 1919 in het arrest Lindenbaum-Cohen volgde de Hoge Raad deze (gewijzigde) wetsontwerptekst letterlijk,[22] zodat vanaf toen sprake was van vier criteria om gedrag aan te toetsen ter vaststelling van onrechtmatigheid. De ruimheid van het zorgvuldigheidscriterium, betrekking hebbend op het ongeschreven recht, gaf aanleiding tot veel discussie in de literatuur over de vraag in hoeverre de overige criteria nog relevant waren.[23] De huidige wetgever koos er bewust voor om – in iets gewijzigde redactie – totaal drie criteria, naast elkaar, op te nemen.[24] Hoewel het derde criterium (betrekking hebben op het ongeschreven recht) wel zo ruim is dat het vaak de eerste twee criteria zal omvatten heeft in beginsel elk criteria een zelfstandige betekenis bij de vaststelling of sprake is van een onrechtmatige gedraging.[25]

---

20 Onder andere HR 10 juni 1919, *W.*9038 (Zutphense juffrouw). Er zijn overigens genoeg uitspraken waaruit blijkt dat naast een dergelijke beperkte uitleg het begrip onrechtmatig ook al ruimer werd uitgelegd. Uitvoeriger G.E. van Maanen 1986, p. 146-154.

21 Gepubliceerd in W 9459. Uitvoerig over genoemde wetsontwerpen zie G.E. van Maanen 1986, p. 73-78.

22 HR 31 januari 1919, NJ 1919, p. 161. Zie over de betekenis van deze uitspraak bijv. G.E. van Maanen 1986, p. 155 e.v.

23 Vooral P.H. Smits die meende dat naast de zorgvuldigheidsnorm de andere twee criteria niet als zelfstandige onrechtmatigheidcriteria kunnen fungeren (de zogenoemde leer Smits, P.H. Smits 1938, p. 478 en 491-492).

24 Parl. Gesch. Boek 6, Verb. 1981, p. 614-616. Het criterium 'strijd met de goede zeden' werd niet overgenomen, omdat het na 1919 in de rechtspraak zelden was toegepast.

25 Met de kanttekening dat soms de onrechtmatigheid op basis van een van de eerste twee onrechtmatigheidcategorieën tevens aan ongeschreven zorgvuldigheidsnormen wordt getoetst, de zogenaamde leer Smits. Asser-Hartkamp 4-III 2006, nr. 44, 53, 54 stelt ook dat tussen de drie onrechtmatigheidcriteria geen waterdichte schotten staan, maar wijst de leer Smits af.

Over het algemeen wordt aangenomen[26] dat de Hoge Raad zich eind 19e eeuw op het standpunt stelde dat de overheid in de uitoefening van haar publiekrechtelijke taak niet onrechtmatig kon handelen,[27] maar dat veranderde in 1924 door het Ostermannarrest.[28] Al iets eerder in 1901[29] was aangenomen dat een publiekrechtelijke overheidshandeling onrechtmatig was indien dat inbreuk maakte op een subjectief recht (rechtsinbreuk). Dat werd bevestigd in het Ostermannarrest, en tevens bepaalde de Hoge Raad daar dat naast inbreuk op een recht ook handelen/nalaten in strijd met een wettelijk voorschrift onrechtmatig is, ongeacht of dat voorschrift van privaatrechtelijk dan wel publiekrechtelijk aard is. Sindsdien wordt aangenomen dat een publiekrechtelijk lichaam, indien dat bij de vervulling van zijn overheidstaak handelde in strijd met een wettelijk voorschrift, een onrechtmatige daad pleegde.[30]

Ook hier geldt dat bij de enkele overtreding van een voorschrift nog niet voor iedere gedupeerde een geslaagde onrechtmatigheidsanctie in het verschiet ligt; de overtreden norm moet op zijn minst de beoogde belangen van de gelaedeerde beschermen althans mede daartoe strekken. Deze relativiteitsleer is in de huidige wet verwerkt in artikel 6:163 BW.[31] Ten aanzien van de overheid is daarboven nog lang verdedigd dat moest worden nagegaan of de overtreden norm vooral klagers belangen beoogt te beschermen dan wel of die norm niet meer is dan een instructie aan de overheid. Over de vraag of dit onderscheid tussen waarborg- en instructie norm wel een zelfstandige functie vervult naast de relativiteitsleer is lange tijd flink gediscussieerd.[32] In ieder geval dient goed te worden nagegaan wat de overtreden norm beoogt: als een bepaalde norm bijvoorbeeld niet meer beoogt dan aan te geven wie bevoegd is te beslissen, dan strekt zij niet ter bescherming van de belangen van de burger.[33] Een aanspraak tegen de overheid kan dus afstuiten op het

---

26 Van Maanen noemt de geldende opvatting, dat pas laat sprake zou zijn van aanvaarding van de onrechtmatige overheidsdaad in volle omvang, een mythe en gaat daartoe in op vroegere rechtspraak waaruit zou blijken dat de Hoge Raad niet in de gehele 19e eeuw een beperkte interpretatie van de overheidsaansprakelijkheid heeft aangehangen, zie G.E. van Maanen 1996, met name paragraaf 1.5 en hoofdstuk 3.

27 Dat bleek onder andere uit het Vrouw Elske arrest van 29 mei 1896, *W* 6817 en het Rhedense koe-arrest van 21 april 1898, *W* 7116. Een iets andere uitleg over deze periode in de rechtsgeschiedenis geeft G.E. van Maanen 1996.

28 HR 20 november 1924, W 11293, NJ 1925, 89.

29 Onder andere HR 10 mei 1901, *W* 7607, zie Asser-Hartkamp 4-III 2006, nr. 284.

30 Ook een overtreding door de overheid van een ieder verbindende bepaling van een internationale overeenkomst kan een onrechtmatige gedraging opleveren, J. Spier 1987, p. 77.

31 De relativiteitsleer wordt ook genoemd: normbestemmingsleer, leer van de relatieve onrechtmatigheid en Schutznorm-leer, Asser-Hartkamp 4-III 2006, nr. 97.

32 Later werd dat weer beperkt door aan te nemen dat dit slechts gold indien sprake was van een wettelijke waarborgnorm (in tegenstelling tot een wettelijke instructienorm), maar ook dat onderscheid werd weer verlaten en thans gaat men er vanuit dat de relativiteitsleer gelijkelijk van toepassing is op particuliere- en overheidshandelingen als begrenzing van aansprakelijkheid, Asser-Hartkamp 4-III 2006, nr. 104.

33 J. Spier 1987, p. 78-80. Idem G.E. van Maanen en R. de Lange 2005, p. 64.

relativiteitsvereiste. Overigens kan uit de uitspraak van de Hoge Raad 1 juli 1982 worden afgeleid dat ook de correctie Langemeijer van toepassing is bij onrechtmatige overheidsdaden.[34]

Een andere vraag binnen het leerstuk van de onrechtmatige overheidsdaad was in hoeverre overheidshandelingen ook getoetst mochten worden aan de andere twee criteria die na 1919 voor het algemene onrechtmatige daadrecht golden: strijd met de goede zeden maar vooral maatschappelijke zorgvuldigheid. In 1928 kwam daarover duidelijkheid in het Strooppot-arrest;[35] daar bepaalde de Hoge Raad dat de zorgvuldigheidsnorm slechts gold in het verkeer tussen bijzondere personen onderling, inclusief het verkeer waaraan de overheid op gelijke voet als een bijzonder persoon deelneemt. Hieruit volgde dat zuivere overheidsdaden (ter vervulling van de overheidstaak) dus slechts aan de twee eerder genoemde criteria getoetst konden worden.[36]

Niet iedereen is het erover eens in hoeverre dit uitdrukkelijk is herroepen, maar door velen werd uit latere jurisprudentie afgeleid dat de Hoge Raad sinds de jaren veertig maar zeker vanaf het begin van de jaren tachtig ook zuivere overheidshandelingen feitelijk aan de zorgvuldigheidsnorm (of betamelijkheidnorm) toetst. Dit hangt echter vooral nauw samen met het verschuiven van de aandacht van de keuze van onrechtmatigheidcriteria naar de omvang van de beleidsvrijheid die de rechter het bestuur moet laten.[37] Thans geldt dat de overheid binnen de grenzen van het 'freies Ermessen' in beginsel vrij is belangenafwegingen te maken, maar de rechter deze belangenafweging evenwel als onrechtmatig kan beoordelen indien daarbij sprake is van willekeur of 'detournement de pouvoir' of indien de overheidsbeslissing qua wijze van totstandkoming of inhoud in strijd is met de algemene beginselen van behoorlijk bestuur (abbb).[38] Strijdigheid met abbb levert niet een apart onrechtmatig-

---

34 HR 1 juli 1982, NJ 1983, 684 m. nt. CJHB (van Hooff/Staat), zodat het feit van de wetsovertreding, hoewel die niet strekt ter bescherming van de belangen van de gelaedeerde, wel een rol kan spelen bij de vraag of de overheid aansprakelijk is krachtens ongeschreven recht, aldus Asser-Hartkamp 4-III 2006, nr. 102 jo 105.

35 HR 9 juni 1928, NJ 1928, p. 1138 m.nt. E.M.M.

36 Asser-Hartkamp 4-III 2006, nr. 285. Zie hierover ook Parl. Gesch. Boek 6, Verb. 1981, p. 620-621 waar de Raad van State er van uitgaat dat er dan (jaren '80) nog geen aanwijzingen zijn dat de Hoge Raad inmiddels zonder meer de zorgvuldigheidsnorm op overheidshandelingen toepast.

37 De Voorste Stroom-arresten V (Hoge Raad 20 december 1940, NJ 1941, 366) en VI (HR 19 maart 1943, NJ 1943, 312) zijn hiervan een eerste voorbeeld. Later volgden onder andere HR 13 februari 1981, NJ 1981, 456 en met name HR 1 juli 1982, NJ 1983, 684, waar Brunner in zijn noot concludeert dat hiermee de Strooppot-leer definitief is verlaten. Zie uitvoerig Asser-Hartkamp 4-III 2006, nr. 286-289 en J. Spier 1987, nr. 23, m.n. p. 88 ev. Verder Parl. Gesch. Boek 6, Verb. 1981, p. 624-624 (Rapport aan de Koningin) waarin dit, onder verwijzing naar vele auteurs, ook wordt verondersteld (in tegenstelling tot hetgeen de Raad van State hierover adviseerde, zie idem, p. 620-621).

38 Asser-Hartkamp 4-III 2006, nr. 290d. Derhalve kan worden aangenomen dat de Hoge Raad overheidshandelen aan abbb toetst, zowel direct als indirect. De hier relevante abbb betreffen het gelijkheidsbeginsel, het evenredigheidsbeginsel, het rechtszekerheidsbeginsel, het

heidcriterium op; verondersteld kan worden dat de abbb onder het onrechtmatigheidcriterium strijd met de maatschappelijke zorgvuldigheid/betamelijkheid geschoven kunnen worden.[39] Aangezien andere deelnemers aan het rechtsverkeer in beginsel niet aan de abbb zijn gebonden, gelden voor de beoordeling van overheidshandelen in zoverre dus strengere normen; de overheid is in zoverre aan strengere zorgplichten onderworpen dan de gemiddelde gewone burger.[40] Zo zal een gedraging van de overheid eerder onrechtmatig kunnen zijn. Van de abbb geldt het evenredigheidsbeginsel met name ter ondersteuning van op quasi rechtmatige daad gebaseerde vorderingen in het bestuursschaderecht.[41] Inmiddels wordt onderscheiden tussen deze doelmiddel afweging (artikel 3:4 Awb) en zelfstandige toetsing aan het beginsel van gelijkheid voor de openbare lasten.[42] Ook bij de uitspraak Staat-Lavrijsen[43] (over schade tengevolge van strafvorderlijke dwangmiddelen geleden door een derde – niet zijnde een gewezen verdachte) betrok de civiele Hoge Raad het égalité-beginsel bij zijn oordeel over de vraag of de overheidshandeling (strafvorderlijke doorzoeking) onrechtmatig was. De civiele rechter ontkomt er niet aan – binnen het kader van een wettelijke onrechtmatigheidtoets – om de toets over de schadeveroorzakende handeling zelf en de gevolgen van die schadeveroorzakende handeling niet te kunnen ontkoppelen; een ontkoppeling die wel plaatsvond in het bestuursschaderecht. Wel werd dezelfde redenering gevolgd dat het toebrengen van zodanig onevenredige schade bij een op zichzelf rechtmatige overheidshandeling (als i.c. de huiszoeking) jegens de getroffene (een derde) onrechtmatig is. De redenering is dat het toebrengen van *onevenredig* nadeel bij een op zichzelf rechtmatige overheidshandeling jegens de getroffene onrechtmatig is; het beginsel van de gelijkheid voor de openbare lasten ('égalité devant les charges publiques') is in de benadering van de bestuursrechter en van de civiele rechter geaccepteerd als (zelfstandige) norm waarvan schending een onrechtmatige daad oplevert, maar nadrukkelijk kan slechts sprake zijn van schending in het geval van *onevenredig* nadeel (deze ontwikkeling leidt derhalve niet tot de conclusie dat inmiddels een regel zou gelden op grond waarvan de overheid gehouden is *alle* nadelen ten gevolge van rechtmatig handelen in het algemeen belang te vergoeden).[44] Zoals hierna te lezen blijkt dat de Hoge Raad er niet voor kiest deze invalshoek te hanteren bij schade ten gevolge van strafvorderlijke dwangmiddelen/strafvorderlijk overheidsoptreden *voor wat betreft de gewezen verdachte*.

---

zorgvuldigheidsbeginsel en het fair play beginsel. Zie ook G.E. van Maanen en R. de Lange 2005, p. 47 e.v.

39 J. Spier 1987, nr. 24, p. 100.

40 J. Spier, T. Hartlief e.a. 2006, nr. 177.

41 J. Spier, T. Hartlief e.a. 2006, nr. 177, nr. 185.

42 ABRvS 12 november 2003, AB 2004, 95 r.o. 2.7.

43 HR 30 maart 2001, AB 2001, 412 en NJ 2003, 615.

44 J.E.M. Polak e.a. 2002, nr. 1, p. 6.

3.2.5 Geen onrechtmatigheid indien sprake is van een rechtvaardigingsgrond

Gedragingen die te kwalificeren zijn onder een der categorieën zoals hierboven beschreven zijn in beginsel onrechtmatig.[45] De wet zelf heeft hierop echter een voorbehoud gemaakt (art 6:162 tweede lid, laatste gedeelte), namelijk indien sprake is van een rechtvaardigingsgrond. Deze 'mits' geldt alle drie de hierboven beschreven categorieën onrechtmatig gedrag. Een dergelijke correctie kan nodig zijn indien sprake is van vervulling van een hogere plicht of van het gebruikmaken van een sterkere bevoegdheid waardoor schade is aangericht, bijv. bij aansprakelijkheid van overheidsorganen bij de uitoefening van een overheidstaak.[46]

Rechtvaardigingsgronden kunnen rechtstreeks op de wet gebaseerd zijn, zoals een wettelijk voorschrift en een (bevoegd gegeven) – ambtelijk bevel. Ook overmacht (in de betekenis van noodtoestand) en noodweer zijn – in het geval ze de wederrechtelijkheid van een strafbare gedraging ontnemen – eveneens rechtvaardigingsgronden[47] in civilibus die rechtstreeks op de (in casu straf)wet zijn gebaseerd.[48] Doordat de civiele wetgever niet afzonderlijk in een specifieke rechtvaardigingsgrondenregeling heeft voorzien[49] is bewust de mogelijkheid opengelaten dat andere rechtvaardigingsgronden dan die welke rechtstreeks uit de wet voortvloeien, kunnen worden erkend.[50] Zo wordt naast de wettelijke rechtvaardigingsgrond 'wettelijk voorschrift' ook de niet uitdrukkelijk in de wet genoemde 'wettelijke bevoegdheid' als rechtvaardigingsgrond erkend.[51] Ook kan het geven van toestemming de onrecht-

45 Schut onderscheidt abstracte onrechtmatigheid (het voorlopige standpunt) van de concrete onrechtmatigheid (het definitieve oordeel), maar geeft aan dat de rechtvaardiging natuurlijk ook wel direct in de definitieve overweging wordt meegenomen, dus zonder dat eerst een voorlopig standpunt wordt ingenomen dat vervolgens nadrukkelijk wordt gecorrigeerd, G.H.A. Schut 1997, p. 46.

46 G.H.A. Schut 1997, p. 46-47.

47 Interessant is dat in sommige landen in bepaalde gevallen een schadetoebrengende gedraging in noodtoestand (derhalve niet onrechtmatig) toch een schadevergoedingsplicht op grond van billijkheid met zich meebrengt, zie Parl. Gesch. Boek 6, Verb. 1981, waar op p. 617 Duitsland, Zwitserland, Italië en Griekenland in dit kader worden genoemd.

48 Voor genoemde rechtvaardigingsgronden kan derhalve worden aangesloten bij het Wetboek van Strafrecht in de artikelen 40-43, ook voor wat betreft de interpretatie, gezien de verwantschap tussen onrechtmatige daad en strafbaar feit, aldus Asser-Hartkamp 4-III 2006, nr. 59 t/m 62.

49 In tegenstelling tot vele buitenlandse wetboeken die met name noodweer en noodtoestand wel afzonderlijk regelen.

50 Parl. Gesch. Boek 6, Verb. 1981, p. 617. De Raad van State uitte zijn bedenkingen daarover, zie idem, p. 622 en de reactie van de Minister daarop op p. 626-627, onder aanhaling van rechtspraak en literatuur. Ook in het strafrecht is een buitenwettelijke rechtvaardigingsgrond ontstaan, het ontbreken van de materiële wederrechtelijkheid, maar deze heeft zich maar een enkele keer gemanifesteerd in de rechtspraak, onder andere Veearts, HR 20 februari 1933, NJ 1933, 918.

51 Asser-Hartkamp 4-III 2006, nr. 63. Dit zou een rol kunnen spelen indien politiefunctionarissen persoonlijk worden aangesproken.

matigheid van de gedraging van diegene die toestemming kreeg wegnemen.[52,53] Aan risicoaanvaarding als aparte rechtvaardigingsgrond bestaat volgens de Hoge Raad echter geen behoefte, gezien het bepaalde over eigen schuld (artikel 6:101 BW) en de verbondenheid met toestemming.[54]

Men kan zich afvragen of *het behartigen van het algemeen belang* als zodanig voor de overheid een rechtvaardigingsgrond kan opleveren. Over het algemeen is dat niet het geval, tenzij dat algemeen belang zo zwaar weegt dat sprake is van overmacht/noodtoestand. In aanvulling op wat hiervoor werd besproken geldt voor de overheid dat deze rechtvaardigingsgronden dan specifiek worden ingevuld; zo kan sprake zijn van rechtvaardigende overmacht indien de overheid een tekort aan financiële middelen heeft om grondrechten te realiseren.[55] Daarnaast is ook wel aangenomen dat voor de overheid een rechtvaardigingsgrond kan worden ontleend aan een samenloop van meerdere omstandigheden, zoals het dienen van een redelijk algemeen belang en het door de dader voor zijn rekening nemen van de nadelige gevolgen (schade). Het dienen van het redelijk algemeen belang is dan op zichzelf nog niet voldoende om de onrechtmatigheid te doen vervallen, maar geeft wel een begin van een rechtvaardigingsgrond, of een rechtvaardigingsgrond in wording. Als daar nog bij komt dat bijv. 'de dader zich de belangen van de benadeelde heeft aangetrokken'[56] kan daarmee de rechtvaardigingsgrond in wording tot een volwaardige rechtvaardigingsgrond worden, aldus de redenering van Bregstein in reactie op discussie die ontstond na twee geruchtmakende arresten in 1943 en 1944.[57] Bregstein meent dus dat het gewraakte handelen onrechtmatig is, maar dat door de combinatie van twee elementen – algemeen belang en schadevergoeding – de onrechtmatigheid (pas) wordt opgeheven. Drion zag het andersom; hij ging er van uit dat een rechtmatige situatie onrechtmatig kan worden doordat geen schadevergoeding wordt aangeboden. Drion gaat daarbij, in tegenstelling tot Bregstein, bewust niet uit van een rechtvaardigingsgrond in wording, omdat dan sprake is van een beoordeling van de onrecht-

52 J. Spier, T. Hartlief e.a. 1997, p. 18. G.H.A. Schut 1997 behandelt dit bij de randfiguren, p. 65 en haalt HR 28 oktober 1977, NJ 1987, 86 aan, waar stilzwijgende toestemming niet tot onrechtmatigheid leidde.

53 In het strafrecht is het geven van toestemming daarentegen zeker niet aanvaard als (ongeschreven) rechtvaardigingsgrond, alhoewel het in de euthanasiediscussie wel een van de elementen was die een – overigens zeker géén doorslaggevende – rol speelde bij de aanname van noodtoestand bij een euthanaserende arts.

54 HR 28 juni 1991, NJ 1992, 622 (natrappen in voetbalwedstrijd).

55 Zo werd noodtoestand meerdere malen aangenomen als rechtvaardigingsgrond voor de situatie dat TBS-gestelden in afwachting op plaatsing in een behandelinrichting langdurig in een Huis van Bewaring gedetineerd werden, als gevolg van capaciteitsproblemen. Zie hierover M. Boone en N.M. Dane 1999, p. 319-339.

56 Formule afkomstig uit HR 18 februari 1944, NJ 1944, 226 (Jochems/Den Haag of duinwaterarrest).

57 M.H. Bregstein 1951, p. 299. Zie HR 19 maart 1943, NJ 1943, 312 (Voorste Stroom VI) en HR 18 februari 1944, NJ 1944, 226 (duinwater).

matigheid naar verschillende momenten.[58] Weer een andere redenering stond Van den Bergh voor: hij meende dat een overheidshandeling in het algemeen belang per definitie rechtmatig is, mits aan de eisen van proportionaliteit en subsidiariteit is voldaan. Wel kan het wenselijk zijn schade te vergoeden, maar dat is dan een taak voor wetgever of bestuur. Indien een andere, geen of minder schadeveroorzakende uitvoering mogelijk was dan kan de gekozen uitvoeringsmethode wel onrechtmatig zijn.[59] De Hoge Raad lijkt op een gegeven moment Bregsteins benadering te hebben gekozen in latere arresten, waaronder het Zevende Voorste Stroomarrest.[60] Opvallend is daarbij dat deze (uiteindelijk dus) niet onrechtmatige daad met de onrechtmatige daad gemeen bleek te hebben dat de schade door de dader werd vergoed. Hierna werd eerst in de rechtspraak[61] en vervolgens in de wet (de constructie van artikel 6:168 lid 1 BW) een iets andere weg ingeslagen doordat een verbodsactie tegen een onrechtmatige daad door de rechter kan worden afgewezen en de gedraging dus geduld moet worden wegens zwaarwegende maatschappelijke belangen indien de benadeelde (van de overigens nog steeds onrechtmatige daad) schadeloos wordt gesteld. Hier zit het verschil ten opzichte van de hiervoor genoemde variant Bregstein, waar door een rechtvaardigingsgrond een onrechtmatige daad tot niet onrechtmatige daad wordt, en toch sprake is van schadevergoeding. De wetgever koos echter voor voorgaande mogelijkheid, door in artikel 6:168 BW, eerste en derde lid te stellen dat bij een eenmaal onrechtmatige daad waarbij de benadeelde schadeloos is gesteld geen verbod kan worden gevraagd. Maar eigenlijk gaat dat over verbiedbaarheid en schadeloosstelling en niet in het algemeen over onrechtmatigheid en schadeloosstelling. In het Oorspronkelijk Ontwerp was een dergelijke regeling beperkt tot hinder, maar na overbrenging naar artikel 6:168 BW werd dit uitgebreid tot onrechtmatige daden in het algemeen.[62] De maatschappelijke zwaarwegende belangen vormen dus niet een rechtvaardigingsgrond in wording welke compleet wordt zodra schadevergoeding is betaald, maar slechts grond voor de rechter om aan de onrechtmatige handeling, die ook onrechtmatig blijft, de verbodshandeling te onthouden. Overigens sluit dit niet uit dat het algemeen belang toch ook een rechtvaardigingsgrond kan opleveren, maar dan is er geen onrechtmatige daad en dus geen sprake van verbod of schadevergoeding.[63]

---

58 J. Drion 1947, p. 269 e.v. Voor een heldere bespreking over de verschillen tussen Drion en Bregstein zie J.K. de Pree 1992, p. 4-11 en H.G.F.M. de Kok 1993, p. 435-452, met name p. 447. J.L. de Wijkerslooth 1993, p. 316-324 gaat in op en ondersteunt de mening van A.R. Bloembergen.

59 G. van den Bergh 1952, met name p. 503.

60 HR 19 december 1952, NJ 1953, 642 (Voorste Stroom VII, zie verder Asser-Hartkamp 4-III 2006, nr. 66-67 en J. Spier 1987, nr. 25, m.n. p. 105 v.

61 Dat betrof ook een geval van hinder: HR 3 april 1987, NJ 1987, 703, zie ook HR 23 september 1988, NJ 1989, 743 (r.o. 3.3.5).

62 Aldus Asser-Hartkamp 4-III 2006, nr. 67. Zie verder Parl. Gesch. Boek 6, Verb. 1981, p. 670-672.

63 Aldus A-G Strikwerda bij Hoge Raad 23 november 1990, NJ 1991, 92 Joemman-Staat sub 9.

De civiele rechter lijkt in latere rechtspraak overigens niet geheel afstand te hebben genomen van de Bregstein-variant of de Drion-variant. De uitspraak Staat-Lavrijsen kan daarvoor als voorbeeld dienen (het toebrengen van onevenredige schade bij de toepassing van ab initio rechtmatige strafvorderlijke dwangmiddelen kan ten opzichte van een – niet verdachte – derde een onrechtmatige daad opleveren).[64] De civiele rechter is echter anders omgegaan met vorderingen van de gewezen verdachte voor schade tengevolge van ondergane strafvorderlijke dwangmiddelen, zoals uit de beschrijving van rechtspraak hierna zal blijken: een ab initio rechtmatige toepassing van strafvorderlijke dwangmiddelen kan achteraf onrechtmatig worden, maar niet vanwege het toebrengen van onevenredige schade, maar vanwege het blijken van onschuld aan de kant van de gelaedeerde. Daardoor blijkt de oorspronkelijke rechtvaardigingsgrond namelijk achteraf ongefundeerd. De rechtvaardigingsgrond zelf was dan 'het zwaarwegende opsporingsbelang, aangezien ten tijde van het politieoptreden ten aanzien van de verdachte een redelijk vermoeden van schuld bestond' (27 Sv).[65] Deze ontwikkeling wordt uitvoerig hierna beschreven (vanaf § 3.3).

3.2.6 Causaal verband tussen daad en schade

Naast bovengenoemde voorwaarden voor wettelijke aansprakelijkheid dat sprake moet zijn van een onrechtmatige daad (die toerekenbaar is, zie hierna) en er geen rechtvaardigingsgrond is, geldt vanzelfsprekend dat er schade moet zijn[66] en voldoende causaal verband tussen de daad en de schade.

In beginsel komt alleen die schade voor vergoeding in aanmerking welke rechtens relevant is en geleden in een rechtens erkend belang.[67]

Voor wat betreft de *vestigingsfase*[68] volgt de causaliteitseis tussen gedraging en schade uit artikel 6:162 BW ('daardoor' en 'dientengevolge').[69] Beslissend daarvoor is de juridische causaliteit, welke echter niet los kan worden gezien van de concreet-feitelijke causaliteit. Bij de vaststelling van deze feitelijke causaliteit moet worden onderscheiden naar oorzaak (causa) en voorwaarde

64 HR 30 maart 2001, AB 2001/412. Een heldere samenvatting geeft J.E.M. Polak e.a. 2002, nr. 1, p. 6. Zie ook A.R. Bloembergen 1992, p. 123.

65 HR 2 februari 1990, NJ 1990, 794. Korter gezegd: de verdenking rechtvaardigde de toepassing van het dwangmiddel (HR 29 april 1994, NJ 1995, 727).

66 Schade is geen voorwaarde om vast te stellen dat sprake is van onrechtmatige daad; denk aan de verbodsactie waarvoor eisers belang voldoende is en geleden of dreigende schade niet noodzakelijk is. G.H.A. Schut 1997, p. 33. Voor aansprakelijkheid in de zin van een schadevergoedingsplicht is schade vanzelfsprekend wel een voorwaarde.

67 G.H.A. Schut 1997, p. 150.

68 Voor wat betreft de *omvangfase* gaat het om de vraag welke schadeposten aan de veroorzaker worden toegerekend (het schadetoerekeningverband); de maatstaf daarvoor is te vinden in artikel 6:98 BW. Zie § 3.2.9 en 3.2.10.

69 De hiernavolgende alinea's over causaliteit zijn ontleend aan G.H.A. Schut 1997, p. 70-91.

(conditio). Elke gebeurtenis wordt gedragen door vele voorwaarden zonder welke de gebeurtenis niet zou hebben plaatsgevonden. Bij het maken van een keuze welke voorwaarde beslissend is geweest voor het gebeuren, of anders gezegd, welke voorwaarde als oorzaak van het gebeuren kan worden aangemerkt, kan de hypothetische eliminatiemethode worden gehanteerd: uit het geheel van voorwaarden wordt er één als vermoedelijke oorzaak weggedacht waarna men zich afvraagt of het gevolg ook dan zou zijn ingetreden. Zo kan in ieder geval een relevante voorwaarde worden bepaald zonder welke het gevolg niet zou zijn ingetreden (conditio sine qua non). Dit c.s.q.n.-verband geeft een kader waarbinnen het causaliteitsprobleem verder kan worden opgelost.[70] De vastgestelde feitelijke causaliteit moet zo nog worden vertaald naar een juridische. Voorheen gebeurde dat middels de formule van het redelijkerwijs te verwachten gevolg in de zin van de voorzienbaarheid of de waarschijnlijkheid van een gebeurtenis, hetgeen eerst werd beoordeeld vanuit de 'subjectiv vorträgliche Person', later vanuit de 'objectiv nachträgliche Person'. Uit alle voorwaarden sine qua non (eerste begrenzing) werden die voorwaarden gehaald die in een waarschijnlijkheidsrelatie met het gevolg staan (tweede begrenzing).[71] Over het algemeen blijkt uit rechtspraak van de Hoge Raad dat thans, voor het aannemen van (vestiging van) aansprakelijkheid de aanwezigheid van een feitelijk causaal verband voldoende wordt acht,[72] dus in beginsel geldt een conditio sine qua non-verband dan als minimum voorwaarde.[73] Bij de vaststelling van de omvang wordt dan vervolgens een toerekeningverband bepaald volgens de toerekeningmaatstaf van artikel 6:98 BW, dat ziet op de relatie tussen schadegebeuren en schade[74]

3.2.7 (On)rechtmatigheid en (oneigenlijke) formele rechtskracht

Hiervoor heb ik al aangegeven dat de civiele rechter een restrechter is voor zover er ook andere rechtsgangen door de wetgever zijn ontwikkeld. Uitgangs-

70 Indien er hierover onduidelijkheid bestaat levert dat in de praktijk een bewijslastprobleem op, zie J. Spier, T. Hartlief e.a. 2006, nr. 214, 215.

71 G.H.A. Schut 1997, p. 78. Niet is echter uitgesloten dat thans de gedachte van de kansverhoging de eis van objectieve waarschijnlijkheid van het gevolg al heeft verdrongen. Dan is niet meer nodig dat er een waarschijnlijkheidsverband is tussen daad en schade, maar kan worden volstaan met aan te tonen dat de dader door zijn gedrag de mogelijkheid van schade heeft vermeerderd. G.H.A. Schut 1997, p. 84, 85. Mijns inziens verschuift dan echter de causaliteitskwestie meer naar de toerekening omdat hier het kansverhogende risico dat de dader neemt, hem causaal wordt toegerekend. Zie over de betekenis van de voorzienbaarheid buiten de causaliteitsvraag ook idem, p. 79 v.

72 G.H.A. Schut 1997, p. 91.

73 Kritisch over de beoordeling van causaliteit bij overneming onrechtmatigheid na bestuursrechtelijke vernietiging (oneigenlijke formele rechtskracht) is H.Ph.J.A.M. Hennekens 2001, p. 38.

74 En niet meer, zoals bij de vestigingsfase, op de relatie tussen daad en schadegebeuren.

punt is dat indien de rechtsbescherming van de civiele rechter niets toevoegt aan de bijzondere rechtsbescherming (of, indien de bijzondere rechtsgang voldoende rechtsbescherming biedt), dan in beginsel de weg naar de civiele rechter is afgesloten. Indien de rechtsbescherming van de civiele rechter wel iets toevoegt, dan kan deze een aanvullende rol vervullen, waarbij in de regel vaak geldt dat ook de 'onvolwaardige' bijzondere voorziening eerst moet zijn doorlopen (zie ook hiervoor bij § 3.2.3), maar dat vereiste geldt niet bij civiele vorderingen als daarvoor geen gebruik is gemaakt van de regeling van de artikelen 89-93 Sv (indien mogelijk). Indien de ontvankelijkheidhobbel is genomen speelt de kwestie hoe de civiele rechter omgaat met het wel of niet doorlopen zijn van het eerdere (bestuursrechtelijke of strafrechtelijk) voortraject. In geval van een bestuursrechtelijk voortraject zijn eigenlijk twee situaties denkbaar. Ten eerste: indien in dat voortraject bezwaar of beroep mogelijk was (er was dus een voor bezwaar en beroep vatbaar Awb besluit) maar dat *onbenut* is gebleven, gaat de civiele rechter uit van de rechtmatigheid van de niet aangevochten beslissing. Dat besluit is in rechte onaantastbaar, ofwel heeft formele rechtskracht gekregen.[75] Op dit uitgangspunt zijn enkele uitzonderingen aangenomen, onder andere indien de eindvoorziening een bezwaar- of beroepsprocedure was en men daartegen niet in beroep kon bij een administratieve rechter. Een andere doorbreking van de formele rechtskracht ontstaat indien de Staat de onrechtmatigheid erkent, zoals in het geval Sint Oedenrode/Van Aarle.[76] Een mooi ander voorbeeld is de uitspraak inzake Staat/Bolsius[77] dat zelfs in strijd lijkt te zijn met de leer van de formele rechtskracht, aangezien de Hoge Raad daar oordeelde dat indien het opgewekt vertrouwen onvoldoende is voor vernietiging door de administratieve rechter, dit niet eraan in de weg staat dat de civiele rechter onderzoekt of de handelingen van het bestuur waaraan het vertrouwen werd ontleend onzorgvuldig zijn.[78]

De tweede situatie is dat het (bestuursrechtelijk) voortraject wel is doorlopen. Indien daarbij de bestuursrechter een oordeel heeft gegeven over de (on)rechtmatigheid van een besluit, dan acht de civiele rechter zich daaraan gebonden. Indien het besluit in stand is gebleven, dan wordt uitgegaan van de rechtmatigheid van het overheidshandelen (formele rechtskracht). De leer van de formele rechtskracht behoort sinds het arrest van de Hoge Raad

---

75 Ook interessant in fiscalibus: indien eerst een beschikking is gegeven en daarop volgt een nieuwe beschikking die terugkomt op de vorige, terwijl op beide beschikkingen geen procedure bij de belastingrechter volgt omdat een compromis tot stand was gekomen: wat is dan de betekenis van de regel van de formele rechtskracht t.o.v. elk der beschikkingen. Zij kunnen niet beide voor rechtmatig worden gehouden. Zie onder andere HR 22 juni 1990, NJ 1993, 637.

76 HR 18 juni 1993, NJ 1993, 642.

77 HR 2 februari 1990, AB 1990, 223 (Staat/Bolsius), zie daarover kort J. Spier, T. Hartlief e.a. 2006, nr. 172. Betrokkene had overigens geen (arob) beroep ingesteld, maar was direct naar de civiele rechter gegaan.

78 Er zijn ook nog enkele andere uitzonderingen op de formele rechtskracht, zie hierover bijv. H.D. van Wijk, W. Konijnenbelt en R.M. van Male 2005, p. 669 e.v.

Heesch-van den Akker tot standaardjurisprudentie.[79] Vooral in de verhouding bestuursrechtelijke-civielrechtelijke rechtsbescherming is dit leerstuk van de formele rechtskracht tot ontwikkeling gekomen en daaraan liggen verschillende overwegingen ten grondslag waaronder het belang van het handhaven van de rechtmachtsverdeling tussen administratieve rechter en burgerlijk rechter; voorkomen moet worden dat de burger gaat forumshoppen.

Als het (bestuursrechtelijk) voortraject wel is doorlopen maar het besluit is herroepen wegens een rechtmatigheidgebrek dan wel vernietigd door de bestuursrechter, dan staat daarmee de civiele onrechtmatigheid vast. Dat komt erop neer dat de bestuursrechtelijke 'onrechtmatigheid' gelijk is te stellen met civielrechtelijke onrechtmatigheid (als onderdeel van de onrechtmatige daad).[80] In bepaalde gevallen is daarmee eveneens de schuld van de overheid gegeven (omdat geen sprake kan zijn van verontschuldigbare rechtsdwaling, zie hierna onder toerekening). In alle andere situaties dan voorgaande (derhalve in alle gevallen dat gewraakt overheidshandelen niet uitmondt of kan uitmonden in een op grond van de Awb voor bezwaar of beroep vatbaar besluit) zal de civiele rechter zelfstandig de onrechtmatigheid vaststellen, zoals bij feitelijk overheidshandelen waaronder onrechtmatig politieoptreden.[81]

Het voorgaande geldt overigens slechts voor een voortraject waarbij de (bestuurs)rechter oordeelde; indien daarentegen het bestuur een (on)rechtmatigheidoordeel heeft gegeven, is de civiele rechter hieraan in beginsel niet gebonden.[82]

Een interessante kwestie is in hoeverre een dergelijke formule ook kan worden vertaald naar de situatie dat overheidshandelen is gebaseerd op beslissingen van justitiële organen (officier van justitie, rechter-commissaris), bijv. de beslissing om een verdachte in verzekering te stellen en de (on)rechtmatigheidtoets door de rechter-commissaris daarop. In hoeverre acht de civiele schadevergoedingsrechter zich bijv. aan dit (on)rechtmatigheidoordeel van de rechter-commissaris gebonden? De Hoge Raad oordeelde in 2006 dat de zittingrechter hieraan niet gebonden is.[83]

79 HR 16 mei 1986, AB 1986, 573.

80 Sinds HR 24 februari 1984, NJ 184, 184 en AB 1984, 399 (St. Oedenrode/Driessen). Hiervoor kwam dit aspect al aan de orde bij de bespreking van de rol van de abbb bij de vaststelling van de onrechtmatigheid, zie § 3.2.4.

81 Aldus J.E.M. Polak e.a. 2002, nr. 1, p. 3.

82 J. Spier, T. Hartlief e.a. 2006, nr. 171.

83 HR 13 juni 2006, LJN AV6195. Het Gemeenschappelijk Hof van de Nederlandse Antillen en Aruba vertaalde dit door naar de niet-gebondenheid van de schadevergoedingsrechter aan de uitkomst van de rechtmatigheidtoets door de rechter-commissaris (13 februari 2007, schadevergoeding familie Van der Sloot/zaak Natalee Holloway).

3.2.8 Onrechtmatige rechtspraak

In beginsel heb ik mij hier beperkt tot bestuurlijk-strafvorderlijk handelen van de overheid.[84] Veel strafvorderlijke beslissingen (inclusief de toepassing van sommige dwangmiddelen) worden namelijk toegepast onder supervisie van de Officier van Justitie. Andere (met name vrijheidsbenemende) dwangmiddelen steunen echter op een rechterlijke beslissing (namelijk van rechter-commissaris of raadkamer gevangenhouding).

In het algemeen (en niet onderscheiden naar rechtsgebied, dus ten aanzien van rechterlijke fouten zowel in civiele, bestuursrechtelijke en strafrechtelijke zaken) gaat de civiele rechter zeer terughoudend om met toetsing van onrechtmatigheid van rechtspraak en neemt slechts aansprakelijkheid aan indien bij de voorbereiding van een rechterlijke beslissing zo fundamentele rechtsbeginselen zijn veronachtzaamd dat van een eerlijke en onpartijdige behandeling van de zaak niet meer kan worden gesproken en tegen die beslissing geen rechtsmiddel openstaat en heeft opengestaan.[85] In dat geval kan de staat – daargelaten of de Nederlandse wetgeving aanknopingspunten bevat die het mogelijk maken dat de nationale rechter daarover oordeelt – voor de daaruit voortvloeiende schade aansprakelijk worden gesteld op grond van artikel 6 EVRM.[86] Een voorbeeld over een dergelijke beoordeling van een strafrechtelijke uitspraak is de zaak Van Mechelen.[87]

Ook kwam in de rechtspraak over civiele schadevergoedingsvorderingen voor toegepaste dwangmiddelen (die op rechterlijke beslissingen steunen) aan de orde of een schadevergoedingsvordering moest worden beoordeeld in het licht van de strenge toets van onrechtmatige rechtspraak.[88]

3.2.9 Gronden van toerekening

Voor wettelijke aansprakelijkheid in de zin van een uit de wet volgende rechtsplicht tot schadevergoeding wordt niet alleen vereist dat sprake is van

---

84 Voorheen zou men deze categorie aanduiden als handelingen van de 'uitvoerende' macht, waarbij wel werd onderscheiden naar feitelijke handelingen (doen of nalaten) en rechtshandelingen, de laatste weer te onderscheiden in privaatrechtelijke- en publiekrechtelijke rechtshandelingen.

85 Zie over onrechtmatige rechtspraak onder andere annotator Brunner sub 1 bij HR 29 april 1994, NJ 1995, 727 met verwijzing naar meerdere bronnen en recenter B.F. de Jong 2006, p. 138-147.

86 Onder andere HR 3 december 1971, NJ 1972, 137, HR 8 januari 1993, NJ 1993, 558, HR 12 februari 1993, NJ 1993, 524, HR 29 april 1994, NJ 1995, 727: dit laatste arrest wordt hier verderop uitvoerig besproken in § 3.3.3.2. Over onrechtmatige rechtspraak in het algemeen zie onder andere J. Spier, T. Hartlief e.a. 2006, p. 127-133.

87 Zie hierover uitvoerig mijn beschrijving, N.M. Dane 2003, p. 711-768, met name § 2.2.3.

88 Onder andere Hof Den Haag 18 februari 1993, NJ 1994, 282 en HR 29 april 1994, NJ 1995, 727 Staine/Staat zoals besproken in § 3.3.3.2.

een als onrechtmatig te kwalificeren gedraging, maar tevens dat deze onrechtmatige gedraging[89] aan de dader kan worden toegerekend. Artikel 6:162 derde lid geeft als gronden van toerekening: '*...schuld en een oorzaak welke krachtens de wet of de in het verkeer geldende opvattingen voor zijn rekening komt*.' Voor deze uitbreiding van aansprakelijkheid ook indien de dader van de onrechtmatige daad in concreto geen schuldverwijt treft, is bewust door de wetgever gekozen bij het opzetten van het nieuwe algemene aansprakelijkheidsartikel 6:162 BW.[90] Het oude artikel 1401 BW (oud) noemde in dit verband slechts de schuld. Het huidige BW kent thans de mogelijkheid om toch een onrechtmatige gedraging toe te rekenen op grond van verkeersopvattingen indien aansprakelijkheid gewenst is maar persoonlijke verwijtbaarheid ontbreekt.[91] Bijvoorbeeld in situaties waarbij een beroep wordt gedaan op een schulduitsluitingsgrond zoals rechtsdwaling. Met name bij de onrechtmatige overheidsdaad, waarbij beschikkingen (of algemene regelingen) door de rechter wegens strijd met een hogere regeling worden vernietigd of onverbindend verklaard en onrechtmatig daarmee vaststaat (oneigenlijke formele rechtskracht), is aangenomen dat de schuld van het overheidslichaam in beginsel is gegeven.[92] De verkeersopvattingen zouden zich verzetten tegen het feit dat de overheid zich tegenover een burger zou kunnen beroepen op dwaling of onzekerheid over de uitleg van de wet. Hiermee hangt ook samen dat het redelijker is de schade van een burger tengevolge van een besluit waarvan naderhand vast komt te staan dat het berustte op een onjuiste wetsuitleg, voor rekening van de collectiviteit te brengen dan de schade te laten bij de burger tegen wie dat onrechtmatige besluit werd genomen.[93] Hoewel dus onverwijtbaar, toch het risico bij de overheid. Ook indien een beschikking is vernietigd wegens een rechtsopvatting die ten tijde van de beschikking voor het overheidslichaam onvoorzienbaar was en waarmee het geen rekening behoefde te houden.[94] Hoe nu ging de civiele rechter om met vervolgingsbeslissingen die niet werden gevolgd door een veroordeling: bij overheidsaansprakelijkheid voor strafvorderlijk optreden, waarop hierna uitgebreid wordt ingegaan, lijkt in geval van onrechtmatigheid,

89 Dit dient niet te worden verward met de toerekenbaarheid van de *schade* aan de dader, zie artikel 6:98 BW, dat dient ter bepaling van de *omvang* van de aansprakelijkheid. Hier, bij de toerekening van de *daad* aan de dader, betreft het eerst nog de *vestiging* van de aansprakelijkheid.

90 Parl. Gesch. Boek 6, Verb. 1981, p. 619: *'...Steeds meer echter gaat het besef doordringen dat men (...) de dader voor zijn onrechtmatige gedragingen krachtens het algemene artikel aansprakelijk wil stellen, hoewel hem geen schuld treft. Het ontwerp sluit zich bij deze laatste opvatting aan.'*

91 Zie verder Asser-Hartkamp 4-III 2006, nr. 91.

92 HR 9 mei 1986, NJ 1987, 252. Op enig moment stelde de Hoge Raad het *'in beginsel gegeven zijn van de schuld van het overheidslichaam'* voor het eerst uitdrukkelijk gelijk met het *'in beginsel voor rekening van het overheidslichaam komen'* in de zin van art. 162 lid 3 BW, zie HR 31 mei 1991, NJ 1993, 112.

93 HR 20 februari 1998, NJ 1998, 526.

94 Onder andere HR 26 september 1986, NJ 1987, zie verder Asser-Hartkamp 4-III 2006, nr. 79.

qua formulering sprake te zijn van toerekening op grond van de in het verkeer geldende opvattingen.[95]

3.2.10 Omvang van overheidsaansprakelijkheid in civilibus: schadesoort, causaal verband, eigen risico en maatstaf

Het schadevergoedingsrecht wordt apart geregeld in afdeling 6.1.10 en regelt onder andere de wijze, omvang en vorm van schadevergoeding, aspecten van causaliteit en matiging en limitering van wettelijke aansprakelijkheid. Deze afdeling heeft betrekking op alle wettelijke verplichtingen tot schadevergoeding, dus op alle wettelijke regelingen[96] die zien op wettelijke aansprakelijkheid. Bij schade is sprake van vermindering in een object, waarbij dat object het vermogen omvat of iets anders.[97] Ik ga hier slechts in op aspecten die voor de kern van het thema schadevergoeding na strafvorderlijke dwangmiddelen relevant zijn.[98]

De soorten schade die voor vergoeding in aanmerking komen zijn vermogensschade en immateriële schade. Artikel 6:95 BW noemt dat vermogensschade en ander nadeel (daarmee wordt immateriële schade bedoeld) voor vergoeding in aanmerking komen. Onder vermogensschade (elk direct of indirect nadeel in het vermogen) valt zowel het geleden verlies als de gederfde winst (art 6:96). Bij immateriële schade wordt onderscheid gemaakt tussen lichamelijk en geestelijk letsel.

Artikel 6:96 BW noemt enkele schadeposten die ook voor vergoeding in aanmerking komen (zoals expertise). Tot de te vergoeden materiële schade behoren ook de kosten van rechtsbijstand, voor zover het inroepen van rechtsbijstand redelijk was en indien de hoogte van de kosten redelijk is.[99]

In de doctrine wordt nog onderscheid gemaakt tussen personenschade (verzamelbegrip voor letsel- en overlijdensschade), zaakschade (schade als gevolg van beschadiging of vernietiging van een zaak) en zuivere vermogensschade (niet terug te voeren op beide andere schadesoorten).[100] Behalve al

---

95 Ook zo bijv. J. Spier, T. Hartlief e.a. 2006, nr. 184.

96 Dus niet beperkt tot die uit boek 6 BW, J. Spier, T. Hartlief e.a. 2006, nr. 198.

97 J. Spier, T. Hartlief e.a. 2006, nr. 200.

98 Zo ga ik bijv. niet in op voordeeltoerekening, aangezien ik ervan uitga dat de gewezen verdachte weinig of geen voordelen zal hebben gehad aan de schadeveroorzakende gebeurtenis; denkbaar is overigens dat de besparing van levensonderhoud wegens een verblijf in een Huis van Bewaring in beginsel in mindering kan worden gebracht op de schadevergoeding. Zie over voordeeltoerekening bijv. J. Spier, T. Hartlief e.a. 2006, nr. 225.

99 De zogenaamde dubbele redelijkheidtoets: het maken van de kosten en de omvang van de kosten moeten redelijk zijn, J. Spier, T. Hartlief e.a. 2006, nr. 205. Deze doctrine is ook interessant voor het strafrecht, omdat op de voet van artikel 591a Sv de kosten van onder andere rechtsbijstand kunnen worden vergoed; dit echter op basis van billijkheid, dus soms wordt geen of minder vergoeding toegekend.

100 J. Spier, T. Hartlief e.a. 2006, nr. 204.

geleden schade kan ook toekomstige schade voor vergoeding in aanmerking komen (zie artikel 6:105 BW).

Zoals ik bij de bespreking van de causaliteit van de vestigingfase aangaf, geeft het begrip 'dientengevolge' in het eerste lid van artikel 6:162 BW uitdrukking aan de voorwaarde dat tussen het plegen van de toerekenbare onrechtmatige daad en de schade een causaal verband moet bestaan. Gebruikelijk is dat voor het aannemen van (vestiging van) aansprakelijkheid de aanwezigheid van een feitelijk causaal verband voldoende wordt geacht,[101] dus in beginsel geldt een conditio sine qua non-verband als minimum voorwaarde (zie hiervoor). Daarna wordt direct onderzocht of voor toerekening van de schade voldoende grond bestaat;[102] het gaat dan om vaststelling van de omvang van de schadevergoedingsplicht (welke schadeposten aan de veroorzaker kunnen worden toegerekend). Daarvoor wordt een toerekeningverband bepaald volgens de toerekeningmaatstaf van artikel 6:98 BW, dat ziet op de relatie tussen schadegebeuren en schade (en niet meer, zoals bij de vestigingfase, op de relatie tussen daad en schadegebeuren).[103]

Artikel 6:98 BW geeft aan dat het gaat om toerekening naar redelijkheid.[104] Enkele factoren die daarop van invloed kunnen zijn worden in het artikel zelf genoemd: aard van de aansprakelijkheid en aard van de schade, maar daarbuiten kunnen ook andere factoren een rol spelen.[105] Voor wat betreft de aard van de aansprakelijkheid kan men denken aan schuld- dan wel risicoaansprakelijkheid. De aard van de schade heeft te maken met het soort schade: letselschade, zaakschade en zuivere vermogensschade. Deze rangorde geeft ook enige indicatie over de vraag welke schade eerder in aanmerking komt voor vergoeding.[106] Genoemde multifactor-benadering richt zich overigens thans meer op de toerekening van schade dan op de causaliteitsvraag zelf (maar het vindt wel plaats binnen het vereiste causale verband van artikel 6:162 BW).[107] Brunner heeft een poging gedaan om uit de rechtspraak van de Hoge Raad enkele deelregels af te leiden, bijv. naarmate het gevolg minder verwijderd is van de onrechtmatige daad, is toerekening van de schade eerder

101 J. Spier, T. Hartlief e.a. 2006, nr. 214.
102 G.H.A. Schut 1997, p. 82.
103 Sommigen betogen echter dat artikel 6:98 BW ook ziet op de vestigingsfase. Schut acht dit niet correct, zie G.H.A. Schut 1997, p. 166.
104 Aangenomen wordt dat toerekening naar redelijkheid sinds 1970 (HR 20 maart 1970, NJ 1970, 251 Waterwingebied) als opvolger gold van de adequatieleer: in laatstgenoemde opvatting wordt causaal verband aangenomen indien de schade het redelijkerwijs te verwachten gevolg van de gebeurtenis is, J. Spier, T. Hartlief e.a. 2006, nr. 216. Dat heb ik hiervoor behandeld bij de causaliteit in de vestigingsfase, zie § 3.2.6.
105 Met Schut ben ik van mening dat niet de onrechtmatigheid zelf als factor geldt, omdat die juist wordt verondersteld, zie G.H.A. Schut 1997, p. 166. Wel kan de al of niet aanwezigheid van opzet of grove schuld een rol spelen en bijv. in hoeverre de aansprakelijkheid is gedekt door een verzekering. Zie idem, p. 168.
106 G.H.A. Schut 1997, p. 167.
107 G.H.A. Schut 1997, p. 84.

gerechtvaardigd.[108] Sommigen menen verder dat bij risicoaansprakelijkheid een minder ruimhartige benadering in het kader van de causaliteit gerechtvaardigd zou kunnen zijn,[109] of, anders gezegd, bij risicoaansprakelijkheid wordt wel verondersteld dat een nauwer causaal verband tussen schadegebeurtenis en schade is vereist dan bij schuldaansprakelijkheid. Hierover zijn de meningen echter verdeeld.[110]

Toerekenbare vermogensschade wordt in beginsel volledig vergoed, tenzij er sprake is van een grond voor matiging (artikel 6:109 BW) of (mede) eigen schuld/eigen risico aan de schade door benadeelde (artikel 6:101 BW).

Er kan grond voor matiging zijn indien een volledige schadevergoeding 'tot onaanvaardbare gevolgen zou leiden'. Daarbij moet de rechter rekening houden met de aard van de aansprakelijkheid, de rechtsverhouding tussen partijen en hun draagkracht (zie artikel 6:109 BW).De rechter moet terughoudend gebruik maken van zijn recht tot matiging.[111] Matiging kan plaats vinden op het moment dat de omvang al is vastgesteld.[112]

Maar ook eerder, in de toerekeningfase, kan al beperking van de omvang van de in beginsel te vergoeden schade aan de orde zijn. bijv. indien de schade mede valt toe te rekenen aan 'eigen schuld' van de benadeelde (artikel 6:101 BW). In plaats van 'eigen schuld' gaat deze bepaling inmiddels uit van een 'toerekenbare omstandigheid' en dat behelst eveneens een 'eigen risico' (een oorzaak welke krachtens de wet of de in het verkeer geldende opvatting voor zijn rekening komt). Causaliteitstoerekening is daarom het uitgangspunt van artikel 6:101 BW en schuldtoerekening is inmiddels de uitzondering.

De reikwijdte van artikel 6:101 BW is ruim; het ziet niet alleen op situaties waarin de benadeelde mede debet is aan het ontstaan van de schadeveroorzakende gebeurtenis, maar tevens op situaties waarin de omvang van de schade door de benadeelde wordt beïnvloed.[113] Ook de schending van de schadebeperkingplicht van gelaedeerde kan eigen schuld opleveren en daardoor een mindere aanspraak op schadevergoeding.[114] De bepaling van de 'toerekenbare omstandigheid' speelt zo al een rol bij de vestiging van de aansprakelijkheid en niet pas bij de omvang.[115]

Indien sprake is van een aan de benadeelde toerekenbare omstandigheid, blijft een deel van de schade voor eigen rekening. Daarbij wordt de schade verdeeld over benadeelde en vergoedingplichtige in evenredigheid met de mate waarin de aan ieder toe te rekenen omstandigheden tot de schade hebben

108 Zie voor deze deelregels bijv. J. Spier, T. Hartlief e.a. 2006, nr. 218.
109 Aldus J. Spier, T. Hartlief e.a. 2006, nr. 220.
110 Hierover onder andere R.J.B. Boonekamp 1992, p. 99-104, m.n. p. 100.
111 Parl. Gesch. Boek 6, Verb. 1981, p. 449.
112 J. Spier, T. Hartlief e.a. 2006, nr. 259.
113 J. Spier, T. Hartlief e.a. 2006, nr. 226.
114 J. Spier, T. Hartlief e.a. 2006, nr. 226.
115 G.H.A. Schut 1997, p. 171, hoewel dit meer theoretisch waarde heeft dan praktische.

bijgedragen, ook wel causale verdeling genoemd.[116] Hoofdregel is daarom dat causaliteit wordt afgewogen en niet het schuld/risicoaandeel. Desondanks kan er een andere verdeling zijn indien de billijkheid dat eist 'wegens de uiteenlopende ernst van de gemaakte fouten of andere omstandigheden van het geval' (artikel 6:101 BW). De vergoedingsplicht zou dan zelfs geheel kunnen vervallen. Bij deze billijkheidscorrectie komt het wederzijdse schuldaandeel weer duidelijker naar voren dan bij de causale verdeling. Het verderop te bespreken vervolg op arrest Joemman-Staat[117] geeft hiervan een voorbeeld.[118]

Vermogensschade komt in beginsel voor volledige vergoeding in aanmerking terwijl de vergoeding van immateriële schade plaats vindt naar billijkheid (art 6:106) en dan slechts voor zover sprake is van opzet dan wel aantasting in iemands persoon (inclusief belediging als aantasting van iemands eer of goede naam) of van zijn nagedachtenis. Deze billijkheidsvergoeding van immateriële schade wordt aangeduid als smartengeld. Bij zijn billijkheidsoordeel mag de rechter rekening houden met alle omstandigheden van het geval.[119] In dit verband zal hij ook kijken naar rechterlijke uitspraken in overeenkomstige gevallen.[120]

3.3 De civiele rechtspraak inzake overheidsaansprakelijkheid bij schade voor de gewezen verdachte door legitiem toegepaste strafvorderlijke dwangmiddelen[121]

3.3.1 Inleiding en aanpak

Zoals hiervoor is beschreven kan ook de overheid op grond van onrechtmatige daad worden verplicht tot schadevergoeding. Ook de strafvorderlijke overheid. In beginsel beperk ik me in het hiernavolgende tot de schade ten gevolge van bestuurlijke handelingen van de strafvorderlijke overheid.[122] Zo kunnen straf-

116 J. Spier, T. Hartlief e.a. 2006, nr. 227.

117 HR 1 oktober 1993, NJ 93, 761 is het vervolg op Joemman/Staat en wordt besproken in § 3.3.4.

118 Zie bijv. ook Hoge Raad 3 februari 2006, LJN AU6091 waar wordt ingegaan op causale toerekening en de billijkheidscorrectie na een niet verdere vervolging op basis van onvoldoende aanwijzing van schuld.

119 Parl. Gesch. Boek 6, Verb. 1981, p. 377.

120 G.H.A. Schut 1997, p. 158. Zie ook J. Spier, T. Hartlief e.a. 2006, nr. 249.

121 Aan het einde van deze paragraaf bespreek ik ook een uitspraak van de Hoge Raad waar de schade tengevolge van strafvorderlijk overheidsoptreden anders dan door toepassen van dwangmiddelen voor vergoeding in aanmerking komt (mits causaal verband), HR 14 januari 2005, NJ 2005, 346.

122 Daarnaast kan de overheid ook civielrechtelijk worden aangesproken indien schade is ontstaan tengevolge van onrechtmatige rechtspraak, zie § 3.2.8. In § 3.3.3.2 en specifiek in § 3.3.3.5 wordt hier bij de bespreking van Hof Den Haag in het voortraject dat leidt tot

vorderlijke dwangmiddelen onrechtmatig zijn toegepast. Dit is het geval indien het bevel daartoe is verleend in strijd met de wet dan wel met veronachtzaming van fundamentele vereisten.[123] Deze gevallen van onrechtmatigheid – 'van meet af aan' – worden hier verder buiten beschouwing laten. Hier zal het gaan om gevallen waarin ten tijde van het schadeveroorzakend overheidsoptreden waarbij dwangmiddelen zijn toegepast wel aan de eisen van geschreven en ongeschreven recht is voldaan, maar een vergoeding van de desondanks geleden schade wordt gevorderd bij de civiele rechter, die dat beoordeelt in het licht van onrechtmatigheid-achteraf.[124] Hier worden enkele belangrijke uitspraken beschreven waar schadevergoeding werd gevraagd in geval (vrijheidsbenemende) dwangmiddelen waren toegepast. Ik ga daarbij in op de uitspraken zelf en de conclusies van de A-G of P-G. Verder zal de bespreking in beginsel beperkt zijn tot schade door de ex-verdachte geleden tengevolge van strafvorderlijke dwangmiddelen, waarbij de aandacht gezien het kader van het onderzoek hoofdzakelijk uitgaat naar vrijheidsbenemende dwangmiddelen, maar zijdelings komt ook schade tengevolge van ander strafvorderlijk optreden aan bod. In beginsel werd hier door de civiele rechter onderscheid tussen gemaakt, waar de rechter later op terugkwam. Verschillend blijft dat schade tengevolge van vrijheidsbenemende dwangmiddelen daarnaast ook via de weg van de artikelen 89-93 Sv vergoed kan worden, maar andere schade niet (dit wegens de beperking van de regeling van de artikelen 89-93 Sv). De civiele rechter gaat ook in op de vraag in hoeverre deze twee wegen parallel bewandeld kunnen worden.

De hier te bespreken arresten worden eerst chronologisch beschreven; het betreft maar enkele zaken die herkenbaar moeten blijven. Ik beperk mij wederom tot materiële kwesties, hoewel ook enkele formele aspecten aan de orde komen (zoals ontvankelijkheid in verband met rechtsmacht en bewijsaspecten). Geen aandacht zal worden besteed aan vragen die in dit verband eveneens aan de rechter werden voorgelegd, zoals: wie kan worden aangesproken voor deze schade, Gemeente en/of Staat en/of de officier van justitie persoonlijk.[125]

HR 29 april 1994, NJ 1995, 727 op ingegaan voor wat betreft de situatie dat toegepaste vrijheidsbenemende dwangmiddelen op rechterlijke beslissingen steunen. Voor wat betreft de aansprakelijkheidsbeoordeling van een strafrechtelijke einduitspraak is relevant de zaak Van Mechelen; deze wordt besproken in § 3.3.3.5.

123 HR 29 april 1994, RvdW 1994, 104 C en NJ 1995, 727 (Staine-Staat).

124 Drupsteen meent dat de Hoge Raad zijn toevlucht tot een dergelijke constructie heeft gezocht omdat het burgerlijk recht geen aansprakelijkheid voor schade als gevolg van rechtmatig (overheids)handelen kent. Hij noemt dit 'het dilemma van de Hoge Raad'. Th.G. Drupsteen 1991, p. 333. Vergelijk over dit probleem bijvoorbeeld ook A.R. Bloembergen 1992, p.121-131. Zie hierna in hoofdstuk 4.

125 Daarover HR 13 mei 1988, NJ 1989, 896 en HR 11 oktober 1991, NJ 1993, 165 (over OvJ) en HR 25 september 1992, NJ 1994, 767 en in de wel besproken zaken komt dat ook aan de orde: HR 23 december 1994, NJ 1995, 512 v.w.b. incidenteel cassatiemiddel nr. 2 en sub A-G 5.2.2 en HR 20 december 1996, NJ 1997, 278 sub Hof sub 14 en cassatiemiddel V.

Tenslotte wordt per onderdeel (voorvragen/vestiging/omvang) de rechtsontwikkeling (met name die van de Hoge Raad) samengevat en geplaatst in het algemene leerstuk van de onrechtmatige overheidsdaad zoals hiervoor beschreven in § 3.2. In hoofdstuk 5 worden de bevindingen uit dit hoofdstuk in verband gebracht met de vorige hoofdstukken, zodat daarmee het overzicht in schadevergoedingsmogelijkheden voor de gewezen verdachte voor schade ten gevolge van strafvorderlijke dwangmiddelen/optreden compleet is. In deel II zullen de significante bevindingen getoetst worden en wordt vooruit gekeken naar een wenselijke richting voor verdere ontwikkeling.

3.3.2 Ontvankelijkheid

3.3.2.1 De regeling van de artikelen 89-93 Sv in relatie tot de civiele onrechtmatige daadprocedure

Zoals in § 3.2.3 bleek (over ontvankelijkheid bij de civiele rechter in geval naast de civiele procedure nog een bijzondere rechtsgang openstaat) zal de civiele rechter bij zijn beslissing over ontvankelijkheid boordelen in hoeverre die bijzondere rechtsgang voldoende rechtsbescherming biedt. Deze rechtspraak ontwikkelde zich vooral in de verhouding tussen bestuursrechtelijke procedures en de restbescherming van de civiele rechter. *Hoge Raad 7 april 1989* is het eerste arrest waarin de civiele rechter zich uitspreekt over de vraag in hoeverre de (in strafvordering opgenomen) procedure van de artikelen 89-93 Sv aan een procedure voor de burgerlijke rechter, gebaseerd op (toen nog) artikel 1401 BW, in de weg staat. De A-G spreekt zich over deze verhouding uit terwijl de zaak zelf daar geen aanleiding toe geeft.[126] De Staat stelde incidenteel hoger beroep in, zich beroepend op niet ontvankelijkheid omdat betrokkene de weg van de regeling van de artikelen 89-93 Sv zou hebben moeten volgen. Het Hof meent dat de procedure van de regeling van de artikelen 89-93 Sv '*...uit civielrechtelijk oogpunt onvoldoende waarborgen biedt om aan een procedure voor de burgerlijke rechter, gebaseerd op artikel 1401 BW, in de weg te kunnen staan*'. Het Hof baseert zich daarbij onder andere op het feit dat de 89 Sv-rechter behalve onrechtmatigheid nog vele andere moeilijk te beantwoorden vragen zal moeten beantwoorden (causaliteit), en op de beperktheid van de regeling: slechts maar één feitelijke instantie indien de zaak onmiddellijk bij het Hof

126 HR 7 april 1989, NJ 1989, 532: iemand is, na aanhouding, een dag in verzekerde bewaring gesteld wegens verdenking van diefstal. Op diezelfde dag is eveneens een vonnis tot ontruiming van de door hem gehuurde woonruimte ten uitvoer gelegd en de gemeente heeft zijn inboedel vervolgens vervoerd naar een opslagterrein. Nadien bleek er nogal wat schade te zijn ontstaan aan de inboedel. Betrokkene spreekt onder andere de staat voor deze schade in civilibus aan (omdat de politie hem niet toestond eerst zijn inboedel veilig te stellen en zich daarna vrijwillig te melden). Uit de conclusie van de A-G blijkt dat betrokkene wel eerst in staat was gesteld zijn hond naar het asiel te brengen.

moet worden aangebracht en het ontbreken van een cassatiemogelijkheid (artikel 89 Sv e.v. jo artikel 445 Sv). A-G Biegman-Hartogh geeft aan dat in casu de regeling van de artikelen 89-93 Sv in het geheel niet van toepassing is, aangezien betrokkene zijn vordering niet had gegrond op het feit dat hij in verzekering was gesteld, maar op het feit dat de politie zijn verzoek tot uitstel van de verzekerde bewaring niet inwilligde. Daarom stond betrokken uitsluitend de op artikel 1401 BW gebaseerde vordering open en was de beslissing van het Hof qua uitkomst, daargelaten de motivering, juist. Ten overvloede gaat de A-G nog wel in op de relatie tussen de regeling van de artikelen 89-93 Sv en 1401 BW (A-G sub 4.1-4.6). Kort samengevat overweegt de A-G daaromtrent het volgende: op zich zal samenloop tussen beide regelingen zich niet snel voordoen. Wegens alle wettelijke waarborgen waarmee de inverzekeringstelling/inbewaringstelling is omkleed zal niet gauw een onrechtmatige situatie ontstaan. Zou dat wel het geval zijn dan zou een vrije keuze tussen beide regelingen zeker van belang zijn. Het zou overigens in strijd met artikel 5, lid 5 EVRM zijn om uitsluitend de beperkte regeling van de artikelen 89-93 Sv van toepassing te achten bij samenloop indien dat in de weg zou staan aan toekenning van het – wel in artikel 1401 BW neergelegde – recht op volledige schadevergoeding. Ook vele andere schrijvers (met uitzondering van Melai) zien de regeling van de artikelen 89-93 Sv niet aan toepasselijkheid van artikel 1401 BW in de weg staan en daarbij sluit de A-G zich aan. De Hoge Raad sluit zich hierbij eveneens in zoverre aan. Onder verwijzing naar de parlementaire geschiedenis van de artikelen 89-93 Sv oordeelt de Hoge Raad dat is beoogd een regeling te geven die de mogelijkheid biedt naar billijkheid een vergoeding toe te kennen ter zake van *rechtmatige*, doch achteraf onjuist gebleken vrijheidsbeneming. *'...(Deze) bepalingen (staan) daarom, daargelaten in hoeverre zij toepassing kunnen vinden in geval van onrechtmatige vrijheidsbeneming, in elk geval niet eraan in de weg dat wie meent dáárvan het slachtoffer te zijn, ter zake op de voet van art. 1401 BW een voorziening vordert bij de burgerlijke rechter. Daarbij kan hij, in overeenstemming met het bepaalde in artikel 5 lid 5 EVRM, voor zover hij tengevolge van de onrechtmatige vrijheidsbeneming schade heeft geleden, aanspraak maken op volledige vergoeding daarvan.'*[127]

In ieder geval volgt hieruit dat de civiele rechter meent dat het bestaan van deze specifieke vergoedingsprocedure, die ziet op vergoeding ter zake van *rechtmatige*, maar achteraf onjuist gebleken vrijheidsbeneming, niet in de weg staat aan een civiele vordering op basis van *onrechtmatige* (overheids)daad.

De Hoge Raad spreekt zich hier nog niet uit over de vraag of de regeling van de artikelen 89-93 Sv ook van toepassing is indien sprake is van (ab initio) onrechtmatige vrijheidsbeneming.[128] Maar ook dan lijkt de regeling niet in de weg te staan aan een civiele vordering aangezien die civiele rechtsgang

127 HR 7 april 1989, NJ 1989, 532.

128 Dat doet de Hoge Raad wel in het arrest van 2 februari 1993, NJ 1993, 552, onder andere besproken in hoofdstuk 2.

bij een vordering op grond van onrechtmatige vrijheidsbeneming op basis van artikel 5 lid 5 EVRM aanspraak geeft op volledige vergoeding (in tegenstelling tot de regeling van de artikelen 89-93 Sv).

Ruim een jaar later wordt reden 2 herhaald waar het betreft de relatie tussen de bijzondere rechtsgang van artikel 42 lid 2 (thans artikel 34 j) Vreemdelingenwet, een artikel dat artikelen 90 e.v. Sv van overeenkomstige toepassing verklaart, en artikel 1401 BW in de uitspraak van de *Hoge Raad 6 oktober 1989*.[129] Het verschil met de hiervoor besproken zaak is dat hier de bijzondere rechtsgang wel was gebruikt, echter zonder resultaat aangezien betrokkene in zijn verzoek niet ontvankelijk was verklaard. De kantonrechter meende vervolgens dat verzoeker niet ontvankelijk was in zijn verzoek gebaseerd op onrechtmatige daad. De Rechtbank daarentegen achtte verzoeker wel ontvankelijk aangezien zij artikel 42, tweede lid Vreemdelingenwet niet een met voldoende waarborgen omklede rechtsgang achtte en kende schadevergoeding toe op basis van artikel 1401 BW. In cassatie richt de Staat zich slechts op de ontvankelijkheid en geeft aan dat artikel 42, tweede lid Vreemdelingenwet wel degelijk voldoende waarborgen biedt, ook indien een verzoek tot schadevergoeding is gebaseerd op onrechtmatige daad. Daarbij zou de Rechtbank een onjuiste maatstaf hebben gehanteerd om de verhouding tussen de twee regelingen ten opzichte van elkaar af te bakenen. De regelingen verhouden zich namelijk als bijzondere tot algemene en dat word vastgesteld onder andere op grond van hun plaats in het wettelijk systeem en de bedoeling van de wetgever, maar niet – zoals de Rechtbank had gedaan – door bepalend te achten of een regeling met voldoende waarborgen is omkleed. De A-G verwijst naar de wetsgeschiedenis. Artikel 42 lid 2 Vreemdelingenwet (Vw) geeft de mogelijkheid van een vergoeding naar billijkheid ter zake van een achteraf onjuist gebleken bewaring terwijl artikel 1401 BW recht geeft op volledige schadevergoeding na onrechtmatig overheidshandelen. Daarbij biedt de in artikel 42 lid 2 Vw geboden mogelijkheid onvoldoende waarborgen vergeleken met het recht dat artikel 1401 BW biedt. Aangezien de regelingen te weinig elementen gemeen hebben zijn zij niet als specialis-generalis te beschouwen, aldus de A-G. De Hoge Raad kijkt vooral naar de vraag in hoeverre de regelingen het recht op volledige schadevergoeding kennen, aangezien uitgangspunt is dat ieder die meent slachtoffer te zijn van onrechtmatige vrijheidsbeneming, in overeenstemming met artikel 5 lid 5 EVRM en artikel 9 lid 5 IVBP, aanspraak moet kunnen maken op volledige vergoeding van de daardoor geleden schade. De beperkte regeling van artikel 42 lid 2 garandeert dat niet en daarom kan die procedure niet in de weg staan aan het gebruik van de onrechtmatige daadprocedure.

De overweging dat de regeling van de artikelen 89-93 Sv niet in de weg staat aan de civiele schadevergoedingsprocedure omdat die laatste ziet op

129 HR 6 oktober 1989, NJ 1990, 793.

onrechtmatig handelen en die eerste op rechtmatige maar achteraf onjuist gebleken vrijheidsbeneming (reden 1), komt weer terug in latere uitspraken, onder andere in *Rechtbank 's-Gravenhage 17 april 1991*.[130]

De vraag of de regeling van de artikelen 89-93 Sv ook van toepassing is indien sprake is van (ab initio) onrechtmatige vrijheidsbeneming werd in 1989 door de Hoge Raad nog niet beantwoord, maar wel (bevestigend) in een latere uitspraak van de *Hoge Raad 2 februari 1993*,[131] zoals besproken in hoofdstuk 2. Daaruit mag geconcludeerd worden dat een ex verdachte die meent (achteraf) onrechtmatig voorlopig gehecht te zijn geweest, in ieder geval gebruik kan maken van (een van) beide acties; zowel op grond van de regeling van de artikelen 89-93 Sv als op grond van een onrechtmatige daad-actie.

Ook in uitspraken daarna komt terug dat het mislukken van het gebruik van een specifieke schadevergoedingsmogelijkheid (hiervoor al op grond van Vreemdelingenwet) wegens niet ontvankelijkheid op zich niet in de weg staat aan civielrechtelijke ontvankelijkheid bij een vordering uit onrechtmatige daad. Ook indien de eerdere actie op grond van de regeling van de artikelen 89-93 Sv is mislukt (in de zin van niet ontvangen) laat dat onverlet dat men kan terugvallen op de actie uit onrechtmatige daad, merkt A-G Leijten nog eens op bij *Hoge Raad 29 april 1994*,[132] hierna uitvoerig besproken. De Hoge Raad zelf gaat daar niet apart in op een mogelijk voorbehoud ten aanzien van de ontvankelijkheid na een 'mislukte' 89 Sv-procedure. Tenslotte is in *Hoge Raad 23 december 1994*,[133] evenals in *Hoge Raad 12 juni 1998*,[134] sprake van een eerdere toekenning van schadevergoeding op de voet van de regeling van de artikelen 89-93 Sv (van de laatste zaak is bekend dat het toegekende bedrag lager was dan het gevraagde). Ook dat lijkt echter niet in de weg te staan aan ontvankelijkheid van een nadere civiele vordering, althans, de Hoge Raad wijdt hieraan geen woorden. Dat doet de Hoge Raad ook later niet meer, bijvoorbeeld in *Hoge Raad 3 februari 2006* (vordering publiciteitsschade na toekenning schadevergoeding op de voet van artikel 89 Sv).[135]

Samengevat blijkt uit bovenstaande arresten dat het niet eerder gebruiken van de specifieke schadevergoedingsprocedure op de voet van de regeling van de artikelen 89-93 Sv, dan wel het wel gebruiken maar daarin niet ontvankelijk zijn, dan wel het wel gebruiken en daarbij al een (gedeeltelijke) schadevergoeding toegekend krijgen, niet in de weg staan aan ontvankelijkheid in civilibus indien de vordering is gebaseerd op onrechtmatige daad.

---

130 Rb 's Gravenhage 17 april 1991, NJ 1992, 433.
131 HR 2 februari 1993, NJ 1993, 552.
132 HR 29 april 1994, NJ 1994, 727 sub A-G sub 41-43.
133 HR 23 december 1994, NJ 1995, 512.
134 HR 12 juni 1998, NJ 1999, 99.
135 HR 3 februari 2006, LJN AU6091.

3.3.2.2 Bevoegdheidsverdeling

In § 3.2.3 werd gesteld dat is aangenomen dat de burgerlijke rechter bevoegd is kennis te nemen van een vordering tegen de overheid indien deze is gebaseerd op onrechtmatige daad. In enkele uitspraken waar een vordering onrechtmatige daad werd ingesteld na schade door strafvorderlijk overheidshandelen, heeft de civiele rechter zijn bevoegdheid op dit thema enigszins afgebakend door op voorhand te stellen waarop in die gevallen een vordering onrechtmatige daad gegrond moet zijn. Zonder al te veel vooruit te lopen op deze uitspraken, die hierna zeer uitvoerig zullen worden besproken, hier in het licht van de bevoegdheidsvraag toch alvast iets over die afbakening:

In de zaak die leidt tot *Hoge Raad 29 april 1994*,[136] (S/Staat), die hierna uitvoerig wordt besproken, wordt door Hof Den Haag een onbeperkte toegang tot de civiele schadevergoedingsrechter bij voorbaat beperkt tot vrijheidsbeneming die niet op een rechterlijke beslissing steunt (rechterlijk bevel tot gevangenneming/gevangenhouding). De redenering is dat een rechterlijk bevel geacht wordt rechtmatig te zijn (tenzij sprake is van veronachtzaming van fundamentele rechtsbeginselen enz., kortom van onrechtmatige rechtspraak) en de daarop gebaseerde tenuitvoerlegging dus ook.[137] Volgens het Hof kan dat niet veranderen doordat achteraf de aanwezige rechtvaardigingsgrond vervalt (hetgeen bij schade tengevolge van dwangmiddelen die niet op een rechterlijke beslissing steunen wel het geval is, zie hierna). Met andere woorden, het Hof meent dat men voor schade tengevolge van vrijheidsbenemende dwangmiddelen die steunen op een rechterlijke beslissing in beginsel niet bij de civiele rechter terecht kan in het kader van een onrechtmatige daad.[138] Derhalve zou in een dergelijk geval van rechtmatige vrijheidsbeneming alleen de weg van de regeling van de artikelen 89-93 Sv open staan. In cassatie wordt hiertegen opgekomen namens S. en die geeft aan dat de rechtsgang van de regeling van de artikelen 89-93 Sv onvoldoende rechtsbescherming biedt onder andere omdat het geen procedure is als bedoeld in artikel 6 EVRM: er is geen openbare behandeling, geen openbare uitspraak en geen onbevangen rechter. A-G Leijten is het met de uitzondering van het Hof niet eens en ook de Hoge Raad maakt geen onderscheid tussen dwangmiddelen die wel of niet steunen op een rechterlijke beslissing voor wat betreft het achteraf vervallen van de aanwezige rechtvaardigingsgrond.[139] Concluderend stelt de Hoge Raad dat

136 HR 29 april 1994, NJ 1995, 727.

137 Onder andere De Wijkerslooth lijkt meer te voelen voor dit onderscheid, aangezien hij – gezien de uiteindelijke uitspraak van de Hoge Raad – vraagtekens stelt bij de gedachte dat de redenering van de Hoge Raad ertoe leidt dat 'lawful' bevolen voorlopige hechtenis in de zin van artikel 5 lid 5 EVRM naar intern Nederlands recht vervolgens als onrechtmatig beoordeeld zouden worden, zie J.L. De Wijkerslooth 1993, p. 320.

138 Tenzij sprake zou zijn van een onrechtmatige rechterlijke beslissing (maar de daarvoor ontwikkelde criteria zijn streng) onder andere HR 24 mei 1991, NJ 1991, 646.

139 HR 29 april 1994, NJ 1995, 727.

uitsluitend de strafrechter bevoegd is op de voet van artikel 89 Sv te bepalen of er grond bestaat schadevergoeding toe te kennen voor voorlopige hechtenis indien een strafzaak eindigt zonder oplegging van straf of maatregel,[140] tenzij sprake is van onrechtmatige voorlopige hechtenis zoals limitatief in drie categorieën omschreven, namelijk

- indien zij is ondergaan ingevolge een bevel dat is verleend in strijd met de wet (bijvoorbeeld de gronden voor voorlopige hechtenis waren niet aanwezig);
- danwel met veronachtzaming van fundamentele vereisten (zoals het horen van de verdachte waar dat is voorgeschreven;[141]
- daarbuiten is de voorlopige hechtenis rechtmatig is omdat zij wordt gerechtvaardigd door het bestaan van verdenking. Dit is alleen anders *'...indien achteraf uit het strafdossier – uit de einduitspraak of anderszins – blijkt dat de verdenking ten onrechte heeft bestaan'* (lijn Staat/Bekkers en Joemman/Staat).

In het arrest *Hoge Raad 23 december 1994*,[142] (wordt ook uitvoerig hierna besproken) geeft de Hoge Raad aan dat de beoordeling van het recht op schadevergoeding van diegene van wie niet in het kader van een strafzaak is komen vast te staan dat hij onschuldig is, in beginsel geschiedt door een in het WvSv aangewezen rechter, en dat, voor zover in dat wetboek voor een bepaald dwangmiddel geen rechter daartoe is aangewezen, geen recht op vergoeding bestaat ter zake van het enkele gebruik van een dwangmiddel, indien dit gebruik ten tijde daarvan door een verdenking werd gerechtvaardigd. Indien de onschuld niet blijkt zal een vordering onrechtmatige daad gegrond moeten worden op een ander feit (dan het gebruik van een dwangmiddel op grond van verdenking die achteraf ongefundeerd is gebleken), zoals het gebruik van een dwangmiddel in strijd met geschreven of ongeschreven recht, waaronder begrepen moet worden de toepassing van een dwangmiddel dat in de gegeven omstandigheden zo disproportioneel is dat het daarom in strijd is met de aan de Staat betamende zorgvuldigheid, of een gedraging die niet als gebruik van een dwangmiddel kan worden opgevat, zoals het actieve optreden van politie en justitie in het kader van de publiciteit die de pers aan de strafzaak heeft gegeven, het doen uitgaan van een rondschrijven aan relaties van verdachten behoeve van het inwinnen van informatie over transacties waarbij verdachte mogelijk was betrokken.

A-G Langemeijer[143] leest dit arrest als volgt: In civilibus geldt dat bewijslast ook bewijsrisico met zich meebrengt: als het bewijs niet wordt geleverd of ongewis blijft, wordt het standpunt van de partij die de bewijslast had, niet

140 Arrest sub 3.5.3.
141 HR 12 februari 1993, NJ 1993, 524.
142 HR 23 december 1994, NJ 1995, 512.
143 Bij zijn conclusie bij HR 12 juni 1998, NJ 1999, 99.

gevolgd. Als de onschuld niet positief uit de stukken blijkt, is er geen aanspraak op vergoeding en A-G Langemeijer leest daarom de uitspraak van de Hoge Raad van 23 december 1994 aldus dat de Hoge Raad die gevallen waar die onschuld niet positief blijkt verwijst naar de procedures van de artikelen 89-93 Sv en 591a Sv. Volgens de A-G omdat het daar gaat om billijkheid die het onnodig maakt dat de rechter zich (nogmaals) hoeft uit te spreken over onschuld; het accent ligt daarom op taakverdeling.

Samengevat is volgens de Hoge Raad op het gebied van schade ten gevolge van strafvorderlijke (vrijheidsbenemende) dwangmiddelen (of ander strafvorderlijk optreden) door de gewezen verdachte ondergaan, slechts in een limitatief omschreven aantal gevallen sprake van onrechtmatigheid, namelijk bij dwangmiddelen indien de verdenking achteraf ongefundeerd blijkt, hetgeen slechts zo is indien de onschuld uit de strafzaak blijkt (zo niet, dan is slechts de 89 Sv-rechter bevoegd te oordelen over schadevergoeding), bij dwangmiddelen indien die in strijd met geschreven of ongeschreven recht (incl. disproportionaliteit/fundamentele vereisten) zijn toegepast, en tevens bij andere gedragingen die niet zijn op te vatten als dwangmiddelen, zoals het actieve optreden door politie bij publiciteit.

3.3.3 Vestiging van civiele overheidsaansprakelijkheid

3.3.3.1 Aansprakelijkheid voor binnentreden omdat de aanvankelijke rechtvaardigingsgrond aan het strafvorderlijk binnentreden vervalt indien de gewezen verdachte onschuldig blijkt aan de gerezen verdenking

In 1990 wees de civiele kamer van de Hoge Raad twee arresten waarin de Staat, ondanks het feit dat de politie in alle opzichten conform de voorschriften had gehandeld, aansprakelijk werd gehouden op grond van onrechtmatige daad voor de schade veroorzaakt door strafvorderlijk optreden waarbij dwangmiddelen waren toegepast. In het arrest Staat-Bekkers *Hoge Raad 26 januari 1990*[144] betreft het aansprakelijkheid voor schade (*f* 12.134,72 vermogensschade en immateriële schade) door binnentreden in een woning. Een arrestatieteam van de gemeentepolitie was met geweld de woning van Bekkers binnengedrongen (ik vermoed ter aanhouding) omdat hij ervan werd verdacht een of meer voortvluchtige daders van de ontvoering van mevrouw Van der Valk en een deel van het losgeld te verbergen. Voorts werd hij verdacht van brandstichting. De voortvluchtige daders werden echter niet aangetroffen. Bekkers werd aangehouden als verdachte van brandstichting. Alle verdenkingen bleken echter ongegrond want Bekkers blijkt noch met de ontvoering noch

144 HR 26 januari 1990, NJ 1990, 794 (Staat-Bekkers) m.nt. CJHB en in AB 1990, 223 (alleen A-G en noot FHvdB), idem RvdW 1990, 38. Onderstaande is daaraan ontleend.

met de brandstichting iets te maken te hebben.[145] Het Hof meent dat Bekkers door het politieoptreden onevenredig in zijn belang is getroffen gelet op de omstandigheid dat hij onschuldig bleek aan de gerezen verdenking. Voorts is uitgangspunt voor het Hof dat het politieoptreden in beginsel gerechtvaardigd was en wel als gevolg van het zwaarwegende opsporingsbelang. '*Een volledige rechtvaardiging zou evenwel, naar 's hofs oordeel, eerst verkregen worden indien de Staat aan de onevenredig zwaar getroffen doch onschuldig gebleken B diens schade zou vergoeden. Dat laatste heeft de Staat niet gedaan en aldus heeft hij gehandeld in strijd met de zorgvuldigheid die hem paste in het maatschappelijk verkeer ten aanzien van B*'.[146] Duidelijk is dat het Hof hier een Bregsteiniaanse opvatting aanhangt (zie §3.2.5).

Het cassatiemiddel – ingesteld door de Staat – voert aan dat indien, zoals ook door het Hof is vastgesteld, het politieoptreden gerechtvaardigd was, dit niet tot een schadevergoedingsplicht kan leiden uit onrechtmatige daad. Een schadevergoedingsplicht uit rechtmatige daad kan echter slechts worden aanvaard '*...wanneer daarin bij bijzondere wettelijke bepaling is voorzien, dan wel wanneer deze past in het stelsel van de wet en aansluit bij de wel in de wet geregelde gevallen*'. De door het Hof vermelde omstandigheden zouden, aldus het cassatiemiddel, geen verbintenis uit rechtmatige daad scheppen. A-G Bloembergen gaat uitvoerig in op de materie die in deze zaak aan de orde is gekomen. Samenvattend komt het volgende in zijn betoog aan de orde: na een kort vergelijk tussen de uitspraak van de Rechtbank[147] en die van het Hof, vraagt hij zich af of het volgen van de leer van Bregstein,[148] hetgeen 's Hofs uitspraak doet veronderstellen, nog wel aanvaardbaar is. Hij opteert voor afstand van deze leer omdat ze versluiert waar het in wezen om gaat, namelijk om de vraag of er in gevallen waarin schadeveroorzakend gedrag van de overheid gerechtvaardigd is, plaats is voor schadevergoeding op grond van rechtmatige daad.[149]

Alvorens daar op in te gaan beziet hij of er sprake is van een beleid ter zake van schadevergoeding voor materiële schade toegebracht tijdens een

---

145 Uit de conclusie van de A-G maak ik op dat mogelijk sprake was van een sepot of een kennisgeving niet-verdere vervolging, zie sub 4.4: *'...Niet ter zake doet dat het in het geval B. niet tot een rechterlijke beslissing is gekomen omdat al eerder bleek dat hij niets met de strafbare feiten te maken had.'* In ieder geval betwistte de Staat de onschuld van Bekkers niet; daarmee stond in dit geschil zijn onschuld vast.

146 Aldus het Hof, zie HR 26 januari 1990, NJ 1990, 794 (Staat-Bekkers).

147 De Rechtbank had de vordering voor wat betreft de materiële schade – kosten van herstel van de woning en van beschadigde goederen – toewijsbaar geacht en het Hof had dat vonnis bekrachtigd. Naar de mening van de A-G heeft de Rechtbank echter een aansprakelijkheid uit rechtmatige daad voor ogen gehad, in tegenstelling tot het Hof. Zie p. 3337, linker kolom.

148 Zoals die door de Hoge Raad werd gevolgd in het zevende Voorste Stroom arrest, zie hiervoor, § 3.2.5.

149 Hij zit dus meer op de lijn van Van den Bergh, die een overheidshandeling die nodig is in het algemeen belang per definitie rechtmatig vond, mits subsidiair en proportioneel, zie § 3.2.5 hiervoor.

opsporingsonderzoek. Door enkele opmerkingen van de Minister tijdens de herziening van de regeling van de artikelen 89-93 Sv (Periode 1974-1975, zie ook deel I, onder andere paragraaf 1.6.7.) lijkt dit te worden bevestigd. In antwoord op vragen over de mogelijkheid tot vergoeding van materiële schade tijdens opsporingsonderzoek veroorzaakt geeft de Minister namelijk aan dat deze regeling daartoe geen grond biedt (want slechts ziet op schade tengevolge van preventieve hechtenis), maar wel verwijst hij naar KB 27 juli 1950, K. 320. Voor zover relevant luidt dat: '*...Artikel 1: De Hoofden van de Departementen van Algemeen Bestuur zijn bevoegd, binnen het raam van de op desbetreffende begroting van uitgaven beschikbare gelden, (...) vergoedingen, schadeloosstellingen, (...) te verlenen, tenzij de aan het verlenen van een geldelijke tegemoetkoming ten grondslag liggende beweegreden tot toepassing van bij of krachtens de wet vastgestelde voorschriften behoort te leiden. (...)*' Dit besluit is ingetrokken bij Stb. 1991, 752. Bloembergen concludeert hieruit dat sprake is van een beleidsmatige vergoedingsmogelijkheid voor dergelijke gevallen, maar dat dit in onderhavige zaak niet aan de orde is gesteld. In dit verband wijst hij erop dat een beroep op de Afd. Rechtspraak echter niet zou baten, aangezien er i.c. niet algemene bekendheid aan het schadevergoedingsbeleid is gegeven middels een door de minister geautoriseerde publicatie. Dat is namelijk de voorwaarde om van een beschikking in de zin van de wet Arob te spreken. Aangezien daar i.c. geen sprake van is, is de weigering om geen schadevergoeding toe te kennen een rechtshandeling naar burgerlijk recht, waarover de burgerlijke rechter zich dient uit te spreken.

Vervolgens gaat hij in op de vraag in hoeverre er voor gevallen zoals onderhavige, plaats is voor aansprakelijkheid van de overheid uit rechtmatige daad. Daartoe vergelijkt hij gevallen waarin al sprake is van dergelijke aansprakelijkheid: noodtoestand, ten onrechte ondergane hechtenis, schade krachtens een voorlopige rechterlijke beslissing, ontneming/vernietiging van eigendom. Hieruit put hij diverse argumenten om tot de conclusie te komen dat er niets in de weg staat aan de – door de burgerlijke rechter te initiëren – ontwikkeling van een aansprakelijkheid uit rechtmatige daad ook voor gevallen als onderhavige (maar dan dus niet via de sluipweg van de Voorste Stroom-arresten), aangezien een dergelijke verbintenis past in het stelsel van de wet en aansluit bij de wel geregelde gevallen. Dus de A-G opteert voor rechterlijke (er is geen wettelijke) aansprakelijkheid na rechtmatige daad. Hij gaat er daarbij vanuit dat hierbij dus niet alleen de wet, maar ook het ongeschreven recht van belang is, waaronder rechtsbeginselen zoals het beginsel van de gelijkheid voor de publieke lasten. Daarbij merkt hij op dat de omstandigheid dat Bekkers onschuldig bleek wel een vereiste is om tot een dergelijke schadevergoeding na rechtmatige daad te komen, maar die omstandigheid bestond hier, volgens de A-G, en hij concludeert tenslotte tot verwerping van het cassatieberoep.

De Hoge Raad sluit zich voor een deel aan bij het oordeel van het Hof dat de in beginsel aanwezige rechtvaardigingsgrond achteraf bezien ongefundeerd is indien de verdachte onschuldig blijkt aan de gerezen verdenking. Die

rechtvaardigingsgrond was hier aanvankelijk aanwezig in de vorm van het zwaarwegend opsporingsbelang, aangezien ten tijde van het politieoptreden ten aanzien van de verdachte een redelijk vermoeden van schuld aan een strafbaar feit bestond als bedoeld in artikel 27 Sv. De Hoge Raad accordeert de opvatting van het Hof '*...dat het achteraf ongefundeerd blijken van de aanvankelijke rechtvaardigingsgrond voor het politieoptreden dat optreden, voor zover het schade toebracht, onrechtmatig doet zijn...*'. Dat leidt ertoe dat de Staat de door dat politieoptreden veroorzaakte schade moet vergoeden, omdat die schade '*...als door zijn schuld veroorzaakt moet worden aangemerkt omdat de Staat met de mogelijkheid van het achteraf ongefundeerd blijken van de rechtvaardigingsgrond rekening had te houden*'.[150] (NB De Staat betwistte de onschuld van Bekkers niet en daarmee stond zijn onschuld in het geschil vast).

Kort samengevat was in deze zaak (Hoge Raad 26 januari 1990, NJ 1990, 794) sprake van binnentreden (vermoedelijk ter aanhouding) bij een achteraf duidelijk gebleken onschuldige. Waarschijnlijk was de strafzaak beëindigd door sepot of een kennisgeving van niet verdere vervolging, in ieder geval lijkt er geen rechterlijke beslissing in de strafzaak zelf te zijn geweest. De Hoge Raad bouwt de vestiging van aansprakelijkheid op als volgt:

- politieoptreden is, voor zover het schade toebrengt, onrechtmatig indien de aanvankelijke rechtvaardigingsgrond achteraf ongefundeerd blijkt;
- die aanvankelijke rechtvaardigingsgrond bestond hier in het zwaarwegende opsporingsbelang, aangezien sprake was van redelijk vermoeden van schuld aan strafbaar feit 27 Sv;
- die aanvankelijke rechtvaardigingsgrond is achteraf ongefundeerd indien de gewezen verdachte onschuldig blijkt aan de gerezen verdenking (hier wordt nog niet aan de orde gesteld waaruit dat moet blijken,[151] bijvoorbeeld uit een dossier, zie latere arresten 1994);
- daarbij moet de schade als door zijn (de Staat) schuld worden aangemerkt omdat de Staat met de mogelijkheid van het achteraf ongefundeerd blijken van de rechtvaardigingsgrond rekening had te houden.

Hieruit komt mijns inziens naar voren dat de onrechtmatige daad derhalve niet wordt gevestigd middels de leer van Bregstein, zoals het Hof nog voorstond.[152] het al dan niet vergoeden van schade is derhalve zelf geen onder-

150 Idem, r.o. 3.4.

151 Velen waren derhalve van mening dat de gewezen verdachten altijd voor onschuldig moet worden gehouden na een niet-veroordeling (zie literatuuranalyse in H4). Met name De Wijkerslooth was hierover kritisch, J.L. De Wijkerslooth 1993, p. 319. Wellicht in navolging van zijn kritiek heeft de Hoge Raad dat in latere uitspraken nader gepreciseerd (zie hierna, uitspraken in 1994).

152 Onder andere Drupsteen gaat in op de kwestie naar het waarom van de omslag van de Hoge Raad op dit punt, Th.G. Drupsteen 1991, met name p. 332-333. Het blijft volgens hem gissen: wilde de Hoge Raad af van de cirkelredenering van Voorst Stroom of een betere afbakening van het bestuursrechtelijke schadevergoedingsrecht? Ook Kwakman zoekt naar

deel bij de vaststelling of sprake is van een onrechtmatige daad. Het behartigen van het algemene opsporingsbelang wordt in beginsel gezien als rechtvaardigingsgrond, maar die kan achteraf ongefundeerd blijken, afhankelijk van een bij de schuldeiser liggende factor (namelijk gebleken onschuld).[153]

Toerekening vindt plaats op grond van schuld, maar door de uitleg ervan lijkt eerder sprake te zijn van toerekening op grond van de verkeersopvatting. Opvallend is dat A-G Bloembergen hier opteert voor een vergoeding na rechtmatige daad zonder het bestaan van een bijzondere wettelijke regeling, waarbij hij wel de gebleken onschuld als vereiste ziet voor een dergelijke buitenwettelijke (namelijk rechterlijke) schadevergoeding.

Dan is er de uitspraak betreffende Joemman-Staat,[154] *Hoge Raad 23 november 1990*. Deze uitspraak heeft eveneens betrekking op het binnentreden in een woning. Het betrof het volgende: met de auto van Joemman was door diens zoon een dodelijk ongeval veroorzaakt. De zoon was doorgereden en de auto werd later leeg aangetroffen. In het kader van het opsporingsonderzoek werd later het huis van de kentekenhouder (vader Joemman) rechtmatig (voorzien van last ex 120 Sv) binnengedrongen nadat niet was opengedaan. Daarbij was schade ontstaan begroot op *ƒ* 4.857,58. De kantonrechter verklaarde Joemman niet ontvankelijk in zijn schadevergoedingsvordering. De Rb vernietigde dat vonnis maar wees de vordering af omdat sprake was van rechtmatig binnentreden (er was namelijk verdenking en een vereiste schriftelijke last). Joemman gaat in cassatie en verdedigt dat ook rechtmatig schadetoebrengend overheidsoptreden voor de overheid een schadeplicht kan doen ontstaan, ondermeer omdat het onbetamelijk is (dus onrechtmatig) deze schade niet te vergoeden (middel A) en omdat een aanvankelijke rechtvaardigingsgrond achteraf ongefundeerd blijkt (middel B). A-G Strikwerda legt middel A uit[155] in de zin dat zal worden bedoeld dat aanvankelijk rechtmatig handelen door omstandigheden (zoals het niet vergoeden van de schade) alsnog als onrechtmatig moet worden aangemerkt, maar hij kan hier niet in meegaan: *'....Als rechtmatig handelen niet tot schadevergoeding verplicht, kan het niet betalen van schadevergoeding niet onrechtmatig zijn en evenmin dat handelen alsnog onrechtmatig maken'*. Ook vindt hij dat de Voorste Stroom-problematiek (rechtvaardigingsgrond in wording die door het betalen van schadevergoeding definitief wordt waardoor de gedraging zijn onrechtmatige karakter verliest) definitief heeft afgedaan. Dat baseert hij op de totstandkoming van artikel 6:168 BW (zie

---

dergelijke mogelijke redenen, maar ziet dat met name in de – in het strafproces – onmogelijkheid om vooraf volledige een doel-middel afweging te doen, N.J.M. Kwakman 2003, met name p. 155.

153 Velen hebben deze uitspraak besproken, bekritiseerd of (gedeeltelijk) omarmd. Zie hierover nader de literatuuranalyse in hoofdstuk 4.

154 HR 23 november 1990, NJ 1991, 92 (Joemman-Staat).

155 Omdat naar de letter genomen het middel anders geen kans van slagen zou hebben aangezien rechtmatige daden naar gemeen recht geen plicht tot schadevergoeding kunnen doen ontstaan.

hierover § 3.2.5). Hiermee wil hij aangeven dat thans het uitgangspunt is dat een gedraging onrechtmatig is en dan is er plaats voor schadevergoeding en – behoudens het geval van artikel 6:168 BW – een verbodsactie. Of een gedraging is niet onrechtmatig, maar dan is er geen plaats voor een schadevergoedingsplicht (noch een verbodsactie).[156]

Hij vat middel B op in die zin dat een gedraging die rechtmatig is, achteraf als onrechtmatig kan worden beschouwd omdat de aanvankelijke rechtvaardigingsgrond ongefundeerd blijkt. Op dit laatste had Joemman zich blijkens de gedingstukken beroepen door te stellen dat hij onschuldig was aan de gerezen verdenking, hetgeen door de Staat niet is weersproken. De A-G merkt overigens nog op dat de omstandigheid dat Joemman mogelijk te kort is geschoten in zijn verantwoordelijkheid voor zijn zoons gedrag de aanvankelijke rechtvaardigingsgrond niet kan redden, omdat daarvoor slechts beslissend is of Joemman achteraf onschuldig is gebleken aan de gerezen verdenking van een strafbaar feit. Zijn gebrek aan zorg is mogelijk grond voor vermindering van de vergoedingsplicht wegens 'eigen schuld'. De Hoge Raad gaat voort op de ingeslagen weg. De Bregstein-achtige formule uit middel A wordt als onjuist beoordeeld. Wel kan de aanvankelijke rechtvaardigingsgrond voor het politieoptreden achteraf ongefundeerd zijn omdat de gewezen verdachte zoals hij heeft gesteld '*...onschuldig bleek aan de gerezen verdenking...*'.[157] Ook de toerekening wordt op dezelfde grond gefundeerd als in Staat-Bekkers het geval was (zie over de toerekening verderop). In die zin concludeert ook de Hoge Raad tot mogelijke aansprakelijkheid en stelt dat de Staat daarom verplicht zou zijn de schade te vergoeden, '*...behoudens een – hier door de Staat gestelde – vermindering op grond van aan Joemman toe te rekenen omstandigheden*'.[158] Het Hof Den Haag dient de behandeling verder voort te zetten en ter zake van de mogelijke vermindering te beslissen (zie verderop § 3.3.4).

Kort samengevat was ook in deze zaak (Hoge Raad 23 november 1990, NJ 1991, 92) sprake van binnentreden bij een achteraf gebleken onschuldige, die zich daarbij beriep op gedingstukken. Dat was niet weersproken door de Staat; daarom is sprake van erkenning door de Staat van de achteraf ongefundeerde verdenking in dit geschil.

Onduidelijk is op welke wijze de strafzaak hier is beëindigd. De Hoge Raad acht de Bregstein-redenering uit het cassatiemiddel onjuist en herhaalt de overweging van het vorige arrest. De Staat is daarom in beginsel aansprakelijk behoudens de door de Staat gestelde vermindering op grond van eigen schuld

156 Aldus A-G Strikwerda bij Joemman-Staat.

157 Idem, r.o. 3.3. Onder andere Rozemond ging in op de vraag of dit de enige reden is waarom een aanvankelijke rechtvaardigingsgrond achteraf ongefundeerd zou kunnen blijken te zijn. Zie K. Rozemond 1993, p.129-132.

158 HR 23 november 1990, NJ 1991, 92, sub 3.3.

Joemman.[159] Daarover mag het Hof beslissen (zie hierna § 3.3.4).Aangezien over de vestiging van onrechtmatigheid derhalve niet meer getwist hoeft te worden, resteert de omvangkwestie.

A-G Strikwerda wil niets weten van schadevergoeding bij niet onrechtmatige daad (en verkondigt daarom een geheel andere opvatting dan A-G Bloembergen bij Hoge Raad 2 februari 1990, NJ 1990, 794). De omstandigheid dat Joemman te kort is geschoten in zijn verantwoordelijkheid ten opzichte van zijn zoon kan volgens hem niets af doen aan de vestiging van aansprakelijkheid (via de rechtvaardigingsgrondconstructie) omdat daarvoor slechts bepalend is of sprake is van gebleken onschuld. Wel kan het van invloed zijn op de omvang: mogelijk is sprake van vermindering schadevergoeding wegens eigen schuld.

De in deze twee arresten gehanteerde constructie gaf aanleiding tot veel discussie, die ook bij de literatuuranalyse aan de orde komt.[160]

3.3.3.2 Aansprakelijkheid voor voorlopige hechtenis indien uit strafvordelijk onderzoek blijkt dat de verdenking ten onrechte heeft bestaan

In de zaak die leidt tot het arrest *Hoge Raad 29 april 1994*[161] komen meerdere interessante aspecten aan de orde. Zo speelt in het voortraject de vraag of een onterechte niet ontvankelijk verklaring door het Hof Amsterdam in het kader van een verzoek op de voet van artikel 89 Sv als onrechtmatige rechtspraak valt te kwalificeren en of de gestelde daaruit voortkomende schade moet worden vergoed. Dat onderdeel bespreek ik hier maar gedeeltelijk en apart verderop. Eerst de rechtsgang: S. heeft ter zake van verdenking van afpersing 201 dagen in voorlopige hechtenis gezeten (28 augustus 1986 tot 17 maart 1987). Hij wordt hiervoor veroordeeld door de Rechtbank Amsterdam tot drie jaar gevangenisstraf, maar vervolgens spreekt het Hof Amsterdam hem vrij.[162] Op de voet van artikel 89 Sv verzoekt hij bij het Hof Amsterdam *f* 30.150,- schadevergoeding voor deze 201 dagen (*f* 150,- per dag). In dat verzoek wordt hij niet ontvankelijk verklaard.[163] Daarop gaat S. naar de civiele Rechtbank en vordert *f* 31.000,- schadevergoeding voor de ondergane voorlopige hechtenis

159 Met name Kwakman acht vanwege de inzet tot mogelijke matiging vanwege eigen laakbaar gedrag deze uitspraak al minder in strijd met het stelsel van de wet dan de vorige uitspraak (Staat-Bekkers), zie N.J.M. Kwakman 2003, met name p. 166 en 170.

160 Zie hierover bijvoorbeeld D.R. Doornbos 1991, p.453-464 die met name ingaat op de retrospectieve benadering van de civiele rechter. Zie verder hoofdstuk 4.

161 HR 29 april 1994, RvdW 1994, 104C en NJ 1995, 727 (S/Staat).

162 Op 23 december 1987, op diezelfde dag beveelt het Hof de onmiddellijke gevangenneming van S. in de tweede zaak. Op grond van dat bevel zit S. in voorlopige hechtenis van 9 januari tot en met 7 maart 1988, wanneer de voorlopige hechtenis wordt geschorst.

163 Bij beschikking Hof Amsterdam 28 juni 1989. Aangezien de vormfout op grond waarvan hij niet ontvankelijk wordt verklaard in werkelijkheid geen fout lijkt te zijn, vraagt de advocaat van S. of de P-G cassatie in het belang der wet wil indienen. Aan dat verzoek wordt niet voldaan omdat – kort gezegd – dat rechtsmiddel niet dient tot herstel van fouten.

in de eerste zaak waarin hij werd vrijgesproken.[164] In een andere zaak is S. ter zake van wederrechtelijke vrijheidsberoving en bedreiging veroordeeld tot drie jaar gevangenisstraf, eveneens door Hof Amsterdam. Met aftrek van de in deze tweede zaak ondergane voorlopige hechtenis (9 januari tot en met 7 maart 1988) resteren daarvan nog 221 dagen uit te zitten gevangenisstraf.[165] De Staat doet een aanbod om gratie te verlenen voor deze resterende 200 dagen gevangenisstraf van de tweede zaak indien S. zijn eis ter zake van schadevergoeding voor de 200 dagen voorlopige hechtenis van de eerste zaak laat vallen. S. weigert dit compensatieaanbod.[166] De Rechtbank acht de vordering gegrond op onrechtmatigheid van de voorlopige hechtenis ontvankelijk en in beginsel toewijsbaar in de lijn van Staat/Bekkers. Desondanks wijst de civiele Rechtbank de vordering van S. af vanwege het weigeren van het compensatieaanbod '*...omdat S. door te weigeren handelde in strijd met de redelijkheid en billijkheid nu deze compensatie in dit geval als een adequate vorm van schadevergoeding was te beschouwen.*'[167] Dan gaat S. naar het Hof Den Haag.[168] Het Hof herhaalt de heersende opvatting dat de Staat aansprakelijk is voor schade tengevolge van politie/justitieoptreden indien daarvoor geen rechtvaardigingsgrond bestond of indien nadien blijkt dat de verdachte onschuldig was, zodat de aanvankelijk aanwezige rechtvaardigingsgrond achteraf bezien ongefundeerd was. Het Hof meent echter dat hierop een uitzondering wordt gevormd voor schade tengevolge van de uitvoering van rechterlijke bevelen tot vrijheidsbeneming aangezien '*...dergelijke bevelen (...) geacht worden rechtmatig te zijn (behoudens indien sprake is van onrechtmatige rechtspraak)*[169] *zodat ook moet worden uitgegaan van de rechtmatigheid van de tenuitvoerlegging van die bevelen, waartoe*

---

164 Hij vordert ook *f* 20.000,- schadevergoeding wegens de door hem geleden schade tengevolge van de gestelde onrechtmatige niet-ontvankelijk verklaring van zijn 89 Sv verzoek door het Hof Amsterdam (onrechtmatige rechtspraak, zie hierna).

165 S. wordt voor deze zaak in eerste instantie door de Rechtbank veroordeeld tot een gevangenisstraf van een jaar. In hoger beroep vordert de P-G dezelfde straf maar het Hof Amsterdam legt hem drie jaar gevangenisstraf op. In de processtukken blijkt dat namens de Staat wordt aangevoerd dat die hogere straf voor deze tweede zaak valt te verklaren uit het feit dat door de vrijspraak van S. in de eerdere zaak (afpersing) artikel 63 Sr thans niet van toepassing is; A-G Leijten concludeert cynisch dat die vrijspraak in een eerdere zaak van S. hem dus twee jaar gevangenisstraf heeft gekost.

166 Hij is inmiddels terug in zijn geboorteland Engeland, dat zijn onderdanen niet uitlevert; de resterende gevangenisstraf zal dus toch niet ten uitvoer gelegd kunnen worden en voor S. is dat aanbod van de Staat dus geen interessante compensatie, meent A-G Leijten bij dit arrest.

167 Zie uitspraak sub 11 (Hof).

168 Daarbij vermeerdert hij zijn eis en vordert tevens een verklaring van recht dat de beschikking van het Hof Amsterdam tot onmiddellijke gevangenneming (op grond waarvan hij voor de tweede zaak van 9 januari tot en met 7 maart 1988 voorlopig gehecht is geweest) onrechtmatig is en een vergoeding voor de als gevolg daarvan geleden schade van *f* 10.000,-.

169 Indien bij de voorbereiding van de desbetreffende rechterlijke beslissing zo fundamentele rechtsbeginselen zijn veronachtzaamd dat van een eerlijke en onpartijdige behandeling van de zaak niet meer kan worden gesproken, en tegen die beslissing geen rechtsmiddel heeft opengestaan.

de Staat bovendien wettelijk verplicht is'.[170] Ook al zou uit de niet gemotiveerde vrijspraak kunnen worden aangenomen dat de rechtvaardigingsgrond voor de voorlopige hechtenis achteraf ongefundeerd zou zijn, dan brengt dat niet de onrechtmatigheid van de rechterlijke bevelen mee, aldus het Hof, en dus staat in dit geval van rechtmatige vrijheidsbeneming (steunend op een rechterlijke beslissing) alleen de weg van de regeling van de artikelen 89-93 Sv open. Het Hof wijst de vordering van S. van ƒ 31.000,- af.[171]

In cassatie wordt namens S. onder meer opgekomen tegen de opvatting van het Hof dat voor schade tengevolge van legitiem toegepaste dwangmiddelen die berusten op een rechterlijk bevel een uitzondering geldt zodat in dat geval geen sprake zou kunnen zijn van onrechtmatigheid op basis van de ongefundeerdheid van een aanvankelijke rechtvaardigingsgrond. De opvatting van het Hof dat vanwege die reden (dwangmiddelen die berusten op een rechterlijk bevel zijn in beginsel rechtmatig en blijven dat ook, ook al zou achteraf blijken van de achteraf ongefundeerdheid van de aanvankelijke rechtvaardigingsgrond) uitsluitend de schadevergoedingsweg van de regeling van de artikelen 89-93 Sv open staat wordt in het middel ook als onjuist aangemerkt. In het cassatiemiddel worden meerdere redenen genoemd waarom deze rechtsgang onvoldoende rechtsbescherming biedt. A-G Leijten maakt nog eens een schematische voorstelling van de problematiek die in deze zaak aan de orde komt: hij gaat uitvoerig in op de vraag wanneer vrijheidsbeneming in de vorm van voorlopige hechtenis een onrechtmatige daad oplevert.[172] A-G Leijten onderscheidt:

a) ab initio rechtmatig toegepaste voorlopige hechtenis waarop een gewone veroordeling volgt (geen actie op de voet van de regeling van de artikelen 89-93 Sv, geen actie uit onrechtmatige daad);
b) ab initio rechtmatig toegepaste voorlopige hechtenis waarop geen veroordeling met straf/maatregel volgt[173] (wel actie op de voet van de regeling van de artikelen 89-93 Sv, onder bepaalde voorwaarden actie uit onrechtmatige daad);
c) ab initio onrechtmatig toegepaste voorlopige hechtenis[174] waarop al dan niet veroordeling volgt (wel actie uit onrechtmatige daad en sinds Hoge Raad 2 februari 1993 ook actie op de voet van de regeling van de artikelen 89-93 Sv).[175]

170 Aldus het Hof, zie uitspraak sub Hof sub 16.
171 Ook de vermeerderde vordering wordt afgewezen bij arrest van 17 december 1992.
172 Zie arrest Hoge Raad sub 15 t/m 76.
173 A-G Leijten beperkt zich hier tot vrijspraak, aangezien het in onderhavige zaak ging om vrijspraak.
174 Indien bij de tenuitvoerlegging de rechtsgrond ontbrak, bijvoorbeeld omdat de bezwaren niet ernstig waren, of de verdenking kon, gelet op het strafmaximum, niet tot voorlopige hechtenis leiden.
175 Hoge Raad 2 februari 1993, NJ 1993, 552, zie bespreking in hoofdstuk 2 in § 2.3.3.2.

De A-G gaat vooral in op categorie b): lang heerste de opvatting dat deze vrijheidsbeneming rechtmatig was als aan alle wettelijke vereisten was voldaan ten tijde van het verlenen van enig bevel tot vrijheidsbeneming (ernstige bezwaren). Indien dan onherroepelijke vrijspraak volgde, bleef die vrijheidsbeneming toch rechtmatig en daarvoor was de regeling van de artikelen 89-93 Sv geschreven. Inmiddels zijn twee ontwikkelingen ontstaan die naast de ab initio-onrechtmatigheid (dus categorie c) een ander soort onrechtmatigheid in het leven hebben geroepen, waarvan pas achteraf kan blijken. *De eerste ontwikkeling* betreft de mogelijkheid dat de vrijheidsbeneming berust op een rechterlijke beslissing die is genomen na een rechtsgang, waaraan ernstige gebreken kleven; een voorbeeld hiervan biedt Hoge Raad 12 februari 1993, NJ 1993, 524 (de van zijn vrijheid beroofde persoon is niet behoorlijk gehoord). Leijten merkt – in navolging van A-G Asser – bij genoemd arrest op dat die ernstige gebreken in de rechtsgang uitdrukkelijk echter niet moeten worden gezien in het licht van aansprakelijkheid wegens onrechtmatige rechtspraak maar in dat van onrechtmatige vrijheidsberoving. Het gaat er dan dus niet om of de voorbereiding en totstandkoming van de rechterlijke beslissing zelf onrechtmatig was, maar of de daaruit voortvloeiende vrijheidsbeneming wegens dat gebrek onrechtmatig was. Dus hoeft voor de toewijzing van een schadevergoeding niet te zijn voldaan aan de strenge eisen die door de Hoge Raad gesteld worden aan een schadeactie op grond van onrechtmatige rechtspraak, aldus Asser.[176] Mijns inziens valt deze categorie echter ook onder ab initio onrechtmatig, want hoewel het gebrek pas later blijkt, bestond het – in dit voorbeeld – al op het moment dat de vrijheidsbeneming ontstond. Daarmee onderscheidt het zich m.i. van de door de A-G beschreven *tweede ontwikkeling*, waarbij van een aanvankelijk rechtmatig strafvorderlijk *binnentreden* (Staat/Bekkers en Joemman/Staat) ook achteraf de onrechtmatigheid blijkt, maar nu wegens een achteraf ongefundeerde (aanvankelijk bestaande) rechtvaardigingsgrond. Kortom A-G Leijten meent dat betrokkene een schadevergoedingsvordering bij de civiele rechter wegens onrechtmatige daad, gezien genoemde tweede ontwikkeling, dus in de lijn van Staat/Bekkers, kan indienen.[177] De uitzondering die het Hof op deze regel lijkt aan te nemen voor gevallen dat de schade een gevolg is van de uitvoering van *rechterlijke bevelen* tot vrijheidsbeneming, acht Leijten onjuist en derhalve concludeert hij tot vernietiging van het arrest van het Hof Den Haag. De Hoge Raad negeert de opvatting van het Hof dat er ten aanzien van een rechterlijk bevel tot vrijheidsbeneming een uitzondering bestaat op de regel dat de Staat aansprakelijk is indien voor optreden van politie en justitie in kader van strafvordering geen rechtvaardigingsgrond bestaat of de aanvankelijk aanwezige rechtvaardigingsgrond achteraf ongefundeerd blijkt te zijn. Het standpunt in het cassatiemiddel dat voorlopige hechtenis ondergaan ter zake van een feit waarvoor vrijspraak

176 Aldus Leijten, zie uitspraak sub 32, 33.
177 Zie arrest sub 37.

volgt, achteraf bezien steeds als onrechtmatig moet worden aangemerkt, aanvaardt hij echter niet.[178] Net als de A-G Leijten zet de Hoge Raad de drie mogelijkheden op een rij dat voorlopige hechtenis onrechtmatig kan zijn:

- indien zij is ondergaan ingevolge een bevel dat is verleend in strijd met de wet (bijvoorbeeld de gronden voor voorlopige hechtenis waren niet aanwezig);
- dan wel met veronachtzaming van fundamentele vereisten (zoals het horen van de verdachte waar dat is voorgeschreven, Hoge Raad 12 februari 1993, NJ 1993, 524);
- daarbuiten is de voorlopige hechtenis rechtmatig is omdat zij wordt gerechtvaardigd door het bestaan van verdenking. Dit is alleen anders *'...indien achteraf uit het strafdossier – uit de einduitspraak of anderszins* – blijkt *dat de verdenking ten onrechte heeft bestaan'* (lijn Staat/Bekkers en Joemman/Staat).[179] Cruciaal is de daarop volgende redenering: *'De enkele omstandigheid dat de verdachte is vrijgesproken van het feit ter zake waarvan hij voorlopige hechtenis heeft ondergaan, is daartoe echter onvoldoende: alsdan blijkt immers in de regel (...) uit de veelal niet nader gemotiveerde einduitspraak niet dat de verdachte het feit niet heeft begaan, maar slechts dat niet wettig en overtuigend is bewezen dat hij het feit heeft begaan'*. Dat geldt ook in andere gevallen waardoor de zaak eindigt zonder straf of maatregel [sepot, ontslag van rechtsvervolging, MD]; in de regel kan volgens de Hoge Raad niet worden gezegd dat uit het strafdossier *blijkt* dat de voormalige verdachte het feit niet heeft gepleegd.[180]

Ook artikel 6 lid 2 EVRM garandeert niet een recht op schadevergoeding indien men in overeenstemming met de voorschriften voorlopig was gehecht (EHRM 25 augustus 1993, NJ 1994, 1, Sekanina) en evenmin is het zo, dat het toepassen van dwangmiddelen alleen dan rechtmatig is indien het vermoeden dat verdachte onschuldig was onherroepelijk wordt doorbroken door zijn veroordeling (zodat een strafvervolging die om welke reden dan ook niet tot een veroordeling leidt, per definitie onrechtmatig zou zijn).[181]

---

178 Hoge Raad sub 3.5.1.

179 Onder andere L.J.A. Damen 1994, p. 675-681, bekritiseert dat en vraagt zich af of de HR niet cf. art. 121 GW had moeten eisen dat dergelijke einduitspraken behoorlijk moeten worden gemotiveerd in plaats van op de gebrekkige motivering ervan een premie voor de Staat te zetten, p. 681.

180 Zie Hoge Raad sub 3.5.2.

181 Eerder beschreef B.J. Daalder 1993, p. 166-172, de lijn van de Rb. Den Haag voor wat betreft de invulling van de vraag wat bedoeld wordt met *'onschuldig gebleken aan de gerezen verdenking.'* Eerst wordt daar de formule gehanteerd dat vrijspraak, ontslag van rechtsvervolging en sepot het vermoeden oplevert dat sprake is van onschuld aan de gerezen verdenking, waarbij de Staat echter feiten en omstandigheden kan stellen dit dat ontzenuwen, bijv. Rb. Den Haag 14 april 1991, NJ 1992, 433 en Rb. Den Haag 4 maart 1992, NJ 1992, 388. Vanaf eind 1991 ziet Daalder echter dat de Rechtbank Den Haag (zoals ook eerder de Nationale Ombudsman) een andere weg lijkt te zijn ingeslagen (op grond van ongepubliceerde

De Hoge Raad voegt nog toe dat het onjuist is, indien de strafvervolging om welke reden dan ook anders eindigt dan met een veroordeling, aan te nemen dat het toepassen van strafvorderlijke dwangmiddelen voor risico van de staat is tenzij die Staat kan aanvoeren of bewijzen dat de verdenking ook achteraf bezien gerechtvaardigd was of dat de toepassing van de dwangmiddelen (mede) aan de verdachte kan worden toegerekend in de zin van 6:101 BW.[182] Daargelaten in hoeverre een onderzoek naar deze vragen na beëindiging van een strafzaak in overeenstemming is met artikel 6 lid 2 EVRM, vindt de Hoge Raad dat een dergelijk onderzoek de civiele rechter in een daartoe niet toegesneden procedure vragen laat beantwoorden waartoe bij uitstek de strafrechter is toegerust, voor zover deze ze al niet heeft beantwoord in geval van vrijspraak. Concluderend stelt de Hoge Raad dat, tenzij sprake is van onrechtmatige daad zoals hiervoor in drie categorieën omschreven, uitsluitend de strafrechter bevoegd is op de voet van de regeling van de artikelen 89-93 Sv te bepalen of er grond bestaat schadevergoeding toe te kennen indien een strafzaak eindigt zonder oplegging van straf of maatregel.[183]

Een korte samenvatting van aspecten uit deze zaak (Hoge Raad 29 april 1994, NJ 1995, 727): het verschil met de twee zaken uit 1990 hiervoor besproken is, dat het hier gaat om schade tengevolge van vrijheidsbenemende dwangmiddelen (daar ging het om andere, niet vrijheidsbenemende dwangmiddelen). De verdachte werd vrijgesproken en daarom stond de weg van de regeling van de artikelen 89-93 Sv open en die werd ook benut; het verzoek werd echter (eigenlijk ten onrechte) niet ontvankelijk verklaard en vervolgens werd een civiele vordering ingesteld. Uit de uitspraak van de Hoge Raad volgt dat

- voorlopige hechtenis onrechtmatig is indien ondergaan in strijd met de wet of met veronachtzaming van fundamentele vereisten;
- verder is voorlopige hechtenis rechtmatig omdat deze gerechtvaardigd is door de verdenking; dat is dus alleen anders indien uit het strafdossier blijkt dat de verdenking ten onrechte heeft bestaan, maar de meestal niet nader gemotiveerde vrijspraak is daartoe onvoldoende omdat daaruit niet blijkt dat betrokkene het feit niet heeft begaan, maar dat niet wettig en overtuigend is bewezen dat hij het heeft gedaan. Dit geldt ook in andere gevallen waardoor een zaak eindigt zonder straf [dus sepot e.d., MD]. In

uitspraken) namelijk dat door elke niet-veroordeling sprake is van onrechtmatig handelen (bekentenis van de verdachte of nieuwe feiten kunnen dat anders maken). Hiermee beëindigt de Hoge Raad die ontwikkeling.

182 Dit was ook de opvatting van het Gerechthof Den Haag in een andere zaak die leidde tot HR 23 december 1994, NJ 1995, 512, hierna te bespreken. A-G Mok legt dit later uit in die zin dat van de Staat (als regel) niet kan worden verlangd dat hij bewijst dat de toepassing van dwangmiddelen aan de voormalige verdachte kan worden toegerekend, zie A-G Mok bij HR 20 december 1996, Conclusies RvdW 1997, C9.

183 Arrest sub 3.5.3.

de regel blijkt uit het strafdossier niet dat de verdachte het feit niet heeft gepleegd.[184]

Hieruit volgt dat het niet zo is

- dat alleen een veroordeling de toepassing van dwangmiddelen rechtmatig houdt/maakt;[185]
- en dat bij geen veroordeling de toegepaste dwangmiddelen onrechtmatig zijn toegepast (en daarom voor risico van de Staat) tenzij de Staat zou bewijzen dat de verdenking achteraf bezien gerechtvaardigd was of (mede) aan eigen schuld te wijten (in de zin van 6:101 BW), dat zijn immers geen vragen voor de civiele rechter (voor zover die ze al heeft beantwoord in het kader van het strafproces dat tot vrijspraak leidde. Indien geen sprake is van een van de drie categorieën onrechtmatige daad dan is slechts de 89 Sv-rechter bevoegd over schadevergoeding te oordelen.

Een zaak waarin ook vrijheidsbenemende dwangmiddelen zijn toegepast maar die eindigde met een kennisgeving niet verdere vervolging leidde tot het arrest *Hoge Raad 23 december 1994*.[186] Na meerdere aangiften ter zake van oplichting is makelaar J. aangehouden en vier dagen in verzekering gesteld (19 juni tot 23 juni 1985). De officier van justitie bericht aan de aangevers dat het bewijs van oplichting of enig ander feit niet is te leveren en dat hij van verdere vervolging afziet. De aangevers doen beklag via een artikel 12 Sv procedure, maar hun klachten worden afgewezen en op 1 februari 1989 is aan J. een kennisgeving van niet verdere vervolging d.d. 27 januari 1989 betekend. J. dient een verzoek in ex artikel 89 Sv (en ex 591a Sv) bij de Rechtbank, maar deze wijst ze af; in hoger beroep kent het Hof echter een vergoeding toe van *f* 4.000,- aan immateriële schade tengevolge van de door J. ondergane voorlopige hechtenis (op de voet van artikel 89 Sv). In civilibus vordert J. in eerste aanleg *f* 46.000,- ter zake van immateriële schade en *f* 4.159.000,- ter zake van materiële schade en nog een bedrag ter zake van rechtsbijstand- en verblijfskosten. De Rechtbank acht de Staat aansprakelijk en verwijst de partijen bij tussenvonnis naar de enkelvoudige kamer om eventueel tot een schikking te komen. Tegen dat tussenvonnis gaat de Staat in hoger beroep. Het Hof 's Gravenhage oordeelt in het tweede tussenarrest dat de Staat ondermeer aansprakelijk is indien nadien blijkt dat degene die het slachtoffer is geworden van optreden in het kader van strafvordering van politie/justitie onschuldig is, zodat de aanvankelijke rechtvaardigingsgrond achteraf bezien ongefundeerd was. Gelet

184 J. Dekker 1995, p. 748-754 veronderstelt dat bij de eerste twee HR arresten uit 1990 sprake was van pseudorisicoaansprakelijkheid, terwijl met de twee arresten uit 1994 deze aansprakelijkheid weer lijkt te zijn beperkt.

185 Dit gaat in tegen de interpretatie die Van den Berg en Rozemond en Doornbos voorstellen, namelijk dat bij niet-veroordeling steeds onrechtmatigheid moet worden aangenomen, zie verder hoofdstuk 4.

186 HR 23 december 1994, NJ 1995, 512.

op de rechtsregel dat een ieder verondersteld wordt onschuldig te zijn totdat zijn schuld bij wet is bewezen leidt het Hof af dat in de gevallen waarbij die schuld niet is bewezen – zoals hier waar de zaak was geëindigd door een kennisgeving van niet verdere vervolging – aan het optreden de aanvankelijke rechtvaardigingsgrond alsnog is komen te ontvallen. Het bestaan van de rechtvaardigingsgrond blijft in de opvatting van het Hof namelijk alleen in het geval van bewezenverklaring voortduren. In andere gevallen is het aan de Staat om – ondanks het vermoeden van het tegendeel – te bewijzen dat de verdenking van een strafbaar feit is blijven bestaan. Dit bewijs zou niet kunnen worden ontleend aan de stukken waarmee de justitiële autoriteiten al bekend waren aangezien niet kan worden aanvaard dat de civiele rechter op basis van dezelfde gegevens tot een tegenovergesteld oordeel zou komen dan de officier van justitie of de strafrechter (die daarin niet genoeg aanknopingspunten vonden voor het dragen van een strafrechtelijke bewezenverklaring).

Het Hof vindt niet dat in de civiele procedure minder strenge eisen aan de bewijsvoering zouden behoren te worden gesteld dan in een strafzaak. Het Hof vindt daarom dat de Staat feiten/omstandigheden zal moeten aanvoeren die ten tijde van de niet veroordelende beslissing niet bekend waren; ook mag de Staat aanvoeren dat de beslissing op een misslag berust dan wel dat ondanks die beslissing de verdenking is blijven bestaan (bv. bij een vrijspraak die niet berust op gebrek aan bewijs, maar op onvolkomenheden in het vooronderzoek of een gebrekkige – in formele dan wel materiële zin – tenlastelegging).[187] De Staat gaat in cassatie, en namens J. wordt onder andere in incidenteel cassatiemiddel 1b opgekomen tegen de aanvankelijke rechtvaardigingsgrond zelf (verdenking gebaseerd op aangiften), en in *voorwaardelijk incidenteel cassatiemiddel 5* tegen de opvatting van het Hof dat het aan de Staat is ter vermijding van (de anders door het Hof veronderstelde bij niet veroordeling ontstane automatische vestiging van) aansprakelijkheid om middels feiten/omstandigheden aan te tonen dat (bijvoorbeeld) de verdenking is blijven bestaan. In het middel wordt ondermeer gesteld dat het toelaten van dergelijk bewijs het onwenselijke karakter kan krijgen van een hernieuwde vaststelling over schuld of onschuld.[188] A-G Mok herhaalt de eerdere rechtspraak en verwijst eveneens naar rechtspraak van het Europese Hof voor de rechten van de mens[189] waaruit blijkt dat door een niet veroordeling geen recht op schadevergoeding ontstaat. Of schadevergoeding wordt toegekend is zaak voor nationaal recht, maar in een weigering van een vergoeding mag geen oordeel over mogelijke schuld liggen. Hij verdedigt dat de primaire vraag is of destijds voldoende grond voor verdenking bestond. De toetsing is marginaal

187 Zie arrest sub Hof sub 12 tot 15.

188 Zie arrest sub incidentele cassatiemiddelen sub 1a en 5.

189 Onder andere Lutz (1987), Englert en Molkenbockhoff (1987), Sekanina (1993) en later noemt de A-G nog Minelli (1983). Zie ook daarvoor hoofdstuk 6.

van aard, omdat het bij verdenking gaat om een redelijk vermoeden van schuld aan een strafbaar feit.

Later voegt hij toe dat de beoordeling door de civiele rechter een andere is dan die door de strafrechter.[190] De toetsing dient ook niet te geschieden aan de hand van de latere uitkomst van de zaak want het doel van opsporing is de waarheid aan het licht brengen. Als dat niet mogelijk is of de verdachte klaarblijkelijk niet schuldig is maakt dat de opsporing niet onrechtmatig. Of sprake is van vrijspraak of sepot maakt naar zijn mening geen verschil. A-G Mok meent dat voor de vraag of de toepassing van strafvorderlijke dwangmiddelen een onrechtmatige daad oplevert, niet mag meetellen of de schuld van de verdachte niet is te bewijzen, dan wel zijn onschuld is komen vast te staan[191] Wel is het mogelijk dat bij de toepassing wettelijke vereisten (toestemming rechter-commissaris) niet in acht zijn genomen, terwijl ook strijd met ongeschreven recht denkbaar is, zoals schending van het evenredigheidsbeginsel (zoals bij Joemman zaak: voor het binnentreden van een woning door het forceren van deuren wegens verdenking van doorrijden na een ongeval moeten wel speciale gronden aanwezig zijn). Hij acht het in het incidentele cassatiemiddel 5 gestelde juist.

De Hoge Raad herhaalt echter de overweging uit het arrest van 29 april 1994 dat het erom gaat dat uit de resultaten van het strafvorderlijk onderzoek *blijkt* dat de verdenking ten onrechte heeft bestaan en concludeert dat die feiten en omstandigheden juist uitsluitend uit het strafvorderlijk onderzoek zelf kunnen worden geput. Hier wordt dus een verruiming aangenomen in vergelijking met het arrest van 29 april 1994 aangezien de ongefundeerde verdenking daar uit het *strafdossier* moest blijken. Het staat de Staat niet vrij ter vermijding van aansprakelijkheid, omstandigheden aan te voeren die ten tijde van het beëindigen van de strafzaak nog niet bekend waren en dus ook niet uit het strafvorderlijk onderzoek kunnen blijken. Het enkele feit dat het niet tot een bewezenverklaring is gekomen is onvoldoende grondslag voor een vermoeden dat de verdenking niet meer bestaat.[192] Tenslotte geeft de Hoge Raad aan dat de beoordeling van het recht op schadevergoeding van diegene van wie niet in het kader van een strafzaak is komen vast te staan dat hij onschuldig is, in beginsel geschiedt door een in het WvSv aangewezen rechter, en dat, voor zover in dat wetboek voor een bepaald dwangmiddel geen rechter daartoe is aangewezen, geen recht op vergoeding bestaat ter zake van het enkele gebruik van een dwangmiddel, indien dit gebruik ten tijde daarvan door een verdenking werd gerechtvaardigd. Indien de onschuld niet blijkt zal een vordering onrechtmatige daad gegrond moeten worden op ander feit (dan

190 Zie arrest sub A-G sub 4.4.1.

191 Zie arrest sub A-G sub 3.3.2.

192 HR 23 december 1994, RvdW 1995, 12, r.o. 4.1. en r.o. 9, 12, 13 en 14 van het Gerechtshof. De Hoge Raad spitst dus hier nog niet toe op sepot, vgl. hierna de uitspraak van de Hoge Raad van 20 december 1996, NJ 1997, 278.

gebruik van dwangmiddel op grond van verdenking die achteraf ongefundeerd is gebleken):

- zoals het gebruik van een dwangmiddel in strijd met geschreven of ongeschreven recht, waaronder begrepen moet worden de toepassing van een dwangmiddel dat in de gegeven omstandigheden zo disproportioneel is dat het daarom in strijd is met de aan de Staat betamende zorgvuldigheid;
- of een gedraging die niet als gebruik van een dwangmiddel kan worden opgevat, zoals het actieve optreden van politie en justitie in het kader van de publiciteit die de pers aan de strafzaak heeft gegeven, het doen uitgaan van een rondschrijven aan relaties van verdachten behoeve van het inwinnen van informatie over transacties waarbij verdachte mogelijk was betrokken.[193] De Hoge Raad vernietigt de beslissing van Hof Den Haag en verwijst de zaak voor verdere behandeling naar Hof Amsterdam.[194]

Kort samengevat gaat het hier (Hoge Raad 23 december 1994, NJ 1995, 512) om schade tengevolge van vrijheidsbenemende dwangmiddelen in een strafzaak die eindigt met een kennisgeving niet verdere vervolging. Net als de hiervoor beschreven zaak wordt de weg van de regeling van de artikelen 89-93 Sv bewandeld maar hier leidt dat tot (weliswaar gedeeltelijke, maar overigens ten opzichte van de gemiddelde forfaitaire dagvergoeding nogal hoge) toekenning van schadevergoeding (in de vorige zaak werd verzoeker niet ontvankelijk verklaard). Dat blijkt niet in de weg te staan aan een civiele vordering. De Hoge Raad herhaalt zijn overweging uit het arrest van 29 april 1994, maar met de verruiming dat de ongefundeerde verdenking uit het *strafvorderlijk onderzoek* moet blijken (in plaats van uit het *strafdossier*). Verderop verruimt de Hoge Raad zelfs nog door het alleen te hebben over *de strafzaak*. Daarbij mag de Staat geen omstandigheden aanvoeren ter vermijding van aansprakelijkheid die niet uit het strafvorderlijk onderzoek kunnen blijken (anders: Hof). Bij de vorige uitspraak werd toegespitst op vrijspraak (want, vond de Hoge Raad, de meestal niet nader gemotiveerde vrijspraak is onvoldoende om aan te nemen dat de verdenking ongefundeerd was omdat daaruit niet blijkt dat hij feit niet heeft begaan, maar dat niet wettig en overtuigend is bewezen dat hij het heeft gedaan). Toen merkte de Hoge Raad ook op dat dit eveneens geldt in andere gevallen waardoor een zaak eindigt zonder straf. Bij deze zaak gaat het niet om vrijspraak, maar om kennisgeving van niet verdere vervolging. Hier noemt de Hoge Raad niet meer het blijken van het wel of niet gedaan hebben (wat dus niet zou blijken uit vrijspraak) maar beperkt zich tot de opmerking dat het feit dat een zaak niet tot een bewezenverklaring komt (dus

193 Zie arrest sub HR sub 4.3

194 Dat leidt weer tot Hoge Raad 19 december 2003, LJN AL7053, waar het gaat om de berekening van de schadevergoeding na de huiszoeking ter inbeslagneming (in beslag nemen van de administratie en dat een jaar vasthouden, rondschrijven aan cliënten). De Hoge Raad verwijst het geding door naar Hof Arnhem.

alle andere wijzen waarop een zaak kan eindigen) onvoldoende is om aan te nemen dat sprake is van een ongefundeerde verdenking. Een vordering uit onrechtmatige daad zal moeten zijn gegrond op:

- gebleken onschuld na het toepassen van dwangmiddelen (want dan is de verdenking achteraf ongefundeerd) want indien uit de strafzaak de onschuld niet is komen vast te staan is men aangewezen op een in het WvSv aangewezen rechter (zie onder bevoegdheid hiervoor), of:
- een dwangmiddel in strijd met geschreven of ongeschreven recht incl. zodanige disproportionele toepassing dat sprake is van strijd met zorgvuldigheid/betamelijkheidbeginsel,[195] of:
- een gedraging die niet is op te vatten als gebruik van een dwangmiddel, bijv. actief optreden politie bij publiciteit.

Hoewel de Hoge Raad voor de gebleken onschuld een wezenlijke rol ziet weggelegd bij de beoordeling of sprake is van onrechtmatigheid (en ontvankelijkheid), ziet A-G Mok daarentegen voor gebleken onschuld (of de latere uitkomst van de strafzaak) geen rol weggelegd bij de beoordeling of de toepassing van dwangmiddelen onrechtmatig is. Hij meent dat onrechtmatigheid slechts kan worden gebaseerd op het doel waarvoor, de omstandigheden waaronder en de wijze waarop opsporingsmaatregelen zijn genomen. Met andere woorden, hij wil dat onrechtmatigheid slechts kan worden vastgesteld op basis van een (marginale, want beleidsvrijheid) toetsing ex tunc aan geschreven of ongeschreven recht [waaronder het evenredigheidsbeginsel, MD].

Het Hof meende op dit punt (functie gebleken onschuld) dat de rechtsregel van de onschuldpresumptie (onschuldig totdat schuld bij wet is bewezen) ertoe leidt dat indien schuld niet is bewezen (einde zaak zonder veroordeling) die onschuldpresumptie impliceert dat de aanvankelijke rechtvaardigingsgrond is vervallen. Dus de aanvankelijke rechtvaardigingsgrond blijft slechts voortduren indien het feit is bewezen en anders (gezien onschuldpresumptie) is sprake van een onrechtmatige daad, tenzij de Staat kan bewijzen dat verdenking is blijven bestaan.

Ten aanzien van de bewijslastverdeling is nog opvallend dat de Hoge Raad meent dat feiten en omstandigheden in civilibus alleen mogen worden geput uit de strafzaak zelf, terwijl het Hof juist aannam dat de Staat zich niet mag baseren op al bekende stukken (want daarop vonden officier van justitie en strafrechter niet voldoende aanknopingspunten tot bewezenverklaring). Het Hof ziet de bewijslast bij de Staat en dan slechts met behulp van feiten/om-

195 Zie voor een voorbeeld waarin in cassatiemiddel een beroep werd gedaan op disproportionele toepassing van een dwangmiddel HR 20 december 1996, NJ 1997, 278, middel II. De Hoge Raad ziet dit echter als een feitelijke waardering en de A-G wijst nog op het in artikel 3:13 BW uitgedrukte evenredigheidsbeginsel ter vaststelling van de evenredigheid van de toepassing van de strafvorderlijke dwangmiddelen (dit arrest wordt verderop besproken, maar niet dit middel).

standigheden die ten tijde van de niet veroordelende beslissing niet bekend waren. Het Hof meent ook dat in civilibus niet minder strenge eisen aan bewijsvoering zijn gesteld dan in strafzaak, maar A-G Mok vindt dat de beoordeling door de civiele rechter een geheel andere is dan die van de strafrechter.

3.3.3.3 Aansprakelijkheid voor dwangmiddelen na vrijspraak of sepot

Over de kwestie of een vrijspraak het voorliggend traject van strafvorderlijk optreden achteraf onrechtmatig doet zijn ging *Hoge Raad 1 december 1995*.[196] Het betrof daar ondermeer de vraag of een verzoek tot uitlevering en de uitlevering zelf (met terugwerkende kracht) onrechtmatig waren omdat verdachte nadien werd vrijgesproken voor het betreffende feit. Deze vrijspraak was gemotiveerd.[197] Betrokkene was door de Rechtbank op de voet van artikel 89 Sv[198] al een vergoeding van ƒ 199,- ƒ 700,- toegekend voor de ten gevolge van de in België ondergane uitleveringsdetentie[199] (immateriële schade, inkomstenderving tijdens detentie, overige kosten en kosten raadsman).[200] In civilibus vorderde hij zonder succes in kort geding bij voorschot nog ƒ 300.000,- voor schade tengevolge van de door de lange detentie veroorzaakte arbeidsongeschiktheid, verlies van inkomsten[201] en het teloorgaan van belangen in zakelijke projecten. Na afwijzing van zijn vorderingen door de Rechtbank Den Haag en bekrachtiging daarvan door het Hof komt de zaak bij de Hoge Raad. Die herhaalt dat de enkele omstandigheid dat eiser van een feit is vrijgesproken (en voor een ander feit niet is vervolgd) niet mee brengt dat het verzoek tot aanhouding en de daarop volgende voorlopige aanhouding als onrechtmatig moet worden aangemerkt. Dit is volgens de Hoge Raad niet anders indien de vrijspraak in de zin is gemotiveerd dat een bestanddeel van de tenlastelegging niet is bewezen; ook dan blijkt immers uit de vrijspraak

196 HR 1 december 1995, NJ 1996, 180.

197 *'...Voor zover namelijk al is komen vast te staan dat verdachte (...) niet heeft boekgehouden en/of heeft geweigerd de administratie af te geven, dan nog is niet bewezen dat dit ter bedrieglijke verkorting van de schuldeisers is gebeurd. Verdachte zal daarom worden vrijgesproken.'* Het betrof de verdenking van het misdrijf strafbaar gesteld in artikel 343 Sr (bedrieglijke bankbreuk).

198 En 591a Sv, gezien de kostenvergoeding raadsman.

199 Van 23 maart tot 22 augustus 1985; op die dag werd hij aan Nederland uitgeleverd en is hij, na verhoor, op vrije voeten gesteld.

200 Ook de Nationale Ombudsman was in deze zaak betrokken; hij had de uitleveringsprocedure op aspecten onbehoorlijk geoordeeld. Zie arrest bij A-G Mok sub 1.6.

201 De al ontvangen vergoeding op de voet van 89 Sv voor inkomstenderving had betrekking op een kortere periode dan het verlies in werkelijkheid had geduurd.

niet dat de verdachte het ten laste gelegde feit niet heeft begaan. Daarbij is niet van belang of naast de gegeven vrijspraak al dan niet een veroordeling ter zake van een ander feit is gevolgd.[202]

Kort samengevat: hier (Hoge Raad 1 december 1995, NJ 1996, 180) wordt niet afgeweken van de lijn uitgezet in het arrest van 29 april 1994. Toen werd echter door de Hoge Raad opgemerkt dat *uit de veelal niet nader gemotiveerde vrijspraak* niet blijkt dat de verdachte het feit niet heeft begaan. In deze zaak is de vrijspraak blijkbaar wel nader gemotiveerd, in die zin dat een bestanddeel van de tenlastelegging niet is bewezen. Maar de Hoge Raad vindt ook dat niet voldoende zekerheid geven voor de overtuiging dat de verdachte het feit niet heeft begaan (en dat is nodig om vast te stellen dat in dat geval de verdenking ongefundeerd was en derhalve de toegepaste dwangmiddelen/het optreden onrechtmatig).

Een andere veroordeling mag echter niet van invloed zijn bij beantwoording van de vraag over de gebleken onschuld.

Hoge Raad 22 december 1995[203] voegt op dit punt niet veel toe, maar is wel interessant op het punt van het rechtskarakter van het sepot. Het Hof meent hier (vgl. ook Hoge Raad 23 december 1994, NJ 1995, 512) dat door sepot, omdat het een eindbeslissing is die de rechter niet heeft getoetst, de aanvankelijke rechtvaardigingsgrond vervalt. Het betrof hier inbeslagname van een administratie, daarop volgde faillissement en vervolgens wordt de zaak wegens ouderdom[204] geseponeerd. De civiele schadevergoedingsvordering bedroeg ruim 1,5 miljoen wegens gederfde winst. De Rechtbank overweegt dat een sepot ertoe zou kunnen leiden dat het justitiële optreden achteraf als onrechtmatig aangemerkt zou kunnen worden, maar dan zou wel vast moeten komen staan dat de ex verdachte onschuldig was aan de gerezen verdenking. De Rechtbank meent dat het op de weg van de ex verdachte ligt om feiten en omstandigheden te stellen waaruit die onschuld kon blijken. De inhoud van het tussenarrest van het Hof is vrijwel gelijk aan het op 29 april 1994 door de Hoge Raad vernietigde arrest van het hof, in die zin, dat hier gesteld wordt dat door sepot de aanvankelijke rechtvaardigingsgrond vervalt. Mede op praktische gronden geldt dit volgens het Hof ongeacht welke sepot-reden het Openbaar Ministerie heeft gehanteerd, omdat deze reden niet door de rechter wordt getoetst en overigens voor discussie vatbaar kan zijn. Het Hof vindt dat het op de weg van de Staat ligt feiten en omstandigheden te stellen om tot andere conclusie – voor wat betreft het vervallen van de rechtvaardigings-

202 Deze laatste toevoeging had te maken met de verwijzing in het cassatiemiddel naar HR 29 april 1994, NJ 1995, 727 waar ook sprake was van een veroordeling in een andere zaak; kennelijk vond de HR die omstandigheid daar niet relevant, aldus de A-G Mok hier sub 3.4.2; de Hoge Raad voegt er hier vervolgens wel uitdrukkelijk een opmerking aan toe. Zie arrest sub 3.3.

203 HR 22 december 1995, NJ 1996, 301.

204 Gesproken wordt van 'oudheid' van de zaak, waarop A-G Mok het niet kan laten op het gebruik van dat woord te reageren.

grond – te komen. De Hoge Raad gaat verwerpt het principaal beroep[205] maar merkt desondanks op '*...dat het incidentele beroep terecht er van uitgaat dat bij de beoordeling of de aanvankelijke rechtvaardigingsgrond voor het optreden van politie en/of justitie achteraf ongefundeerd is, het erom gaat of uit de resultaten van het strafvorderlijk onderzoek – uit de einduitspraak of anderszins – blijkt dat de verdenking die ten tijde van het optreden dit optreden kan rechtvaardigen, ten onrechte heeft bestaan.*'[206]

Op dit punt wordt door eiser in cassatie verder gegaan in de zaak die leidt tot *Hoge Raad 20 december 1996*.[207] Tot nu toe was de Hoge Raad al wel eerder geconfronteerd met strafzaken die eindigen met sepot,[208] maar hier komt deze eindbeslissing ook uitdrukkelijk voor in zijn uitspraak. Het ging om inbeslagneming bij E. en H. gevolgd door teruggave en sepot. In eerste instantie vorderen zij *f* 20.170,- voor schade als gevolg van het politieoptreden bij de inbeslagneming. De Rechtbank wijst de vordering toe maar laat de schadevergoedingsplicht vervallen aangezien de inbeslagneming aan eisers zelf te wijten is geweest. Het Hof bekrachtigt dit vonnis. In cassatie wordt in het eerste middel namens eisers aangevoerd dat het arrest van de Hoge Raad van 29 april 1994[209] zag op overheidsaansprakelijkheid ter zake van een rechterlijke beslissing, wat een sepot niet is. Juist bij sepot moet ervan worden uitgegaan dat de verdenking achteraf ten onrechte bestond. Overigens kan de afwezigheid van een onderzoeksresultaat (bij sepot wordt een strafvorderlijk onderzoek niet altijd afgerond) eiser niet worden tegengeworpen, '*...nu het parket als staatsorgaan het vervolgingsmonopolie bezit en als enige bepaalt welk onderzoek en resultaten beschikbaar zijn voor de vraag of daaruit blijkt dat de verdenking die ten tijde van de inbeslagneming bestond, deze inbeslagneming kon rechtvaardigen. Hier tegenover hebben eisers namelijk in civilibus geen gelijke mogelijkheid van verweer tegen de Staat, wat in strijd is met het rechtsbeginsel van 'equality of arms' (...). De Staat kan zich niet met succes zonder meer beroepen op het resultaat van het door haar eigen orgaan (politie en OM) verrichte onderzoek, zonder dat de rechter zulks heeft getoetst.*'[210,211]

De Hoge Raad herhaalt zijn eerdere opvatting en voegt toe dat de enkele omstandigheid dat de strafzaak is geseponeerd, onvoldoende is voor de

---

205 Komt dus niet toe aan het voorwaardelijk incidenteel cassatieberoep.

206 Onder verwijzing naar HR 23 december 1994, NJ 1995, 512, r.o. 4.1, zie arrest sub 4.

207 HR 20 december 1996, NJ 1997, 278.

208 Zie zaak hiervoor en ook HR 23 december 1994, NJ 1995, 512.

209 HR 29 april 1994, NJ 1995, 727.

210 Zie arrest sub Cassatiemiddel I.

211 A-G Mok maakt nog de nuance voor wat betreft het gegeven dat pas sprake is van vestiging van aansprakelijkheid bij onrechtmatigheid én toerekening: indien al vaststaat dat de verdachte het feit niet heeft begaan, waardoor de toepassing van een dwangmiddel achteraf bezien onrechtmatig wordt, volgt daaruit nog niet dat aan het schuldvereiste van artikel 6:162 BW is voldaan. Hij heeft ook al eerder toegespitst op sepot en zag in zoverre geen verschil tussen vrijspraak/sepot voor wat betreft onderhavige problematiek, conclusie bij HR 23 december 1994, NJ 1995, 512.

conclusie dat de verdenking ten onrechte heeft bestaan.[212] De poging in het tweede middel om als uitgangspunt te nemen dat de billijkheid vereist dat de Staat tot schadevergoeding verplicht is, faalt eveneens. Nadat het Hof feitelijk had vastgesteld dat geen sprake was van onrechtmatigheid was een beroep op de billijkheid niet meer aan de orde.[213]

Kort samengevat: uit deze uitspraken (Hoge Raad 1 december 1995, NJ 1996, 180, Hoge Raad 22 december 1995, NJ 1996, 301, Hoge Raad 20 december 1996, NJ 1997, 278) blijkt dat het voor de Hoge Raad geen verschil maakt of bij de einduitspraak een rechter is betrokken of niet. Zowel bij (op onderdelen gemotiveerde) vrijspraak als sepot houdt de Hoge Raad vast aan het uitgangspunt dat om te spreken van onrechtmatige toepassing van dwangmiddelen uit de strafzaak moet blijken dat de verdenking ten onrechte heeft bestaan (of er moet sprake zijn van anders gefundeerde onrechtmatigheid). De enkele omstandigheid dat (gemotiveerd) is vrijgesproken dan wel geseponeerd, is onvoldoende voor de conclusie dat de verdenking ten onrechte heeft bestaan en derhalve voor de conclusie dat de aanvankelijke rechtvaardigingsgrond is vervallen.

De Hoge Raad gaat niet in op het in het cassatie middel (bij Hoge Raad 20 december 1996, NJ 1997, 278) aan de orde gestelde onderscheid in *equality of arms* na eindbeslissingen door de rechter en na beslissingen door de administratie (in geval van sepot). Bij een eindbeslissing door het OM is volgens dit middel enerzijds sprake van een ongetoetst vervolgingsmonopolie van het OM maar anderzijds van het tegenwerpen aan eiser van afwezigheid van enig onderzoeksresultaat van het strafvorderlijk onderzoek.

3.3.3.4 Aansprakelijkheid voor dwangmiddelen na buiten vervolgingstelling wegens onvoldoende aanwijzing van schuld (art. 250 Sv)

De eerste zaak betreft weer schade tengevolge van vrijheidsbenemende dwangmiddelen waarop de zaak eindigt met een rechterlijke buitenvervolgingstelling. Uiteindelijk leidt dit tot *Hoge Raad 12 juni 1998*.[214] De gebroeders H. waren aandeelhouders in een vennootschap die de aandelen hield in H. 's bewakingsdienst BV. Enkele werknemers van de bewakingsdienst worden aangehouden op verdenking van diefstal en zij verklaren dat de bewakingsdienst fraudeerde. Er volgt huiszoeking en inbeslagname van de administratie. De broers H. worden van 13 tot 17 februari 1984 in verzekering gesteld op verdenking van oplichting/valsheid in geschrift in verband met feitelijk leiderschap. Aan dit alles wordt aandacht besteed in de media. Een bezwaarschrift van de broers H. tegen de kennisgeving verdere vervolging wordt gehonoreerd: het Amsterdamse Hof stelt hen buiten vervolging omdat geen bewijs voorhanden is en

212 Zie arrest sub 3.3.
213 Zie arrest sub 3.4.
214 HR 12 juni 1998, NJ 1999, 99 en RvdW 1998, 123.

het onwaarschijnlijk is te achten dat de strafrechter, later oordelend, de omschreven feiten geheel of ten dele bewezen zal verklaren; daarom lijkt sprake van een buitenvervolgingstelling wegens onvoldoende aanwijzing van schuld (art 250 lid 4 Sv).[215] Na een schadevergoedingsverzoek op de voet van artikel 89 Sv is aan elk van de broers door het Amsterdamse Hof in hoger beroep *f* 500.000,- schadevergoeding toegekend, welk bedrag lager was dan door hen verzocht.[216] Daarna hebben de broers een civiele schadevergoedingsvordering uit onrechtmatige daad ingesteld.[217] Het Amsterdamse Hof zoekt aansluiting bij de eerdere rechtspraak en oordeelt eerst dat ten tijde van de toepassing van de dwangmiddelen een redelijke grond van verdenking ten aanzien van eisers bestond en vervolgens dat de grond voor toepassing van deze dwangmiddelen achteraf niet daaraan is komen te vervallen, omdat de overweging bij de buiten vervolging stelling door hetzelfde Hof dat geen bewijs voorhanden is voor strafrechtelijke bewezenverklaring, nog niet betekent dat de verdenking ongefundeerd was. '*...Aan het bewijs in een strafzaak worden immers zwaardere eisen gesteld dan aan het aanmerken als verdachte*'.[218] Ook de toekenning van de schadevergoeding op de voet van artikel 89 Sv, waarbij ook werd overwogen dat uit de voorhanden stukken (bevattende verklaringen) geen bewijs voor strafrechtelijke bewezenverklaring voorhanden is, geeft niet de ongefundeerdheid van de verdenking. Ten slotte zijn geen aanwijzingen te vinden in het strafdossier waaruit dat zou blijken. Dat na hun aanhouding en verhoor geen opsporingshandelingen zijn verricht, maakt dit niet anders.[219]

De broers gaan in cassatie over de gronden waarop de vergoeding wordt geweigerd. Het Hof zou ten onrechte de bewijslast voor het ten onrechte bestaan (hebben) van de verdenking gelegd hebben op de broers, aangezien het bij de beoordeling van een dergelijke vordering is aan de overheid om aannemelijk te maken dat de verdenking is blijven bestaan. Hofs opvatting verdraagt zich ook niet met artikel 6 lid 2 EVRM en artikel 14 lid 2 IVBPR, aldus eisers. Ook heeft het Hof niet aangegeven op welke verklaringen (in de voorhanden stukken) het heeft gedoeld bij zijn oordeel dat de verdenking (al dan

215 HR 29 september 1951, NJ 1952, 58.

216 Uit HR 13 november 1998, NJ 1999, 100 maak ik op dat er tevens een kostenvergoeding (mogelijk voor rechtsbijstand op de voet van artikel 591a Sv) van *f* 500.000,- is toegekend, zie sub A-G Spier sub 4.2.1.

217 In eerste instantie voor de wijze waarop politie/justitie de verdenking van fraude en het strafrechtelijk onderzoek in de publiciteit hebben gebracht; het ging dan feitelijk om de schade geleden bij de door de negatieve publiciteit afgedwongen verkoop van de belangen van de broers. De rechtbank heeft dit afgewezen, en in hoger beroep hebben zij hun vordering gewijzigd: als grondslag geldt dan de onterechte toepassing van dwangmiddelen (aanhouding, inverzekeringstelling en verlenging). Zij hebben in appèl de publiciteit slechts nog beschouwd als een schadebeïnvloedende omstandigheid.

218 Daar kwam volgens het Hof ten aanzien van een van de broers bij dat jegens hem een door de rechter-commissaris gegeven – niet ten uitvoer gelegd – bevel tot bewaring was gegeven, zie arrest sub Hof sub 4.14.

219 Zie arrest sub Hof sub 4.15 en 4.16.

niet achteraf bezien) niet ongegrond was, zeker omdat datzelfde Hof deze verklaringen eerder heeft gediskwalificeerd als niet bevattend enig bewijs bij zijn schadevergoedingsbeschikking op de voet van artikel 89 Sv en zulks ook al eerder had geleid tot buitenvervolgingstelling.[220] Deze beschikking (89 Sv) kan niet anders worden opgevat dan als uitsprekende dat de verdenking (al dan niet achteraf bezien) ongegrond was. Aan deze en de buitenvervolgingsbeschikking heeft het Hof te geringe betekenis gegeven. Tenslotte is het Hof voorbijgegaan aan eisers betoog dat de dwangmiddelen disproportioneel waren.[221] A-G Langemeijer herhaalt de rechtsontwikkeling en vat de klachten in zoverre samen dat ze veronderstellen dat voor de civiele rechter een rechtsstrijd gevoerd moet worden waarin hetzij eiser moet aantonen of aannemelijk maken dat de verdenking ten onrechte is geweest, hetzij de Staat moet aantonen of aannemelijk maken dat de verdenking terecht is geweest.[222] De A-G acht de veronderstelling van het middel onjuist[223] dat het Hof de bewijslast op de broers zou hebben gelegd, aangezien het Hof niet heeft gesproken in termen van bewijslastverdeling. '*...Om voor vergoeding langs civielrechtelijke weg in aanmerking te komen, zullen eisers moeten stellen dat uit de stukken van de strafzaak blijkt dat de verdenking ongefundeerd was. Wanneer die stelling betwist wordt, kunnen eisers in beginsel ermee volstaan de stukken van de strafzaak in het geding te brengen. Verdere bewijslevering wordt van hen niet verwacht.*'[224] Hij voegt toe dat ook de beschikkingen van het Hof (i.c. de buiten vervolging stelling na bezwaar en de schadevergoedingsbeslissing) in dit verband tot de stukken van de strafzaak behoren, ook al zijn zij, formeel beschouwd, in raadkamerprocedures gegeven.[225] '*Wanneer het Hof (...) overweegt dat in de stukken van de strafzaak geen aanwijzingen zijn te vinden dat de verdenking ten onrechte heeft bestaan, gaat het om een eigen waardering door het Hof van die stukken van de strafzaak en wordt daarmee geen bewijslast op de gebroeders H. gelegd.*'[226] Die link met de bewijslast is al eerder gelegd, onder andere door Knigge (de bewijslast ligt bij de gewezen verdachte als eisende partij) en Bakker Schut (onschuld aantonen via bewijslasttoedeling en prima facie bewijs).[227] A-G Langemeijer: '*...Het dragen van bewijslast betekent het dragen van bewijsrisico: wanneer het bewijs niet geleverd wordt – ook in gevallen waar noch het probandum noch het tegendeel komt vast te staan en het antwoord dus ongewis blijft – wordt*

220 Zie arrest sub cassatiemiddel sub 1 en 2 respectievelijk sub 7.
221 Sub cassatiemiddelen sub 3, sub 6 en sub 9.
222 Hij merkt op dat de aanleiding voor eisers om deze materie toch weer aan de orde te stellen ook ligt in de kritiek in de literatuur (P. H. Bakker Schut 1997, p. 154-162).
223 Hij verwijst daarbij naar mijn artikel (J. Uit Beijerse en N.M. Dane 1996, p. 259-288. Daar gingen wij met name in op de onwenselijkheid van een dergelijke veronderstelling).
224 Aldus de A-G sub 2.10.
225 Zie arrest sub A-G noot 14.
226 A-G sub 2.10.
227 Respectievelijk in noot onder EHRM 25 augustus 1993, NJ 1994, 1 en in artikel NJB 1997, p. 154 e.v.

het standpunt van de partij op wie de bewijslast rustte niet gevolgd.'[228] Dat geldt ook bij rechtspraak over schadevergoeding ex verdachten: als de onschuld niet positief uit de stukken blijkt, is er geen aanspraak op schadevergoeding. Hier worden, volgens de A-G twee soorten kritiek[229] tegen ingebracht: a) er moet worden aanvaard na afloop van een strafzaak dat de Staat in het civiele geding over schadevergoeding niet buiten de grenzen van het strafdossier mag treden, maar omgekeerd staat het de gewezen verdachte in het civiele geding vrij het bewijs van zijn onschuld – in de zin van het niet hebben gedaan – ook buiten het strafdossier om te leveren. Zo althans interpreteert Bakker Schut het arrest van 23 december 1994.[230] De A-G leest uit dit arrest dat de Hoge Raad noch van bewijslevering van schuld noch van bewijslevering van onschuld heeft willen weten. De Hoge Raad verwijst namelijk die gevallen waar de onschuld niet positief uit het strafdossier blijkt, naar de procedures van de regeling van de artikelen 89-93 Sv en artikel 591a Sv en dat zal volgens de A-G verband houden met het feit dat daar slechts een billijkheidsmaatstaf geldt die het onnodig maakt voor de rechter zich over (on)schuld uit te spreken. Het accent ligt dus op rechterlijke taakverdeling.[231] Kritiek b) komt erop neer dat de in de rechtspraak gehanteerde maatstaf nauwelijks ruimte biedt voor toekenning van civiele schadevergoeding omdat zelden uit de stukken van de strafzaak de onschuld blijkt aangezien het strafrechtelijk onderzoek niet is gericht op het vaststellen van onschuld.[232] Daarbij komt dat strafrechter, OM en politie een onderscheid tussen eervolle en oneervolle vrijspraken zullen vermijden, juist in verband met de onschuldpresumptie, en de verdachte kan zelf geen enkele invloed uitoefenen op de inhoud van het strafdossier. In welke gevallen blijkt dan uit de stukken van de strafzaak nog wel van de onschuld? Volgens de A-G indien de strafrechtelijke autoriteit zich uitdrukkelijk uitspreekt over onschuld door de motivering van de vrijspraak of met de standaardsepotgrond 'ten onrechte als verdachte aangemerkt' (te onderscheiden van sepotgrond 'onvoldoende wettig en/of overtuigend bewijs'.[233] (De A-G ziet i.c. geen reden om bij buitenvervolgingstelling wegens 'onvoldoende aanwijzing van schuld' een andere maatstaf te hanteren). Ook is verdedigbaar hier gevallen toe te rekenen waar strafrechtelijke autoriteiten zich niet in woorden, maar in gedragingen 'uitspreken', bijv. indien blijkt dat men de verkeerde te pakken had; gevallen waarin in de ogen van de strafrechtelijke

228 A-G sub 2.12.

229 Ik zou zeggen twee benaderingen.

230 P.H. Bakker Schut 1997, p. 154-162.

231 Dus zal de gedachte om de civiele rechter toch te kunnen laten oordelen over onschuld indien de ex verdachte ongeclausuleerd afstand zou doen van zijn verdragsrechtelijke aanspraak op de praesumptio innocentiae, weinig baten.

232 Verwijzing naar J. uit Beijerse en N.M. Dane 1996, p. 259-288. Dit punt bespreek ik uitvoerig in hoofdstuk 6.

233 Bij de Nationale ombudsman kan geklaagd worden wanneer niet de gunstigste sepotgrond is gehanteerd.

autoriteit zelfs geen betrokkenheid bij een strafbaar feit blijkt te zijn geweest. Dan gaat de A-G in op de betekenis van de uitspraken in het voortraject, namelijk de buitenvervolgingstelling en de toewijzing schadevergoeding op de voet van artikel 89 Sv. Hiertoe gaat hij in op betekenis van beide beschikkingen: de beschikking op een bezwaarschrift tegen verdere vervolging is een voorspelling over wat de strafrechter zal oordelen, Daarbij komen alle vragen van artikel 348 -350 Sv aan bod[234] en gaat het niet om eerdere fasen van het onderzoek (dus ook niet over de verdenking). In deze beschikking wordt dus een prognose gegeven en wordt niet geoordeeld dat de verdenking ten tijde van het dwangmiddel ten onrechte heeft bestaan. De eis dat aan bewijs in een strafzaak hogere eisen worden gesteld dan aan de vaststelling op grond van feiten of omstandigheden dat iemand als verdachte kan worden aangemerkt, geldt ook voor die prognose.[235] Aan de 89 Sv-beschikking kan als zodanig niet een argument worden ontleend over de onschuld, aangezien de maatstaf daar is of er gronden van billijkheid zijn voor schadevergoeding. Wel kunnen aan de motivering van deze beschikking argumenten worden ontleend. Deze motivering komt hierop neer dat onder andere ten tijde van de aanhouding en inverzekeringstelling te weinig bewijs voorhanden was met betrekking tot strafbare gedragingen van verzoekers. Nu hoeft op dat moment ook nog geen 'bewijs' voorhanden te zijn, maar dat is wat formeel geredeneerd.'...*Voor het rechtsgevoel is het onbevredigend wanneer twee kamers van hetzelfde hof materieel uiteenlopend oordelen. Bovendien ligt in de lijn van de aangehaalde jurisprudentie dat de vraag van schuld of onschuld bij voorkeur in een strafrechtelijk kader beantwoord moet worden. Aan een afwijkend oordeel van de civiele rechter mogen daarom extra motiveringseisen gesteld worden.*'[236] Die extra motivering was er omdat uit de uitspraak van het Hof kan worden opgemaakt dat er meer belastende aanwijzingen waren dan de 89 Sv- rechter voor ogen heeft gestaan. Of deze extra motivering overtuigt is van feitelijke aard; zij is in ieder geval inzichtelijk en sluitend. Ten slotte is de A-G het eens met eiser dat het Hof is voorbijgegaan aan de proportionaliteitskwestie. De Hoge Raad sluit kort en verwijst en redeneert overeenkomstig zijn eerdere arrest van 23 december 1994 met een aanvulling: '*Niet als juist kan immers worden aanvaard dat ter zake van de toepassing van dwangmiddelen schadevergoeding moet worden toegekend, tenzij de overheid bewijst dat de verdenking is blijven bestaan, althans terecht heeft bestaan*.' In de lijn van de A-G overweegt de Hoge Raad dat het door het Hof gehanteerde criterium niet in strijd is met de onschuldpresumptie van artikel 6 lid 2 EVRM/14 lid 2 IVBPR aangezien '*...voor zover het Hof ervan is uitgegaan dat de bewijslast op de gebroeders H. rust, het zulks niet gebaseerd heeft op een vermoeden*

234 De 'onvoldoende aanwijzing van schuld' van artikel 250 lid 4 Sv werd lang in verband gebracht met schuld van artikel 27 Sv hetgeen de onterechte indruk wekt dat de beslissing iets zegt over de verdenking, aldus de A-G in noot 17.

235 Als ik de A-G goed begrijp, zie sub 2.16.

236 A-G sub 2.19.

van schuld, waartegen zij tegenbewijs zouden kunnen of moeten leveren, maar op de regel dat zij, stellende dat de Staat en de Gemeente onrechtmatig hebben gehandeld, deze stelling dienen te bewijzen wil hun vordering voor toewijzing vatbaar zijn.'[237] Dat het Hof noch uit de buitenvervolgingstelling noch uit de 89 Sv-beschikking heeft afgeleid dat de verdenking achteraf ongefundeerd bleek, is een beoordeling van feitelijke aard; het behoefde geen nadere motivering (anders A-G). Wel is het arrest van het Hof onvoldoende gemotiveerd op het punt van de proportionaliteit van de toepassing van de dwangmiddelen.[238]

Samengevat was in deze zaak (Hoge Raad 12 juni 1998, NJ 1999, 99) sprake van de toepassing van vrijheidsbenemende dwangmiddelen, waarna de zaak eindigt met een rechterlijke buitenvervolging stelling door het Amsterdamse Hof omdat geen bewijs voorhanden is en het onwaarschijnlijk is te achten dat de strafrechter, later oordelend, de omschreven feiten geheel of ten dele bewezen zal verklaren, derhalve lijkt sprake van een buitenvervolgingstelling wegens onvoldoende aanwijzing van schuld (art 250 lid 4 Sv). Er wordt schadevergoeding gevorderd via de regeling van de artikelen 89-93 Sv en op grond daarvan wordt een gedeelte van de schade vergoed. Daarop wordt een civiele schadevergoedingsvordering uit onrechtmatige daad ingezet. Het Hof vindt dat de voor aansprakelijkheid benodigde ongefundeerdheid van de verdenking niet blijkt uit de buitenvervolgingstelling, noch uit de 89 Sv-beschikking, noch uit het strafdossier. A-G Langemeijer merkt naar aanleiding van de cassatiemiddelen op dat het niet gaat om een rechtsstrijd ten aanzien van bewijslastverdeling, maar dat eisers moeten stellen dat uit de stukken blijkt van de ongefundeerde verdenking. Indien dat wordt betwist kunnen eisers de stukken van de strafzaak in het geding brengen, verdere bewijslevering wordt niet verwacht. In casu zouden ook de beschikkingen van de raadkamer (buitenvervolgingstelling en 89 Sv-beschikking) als stukken van de strafzaak dienen te worden beschouwd. In civilibus geldt dat bewijslast ook bewijsrisico met zich meebrengt: als het bewijs niet wordt geleverd of ongewis blijft, wordt het standpunt van de partij die de bewijslast had, niet gevolgd. Bij onderhavige zaken gaat het erom dat de onschuld blijkt en daarvan is sprake:

- doordat strafrechtelijke autoriteiten zich uitdrukkelijk over onschuld hebben uitgesproken door motivering van de vrijspraak of door de standaard sepotgrond 'ten onrechte als verdachte aangemerkt'; er is geen reden om bij buitenvervolgingstelling wegens 'onvoldoende aanwijzing van schuld' een andere maatstaf te hanteren [de A-G maakt dus geen onderscheid tussen rechterlijke- of andere autoriteit, MD];
- ook kan het doordat autoriteiten zich niet in woorden maar middels gedragingen 'uitspreken'.

237 Hoge Raad sub 3.4 en 3.5.
238 Hoge Raad sub 3.6 en 3.9.

Over de betekenis van de hier voorliggende beschikkingen voor wat betreft de te blijken onschuld meent de A-G het volgende:

- de beschikking tot buitenvervolgingstelling wegens onvoldoende aanwijzing van schuld behelst een prognose van onder andere (wat ik[239] zou noemen) de 'strafbaarheidsschuld' (want het loopt vooruit op de vragen van de artikelen 348-350 Sv) en beoordeelt niet de eerdere fasen van het onderzoek en dus ook niet de (toenmalige) verdenking;
- de beschikking op de voet van de regeling van de artikelen 89-93 Sv is gebaseerd op de maatstaf of gronden van billijkheid aanwezig zijn; op zich kan daaraan geen argument over onschuld worden ontleend, maar mogelijk wel aan de motivering van deze beschikking.

Aangezien het onbevredigend is dat twee kamers van eenzelfde Hof materieel uiteenlopend oordelen over de kwestie van schuld of onschuld en deze kwestie bij voorkeur in strafrechtelijke context beoordeeld moet worden, zal aan een daarvan afwijkend oordeel van de civiele rechter extra motiveringseisen gesteld moeten worden, aldus de A-G. De Hoge Raad vindt deze nadere motivering echter niet nodig en houdt vast aan zijn eerdere rechtspraak, met de aanvulling dat niet als juist kan worden aanvaard dat bij dwangmiddelen schadevergoeding moet worden toegekend tenzij de overheid bewijst dat de verdenking is blijven bestaan. Het feit dat de bewijslast op eisers rust is niet in strijd met artikel 6 lid 2 EVRM omdat die bewijslastverdeling niet is gebaseerd op vermoeden van schuld waartegen tegenbewijs moet worden geleverd, maar op de regel dat wie stelt, bewijst. Dat het Hof noch buitenververvolgingstelling noch een gemotiveerde 89 Sv-beschikking voldoende achtte om aan te nemen dat de verdenking ongefundeerd was, is een beoordeling van feitelijke aard. De Hoge Raad zegt dus nog niets inhoudelijks over de vraag of een buitenvervolgingstelling tot die conclusie zou moeten leiden.

Dat doet hij wel in de volgende zaak die leidt tot *Hoge Raad 13 november 1998*,[240] maar hier betreft het geen vrijheidsbenemend dwangmiddel, maar binnentreden, waarna de zaak evenals de voorgaande eindigt met een buitenvervolgingstelling.

In deze zaak werd (voormalig) handelshuis Granaria BV ervan verdacht in 1988 misdrijven en overtredingen te hebben gepleegd met certificaten van oorsprong en aangiften ten invoer (goederen afkomstig van ander oorsprongland dan opgegeven). De douane had de opgegeven oorsprong overigens geaccepteerd. Tijdens de verdenkingperiode is huiszoeking gedaan, hetgeen in de publiciteit is gekomen. Tegen de dagvaarding van 13 maart 1992 heeft Granaria BV een bezwaarschrift ingediend waarop zij buiten vervolging is gesteld omdat voor de misdrijven onvoldoende aanwijzing van schuld was en de overtredingen waren verjaard. In totaal wordt namens Granaria BV (thans

239 J. uit Beijerse en N.M. Dane 1996, p. 259-288.
240 HR 13 november 1998, NJ 1999, 100.

Schouten Commodities BV) in civilibus ƒ 54.526.923,- en ƒ 35.267.000,- gevorderd met rente en kosten.[241] De Rechtbank meent dat de verdenking ten onrechte heeft bestaan, gebaseerd op resultaten van het strafvorderlijk onderzoek (waaronder FIOD-rapporten en de gronden voor de beslissing buitenvervolgingstelling).[242] In hoger beroep meent het Hof echter dat de aangehaalde verklaringen (producties Staat) in combinatie met een geheimhoudingsclausule erop wijzen dat de verdenking is blijven bestaan, aangezien zij duiden op voorwaardelijk opzet gericht op de in de vordering GVO omschreven misdrijven. Het feit dat de douane het opgegeven oorsprongland had geaccepteerd, strekt er niet toe dat daarmee een garantie is gegeven met betrekking tot de juiste vermelding van de herkomst. Zij doet niet af aan de eigen verantwoordelijkheid van Granaria BV, aldus het Hof.[243] Er zijn zes middelen van cassatie namens Granaria BV. In het eerste middel wordt uitgegaan van de stelling dat buitenvervolgingstelling impliceert dat de aanvankelijke verdenking is komen te vervallen en dat de bewijslast van schuld op de Staat rust (Ia en Ic) en dat de onherroepelijke buitenververvolgingsbeslissing door Rechtbank en Hof (raadkameronderzoek) is genomen wegens onvoldoende aanwijzing van schuld (250 lid 4 Sv) waardoor het aan het civiele Hof niet meer vrij staat onderzoek in te stellen of een beslissing te geven over de vraag of de verdenking is blijven bestaan (II).

Mijns inziens *lijkt* het cassatiemiddel II uit te gaan van een redenering die veel weg heeft van de oneigenlijke formele rechtskracht ten aanzien van de onschuld: er vindt geen toetsing van onschuld meer plaats door de civiele rechter zelf. De andere cassatiemiddelen zijn hier minder relevant.

Wel interessant is nog middel VI dat gaat over schade tengevolge van onjuiste mededelingen aan de pers. Volgens het Hof zou sprake moeten zijn van opzettelijk onjuiste mededelingen alvorens sprake kan zijn van onrechtmatig handelen in deze aan de zijde van de Staat; dat is onjuist, voldoende is verwijtbaar onzorgvuldig handelen

De A-G hierover: opzet is geen vereiste voor onrechtmatige daad, maar niet iedere onjuistheid moet leiden tot aansprakelijkheid. Er is reden om onderscheid tussen gevallen te maken waar Justitie de pers zelf benadert (in dat geval mag worden verwacht dat de mededelingen juist zijn) en die waarin zij wordt benaderd.[244] In casu deed zich de laatste situatie voor. De A-G verwijst naar Staat/Joemman:[245] voor aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad kan, ook wanneer de onschuld niet blijkt, grond bestaan bij toepassing van

241 De A-G merkt op dat een bedrag van ƒ 146.212,- is toegekend voor gemaakte kosten van rechtsbijstand, ik veronderstel dus op de voet van artikel 591a Sv, zie A-G sub 4.2.1.

242 De A-G meent dat de Rechtbank de onschuld niet uit het strafdossier heeft kunnen afleiden, zie sub A-G in noot 12.

243 Zie arrest sub Hof sub 11.

244 HR 19 juni 1992, NJ 1992, 578 r.o. 3.3 en HR 6 januari 1995, NJ 1995, 422 r.o. 5.8.3.2.

245 HR 23 december 1994, NJ 1995, 512, hiervoor besproken.

disproportioneel toegepaste middelen, bijvoorbeeld[246] bij actief justitieoptreden in het kader van publiciteit en evident onware mededelingen. Opzet lijkt niet steeds vereist.[247] Wel lijkt nodig dat de gedraging in het oog springend onbetamelijk is.[248]

A-G Spier merkt op dat naar zijn mening de rechtspraak over schadevergoeding indien een strafrechtelijke veroordeling is uitgebleven, is uitgekristalliseerd. Hij gaat wel in op de tegenstrijdigheid die in deze zaak weer naar voren komt: de onbevredigende gedachte dat de aanzienlijke schade van de benadeelde niet op de gemeenschap kan worden afgewenteld versus de voor de financiën van de staat moeilijk overzienbare consequenties indien dat wel het uitgangspunt zou zijn. De angst voor een lawine aan claims is echter onvoldoende overtuigend om niet eerder tot vergoeding te willen overgaan. Meer overtuigend vindt de A-G '*...dat het achterwege blijven van een veroordeling geenszins behoeft te betekenen dat men onschuldig was*.'[249] Door (als Granaria BV) als uitgangspunt te nemen dat het niet verkrijgen van een veroordeling betekent dat de verdachte onschuldig is gebleken *'...wordt, ten laste van de openbare middelen, een vergoeding gegeven aan personen van wie geenszins vast staat dat zij onschuldig zijn. Dat bekoort niet: het is al evenmin zonder meer billijk. Bovendien zouden politie en justitie ernstig worden belemmerd in hun optreden*.'[250] Hoewel Granaria BV aanvoert dat het moeilijk te verteren is dat zij niets heeft gedaan, aanzienlijke schade heeft geleden en deze niet kan verhalen, gaat het in juridis volgens Spier niet om de vraag of de gewezen verdachte laakbaar heeft gehandeld, maar of *blijkt* van haar onschuld, hetgeen hier niet het geval is. '*Er kan zeer wel van onschuld sprake zijn, maar dat kan Granaria niet baten, omdat het niet op de weg van de rechter ligt om in het kader van een civiele procedure uit te maken*

246 A-G Spier gaat ervan uit dat dit voorbeelden zijn van disproportionele middelen, hetgeen ook onrechtmatigheid kan opleveren, naast die gevallen waar onschuld blijkt, maar in HR 23 december 1994, NJ 1995, 512 worden drie categorieën onrechtmatig handelen genoemd naast gebleken onschuld: in strijd met geschreven /ongeschreven recht waaronder proportionaliteit, *alsook* bij een gedraging die niet als gebruik van een dwangmiddel kan worden opgevat, zoals het actieve optreden in kader publiciteit (g), zie aldaar sub HR 4.3 jo categorieën genoemd sub 3.2.

247 Zie r.o. 3.2. onder g, k en l jo r.o. 4.3.

248 Ook zo T. Hartlief onder Hof Den Bosch 12 januari 1995, A&V 1995, p. 51. Zie vergelijkbaar ook de algemene regeling over belediging (oude regeling): voor een vorderingsrecht is oogmerk vereist, op grond van rechtspraak is opzet vereist. Toch is geen sprake van geheel parallelle situatie omdat deze vordering niet is gebaseerd op belediging, maar op schade ten gevolge van mededelingen in het kader van een strafzaak, dus dan geldt het belang van de verdachte. Als sprake is van zelf gezochte publiciteit, dan zal voorzichtigheid betracht moeten worden, in andere gevallen biedt 1412 oud BW een bron van inspiratie om niet te snel aansprakelijkheid aan te nemen. Hiermee is ook sprake van een brug van oud naar nieuw recht dat geen opzet vereist, maar waar dat wel een factor kan zijn, aldus A-G sub 4.23 t/m 4.30 bij HR 13 november 1998, NJ 1999,100.

249 Zie arrest sub A-G sub 3.3. e.v.

250 Idem.

of er al dan niet sprake is van onschuld.'[251] Blijkbaar is in eerdere instantie aan de orde gesteld wat rechtens zou zijn wanneer de Staat de onschuld zou erkennen.[252] De A-G veronderstelt dat dit het geval zou zijn als werkelijk vaststaat dat de gewezen verdachte onschuldig is, bijvoorbeeld als iemand anders ter zake van het feit wordt veroordeeld. Overigens zou ook in een dergelijk geval niet de onschuld uit het strafdossier of de uitspraak blijken (criterium Hoge Raad). Desondanks zou in een dergelijk duidelijk geval te verwachten zijn[253] dat de Staat alleen nog over de omvang zou strijden, zodat de civiele rechter alleen nog over de hoogte van de vergoeding zou hebben te oordelen.

Tenslotte merkt de A-G op dat hij de schade erg hoog vond; hij hoopt dat de Staat zal trachten in voorkomende gevallen disproportionele schade te voorkomen. Over de cassatiemiddelen I en II is hij kort. Het eerste middel loopt vast in het eerdere gewezen arrest van 12 juni 1998. Ook al valt voor Granaria's stelling wel wat te zeggen, de Hoge Raad heeft de knoop al doorgehakt en het is onwenselijk om een heroverweging in een zo principiële kwestie te maken. Nadeel van een andere benadering is ook dat het voor de civiele rechter schier onmogelijk is de onschuld vast te stellen. In hetzelfde arrest van 12 juni 1998 is ook de bewijsregel dat het aan de Staat zou zijn de schuld te bewijzen, van de hand gewezen (r.o. 3.4). Het tweede middel herhaalt de eerdere onjuiste veronderstelling.

De Hoge Raad houdt het kort: Buitenvervolgingstelling is onvoldoende voor de conclusie dat de verdenking achteraf ten onrechte heeft bestaan omdat in de regel (ook hier) daaruit niet blijkt dat de verdachte het feit niet heeft begaan, '*...maar slechts dat er onvoldoende aanwijzing van schuld aanwezig is dat Granaria BV de in de dagvaarding omschreven feiten heeft begaan, zodat het hoogst onwaarschijnlijk is dat de strafrechter, later oordelend, ter zake van deze misdrijven tot een bewezenverklaring zal komen.*'[254]

Dan over het uitgangspunt dat de buitenvervolgingstelling impliceert dat er, mede gelet op de verdere inhoud van het strafdossier, achteraf bezien geen sprake is geweest van een redelijk vermoeden van schuld in de zin van artikel 27 lid 1 Sv, en dat daaruit geconcludeerd wordt dat daarmee de onschuld en derhalve het ongefundeerd zijn van de verdenking is gebleken. Dat is onjuist want *'...(h)et enkele feit dat – achteraf beschouwd – geen sprake is geweest van een redelijk vermoeden van schuld in de zin van artikel 27 lid 1 Sv, leidt immers*

---

251 Zie sub A-G sub 3.9.

252 Vergelijk ook Joemman-Staat 1990, waar Joemman zich blijkens de gedingstukken beriep op de ongefundeerde verdenking hetgeen door de Staat niet werd weersproken; dat leidde ertoe dat aansprakelijkheid werd vastgesteld en dat slechts nog over de omvang gestreden kon worden. Daarover mocht het Hof beslissen (eventueel vermindering in verband met eigen schuld), zie HR 23 november 1990, NJ 1991, 92 zoals hiervoor besproken.

253 Althans dat blijkt mogelijk uit de uiteenzetting van de toelichting namens de Staat, zie A-G sub 3.13 en 3.14.

254 Hoge Raad sub 3.3.3.

niet tot voormelde slotsom.'[255] Tenslotte *'Niet als juist kan (...) worden aanvaard dat ter zake van de toepassing van dwangmiddelen schadevergoeding moet worden toegekend, tenzij de overheid bewijst dat van onschuld van de verdachte niet is gebleken.'*[256]

Samengevat: in deze zaak (Hoge Raad 13 november 1998, NJ 1999, 100) is sprake van schade tengevolge van niet vrijheidsbenemende dwangmiddelen. De zaak eindigt door een rechterlijke buitenvervolgingstelling. Er is geen speciale schadevergoedingsregeling voor deze situaties en er wordt een civiele schadevergoedingsvordering uit onrechtmatige daad gedaan. A-G Spier gaat in op de tegenstrijdigheid die in dergelijke zaken naar voren komt: de onbevredigende gedachte dat de schade van benadeelde niet op de gemeenschap kan worden afgewenteld vs de voor de financiën van de Staat moeilijk overzienbare consequenties indien dat wel zo zou zijn. Hij acht het financiële aspect echter ondergeschikt aan de z.i. correcte redenering dat een niet veroordeling niet betekent dat men onschuldig is; een automatische schadevergoeding bij niet veroordeling zou daarom onbillijk zijn. Thans gaat het op basis van uitgekristalliseerde rechtspraak erom of *blijkt* van de onschuld en niet of de verdachte [feitelijk, MD] laakbaar heeft gehandeld. Aansprakelijkheid is er dus:

- als uit strafzaak blijkt dat sprake is van onschuld (rechtspraak HR). Het ligt volgens de A-G namelijk niet op de weg van de civiele rechter om zelf uit te maken of sprake is van onschuld.[257] [Dit is een redenering die doet denken aan een soort oneigenlijke formele rechtskracht ten aanzien van gebleken onschuld, MD];
- of dat onschuld werkelijk vaststaat, bijv. als iemand anders wordt veroordeeld; dat zou overigens niet 'blijken' – in de betekenis van 's Hoge Raads criterium – uit betrokkene's strafzaak,[258] maar dan zou te verwachten zijn dat de Staat dat zou erkennen (aldus A-G Spier)[259] en in dat geval zou te verwachten zijn dat slechts nog over de omvang zal worden getwist. (Dit lijkt vergelijkbaar met de uitzondering op de formele rechtskracht, namelijk indien de staat onrechtmatigheid erkent (zie daarvoor § 3.2.7).

Ook besteedt hij aandacht aan een van de andere categorieën onrechtmatige strafvorderlijke overheidshandelingen,[260] namelijk indien onschuld niet blijkt kan toch sprake zijn van onrechtmatigheid indien (1) sprake is van strijd met geschreven of ongeschreven recht (waaronder disproportionaliteit), en indien (2) sprake is van gedraging die niet als gebruik dwangmiddel kan worden

255 Idem, sub 3.3.4.
256 Idem, sub 3.3.5.
257 Dit is een redenering die doet denken aan een soort oneigenlijke formele rechtskracht ten aanzien van gebleken onschuld.
258 Zie echter A-G Langemeijers opvatting over blijken: ook uit gedragingen van de autoriteiten zou dat kunnen, zie beschrijving arrest hiervoor.
259 Of als dat in het algemeen wordt erkend (vgl. Joemman).
260 Verwijzing naar HR 23 december 1994, NJ 1995, 512.

opgevat, zoals het door de overheid actief optreden in kader publiciteit. De A-G sorteert geclaimde publiciteitsschade overigens onder categorie (1) en merkt daarbij op dat opzet bij de overheid niet vereist is om onrechtmatigheid aan te nemen maar wel een sterke onbetamelijkheid (dus niet iedere onjuistheid bij publiciteit dient tot aansprakelijkheid te leiden; overigens onderscheidt de A-G hierbij wel tussen actieve benadering Justitie naar pers en reactief naar aanleiding van benadering door pers).

De Hoge Raad gaat thans (in de vorige uitspraak gebeurde dat nog niet) in op de betekenis van de buitenvervolgingstelling voor de kwestie of sprake is van ongefundeerde verdenking: nee, voor die conclusie is dat onvoldoende, omdat ook uit de buitenvervolgingstelling niet blijkt dat de verdachte het feit niet heeft begaan, maar slechts dat onvoldoende aanwijzing van schuld aanwezig is zodat een bewezenverklaring door de strafrechter hoogst onwaarschijnlijk zou zijn. Vervolgens zegt de Hoge Raad dat de buitenvervolgingstelling impliceert dat er, mede gelet op de rest van het strafdossier, achteraf bezien geen sprake is geweest van een redelijk schuldvermoeden in de zin van artikel 27 Sv, maar dat dit niet tot de conclusie leidt dat daarmee de onschuld en derhalve de ongefundeerde verdenking is gebleken.[261] De Hoge Raad besluit nogmaals met de opmerking dat het niet zo is dat bij toepassing van dwangmiddelen (altijd) schadevergoeding zou moeten worden toegekend tenzij de overheid zou bewijzen dat van de onschuld niet is gebleken, met andere woorden geen risicoaansprakelijkheid voor de overheid voor het toepassen van dwangmiddelen.

3.3.3.5 Nog enkele aanvullingen op de doctrine[262] maar geen égalité-beginsel voor de gewezen verdachte

Hiervoor kwam aan de orde dat de Hoge Raad van mening was dat schade tengevolge van een strafvorderlijke gedraging die niet als gebruik van een dwangmiddel kan worden opgevat (zoals het actieve optreden van politie en justitie in het kader van de publiciteit die de pers aan de strafzak heeft gegeven, het doen uitgaan van een rondschrijven aan relaties van verdachten ten behoeve van het inwinnen van informatie over transacties waarbij verdachte

---

261 NB de A-G in een eerdere uitspraak meende nu juist dat buitenvervolging niet gaat over het schuldvermoeden in de zin van artikel 27 Sv (zie beschrijving arrest hiervoor).

262 Hier onbesproken blijft HR 21 april 2000, NJ 2001, 143, aangezien de gestelde lijn slechts wordt herhaald. Het betreft een Antilliaanse zaak waar volgens de Hoge Raad (r.o. 4.3) betrokkene ('R') '*… niet voldoende gespecificeerd heeft gesteld dat zijn onschuld anderszins uit de stukken betreffende de strafzaak blijkt. Evenmin heeft R. gesteld dat het gebruik van het dwangmiddel als zodanig in strijd was met regels van geschreven of ongeschreven recht.*' Betrokkene had zijn schadevergoeding gevorderd op de grond dat het Land en de Staat (betrokkene was in NL aangehouden) onrechtmatig jegens hem hadden gehandeld doorhem in voorlopige hechtenis te nemen, door de wijze waarop dit is geschied en door de onredelijk lange duur van de instructie. Het Gerecht in Eerste Aanleg (GEA) wees deze vorderingen

mogelijk was betrokken) de vordering onrechtmatige daad gegrond moet worden op een ander feit dan gebruik van een dwangmiddel op grond van een verdenking die achteraf ongefundeerd is gebleken.[263] Met andere woorden: het regime van de gebleken onschuld lijkt niet van toepassing op schade tengevolge van strafvorderlijk optreden ander dan door de toepassing van dwangmiddelen. In *Hoge Raad 14 januari 2005*[264] wordt echter expliciet bepaald dat het specifieke (gebleken onschuld) regime niet beperkt is tot vorderingen ter zake van schade door dwangmiddelen. Tevens wordt in deze uitspraak door de Hoge Raad duidelijkheid verschaft over de eigen ruimte die er is voor de civiele rechter om op basis van het strafdossier tot een oordeel te komen over de vraag in hoeverre de verdenking achteraf ongefundeerd is. In deze zaak was verzoeker, een politieambtenaar, verdacht van het aannemen van steekpenningen (art. 326 dan wel 363 Sr) omdat hij een verklaring had afgelegd voor een rechtbank in New York in een strafzaak tegen een Nederlandse, zonder dat hij hierover zijn superieuren had geïnformeerd. In verband met het afleggen van deze verklaring ontving hij ƒ 2.000,- van de familie van de verdachte. Na sluiting van het gerechtelijke vooronderzoek was hem een kennisgeving van niet verdere vervolging gezonden wegens het ontbreken van voldoende en wettig bewijs. Betrokkene vorderde bij de rechtbank aan dat de Staat aansprakelijk is voor schade die hij als gevolg van het strafvorderlijk optreden heeft geleden en nog zal lijden en daarom eiste hij daarvoor een vergoeding. Hij legde daaraan ten grondslag dat uit het strafdossier blijkt dat hij het feit niet heeft gepleegd, '*nu uit dat dossier kan en moet worden afgeleid dat hij zich niet door giften en/of beloften heeft laten bewegen om als getuige in de strafzaak tegen M. op te treden*'.[265] De rechtbank wees de vordering af, omdat weliswaar uit het strafdossier blijkt dat de verdenking wel ten onrechte heeft bestaan, maar dat het aan betrokkene was toe te rekenen dat hij als verdachte was aangemerkt. Het Hof oordeelde dat de verdenking achteraf bezien ongerechtvaardigd was zodat de Staat de daaruit ontstane schade moet vergoeden, voorover die schade niet is toe te rekenen aan verzoekers eigen schuld. Het oordeel van het Hof '*…en de daaraan verbonden conclusie, die erop neerkomen dat uit het strafdossier blijkt dat de daarin beschreven gedragingen van S. niet de in art. 362 en 363 Sr, zoals deze artikelen golden tot 1 januari 2001, omschreven strafbare feiten kunnen opleveren, berusten enerzijds op uitleg van die strafbepalingen, waartoe de rechter in een procedure als de onderhavige bevoegd is,*

---

tegen Land en Staat af. In hoger beroep wees het Hof de vordering tegen het Land gedeeltelijk toe. Volgens de Hoge Raad (r.o. 4.1) miskende het Hof hiermee de inmiddels ontstane doctrine *'dat aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad wegens het enkele gebruik van een dwangmiddel op grond van een verdenking die achteraf ongefundeerd is gebleken, slechts kan worden aangenomen indien uit de stukken betreffende de niet met een bewezenverklaring geëindigde strafzaak de onschuld van de verdachte blijkt*' (HR 12 juni 1998, NJ 1999, 99).

263 HR 23 december 1994, NJ 1995, 512, r.o. 4.3.

264 HR 14 januari 2005, NJ 2005, 346.

265 HR 14 januari 2005, NJ 2005, 346, zie 3.2 (uitgangspunten in cassatie).

en anderzijds op de aan het hof als rechter die over de feiten oordeelt voorbehouden uitleg van de stukken van het strafdossier.'[266] De Hoge Raad vindt slechts het oordeel van het Hof dat de verdenking ongefundeerd is gebleken, onjuist, onbegrijpelijk of onvoldoende gemotiveerd. De Hoge Raad lijkt daarmee voor de burgerlijke rechter een zekere (eigen) ruimte te zien om op basis van het strafdossier tot een eigen oordeel te komen over de ongefundeerdheid van de verdenking.

A-G Spier heeft een ander opvatting. Hij haakt aan bij wat A-G Langemeijer stelde bij Hoge Raad 12 juni 1998[267] en stelt dat slechts dan kan worden gezegd dat de onschuld blijkt wanneer daarvan hetzij melding is gemaakt in bijvoorbeeld het vrijsprekende vonnis, dan wel wanneer daarover op basis van de relevante stukken geen redelijke twijfel mogelijk is. Hoewel dat laatste zich zelden zal voordoen, aldus de A-G, is daartoe voldoende dat bijvoorbeeld een andere verdachte is gevonden die bekent en bij onherroepelijk vonnis wordt veroordeeld. '*Wanneer echter iemand wordt verdacht van doodslag, terwijl uit de stukken van het strafvorderlijk onderzoek de in artikel 287 Sr bedoelde opzet niet blijkt, kan niet worden gezegd dat de onschuld is gebleken. (…) Veroordeling kan in dit geval niet volgen. Het is goed mogelijk – en misschien zelfs aannemelijk – dat de verdachte onschuldig is aan de hem aanvankelijk aangewreven feiten. Maar dat blijkt niet. Bewijs van een negatief feit valt nu eenmaal moeilijk te leveren.*' aldus A-G Spier.[268] Hij meent dan ook dat het Hof zich de verkeerde vraag heeft gesteld (is strafrechtelijk bewijs geleverd) en niet heeft geantwoord op de juiste vraag (wijzen concrete feiten of omstandigheden uit het dossier op de onschuld).

Verderop stelt de Hoge Raad dat er geen reden is de in aanmerking komende schade te beperken tot schade als gevolg van strafvorderlijke dwangmiddelen, '*omdat ook wanneer ander optreden van politie en justitie in het kader van de strafvervolging tot schade heeft geleid, de aanvankelijk in de gerezen verdenking gelegen rechtvaardiging voor dat optreden is komen te vervallen. Tegen het aanvaarden van een dergelijke beperking pleit ook dat het in de praktijk veelal niet mogelijk zal zijn een onderscheid te maken tussen schade die het gevolg is van toepassing van – meer of minder ingrijpende – dwangmiddelen en schade die het gevolg is van ander optreden van politie en justitie in het kader van de strafvervolging dat aanvankelijk door de gerezen verdenking werd gerechtvaardigd*.'[269]

Kort samengevat; de Hoge Raad spreekt zich hier (Hoge Raad 14 januari 2005, NJ 2005, 346) uit over twee aspecten die in dit verband relevant zijn Ten eerste blijkt het regime van de gebleken onschuld ook van toepassing op schadevergoedingsaanspraken voor schade die niet het gevolg is van toepas-

266 Zie r.o 4.2.
267 HR 12 juni 1998, NJ 1999, 99 onder 2.14.
268 HR 14 januari 2005, NJ 2005, 346 onder 4.9. Zie eerder over deze kwestie de conclusie van mr. Huydecoper bij HR 11 juni 2004, LJN AO6016 sub 15 e.v.
269 Zie r.o. 4.3.2.

sing van strafvorderlijke dwangmiddelen, maar het gevolg is van ander optreden van politie en justitie in het kader van strafvervolging. Hiermee lijkt de eerdere lijn op dit thema in Hoge Raad 23 december 1994, NJ 1995, 512 verlaten (waar nog gesteld werd dat een vordering tot vergoeding van dergelijke schade op de voet van onrechtmatige daad op een andere grond dan een achteraf ongefundeerde verdenking gegrond moest worden). Ten tweede accepteert de Hoge Raad dat de feitenrechter – voor zijn oordeel over de vraag of sprake is van gebleken onschuld – op basis van het strafdossier een zekere ruimte heeft om hierover tot een eigen oordeel te komen. Anders A-G Spier, die vasthoudt aan de wijze zoals A-G Langemeijer daar invulling aan gaf bij Hoge Raad 12 juni 1998, NJ 1999, 99.

De uitspraak van de *Hoge Raad 18 november 2005*[270] is hier vermeldenswaardig omdat geprobeerd wordt de inmiddels ontwikkelde doctrine voor schade tengevolge van strafvorderlijk overheidsoptreden aan te vullen, in die zin dat wordt gevorderd dat op grond van het égalité-beginsel schade vergoed dient te worden ingeval de schade niet binnen het normale maatschappelijke risico valt en de gewezen verdachte- in vergelijking met andere burgers- onevenredig hard treft. In casu was sprake van een aanhouding van een verdachte die mogelijk in het bezit was van een wapen en gedreigd had deze te gebruiken (hij zat op bankje in park naast moeder met kind en had haar gemeld in bezit van wapen te zijn en zelfmoord te willen plegen). De gekozen methode van aanhouding, die verdachte geen mogelijkheid gaf om naar een eventueel wapen te grijpen, leidde tot een armbreuk. In cassatie keert eiser zich ten eerste – kort gezegd – tegen de beslissing van het hof dat de aanhouding niet onrechtmatig, want niet disproportioneel, was. De Hoge Raad meent dat '*het enkele feit dat toepassing van een bepaalde methode van aanhouding als gevolg van het daarmee*[271] *gepaard gaande geweld kan leiden tot letsel bij de aangehoudene niet meebrengt dat het toepassen van die methode reeds daarom disproportioneel is en dat dus, indien daarbij letsel ontstaat, aansprakelijkheid moet worden aangenomen*.'[272] M.i. is de opvatting derhalve dat geen sprake is van disproportionaliteit dus ook niet van onrechtmatigheid (en aansprakelijkheid) vanwege *het enkele* feit dat letsel is ontstaan. Er is meer voor nodig (dan dat enkele gegeven) om dat vast te stellen (belangenafweging). Dat is op zich niet nieuw.[273] Be-

270 HR 18 november 2005, LJN AT7755, AB 2006, 57 en NJ 2006, 189 (bovenarmbreuk bij arrestatie).

271 Wordt hier niet bedoeld: '...methode van aanhouding *als gevolg waarvan* het daarmee gepaard gaande geweld kan leiden tot letsel…'?; de aanhouding is toch niet het gevolg van het geweld? [MD]

272 R.o. 3.4.

273 De Hoge Raad geeft aan dat eiser zijn middel onjuist heeft gesteld (r.o. 3.4). Ook annotator Van Ravels (AB 2006, 157) gaat daarop in (sub 5 en 7). Overigens lijkt Van Ravels (sub 7) van mening dat de Hoge Raad met zijn stelling dat eisers beroep niet kan slagen omdat geen beroep is gedaan op een van de inmiddels vereiste grondslagen wat flauw is: eisers beroep op schending van het beginsel van gelijkheid had namelijk ook kunnen worden

langrijker is echter de volgende redenering van eiser, namelijk dat – ook bij de vaststelling dat de aanhouding wel proportioneel en rechtmatig was – genoemde schade (armbreuk) niet binnen het normaal maatschappelijk risico zou vallen en in vergelijking met andere burgers onevenredig hard is. De Hoge Raad gaat niet in op de gestelde vergelijking met Staat-Lavrijsen[274] en houdt vast aan het regime zoals inmiddels ontwikkeld (namelijk op grond van de criteria dat uit de stukken van strafzaak niet blijkt van zijn onschuld en zijn vordering dan slechts kans van slagen zou hebben voor zover gegrond op een dwangmiddel in strijd met geschreven of ongeschreven recht, of gegrond op een gedraging die niet als dwangmiddel kan worden opgevat)[275] hiermee P-G Hartkamp volgend. De P-G merkt daarbij nog op dat '… *de afweging of*

opgevat als de stelling dat het gebruik van het dwangmiddel in strijd was met ongeschreven recht, namelijk het beginsel van de gelijkheid voor de openbare lasten.

274 HR 30 maart 2001, NJ 2003, 615 Staat-Lavrijsen. Schadevergoeding voor een derde, niet-ex verdachte die schade had geleden tengevolge van de toepassing van strafvorderlijke dwangmiddelen. De Hoge Raad ontleent aan het égalité-beginsel de grondslag voor een gehoudenheid tot schadevergoeding uit onrechtmatige daad na overigens rechtmatig overheidsoptreden. Of anders gezegd: er is sprake van onrechtmatige daad indien bij de rechtmatige toepassing van een (i.c.) dwangmiddel voor een derde schade niet binnen normaal maatschappelijk risico valt en hem in vergelijking met andere burgers onevenredig hard treft. Zie hierover uitvoerig onder andere N.J.M. Kwakman 2003, met name deel 4 (p. 337 e.v.) en Drupsteen in zijn noot bij dit arrest bij AB 2001, 412 en bijv. G.E. van Maanen en R. de Lange 2005, p. 154-155. Zie voor bevestiging van deze lijn HR 21 maart 2003, JOL 2003, 162 en RvdW 2003, 53 (inbeslagneming) en HR 17 september 2004, NJ 2005, 392 en RvdW 2004, 105, waar de Hoge Raad een heel aantal algemene overwegingen geeft omtrent de toepassing van art. 6:101 in geval van onevenredig nadeel en, waar hij dat nog niet expliciet stelde in Staat-Lavrijsen, thans aangeeft: *'De vraag of in een bepaald geval de gevolgen van een overheidshandeling buiten het normale maatschappelijk risico of het normale bedrijfsrisico vallen, moet worden beantwoord met inachtneming van alle van belang zijnde omstandigheden van het geval. Van belang kan hierbij onder meer zijn enerzijds de aard van de overheidshandeling en het gewicht van het daarmee gediende belang alsmede in hoeverre die handeling en de gevolgen daarvan voorzienbaar zijn voor de derde die als gevolg daarvan schade lijdt, en anderzijds de aard en de omvang van de toegebrachte schade. Voor zover het gaat om strafvorderlijk optreden waarvan de gevolgen een ander dan de verdachte treffen, kan als uitgangspunt worden gehanteerd dat in het algemeen enig ongemak of gering tijdverlies niet als onevenredig kan worden aangemerkt en dat men dit zal moeten aanvaarden als vallend binnen het normale maatschappelijk risico of het normale bedrijfsrisico, maar dat dit niet zonder meer zal kunnen worden gezegd indien zaken van die ander als gevolg van dit optreden worden beschadigd. Dit een en ander brengt mee dat moet worden aangenomen dat schade die bij een huiszoeking in de woning van een ander dan de verdachte wordt toegebracht aan zaken van die ander, niet behoort tot het maatschappelijk risico van die ander, zodat de overheid in beginsel gehouden is die schade op grond van onrechtmatige daad te vergoeden.'* (r.o. 3.3). Zie in dit verband nog HR 12 juli 2002, JOL 2002, 420, waar de grondslag van de vordering niet werd gezocht in het toebrengen van onevenredige schade en in strijd met het beginsel van gelijkheid voor de openbare lasten (zoals in Staat-Lavrijsen), maar onder andere in nodeloos toegebrachte schade (naast inherente schade). De cassatieklachten werden verworpen zonder motivering (art. 81 RO, geen rechtsvragen).

275 De Hoge Raad verwijst hier naar een van de voorlaatste uitspraken van dit regime, namelijk HR 12 juni 1998, NJ 1999, 99, maar lijkt zijn uitspraak van HR 14 januari 2005, NJ 2005, 346 te 'missen', aangezien daar het laatste gedeelte (gedraging niet zijnde dwangmiddel) is vervallen, zie bespreking hiervoor.

de nadelige gevolgen van het strafvorderlijk optreden voor de (gewezen) verdachte al dan niet onevenredig zijn, (reeds) aan de orde komt bij de vraag of het strafvorderlijk optreden jegens hem al dan niet rechtmatig is geweest.'[276]

Hiermee lijkt de P-G aan te geven dat onevenredige schadetoebrenging aan de gewezen verdachte kan leiden tot vaststelling van ab initio onrechtmatige toepassing, omdat dan wellicht sprake is van disproportionele toepassing. Zoals de Hoge Raad echter opmerkt (zie hiervoor) is daarvoor meer nodig dan het enkele feit dat letsel is ontstaan.[277]

De P-G is daarbij expliciet van mening dat voor de evenredigheidstoetsing op grond van het égalité-beginsel geen goede grond bestaat als het gaat om de door de (voormalige) verdachte geleden schade als gevolg van strafvorderlijk optreden aangezien hij meent dat deze evenredigheidstoetsing slechts wil voorkomen dat het strafvorderlijk optreden derden in vergelijking met andere burgers onevenredig zwaar treft.[278] Zoals gezegd laat de Hoge Raad zich hierover (égalité-beginsel alleen voor derden) niet uit.

Wel gaat de Hoge Raad weer op dit beginsel in, in zijn uitspraak *Hoge Raad 13 oktober 2006* (Begaclaim).[279] In het kort de feiten: Van den Nieuwenhuyzen werd vervolgd wegens – kort gezegd – handel in aandelen met voorkennis, in twee zaken, RDM en HCS. Hof Den Haag sprak hem vrij op 8 maart 1996 betreffende HCS en Rechtbank Amsterdam sprak hem vrij op 29 januari 1996 betreffende RDM. Van den Nieuwenhuyzen vorderde met zijn bedrijf Begeman schadevergoeding van de Staat en de Vereniging voor de Effectenhandel.[280] De schadevordering was primair gefundeerd op een onrechtmatige daad en subsidiair op de stelling dat, ook al zou sprake zijn geweest van rechtmatig overheidsoptreden, de Staat dan ook gehouden zou zijn was de daaruit voortvloeiende schade te vergoeden.

---

276 Zie sub 11.

277 Annotator Van Ravels (AB 2006, 57) meent dat de opvatting van Hartkamp niet lijkt te sporen met hetgeen in de bestuursrechtspraak wordt aangenomen, namelijk – kort gezegd – dat de toetsing van schadeveroorzakende handeling enerzijds (inclusief de onevenredige, disproportionele toepassing) en de gevolgen van de schadeveroorzakende handeling (onevenredig nadeel) anderzijds uiteen zijn getrokken.

278 Zie sub 11. Hij baseert zich hiervoor mede op N.J.M. Kwakman 2003, p. 186, maar misinterpreteert m.i. het aldaar door Kwakman geschrevene. Kwakman stelt daar dat de twee regimes van onrechtmatige overheidsdaad (voor gewezen verdachten op grond van gebleken onschuld en voor derden op grond van het égalité-beginsel) niet inwisselbaar zijn, onder verwijzing naar Staat-Lavrijsen. M.i. bedoelt Kwakman echter (feitelijk beschrijvend) dat de rechtspraak dat tot nu toe niet doet, wat nog niet betekent dat hij normatief van oordeel is dat het égalité-beginsel niet zou kunnen gelden als grondslag voor schadevergoeding aan de gewezen verdachte. Met annotator Van Ravels bij het hier besproken arrest meen ik echter dat Staat-Lavrijsen op dit punt niet geheel duidelijk is; gesproken wordt namelijk van 'de getroffene' hetgeen niet uitsluit dat ook de gewezen verdachte een beroep op dit beginsel zou kunnen doen.

279 HR 13 oktober 2006, LJN AV6956, RvdW 2006, 944 en NJ 2007, 432.

280 Deze vorderingen werden overgedragen aan de Stichting Begaclaim.

Na schadevergoedingsuitspraken door rechtbanken en hoven,[281] gaat de Hoge Raad in zijn inleidende beschouwingen en in zijn rechtsoverwegingen)[282] ondermeer[283] in op de kwestie hoe om te gaan met vorderingen voor schade tengevolge van opsporing en vervolging, zonder dat dwangmiddelen zijn toegepast. Hij houdt vast aan de eerdere lijn[284] dat er '*…geen reden is om in het inmiddels ontwikkelde stelsel een afwijkende maatstaf te hanteren voor gevallen waarin het optreden van politie of justitie zich heeft beperkt tot opsporing en vervolging en waarin het niet is gekomen tot de toepassing van enig strafvorderlijk dwangmiddel*' en voegt toe dat het (…) *de maatschappelijke realiteit is dat de schade die het gevolg is van (het bekend worden van) een strafvervolging niet wezenlijk verschilt van schade die het gevolg is van de toepassing van een dwangmiddel. Enerzijds is de wijze waarop en de mate waarin door de verschillende in de wet geregelde dwangmiddelen inbreuk wordt gemaakt op het privéleven van verdachten, verschillend: sommige dwangmiddelen hebben naar hun aard ingrijpende en onomkeerbare gevolgen, zoals de tot vrijheidsbeneming leidende dwangmiddelen, maar andere dwangmiddelen zijn veel minder ingrijpend, zoals het staande houden van de verdachte. Al naar gelang de maatschappelijke positie van de verdachte, de aard van de tegen hem gerezen verdenking, de wijze waarop deze eventueel in de publiciteit is gekomen en de verdere omstandigheden van het geval, bestaat anderzijds de mogelijkheid dat reeds de enkele opsporing en vervolging tot grote schade voor de verdachte leidt voor wat betreft zijn reputatie of anderszins*'.[285] Ook het praktische argument (moeilijk onderscheid te maken) wordt nog eens herhaald.

Interessant is hier dat de Hoge Raad het ooit door de wetgever (al dan niet expliciet) geachte onderscheid tussen verschillende 'zwaarheden' in schade, waarbij de wetgever er in 1926 vanuit ging dat alleen schade tengevolge van vrijheidsbeneming voor een wettelijke schaderegeling in aanmerking kwam, hiermee achter zich laat.

Vervolgens gaat de Hoge Raad in op het namens Begaclaim naar voren gebracht standpunt dat het regime van de gebleken onschuld moet worden losgelaten omdat – kort gezegd – dit de mogelijkheden voor schadevergoeding voor de gewezen verdachte ontoelaatbaar beperkt omdat, zoals ook de Hoge Raad zelf onderkent[286] uit de uitspraak en uit de stukken meestal niet blijkt dat de verdachte het feit niet heeft begaan, ook omdat het strafvorderlijk onderzoek niet gericht is op het vaststellen van onschuld. Begaclaim stelt voor om het gebleken onschuldcriterium daarom ruim te interpreteren, zodat ook

281 Onder andere Rb. Amsterdam 4 april 2001, Tijdschrift voor Ondernemingsrecht (TvO) 2001, 23 en Rb. Den Haag 14 oktober 2003, TvO 2005, 21 m.nt. D.R. Doorenbos.

282 Inleidende beschouwing onder 3.4 en r.o. 6.1.3 en 7.1.

283 Ik beperk met tot de voor dit onderzoek meest relevante onderdelen van dit arrest en ga hier niet in op de kwestie die ook uitvoerig aan de orde komt, namelijk of de vervolging in de HCS zaak in strijd met artikel 27 Sr was.

284 In HR 14 januari 2005, NJ 2005, 346.

285 Inleidende beschouwing onder 3.4.

286 HR 29 april 1994, NJ 1995, 727.

juridische onschuld daaronder valt (ten laste gelegde feiten wel begaan, maar deze zijn niet kwalificeerbaar als strafbaar feit). De Hoge Raad ziet echter geen reden tot afwijking van zijn sinds 1990 ontwikkelde regime met als reactie op het betoog van Begaclaim: '*De burgerlijke rechter is bij de beoordeling of in het strafvorderlijk onderzoek van de onschuld van de gewezen verdachte is gebleken, niet bevoegd zijn eigen oordeel omtrent de uitleg van de in de betrokken delictsomschrijving voorkomende bestanddelen in de plaats te stellen van dat van de strafrechter, maar hij mag wel, ingeval het vrijsprekende vonnis dienaangaande geen duidelijkheid verschaft, mede aan de hand van de volgens hem juiste uitleg van de (bestanddelen van de) delictsomschrijving beoordelen of uit het vrijsprekende vonnis of het strafdossier blijkt van de onschuld (vgl. Hoge Raad 14 januari 2005, NJ 2005, 346)*'.[287] Daarbij weegt mee dat de Minister heeft aangekondigd prioriteit toe te kennen aan het ontwerp schadevergoeding wegens toepassing van dwangmiddelen, waarbij hij, met steun van de Tweede Kamer, aanleiding ziet voor een algemene schadevergoedingsregeling.

Zoals de Hoge Raad aangaf ziet hij geen reden af te wijken van zijn sinds 1990 ontwikkelde lijn, ook niet door deze te verruilen voor een beoordeling met toepassing van het égalité-beginsel (zoals betoogd door Begaclaim, gebaseerd op de uitspraak van de Hoge Raad van 30 maart 2001 Staat/Lavrijsen).[288] De Hoge Raad geeft aan wat de gevolgen zijn van een eventuele beoordeling op basis van dat beginsel en wil maar zeggen dat ook diegene wiens onschuld is gebleken met een dergelijke beoordeling wel een slechter af zou kunnen zijn. Een beoordeling op basis van het égalité-beginsel zou namelijk slechts leiden tot vergoeding van onevenredig nadeel en in beginsel niet tot vergoeding van de volledige schade, zelfs niet indien de onschuld uit het strafdossier zou blijken, maar evenmin indien de onschuld niet is gebleken. Hij volgt hier dus niet de opvatting van het Hof dat wel een dergelijke cumulatie veronderstelt (gebleken onschuld en onevenredig nadeel).[289] Wel meent de Hoge Raad alvast invulling te moeten geven wat onder normaal maatschappelijk risico moet worden gerekend; daarbij stelt hij dat het gelijkheidsbeginsel (waarvan het égalité-beginsel een verschijningsvorm is) niet rechtvaardigt dat een gewezen verdachte gelijk is aan een andere burger ten aanzien van wie niet een redelijk vermoeden van schuld (art. 27 Sv) is gerezen. '*Indien een*

287 HR 13 oktober 2006, NJ 2007, 432, RvdW 2006, 944, LJN AV6956 r.o. 3.6.3.

288 HR 30 maart 2001, NJ 2003, 615. Schadevergoeding voor een derde, niet-ex verdachte die schade had geleden tengevolge van de toepassing van strafvorderlijke dwangmiddelen. De Hoge Raad ontleent aan het égalité-beginsel de grondslag voor een gehoudenheid tot schadevergoeding uit onrechtmatige daad na overigens rechtmatig overheidsoptreden. Of anders gezegd: er is sprake van onrechtmatige daad indien bij de rechtmatige toepassing van een (i.c.) dwangmiddel voor een derde schade niet binnen normaal maatschappelijk risico valt en hem in vergelijking met andere burgers onevenredig hard treft. Zie hierover uitvoerig onder andere N.J.M. Kwakman 2003, met name deel 4 (p. 337 e.v.) en compacter G.E. van Maanen/R. de Lange 2005, p. 154-155.

289 Zie r.o. 6.1.2.

dergelijk vermoeden [van schuld, MD]) *wel is gerezen, moet het tot het normale maatschappelijk risico van een verdachte worden gerekend dat de feiten en omstandigheden die tot dat vermoeden aanleiding hebben gegeven in een strafrechtelijke procedure worden onderzocht en ook overigens tot optreden van politie en justitie leidt'*.[290]

A-G Langemeijer gaat nog in op de kwestie in hoeverre het égalité-beginsel niet zou gelden voor de gewezen verdachte.[291] In beginsel kan iedere burger een beroep doen op het égalité-beginsel, meent hij. Wel herhaalt hij nog even de inventarisatie van mogelijke redenen waarom dat toch niet zou gelden voor de gewezen verdachte, zoals door annotator Van Ravels bij Hoge Raad 18 november 2005 genoemd, zonder daarover zijn eigen mening te herzien. Voor een gewezen verdachte wiens onschuld blijkt, heeft een beroep op het égalité-beginsel namelijk geen meerwaarde. Voor een gewezen verdachte wiens onschuld niet blijkt, kan tot het normaal maatschappelijk risico van de verdachte worden gerekend dat zijn handelingen voorwerp van strafrechtelijk onderzoek worden[292] (Hoge Raad – zoals hiervoor beschreven – meent idem).

Tenslotte komt nog aan de orde (betreffende de HCS-zaak) dat de doctrine ter zake van overheidsaansprakelijkheid met betrekking tot vernietigde besluiten (waarmee de schuld van het overheidslichaam is gegeven en de gevolgen aan het overheidslichaam worden toegerekend), zoals door Begaclaim genoemd, verschilt van onderhavige kwestie, aangezien de beslissing tot vervolging niet, zoals een besluit, gericht is op het eenzijdig de rechtspositie van de burger bepalen, maar ertoe strekt de ten laste gelegde gedraging ter beoordeling aan de strafrechter voor te leggen.[293]

De Hoge Raad casseert tenslotte de beslissing van het Hof betreffende de RDM zaak (vanwege de onterechte cumulatief gestelde voorwaarden: gebleken onschuld en onevenredig nadeel).

Samengevat kan gesteld worden dat de Hoge Raad in deze twee uitspraken (Hoge Raad 18 november 2005, NJ 2006, 189 – armbreuk – en Hoge Raad 13 oktober 2006, NJ 2007, 432 – Begaclaim) de puntjes op de i zet. In de uitspraak van 18 november 2005 herhaalt de Hoge Raad zijn regime en blijft daarbij, en gaat niet in op eisers opvatting dat schadevergoeding gebaseerd zou moeten zijn op het égalité-beginsel (conform Staat-Lavrijsen). In de uitspraak van 3 oktober 2006 wordt ten eerste de lijn herhaald van Hoge Raad 14 januari 2005, NJ 2005, 346 dat het regime van de gebleken onschuld ook van toepassing is op schadevergoedingsaanspraken voor schade die niet het gevolg is van toepassing van strafvorderlijke dwangmiddelen, maar het gevolg is van ander optreden van politie en justitie in het kader van strafvervolging. De Hoge Raad

290 Inleidende opmerking 3.6.5, r.o. 6.1.2 en 6.1.3.

291 Zoals P-G Hartkamp stelde bij het hiervoor besproken arrest HR 18 november 2005, NJ 2006, 189, LJN AT7755 (bovenarmbreuk bij arrestatie).

292 Zie A-G sub 3.43.

293 R.o. 5.4.3. Het betreft hier de doctrine van oneigenlijke formele rechtskracht en de daaraan gekoppelde toerekening, zie daarover respectievelijk § 3.2.7 en § 3.2.9 van dit hoofdstuk.

legt daarbij uit dat niet op voorhand het uitgangspunt is dat schade tengevolge van dwangmiddelen zwaarder zou zijn dan die tengevolge van (het bekend worden van) een strafvorderlijk onderzoek.

Ten tweede wordt de lijn, eveneens uit Hoge Raad 14 januari 2005, NJ 2005, 346 voortgezet dat de feitenrechter – voor zijn oordeel over de vraag of sprake is van gebleken onschuld – op basis van het strafdossier een zekere ruimte heeft om hierover tot een eigen oordeel te komen.

Daarnaast wordt duidelijk gemaakt dat geen afwijking van de rechtsontwikkeling sinds 1990 op dit terrein is te verwachten, ook vanwege de toezegging van de Minister van justitie om een algemene schadevergoedingsregeling in het Wetboek van Strafvordering met prioritering op te stellen. De Hoge Raad ziet met name geen aanleiding om schadevergoedingsaanspraken na een niet veroordeling niet langer op basis van gebleken onschuld maar met toepassing van het égalité-beginsel te beoordelen, of anders gezegd: de Hoge Raad aanvaardt het égalité-beginsel niet als eigen grondslag voor schadevergoeding voor de gewezen verdachte,

- noch in het geval onschuld is gebleken (dan zou een dergelijke aanpak slechts leiden tot vergoeding van onevenredige schade en niet van in beginsel volledige schade, zoals thans wel het geval is, aldus de Hoge Raad);
- noch in het geval onschuld niet is gebleken. Het gelijkheidsbeginsel waarvan het égalité-beginsel een verschijningsvorm is, rechtvaardigt namelijk niet de gewezen verdachte gelijk te behandelen als andere burgers. Indien een redelijk vermoeden van schuld (art. 27 Sr) is gerezen, moet het tot het maatschappelijk risico van de verdachte worden gerekend dat de feiten en omstandigheden die tot dat vermoeden aanleiding gaven, in een strafrechtelijke procedure worden onderzocht en ook overigens tot strafvorderlijk optreden leidt.

De Hoge Raad wijst ook de redenering van het Hof af, om – voor aansprakelijkheid naast de voorwaarde dat daartoe de onschuld moet zijn gebleken, tevens sprake is van onevenredig nadeel. De Hoge Raad kiest er kortom voor vast te houden aan zijn inmiddels ontwikkelde doctrine.

3.3.4 Omvang van de schadevergoedingsplicht voor de overheid

In § 3.2.10 werd al verwezen naar het vervolg op Joemman/Staat (Joemman/Staat: in cassatie oordeelde de Hoge Raad dat de Staat mogelijk aansprakelijk is jegens Joemman, behoudens een vermindering op grond van aan Joemman toe te rekenen omstandigheden).[294] Hof Den Haag doet op 20 februari

294 HR 23 november 1990, NJ 1991, 92, sub 3.3.

1992[295] uitspraak en bekijkt of de verdachte omstandigheden zijn toe te rekenen die behoren te leiden tot vermindering van de gevorderde schadevergoeding. Het Hof concludeert dat de gewezen verdachte ernstig tekort is geschoten in het treffen van afdoende maatregelen om te voorkomen dat zijn zoon de strafbare feiten zou plegen. De billijkheid eist daarom dat de in dit geval op de Staat rustende verplichting om de schade te vergoeden *geheel* komt te vervallen. De Hoge Raad sluit zich hierbij aan in zijn uitspraak van 1 oktober 1993.[296]

Ook in de hiervoor in § 3.3.3.3 kort besproken uitspraak van de Hoge Raad van 22 december 1995[297] overwoog de Hoge Raad al dat de door het Hof gevolgde redenering, dat de billijkheid (wegens de omstandigheden van het geval, waaronder het Hof kennelijk mede de ernst van de aan de ex-verdachte toe te rekenen fouten begrijpt), eist dat de in beginsel op de Staat rustende vergoedingsplicht geheel vervalt, geen blijk geeft van een onjuiste rechtsopvatting.[298]

In zijn uitspraak van Hoge Raad 3 februari 2006[299] wijdt de Hoge Raad nog een opmerking naar aanleiding van het uitgangspunt van het Hof dat i.c. 25% van de geleden schade voor rekening van gewezen verdachte komt; het gaat hier om een causale verdeling en niet om een billijkheidscorrectie. Het ging hier om schade van een advocaat waarover de officier tijdens zijn voorlopige hechtenis aan de pers had medegedeeld dat betrokkene verdacht was van betrokkenheid bij een geruchtmakende diefstal en heling, de zogenaamde Kanaaleiland-affaire. De betrokken advocaat kreeg na zijn invrijheidsstelling een kennisgeving van niet verdere vervolging wegens 'onvoldoende aanwijzing van schuld'. De advocaat claimt ondermeer inkomensschade tengevolge van een verslechtering van zijn reputatie, mede tengevolge van de publiciteit. De reden waarom het Hof deze schadeverdeling toepaste was omdat betrokkene (de advocaat) *'zich heeft gelieerd aan een man die banden met de seksindustrie onderhield, hetgeen nu eenmaal voorzienbaar risico inhoudt, dat de kwade reuk waarin die branche zich pleegt te bevinden, ook aan (betrokken) kleeft'*.[300] Kort gezegd acht de Hoge Raad dat geen sprake is van een onjuiste rechtsopvatting.

Samengevat[301] kan gesteld worden dat de Hoge Raad in zijn uitspraken van 1 oktober 1993, NJ 1993, 761 (vervolg op Joemman/Staat, Hoge Raad 23 november 1990, NJ 1991, 92) en 22 december 1995, NJ 1996, 301 een billijkheids-

295 Hof Den Haag 20 februari 1992, nr. 91/89 HR (ongepubliceerd).
296 HR 1 oktober 1993, NJ 1993, 761.
297 HR 22 december 1995, NJ 1996, 301.
298 R.o. 3.5.
299 HR 3 februari 2006, LJN AU6091.
300 Zie r.o. 4.2.
301 Zie ook bijvoorbeeld nog HR 19 december 2003, LJN AL7053 (vervolg op HR 23 december 1994, NJ 1995, 512 schadevergoeding na huiszoeking ter inbeslagneming) voor een inzicht in schadeposten.

correctie toepast vanwege verwijtbaar eigen handelen die ertoe leidt dat de op de Staat in beginsel rustende schadevergoedingsplicht geheel vervalt.

3.4 Samenvatting en analyse

3.4.1 Inleiding

De opbouw van deze samenvattingparagraaf is thematisch. Naar aanleiding van de hiervoor chronologisch besproken uitspraken van de Hoge Raad is een inmiddels gevestigde doctrine voor wat betreft aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad voor schade tengevolge van strafvorderlijk overheidsoptreden uitgekristalliseerd. In deze samenvatting is de opvatting van de Hoge Raad als uitgangspunt genomen.

3.4.2 Vestiging aansprakelijkheid bij strafvorderlijk overheidshandelen: twee categorieën onrechtmatigheid, geen ruimte voor égalité-grondslag

Aan de civiele rechter zijn diverse zaken voorgelegd waarbij sprake was van schade geleden tengevolge van strafvorderlijk overheidsoptreden. In beginsel is de onderhavige beschrijving van rechtspraak beperkt tot bestuurlijk-strafvorderlijke handelingen van de strafvorderlijke uitvoerende macht. Bij de beoordeling of sprake is van onrechtmatig strafvorderlijk overheidsoptreden (wat bij positieve vaststelling leidt tot een aanspraak op vergoeding van de geleden schade) heeft de civiele rechter een limitatieve uitleg gegeven aan situaties waarbij naar zijn opvatting sprake kan zijn van onrechtmatige strafvorderlijke dwangmiddelen. Dit is het geval indien het bevel daartoe is verleend in strijd met de wet dan wel met veronachtzaming van fundamentele vereisten. Deze gevallen van onrechtmatigheid 'van meet af aan' (ab initio) zijn hier verder buiten beschouwing gelaten. Daarnaast heeft de civiele rechter een categorie waarbij de onrechtmatigheid wordt vastgesteld op basis van achteraf gebleken onschuld. Indien de onschuld namelijk achteraf blijkt wordt de aanvankelijke rechtvaardigingsgrond voor de toepassing van de dwangmiddelen en in het algemeen strafvorderlijk optreden (verdenking) achteraf ongefundeerd.

Samengevat: voor wat betreft de beoordeling van de vestiging van onrechtmatigheid van voor schade tengevolge van strafvorderlijk optreden inclusief de toepassing van dwangmiddelen hanteert de civiele Hoge Raad de volgende opvatting:

1 Dwangmiddelen kunnen onrechtmatig zijn indien zij zijn toegepast in strijd met geschreven of ongeschreven recht (veronachtzaming van fundamentele vereisten, inclusief disproportionele toepassing) ofwel dwangmiddelen in strijd met een publiekrechtelijke rechtsnorm: ab initio onrechtmatige dwangmiddelen (hier genoemd *de eerste categorie onrechtmatigheid*);

2 In alle andere gevallen zijn dwangmiddelen in beginsel rechtmatig toegepast, aangezien gerechtvaardigd door een zwaarwegend opsporingsbelang, aangezien sprake is van een verdenking in de zin van artikel 27 Sv, *maar* indien de gewezen verdachte onschuldig blijkt[302] aan de gerezen verdenking, is die aanvankelijke rechtvaardigingsgrond achteraf ongefundeerd en ook dan is sprake van onrechtmatig toegepaste dwangmiddelen.[303] Deze categorie wordt hier genoemd *de tweede categorie onrechtmatigheid*.

Deze limitatieve afbakening om te komen tot onrechtmatigheid werd eerst geacht niet te gelden voor schade ten gevolge van een overheidsgedraging die niet is op te vatten als een dwangmiddel (bijv. actief optreden van de overheid bij publiciteit). Dat is de lijn op dit thema sinds Hoge Raad 23 december 1994[304] want daar werd gesteld dat een vordering tot vergoeding van dergelijke schade op de voet van onrechtmatige daad op een andere grond dan een achteraf ongefundeerde verdenking gegrond moest worden. De Hoge Raad leek later deze lijn te verlaten toen werd aangegeven dat ook deze schadegevallen onder het tweede regime vallen.[305]

Ten slotte is expliciet aangegeven dat, indien geen sprake is van een van genoemde twee categorieën onrechtmatigheid, men niet kan slagen in civilibus bij schade door strafvorderlijke dwangmiddelen en dan verwijst de civiele rechter door naar de op basis van de artikelen 89-93 Sv bevoegde strafrechter.[306]

Geplaatst in het leerstuk van de onrechtmatige overheidsdaad zoals beschreven in § 3.2.2 e.v. wordt hierna ingegaan op enkele opvallende aspecten (plus nog enkele andere aspecten die bij de bespreking van de rechtspraak naar voren kwamen en die leiden tot een opmerking vanuit de optiek van de beschreven theorie van de onrechtmatige overheidsdaad).

---

302 Zie § 3.4.6. voor een samenvatting ter zake van de vraag hoe/waaruit kan worden vastgesteld dat die onschuld blijkt.

303 Voor het eerst in HR 26 februari 1990, NJ 1990, 794; niet vrijheidsbenemende dwangmiddelen, daarna ook herhaald voor wat betreft vrijheidsbenemende dwangmiddelen, onder andere HR 23 december 1994, NJ 1995, 512.

304 HR 23 december 1994, NJ 1995, 512.

305 Zie HR 14 januari 2005, NJ 2005, 346 en HR 13 oktober 2006, NJ 2007, 432: ook voor die schade wordt risicoaansprakelijkheid aangenomen indien sprake is van gebleken onschuld. Bij gebleken onschuld is dit m.i. een voordeel voor betrokkene, omdat dan meer schade (namelijk niet slechts schade tengevolge van de toepassing van dwangmiddelen) in aanmerking komt voor schadevergoeding, maar bij niet gebleken onschuld lijkt het een nadeel voor betrokkene, omdat dan geen vergoeding mogelijk lijkt (noch op de voet van 89 Sv noch in civilibus).

306 HR 23 december 1994, NJ 1995, 412.

3.4.3 Onrechtmatigheidcriteria, beleidsvrijheid en de rol van de abbb/beginselen van goede procesorde, inclusief evenredigheidsbeginsel/égalitébeginsel

Bij de aansprakelijkheidsvordering voor strafvorderlijke dwangmiddelen komt niet expliciet/duidelijk naar voren op basis van welk *onrechtmatigheidcriterium* de civiele rechter zijn redenering baseert:

Ten aanzien van de eerste categorie onrechtmatigheid (ab initio), waarop in dit onderzoek overigens niet de nadruk ligt, is bij de bespreking van de arresten een enkele keer naar voren gekomen dat ook de strafvorderlijke overheid aansprakelijk wordt gehouden indien wordt opgetreden *in strijd met voorschriften*, bijv. indien sprake is van gebreken in de rechtsgang.[307] Overigens kan daarbij wellicht worden verondersteld dat bij veel van de voorschriften in het WvSv sprake zal zijn van een Schutznorm. Binnen de beperkingen van dit onderzoek wordt hierop echter niet verder ingegaan. Ook lijkt een enkele keer getoetst te worden aan het *betamelijkheidscriterium* (vooral bij strafvorderlijk overheidsoptreden niet zijnde de toepassing van een dwangmiddel.

De A-G merkt bij Hoge Raad 13 november 1998[308] in dit verband op dat indien onschuld niet blijkt toch sprake kan zijn van onrechtmatigheid van strafvorderlijk overheidsoptreden, namelijk indien 1) sprake is van strijd met geschreven of ongeschreven recht (waaronder disproportionaliteit), en indien 2) sprake is van gedraging die niet als gebruik dwangmiddel kan worden opgevat, zoals het door de overheid actief optreden in kader publiciteit. De A-G sorteert geclaimde publiciteitsschade overigens onder categorie 1) en merkt daarbij op dat opzet bij de overheid niet vereist is om onrechtmatigheid aan te nemen maar wel een sterke onbetamelijkheid (dus niet iedere onjuistheid bij publiciteit dient tot aansprakelijkheid te leiden; overigens onderscheidt A-G hierbij wel tussen een actieve benadering van Justitie naar de pers enerzijds en een reactieve reactie van Justitie naar aanleiding van benadering door de pers). Wat daarvan zij, de Hoge Raad verlaat deze lijn in zijn uitspraak van 14 januari 2005.[309]

Zoals echter beschreven in § 3.2.4, kan verondersteld worden dat ook bij het rechterlijk toetsen van strafvorderlijk optreden in civilibus de aandacht

307 In geval niet behoorlijk is gehoord, HR 12 februari 1993, NJ 1993, 542, door A-G besproken bij HR 29 april 1994, NJ 1994, 727.

308 HR 13 november 1998, NJ 1999, 100.

309 HR 14 januari 2005, NJ 2005, 346. Hieruit volgt namelijk dat het regime van de gebleken onschuld ook van toepassing wordt geacht op schadevergoedingsaanspraken voor schade die niet het gevolg is van toepassing van strafvorderlijke dwangmiddelen, maar het gevolg is van ander optreden van politie en justitie in het kader van strafvervolging. Hiermee lijkt de eerdere lijn op dit thema, zoals verondersteld door voornoemde A-G en ook zo bevestigd in Hoge Raad 23 december 1994, NJ 1995, 512 verlaten. Daar werd namelijk nog gesteld dat een vordering tot vergoeding van dergelijke schade op de voet van onrechtmatige daad op een andere grond dan een achteraf ongefundeerde verdenking gegrond moest worden.

wellicht zal verschuiven van een meer abstracte toets op basis van een betamelijkheidnorm naar een beoordeling van de mate van beleidsvrijheid en de toetsing aan *abbb (of beginselen van een goede procesorde*).[310]

Met name de proportionaliteit lijkt in de besproken arresten in deze betekenis naar voren te komen (Hoge Raad 23 december 1994)[311] als gesteld wordt dat sprake kan zijn van onrechtmatigheid indien een dwangmiddel in strijd met geschreven of ongeschreven recht is toegepast incl. de zodanige disproportionele toepassing dat sprake is van strijd met het zorgvuldigheids/betamelijkheidsbeginsel (nodeloze schade).[312]

Ter vergelijking: de strafrechter toetst bij zijn schadevergoedingsbeslissingen op de voet van de regeling van de artikelen 89-93 Sv ook zo als hij redeneert dat de vrijheidsbeneming disproportioneel was toegepast en hij op grond daarvan concludeert dat sprake is van billijkheidsgronden voor vergoeding.

Nogmaals: het gaat hier om voorbeelden waar getoetst wordt aan de maatschappelijke zorgvuldigheid/betamelijkheidsnorm/abbb (met name proportionaliteit, dus nodeloze schade) ter vaststelling of de schadeveroorzakende handeling ab initio onrechtmatig is.

Maar wat als de schadeveroorzakende handeling zelf, voor wat betreft het moment van toepassen, niet als onrechtmatig is te beschouwen. Bij de beschrijving van de ontwikkeling van de onrechtmatige bestuursrechtelijke daad (§ 3.2.4) bleek naar voren te komen dat van de abbb met name het evenredigheidsbeginsel wordt gehanteerd ter ondersteuning van op quasi rechtmatige daad gebaseerde vorderingen. Inmiddels wordt onderscheiden tussen deze doel-middel afweging sec (3:4 Awb) en zelfstandige toetsing aan het beginsel

---

310 Zie in dit verband C.P.M. Cleiren 1989. Zij gaat in op de ruimte die de (straf) rechter heeft om de uitoefening van discretionaire bevoegdheden in het strafproces te beoordelen en te sanctioneren en ontwikkelt daartoe een kader voor strafprocessuele consequenties bij schending van beginselen van behoorlijke strafrechtspleging (hoofdstuk VI). Ze bespreekt echter niet de civielrechtelijke onrechtmatigheidtoetsing van strafvorderlijk optreden aan algemene beginselen (van behoorlijke strafrechtspleging/abbb), de kwestie zoals hier aangestipt.

311 HR 23 december 1994, NJ 1995, 512.

312 Interessant in dit verband is nog de (hier niet besproken) noot sub 3 bij HR 12 juni 1998, NJ 1999, 99 (schadevergoeding strafvorderlijk dwangmiddel) over de dubbele proportionaliteitstoets. Annotator vindt het taalkundig merkwaardig dat niet elke disproportionaliteit blijkbaar voldoende is voor onrechtmatigheid, want met de disproportionaliteit lijkt de onevenredigheid toch gegeven? Hij concludeert dat de Hoge Raad vermoedelijk heeft willen aangeven dat aan de strafvorderlijke organen een zekere beoordelingsruimte moet worden gelaten. Ook bij HR 20 december 1996, NJ 1997, 278, RvdW 1997, 9c wordt de proportionaliteit van inbeslagneming aan de orde gesteld in cassatiemiddel II (niet beschreven, alleen middel I is beschreven in § 3.3.3.3), maar de HR ziet dit als een feitelijke waardering en de A-G wijst nog op het in art. 3:13 BW uitgedrukte evenredigheidsbeginsel ter vaststelling van de evenredigheid van de toepassing van strafvorderlijke dwangmiddelen.

van gelijkheid voor de openbare lasten,[313] hoewel het égalité-beginsel ook wel als verschijningsvorm van het evenredigheidsbeginsel wordt gezien. Wat daarvan zij, bij de uitspraak Staat-Lavrijsen[314] betrok de civiele kamer van de Hoge Raad het égalité-beginsel bij zijn oordeel over de vraag of de overheidshandeling (strafvorderlijke doorzoeking) onrechtmatig was. Hoewel geïnspireerd door de ontwikkelingen in het bestuursrechtelijke schadevergoedingsrecht, lijkt de civiele rechter er – binnen het kader van een wettelijke onrechtmatigheidtoets – niet aan te ontkomen de toets over de schadeveroorzakende handeling zelf en de gevolgen van die schadeveroorzakende handeling niet te kunnen ontkoppelen,[315] zoals dat wel gebeurde in het bestuursschaderecht. Wel werd dezelfde redenering gevolgd dat het toebrengen van zodanig onevenredige schade bij een op zichzelf rechtmatige overheidshandeling (als i.c. de huiszoeking) jegens de getroffene (een derde) onrechtmatig is. De redenering is dat het toebrengen van *onevenredig* nadeel bij een op zichzelf rechtmatige overheidshandeling jegens de getroffene onrechtmatig is; het beginsel van de gelijkheid voor de openbare lasten ('égalité devant les charges publiques') is in de benadering van de bestuursrechter en van de civiele rechter geaccepteerd als (zelfstandige) norm waarvan schending een onrechtmatige daad oplevert, maar nadrukkelijk kan slechts sprake zijn van schending in het geval van *onevenredig* nadeel (deze ontwikkeling leidt daarom niet tot de conclusie dat inmiddels een regel zou gelden op grond waarvan de overheid gehouden is *alle* nadelen ten gevolge van rechtmatig handelen in het algemeen belang te vergoeden).[316] In Hoge Raad 17 september 2004[317] expliciteert de Hoge Raad (in r.o. 3.3) ten opzichte van wat in algemene bewoordingen in Staat-Lavrijsen was aangegeven: *'De vraag of in een bepaald geval de gevolgen van een overheidshandeling buiten het normale maatschappelijk risico of het normale bedrijfsrisico vallen, moet worden beantwoord met inachtneming van alle van belang zijnde omstandigheden van het geval. Van belang kan hierbij onder meer zijn enerzijds de aard van de overheidshandeling en het gewicht van het daarmee gediende belang alsmede in hoeverre die handeling en de gevolgen daarvan voorzienbaar zijn voor de derde die als gevolg daarvan schade lijdt, en anderzijds de aard en de omvang van de toegebrachte schade. Voor zover het gaat om strafvorderlijk optreden waarvan de gevolgen een ander dan de verdachte treffen, kan als uitgangspunt worden gehanteerd dat in het algemeen enig ongemak of gering tijdverlies niet als onevenredig kan worden*

313 ABRvS 12 november 2003, AB 2004, 95 r.o. 2.7. Dit lijkt niet te worden onderkend door P-G Hartkamp bij HR 18 november 2005, AB 2006, 57; daarover kritisch annotator B.P.M. van Ravels bij HR 18 november 2005, AB 2006, 57.

314 HR 30 maart 2001, NJ 2003, 615 (over schade tengevolge van strafvorderlijke dwangmiddelen geleden door een derde – niet zijnde een gewezen verdachte, zie noot in § 3.3.3.5.

315 Zie daarover verder hoofdstuk 7.

316 J.E.M. Polak e.a. 2002, nr. 1, p. 6.

317 HR 17 september 2004, NJ 2005, 392, ik heb deze uitspraak niet besproken in dit hoofdstuk, maar wel vermeld in een noot in § 3.3.3.5; het betreft namelijk de schade door een derde geleden ten gevolge van strafvorderlijk handelen.

aangemerkt en dat men dit zal moeten aanvaarden als vallend binnen het normale maatschappelijk risico of het normale bedrijfsrisico, maar dat dit niet zonder meer zal kunnen worden gezegd indien zaken van die ander als gevolg van dit optreden worden beschadigd.

Dit een en ander brengt mee dat moet worden aangenomen dat schade die bij een huiszoeking in de woning van een ander dan de verdachte wordt toegebracht aan zaken van die ander, niet behoort tot het maatschappelijk risico van die ander, zodat de overheid in beginsel gehouden is die schade op grond van onrechtmatige daad te vergoeden'.

De Hoge Raad kiest er echter expliciet niet voor kiest deze invalshoek te hanteren bij schade ten gevolge van strafvorderlijke dwangmiddelen/strafvorderlijk overheidsoptreden *voor wat betreft de gewezen verdachte*: voor de gewezen verdachte creëerde de Hoge Raad namelijk een eigen (risico)-aansprakelijkheidsregime, hier genoemd *de tweede categorie onrechtmatigheid*: voor wat betreft strafvorderlijke dwangmiddelen heeft de civiele rechter namelijk bepaald dat naast ab initio onrechtmatigheid (eerste categorie) de toepassing van dwangmiddelen steeds rechtmatig is, omdat sprake is van een rechtvaardigingsgrond, namelijk het zwaarwegende opsporingsbelang vanwege het aanwezig zijn van de voorwaarde waaronder dat dwangmiddel mocht worden toegepast, zoals het bestaan van een verdenking (redelijk vermoeden van schuld). *Desondanks* kan de toepassing van een dergelijk dwangmiddel toch leiden tot aansprakelijkheid indien die rechtvaardigingsgrond achteraf ongefundeerd blijkt, wat volgens de civiele rechter zo is in geval van gebleken onschuld. Deze tweede categorie onrechtmatigheid (van strafvorderlijke dwangmiddelen) wordt gehanteerd sinds 1990 en met name op deze categorie overheidsgedragingen en de vergoeding van schade ten gevolge daarvan geleden, richt zich onderhavig onderzoek. Op zich past deze 'nieuwe' constructie theoretisch in het leerstuk van de onrechtmatige daad zoals beschreven in § 3.2.2: daar werd gesteld dat wettelijke aansprakelijkheid ontstaat indien voldaan is aan de voorwaarde dat sprake is van een onrechtmatige gedraging terwijl geen sprake is van een rechtvaardigingsgrond (…). Voor wat betreft het onrechtmatigheidcriterium bij deze categorie is onduidelijk of de civiele rechter er impliciet van uitgaat dat sprake is van onrechtmatigheid vanwege de aan de toepassing van dwangmiddelen inherente (maar overigens door de wet gelegitimeerde) *inbreuk op subjectieve rechten* (beschadiging van goederen, ontneming vrijheid). Theoretisch zal namelijk, alvorens aandacht te besteden aan de aanwezigheid van een rechtvaardigingsgrond, eerst sprake moeten zijn van onrechtmatigheid, maar het is aannemelijk dat deze theoretische volgorde in de rechtspraktijk niet zo nadrukkelijk (meer) wordt geëxpliciteerd.

Ondanks dat enkele pogingen worden gedaan om ook het *égalité-beginsel* als grondslag op te voeren voor de beoordeling of sprake is van onrechtmatigheid ten aanzien van de gewezen verdachte (zoals aangegeven is dit namelijk door de Hoge Raad ten aanzien van een derde-niet verdachte wel geaccepteerd), blijft de Hoge Raad voor *aansprakelijkheidsvorderingen van gewezen*

verdachten bij zijn ontwikkelde regime (tweede categorie) waarbij gebleken onschuld als bepalend criterium fungeert voor de vaststelling of sprake is van onrechtmatig strafvorderlijk handelen of het onrechtmatig toepassen van strafvorderlijke dwangmiddelen. In Hoge Raad 18 november 2005 en expliciet in Hoge Raad 13 oktober 2006 blijkt dat de Hoge Raad het égalité-beginsel niet als eigen grondslag voor schadevergoeding voor de gewezen verdachte aanvaardt,[318]

- noch in het geval onschuld is gebleken (dan zou een dergelijke aanpak slechts leiden tot vergoeding van onevenredige schade en niet van in beginsel volledige schade, zoals thans wel het geval is, aldus de Hoge Raad);
- noch in het geval onschuld niet is gebleken. Het gelijkheidsbeginsel waarvan het égalité-beginsel een verschijningsvorm is, rechtvaardigt namelijk niet de gewezen verdachte gelijk te behandelen als andere burgers. Indien een redelijk vermoeden van schuld (art. 27 Sr) is gerezen, moet het tot het maatschappelijk risico van de verdachte worden gerekend dat de feiten en omstandigheden die tot dat vermoeden aanleiding gaven, in een strafrechtelijke procedure worden onderzocht en ook overigens tot strafvorderlijk optreden leidt. Indien daarbij echter onevenredige (buiten het normale maatschappelijk risico vallende) schade wordt veroorzaakt bij een derde, is sprake van onrechtmatig handelen ten opzichte van die derde.

De Hoge Raad kiest er kortom voor vast te houden aan zijn inmiddels ontwikkelde doctrine. Indien overigens gesteld kan worden dat het strafvorderlijk optreden, onder de gegeven omstandigheden en gelet op bijvoorbeeld het (buitensporig) letsel of de ontstane schade, disproportioneel is, dan zou sprake kunnen zijn van de eerste categorie onrechtmatigheid.[319]

Tot zover de bevindingen ter zake van gehanteerde onrechtmatigheidcriteria, en de rol van abbb/beginselen van behoorlijke procesorde bij de vaststelling van onrechtmatigheid bij handelende strafvorderlijke autoriteiten, waarbij de invloed van het evenredigheidsbeginsel (waarvan het égalité-beginsel als verschijningsvorm wordt gezien) niet kon doordringen als zelfstandige grond om aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad op te funderen voor de gewezen

318 HR 18 november 2005, NJ 2006, 189 en HR 13 oktober 2006, NJ 2007, 432.

319 Hier ging de eiser bij HR 18 november 2005, NJ 2006, 189 en LJN AT7755 de mist mee in omdat hij in plaats van bovenstaande stelde dat vanwege het letsel de toepassing van de aanhouding disproportioneel was, quod non, aldus de Hoge Raad, zie r.o. 3.4 en annotator Van Ravels sub 5. Van Ravels (sub 7) lijkt overigens van mening dat de Hoge Raad met zijn stelling dat eisers beroep niet kan slagen omdat geen beroep is gedaan op een van de inmiddels vereiste grondslagen wat flauw is: eisers beroep op schending van het beginsel van gelijkheid had namelijk ook kunnen worden opgevat als de stelling dat het gebruik van het dwangmiddel in strijd was met ongeschreven recht, namelijk het beginsel van de gelijkheid voor de openbare lasten.

verdachte (zoals de Hoge Raad wel ten aanzien van schade door derden tengevolge van strafvorderlijk optreden aanvaardde).

De constructie van de aansprakelijkheid voor schade ten gevolge van strafvorderlijke dwangmiddelen ontstaan is echter niet alleen interessant vanuit het oogpunt van onrechtmatigheidcriteria, maar ook vanwege de vraag wanneer een aanvankelijke rechtvaardigingsgrond geacht wordt te zijn vervallen.

De Hoge Raad onderscheidt op het gebied van strafvorderlijke dwangmiddelen daarom tussen ab initio onrechtmatig toegepaste dwangmiddelen en dwangmiddelen waarbij op het moment van toepassen nog geen sprake is van onrechtmatigheid, maar die achteraf onrechtmatig worden wegens het wegvallen van de aanvankelijke rechtvaardigingsgrond (verdenking). Samengevat zal nu worden weergegeven hoe de civiele rechter deze 'nieuwe' tweede categorie onrechtmatigheid in geval van strafvorderlijke dwangmiddelen construeerde en welke aspecten in het licht van het leerstuk onrechtmatige overheidsdaad daarbij naar voren komen.

3.4.4 Onrechtmatigheid via achteraf ongefundeerde rechtvaardigingsgrond na gebleken onschuld

Het opvallende aan de hier beschreven rechtsontwikkeling (tweede categorie onrechtmatige strafvorderlijke dwangmiddelen) is dat lijkt te worden aangenomen dat de rechtvaardigingsgrond er (ab initio) wel was, maar er thans niet meer is vanwege de gebleken onschuld. Dat doet denken aan de discussies over rechtvaardigingsgronden in wording die volwaardig kunnen worden door bepaalde elementen, zoals de betaling van schadevergoeding.[320] Toch neemt de Hoge Raad bij onderhavige thematiek van strafvorderlijke dwangmiddelen (expliciet) afstand van de Bregstein-leer.[321] De onrechtmatige daad wordt daarom niet gevestigd middels de leer van Bregstein, zoals enkele keren naar voren gebracht door Hof of in cassatie namens de gewezen verdachte. Het al dan niet vergoeden van schade is derhalve zelf geen onderdeel bij de vaststelling of sprake is van een onrechtmatige daad. Het behartigen van het algemeen opsporingsbelang wordt in beginsel gezien als rechtvaardigingsgrond, maar die kan achteraf ongefundeerd blijken, afhankelijk van een achteraf gebleken factor (namelijk gebleken onschuld).

Hoewel de Hoge Raad derhalve voor de gebleken onschuld een wezenlijke rol ziet weggelegd bij de beoordeling of sprake is van onrechtmatigheid (en ontvankelijkheid), ziet A-G Mok dat anders. Hij meent dat onrechtmatigheid slechts kan worden gebaseerd op het doel waarvoor, de omstandigheden

320 Vgl. de leer Bregstein zoals besproken in § 3.2.5: overheidshandelen is onrechtmatig maar door de combinatie van twee elementen, het algemeen belang en het voor rekening nemen van de schade, wordt die onrechtmatigheid opgeheven.

321 Onder andere HR 23 november 1990, NJ 1991, 92.

waaronder en de wijze waarop opsporingsmaatregelen zijn genomen. Met andere woorden hij lijkt van opvatting dat onrechtmatigheid slechts kan worden vastgesteld op basis van een (marginale, want beleidsvrijheid) toetsing ex tunc aan geschreven of ongeschreven recht (waaronder het evenredigheidsbeginsel).[322]

Opvallend is dat A-G Bloembergen bij Hoge Raad 26 januari 1990[323] opteert voor een vergoeding na rechtmatige daad zonder het bestaan van een bijzondere wettelijke regeling, waarbij hij wel de gebleken onschuld als vereiste ziet voor een dergelijke buitenwettelijke (namelijk rechterlijke) schadevergoeding. A-G Strikwerda daarentegen wil bij Hoge Raad 23 november 1990[324] niets weten van schadevergoeding bij niet onrechtmatige daad.

A-G Spier gaat bij Hoge Raad 13 november 1998[325] in op de tegenstrijdigheid die in dergelijke zaken naar voren komt: de onbevredigende gedachte dat de schade van benadeelde niet op de gemeenschap kan worden afgewenteld versus de voor de financiën van de Staat moeilijk overzienbare consequenties indien dat wel zo zou zijn. Hij acht het financiële aspect echter ondergeschikt aan de z.i. correcte redenering dat een niet veroordeling niet betekent dat men onschuldig is; een automatische schadevergoeding bij niet veroordeling zou daarom onbillijk zijn. Thans gaat het op basis van uitgekristalliseerde rechtspraak erom of *blijkt* van de onschuld en niet of de verdachte laakbaar[326] heeft gehandeld.

Voor wat betreft de op dit terrein van strafvorderlijke dwangmiddelen gehanteerde *rechtvaardigingsgrond* wordt aangenomen dat die bestond uit *'het zwaarwegende opsporingsbelang, aangezien ten tijde van het politieoptreden ten aanzien van de verdachte een redelijk vermoeden van schuld bestond'* (27 Sv)[327] of korter, de verdenking rechtvaardigde de toepassing van het dwangmiddel.[328] In beginsel lijkt hiermee te worden aangenomen dat de toepassing van het dwangmiddel ab initio gerechtvaardigd en derhalve ab initio rechtmatig was. De civiele rechter stelt echter dat de aanvankelijk aanwezige rechtvaardigingsgrond (verdenking) achteraf ongefundeerd kan zijn indien achteraf blijkt van de onschuld van de toenmalige verdachte. En zonder rechtvaardigingsgrond zal dan sprake zijn van een onrechtmatige gedraging (zie hiervoor ter zake van welk onrechtmatigheidcriterium). Ex nunc beoordeelde onrechtmatigheid, derhalve, en dat is een opvatting die in civilibus exclusief voor strafvorderlijke overheidshandelingen lijkt te worden toegepast ten aanzien van de gewezen verdachte.

---

322 A-G Mok bij HR 23 december 1994, NJ 1995, 512.
323 HR 26 januari 1990, NJ 1990, 794.
324 HR 23 november 1990, NJ 1991, 92.
325 HR 13 november 1998, NJ 1999, 100.
326 M.i. in de betekenis van 'feitelijk' laakbaar.
327 HR 26 januari 1990, NJ 1990, 794.
328 HR 29 april 1994, NJ 1995, 727.

3.4.5 Onrechtmatige rechtspraak

In het algemeen (en niet onderscheiden naar rechtsgebied, dus ten aanzien van rechterlijke fouten zowel in civiele, bestuursrechtelijke en strafrechtelijke zaken) gaat de civiele rechter zeer terughoudend om met toetsing van onrechtmatigheid van rechtspraak en neemt slechts aansprakelijkheid aan indien bij de voorbereiding van een rechterlijke beslissing zo fundamentele rechtsbeginselen zijn veronachtzaamd dat van een eerlijke en onpartijdige behandeling van de zaak niet meer kan worden gesproken en tegen die beslissing geen rechtsmiddel openstaat en heeft opengestaan. In dat geval kan de staat – daargelaten of de Nederlandse wetgeving aanknopingspunten bevat die het mogelijk maken dat de nationale rechter daarover oordeelt – voor de daaruit voortvloeiende schade aansprakelijk worden gesteld op grond van artikel 6 EVRM. Een voorbeeld hiervan is te vinden in de zaak Van Mechelen c.s. waar de civiele rechter uitsprak dat sprake was van onrechtmatige rechtspraak omdat bij de veroordeling sprake was geweest van veronachtzaming van fundamentele beginselen zodat geen sprake was geweest van een eerlijke en onpartijdige behandeling van de strafzaak.

In de rechtspraak over civiele schadevergoedingsvorderingen voor toegepaste dwangmiddelen die op rechterlijke beslissingen steunen is ook aan de orde gekomen in hoeverre een dergelijke vordering moest worden beoordeeld in het licht van deze strenge onrechtmatigheidtoets.[329] In deze uitvoerig besproken zaak (Hoge Raad 29 april 1994) ziet het Hof een probleem met de onrechtmatigheid van dwangmiddelen die berusten op rechterlijke beslissingen, zoals het geval is bij vrijheidsbenemende dwangmiddelen, aangezien het Hof ervan uitgaat dat bevelen tot vrijheidsbeneming die zijn gebaseerd op rechterlijke bevelen niet onrechtmatig zullen zijn tenzij het rechterlijke bevel zelf onrechtmatig is (cf. de strenge criteria wanneer sprake is van onrechtmatige rechtspraak) en het Hof maakt hiermee voor die dwangmiddelen die zijn gebaseerd op rechterlijke bevelen een uitzondering op de regel dat de toepassing van dwangmiddelen ook onrechtmatig kan zijn indien sprake is van achteraf ongerechtvaardigde verdenking. De A-G acht dit standpunt expliciet onjuist en meent in navolging van Asser dat zelfs indien de vrijheidsbeneming berust op een rechterlijke beslissing die is genomen na een rechtsgang, waaraan ernstige gebreken kleven (bijv. indien een van zijn vrijheid beroofde persoon niet behoorlijk is gehoord) dat geen sprake is van aansprakelijkheid wegens onrechtmatige rechtspraak maar van onrechtmatige vrijheidsberoving. Het gaat er dan dus niet om of de (voorbereiding en totstandkoming van de rechterlijke beslissing zelf onrechtmatig was, maar of de daaruit voortvloeiende vrijheidsbeneming wegens dat gebrek onrechtmatig was. Dus hoeft voor de toewijzing van een schadevergoeding niet te zijn voldaan aan de strenge eisen

329 Bijv. door Hof Den Haag 18 februari 1993, NJ 1994, 282 en HR 29 april 1994, NJ 1995, 727 Staine/Staat.

die door de Hoge Raad gesteld worden aan een schadeactie op grond van onrechtmatige rechtspraak. De Hoge Raad negeert de opvatting van het Hof dat er ten aanzien van een rechterlijk bevel tot vrijheidsbeneming een uitzondering bestaat op de regel dat de Staat aansprakelijk is indien voor optreden van politie en justitie in kader van strafvordering geen rechtvaardigingsgrond bestaat of de aanvankelijk aanwezige rechtvaardigingsgrond achteraf ongefundeerd blijkt te zijn. Samengevat maakt de Hoge Raad (anders dan het Hof) geen onderscheid bij de beoordeling van strafvorderlijke overheidshandelingen/dwangmiddelen tussen die, welke zijn gebaseerd op rechterlijke bevelen en die, welke die dat niet zijn. Daarmee gaat het daarom in onderhavige gevallen om een marginale beoordeling van de onrechtmatigheid van de vrijheidsbeneming (door administratief orgaan OM) en niet om beoordeling van de onrechtmatigheid van het rechterlijke bevel daartoe (door rechter).

3.4.6 Stelplicht en bewijslastverdeling

Terug naar de dwangmiddelen: in de rechtspraak ging veel aandacht uit naar de kwestie rond de vaststelling van de 'nieuwe' (tweede) categorie onrechtmatigheid van strafvorderlijke dwangmiddelen (ongefundeerde verdenking indien sprake is van gebleken onschuld). Met name werd desgevraagd ingegaan op de vraag wanneer (in welke gevallen/einduitspraken of op grond van. welke informatie) onschuld blijkt en wie van de procesdeelnemers voornamelijk verantwoordelijk is voor dat blijken van onschuld. Onvermijdelijk raakt beantwoording hiervan binnen het civielrechtelijke proces aan aspecten van bewijslastverdeling. De Hoge Raad zei er het volgende over:

Eerst de kwestie of en zo ja welke niet veroordeling automatisch al tot de conclusie leidt dat sprake is van een achteraf ongefundeerde verdenking en derhalve van vestiging van aansprakelijkheid:

De Hoge Raad vond het onjuist om ervan uit te gaan dat – indien de strafvervolging om welke reden dan ook anders eindigt dan met veroordeling – het toepassen van strafvorderlijke dwangmiddelen voor risico van de staat zou zijn tenzij de Staat zou bewijzen dat de verdenking achteraf bezien gerechtvaardigd was (of de toepassing mede aan de verdachte kan worden toegerekend in de zin van artikel 6:101 BW). De Hoge Raad achtte dat geen vragen voor de civiele rechter (voor zover al in overeenstemming met artikel 6 EVRM) maar voor de strafrechter, voor zover die ze al heeft beantwoord in het kader van vrijspraak.[330]

Het Hof meende (in zaak die leidde tot de uitspraak van de Hoge Raad van 23 december 1994)[331] dat de rechtsregel van de onschuldpresumptie (onschuldig totdat schuld bij wet is bewezen) ertoe leidt dat indien schuld

330 HR 29 april 1994, NJ 1995, 727.
331 HR 23 december 1994, NJ 1995, 512.

niet is bewezen (einde zaak zonder veroordeling) die onschuldpresumptie impliceert dat de aanvankelijke rechtvaardigingsgrond is vervallen. Dus aanvankelijke rechtvaardigingsgrond blijft slechts voortduren indien feit is bewezen en anders (gezien onschuldpresumptie) is sprake van onrechtmatige daad, tenzij de Staat kan bewijzen dat verdenking is blijven bestaan. De Hoge Raad herhaalt echter voorgaande overweging uit zijn arrest van 29 april 1994.[332]

De Hoge Raad (12 juni 1998)[333] herhaalt nog eens dat niet als juist kan worden aanvaard dat bij dwangmiddelen schadevergoeding moet worden toegekend tenzij de overheid bewijst dat de verdenking is blijven bestaan. Het feit dat de bewijslast op eiser rust is niet in strijd met artikel 6 lid 2 EVRM omdat die bewijslastverdeling niet is gebaseerd op vermoeden van schuld waartegen tegenbewijs moet worden geleverd, maar op de regel dat wie stelt, bewijst.

De Hoge Raad (13 november 1998)[334] besluit nogmaals met de opmerking dat het niet zo is dat bij toepassing van dwangmiddelen schadevergoeding moet worden toegekend tenzij de overheid bewijst dat van de onschuld niet is gebleken.

Concluderend blijkt dat de Hoge Raad zich over de kwestie van de bewijslastverdeling enigszins afhoudend opstelt (wat ook kan samenhangen met processuele omstandigheden, zoals het niet toekomen aan een incidenteel cassatiemiddel). Risicoaansprakelijkheid na einde van de strafzaak met niet veroordeling wordt echter uitdrukkelijk afgewezen; de Staat hoeft niet te bewijzen na niet veroordeling dat de verdenking is blijven bestaan, maar de eiser zal moeten bewijzen dat de verdenking niet meer bestaat, cf. het uitgangspunt van het civiele bewijsrecht dat wie stelt, bewijst. Juist ook vanwege dat uitgangspunt is ziet de rechter geen schending van artikel 6 lid 2 EVRM.

Op basis waarvan kan nu worden bewezen dat de verdenking achteraf ongefundeerd was? De Hoge Raad geeft aan dat slechts sprake is van een achteraf ongefundeerde aanvankelijke rechtvaardigingsgrond indien uit het strafdossier[335]/strafvorderlijk onderzoek/strafzaak[336] blijkt dat de verdenking ten onrechte heeft bestaan.[337] Aan de orde wordt gesteld in hoeverre bepaalde wijzen van beëindiging van de strafzaak zonder dat sprake is van veroordeling wellicht tot die conclusie leiden:

---

332 HR 29 april 1994, NJ 1995, 727.
333 HR 12 juni 1998, NJ 1999, 99.
334 HR 13 november 1998, NJ 1999, 100.
335 HR 29 april 1994, NJ 1995, 727.
336 HR 23 december 1994, NJ 1995, 512.
337 Dat geldt ook voor schade tengevolge van vrijheidsbeneming in het buitenland na uitlevering. Hof Den Haag 15 maart 2007, NJFS 2007, 142 (civiel). I.c. was – na uitlevering – de zaak in Portugal geëindigd met een vrijspraak. Maar ook dat was onvoldoende om aan te nemen dat de verdenking ten onrechte heeft bestaan. Dat moet namelijk blijken uit het strafdossier en dat had betrokkene niet gesteld.

- de Hoge Raad stelde dat de meestal niet nader gemotiveerde vrijspraak,[338] maar ook de wel nader gemotiveerde vrijspraak[339] daartoe onvoldoende is omdat daaruit niet blijkt dat hij feit niet heeft begaan, maar dat niet wettig en overtuigend is bewezen dat hij het heeft gedaan. Dit geldt ook in andere gevallen waardoor zaak eindigt zonder straf. In de regel blijkt uit het strafdossier niet dat verdachte feit niet heeft gepleegd;
- later wordt in meer algemene zin gesteld dat het feit dat een zaak niet tot bewezenverklaring komt (derhalve in geval van een, deels gemotiveerde, vrijspraak, maar ook in geval van een kennisgeving van niet verdere vervolging[340] en sepot[341] onvoldoende is om aan te nemen dat sprake is van een ongefundeerde verdenking;
- ook een buitenvervolgingstelling wegens onvoldoende aanwijzing van schuld[342] is onvoldoende om aan te nemen dat sprake is van een ongefundeerde verdenking, omdat ook uit de buitenvervolgingstelling niet blijkt dat de verdachte het feit niet heeft begaan, maar slechts dat onvoldoende aanwijzing van schuld aanwezig is zodat een bewezenverklaring door de strafrechter hoogst onwaarschijnlijk zou zijn. Vervolgens zegt de Hoge Raad dat de buitenvervolgingstelling impliceert dat er, mede gelet op de rest van het strafdossier, achteraf bezien geen sprake is geweest van een redelijk schuldvermoeden in de zin van artikel 27 Sv, maar dat dit niet tot de conclusie leidt dat daarmee de onschuld en derhalve de ongefundeerde verdenking is gebleken. De A-G in een eerdere uitspraak[343] meende nu juist dat buitenvervolging niet gaat over het schuldvermoeden in de zin van artikel 27 Sv, maar een prognose behelst van 'strafbaarheidsschuld' (mijn definitie[344]), daarbij vooruit lopend op vragen van 348/350 Sv en derhalve is geen sprake van beoordeling van eerdere fasen van het onderzoek en dus ook niet van de (toenmalige) verdenking. Overigens ziet deze A-G geen reden om bij buitenvervolgingstelling wegens 'onvoldoende aanwijzing van schuld' een andere maatstaf te hanteren dan bij vrijspraak en ook de A-G maakt dus geen onderscheid tussen einduitspraak van rechterlijke- of andere autoriteit voor wat betreft de vraag of sprake is van een ongefundeerde verdenking;
- De A-G stelt ook dat een voorafgaande (toewijzende) beschikking op de voet van de regeling van de artikelen 89-93 Sv is gebaseerd op de maatstaf of gronden van billijkheid aanwezig zijn; op zich kan daaraan (in civilibus)

338 HR 29 april 1994, NJ 1995, 727.
339 HR 1 december 1995, NJ 1996, 180.
340 HR 23 december 1994, NJ 1995, 512.
341 HR 22 december 1995, NJ 1996, 301 en HR 20 december 1996, NJ 1997, 278.
342 HR 13 november 1998, NJ 1999, 100.
343 HR 12 juni 1998, NJ 1999, 99.
344 Zie J. uit Beijerse en N.M. Dane 1996, p. 259-288.

geen argument over onschuld worden ontleend, maar mogelijk wel aan de motivering van deze beschikking.[345]

Concluderend blijkt dat noch sepot, noch kennisgeving van niet verdere vervolging (beslissing door OM) maar ook niet de buitenvervolgingstelling wegens onvoldoende aanwijzing van schuld (raadkamer) of de (zelfs gemotiveerde) vrijspraak (rechter) op zichzelf voldoende zijn om aan te nemen dat de aanvankelijke verdenking achteraf ongefundeerd was. De civiele rechter maakt derhalve geen onderscheid voor wat betreft de vraag of bij de einduitspraak waarbij het niet tot een bewezenverklaring komt een rechter is betrokken of niet.[346] De Hoge Raad gaat ook niet in op het in het cassatie middel dat bij Hoge Raad 20 december 1996[347] aan de orde gestelde onderscheid in equality of arms na eindbeslissingen door de rechter en na beslissingen door de administratie (in geval van sepot).

Aangezien de wijze van beëindiging van de strafzaak sec onvoldoende is om de ongerechtvaardigde verdenking aan te nemen, dienen daarom gedingstukken te worden ingebracht, en wel door de eiser, aangezien die stelt. Vergelijk de uitspraak van de Hoge Raad van 21 april 2000[348] waar de Hoge Raad aangeeft dat betrokkene niet voldoende gespecificeerd heeft gesteld dat zijn onschuld uit de stukken betreffende de strafzaak blijkt of dat het gebruik van het dwangmiddel als zodanig in strijd was met de regels van geschreven of ongeschreven recht (r.o. 4.3). Algemeen civielrechtelijk uitgangspunt is echter ook dat de procespartij voor wie de bewijslast de minste belasting geeft, de bewijslast verkrijgt; het is de vraag voor wie na afloop van een strafzaak het de meeste belasting geeft gedingstukken aan te leveren, het is namelijk onduidelijk in hoeverre de gewezen verdachte ook werkelijk toegang heeft tot alle processtukken (zie hierover hoofdstuk 6). Indien de eiser zich voor wat betreft ongefundeerde verdenking/gebleken onschuld beriep op *gedingstukken* en dat niet door de Staat werd betwist, is echter al sprake van erkenning en daarmee is voor de civiele rechter de aansprakelijkheid in beginsel gegeven[349] (mits grond van toerekening en ongeacht aspecten van omvangbeperking, zoals eigen schuld).

Het Hof[350] vindt dat de voor aansprakelijkheid benodigde ongefundeerdheid van de verdenking niet blijkt uit de buitenvervolgingstelling (wegens onvoldoende aanwijzing van schuld, 250 lid 4 Sv), noch uit de 89 Sv-beschikking, noch uit het strafdossier. A-G Langemeijer merkt bij Hoge Raad 12 juni

345 A-G bij HR 12 juni 1998, NJ 1999, 99.
346 HR 1 december 1995, NJ 1996, 180, HR 22 december 1995, NJ 1996, 301, HR 20 december 1996, NJ 1997, 278 en HR 13 november 1998, NJ 1999, 100.
347 HR 20 december 1996, NJ 1997, 278.
348 NJ 2001, 143 (Antilliaanse zaak, niet besproken, wel genoemd in noot bij 3.2.3.5).
349 HR 23 november 1990, NJ 1991, 92.
350 Bij de zaak die leidt tot HR 12 juni 1998, NJ 1999, 99.

1998[351] naar aanleiding van de cassatiemiddelen op dat het niet gaat om een rechtsstrijd ten aanzien van bewijslastverdeling, maar dat eisers moeten stellen dat uit de stukken blijkt van de ongefundeerde verdenking. Indien dat wordt betwist kunnen eisers *de stukken van de strafzaak* in het geding brengen, verdere bewijslevering wordt niet verwacht. In casu zouden ook de *beschikkingen van de raadkamer (buitenvervolgingstelling en 89 Sv- beschikking)* als stukken van de strafzaak dienen te worden beschouwd. In civilibus geldt dat bewijslast ook bewijsrisico met zich meebrengt: als het bewijs niet wordt geleverd of ongewis blijft, wordt het standpunt van de partij die de bewijslast had, niet gevolgd. Als de onschuld niet positief uit de stukken blijkt, is er geen aanspraak op vergoeding.

Er blijven derhalve nog wel enkele vragen liggen voor wat betreft de bewijsverdeling. Daarentegen is gesteld dat het de Staat niet vrijstaat in deze gevallen, ter vermijding van aansprakelijkheid, omstandigheden aan te voeren die ten tijde van het beëindigen van de strafzaak nog niet bekend waren en dus ook niet uit het strafvorderlijk onderzoek kunnen blijken. De Hoge Raad meent derhalve dat feiten en omstandigheden in civilibus alleen mogen worden geput *uit de strafzaak* zelf.

In de uitspraak van de Hoge Raad van 14 januari 2005,[352] bevestigd in Hoge Raad 13 oktober 2006,[353] lijkt de Hoge Raad dit nader in te vullen: hoewel de burgerlijke rechter niet bevoegd wordt geacht zijn eigen oordeel over de uitleg van de in de betrokken delictsomschrijving voorkomende bestanddelen in de plaats te stellen van dat van de strafrechter, mag hij wel, ingeval het vrijsprekende vonnis dienaangaande geen duidelijkheid verschaft, mede aan de hand van de volgens hem juiste uitleg van de (bestanddelen van de) delictsomschrijving beoordelen of uit het vrijsprekende vonnis of het strafdossier blijkt van de onschuld. De Hoge Raad accepteert derhalve dat de feitenrechter – voor zijn oordeel over de vraag of sprake is van gebleken onschuld – op basis van het strafdossier een zekere ruimte heeft om hierover tot een eigen oordeel te komen. Anders A-G Spier, die vasthoudt aan de wijze zoals A-G Langemeijer daar invulling aan gaf bij Hoge Raad 12 juni 1998.[354]

Ook een andere veroordeling mag overigens niet van invloed zijn bij beantwoording van de vraag over gebleken onschuld.[355] Er is daarom geen ruimte voor 'Gesinnungs'-verwijten.

Het feit dat (wellicht na bewijslevering en betwisting) een civiel Hof noch buitenvervolgingstelling noch een gemotiveerde 89 Sv-beschikking voldoende achtte om aan te nemen dat de verdenking ongefundeerd was, achtte de Hoge

351 HR 12 juni 1998, NJ 1999, 99.
352 HR 14 januari 2004, NJ 2005, 346.
353 HR 13 oktober 2006, NJ 2007, 432.
354 HR 12 juni 1998, NJ 1999, 99.
355 HR 1 december 1995, NJ 1996, 180.

Raad een beoordeling van feitelijke aard; de Hoge Raad (12 juni 1998)[356] achtte een nadere motivering daarvoor niet nodig.

De A-G daarentegen acht het onbevredigend dat twee kamers van eenzelfde Hof materieel uiteenlopend oordelen over de kwestie van schuld of onschuld. Aangezien deze kwestie bij voorkeur in strafrechtelijke context beoordeeld moet worden, meende de A-G wel dat aan een daarvan afwijkend oordeel van de civiele rechter extra motiveringseisen gesteld moeten worden (eerder ook zo A-G Mok: indien in eerdere instantie door rechter argumenten zijn gehanteerd samenhangend met schuld of onschuld, zal de civiele rechter, indien hij daarvan afwijkt, dat moeten motiveren.

De A-G bij Hoge Raad 13 november 1998[357] meent dat het niet op de weg ligt van de civiele rechter om zelf uit te maken of sprake is van onschuld.

Concluderend blijkt dat hier door meerdere A-G's wordt in gegaan op de betekenis van voorgaande beslissingen (wellicht gedingstukken) voor wat betreft de vaststelling van onschuld en derhalve voor wat betreft een inmiddels noodzakelijke voorwaarde in civilibus bij de vaststelling van onrechtmatigheid. Vooral na een beschikking niet verdere vervolging wegens onvoldoende aanwijzing van schuld kan men zich terecht afvragen in hoeverre een dergelijke beschikking enige rechtskracht dient te hebben in civilibus. Dit lijkt op het leerstuk van oneigenlijke formele rechtskracht (maar dan m.b.t. de eerder 'vastgestelde "gebleken onschuld"'), met name indien men geen ruimte voor de civiele rechter ziet om dat zelf ook nog expliciet te onderzoeken.[358]

De Hoge Raad heeft zich niet uitgelaten over de vraag wanneer die onschuld blijkt (uit de gedingstukken). Wel is daarbij door de Hoge Raad zelf onderkend[359] dat uit de uitspraak en uit de stukken meestal niet blijkt dat de verdachte het feit niet heeft begaan, ook omdat het strafvorderlijk onderzoek niet gericht is op het vaststellen van onschuld. A-G Langemeijer bij Hoge Raad 12 juni 1998[360] vat samen dat onschuld kan blijken:

- doordat strafrechtelijke autoriteiten zich uitdrukkelijk over onschuld hebben uitgesproken door motivering van de vrijspraak of door de standaard sepotgrond 'ten onrechte als verdachte aangemerkt';
- ook kan het doordat autoriteiten zich niet in woorden maar middels gedragingen 'uitspreken'.

---

356 HR 12 juni 1998, NJ 1999, 99.

357 HR 13 november 1998, NJ 1999, 100.

358 Zie bij slotbeschouwing: de uitspraak van de HR 13 juni 2006, NJ 2006, 623 waar de zittingsrechter zich niet gebonden acht aan het door de rechter-commissaris genomen onrechtmatigheidoordeel over de inverzekeringstelling werd door het Gemeenschappelijk Hof van Justitie van de Nederlandse Antillen en Aruba ook toegepast voor de schadevergoedingsrechter (ongebondenheid aan eerder oordeel van rechter-commissaris over onrechtmatigheid van de inverzekeringstelling), zie beschikking 13 februari 2007, HAR 252 en 253 van 2006 (ongepubliceerd) inzake de schadevergoeding familie Van der S (verdenkingen vermissing Nathalee Holloway).

359 HR 29 april 1994, NJ 1995, 727.

360 HR 12 juni 1998, NJ 1999, 99.

De A-G bij Hoge Raad 13 november 1998[361] voegt toe dat naast het blijken van onschuld ook de onschuld werkelijk kan vaststaan, bijv. als iemand anders wordt veroordeeld. Dat zou overigens niet 'blijken' – in de betekenis van het criterium van de Hoge Raad – uit betrokkene's strafzaak,[362] maar dan zou te verwachten zijn dat de Staat dat zou erkennen (aldus A-G Spier). A-G Spier herhaalt dat bij Hoge Raad 14 januari 2005.[363] Hij is van mening dat slechts dan kan worden gezegd dat de onschuld blijkt wanneer daarvan hetzij melding is gemaakt in bijvoorbeeld het vrijsprekende vonnis, dan wel wanneer daarover op basis van de relevante stukken geen redelijke twijfel mogelijk is. Hoewel dat laatste zich zelden zal voordoen, aldus de A-G, is daartoe voldoende dat bijvoorbeeld een andere verdachte is gevonden die bekent en bij onherroepelijk vonnis wordt veroordeeld. *'Wanneer echter iemand wordt verdacht van doodslag, terwijl uit de stukken van het strafvorderlijk onderzoek de in artikel 287 Sr bedoelde opzet niet blijkt, kan niet worden gezegd dat de onschuld is gebleken. (…) Veroordeling kan in dit geval niet volgen. Het is goed mogelijk – en misschien zelfs aannemelijk- dat de verdachte onschuldig is aan de hem aanvankelijk aangewreven feiten. Maar dat blijkt niet. Bewijs van een negatief feit valt nu eenmaal moeilijk te leveren.'* aldus A-G Spier, sub 4.8.

Zoals hiervoor vermeld heeft de Hoge Raad in 2005 geaccepteerd dat de feitenrechter – voor zijn oordeel over de vraag of sprake is van gebleken onschuld – weliswaar op basis van het strafdossier toch een zekere (eigen) ruimte heeft om hierover tot een eigen oordeel te komen.

Indien die onschuld derhalve niet positief blijkt (en ook geen sprake is van ab initio onrechtmatigheid van de toepassing van dwangmiddelen), zal men niet slagen in civilibus en verwijst de civiele rechter zelfs naar de andere schadevergoedingsrechter (89 Sv). Indien namelijk geen sprake is van een van beide onrechtmatigheidsituaties voor wat betreft het toepassen van dwangmiddelen (ab initio onrechtmatig of in beginsel gerechtvaardigd maar gebleken onschuld) meldt de Hoge Raad dat men is aangewezen op een in het WvSv aangewezen schadevergoedingsrechter,[364] i.c. is dan slechts de 89 Sv-rechter bevoegd.[365]

A-G Langemeijer bij Hoge Raad 12 juni 1998[366] leest Hoge Raad 23 december1994 aldus dat de Hoge Raad die gevallen waar de onschuld niet positief blijkt uit de gedingstukken verwijst naar de procedures van de regeling van de artikelen 89-93 Sv en artikel 591a Sv. Volgens de A-G omdat het daar gaat

361 HR 13 november 1998, NJ 1999, 100.
362 Zie echter A-G Langemeijers opvatting over 'blijken': ook uit gedragingen van de autoriteiten zou dat kunnen, zie beschrijving arrest hiervoor.
363 NJ 2005, 346.
364 HR 23 december 1994, NJ 1995, 512.
365 HR 29 april 1994, NJ 1995, 727.
366 HR 12 juni 1998, NJ 1999, 99.

om billijkheid die het onnodig maakt dat de rechter zich (nogmaals) hoeft uit te spreken over onschuld; het accent ligt daarom op taakverdeling.

NB indien men in overeenstemming met de voorschriften van zijn vrijheid is beroofd (en er derhalve geen sprake is van ab initio onrechtmatigheid) bestaat er geen recht op schadevergoeding op grond van het EVRM en in dat geval acht de civiele rechter te verdedigen dat men het dan zal moeten doen met de 89 Sv-rechter (waar ook geen sprake is van een recht op vergoeding).

Al met al wordt met voorgaande wel voorkomen dat in civilibus het schuldaspect zoals al of niet in het voorafgaande strafrechtelijk voortraject aan de orde gekomen, opnieuw dient te worden beoordeeld.

3.4.7 Toerekening

De constructie van de aansprakelijkheid voor schade tijdens een strafzaak ontstaan was niet zozeer interessant vanuit het oogpunt van onrechtmatigheidcriteria, maar vooral vanwege de vraag wanneer een aanvankelijke rechtvaardigingsgrond geacht wordt te zijn vervallen (zoals hiervoor beschreven). In enkele zaken bleek die aanvankelijke rechtvaardigingsgrond inderdaad vervallen (omdat de gewezen verdachte onschuldig bleek aan de gerezen verdenking) en daarmee was de onrechtmatigheid van de overheidsgedraging gegeven. Of deze schadeveroorzakende gedraging de overheid kan worden toegerekend (daardoor ontstaat aansprakelijkheid) is thans de volgende vraag.

Het is inmiddels niet meer noodzakelijk om naast onrechtmatigheid uit te gaan van schuld van de overheid om aansprakelijkheid aan te kunnen nemen. Het huidige BW kent namelijk de mogelijkheid om een onrechtmatige gedraging toe te rekenen op grond van verkeersopvattingen indien aansprakelijkheid gewenst is maar persoonlijke verwijtbaarheid ontbreekt (art 162, derde lid BW). Met name bij overheidsaansprakelijkheid speelt deze toerekeninggrond een rol (zie § 3.2.9).

In Staat-Bekkers en Joemman-Staat (jaren '90) formuleert de Hoge Raad het aldus dat de Staat de door dat politieoptreden veroorzaakte schade moet vergoeden, aangezien die schade *'...als door zijn schuld veroorzaakt moet worden aangemerkt omdat de Staat met de mogelijkheid van het achteraf ongefundeerd blijken van de rechtvaardigingsgrond rekening had te houden'*.[367]

Met andere woorden: indien achteraf de onschuld van de verdachte blijkt, lijkt daarmee naast de onrechtmatigheid eveneens de schuld van de Staat gegeven. Is daarmee sprake van toerekening op grond van de in het verkeer

367 HR 26 januari 1990, NJ 1990, 794, r.o. 3.4 (Staat-Bekkers) en in gelijkwaardige verwoording eveneens HR 23 november 1990, NJ 1991, 92 r.o. 3.3 (Joemman-Staat).

geldende opvattingen?[368] De wijze van formuleren doet dat wel vermoeden ('moet worden aangemerkt').[369]

De A-G bij Hoge Raad 29 april 1994[370] merkt echter op dat de Hoge Raad in gevallen als deze wel degelijk enige schuld (= verwijt) construeert.[371]

3.4.8 (Oneigenlijke) formele rechtskracht

Hiervoor is beschreven hoe de civiele rechter rechtskracht toekende aan beslissingen in het bestuursrechtelijk voortraject. Indien in een dergelijk traject bezwaar/beroep mogelijk was maar dat onbenut bleef, gaat de civiele rechter uit van de rechtmatigheid van de niet aangevochten beslissing (formele rechtskracht).

Indien echter de bestuursrechter een oordeel had gegeven over de onrechtmatigheid van een besluit (wegen strijd met wet of met abbb), dan staat daarmee eveneens de civiele onrechtmatigheid vast (oneigenlijke formele rechtskracht) en is eveneens de schuld gegeven in die zin dat de schade aan de overheid wordt toegerekend op basis van de verkeersopvattingen (zie § 3.2.9 over toerekening).

Deze doctrine speelt niet op het terrein van civiele claims na strafzaken, hoewel dat op zich niet ondenkbaar was geweest. Het gaat dan namelijk om een situatie dat overheidshandelen is gebaseerd op beslissingen van justitiële organen (zoals de officier van justitie), bijv. diens beslissing om een verdachte in verzekering te stellen, terwijl daarna (bv. door datzelfde orgaan of door de rechter) wordt besloten niet verder te vervolgen. Bij strafzaken die eindigen zonder straf/maatregel kan m.i. echter niet zomaar geconcludeerd worden dat daarmee alle voorgaande 'beslissingen' als het ware vernietigd zijn, zodat daarom automatisch sprake zou zijn van onrechtmatige toegepaste dwangmiddelen: hoewel in de lagere rechtspraak wel een opvatting naar voren komt waarbij ervan wordt uitgegaan dat door een niet veroordeling in een strafzaak de toegepaste dwangmiddelen in beginsel onrechtmatig zijn, wordt die door de Hoge Raad afgewezen, gekoppeld aan het civielrechtelijke bewijskader (zie samenvatting hiervoor).

Als de verdediging in de zaak Begaclaim nog eens expliciet de vergelijking trekt met de oneigenlijke formele rechtskracht-doctrine stelt de Hoge Raad (op 13 oktober 2006,[372] betreffende de HCS-zaak) *'…dat de doctrine ter zake overheidsaansprakelijkheid met betrekking tot vernietigde besluiten (waarmee de schuld*

368 Zo bijvoorbeeld over de uitspraak Staat-Bekkers J. Spier, T. Hartlief e.a. 2006, nr. 184.

369 Bakels vindt deze formulering gekunsteld en lijkt hieruit op te maken dat de Hoge Raad geen toerekening op grond van de verkeersopvattingen beoogde, hetgeen hijzelf wel zo ziet, F.B. Bakels 2006, p. 24 noot 7.

370 NJ 1995, 727.

371 Zoals in HR 26 januari 1990, NJ 1990, 794 r.o. 3.4.

372 HR 13 oktober 2006, NJ 2007, 432.

van het overheidslichaam is gegeven en de gevolgen aan het overheidslichaam worden toegerekend), zoals door Begaclaim genoemd, verschilt van onderhavige kwestie, aangezien de beslissing tot vervolging niet, zoals een besluit, gericht is op het eenzijdig de rechtspositie van de burger bepalen, maar ertoe strekt de ten laste gelegde gedraging ter beoordeling aan de strafrechter voor te leggen'.[373,374]

Interessant is ook om, in het verlengde van de theorie van de (oneigenlijke) formele rechtskracht voor wat betreft onrechtmatigheid, te zien hoe de civiele rechter omgaat met de 'rechtskracht' van andere aspecten van de strafzaak, zoals een door bestuur of rechter geuite opvatting over (on)schuld, maar ook in hoeverre de civiele rechter de uitkomst van de strafzaak (geen veroordeling) interpreteert voor wat betreft deze aspecten (on)schuld).

Hiervoor werd (zie samenvatting bewijs) geconcludeerd dat meerdere A-G's ingaan op de betekenis van voorgaande beslissingen (wellicht gedingstukken) voor wat betreft de vaststelling van onschuld en derhalve voor wat betreft(bij de tweede categorie onrechtmatigheid) noodzakelijke voorwaarde in civilibus bij de vaststelling van onrechtmatigheid. Vooral na een beschikking niet verdere vervolging wegens onvoldoende aanwijzing van schuld kan men zich terecht afvragen in hoeverre een dergelijke beschikking enige 'rechtskracht' dient te hebben in civilibus. Dit is wellicht vergelijkbaar met het leerstuk van oneigenlijke formele rechtskracht (maar dan toegepast op gebleken onschuld), met name indien men geen ruimte voor de civiele rechter ziet om dat zelf ook nog expliciet te onderzoeken.

In de relatie tussen civielrechtelijk en bestuurlijk voortraject geldt de (oneigenlijke) formele rechtskracht in beginsel slechts voor een voortraject

---

373 R.o. 5.4.3. Interessant is of de recente ontwikkeling van de OM-afdoening tot een andere mening zou leiden. Door de Wet OM afdoening (Wet van 7 juli 2006, Stb. 330 jo. 2007, 130) krijgt het OM met de invoering van de strafbeschikking de mogelijkheid om lichte strafbare feiten zelf af te doen, zonder tussenkomst van de rechter. Een strafbeschikking kan worden opgelegd voor overtredingen of misdrijven waarop een maximumstraf is gesteld van niet meer dan zes jaar, en de belangrijkste straffen of maatregelen die kunnen worden opgelegd zijn de taakstraf (met maximum), een geldboete, ontzegging van de rijbevoegdheid (met maximum) en deze berusten op een schuldvaststelling. Het wordt echter niet mogelijk een vrijheidsstraf op te leggen; dat blijft voorbehouden aan de rechter.

374 En wat indien de strafrechter zelf toegepaste dwangmiddelen strijdig acht met beginselen van een goede procesorde en dat vervolgens binnen de strafzaak sanctioneert (bv. middels een definitieve n.o.OM). Het kan interessant zijn om de oneigenlijke formele rechtskracht variant hierop los te laten: zou een dergelijke n.o.OM er dan wellicht toe leiden dat in een eventueel civielrechtelijk vervolgtraject de toepassing van dergelijke dwangmiddelen als onrechtmatig zou worden beschouwd zonder nadere toetsing van de civiele rechter? Cleiren stelt overigens dat toetsing door de civiele rechter van publiekrechtelijke overheidshandelingen een beperkter bereik heeft en marginaler is dan de toetsing daarvan door de strafrechter (maar zij gaat nog uit van een indirecte toetsing aan abbb, zie p. 249, zij kijkt wel naar verschillen/overeenkomst in toetsing van de rechter binnen zijn eigen rechtsgebied (administratieve rechter en abbb met strafrechter en beginselen) maar ze kijkt niet naar toetsing door de civiele rechter van strafvorderlijke handelingen, behalve (aangestipt) op p. 244/245, zie C.P.M. Cleiren 1989.

waarbij de bestuursrechter oordeelde; indien daarentegen het bestuur een (on)-rechtmatigheidoordeel heeft gegeven, acht de civiele rechter zich hieraan in beginsel niet gebonden. In hoeverre dit onderscheid een rol speelt bij het aannemen van civielrechtelijke rechtskracht na beslissingen van de officier van justitie (sepot, kennisgeving van niet verdere vervolging) of rechter kan ook nog een interessante vraag zijn. Het voert buiten het bestek van dit onderzoek hier al te diep op in te gaan. Wel is gebleken dat de civiele rechter in zoverre geen onderscheid maakt en voor de civiele vaststelling van onrechtmatigheid geen enkele rechtskracht vindt (voor wat betreft onschuld) in sec de wijze van afdoening van een strafzaak zonder veroordeling, ongeacht of daarbij het OM de zaak beëindigde of de rechter (sepot, kennisgeving van niet verdere vervolging, rechterlijke buitenvervolgingstelling, gemotiveerde vrijspraak).

3.4.9 Omvang

De Hoge Raad past in twee zaken (Hoge Raad 1 oktober 1993 en 22 december 1995)[375] een billijkheidscorrectie toe op de voet van artikel 6:101 BW vanwege verwijtbaar eigen handelen van betrokkenen. Dat leidt er in beide situaties toe dat de op de Staat in beginsel rustende schadevergoedingsplicht geheel vervalt.

3.4.10 Bevoegdheid/taakverdeling en ontvankelijkheid

Bevoegdheidsverdeling
De civiele rechter is bevoegd kennis te nemen van een vordering tegen de overheid als deze is gebaseerd op onrechtmatige daad (zie § 3.3.2.2). Op het gebied van schade tengevolge van (vrijheidsbenemende) dwangmiddelen door de gewezen verdachte ondergaan, is volgens de Hoge Raad op basis van de hiervoor (zie § 3.3.3) beschreven arresten echter slechts in een aantal gevallen sprake van mogelijke onrechtmatigheid, namelijk:

- indien (vrijheidsbenemende) dwangmiddelen zijn toegepast in strijd met geschreven of ongeschreven recht (in strijd met wet of veronachtzaming fundamentele beginselen, inclusief disproportionele toepassing): ab initio onrechtmatig, oftewel de (hier genoemd) eerste categorie onrechtmatig toegepaste dwangmiddelen, of;
- indien na toepassing van (vrijheidsbenemende) dwangmiddelen achteraf uit het strafdossier blijkt dat de verdenking ten onrechte heeft bestaan (onrechtmatigheid achteraf, oftewel de (hier genoemd) tweede categorie onrechtmatig toegepaste dwangmiddelen).

375 HR 1 oktober 1993, NJ 1993, 761 en HR 22 december 1995, NJ 1996, 301.

Voor het overige bestaat in civilibus geen recht op vergoeding ter zake van het enkele gebruik van een dwangmiddel indien dit gebruik ten tijde daarvan door een verdenking werd gerechtvaardigd en zal beoordeling van een recht op schadevergoeding van diegene van wie niet in het kader van een strafzaak is komen vast te staan dat hij onschuldig is, in beginsel alleen kunnen geschieden door een in het WvSv aangewezen rechter (Hoge Raad 23 december 1994).[376] Dat impliceert dat dan slechts de 89 Sv-rechter bevoegd is (Hoge Raad 29 april 1994).[377]

A-G Langemeijer bij Hoge Raad 12 juni 1998[378] leest Hoge Raad 23 december 1994 aldus dat de Hoge Raad die gevallen waar de onschuld niet positief blijkt uit de gedingstukken verwijst naar de procedures van de regeling van de artikelen 89-93 Sv en artikel 591a Sv. Volgens de A-G omdat het daar gaat om billijkheid die het onnodig maakt dat de rechter zich (nogmaals) hoeft uit te spreken over onschuld; het accent ligt daarom op taakverdeling.

Indien men in overeenstemming met de voorschriften van zijn vrijheid is beroofd (en er daarom geen sprake is van ab initio onrechtmatigheid) bestaat er overigens geen recht op schadevergoeding op grond van het EVRM en in dat geval acht de civiele rechter te verdedigen dat men het dan zal moeten doen met de 89 Sv-rechter (waar ook geen sprake is van een recht op vergoeding).

Voor schade ten gevolge van een overheidsgedraging die niet is op te vatten als een dwangmiddel (bijv. actief optreden politie bij publiciteit) geldt bovengenoemde limitatieve bevoegdheidsafbakening overigens niet.

Civiele rechtsbescherming voor onrechtmatig toegepaste dwangmiddelen: ontvankelijkheid

Indien er een bijzondere wettelijke rechtsgang is (zoals een schadevergoedingsregeling) wordt de ontvankelijkheid van de civiele rechter bepaald aan de hand van de omvang van de rechtsbescherming die de systemen elk bieden en afhankelijk van de vraag of er een voorrangsregeling is. De vaststelling over de mate van rechtsbescherming is niet meer beperkt tot procedurele waarborgen alleen, maar is ruimer, ook rechtsbeschermingaspecten in materiële zin, zoals schadevergoedingsmogelijkheden, kunnen bepalen in hoeverre de weg naar de civiele rechter is afgesloten door een bijzondere rechtsgang. (§ 3.2.3).

De Hoge Raad meent dat indien schade is geleden tengevolge van gestelde onrechtmatige vrijheidsbenemende dwangmiddelen, de vordering van de gewezen verdachte uit onrechtmatige daad ontvankelijk is aangezien dan aanspraak bestaat op volledige schadevergoeding, in overeenstemming met artikel 5 lid 5 EVRM. De specifieke schadevergoedingsregeling van de artikelen 89-93 Sv geeft slechts de mogelijkheid van billijke vergoeding ter zake van rechtmatige maar achteraf onjuist gebleken vrijheidsbeneming. Ongeacht of

376 HR 23 december 1994, NJ 1995, 512.
377 HR 29 april 1994, NJ 1995, 727.
378 HR 12 juni 1998, NJ 1990, 99.

deze regeling ook van toepassing is op onrechtmatige vrijheidsbeneming (daarover spreekt de Hoge Raad zich in 1993 uit in bevestigende zin), staat deze regeling niet in de weg aan een vordering in civilibus.

De Hoge Raad gaat er daarom van uit dat de civiele rechtsbescherming iets toevoegt aan de bijzondere rechtsbescherming van de regeling van de artikelen 89-93 Sv, en daarom een aanvullende rol kan vervullen. Na het arrest in 1993 betekent het dat bij onrechtmatige vrijheidsbeneming voor de gewezen verdachte de keuze tussen de twee regelingen open staat. Daarbij is het voor de civiele rechtsgang niet van belang of de weg van de regeling van de artikelen 89-93 Sv eerst wordt doorlopen. Indien dat overigens zo is, is de uitkomst (niet ontvankelijkheid van het Openbaar Ministerie of afwijzing of – gedeeltelijke – toekenning) ook niet van invloed op de ontvankelijkheidsvraag in civilibus. In hoeverre inhoudelijk betekenis toekomt aan de uitspraak in een eerder traject komt verderop aan de orde.

Kortom uit de besproken arresten blijkt dat het niet eerder gebruiken van de specifieke schadevergoedingsprocedure op de voet van de regeling van de artikelen 89-93 Sv, dan wel het wel gebruiken, maar dan niet ontvankelijk zijn, dan wel het wel gebruiken en een (gedeeltelijke) schadevergoeding toegekend krijgen, niet in de weg staat aan ontvankelijkheid in civilibus indien de vordering is gebaseerd op onrechtmatige daad. De civiele rechter hanteerde hiervoor twee redenen: 1) de specifieke vergoedingsprocedure van de regeling van de artikelen 89-93 Sv ziet op vergoeding ter zake van *rechtmatige*, maar achteraf onjuist gebleken vrijheidsbeneming, en staat daarom niet in de weg aan een civiele vordering op basis van *onrechtmatige* (overheids)daad. Deze reden werd met name gehanteerd voordat de civiele rechter er vanuit ging dat de regeling van de artikelen 89-93 Sv ook van toepassing kan zijn voor schade ten gevolge van onrechtmatige vrijheidsbeneming(1993).

Maar ook dan lijkt de regeling niet in de weg te staan aan een civiele vordering aangezien 2) die civiele rechtsgang bij een vordering op grond van onrechtmatige vrijheidsbeneming cf. artikel 5 lid 5 EVRM aanspraak geeft op volledige vergoeding (in tegenstelling tot de regeling van de artikelen 89-93 Sv) (reden 2).

Voor schadevergoedingsvorderingen tengevolge van andere dan vrijheidsbenemende dwangmiddelen speelt deze problematiek rond civielrechtelijke ontvankelijkheid niet, aangezien daarvoor geen bijzondere (schadevergoedings)regelingen bestaan.

4 Opvattingen in de juridische literatuur over schadevergoeding voor de gewezen verdachte bij legitiem strafvorderlijk handelen

4.1 Inleiding

In de voorgaande hoofdstukken is uitvoerig aandacht besteed aan de totstandkoming van een specifieke wettelijke regeling die schadevergoeding na vrijheidsbenemende dwangmiddelen mogelijk maakte (hoofdstuk 1), de ontwikkeling van de rechtspraak op de voet van die regeling (hoofdstuk 2), de parallelle ontwikkeling van de rechtspraak in civilibus – binnen het kader van onrechtmatigheid derhalve – voor schade voor de gewezen verdachte tengevolge van ab initio rechtmatig strafvorderlijk optreden, inclusief de toepassing van strafvorderlijke dwangmiddelen (hoofdstuk 3).

In dit hoofdstuk wordt de wetenschappelijke literatuur onder de loep genomen. Doel daarvan is om inzicht te verkrijgen in de wetenschappelijke gedachten over dit thema vanaf het beginmoment van de discussie (eind 19e eeuw) tot aan het ontwerp wetsvoorstel 'Schadecompensatie strafvorderlijk overheidsoptreden' (2007), en te bezien welke opvattingen er waren over grondslag en voorwaarden voor schadevergoeding in verband met strafvorderlijk overheidshandelen. Door de chronologische benadering wordt tevens inzichtelijk of, en zo ja, in hoeverre (en op welke aspecten) deze opvattingen over de beschreven periode heen, veranderden. In deel II worden deze bevindingen verder benut bij zowel de beoordeling en toetsing van de huidige rechtspraktijk aan enkele uitgangspunten alsmede als basis voor de slotbeschouwing waar een wenselijke richting op dit terrein voor de toekomst wordt geschetst.

4.2 Systematiek en beperking

4.2.1 Literatuurbeperking

Het gehele beschrijvende deel (deel I) van het onderhavige onderzoek, waarvan dit hoofdstuk het laatste onderdeel vormt, is erop gericht inzicht te verkrijgen in opvattingen over grondslag, voorwaarden of omvang ter zake van schadevergoeding voor de gewezen verdachte voor strafvorderlijke schade. Om die reden wordt in dit hoofdstuk in beginsel alleen die literatuur besproken die specifiek ingaat op de kwestie schadevergoeding voor *strafvorderlijk handelen*. Dat betekent dat er niet voor is gekozen om meningen die zich specifiek richten

op bijvoorbeeld de parallelle ontwikkelingen op het gebied van schadevergoeding voor bestuursrechtelijk handelen eveneens hier te behandelen, tenzij door auteurs de koppeling naar schade door strafvorderlijk overheidshandelen wordt gemaakt. In de afsluitende hoofdstukken van deel II wordt, waar relevant, overigens soms wel verwezen naar andere literatuur.

Buitenlandse literatuur wordt niet apart besproken, maar wel wordt gerefereerd aan enkele dominante stromingen aangezien vooral in de vroegere eerste periode vele Nederlandse auteurs zich voornamelijk baseren op Duits, Oostenrijks en Frans gedachtegoed. De literatuur waarin wordt ingegaan op het recente ontwerp wetsvoorstel 'Schadecompensatie strafvorderlijk overheidsoptreden' (2007-2008) komt in de afsluitende hoofdstukken in deel II aan bod.

4.2.2 Onderscheiden periodes

Bij de beschrijving van de literatuur in dit hoofdstuk is vooral gekeken naar de onderdelen zoals die tot nu toe in alle hoofdstukken leidend zijn geweest, namelijk: de grondslag van de wettelijke regeling (bestaansrecht regeling), de grondslag van de schadevergoeding, de voorwaarden waaronder schade vergoed kan of zou moeten worden en aspecten van omvang(beperking). De beschrijving is daarbij chronologisch, om inzicht te verkrijgen of, en zo ja, in hoeverre (en op welke aspecten) deze opvattingen over de beschreven periode heen, veranderden. Daarbij is ervoor gekozen periodes te onderscheiden die samenhangen met bepaalde omslagpunten in de juridische omgeving omdat deze momenten een eigen dynamiek veroorzaakten binnen het wetenschappelijk discours.

Als eerste omslagpunten is de totstandbrenging van de Nederlandse regeling van de artikelen 89-93 Sv aan te merken (in 1925). In de daaraan voorafgaande periode wordt, mede in wisselwerking met het politieke discours over dit thema (zie hoofdstuk 1) door velen bijgedragen aan de gedachtevorming op dit terrein.

De volgende periode is de periode na de totstandkoming van de regeling (1925), waarna de eerste ervaringen in de praktijk met deze regeling aanleiding geven tot een diversiteit aan wetenschappelijke reacties. De derde periode (na de wijzigingswetgeving in 1975) is vergelijkbaar van aard maar in die periode wordt de mate van invloed van de omgeving (EVRM) meer zichtbaar.

Tot slot is er de periode waarin stevig wordt gereageerd op de ontwikkelingen in civilibus, na de uitspraken van de Hoge Raad over schadevergoeding voor strafvorderlijke dwangmiddelen (vanaf 1991).

Als volgende omslagpunt kan het ontwerp wetsvoorstel 'Schadecompensatie strafvorderlijk overheidsoptreden' worden aangemerkt, dat in 2007 ter consultatie is voorgelegd. De korte literatuurperiode daarover wordt echter niet hier, maar in deel II (hoofdstuk 7) verwerkt.

4.2.3 Aanpak

Per gekozen periode worden eerst kort een omgevingsbeeld geschetst (stand van zaken wetgeving, evt. politiek relevante speerpunten) en daarna worden de conclusies ter zake van de bevindingen van de literatuuranalyse over die periode beschreven (gegroepeerd naar grondslag, voorwaarden[1] en omvang). Daarna wordt in afzonderlijke paragrafen uitvoeriger stilgestaan bij elk van deze conclusie, door middel van een beschrijving van de relevante delen uit de literatuur (in de vorm van samenvattende hoofdlijnen gevolgd door – in kleine letter – de opvattingen van de auteurs, incl. citaten).

Aan het eind van dit hoofdstuk wordt op trendmatige wijze de gehele beschreven periode samengevat. Dat geeft een beeld over welke kwesties in welke periode in het bijzonder geschreven werd, en wat men van die kwesties vond. Deze informatie wordt vervolgens gebruikt in deel II.

4.3 Analyse literatuur in periode tot 1925

4.3.1 Omgevingssituatie, stand van zaken wetgeving

Het is van belang te weten dat deze periode zich kenmerkt door grote wetswijzigingen. Ter gelegenheid van de invoering van het nationale Wetboek van Strafrecht dient het Wetboek van Strafvordering van 1838 te worden herzien. Er komt in de 19e eeuw uiteindelijk geen wettelijke schadevergoedingsregeling tot stand, hoewel daar wel pogingen toe worden ondernomen en de Regering, aanvankelijk niet overtuigd van de noodzaak van een dergelijk specifieke wettelijke regeling, uiteindelijk toch wordt overtuigd dit thema bij wet te gaan regelen. De in deze periode (19e eeuw) behandelde wetsvoorstellen hebben uiteindelijk vanwege diverse omstandigheden echter niet geleid tot een wettelijke regeling (pas in 1926 wordt een wettelijke schadevergoedingsregeling opgenomen in het herziene Wetboek van Strafvordering).

Een thematische samenvatting is te vinden in hoofdstuk 1 in § 1.8, maar hier zal ik in nog even in vogelvlucht het politieke momentum in de 19e eeuw schetsen: in 1827 wordt voor het eerst in parlementaire context de vraag gesteld

---

1 De kwestie of een (eventuele) schadevergoedingsregeling al of niet beperkt zou moeten blijven tot schade tengevolge van vrijheidsbenemende dwangmiddelen alleen, is hier opgenomen bij het thema 'voorwaarden' vanwege de aansluiting bij het jurisprudentie onderzoek (de invulling van de materiële causaliteitsvoorwaarde, zie hoofdstuk 2 in § 2.3.3). Er is om die reden niet voor gekozen het aan de orde te laten komen bij het thema 'omvang'. Processuele schuld is een kwestie die in het begin van de discussie wordt gezien als een factor die schadevergoeding in de weg lijkt te staan, later wordt het meer beschouwd als factor die kan leiden tot vermindering van schadevergoeding. Om die reden wordt dat thema in de laatste periode besproken bij omvang en in de periodes daarvoor bij voorwaarden.

of een vrijgesproken beschuldigde schade kan verlangen van de Staat. Hierbij wordt nog geen scherp onderscheid gemaakt tussen de situaties waarin wel of waarin geen dwangmiddelen zijn toegepast. Daarna komt de kwestie enkele malen aan de orde bij de behandeling van andere onderwerpen en wetsvoorstellen, hetgeen overigens niet leidt tot een wettelijke regeling. Zo wordt in 1829 door een afdeling van de Tweede Kamer een mogelijkheid tot schadevergoeding aan vrijgesprokenen voorgesteld bij de behandeling van de kostenvergoeding aan de niet veroordeelde. Bij de discussie gevoerd bij de ontwerpen Wetboek van Strafvordering Godefroi/Olivier (periode 1861-1870) omtrent schadevergoeding bij herziening na veroordeling komt de kwestie wederom aan de orde. De Regering lijkt dan overtuigd van de noodzaak van een wettelijke regeling, maar in deze periode komt uiteindelijk in het geheel geen wetgeving tot stand.[2]

Als men het Wetboek van Strafrecht 1838 wil herzien en men de regeling van de gedeeltelijke toerekening van preventieve hechtenis op opgelegde gevangenisstraf – apart geregeld bij wijzigingswet uit 1854 – wil verbeteren, wordt naar voren gebracht dat een toerekening van preventieve hechtenis aan veroordeelden toch de consequentie zou moeten hebben van een schadevergoedingsmogelijkheid voor ondergane preventieve hechtenis aan niet veroordeelden. Op deze consequentie wordt wederom gewezen bij de totstandkoming van de Wet van 1886 houdende wijzigingen in het Wetboek van Strafvordering van 1838. De Regering wil echter niet zo'n structurele discussie voeren bij de behandeling van wijzigingswetten. Dit wordt door velen betreurd en men blijft, vooral bij de nadien volgende begrotingsdebatten, kritisch over het ontbreken van een schadevergoedingsregeling.

Uit de daartoe geschreven notities en de gevoerde parlementaire discussies bleek dat er diverse opvattingen waren voor wat betreft de vragen of er een wettelijke schadevergoedingsregeling zou moeten komen, zo ja, wat het dragende principe zou zijn op grond waarvan de overheid zou kunnen worden gehouden de door toepassing van voorlopige hechtenis ontstane schade te vergoeden, en vervolgens, welke voorwaarden daarbij gesteld zouden moeten worden.

---

2 Ook in de ons omringende landen wordt deze discussie gevoerd in de 19e eeuw. In de buitenlandse literatuur wordt geijverd voor een wettelijke regeling. In diverse landen worden eind 19e eeuw wetsvoorstellen ingediend, maar de wetgever deinst steeds terug. Hoogstens wordt iets geregeld ten aanzien van de onschuldig veroordeelden, maar de achteraf niet veroordeelde preventief gehechten komen er minder goed vanaf. Voor zover bekend is er een regeling in Engeland (1864), in diverse Zwitserse kantons, in Duitsland (1889). Zie hierover, over de ontwikkelingen in Oostenrijk: J. Domela Nieuwenhuis 1878, p. 331 e.v. Over Pruisen: W.J. Leyds 1884, p. 4. Over Duitsland onder andere H. Binnerts 1907, p. 123-156, met name p. 132, 133 en 146-149. Over Frankrijk: preadvies J. Domela Nieuwenhuis, Handelingen NJV 1886, I, p. 181-215, met name p. 185, en anonymus in WvhR 1871, nr. 3515, p. 4. Over Italië onder andere: J. Domela Nieuwenhuis 1878, p. 335, over Engeland onder andere J. Domela Nieuwenhuis, Handelingen 1886, I, p. 184-185. Over Zwitserse kantons: W.D. Caudri 1898, p. 82.

In de 20e eeuw, in 1914 wordt vervolgens een wetsvoorstel ingediend dat uiteindelijk leidt tot de wettelijke schadevergoedingsregeling in het WvSv 1926.

4.3.2 Samenvatting conclusies uit Nederlandse literatuur in de periode tot 1925

In hoofdstuk 1 is uitvoerig ingegaan op de parlementaire discussies over de grondslag van een wettelijke regeling (de vraag naar het waarom er een reden is tot uitzondering op het algemene uitgangspunt dat ieder zijn eigen schade moet dragen), de grondslag van de schadevergoeding (veelal samenvallend met de grondslag van de wettelijke regeling), de voorwaarden die men belangrijk achtte bij het in aanmerking laten komen voor schadevergoeding en ideeën over de reikwijdte van de omvang. Ook vele wetenschappelijke bijdragen zijn verschenen over deze vragen. Over de periode voorafgaand aan de 19e eeuw is weinig bekend voor wat betreft opvattingen van wetenschappelijke auteurs met betrekking tot het thema schadevergoeding voor preventieve hechtenis.[3]

In de 19e eeuw worden er wel veel wetenschappelijke gedachten gewisseld over dit leerstuk. In deze periode is er twee keer (in 1871 en in 1886) een vergadering van de Nederlandse Juristen Vereniging (hierna: NJV) aan het onderwerp gewijd en in de NJV 1897 en de NJV van 1913 wordt er zijdelings ook nog enige aandacht aan gegeven, en zijn er vier dissertaties specifiek over het onderwerp geschreven. In 1843 verdedigt J.J. Van Leeuwen (J.J. van Leeuwen, de damno reo absoluto illato, cum privatim tum publice resarciendo (diss.), Utrecht 1843) met nadruk een beginsel van schadevergoeding aan te nemen, voor de bijzondere gevallen en door de rechter te beoordelen. In dit werk, dat ik niet heb kunnen naslaan, zou Van Leeuwen overigens die schadevergoeding alleen zien in geval van blijkbaar verzuim of willekeur in de arrestatie.[4] Dat zou impliceren dat Van Leeuwen eigenlijk schadevergoeding voor onrechtmatige daad beoogt. De andere dissertaties die specifiek over het onderwerp zijn geschreven zijn van Straatman (1877),[5] Leyds (1884)[6] en Caudri (1998).[7] In 1899 gaat Scholten en marge van zijn proefschrift over de

3 De auteurs uit de 19e eeuw baseren zich onder andere op J.J. van Leeuwen, de damno reo absoluto illato, cum privatim tum publice resarciendo (diss.), Utrecht 1843. Leyds noemt ook nog een geschrift van H. Calkoen uit 1777 en leent daar een passage uit over ene ontkennende Titius die gevangen was genomen en terecht gesteld, dat de bewijzen weliswaar genoegzaam waren om de gevangenneming te billijken, maar '*...onvoldoende, om zyne schuld te doen blyken, maar voor Titius zyn zelfs bewyzen ingewonnen, die zyne onschuld, min of meer, waarschynelyk maken. Nu moet hy met eere ontslagen worden. Hy moet zelfs, van 's Landswege, eene billyke schaadeloosstelling erlangen*', W.J. Leyds 1884, p. 3.

4 Zie hierover J. Domela Nieuwenhuis 1878, p. 338 en J.A. Alting Bösken 1869, p. 240-241.

5 Z.W. Straatman 1877.

6 W.J. Leyds 1884.

7 W.D. Caudri 1898.

grondslag van schadevergoeding ook nog uitvoerig in op deze specifieke kwestie.[8]

Het tijdsmoment en de omvorming van het politieke klimaat in de 19e eeuw in de periode na de politieke omwenteling in 1848 (wanneer Willem I wordt opgevolgd door Willem II) kleurt de discussie over strafvordering en strafrecht. Door velen wordt kritisch gediscussieerd over de voorlopige hechtenis, de mate van toepassing en de duur van vrijheidsbeneming en de gevolgen die de vrijheidsbeneming heeft. De discussie over toerekening en de samenhang tussen die discussie en de discussie over schadevergoeding wordt ook gevoerd. De geest van het liberalisme waart vanaf de tweede helft van de 19e eeuw rond en aan het eind van de 19e eeuw doet de Moderne Richting zijn invloed gelden, ook met betrekking tot opvattingen over preventieve hechtenis.[9] De meesten die zich in genoemde periode kritisch uitlaten over het stelsel van preventieve hechtenis, hebben vanuit die optiek ook een opvatting over eventuele schadevergoeding.

In dat tijdsmoment verzoekt ook de toenmalige Minister van Justitie via een Circulaire de medewerking van de procureurs-generaal bij de hoven om '*…met uitnodiging uwerzijds zoveel bestaanbaar te willen meewerken, dat de toepassing der preventieve aanhouding niet ligtvaardig plaats vinde…*'.[10]
Na het bestuderen van al deze opvattingen in de 19e en vroeg 20e eeuw komen er enkele lijnen sterk naar voren die de volgende conclusies rechtvaardigen over de opvattingen in de literatuur in de periode tot 1925:

1 Weinig twijfel in 19e eeuw over het bestaan van 'een' grondslag voor wettelijke regeling/grondslag voor schadevergoeding, geen twijfel meer in 20e eeuw (hier tot 1925).
2 In 19e eeuw met name focus op grondslagen gerelateerd aan onrechtmatigheid of achteraf ongerechtvaardigde toepassing van preventieve hechtenis of dwaling, in 19e en 20e eeuw (hier tot 1925) vervolgens in toenemende mate focus op 'zelfstandige' grondslag (billijkheid, gelijke lastenverdeling) voor rechtmatig beoordeeld overheidsoptreden, met name onder invloed van buitenlandse wetenschappelijk auteurs.
3 Voor zover sprake is van expliciete opvattingen over rechtsgrond of billijkheidsgrond v.w.b. schadevergoeding, is geen duidelijke trend waarneembaar.

---

8 P. Scholten, Schadevergoeding buiten overeenkomst en onrechtmatige daad, Amsterdam: Scheltema en Holkema's boekhandel, diss. 1899
9 Zie hierover uitvoerig J. uit Beijerse 1998.
10 WvhR 1871, jrg. 33, 3285, 4. Er wordt nog enige discussie gevoerd over die Circulaire (onder andere over de rol van rechter en OM), waarbij De Brauw enige kritiek uit, maar Van Akerlaken zich positief over de Circulaire uitlaat, Verslag der Handelingen Tweede Kamer 1870-1871, 55e zitting, 6 mei, p. 676-681.Zie voor (over het algemeen positieve) reacties over deze Circulaire onder andere WvhR 1871, nr. 3286, p. 4, WvhR 1871 nr. 3287, p. 4, WvhR 1871, nr. 3291, p. 4, WvhR 1871, nr. 3292, p. 4.

4 Meeste aandacht gaat uit naar de voorwaarden waaronder men schadevergoeding mogelijk wil maken met als kerntwistpunt: 'juridisch niet bewezen schuld is voldoende' versus 'gebleken onschuld is vereist'.
5 Velen zijn van mening dat eigen 'processuele' schuld aan de toepassing van de voorlopige hechtenis in de weg staat aan schadevergoeding, met name onder invloed van buitenlandse wetenschappelijk auteurs.
6 Slechts een enkeling bespreekt vergoeding na niet veroordeling voor andere dan vrijheidsbenemende schade, het merendeel richt zich echter op schadevergoeding voor ondergane preventieve hechtenis.
7 In begin veel nadruk op vergoeding materiële schade, maar vervolgens steeds meer aandacht voor morele schade.
8 Hoogte en maatstaf; ex aequo et bono of forfaitair bedrag.
9 Bepleit wordt dat beklaagde klein deel van schade zelf draagt (tempus modicum).

Hieronder worden deze conclusies toegelicht met – per conclusie – een samenvatting van de besproken literatuur.

4.3.3 Toelichting op conclusies literatuur over grondslag schadevergoeding

4.3.3.1 In 19e eeuw weinig tot geen twijfel over bestaansrecht schadevergoedingsregeling

In deze periode lijkt uiteindelijk een meerderheid van auteurs ervan uit te gaan dat er wel degelijk gronden zijn om over te gaan tot (een wettelijke regeling ter zake) schadevergoeding; zij zien wel bestaansrecht voor een dergelijke regeling. Toch zijn er in de 19e eeuw nog enkele auteurs die diverse redenen aanvoeren waarom er geen sprake zou moeten zijn van een wettelijke schadevergoedingsregeling. Ook tijdens de stemming over de, op verzoek van Gregory, toegevoegde vraag '*Behoort het beginsel van schadevergoeding voor het geval de aangehoudene buiten vervolging wordt gesteld in de wet te worden opgenomen?*' blijkt dat 66 deelnemers aan de NJV 1871 hier tegen zijn en 24 voor.[11]

Sommige auteurs zien overigens nog wel een kleine rol voor de billijkheid, maar blijkbaar buiten een wettelijke regeling om (dit ter afbakening van diegenen die de billijkheid als grondslag voor een wettelijke regeling zien en de billijkheid als grondslag voor schadevergoeding, hierna te bespreken).

Tegenstanders van een wettelijke regeling baseren zich ondermeer op enkele hieronder genoemde uitgangspunten, die soms principieel van aard, soms praktisch van aard zijn (dan vooral gebaseerd op ideeën over de onwenselijke

11 Handelingen NJV, 1871, II, p. 256. In Themis worden de notulen van deze stemming opgenomen; hier wordt melding gemaakt van 66 tegen 28 stemmen, p. 533. Zie idem WvhR 1871, nr. 3361, p. 1.

consequenties van een wettelijke regeling). Zo wordt wel aangevoerd: *qui jure suo utitur, neminem laedit*, ofwel degene die conform de wet wordt behandeld, heeft geen recht tot klagen. De gedachte hier is dat de Staat het recht heeft om preventieve hechtenis toe te passen in het algemeen belang en het ondergaan van preventieve hechtenis is een burgerplicht. Daarover klaagt men niet.

Hiervoor schaarden zich Alting Bösken in 1869,[12] Mom Visch in 1870[13] (maar hij herzag zijn mening in 1882)[14] en Slotemaker (1882).[15]

Leyds daarentegen ontkracht in 1884 dit argument dat het ondergaan en dragen van schade ten gevolge van preventieve hechtenis burgerplicht is; hij stelt dat hier de burgerplicht verward wordt met de noodzakelijkheid.[16] Ook Domela Nieuwenhuis stelde in 1878 al dat preventieve hechtenis een harde noodzakelijkheid is en meent dat men met het inroepen van deze regel zichzelf schuldig maakt aan een verwarring tussen publiekrecht en privaatrecht; de preventieve hechtenis moet worden toegestaan op gronden van staatsbelang, maar de gevolgen van een dwaling daarbij zouden worden afgewend met een privaatrechtelijke regel? Dat is meten met twee maten.[17] Leyds voegt nog toe dat de vraag ook niet is of de staat het recht heeft tot toepassing van preventieve hechtenis, zoals velen betogen, maar of de staat het recht heeft zonder vergoeding iemand van zijn vrijheid te beroven en of het ius constitutum op dit punt veranderd moet worden.[18] Ook Binnerts volgt die lijn in 1907: '*Ieder is verplicht zich ook in dit opzicht te onderwerpen aan hetgeen, in het belang van den Staat van hem wordt geeischt*.'[19] Dit is echter volgens Binnerts niet de kwestie waar het over gaat, het gaat namelijk om de vraag die daarop volgt, namelijk of de Staat, als hij ten bate van het algemeen belang ingrijpt in de rechtssfeer van de burger, verplicht is die burger schadeloos te stellen voor het hierdoor ontstane nadeel. Dit is namelijk het principe bij onteigening en dat zou het ook kunnen zijn bij vrijheidsbeneming.[20]

Ook Simons benadrukt in 1886/1887 dat de preventieve hechtenis wel een recht van de staat is maar onder de voorwaarde dat de hechtenis wordt verrekend met de straf indien een straf wordt opgelegd en dat tevens schadevergoeding voor materiële schade mogelijk is indien geen straf wordt opgelegd.[21]

Een ander principe dat door tegenstanders van een wettelijke regeling wordt opgevoerd is dat er zonder schuld/verwijtbaarheid van de overheid geen verplichting tot vergoeding kan zijn.

12 J.A. Alting Bösken 1869, p. 236-250.
13 D.J. Mom Visch 1870, p. 1-36 en WvhR 1870, jrg. 32, 3252, p. 5-6.
14 D. J. Mom Visch 1882, p. 231-279.
15 A. Slotemaker 1882.
16 W.J. Leijds 1884, p. 75.
17 J. Domela Nieuwenhuis 1878, p. 206 en 310.
18 W.J. Leijds 1884, p. 16.
19 H. Binnerts 1907, p. 135.
20 H. Binnerts 1907, p. 136.
21 D. Simons 1886/1887, p. 368.

Deze mening werd verkondigd door onder andere Modderman (NJV 1871).[22] Ondermeer Leyds ontkracht in 1884 dit argument omdat naar zijn mening de staat het recht tot aanhouding niet ontleent aan het privaatrecht, maar aan het publiek recht (zie ook hierna).[23] Ook Domela Nieuwenhuis (1878),[24] en Scholten 1899,[25] ontkrachten dit aangezien zij ervan uitgaan dat inderdaad straf alleen kan worden opgelegd bij schuld, maar dat een plicht tot schadevergoeding niet van schuld afhankelijk hoeft te zijn.[26]

Ook gaat men in op de veronderstelling dat zou gelden: *casum sentit dominus* (de eigenaar dient de schade door toeval aan zijn huis toegebracht, zelf te dragen).

Straatman en Leyds menen dat hier niet gesproken kan worden van toeval, gezien de in Nederland geregelde preventieve hechtenis (dat overkomt iemand niet toevallig). Leyds zou in dat geval eerder de Staat als dominus beschouwen, en niet de aangehoudene.[27]

Sommigen zijn tegen een wettelijke regeling omdat zij menen dat een juiste uitvoering van een schadevergoedingsregeling onmogelijk is.

Slotemaker (1882) benadrukt tegenstander te zijn van een toerekeningsregeling in artikel 27 WvSr, mede omdat het logisch gevolg daarvan moet zijn een schadevergoedingsregeling, waarvan hij stelt dat een juiste uitvoering in de praktijk onuitvoerbaar is.[28] Noyon stelt in 1886 dat er geen rechtsgrond voor schadevergoeding is (want dan zou onrechtmatigheid vereist zijn). Eventueel kan aan billijkheid worden gedacht, maar vanwege de grote kans op misbruik alleen bij dwaling de jure (= bij onschuldig veroordeelden), niet bij dwaling de facto (= niet strafbaar), omdat dan ook vele niet onschuldigen zullen profiteren en zelfs een regeling kunnen uitlokken. Dus Noyon is geen voorstander van schadevergoeding, ook niet op grond van de billijkheid, voor preventief gehechten en laat het algemeen belang prevaleren. Voor enkele uitzonderlijk onbillijke gevallen zou men volgens hem moeten vertrouwen op de rechtvaardigheid van de regering.[29]

Gewin is de enige auteur – voor zover bekend – die ook begin 20e eeuw (1905) nog twijfels heeft. Hij stelt dat op basis van de grond die de meeste schrijvers op dat moment aanvoeren ter schadevergoeding (namelijk dat zij van de Staat vergoeding voor het ondergane leed moeten ontvangen, die het offer hunner vrijheid brachten in zijn belang, zie hierna) logisch zou voortvloeien dat allen die preventieve hechtenis hebben ondergaan, een vergoeding krijgen toegekend. Gewin acht de moeilijkheid bij het vaststellen van schadevergoeding echter zo groot, dat hij op grond daarvan in geen geval schadeloosstelling wil toekennen. Hij ziet het geheel als middel om het rechtsgevoel te bevredigen, zonder dat hiervoor reden bestaat. Het toekennen van

22 Handelingen NJV 1871, II, p. 212-213.
23 W.J. Leijds 1884, p. 59.
24 J. Domela Nieuwenhuis 1878, p. 202.
25 P. Scholten 1899, p. 122.
26 Zij waren hiermee vooruitstrevend, gezien de latere ontwikkelingen in civilibus, met de toerekening naar verkeersopvattingen.
27 Z.W. Straatman 1877, p. 135 en W.J. Leijds 1884, p. 57-58.
28 A. Slotemaker 1882, p. 79.
29 T.J. Noyon 1886, p. 428, 430.

schadevergoeding beschouwt hij als een van de middelen die ter verzachting van het leed worden aangevoerd.[30]

Tijdens de stemming van de Nederlandse Juristen Vereniging (NJV) in 1871 zijn 66 deelnemers tegen een wettelijke regeling waar het beginsel van schadevergoeding is opgenomen, 24 stemmen voor.[31] Coninck Liefsting gaat tijdens de NJV in 1886 ook nader in op de argumenten van de tegenstanders van (de gevolgen van) schadevergoeding, ook vanuit de buitenlandse literatuur, en hij groepeert deze als volgt: 1) ieder die dergelijke schade lijdt moet zich dat maar getroosten ten gunste van de algemene veiligheid waarin hij op zijn beurt deelt; 2) de grote kosten voor de staat; 3) de rechter zal bij twijfel eerder veroordelen om de staat niet te belasten; 4) angstvalligheid bij het onderzoek is een nadeel voor de maatschappij. Coninck Liefsting benadrukt dat eerst de regering deze argumenten ook volgde, maar dat zij omging in 1864, bij een volgend wetsontwerp dat echter niet tot wet leidde.[32] Tot slot is vermeldenswaardig dat Van Raalte tijdens de NJV 1897 opmerkt dat hij een schadevergoeding voor preventieve hechtenis verdedigbaar acht (zie ook hierna), maar betwijfelt of een dergelijke regeling praktisch haar doel zou bereiken. Zijn uitgangspunt is namelijk dat een verdachte minder gebaat is met een geldelijke uitkering na invrijheidsstelling dan met krachtige waarborgen vóór zijn gevangenneming.[33]

4.3.3.2 Aan onrechtmatigheid gerelateerde grondslag versus zelfstandige grondslag

Diegenen die de overtuiging hebben dat wel sprake moet zijn van schadevergoeding, verschillen wel van mening over de grondslag. Enkele argumenten die ook gehanteerd werden als reden om geen grond voor schadevergoeding te zien (hiervoor besproken), worden door anderen juist als reden voor schadevergoeding erkend. Sommige schrijvers hebben een expliciete mening over een grondslag voor schadevergoeding, anderen geven slechts enkele losse (bijkomende) argumenten aan waarom zij menen dat schadevergoeding wenselijk is, zoals de te verwachten neveneffecten van een schadevergoedingsregeling op de toepassingspraktijk van de preventieve hechtenis. De volgende indeling kan worden gemaakt:

Veelal is men van opvatting dat de grondslag voor schadevergoeding (alleen) ligt in de ongerechtvaardigde/onrechtmatige toepassing van de preventieve hechtenis, ex nunc (naar latere omstandigheid) beoordeeld.

30 Gewin 1905, p.341-343.
31 Handelingen NJV 1871, II, p. 266.
32 F.B. Coninck Liefsting, Handelingen NJV 1886, I, p. 335-368.
33 J. van Raalte, Handelingen NJV 1897, I, p. 110-111.

Modderman stelt tijdens de NJV in 1871 dat er geen grondslag voor schadevergoeding is, want de preventieve hechtenis is geen onrecht, ook niet als later schuld niet bewezen is. Rechtszekerheid vereist risico.[34] Kist gaat tijdens diezelfde NJV weliswaar uit van hetzelfde uitgangspunt voor wat betreft de onrechtmatigheid maar komt op een andere conclusie uit. Hij stelt dat er toch een schadevergoedingsregeling moet zijn, ook al omdat dit het meest geëigende middel is om toepassing van de preventieve hechtenis te beperken.[35]

Domela Nieuwenhuis haalt in 1878 nog eens de stelling aan van de Oostenrijker Jaques: '*Eerst de vrijspraak of de veroordeeling geeft de maatstaf aan, of hetgeen geschiedde, van het rechtsstandpunt te rechtvaardigen is of niet*'. Domela Nieuwenhuis steunt deze opvatting van Jaques en meent dat slechts indien een veroordeling wordt uitgesproken, de preventieve hechtenis a posteriori gerechtvaardigd is geweest, maar als wordt erkend dat iemand de daad niet heeft gepleegd, niet'.[36]

Leyds gaat er in 1884 daarentegen vanuit dat de rechtsgrond niet is: ex nunc onrechtmatigheid, aangezien de preventieve hechtenis gebaseerd is op ex tunc vermoedelijke of waarschijnlijke schuld: het 'tunc', niet het 'nunc' moet beslissen.[37] Domela Nieuwenhuis ziet in 1885 alleen een grondslag voor vergoeding indien de Staat onrecht heeft gedaan, en dat is dan het geval bij ontslag van rechtsvervolging, omdat een feit niet strafbaar is gesteld. De rechtsgrond voor vergoeding ligt volgens hem niet in het arresteren van zo'n juridisch onschuldige, maar in het arresteren van iemand die geen strafbaar feit beging en dus geen opsluiting verdiende. Evenzo is volgens Domela Nieuwenhuis sprake van onrecht en dus van een grondslag voor schadevergoeding indien geen misdrijf is begaan of in geval de beklaagde niet de dader was. Domela Nieuwenhuis is het dan ook niet eens met Leyds zijn ontkenning dat de rechtsgrond niet ligt in achteraf onrechtmatigheid; hij vergelijkt daarvoor met het civiele conservatoir beslag dat ook achteraf bezien onrechtmatig kan worden.[38]

Van Hamel is het tijdens de NJV in 1886 absoluut niet eens met enkele naar voren gebrachte rechtsgronden, zoals dat de preventieve hechtenis onrechtmatig is door de latere uitspraak (onder andere verdedigd door Domela Nieuwenhuis). Men moet namelijk de toepassing van de hechtenis niet a posteriori beoordelen, maar op het ogenblik waarop zij plaatsvindt (wat dus ook de lijn van Leyds is).[39]

Ten slotte stelt Coninck Liefsting tijdens de NJV van 1886 dat het absolute schadevergoedingsstelsel zoals door Simons voorgesteld (medestanders professor Pols en professor Mayer) onjuist is, want het gaat niet om de vraag of iemand door vrijspraak voor onschuldig moet worden gehouden, maar of het toenmalige bevel moet worden beschouwd als een verkeerde beslissing.[40]

Noyon gaat er in 1886 vanuit dat inderdaad sprake moet zijn van onrechtmatigheid om te kunnen spreken van een rechtsgrond voor schadevergoeding. Hij meent dat echter geen sprake is van onrechtmatigheid. Hij ziet overigens ook geen rechtsgrond voor schadevergoeding vanwege de consequenties (zie hierna).[41]

Ook Caudri (1898) lijkt zich aan de zijde van diegenen te scharen die achteraf beoordeling van onrechtmatigheid (beoordeling ex nunc) steunen.[42] P. Scholten stelt echter in 1899 dat

---

34 Handelingen NJV 1871, II (beraadslagingen), p. 212.
35 Handelingen NJV 1871, II (beraadslagingen), p. 250.
36 J. Domela Nieuwenhuis 1878, p. 333, onder verwijzing naar de rede van Dr. Jaques in de 'Verhandlungen des Zwölften deutschen Juristentages' Band I. 1874, p. 123-124.
37 W.J. Leijds 1884, p. 53.
38 J. Domela Nieuwenhuis 1885 (recensie dissertatie Leyds 1884), p. 362, 363.
39 Handelingen NJV 1886, II (beraadslagingen), p. 157.
40 F.B. Coninck Liefsting, Handelingen NJV 1886, I, p. 359.
41 T.J. Noyon 1886, p. 421, 423.
42 W.D. Caudri 1898, p. 9.

geen sprake kan zijn van onrechtmatigheid ingeval de preventieve hechtenis niet wordt gevolgd door een veroordeling. Men de rechtmatigheid van een handeling niet van een latere uitspraak doen afhangen, omdat dan *'het karakter der daad niet beoordeeld wordt naar het oogenblik, waarop zij begaan is, maar naar feiten, die later plaats hebben.'*[43]

Als bijkomend argument wordt wel gehanteerd de overeenkomst met privaatrechtelijke schadevergoeding bij achteraf onrechtmatig beoordeeld conservatoir beslag.

Zoals gezegd had Domela Nieuwenhuis, anders dan bv. Leyds, geen moeite met een rechtsgrond op basis van ex nunc beoordeling; hij vergelijkt daarvoor met het civiele conservatoir beslag dat ook achteraf bezien onrechtmatig kan worden.[44]

Van Gigh 1886 echter geeft aan dat een rechtsgrond absoluut niet kan worden ontleend aan het privaatrecht, aangezien elke analogie ontbreekt tussen strafrecht (dat de materiële waarheid zoekt) en het privaatrecht (dat genoegen neemt met de formele waarheid zoals door de wil van de partijen geconstrueerd).[45]

Van Raalte acht tijdens de NJV in 1897 het *'…plichtmatig, dat de Staat voor eene, zij het ook aanvankelijk wellicht verdedigbare vrijheidsbeneming, die later evenwel blijkt niet te kunnen worden volgehouden, schade vergoedt, waar schade geleden is.'*[46] Hij baseert zich hiervoor mede op de leer binnen het privaatrecht waar schadevergoeding is verschuldigd indien een conservatoir beslag, hoewel te goeder trouw en op aannemelijke gronden gelegd, later, om welke reden dan ook, niet van waarde wordt verklaard.[47]

De hiertegen in te brengen stelling dat hier (bij preventieve hechtenis) geen sprake is van privaat- maar van publiekrecht, geeft geen antwoord op de vraag waarom de Staat zonder schadevergoeding een dergelijk grote inbreuk mag maken op de persoonlijke vrijheid, terwijl voor het beslag, dat de particulier op goederen legt, wel een schadevergoeding verschuldigd is. Scholten ziet in 1899 ook overeenkomsten met privaatrechtelijke schadevergoeding bij beslag.[48]

In dezelfde lijn ligt de opvatting dat de grondslag voor schadevergoeding ligt in de plicht voor de Staat om in het algemeen dwaling te herstellen (zonder dat concreet invulling wordt gegeven aan de vraag wanneer sprake is van dwaling).

Straatman stelt in 1877: Als de maatregel niet had hoeven worden toegepast, is er sprake van dwaling, die toevallig is, maar waarvan het slachtoffer niet de gevolgen behoort te dragen.[49] Op dezelfde lijn Domela Nieuwenhuis in 1878 waar hij stelt dat preventieve hechtenis geen burgerplicht is, maar een harde noodzakelijkheid en indien de staat daarmee gedwaald heeft,

43 P. Scholten 1899, p. 122.
44 J. Domela Nieuwenhuis 1885 (recensie dissertatie Leyds 1884), p. 362, 363.
45 J. Van Gigh 1886, p. 440.
46 J. van Raalte, Handelingen NJV 1897, I , p. 110.
47 J. van Raalte, Handelingen NJV 1897, I, p. 110-111.
48 P. Scholten 1899, p. 124, 125.
49 Z.W. Straatman 1877, p. 135.

is zij aansprakelijk.[50] Domela Nieuwenhuis ondersteunt zijn betoog pro schadevergoeding met een citaat van Bentham: '*Een gerechtelijke dwaling is reeds op zichzelf een oorzaak van rouw, maar dat deze dwaling, eenmaal erkend, niet door evenredige schadevergoeding zal worden hersteld, dat is een omverwerping van de maatschappelijke orde*.'[51]

Van Gigh 1886 heeft als uitgangspunt dat de Staat heeft gedwaald en dat het dan haar plicht is dat goed te maken omdat anders onrecht wordt gepleegd.[52] Van Hamel daarentegen voelt tijdens de NJV in 1886 niets voor dwaling; de rechter is hoogstens verdwaald, maar heeft niet gedwaald in de zin dat daar rechtsgevolgen aan verbonden zouden moeten worden.[53]

Sommigen stellen in dit verband dat van dwaling (als grond voor schadevergoeding) slechts sprake is in bepaalde gevallen, gerelateerd aan onschuld.

Eyssell stelt in 1862 dat de Staat tot vergoeding is gehouden, omdat in zijn belang de vervolging heeft plaatsgehad. '*Altijd blijft het een feit, niet alleen dat door de organen van den Staat de onschuldige onverdiend heeft geleden, maar ook dat de vervolging is ingesteld in het belang van de Staat, die meende zijne roeping te vervullen om de maatschappij te bewaren bij regt, orde en zekerheid. Heeft de Staat daarin ten nadeele van eenen onschuldige misgetast, dan is het ook aan de Staat om dit nadeel te vergoeden*'.[54] Leyds bestrijdt in 1884 het feit dat de grondslag voor schadevergoeding gelegen is in de plicht om dwaling te moeten herstellen, zeker indien van dwaling slechts sprake zou zijn bij onschuld, omdat dit ten onrechte ervan uitgaat dat preventieve hechtenis alleen door schuld kan worden gerechtvaardigd. Ook hierin kan Leyds zich niet vinden aangezien hij aanneemt dat niet de schuld, maar de vermoedelijke schuld, de verdenking, de voorlopige hechtenis rechtvaardigt en dan is niet te verdedigen dat door vrijspraak enige dwaling van de rechter blijkt.[55]

Zoals gezegd ziet Noyon in 1886 in het geheel geen rechtsgrond voor schadevergoeding aan niet veroordeelden (hoogstens kan vergoeding gebaseerd worden op billijkheid), omdat een rechtsgrond in zijn opvatting onrechtmatigheid vereist wat hier naar zijn mening niet aan de orde is. Noyon ziet slechts een rechtsgrond bij dwaling de jure en niet bij dwaling de facto, omdat dan ook vele niet onschuldigen zullen profiteren en zelfs gebruik van de regeling zouden kunnen uitlokken.[56] Vanuit diezelfde optiek redeneert Domela Nieuwenhuis als hij stelt, tijdens

50 J. Domela Nieuwenhuis 1878, p. 341.
51 J. Domela Nieuwenhuis 1878, p. 350.
52 J. Van Gigh 1886. J. van Gigh 1886, p. 440-449, hier met name p. 440 en 441.
53 Handelingen NJV 1886, II, (beraadslagingen), p. 158.Van Hamel hanteert daar het voorbeeld van verdwalen i.p.v. dwalen als volgt: wanneer je in een vreemde stad de weg vraagt en verscheidene gidsen wijzen je de weg en je volgt die weg maar komt vervolgens toch niet terecht, dan heb je niet gedwaald, maar ben je wel verdwaald.
54 A.P.Th. Eyssell 1862, p. 545.
55 W.J. Leijds 1884, p. 53.
56 T.J. Noyon 1886, p. 428. Noyon is bij dit onderscheid wellicht geïnspireerd door de discussie hierover in Duitsland naar aanleiding van de preadviezen van de Duitse Juristendagen, met name in 1873. Preadviseur Ullman wil een onderscheid maken ten behoeve van schadevergoeding voor twee categorieën: 1) de gevallen waarin wordt bewezen dat het misdrijf is gepleegd, niet door de verdachte maar een derde en 2) als de strafwet de handeling niet als strafbaar erkent. Referent Meijer hanteert een enigszins (aan het onderscheid van Ullman) vergelijkbaar onderscheid tussen dwaling de facto (indien een misdrijf in het geheel niet is begaan = Widerlegung des objectiven Thatbestandes, of indien beklaagde het misdrijf niet heeft kunnen plegen = Widerlegung des subjectiven Thatbestandes) en dwaling de jure (tegen de handeling is door de strafwet geen straf bedreigd). Meijer meent dat bij dwaling de jure er geen reden is een vergoeding te weigeren, en bij dwaling

de NJV in 1886, dat alleen in geval van gerechtelijke dwaling sprake kan zijn van vergoeding en hij vraagt zich af of de preventieve hechtenis zowel bij geen bewijs als bij gebleken onschuld als zodanig valt te kwalificeren. Zonder gerechtelijke dwaling gaat hij in beginsel namelijk niet uit van de wenselijkheid van vergoeding. Hij stelt: '*Betalen enkelen of allen den prijs, is de vraag, die alles beslist. Betalen allen,*[57] *dan behoeft er van geen vergoeding sprake te zijn, dan is het werkelijk een prijs voor de van staatswege aan ieder verleende rechtszekerheid. Betalen slechts enkelen voor allen, hetzij door opoffering van eigendom of vrijheid, dan is vergoeding noodzakelijk. Maar nu beweer ik, dat zulks alleen betrekking heeft op een individu, dat onschuldig bevonden wordt. (...) Niet het feit dat iemand gezeten heeft, maar het feit dat iemand onschuldig gezeten heeft, levert grond op tot vergoeding. Dat laatste nu kan niet blijken uit een vrijspraak op zich zelf en zonder meer.*'[58]

Voor wat betreft de onderzoekende rechter is er dan weliswaar geen dwaling die hij had kunnen vermijden, maar toch is sprake van dwaling omdat hij meende een schuldige voor zich te hebben. Kortom, bij dwaling moet de staat de geleden schade vergoeden; indien sprake is van gebleken onschuld is sprake van dwaling.[59] Van Stipriaan stelt hieraan gerelateerd in 1891 dat de hoogte van de vergoedingen, zeker indien het OM daaraan moet bijdragen, het begaan van strafrechtelijke dwalingen zelfs zal verminderen.[60]

In 1907 bekritiseert Binnerts het zogenaamde limitatieve stelsel; dat voldoet volgens hem niet aan de eisen van het rechtsbewustzijn, maar berust daarbij op een onwaar geloof in de onfeilbaarheid van de rechter, '*…alsof deze ook zelfs bij het zoeken naar waarheid niet kan dwalen, tenzij tengevolge van buitengewone omstandigheden.*'[61] Binnerts meent dat recht en billijkheid eisen dat de staat verplicht is de schade te vergoeden voor vrijheidsbeneming aan hen wiens schuld ten onrechte is bewezen verklaard of niet bewezen kan worden. Rechterlijke dwaling is namelijk niet uit te sluiten (iemand blijkt later onschuldig te zijn) en ook is niet uit te sluiten dat van iemand die in voorlopige hechtenis is genomen, de schuld niet kan worden bewezen.[62]

Sommigen vrezen de (al dan niet wenselijke) invloed van schadevergoeding op de mate van toepassing van preventieve hechtenis.

Van Bemmelen stelt in 1864 dat hij voorstander van schadevergoeding is ook omdat hij verwacht dat daardoor de preventieve hechtenis minder zal worden toegepast wat hij beoogt vanwege zijn onvrede met het stelsel van de preventieve hechtenis.[63] Interessant is dat Mom Visch in 1870 (hij herziet overigens zijn mening in 1882) juist het omgekeerde verwacht, namelijk dat het gevolg van een schadevergoedingsregeling zal zijn een nog lichtvaardiger toepassen van preventieve hechtenis, wat hij overigens ongewenst acht.[64] Kist zit op de lijn van Van Bemmelen en meent tijdens de NJV in 1871 dat preventieve hechtenis een schadevergoedingsregeling vereist ook omdat dat het meest geëigende middel is om de toepassing van de preventieve hechtenis

---

de facto ook niet, mits er geen culpa bij beklaagde bestaat (Daarover Z.W. Straatman 1877, p. 108-111). Noyon ziet dat overigens wel iets beperkter.

57 In de zin van ieder voor zich, en dat dat hoort bij de bescherming van de algemene rechtszekerheid, zo begrijp ik.

58 J. Domela Nieuwenhuis, Handelingen NJV 1886, I, p. 204, 205.

59 J. Domela Nieuwenhuis, Handelingen NJV 1886, I, p. 208, 209.

60 J.M. van Stipriaan Luïscius 1891, p. 285-309, hier p. 290.

61 H. Binnerts 1907, p. 146.

62 H. Binnerts 1907, p. 136.

63 P. Van Bemmelen 1864, p. 213.

64 D.J. Mom Visch 1870, p. 34.

te beperken.[65] Straatman relativeert een en ander in 1877 en stelt dat voor wat betreft de gevolgen de ondervinding maar moet uitmaken wat er terecht komt van de vrees dat door schadevergoeding de toepassing van de voorlopige hechtenis zou veranderen (meer of minder toepassing).[66] In lijn met Van Bemmelen en Kist ziet ook Domela Nieuwenhuis in 1878 een beperkter toepassing van de preventieve hechtenis als gewenst gevolg van een schadevergoedingsregeling (in combinatie met nog wat andere maatregelen).[67] Mom Visch herziet zijn mening in 1882 en meent –in navolging van Zucker – dat schadevergoeding terecht een voldoening aan het rechtsgevoel van het volk is en hij verwacht een heilzame invloed op misbruik van de toepassing van preventieve hechtenis.[68] Noyon vreest in 1886 geen invloed van schadevergoedingsregeling op de mate van toepassing van de preventieve hechtenis.[69] Waar Rethaan Macaré tijdens de NJV in 1886 stelt dat de rechter bij zijn moeilijk oordeel over hechtenis zich niet mede moet laten leiden door een financieel argument, zodat hij eerder zou veroordelen waar anders flinke schadeclaims te verwachten zouden zijn, reageert Levy tijdens diezelfde NJV hierop door juist het omgekeerde te stellen: thans zal de rechter minder gauw de hechtenis bevelen gezien de te verwachten en (nog) niet compenseerbare schade voor de benadeelde.[70]

Net als eerder Noyon bestrijdt Binnerts in 1907 de idee van sommigen dat een schadevergoeding van invloed zou zijn op de mate van toepassen van de voorlopige hechtenis Binnerts bestrijdt dit want '*daarvoor staat gelukkig in ons land de rechterlijke macht te hoog. Indien werkelijk de weegschaal van Themis onzuiver zou kunnen worden in de gevallen, waarin het geldt het financieel belang van den Staat, dan zou ook de rechterlijke macht onbevoegd moeten worden verklaard om te beslissen in de tallooze burgerlijke processen, waarin de Staat partij is.*'[71]

Een andere groep auteurs zoekt de grondslag voor vergoeding onafhankelijk van onrechtmatigheid of dwaling, en ziet *billijkheid als grond.*

Gregory verkiest in 1871 tijdens NJV de billijkheid als grondslag, zoals ook het tweede wetsontwerp Godefroi-Olivier. Hij ziet echter ook nadelen, maar minder nadelen dan indien gekozen wordt voor een recht op schadevergoeding (dan zou de Staat namelijk worden verwikkeld in eindeloze processen).[72] Ook Kist benadrukt tijdens diezelfde NJV in 1871 dat billijkheid en fatsoen dat eisen.[73] Ook Straatman stelt in zijn dissertatie in 1877 dat de preventieve hechtenis een noodzakelijk kwaad is, en zolang er geen ander middel is kan dat niet worden afgeschaft en heeft de Staat het recht haar toe te passen. Maar '*moet men nu echter de gevolgen van dit toonbeeld der onvolmaaktheid onzer instellingen laten dragen door het individu?*'[74] Hij baseert zich

65 Handelingen NJV 1871, II (beraadslagingen), p. 250.
66 Z.W. Straatman 1877, p. 141-142.
67 J. Domela Nieuwenhuis 1878, p. 346.
68 D. J. Mom Visch 1882, p. 231-279, hier p. 273. Mom Visch sluit zich bij de theorie van Zucker (Oostenrijk) volledig aan (na eerst een geheel andere opvatting te zijn toegedaan, zie Mom Visch in 1870).
69 T.J. Noyon 1886, p. 425.
70 Handelingen NJV 1886, II (beraadslagingen), p. 189 respectievelijk p. 195.
71 H. Binnerts 1907, p. 139/140.
72 A.F.L. Gregory, Handelingen NJV 1871, I, p. 99. Het onderwerp waarover de twee (ook Eyssell) preadviseurs schreven luidde: Of en in hoeverre, door wijziging van de Nederlandsche wetsbepalingen omtrent het voorloopig onderzoek in strafzaken, de toepassing der preventieve hechtenis kan worden beperkt, zonder dat het doel van het gerechtelijk onderzoek worde in de waagschaal gesteld.
73 Handelingen NJV 1871, II (beraadslagingen), p. 249, 250.
74 Z.W. Straatman 1877, p. 136.

ter vergelijking op het feit dat toerekening plaatsvindt op grond van billijkheid en daarin vindt Straatman dus ook het antwoord voor wat betreft schadevergoeding voor niet veroordeelden: ook daar eist de billijkheid dat het noodzakelijk kwaad zoveel mogelijk wordt weggenomen.[75] Noyon benadrukt in 1886 net als Gregory in 1871 dat hij geen voorstander is van een rechtsgrond (want dan zou in zijn opvatting onrechtmatigheid vereist zijn). Billijkheid is beter, maar vanwege de grote kans op misbruik kan schadevergoeding op grond van billijkheid alleen worden toegestaan bij dwaling de jure = bij onschuldig veroordeelden, en niet bij dwaling de facto (= niet strafbaar), omdat dan ook vele niet onschuldigen zullen profiteren en zelfs regeling kunnen uitlokken. Dus Noyon is geen voorstander van schadevergoeding, ook niet op grond van billijkheid, van schadevergoeding voor preventief gehechten en laat algemeen belang prevaleren. Hij voegt daar wel aan toe dat voor enkele uitzonderlijk onbillijke gevallen men zou moeten vertrouwen op de rechtvaardigheid van de regering.[76]

Anders redeneert Coninck Liefsting tijdens de NJV in 1886: De grond voor vergoeding is dezelfde als bij onschuldig veroordeelden: '*de hardheid, dat een ingezetene in het lijden is gekomen juist door medewerking van de macht, die in de maatschappij de veiligheid en de vrijheid van allen verzekert, moet de drang tot vergoeding zijn.*'[77] Van Hamel ziet tijdens diezelfde NJV in 1886 niets in enkele naar voren gebrachte rechtsgronden. Hij voelt wel wat voor de gelijkmatige lastenverdediging (de prijs van enkelen gevorderd ten bate van allen moet door allen worden terugbetaald) zoals verdedigd door Mom Visch en Leyds. Dan is deze rechtsgrond verdedigbaar, maar men kan een en ander ook baseren op de billijkheid, zoals preadvieseur Coninck Liefsting betoogt. De billijkheid is naar de mening van Van Hamel een nog niet tot wasdom gekomen recht.[78]

Van Stipriaan 1891 begint zijn betoog dat de rechtvaardigheid niet alleen eist, dat geen onschuldige wordt gestraft, maar ook, dat geen onschuldige door de toepassing der strafwet wordt benadeeld. Hij accepteert dat men zich veel moet laten welgevallen in het algemene belang, maar men hoeft daarbij niet te lijden onder de vergissing van anderen. Hij vraagt zich af of men door onschuldig verdacht te worden moet verarmen? '*In zulk een geval is het billijker, dat de maatschappijen wier belang gehandeld werd, de schade lijdt, dan hij, omtrent men zich vergiste. Het gaat niet aan den zodanige met een 'ik heb mij vergist' te laten gaan.*'[79]

Caudri 1898 meent dat het volksoordeel echter niet zal wijzigen door het verlenen van schadevergoeding en ziet de functie ervan slechts als persoonlijke tegemoetkoming om ongelukkigen te helpen (ongeacht of het recht die hulp eist of de billijkheid erom vraagt) en dan mag de Staat best een onderscheid maken in de groep die hij niet schuldig heeft bevonden.[80]

Domela Nieuwenhuis beschrijft in 1914 het ontwerp schadevergoeding in ontwerp WvSv. De Staatscommissie gaat uit van rechtmatigheid van de voorlopige hechtenis die eenmaal rechtmatig is bevolen, omdat zij a priori (op moment van toepassen) dient te worden beoordeeld, niet a posteriori. Aangezien daarom volgens de Staatscommissie geen sprake is van onrechtmatigheid, is geen sprake van een absolute rechtsplicht tot toekenning van schadevergoeding. De Staatscommissie wil derhalve op billijkheidsgronden schadevergoeding toekennen, maar niet na een geleverd bewijs van onschuld. Zo ook diegenen die deze rechtsgrond steunen, omdat er geen onrechtmatige daad door de Staat is gepleegd, zoals Eyssell, Kist, Van Hamel en Coninck Liefsting tijdens de NJV van 1871 resp. de NJV van 1886, die schadevergoeding baseren op de billijkheid en het fatsoen.[81]

---

75 Z.W. Straatman 1877, p. 138.
76 T.J. Noyon 1886, p. 428.
77 F.B. Coninck Liefsting, Handelingen NJV 1886, I, p. 354.
78 Handelingen NJV 1886, II (beraadslagingen), p. 161.
79 J.M. Van Stipriaan 1891, p. 290.
80 W.D. Caudri 1898, p. 19.
81 J. Domela Nieuwenhuis 1914, p. 352-353.

Als bijkomend argument voor een billijkheidsgrondslag wordt wel aangevoerd de samenhang met toerekening.

Straatman stelt in 1877 de vergelijking met toerekening: toerekening vindt plaats op grond van billijkheid ter bestrijding van het noodzakelijk kwaad der voorlopige hechtenis. Daarin vindt Straatman dus ook het antwoord voor wat betreft schadevergoeding voor niet veroordeelden: ook daar eist de billijkheid dat het noodzakelijk kwaad zoveel mogelijk wordt weggenomen.[82] Slotemaker ziet in 1882 ook een samenhang tussen toerekening met schadevergoeding aan preventief gedetineerden, maar verbindt daar een geheel andere conclusie aan; hij blijkt namelijk tegenstander te zijn van een toerekeningsregeling in artikel 27 WvSr, mede omdat het logisch gevolg daarvan een schavergoedingsregeling aan niet veroordeelden is en een juiste uitvoering in de praktijk daarvan acht hij onuitvoerbaar.[83]

Ook Simons erkent in 1886/1887 de consequentie dat de regeling voor toerekening ook een regeling voor schadevergoeding impliceert, maar, anders dan Slotemaker, concludeert Simons dat men die consequentie zal moeten aanvaarden en in ruimere zin dan de NJV dat deed op initiatief van Coninck Liefsting in 1886.[84]

Onder invloed van buitenlandse auteurs wordt door velen benadrukt dat de grondslag van schadevergoeding zelfstandig van aard is en niet uitgaat van (achteraf te beoordelen) onrechtmatige toepassing van preventieve hechtenis of dwaling maar van gelijke lastenverdeling bij rechtmatig overheidsoptreden: de rechtsgrond voor schadevergoeding is dat alle offers en lasten, noodzakelijk voor het algemeen belang, worden gebracht en gedragen gelijkmatig door allen.

Domela Nieuwenhuis maakt in 1878 gebruik van enkele van de uitgangspunten van professor Zucker (samengevat: dwalingen in het belang van het geheel begaan, dienen door het geheel te worden vergoed)[85] hoewel hijzelf ook uitgaat van als dwaling als zelfstandige grondslag voor schadevergoeding. Hij stelt dat de staat wel degelijk preventief mag optreden, waarbij het risico ontstaat dat onschuldigen hun vrijheid verliezen. In dat geval meent hij dat de Staat en niet dat individu de daardoor ontstane schade moet dragen '*omdat het nadeel dat ter verzekering van aller vrijheid wordt toegebracht, door allen moet worden gedragen*'.[86] Hij vergelijkt dit uitgangspunt met een verzekeringscontract, daarin vermoedelijk geïnspireerd door professor Heinze. Allen kunnen makkelijker de last dragen dan één persoon zou kunnen. Daarbij meent hij dat niet één persoon moet boeten voor wat de staat, alleen op gronden van staatsbelang, heeft gedaan.[87]

Ook Mom Visch herziet in 1882 zijn eerdere mening onder invloed van de theorieën van Zucker: Hij meent nu dat (parallel aan onteigening) geldt dat in de omstandigheid dat de prijs slechts van enkelen voor allen gevorderd wordt, de rechtsgrond voor schadevergoeding ligt.[88] En ook Leyds meent in 1884 dat de rechtsgrond voor schadevergoeding is: (gebaseerd op een

82 Z.W. Straatman 1877, p. 138.
83 A. Slotemaker 1882, p. 79.
84 D. Simons 1886/1887, p. 368.
85 De standpunten van Zucker zijn uitvoerig beschreven door D. J. Mom Visch 1882, p. 231-279
86 J. Domela Nieuwenhuis 1878, p. 340.
87 Ibidem.
88 D.J. Mom Visch 1882, p. 268.

rechtsbeginsel van deze tijd) dat alle offers en lasten, noodzakelijk voor het algemeen belang, worden gebracht en gedragen gelijkmatig door allen, gebaseerd op anonymus (vermoedelijk Zucker).[89] Leyds wijdt ook een laatste paragraaf aan een vergelijking met de verzekeringsgedachte. Het voorwerp van verzekering is dan de algemene rechtszekerheid, terwijl de preventieve hechtenis en de tengevolge daarvan geleden schade worden vergeleken met de assurantiepremie.[90] Modderman daarentegen heeft in 1871 deze vergelijking gehanteerd om schadevergoeding te bestrijden: het risico dat iemand tijdelijk van zijn vrijheid wordt beroofd is de prijs die betaald moet worden voor het feit dat de Staat alle ingezetenen rechtszekerheid waarborgt.[91] Leyds meent dat niet het onderwerpen aan dat risico, maar het werkelijk ondergaan van de preventieve hechtenis gelijk gesteld moet worden met de assurantiepremie. Dan blijkt hoe onrechtvaardig het is de premie door een enkeling te laten betalen. Daarom ondersteunt Leyds de mening van Mom Visch in 1882 (die zijn mening baseerde op Zucker) waar Mom Visch stelde dat juist in de omstandigheid dat de prijs slechts van enkelen voor allen gevorderd wordt, de rechtsgrond voor schadevergoeding ligt.[92]

Ook Marcus lijkt zich in 1885 aan te sluiten bij genoemde rechtsgrond voor schadevergoeding.[93] Van Hamel geeft aan tijdens de NJV in 1886 ook te voelen voor de 'gelijkmatige lastenverdediging' (de prijs van enkelen gevorderd ten bate van allen moet door allen worden terugbetaald) zoals verdedigd door Mom Visch en Leyds, ook omdat hij niets voelt voor enkele naar voren gebrachte andere rechtsgronden, zoals dat de preventieve hechtenis onrechtmatig is door de latere uitspraak (onder andere verdedigd door Domela Nieuwenhuis in eerdere geschriften). Men moet namelijk de toepassing van de hechtenis niet a posteriori beoordelen. Ook van dwaling is geen sprake (verdedigd door Domela Nieuwenhuis in preadvies). Van Hamel is echter ook niet ongevoelig voor de billijkheid als grondslag (zie hiervoor).[94]

D. Simons spreekt zich tijdens de NJV in 1886 ook uit als voorstander voor schadevergoeding op dezelfde gelijke verdelingsrechtsgrond, maar wel voor iedereen die preventieve hechtenis heeft ondergaan.[95] Ook Asscher meent in 1897 meent dat als men het erover een is dat preventieve hechtenis een wapen in handen van de Staat is, men ook moet toegeven dat de door dit wapen veroorzaakte wonden zoveel mogelijk geheeld moeten worden en dat '*de Staat derhalve aan allen die in zijn belang het offer hunner vrijheid moesten brengen, voor het ondergane leed vergoeding moet geven.*'[96]

In 1907 stelt Binnerts dat de rechtszekerheid eist dat de staat de bevoegdheid heeft om in de persoonlijke vrijheid van burgers in te grijpen, maar het is ook een rechtsbeginsel van deze tijd, aldus Binnerts, '*…dat alle offers en lasten, die noodzakelijk zijn voor het algemeen belang, door allen tezamen worden gedragen; worden deze offers en lasten slechts van enkelen voor allen worden gevorderd, dan moeten deze enkelen door den Staat, samenvattende de belangen van allen, zoveel mogelijk*

89 W.J. Leijds 1884, p. 62 Leyds zoekt het via een ander rechtsbeginsel, namelijk '*dat alle offers en lasten, noodzakelijk voor het algemeen belang, worden gebracht en gedragen gelijkmatig door allen*' en dat beschouwt hij dan ook als de rechtsgrond voor schadevergoeding. Hij baseert zich hiervoor onder andere op een anonieme auteur die het aldus formuleerde: '*Das moderne Staatsrecht verlangt, dass die Staatsangehörigen nur generell zu den Staatslasten beigezogen werden (...) dass dagegen Einzelleistungen nur gegen Entschädigung verlangt werden können.*' Leyds p. 62 onder verwijzing naar Gerichtssaal XXXIV, 1883, p. 567. Vermoedelijk is dit Zucker.

90 W.J. Leijds 1884, p. 86.

91 Handelingen NJV, II, p. 212.

92 W.J. Leijds 1884, p. 86.

93 H. G. C. Marcus 1885, p. 20 en p. 29.

94 Handelingen NJV 1886, II (beraadslagingen), p. 161.

95 D. Simons, Handelingen NJV 1886, II (beraadslagingen), p. 169. Dat was overigens ook hoe Zucker het zag.

96 B.E. Asscher 1897, p. 578.

worden schadeloosgesteld. Dat is (…) dan ook de rechtsgrond waarop rust de verplichting van den Staat tot schadeloosstelling van onschuldig veroordeelden en van preventief gedetineerde beklaagden, wiens schuld niet wordt bewezen.'[97]

Als bijkomend argument voor een grondslag gelijke lastenverdeling wordt de parallel met onteigening genoemd.

Mom Visch meent – in navolging van Zucker – dat parallel aan onteigening geldt dat in de omstandigheid dat de prijs slechts van enkelen voor allen gevorderd wordt, de rechtsgrond voor schadevergoeding ligt.[98] Ook Leyds verdedigt in 1884 de overeenkomst met onteigening, want beiden zijn '*handelingen, niet van den wetgever maar van het Staatsgezag of zijn organen*.' Bij geen van beide vindt een omwenteling plaats in het objectieve recht. Het objectieve recht blijft bestaan [namelijk het recht op eigendom respectievelijk het recht op vrijheid, MD]; slechts het subjectieve recht wordt getroffen.[99] Nog iets scherper dan Leyds meent Mom Visch in 1885 dat sprake is van analogie met onteigening.[100] Marcus sluit zich in 1885 aan bij Leyds voor wat betreft een rechtsgrond voor schadevergoeding, analoog als bij onteigening (indien de prijs voor rechtszekerheid door een enkeling wordt betaald, dient de Staat de schade te vergoeden).[101]

Noyon daarentegen bestrijdt in 1886 de parallel met onteigening; onteigening is van een andere (lagere) orde dan vrijheidsbeneming, onteigening heeft ook definitieve voortdurende gevolgen, terwijl preventieve vrijheidsberoving tijdelijk van aard is. Onteigening brengt aan de onteigenaar materieel voordeel, zodat vergoeding van nadeel bij de onteigende logisch is; dit laatste aspect speelt geheel niet bij vrijheidsbeneming, aldus Noyon.[102] Caudri benut de ideeën van Noyon. Hij is het in 1898 wel eens met Leyds en Mom Visch waar zij zich baseren op de gedachte dat offers gelijkmatig door allen gedragen moeten worden en daar een rechtsgrond voor schadevergoeding in zien; in ieder geval is Caudri het daar mee eens voor wat betreft onteigening, maar de analogie die Mom Visch ziet tussen onteigening en preventieve hechtenis volgt hij niet. Zo treft preventieve hechtenis de persoon in meerdere opzichten (onteigening treft slechts vermogensrechtelijk) zodat een geldelijke voldoening dan altijd gebrekkig blijft. Waar preventieve hechtenis tijdelijke verandering brengt in de vrijheid van een persoon, brengt onteigening een langdurige wijziging in de vermogenstoestand aan. Ten slotte heeft een onteigende geen enkele aanleiding gegeven tot onteigening, terwijl een verdachte wel een aandeel kan hebben bij de beslissing over preventieve hechtenis (er is schuld of de rechter/officier van justitie/rechter-commissaris laat zich bijv. leiden door verleden van verdachte). Leyds spreekt weliswaar niet van analogie, maar wil de bij onteigening de beproefde rechtsgrond toch aanwenden bij schade voor preventieve hechtenis; Caudri niet.[103]

Scholten ziet in 1899 geen volkomen analogie met onteigening, omdat bij onteigening de schadevergoeding (art 151 Gw) berust op de ongegronde bevoordeling, die zonder haar zou plaatsvinden, wat bij schadevergoeding voor preventieve hechtenis geen factor is. Wel ziet hij een analogie met publiekrechtelijke schadevergoeding wegens vernietiging van eigendom (art 152 Gw), omdat daar van bevoordeling van de een boven de ander geen sprake is. Het is de

97 H. Binnerts 1907, p. 137.
98 D.J. Mom Visch 1882, p. 268.
99 W.J. Leijds 1884, p. 70.
100 D.J. Mom Visch, Themis 1885 (recensie dissertatie Leyds 1884), p. 192-193.
101 H.G.C. Marcus 1885, p. 20.
102 T.J. Noyon 1886, p. 422.
103 W.D. Caudri 1898, p. 12-14.

vraag of die schadevergoeding voor vernietiging berust op een rechtsgrond of een billijkheidsgrond; gezien de wijze van formuleren concludeert Scholten, in tegenstelling tot anderen, dat de wetgever deze vergoeding als regel zag, tenzij uitdrukkelijk uitgesloten.[104]

Binnerts stelt in 1907 dat het gaat om de vraag of de Staat, als hij ten bate van het algemeen belang ingrijpt in de rechtssfeer van de burger, verplicht is die burger schadeloos te stellen voor het hierdoor ontstane nadeel. Dit is namelijk het principe bij onteigening en dat zou ook het principe kunnen zijn voor schadevergoeding bij vrijheidsbeneming in geval iemands schuld ten onrechte is bewezen verklaard of niet bewezen kan worden.[105]

Enkelen gaan nog in op verwante ideeën, zoals dat iedere risicoverhoging boven het normale, hetzij in het algemeen, hetzij voor een speciale groep personen, grond voor vergoeding is.

Deze door Unger geïnspireerde opvatting (Anormale Hilfe-Anormale Haftung) laat zich ook gelden bij schadevergoeding aan preventief gehechten, waar het de Staat betreft die in zoverre gebruik maakt van een abnormale macht tegenover het individu. Met Scholten (1899: '*Gerust kan beweerd worden, dat het een eisch des tijds is, dat zij die in preventieve hechtenis genomen zijn, welke niet door een veroordeeling is gevolgd, schadeloosstelling voor het ondervonden nadeel behooren te ontvangen*')[106] concludeert Bruins in 1906, die zich evenals Scholten de algemene vraag stelt wat de grondslag van schadevergoeding is, indien geen sprake is van schuld, dat de grondslag voor vergoeding ligt in iedere risicoverhoging boven het normale, hetzij in algemeen, hetzij voor een speciale groep personen.[107] Deze door Unger geïnspireerde opvatting (Anormale Hilfe-Anormale Haftung) laat zich volgens Bruins ook gelden bij schadevergoeding aan preventief gehechten, waar het de Staat betreft die in zoverre gebruik maakt van een abnormale macht tegenover het individu.

Met Scholten concludeert Bruins dat een dergelijke schadevergoedingsplicht 'een eisch des tijds' is, waarbij wel moet worden nagegaan wat voor invloed een dergelijke plicht tot vergoeding op de Staat zou kunnen hebben. Ten slotte is het preadvies van de tweede preadviseur I. Henri Hijmans ten behoeve van de NJV 1913 hier nog noemenswaardig (zijn preadvies lijkt overigens niet gericht op overheidsaansprakelijkheid) omdat hij ingaat op de algemene theorie van Scholten (1899) en Bruins (1906) voor wat betreft grondslag(en) van aansprakelijkheid buiten schuld. Waar Bruins concludeerde dat de grondslag voor vergoeding ligt in iedere risicoverhoging boven het normale, gaat Henri Hijmans ervan uit dat deze optiek gelijk of verwant is aan het uitgangspunt van aansprakelijkheid op grond van gevaarzetting, hoewel hij noch de definitie van Scholten als Bruins steunt.[108] Deze grondslag wordt door de vergadering overigens niet geaccepteerd als zelfstandige grondslag voor wettelijke aansprakelijkheid.[109]

104 P. Scholten 1899, p. 123.
105 H. Binnerts 1907, p. 136.
106 P. Scholten 1899, p. 121 ook onder verwijzing naar de uitkomst van de stemming op de NJV 1886 hierover, waarmee de eerdere opvatting uit 1871 leek herroepen.
107 G.W.J. Bruins 1906, p. 176.
108 I. Henri Hijmans, preadvies NJV 1913, I, p. 229 e.v.
109 Handelingen NJV 1913, II, p. 79

4.3.3.3 Een rechtsgrond (in de zin van een aanspraak op vergoeding) of een billijkheidsgrond?

De meningen blijven verschillen: sommigen zien een rechtsgrond in de zin van een aanspraak op vergoeding, terwijl anderen slechts schadevergoeding op billijkheidsgronden ondersteunen.

De Pinto vindt in 1862 dat het beginsel dat de schade vergoed moet worden, verbindend moet zijn,[110] en voegt in 1864 toe dat het recht op vergoeding gefundeerd is op een zedelijke verplichting, die de maatschappij te vervullen heef (ook in haar eigen openbaar belang) en die de wet moet sanctioneren.[111] Gregory daarentegen verkiest tijdens de NJV 1871 de billijkheid, zoals het tweede ontwerp Godefroi-Olivier. Hij ziet echter ook nadelen, maar minder nadelen dan indien gekozen zou worden voor een recht op schadevergoeding (namelijk dan zou de Staat worden verwikkeld in eindeloze processen).[112] Eyssell gaat tijdens NJV in 1871 uit van een recht, omdat de staat niet kan volstaan (jegens onschuldig vervolgde) met een beleefde verontschuldiging van zich vergist te hebben.[113] Onduidelijk is wat Straatman precies bedoelt als hij in 1877 stelt dat de billijkheid eist dat het noodzakelijk kwaad (de ondergane voorlopige hechtenis) zoveel mogelijk wordt weggenomen[114] Ook Domela Nieuwenhuis (1878) is voorstander van een recht op schadevergoeding.[115] Hij is van mening dat een dergelijk 'recht' op schadevergoeding eveneens erkend wordt door Dr. Jaques,[116] prof. Wahlberg uit Wenen,[117] prof. Niszen uit Straatsburg,,[118] prof. Zucker uit Praag,[119] prof. Heinze uit Heidelberg,[120] door Prins en Pergameni uit België.[121] Al deze geleerden lijken het spoor te zijn gevolgd van Brissot de Warville, in zijn bekroonde antwoord op een prijsvraag.[122]

Ook Leyds verdedigt in 1884 een rechtsgrond, want schadevergoeding wordt op een algemeen thans geldend rechtsbeginsel gevorderd, namelijk dat alle offers en lasten, noodzakelijk voor het algemeen belang, worden gebracht en gedragen gelijkmatig door allen. Leyds meent dus dat schadevergoeding berust op een rechtsgrond (regel) en niet op de billijkheid (afwijking van regel). Hij ontkracht tevens de argumenten van tegenstanders van een rechtsplicht tot schadevergoeding, die zich naar zijn mening ten onrechte baseren op de regel 'qui jure suo utitur, neminem laedit' (degene die conform de wet wordt behandeld, heeft geen recht tot klagen), of op het uitgangspunt 'casum sentit dominus' (vrij vertaald met de eigenaar draagt het toeval in de zin van schade) (zie argumenten Leyds hiervoor). Ook bestrijdt Leyds de theorie

110 A. de Pinto 1862 (b).
111 A. de Pinto 1864, met name p. 325-326.
112 Handelingen NJV 1871, I, p. 99.
113 Handelingen NJV 1871, II, p. 172.
114 Z.W. Straatman 1877, p. 138.
115 J. Domela Nieuwenhuis 1878, p. 333.
116 J. Domela Nieuwenhuis 1878, p. 333, onder verwijzing naar de rede van Dr. Jaques in de 'Verhandlungen des Zwölften deutschen Juristentages' Band I. 1874, p. 123-124.
117 Hierover uitgebreider onder andere Z.W. Straatman 1877, p. 109.
118 Hierover uitgebreider onder andere Z.W. Straatman 1877, p. 120.
119 Hierover uitgebreid D. J. Mom Visch 1882, p. 266-275.
120 Hierover uitgebreider J. Domela Nieuwenhuis 1878, p. 327 en 330 noot 1, waar hij verwijst naar Prof Heinze van Heidelberg (Das Recht der Untersuchungshaft, 1865,).
121 Hierover uitgebreid A. de Pinto 1870, p. 685-686 en Z.W. Straatman 1877, p. 99.
122 Hierover J. Domela Nieuwenhuis 1878, p. 335, onder verwijzing naar Brissot de Warville, Le sang innocent vengé ou discours sur les réparations dues aux accusés innocents. Couronné par l'Académie des Sciences et Belles Lettres de Chalons sur Marne le 25 Aout 1781.

dat zonder schuld geen verplichting tot vergoeding zou kunnen ontstaan, onder andere omdat de staat het recht tot aanhouding niet ontleent aan privaatrecht (waar schuld een dergelijke rol speelt), maar aan publiek recht.[123] Mom Visch valt hem bij in 1885 waar hij uitlegt dat van een goede regeling alleen sprake is indien sprake is van een recht op schadevergoeding.[124]

Noyon daarentegen is in 1886 geheel geen voorstander van schadevergoeding voor preventief gehechten, ook niet op grond van billijkheid. Voor enkele uitzonderlijk onbillijke gevallen zou men moeten vertrouwen op de rechtvaardigheid van de regering [hij neigt dus wel naar mogelijkheden op grond van billijkheid, MD].[125]

Van Hamel voelt tijdens NJV in 1886 wel wat voor de 'gelijkmatige lastenverdediging', maar neigt ook naar de billijkheid, zoals preadviseur Coninck Liefsting betoogt. De billijkheid is naar de mening van Van Hamel een nog niet tot wasdom gekomen recht.[126] Van Stipriaan 1891 lijkt zich echter wel te baseren op billijkheid.[127]

Caudri lijkt in 1898 eerst voor een plicht tot vergoeding. Vervolgens meent hij echter dat het volksoordeel niet zal wijzigen door het verlenen van schadevergoeding en ziet de functie ervan slechts als persoonlijke tegemoetkoming om ongelukkigen te helpen (ongeacht of het recht die hulp eist of de billijkheid erom vraagt).[128]

Scholten vergelijkt in 1899 de grondslag voor schadevergoeding met die van onteigening en vernietiging (rechtsgrond). Hij ziet een analogie met publiekrechtelijke schadevergoeding wegens vernietiging van eigendom (art 152 Gw). Het is de vraag of die schadevergoeding voor vernietiging berust op een rechtsgrond of een billijkheidsgrond. Gezien de wijze van formuleren concludeert Scholten, in tegenstelling tot anderen, dat de wetgever deze vergoeding als regel zag, tenzij uitdrukkelijk uitgesloten.[129]

Simons stelt in 1904: '*Onverschillig of men den schadevergoedingsplicht op een rechtsgrond bouwt of uit billijkheidsmotieven afleidt, de vergoeding behoort zoodanig te wezen, dat zij den door de hechtenis getroffene zooveel mogelijk terugbrengt in den toestand, voordat die maatregel op hem werd toegepast.*'[130] Bruins (1906) concludeert, met Scholten, dat een schadevergoedingsplicht '*een eisch des tijds*' is.[131]

4.3.4 Toelichting op conclusies literatuur over voorwaarden te stellen aan schadevergoeding

4.3.4.1 Veel debat over onschuld als voorwaarde ('juridisch niet bewezen schuld is voldoende' versus 'gebleken onschuld is vereist')

Zoals hiervoor bleek zijn de opvattingen over de grondslag van een eventuele schadevergoeding verschillend van aard; sommigen gaan uit van een grondslag die gerelateerd is aan een vaststelling ter zake van onrechtmatige of ongerechtvaardigde toepassing van de voorlopige hechtenis of dwaling, anderen ver-

123 W.J. Leijds 1884, p. 62, 67, 75.
124 D.J. Mom Visch 1885, p. 503, 504.
125 T.J. Noyon 1886, p. 428,430.
126 Handelingen NJV 1886, II (beraadslagingen), p. 161.
127 J.M. Van Stipriaan 1891, p. 290.
128 W.D. Caudri 1898, p. 16, 19.
129 P. Scholten 1899, p. 123.
130 D. Simons 1904, p. 493
131 P. Scholten 1899, p. 121.

onderstellen dat onafhankelijk daarvan sprake is van een 'zelfstandige' grondslag, zoals gelijke lastenverdeling of billijkheid.

Hieronder ga ik in op de voorwaarden waaronder men schadevergoeding wenselijk acht; sommigen menen dat in het geheel geen sprake kan zijn van voorwaarden, anderen stellen vele voorwaarden. Veelal vloeien de voorwaarden voort uit de opvatting over de grondslag (bijv. grondslag schadevergoeding is gebaseerd op dwaling en van dwaling is sprake in slechts die gevallen…). Als kern van de discussie komt naar voren de vraag of schadevergoeding moet worden gegeven aan allen die preventief gehecht zijn geweest (en niet veroordeeld) of alleen aan de onschuldigen. Interessant is dat er twee richtingen zijn ter zake van de invulling van wat men dan onder onschuld verstaat: juridisch niet bewezen schuld (dus aansluitend bij de uitkomst van het voorliggend strafproces) of morele onschuld. Daarbij geven de meeste auteurs nauwkeurig aan bij welke uitkomst van het strafgeding (vrijspraak, sepot…) daarvan sprake is. Vrijspraak is daarbij de categorie die tot de meeste discussie leidt. De volgende hoofdlijnen tekenen zich af:

Veel auteurs vereisen geen voorwaarden voor schadevergoeding of onschuld in de zin van 'geen bewezen schuld' volgens de wet (dus in beginsel bij elke definitieve zaaksafloop zonder veroordeling). Ook wel 'Absolutisten' genoemd.[132]

De Pinto stelt in 1852 dat het noodzakelijk kwaad van de preventieve hechtenis onschadelijk gemaakt moet worden voor ieder die voor de wet niet schuldig is bevonden.[133] Dat geldt ook de vrijgesprokenen, waarbij De Pinto in 1864 expliciet maakt dat er geen onderscheid mag zijn tussen hen die als onschuldige worden vrijgesprokene en hen die bij gebrek aan bewijs worden vrijgesproken: hij die is vrijgesproken, is niet schuldig.[134] Ook Van Bemmelen lijkt in 1864 op die lijn te zitten want hij ziet schadevergoeding voor vrijgesprokene, de van rechtsvervolging ontslagene of de aangehoudene.[135] Ook Van den Wall Bake bedoelt in 1869 met 'onschuldige'

132 Enkele buitenlandse auteurs inspireerden de Nederlandse wetenschap. Om die reden een samenvatting: De Belgen Prins & Pergameny menen in 1870 dat in alle gevallen waarin de beschuldigde van verdere vervolging wordt ontslagen, hetzij tijdens instructie hetzij bij eindvonnis, hij voor onschuldig moet worden gehouden. Ook de Oostenrijker Zucker vindt in 1873-1879 dat er geen beperking dient te zijn tot diegenen waarvan het bewijs van onschuld geleverd is (en gaat dan in op consequenties voor vrijgesprokenen).Daarbij mag naar zijn mening niet vergeten worden dat de vrijgesprokene slechts zelden het positief bewijs van zijn onschuld zal kunnen leveren en dat een rechtsmiddel om van zijn onschuld te doen blijken, niet openstaat. Dat laatste is ook een argument voor de Fransman Desalles in 1863: want mathematische bewijs van onschuld is niet te leveren (maar hij maakt overigens wel onderscheid tussen vrijspraken). De conclusie van de Duitse juristendagen in 1878 luidt dat schadevergoeding bij vrijspraak of terugtrekking aanklacht wenselijk is, tenzij sprake is van eigen processuele schuld aan preventieve hechtenis of verlenging daarvan (a la Wahlberg/Niszen). Zie over deze buitenlandse auteurs onder andere A. de Pinto 1864, Z.W. Straatman 1877, J. Domela Nieuwenhuis 1878, D.J. Mom Visch 1882.

133 A. de Pinto 1852.

134 A. De Pinto 1864, p. 326.

135 P. Van Bemmelen 1864, p. 212.

in het kader van schadevergoeding niet diegene wiens onschuld is gebleken, want dan is een schadevergoedingsregeling van weinig nut.[136] De Redactie van Weekblad van het Recht steunt deze opvatting in 1869: '*Onschuldig is ieder die is vrijgesprokene of van rechtsvervolging ontslagen en die derhalve bij vonnis verklaard wordt niet schuldig of niet misdadig te zijn*.'[137]

Mom Visch stelt in 1870 (hoewel hij dan geen voorstander van schadevergoeding is wegens het ontbreken van een grondslag, maar hij herziet deze mening in 1882) dat in geval men wel een schadevergoedingsregeling wil, deze mogelijkheid dan ook voor iedere vrijgelatene open moet staan, zonder onderscheid. Er mag namelijk geen onderscheid ontstaan als gevolg van wel of geen toekenning van schadevergoeding, aangezien de laatste dan gebrandmerkt zou blijven als schuldig.[138] Ook Kist is nogal stellig tijdens de NJV in 1871 en verdedigt dat een vergoeding zonder beoordeling van de reden tot vrijspraak of ontslag van rechtsvervolging dient te worden toegekend. Ook al kan een vrijgesprokene schuldig zijn, Kist is van mening dat de Staat niet met twee maten moet meten en daarom mag de Staat '*op hem, in wien geen schuld wordt bevonden, geen smet doen kleven, noch hem eene tuchtiging opleggen*'.[139]

Straatman vindt in 1877 dat de kwestie schuld/onschuld geen rol speelt en pleit duidelijk voor een recht op schadevergoeding bij vrijspraak omdat allen, veroordeelden en vrijgesprokenen nadeel hebben geleden en beide schadeloos moeten worden gesteld. Veroordeelden door aftrek en vrijgesprokenen door schadevergoeding. Hij meent ook dat bij ontslag van rechtsvervolging eigenlijk sprake is van een soort vrijspraak in het geval het feit wel bewezen is maar niet kwalificeerbaar is (wet heeft geen straf bedreigd). Gezien het uitgangspunt 'Nullum delictum sine praevia lege poenali' komt de vraag van schuld/onschuld niet ter sprake, want hoe laakbaar een gedraging ook is, als de wet het niet met straf bedreigt, bestaat geen (on)schuld, aldus Straatman, en dan is het schadevergoedingsbeginsel zonder twijfel van toepassing, ook voor hen die alleen vergoeding wensen in geval van onschuld. Bij sepot geldt volgens hem hetzelfde als bij vrijspraak.[140]

Hoewel Domela Nieuwenhuis in 1878 in beginsel meent dat de onschuld niet vereist kan worden, aangezien het onmogelijk is een dergelijk bewijs te leveren, de buitenvervolging impliceert dat iemand voor de wet onschuldig is, en een onderscheid tussen de door de rechter onschuldig verklaarden en de niet schuldig verklaarden een onwenselijke blaam kan werpen op de laatste groep, heeft hij begrip voor diegenen die hier moeite mee hebben; in dat geval zou geopteerd kunnen worden om schadevergoeding slechts open te stellen voor de werkelijk onschuldig geblekenen, en daarvoor zou dan een revisieproces benut kunnen worden en tevens zou de rechter de bevoegdheid dienen te krijgen een verklaring van onschuld af te geven (hij neigt daarmee al naar een andere opvatting, waarbij gebleken onschuld wordt vereist, zie hierna). Later in zijn betoog lijkt hij daarmee (ook) te bedoelen dat de rechter de bevoegdheid moet krijgen aan te geven of iemand zelf de oorzaak was van de hechtenis of de verlenging ervan (anderen noemden dit processuele schuld), bijv. in geval van leugenachtige verklaringen en vlucht. Schadevergoeding moet in ieder geval worden toegekend indien sprake is van een vergissing in persoon, nalatigheid of wederrechtelijk handelen van de ambtenaren. Bij ontslag van rechtsvervolging komt de vraag naar schuld of onschuld niet eens aan bod, want zolang de wet een feit niet met straf bedreigt, bestaat er geen schuld of onschuld; een dergelijk ontslag van rechtsvervolging geeft aan dat er nooit reden was de preventieve hechtenis toe te passen. Domela Nieuwenhuis klinkt overtuigend als hij meent dat diegenen die het beginsel van schadevergoeding alleen willen toestaan in geval van onschuld, het ook moeten aannemen in

136 WvhR 1869, nr. 3160, p. 5, 6.
137 WvhR 1864, nr. 2580, p. 4 (Berigten).
138 D.J. Mom Visch 1870, p. 35.
139 Handelingen NJV, 1871, II, p. 249-251.
140 Z.W. Straatman 1877, p. 147-153.

genoemd geval van ontslag van rechtsvervolging en hij zit daarmee op dezelfde lijn als Straatman.[141]

Mom Visch vindt in 1882 dat er geen beperking dient te zijn tot diegenen waarvan het bewijs van onschuld geleverd is, aangezien de vrijgesprokenen dan in twee categorieën gesplitst zouden worden. Daarbij mag niet vergeten worden dat de vrijgesprokene slechts zelden het positief bewijs van zijn onschuld zal kunnen leveren en dat een rechtsmiddel om van zijn onschuld te doen blijken, niet openstaat (conform opvattingen Zucker).[142]

Ook Leyds meent in 1884 dat er geen onderscheid in soorten vrijspraak dient te zijn op vermoeden van (on)schuld, maar dat voor allen die zijn vrijgesproken en die dus 'rechtens' geen schuld hebben, en ongeacht processuele eigen schuld, schadevergoeding mogelijk moet zijn. Leyds noemt meer dan 25 auteurs en uit dit overzicht blijkt dat het merendeel der schrijvers in de tweede helft van de 19e eeuw voorstander is van schadevergoeding aan preventief gehechten, waarbij velen wel de voorwaarde aanleggen dat sprake moet zijn van (gebleken) onschuld. Leyds vindt echter dat indien er onvoldoende gronden voor veroordeling worden gevonden, de vrijgesprokene dan rechtens niet schuldig is. Door de vrijspraak in twee categorieën te splitsen doet men iets wat het strafrecht niet toelaat. In zekere zin veroorzaakt men dan 1) officieel gerehabiliteerden en 2) officieel onteerden (vergelijkbaar met absolutio ab instantia). Leyds lijkt zich hierbij volledig te baseren op Mom Visch (in 1882 in zijn recensie van een publicatie van Zucker, zie hiervoor). Een dergelijk onderscheid leidt ertoe dat via een omweg (de schadevergoeding) een soort (lage) straf (namelijk het niet vergoeden van schade) wordt opgelegd bij diegene van wiens onschuld der rechter niet is overtuigd. Dit doet denken aan een stelsel zoals ooit in de vorige eeuw voorgestaan door Carpzovius, die lichtere straffen wilde toestaan bij onvoldoende bewijs. Cynisch vervolgt Leyds zijn betoog dat voor de eerste rechterlijke uitspraak in de strafzaak zelf de wetgever de intieme overtuiging van de rechter niet genoeg vertrouwt en daarom bewijsregels voorschrijft, waaraan de rechter zich moet houden bij zijn uitspraak over schuld of onschuld, maar bij de daarop volgende schadevergoedingsbeslissing zou men die terzijde mogen stellen. Het komt Leyds bedenkelijk voor de uitspraak over schuld naar andere bewijsregels te doen plaatsvinden dan die over schadevergoeding.[143]

Domela Nieuwenhuis reageert op Leyds in 1885 en blijkt er inmiddels van uit te gaan dat het rechtsgevoel vordert dat alleen van schadevergoeding sprake kan zijn bij onschuldigen; hij ziet alleen een grondslag voor vergoeding indien de Staat onrecht heeft gedaan, en dat is dan het geval bij ontslag van rechtsvervolging, omdat een feit niet strafbaar is gesteld. De rechtsgrond voor vergoeding ligt niet in het arresteren van zo'n juridisch onschuldige, maar in het arresteren van iemand die geen strafbaar feit beging en dus geen opsluiting verdiende. Evenzo indien geen misdrijf is begaan of in geval de beklaagde niet de dader was [hij gaat dus uit van werkelijke 'onschuld', MD, zie hierna].[144]

Ook in 1885 meent Marcus dat de onschuldige voor de wet (als is deze moreel nog zo slecht) deze vergoeding dient te krijgen (dus zowel in geval van vrijspraak als in geval van ontslag van rechtsvervolging).[145] Levy geeft daarbij tijdens diezelfde NJV in 1886 nog als voorbeeld de vrijspraak van iemand die een kwaliteit ontbeert bij een ten laste gelegd kwaliteitsdelict; hij is onschuldig aan het tenlastgelegde. Levy benadrukt dat schuld alleen betrekking heeft op wat in rechte strafbaar is en met het overige heeft de rechter niets te maken en dus moet men geen voedsel geven aan de gedachte dat er restschuld kan bestaan ook waar de rechter niet veroordeelt.[146] D. Simons beargumenteert tijdens de NJV in 1886 schadevergoeding voor

141 J. Domela Nieuwenhuis 1878, p. 341, 342.
142 D.J. Mom Visch 1882, p. 269, 270.
143 W.J. Leijds 1884, p. 77-85.
144 J. Domela Nieuwenhuis 1885, p. 361, 362.
145 H.G.C. Marcus 1885, p. 22.
146 Handelingen NJV 1886 II, p. 195.

ieder die preventieve hechtenis heeft ondergaan, zonder onderscheid schuldig/onschuldig. Het probleem zou verder geholpen zijn als de wettelijke bewijsleer zou worden afgeschaft, zoals ook Van Gigch stelde.[147] Ook Pols gaat tijdens die NJV nog in 1886 in op de afschaffing van de wettelijke bewijsleer; bij aanname van de vrije bewijsleer zullen alleen nog onschuldigen worden vrijgesproken en dus zou het bezwaar zijn weggenomen dat onder het huidige bewijsstelsel ook schuldigen kunnen worden vrijgesproken. Dat is namelijk de reden dat sommigen alleen schadevergoeding wensen indien de onschuld is gebleken. Dan zou zijn voorkeur uitgaan naar schadevergoeding in bij de wet bepaalde gevallen (stelsel Coninck Liefsting), maar dat heeft weer ten nadeel dat veel gevallen niet te catalogiseren zijn en de billijkheid toch schadevergoeding zou vorderen. Pols opteert voor de regel dat hij, wiens schuld niet is bewezen, onschuldig is en dat zijn materiële schade, door de preventieve hechtenis geleden, door de Staat moet worden vergoed. De subjectieve mening over schuld of onschuld van de beklaagde doet er ook niet toe; de enige vraag is of hij tegenover het recht als schuldig of niet schuldig moet worden beschouwd. Het zal ook wel meevallen met de aantasting van het geloof in de zuiverheid van het recht als men de man die ten onrechte preventieve hechtenis heeft ondergaan en na zijn vrijlating berooid is, een geldelijke vergoeding geeft, niet voor de morele, maar voor de materiële schade die hij geleden heeft.[148]

Royaards gaat tijdens de NJV in 1897 ook in op de problematiek vanuit iets andere optiek en benadrukt de rol van de verdenking ten opzichte van de schuld. Voor wat betreft schadevergoeding merkt hij slechts op dat, welke vergoeding men ook toekent, deze nooit het karakter van rehabilitatie mag hebben, '*want alle rehabilitatie die verleend kan worden is gelegen in de uitspraak, dat de verdenking (die misschien ten einde toe onverzwakt is blijven voortbestaan) niet heeft geleid tot schuldigverklaring. Dat karakter der uitspraak late men volkomen onaangetast en men brenge het publiek niet in den waan – of liever men versterke het daarin niet – dat verdenking, zelfs waar die tot preventieve hechtenis heeft geleid, zou zijn schuldigverklaring bij voorraad. Men onthoude zich daarvan vooral, omdat het slechts zoo uiterst zelden mogelijk is het ongegronde van de verdenking te bewijzen*'.[149]

Ook Asscher is in 1897 van mening dat het gaat om allen die preventieve hechtenis hebben ondergaan, dus schuldigen en onschuldigen, vrijgesprokenen en veroordeelden. Hij onderschrijft dat de schadevergoeding aan alle ontslagenen en vrijgesprokenen ten goede moet komen, hetzij op grond van niet gebleken schuld hetzij tengevolge van gebleken onschuld.[150] Zo ook Bruins die in 1906 een absolute aansprakelijkheid in de wet bepleit voor vrijgesprokenen die in voorlopige hechtenis hebben gezeten, onafhankelijk van opzet of schuld.[151]

In 1907 stelt Binnerts dat indien de rechter volgens de wet een beklaagde vrijspreekt op grond dat zijn schuld aan het hem ten laste gelegde feit niet is bewezen, het publiek achter de balie niet het recht heeft hem schuldig te verklaren, en mocht het publiek dat wel doen,

147 Handelingen NJV 1886, p. 170-172

148 Handelingen NJV 1886 II, p. 176-180. Prof. S. Mayer uit Wenen spreekt zich tijdens NJV in 1886 ook uit over de bewijsvoeringskwestie; in Oostenrijk is in 1873 de vrije bewijsleer ingevoerd in het strafrecht. Daarvoor gold de wettelijke bewijsleer. Echter, de vrije bewijsleer ontbeert de waarborgen van het wettelijk systeem en de ervaringen zijn treurig te noemen. Voordeel is wel dat er maar twee uitspraken zijn: schuldig of niet en daarmee vervalt de moeilijkheid van het onderscheid tussen twee soorten vrijspraken, een onderscheid dat ook Mayer niet wil. Mayer opteert wel voor schadevergoeding maar weet dat de problemen ontstaan op het moment van de uitvoering. Hij staat niet achter het maken van onderscheid bij schadevergoeding, want het maken van onderscheid had tot gevolg dat in Oostenrijk en Duitsland het beginsel geheel niet in de wet is opgenomen, Jandelingen NJV 1886, II, p. 180-186.

149 Handelingen NJV 1897, I, p. 60.

150 B.E. Asscher 1897, p. 578.

151 G.W.J. Bruins 1906, p. 183.

dan dient dat te worden genegeerd. '*Er mag niet worden gehandeld, alsof slechts hij behoort te worden vrijgesproken wiens onschuld is bewezen*'.[152]

Veel auteurs vereisen onschuld als voorwaarde voor schadevergoeding, maar dan in de zin van bewezen onschuld (dus in specifieke gevallen en niet bij elke zaaksafloop zonder veroordeling, want geen schuld is nog geen bewezen onschuld).[153]

Eyssell reageert tijdens de NJV in 1886 op de ruime opvatting van Simons voor algehele schadevergoeding. Hij heeft zijn bedenkingen om in alle gevallen schadevergoeding mogelijk te maken en haalt enkele voorbeelden aan waaruit de twijfel over onschuld bij vrijspraak zou spreken. Hij pleit ervoor de toekenning volledig aan de rechter over te laten. Dat kan echter wel leiden tot de zogenaamde dubbele vrijspraak in die zin dat een lage vergoeding dan tot uitdrukking brengt dat de schadevergoedingsrechter niet zodanig is overtuigd van de onschuld.[154] Coninck Liefsting is een van degenen die tijdens de NJV 1886 de handen op elkaar krijgt voor zijn ideeën (limitatief stelsel met schadevergoeding bij gebleken onschuld, dat is in limitatief aantal gevallen).[155] Hij lijkt zich daarbij gebaseerd te hebben op de Duitse rechtsgeleerden Ullman en Meijer.[156] Hij meent dat voor veroordeling geldt dat de rechter volkomen zeker moet zijn over de schuld zodat denkbaar is dat een schuldige bij gebrek aan bewijs ongestraft blijft. Voor wat betreft de schadevergoedingskwestie, die een burgerrechtelijk karakter heeft, is men echter beducht om ook daar te eisen dat de onschuld eerst moet worden bewezen. Men krijgt dan namelijk eervolle en oneervolle vrijspraak en dat is onacceptabel. Om dat te vermijden kan men het onderscheid verwerpen en ieder vrijgesprokene voor onschuldig houden en vergoeding geven, maar dat is weer in strijd met de waarheid, aangezien bij vele vrijspraken sprake is van schuldigen wier schuld niet volkomen is bewezen. Leyds wees er volgens Coninck Liefsting terecht op dat het bevel tot preventieve hechtenis niet moet worden beoordeeld naar de uitkomst maar ex tunc. Leyds trekt echter naar de mening van Coninck Liefsting de onjuiste conclusie om elk preventief gevangene schadevergoeding te geven. Hij gaat ervan uit dat het in beginsel gaat om twee hoofdgronden en een beroep op vergoeding moet tot bepaalde gevallen beperkt blijven, namelijk indien de preventieve hecht is gevolgd op een lasterlijke klacht, op valse verklaringen of op zware vermoedens die door een buitengewone samenloop, buiten toedoen

152 H. Binnerts 1907, p. 148.

153 Aan het einde van deze passage heb ik e.e.a. samengevat.

154 Handelingen NJV 1886, II, p. 193-194.

155 Dat blijkt uit de stemming: Vraag 1 (Moet aan veroordeelden, van wier onschuld later op bij de wet bepaalde wijze blijkt, schadeloosstelling worden verleend) werd zonder hoofdelijke stemming toestemmend beantwoord. Vraag 2a (Moet aan beklaagden, die vrijgesproken of van verdere vervolging ontheven worden, schadeloosstelling worden verleend) werd met 27 tegen 11 stemmen ontkennend beantwoord. Vraag 2b (in geval van ten genoegen des rechters onschuld) werd met 29 tegen 10 stemmen ontkennend beantwoord en vraag 2c (zoo neen, dan toch in geval de vervolging veroorzaakt is door buitengewone, in de wet te noemen omstandigheden, zoals valsche aanklacht, onware opgaven van getuigen, dwaling in de persoon) werd met 32 tegen 5 stemmen toestemmend beantwoord. Ten slotte hier de uitzondering weer op in vraag 3 (Moet eene uitzondering worden gemaakt ten aanzien van hen, die door eigen houding aanleiding gaf tot a) zijne veroordeeling en b) zijne vervolging) hetgeen met algemene stemmen op een na toestemmend werd beantwoord. Handelingen NJV 1886, II, p. 228-230.

156 Daarover Z.W. Straatman 1877, p. 108-111.

van verdachte, ontstaan waren.[157] Schadevergoeding is in deze aangewezen gevallen wenselijk bij vrijspraak of ontslag, maar ook bij ontslag van verdere vervolging door de raadkamer.[158]

Ook Domela Nieuwenhuis gaat tijdens de NJV in 1886 in op Simons ruime opvatting over schadevergoeding (absoluut stelsel) en steunt dat niet; hij meent dat vrijspraak betekent dat het bewijs van schuld niet is geleverd en dat is met het oog op het strafrecht wel hetzelfde als onschuldig, maar dat is niet hetzelfde met het oog op schadevergoeding. Vrijspraak maakt dat de zaak vanuit strafrechtelijk oogpunt over is, maar wil men schadevergoeding, dan moet nog aan andere voorwaarden zijn voldaan, zoals dwaling. Als blijkt dat van een onschuldige zijn vrijheid werd benomen is er sprake van dwaling; als zodanig moet worden aangemerkt ieder van wie blijkt dat hij de vrijheidsbeneming onverschuldigd heeft ondergaan, omdat er juridische (ontslag van rechtsvervolging wegens niet kwalificeerbaar feit) of feitelijke (misdrijf is niet gepleegd of niet door betrokkene) dwaling is. De onschuld moet niet twijfelachtig zijn, want dan is geen sprake van dwaling en zou bedrog en leugen beloond worden indien toch schade vergoed zou worden. Dit stelsel is hard voor diegene die werkelijk onschuldig zijn onschuld niet kan bewijzen, maar in zijn geval kan die dwaling niet worden geconstateerd, aldus Domela Nieuwenhuis. Hij gaat in op het argument dat bij een dergelijk stelsel enkelen bang zijn voor twee soorten vrijspraak en dat zou lijken op invoering van de oude absolutio ab instantia. Dat is echter heel wat anders omdat dan een beklaagde voorlopig van vervolging werd ontheven en de betrokkene dus verdacht bleef hetgeen zijn positie in de samenleving onhoudbaar maakte. Bij een vrijspraak is dat niet het geval omdat de zaak is geëindigd. Qua proces sluit hij aan bij Coninck Liefsting: er moet gebleken zijn dat de voorwaarden aanwezig zijn om schadevergoeding toe te kennen en de bezwaren op dit punt ontkomt men door die gevallen te preciseren. In een dergelijk stelsel volgt uit het feit dat een vrijgesprokene geen vergunning krijgt een schadevergoedingsprocedure te volgen, of dat wel kreeg, maar zijn eis daarbij werd afgewezen, niet dat hij eigenlijk schuldig is, maar slechts dat het bewijs van zijn onschuld niet in die mate kan worden geleverd om van dwaling te spreken voor wat betreft de hem opgelegde preventieve hechtenis.[159]

Van Hamel is van mening tijdens de NJV in 1886 dat juist het vinden van een goede rechtsgrond samenhangt met het erkennen van een onderscheid in soorten vrijspraak (onschuldig en non liquet). Ontslag van rechtsvervolging in de zin van een niet kwalificeerbaar feit, stelt hij gelijk met vrijspraak wegens gemis aan schuld. Anderen (Leyds, Mom Visch) concludeerden echter dat deze rechtsgrond 'gelijkmatige lastenverdediging' moest leiden tot vergoeding aan alle vrijgesprokenen, zonder onderscheid. Van Hamel ziet dat anders en gebruikt onder andere voorbeelden van Leyds zelf (in verband met onteigening) om te stellen dat de schade door betrokkene zelf moet worden gedragen als hij schuld heeft. Dan is deze rechtsgrond verdedigbaar, maar men kan een en ander ook baseren op de billijkheid, zoals preadviseur Coninck Liefsting. De billijkheid is een nog niet tot wasdom gekomen recht. Maar ook de billijkheid eist een onderscheid schuldig-onschuldig, zoals ook Coninck Liefsting zelf stelde, omdat men anders het rechtsgevoel krenkt. Ten aanzien van onschuldigen moet schade worden vergoed, ook omdat dat een consequentie is van het systeem van vergoeding aan onschuldig veroordeelden. Anders zou het voordeliger zijn om eerst veroordeeld te worden en daarna onschuld te bewijzen dan om gelijk te worden vrijgesproken. Van Hamel merkt daarbij nog op dat de opvatting dat degene die niet schuldig is verklaard, in alle opzichten als onschuldige moet worden behandeld, een uitbreiding is van de strekking van vrijspraak buiten de betekenis die de wet daaraan hecht. Vrijspraak betekent slechts dat de rechter de schuld niet zodanig acht dat hij tot straf veroordeelt. Indien men stelt dat vrijspraak betekent dat ieder die niet schuldig is, als onschuldige moet worden behandeld, dan zouden er meer wijzigingen moeten worden

157 Handelingen NJV 1886, I, p. 357-364.
158 Handelingen NJV 1886, I, p. 357-364, 366.
159 Handelingen NJV 1886, II, p. 201.

doorgevoerd, zoals onder andere de afschaffing van de openbaarheid der zitting, omdat ook daaruit kan blijken dat de ene vrijspraak de andere niet is. De niet schuldige als onschuldige behandelen zal het geloof in de zuiverheid van het recht echter aantasten. Het stelsel zoals door Coninck Liefsting voorgesteld heeft als voordeel dat het minder stigmatiserend werkt: iemand wordt afgewezen omdat voor zijn geval niet in de wet is voorzien en daarvoor opteert Van Hamel.[160]

Ook Noyon gaat in 1886 uitvoerig in op de kwestie schuldig-onschuldig. Hij bespreekt het onderscheid tussen de onschuldig veroordeelde en diegene wiens schuld niet gebleken is (vrijgesproken of ontslagen van rechtsvervolging). Hij stelt dat rechtsvervolging niet kan worden gehandhaafd indien sprake is hetzij van dwaling de facto (onschuld, kan in erkende vorm alleen naar voren komen na eerdere veroordeling, en betreft dus alleen de onschuldig veroordeelde!), hetzij van dwaling de jure (en dit definieert hij als onstrafbaarheid wegens de woorden der wet met betrekking tot de elementen van het misdrijf, en dit komt voor bij ontslag van rechtsvervolging, buiten vervolging stelling of niet ontvankelijkheid van het OM), hetzij omdat justitie niet de volmaakte middelen bezit om de waarheid te achterhalen. Er mag ten aanzien van de vrijgesprokene geen ander onderscheid worden gemaakt, bijv. door tevens de overtuiging van onschuld uit te spreken. Dat zou er namelijk toe kunnen leiden dat in geval de rechter bij vrijspraak die overtuiging niet zou uitspreken het karakter ontstaat van een veroordeling zonder straf. Als echter wordt aangenomen dat schadevergoeding voor ieder toepasbaar is, dan wordt binnen deze gedachtegang dus ook geaccepteerd dat schade wordt vergoed aan velen die niet werkelijk onschuldig zijn; de vraag is of dat te accepteren is. Zo bekeken zal Noyon bij het dilemma wie voor vergoeding in aanmerking moet komen (allen wier schuld niet bewezen is of niemand voor zover onschuld niet vaststaat), opteren voor het laatste.[161]

Van Gigh meent (1886), dat schadevergoeding op zijn plaats is als feitelijk vaststaat dat iemand slachtoffer is geworden van dwaling. Maar staat dat bij vrijspraak wel vast? Als hun onschuld is gebleken wel. De uitspraak van de rechter zegt daar echter veelal niets over, een onschuldigverklaring kennen wij niet en het feit dat de schuld niet is bewezen zegt ook weinig vanuit de optiek van de negatieve bewijstheorie die we hanteren. Vrijspraak is geen waarborg voor onschuld, maar kan het wel zijn. Vrijspraak moet dus geen recht geven op schadevergoeding. Indien men de vrije bewijstheorie met motivering van het vonnis zou invoeren zou dat anders zijn omdat in dat geval de meeste vrijspraken het karakter zouden krijgen van onschuldigverklaringen. Hoewel hij ervan uitgaat dat bij vrijspraak veelal niets bekend is over onschuld zijn daarop twee uitzonderingen, namelijk indien op de terechtzitting is bewezen dat niet de beklaagde maar een ander het feit heeft begaan of indien op de terechtzitting blijkt dat vanwege een alibi de beklaagde het feit niet kan hebben gepleegd. Van Gigh is tegenstander om in geval van niet ontvankelijkheidverklaring een schadevergoeding toe te kennen, omdat daarmee nooit de onschuld van de beklaagde kan blijken, bijv. in geval van verjaring. Voor wat betreft ontslag van rechtsvervolging wordt het moeilijker. In geval van ontslag van rechtsvervolging wegens noodweer neigt hij ten gunste van schadevergoeding. De vervolging betrof namelijk een daad die voor dit geval rechtmatig bleek. Echter indien sprake zou zijn van veroordeling door Rechtbank en Hof waarna de Hoge Raad vernietigt op grond van juridische redenen, dan is er geen dwaling ten aanzien van het feit maar alleen en uitsluitend ten aanzien van het recht; in dat geval acht Van Gigh schadevergoeding riskant. Ten slotte bespreekt hij de groep die wel voorlopig gehecht zijn geweest, maar voor de terechtzitting al in vrijheid zijn gesteld. Hiervoor is geen algemene regel te geven; indien bijv. blijkt dat iemand anders intussen veroordeeld was, dan was diegene onschuldig. In vele andere gevallen zal een dergelijk feitelijk bewijs

160 Handelingen NJV 1886, II, p. 218-220.
161 T.J. Noyon 1886, p. 428

niet geleverd kunnen worden, hoe hard dat ook is voor de betrokkene. In dat geval kan geen schadevergoeding worden gegeven.[162]

In 1891 beoogt Van Stipriaan schadevergoeding wenselijk te vinden indien blijkt dat iemand de ten laste gelegde daad of het ten laste gelegde verzuim niet heeft begaan maar niet in het geval dat iemand is ontslagen van rechtsvervolging.[163]

Caudri herhaalt nog eens in 1898 dat als consequentie van deze rechtsgrond (van Leyds) de een schadevergoeding ziet voor alle preventief gehechten die zonder veroordeling vrijkomen, maar de ander slechts indien de beklaagde onschuldig blijkt. Hij meent dat voorstanders van een ruime regeling (Levy en Simons) uit consequentie (geen schuld bewezen dan voor onschuldig houden) en om redenen van politieke moraal (verbeteren volksoordeel, een soort rehabilitatie) de gok nemen dat ook schuldigen schadevergoeding ontvangen. Caudri meent dat het volksoordeel echter niet zal wijzigen door het verlenen van schadevergoeding en ziet de functie ervan slechts als persoonlijke tegemoetkoming om ongelukkigen te helpen (ongeacht of het recht die hulp eist of de billijkheid erom vraagt) en dan mag de Staat best een onderscheid maken in de groep die hij niet schuldig heeft bevonden. Caudri wil, in tegenstelling tot onder meer Pols en Van Gigh, liever niet een vermenging van de bewijsleerdiscussie ten behoeve van de schadevergoedingskwestie alleen vanuit de wens dat misschien daardoor de rechter eerder zal veroordelen waar hij nu zou vrijspreken. Overigens is het nog maar de vraag of deze andere bewijsleer dit kan waarmaken, zoals Mayer ook moest bekennen vanuit de Oostenrijkse situatie. Geen absoluut stelsel dus voor Caudri. De angst dat door invoering van een dergelijke schadevergoedingsregeling twee soorten vrijspraak worden gecreëerd kan worden gerelativeerd, aangezien ook nu al (en hier hanteert Caudri de argumenten van Van Hamel), door de openbaarheid der zitting en de persverslagen, duidelijk is dat de een wordt vrijgesproken omdat de rechter hem onschuldig acht en de ander wegens gebrek aan wettelijk bewijs. Overigens is er toch steeds sprake van één soort vrijspraak, in overeenstemming met de wet. Waarom kent de wet geen soorten vrijspraak? Mogelijk omdat ze wilde breken met de absolutio ab instantia en daarmee alle niet schuldigen wilde vrijlaten, maar daaruit mag men niet zomaar concluderen dat ze ook geen onderscheiding wilde maken met betrekking tot schadevergoeding, aldus Caudri. Caudri vindt het geen probleem dat de wetgever zich door ethische overwegingen laat leiden voor wat betreft de schadevergoedingskwestie (het is echter niet acceptabel voor wat betreft strafoplegging). Het bezwaar van dubbele vrijspraak is niet groot indien men aanneemt dat alleen schadevergoeding wordt verleend in door de wet aan te wijzen gevallen evenals bij die waarin onschuld zeker is of in de hoogste mate waarschijnlijk. De beklaagde wordt vrijgelaten of hij ook in andere gevallen wil beproeven in hoeverre de rechter geloof hecht aan zijn onschuld. Kortom: de vrijspraak desnoods ook aan schuldigen, maar de vergoeding alleen aan onschuldigen. Caudri bepleit aldus het stelsel zoals door Coninck Liefsting tijdens de NV 1886 verdedigd (relatief, limitatief wettelijk). Caudri zelf brengt onder deze gevallen: 1) als misdrijf niet is gepleegd (verondersteld slachtoffer doodslag blijkt nog in leven), 2) indien later een ander voor het feit wordt veroordeeld, 3) als de ontslagene het misdrijf niet kon doen en 4) als de arresterende ambtenaar (officier van justitie of rechter-commissaris) afging op valse verklaringen. Ook mag de verdachte geen aanleiding hebben gegeven voor zijn (verlengde) aanhouding. Dit stelsel is volgens Caudri ook goed toepasbaar voor diegenen die zonder rechterlijke uitspraak uit het voorarrest zijn vrijgelaten. Caudri is voor een limitatief stelsel en niet een enuntiatief, omdat dan de kwestie steeds weer verlegd wordt. Indien zich echter een geval voordoet dat buiten de wet valt, is te denken aan een voorstel van Smidt uit 1892 (gevolgd door Van Kaay) voor een bij speciale wet te regelen vergoedingsmogelijkheid (niet in het WvSv derhalve) die de Minister de gelegenheid geeft een schadevergoedingsvoorstel aan de wetgevende macht te doen

162 J. Van Gigh 1886, p. 444-449.

163 J.M. Van Stipriaan 1891, p. 290-291. Hij heeft het in algemene zin overigens steeds over de gebleken onschuldige.

als hem dat wenselijk voorkomt. Van Gigh had eerder voorgesteld dat ook in geval van ontslag van rechtsvervolging schadevergoeding wenselijk is vanuit billijkheid. Caudri wil hier niet aan, want zoals onrechtmatigheid geen schuld veronderstelt, verondersteld rechtmatigheid geen onschuld. Slechts bij ontslag van rechtsvervolging wegens niet kwalificeerbaarheid van het feit kan hij schadevergoeding toestaan. Ten slotte kan onbevoegdheid van de rechter of niet ontvankelijkheid van het OM ook niet tot schadevergoeding aanleiding geven, maar wel een ontslag van rechtsvervolging indien de zaak niet tot de jurisdictie van de Nederlandse rechter behoort omdat dat juridisch gelijk is te stellen aan niet strafbaarheid van het feit.[164]

Volgens Simons, die in 1899 de dissertatie van Caudri recenseert, is in geval van ontslag van rechtsvervolging vanwege het ontbreken van wederrechtelijkheid, gewoon sprake van rechtmatigheid van de gewraakte handeling. Simons daarentegen bepleit schadevergoeding in alle gevallen waarin preventieve hechtenis werd ondergaan zonder dat veroordeling volgde (het absolute stelsel). Maar mocht dat niet haalbaar zijn dan is het beter om te kiezen voor vergoeding in enkele nauwkeurig omschreven gevallen dan om de vraag over toekenning geheel aan de rechter over te laten op grond van zijn appreciatie over gebleken onschuld dan wel alleen niet gebleken schuld. Simons herhaalt het limitatieve stelsel dat Caudri voorstaat, in aansluiting op het stelsel zoals door Coninck-Liefsting op de NJV verdedigd, zodat schadevergoeding alleen mogelijk is bij vrijspraak of ontslag van rechtsvervolging op feitelijke gronden op vier uitdrukkelijk in de wet op te nemen gevallen. Caudri geeft naar de mening van Simons ook geen bevredigende oplossing voor het feit, dat hij wel erkent, dat er altijd afwijkende gevallen zullen zijn; daarvoor vertrouwt hij dan op een speciale wet, naar het denkbeeld van Minister Smidt, een vertrouwen dat volgens Simons vermoedelijk beschaamd zal worden.[165]

4.3.4.2 Samenvatting opvattingen over relatie onschuld en schadevergoeding

Samenvattend is door de auteurs de onschuld in relatie tot schadevergoeding als volgt ingekleurd, waarbij benadrukt dient te worden dat de voorstanders van een ongerelateerde grondslag (Kist NJV 1871 Straatman 1877 Mom Visch 1882 Leyds 1884 Marcus 1885, Simons 1886, Asscher 1897, Simons 1904, Bruins 1906) over het algemeen geen verdere voorwaarden eisen, hoewel sommigen wel het ontbreken van processuele schuld vereisen (zie hierna).

Ten eerst krijgt de (on)mogelijkheid om onschuld te kunnen bewijzen de nodige aandacht. Velen geven aan dat de vrijgesprokene zelden het bewijs van onschuld kan leveren (Domela Nieuwenhuis 1878, Mom Visch 1882, Simons 1886, Pols 1886, Van Gigh 1886, Royaards 1897) hetgeen hen er veelal toe brengt die voorwaarde niet te laten stellen. Leyds (1884) legt de nadruk op de vraag welke bewijsregels dienen te gelden in de schadevergoedingsprocedure: hij vindt het bedenkelijk de uitspraak over schuld (in het strafproces) naar andere regels te doen plaatsvinden dan die over schadevergoeding. En marge wordt ten slotte door enkelen ingegaan op de vraag of de geldende (wettelijke) bewijsleer in het strafproces niet de oorzaak is van het probleem dat er ook feitelijk schuldigen niet worden veroordeeld (Simons, Pols en Mayer tijdens de NJV 1886).

164 W.D. Caudri 1898, p. 19-47.
165 D. Simons 1899, p. 338-339.

Men acht bewezen onschuld zeker in enkele situaties. Over het algemeen menen vooral diegenen die bewezen onschuld eisen als voorwaarde voor schadevergoeding dat in sommige situaties daar in ieder geval sprake van lijkt te zijn en die situaties komen dan in aanmerking voor schadevergoeding. Domela Nieuwenhuis 1886 ziet dit alleen indien het misdrijf niet is gepleegd of niet door betrokkene, Van Gigh (1886) indien op de terechtzitting is bewezen dat niet de beklaagde maar een ander het feit heeft begaan of indien op de terechtzitting blijkt dat vanwege een alibi de beklaagde het feit niet kan hebben gepleegd. Coninck Liefsting (1886) gaat ervan uit het in beginsel gaat om twee hoofdgronden en een beroep op vergoeding moet tot bepaalde gevallen beperkt blijven, namelijk indien de preventieve hecht is gevolgd op een lasterlijke klacht, op valse verklaringen of op zware vermoedens die door een buitengewone samenloop, buiten toedoen van verdachte, ontstaan waren. Caudri (1898) bepleit het stelsel zoals door Coninck Liefsting verdedigd (relatief, limitatief wettelijk) en brengt zelf onder deze gevallen: 1) als misdrijf niet is gepleegd (verondersteld slachtoffer doodslag blijkt nog in leven), 2) indien later een ander voor het feit wordt veroordeeld, 3) als de ontslagene het misdrijf niet kon doen en 4) als de arresterende ambtenaar (officier van justitie of rechter-commissaris) afging op valse verklaringen. Simons (1899) herhaalt het limitatieve stelsel dat Caudri voorstaat, in aansluiting op het stelsel zoals door Coninck-Liefsting op de NJV verdedigd, zodat schadevergoeding alleen mogelijk is bij vrijspraak of ontslag van rechtsvervolging op feitelijke gronden op vier uitdrukkelijk in de wet op te nemen gevallen.

Men acht over het algemeen onschuld aanwezig in geval van ontslag van rechtsvervolging wegens niet kwalificeerbaar feit (Domela Nieuwenhuis 1886 en 1878, Coninck Liefsting 1886, Van Hamel 1886, Straatman 1877 – die overigens van mening is dat de kwestie schuld/onschuld geen rol speelt – baseert zich voor een juridisch argument terzake schadevergoeding bij ontslag van rechtsvervolging op het uitgangspunt 'Nullum delictum sine praevia lege poenali' : hoe laakbaar een gedraging ook is, als de wet het niet met straf bedreigt, bestaat geen (on)schuld, aldus Straatman, en dan is het schadevergoedingsbeginsel zonder twijfel van toepassing, ook voor hen die alleen vergoeding wensen in geval van onschuld). Van Gigh 1886 acht alleen onschuld aanwezig indien sprake is van dwaling ten aanzien van het feit, zoals in geval van noodweer.

Kortgezegd zijn de opvattingen over wanneer sprake is van onschuld te groeperen als volgt:

- indien is bewezen dat het misdrijf door een derde is gepleegd (bewezen onschuld) Ullman, Van Gigh 1886, Caudri 1898);
- bij dwaling de facto (indien beklaagde het misdrijf niet heeft kunnen plegen = Widerlegung des subjectiven Thatbestandes) (Meijer, Domela Nieuwenhuis 1885+1886, Van Gigh 1886, Van Stipriaan 1891, Caudri 1898)
- bij een vergissing in persoon (Domela Nieuwenhuis 1878);

- bij dwaling de jure (tegen de handeling is door de strafwet geen straf bedreigd) (Ullman, Meijer, Straatman 1877, Van Hamel 1886, Domela Nieuwenhuis 1886, Caudri 1898);
- dwaling de facto (indien een misdrijf in het geheel niet is begaan = Widerlegung des objectiven Thatbestandes) (Domela Nieuwenhuis 1885+1886, Caudri 1898).

In deze situaties is men als het ware zeker van onschuld, omdat er als het ware nooit schuld is geweest. Alleen Noyon (1886) is strikter in zijn opvatting aangezien hij stelt dat onschuld in erkende vorm alleen naar voren komt na een herzien eerdere veroordeling, en dat betreft dus alleen de onschuldig veroordeelde. Hoewel er in beginsel geen bezwaar bestaat om bij dwaling de jure schadevergoeding toe te staan, aangezien iemand niet vervolgd had moeten worden en niet strafbaar is, concludeert hij desondanks dat de toekenning van schadevergoeding beperkt moet blijven tot onschuldig veroordeelden, vermoedelijk vanwege het risico op misbruik van die mogelijkheid.

Er wordt veel aandacht besteed aan het pro en contra ter zake van twee soorten vrijspraak (als consequentie van het vereiste van bewezen onschuld). De aanname dat in bovengenoemde situaties wel sprake is van bewezen onschuld, wat in alle andere situaties en soorten einde van een strafzaak niet met zekerheid is vast te stellen, leidt voor bovengenoemde auteurs (die dit als voorwaarde stellen voor schadevergoeding) tot de conclusie dat de ene vrijspraak dus wel in aanmerking komt voor schadevergoeding (want bewezen onschuld) maar de andere niet. Juist die onderverdeling van einduitspraken (zowel bij vrijspraak als bij ontslag van rechtsvervolging) wordt door de tegenstanders van bewezen onschuld als onwenselijk beschouwd. Veelal is het ook zo dat zij dit als hoofd- of bijkomend argument hanteren om (dan maar) te kiezen voor schadevergoeding voor alle vrijgesprokenen of van rechtsvervolging ontslagenen, buiten het feit dat zij dit ook baseren op het soort grondslag voor schadevergoeding (zoals Leyds).

Noyon (1886) daarentegen is de enige die enerzijds een dergelijke onderverdeling (tussen bewezen onschuldigen en anderen) in een einduitspraak onjuist acht, maar de consequentie dat dit zou moeten leiden tot schadevergoeding voor alle vrijgesprokene ook niet wil accepteren. Dan maar in het geheel geen schadevergoeding voor Noyon.

Sommigen menen dat opsplitsing van vrijspraak in twee soorten ertoe leidt dat via een omweg (de schadevergoeding) een soort (lage) straf (namelijk het niet vergoeden van schade) wordt opgelegd bij diegene van wiens onschuld der rechter niet is overtuigd (Leyds 1884). Hier wordt verondersteld dat het weigeren van een schadevergoeding dus beschouwd moet worden als een soort straf, waarbij men een smet houdt (Mom Visch 1882, Kist 1886).

Diegenen die menen dat einduitspraken niet mogen worden opgesplitst ten behoeve van een oordeel over schadevergoeding, baseren dat onder andere op de gedachte dat schuld of onschuld geen rol speelt; het gaat er slechts om

dat nadeel is geleden hetgeen schadeloos moet worden gesteld (Straatman 1877). Ook Asscher (1897) en Bruins (1906) lijken op die lijn te zitten. Een ander belangrijk juridisch argument is de gedachte dat het strafrecht geen twee soorten vrijspraak kent, men is voor de wet schuldig (bij veroordeling) of niet (ondermeer De Pinto (1864), Van Bemmelen (1864), Pols (1886), Noyon 1886)). Ook Levy (1886) benadrukt dat schuld alleen betrekking heeft op wat in rechte strafbaar is en met het overige heeft de rechter niets te maken en dus moet men geen voedsel geven aan de gedachte dat er restschuld kan bestaan ook waar de rechter niet veroordeelt. Ook Leyds (1884) zit ook op deze lijn.

Diegenen die echter bewezen onschuld eisen als voorwaarde voor schadevergoeding zien het schadevergoedingsproces echter meer als een losstaand proces ten opzichte van het strafproces en zien daarom ook geen bezwaar voor een andere normering van het schadevergoedingsproces ten opzichte van de normering van het strafproces. Domela Nieuwenhuis (1886) meent dat vrijspraak betekent dat het bewijs van schuld niet is geleverd en dat is met het oog op het strafrecht wel hetzelfde als onschuldig, maar dat is niet hetzelfde met het oog op schadevergoeding. Ook Coninck Liefsting (1886) benadrukt het bijzondere karakter van de schadevergoedingsprocedure (namelijk burgerrechtelijk karakter).

Van Hamel (1886) merkt daarbij nog op dat de opvatting dat degene die niet schuldig is verklaard, in alle opzichten als onschuldige moet worden behandeld, een uitbreiding is van de strekking van vrijspraak buiten de betekenis die de wet daaraan hecht. Vrijspraak betekent slechts dat de rechter de schuld niet zodanig acht dat hij tot straf veroordeelt.

Deze auteurs gaan er dus van uit dat niet schuldig nog niet bewezen onschuldig is. Sommigen geven aan dat het recht hier ook vanuit gaat, want indien men (volgens hen onterecht) stelt dat vrijspraak betekent dat ieder die niet schuldig is, als onschuldige moet worden behandeld, dan zouden er meer wijzigingen moeten worden doorgevoerd, zoals onder andere de afschaffing van de openbaarheid der zitting, omdat ook daaruit kan blijken dat de ene vrijspraak de andere niet is (Van Hamel 1886 en Caudri 1898).

Een ander argument is dat het bezwaar van dubbele vrijspraak niet groot is indien men aanneemt dat alleen schadevergoeding wordt verleend in door de wet aan te wijzen gevallen evenals in het geval waarin onschuld zeker is of in de hoogste mate waarschijnlijk (limitatief stelsel Coninck Liefsting 1886, Caudri 1898). Royaards (1897) benadrukt de problematiek vanuit iets andere optiek en benadrukt de rol van de verdenking ten opzichte van de schuld.

Bij ontslag van rechtsvervolging (alle varianten, als gevolg van dwaling de jure en dwaling de facto) is volgens de meeste auteurs veelal sprake van bewezen onschuld. Domela Nieuwenhuis (1886) stelt dat bij ontslag van rechtsvervolging de vraag naar schuld of onschuld niet eens aan bod komt, want zolang de wet een feit niet met straf bedreigt, bestaat er geen schuld of onschuld; een dergelijk ontslag van rechtsvervolging geeft aan dat er nooit reden was de preventieve hechtenis toe te passen. Domela Nieuwenhuis klinkt hier overtuigend als hij meent dat

diegenen die het beginsel van schadevergoeding alleen willen toestaan in geval van onschuld, het ook moeten aannemen in genoemd geval van ontslag van rechtsvervolging, omdat de rechtsgrond voor vergoeding niet ligt in het arresteren van zo'n juridisch onschuldige, maar in het arresteren van iemand die geen strafbaar feit beging en dus geen opsluiting verdiende. Van Hamel (1886) steunt dit uitgangspunt. Van Gigh (1886) ziet alleen vergoeding bij ontslag van rechtsvervolging wegens noodweer, maar niet indien in tweede instantie een uitspraak vernietigd wordt op grond van juridische redenen. Dus alleen bij ontslag van rechtsvervolging op feitelijke gronden. Van Stipriaan (1891) wil alleen vergoeding indien iemand de ten laste gelegde daad of het ten laste gelegde verzuim niet heeft begaan en niet het geval dat iemands is ontslagen van rechtsvervolging. Caudri (1898) wil slechts bij ontslag van rechtsvervolging wegens niet kwalificeerbaarheid van het feit schadevergoeding toestaan, maar niet bij noodweer (zoals Van Gigh), want zoals onrechtmatigheid geen schuld veronderstelt, veronderstelt rechtmatigheid geen onschuld. Simons (1899) reageert hierop door te stellen dat bij noodweer gewoon sprake is van rechtmatigheid van de gewraakte handeling.

Over schadevergoeding bij overige einduitspraken (zoals n.o. OM en sepot) wordt slechts door weinigen specifiek iets opgemerkt. Van Gigh stelt in 1886 dat voor de groep die wel voorlopig gehecht zijn geweest, maar voor de terechtzitting al in vrijheid zijn gesteld, geen algemene regel is te geven. Indien bijv. blijkt dat iemand anders intussen veroordeeld was, dan was diegene onschuldig. In vele andere gevallen zal een dergelijk feitelijk bewijs niet geleverd kunnen worden, hoe hard dat ook is voor de betrokkene. In dat geval kan geen schadevergoeding worden gegeven. Van Gigh blijft dus op de lijn dat bewezen onschuld vereist is. Zo ook Caudri (1898) die het limitatieve stelsel van Coninck Liefsting ook goed toepasbaar acht voor diegenen die zonder rechterlijke uitspraak uit het voorarrest zijn vrijgelaten.

Straatman (1877) vindt bij sepot hetzelfde gelden als bij vrijspraak, namelijk dat de kwestie schuld/onschuld geen rol speelt en hij bepleit dus ook bij sepot een recht op schadevergoeding bij vrijspraak omdat allen, veroordeelden en vrijgesprokenen nadeel hebben geleden en beide schadeloos moeten worden gesteld.

Van Gigh (1886) verklaart zich er tegenstander van om in geval van niet ontvankelijkheidverklaring een schadevergoeding toe te kennen, omdat daarmee nooit de onschuld van de beklaagde kan blijken, bv. in geval van verjaring. Ook Caudri (1898) stelt dat noch onbevoegdheid van de rechter noch niet ontvankelijkheid van het OM tot schadevergoeding aanleiding geven.

4.3.4.3 Processuele schuld staat in de weg aan schadevergoeding

Velen, ongeacht of zij voorstanders zijn van een absoluut schadevergoedingsstelsel (dus ongeacht schuld/onschuld) dan wel limitatief diverse voorwaarden stellen, gebaseerd op bewezen onschuld als belangrijkste voorwaarde, menen

dat tevens de eigen schuld aan het ontstaan of het voortduren van de preventieve hechtenis de schadevergoeding in de weg kan staan. De Duitse rechtsgeleerden Ullman, Meijer, Niszen en Wahlberg leggen de basis voor deze opvatting dat de beklaagde, om in aanmerking te komen voor schadevergoeding, geen aanleiding mag hebben gegeven tot een strafrechtelijk onderzoek, of, zoals Niszen het noemt, geen 'processuele schuld' mag hebben. Niszen merkt daarbij op dat strafrechtelijke onschuld met betrekking tot de daad kan samengaan met schuld met betrekking tot de hechtenis, bijvoorbeeld indien iemand door zijn gedrag aanleiding gaf tot verdenking vanwege vlucht of leugens.[166] Vele Nederlandse auteurs volgen deze gedachte.

Straatman ziet in 1877 dat misbruik van de regeling kan worden voorkomen door gebruik te maken van het onderscheid van Wahlberg (mit und ohne processualisches Verschulden).[167] Domela Nieuwenhuis (1878) is iets voorzichtiger, maar steunt het uitgangspunt ook. Als voorbeelden van dergelijke processuele schuld noemt hij leugenachtig gebleken verklaringen en vlucht, omdat in zijn opvatting een werkelijk onschuldige deze dingen niet geoorloofd mogen worden; het gaat hier overigens expliciet om de verhouding tussen staat en betrokkene voor wat betreft de schadevergoeding (rechtsbetrekking).[168]

Daarentegen wil Leyds (1884) er niet aan[169] en ook Noyon (1886) ziet vermindering of weigering van schadevergoeding wegens processuele schuld niet zitten, noch los van de moeilijkheid om dat vast te stellen is de schijn van dergelijke eigen schuld te vermijden, zeker door ervaren criminelen die samenspannen om in aanmerking te komen voor schadevergoeding (onjuiste aangifte doen, een van hen laat zich dus valselijk betichten van strafbaar feit, later worden getuigenissen weer ingetrokken, misverstand, verdere vervolging wordt onmogelijk dus zou men in aanmerking komen voor schadevergoeding).[170] Coninck Liefsting (1886) stelt echter duidelijk dat als tweede vereiste om in aanmerking voor vergoeding te komen is, dat de verdenking, tegen de beklaagde gerezen, buiten zijn toedoen is ontstaan. Want als hij, bijv. om de schuld van een ander af te nemen, die op zichzelf laadt, dan heeft hij de rechter door onwaarheden misleid. Dat kan het geval zijn bij de volgende (ook bij wet) bepaalde gevallen (limitatief): lasterlijke klacht, valse verklaring, vermoedens, meineed. Coninck Liefsting is zich echter bewust van de rechten die de verdachte heeft, want hij voegt toe dat weliswaar in het strafrecht de volledige vrijheid om te erkennen of te ontkennen geëerbiedigd moet worden, maar daarbij acht hij het '*eene schroomelijke verwarring, dezen regel van strafrecht te willen overdragen op de burgerrechtelijke vordering van schadevergoeding*.[171] *Het is niet hard en het is niet onbillijk, dat een beklaagde met de nadeelen belast blijft, die hij zich door zijne eigene onwaarheden en leugens op den hals heeft gehaald*.'[172] Ook Mom Visch (1882) ziet in navolging van Zucker de processuele schuld als belemmering voor schadevergoeding (indien betrokkene valselijk had opgegeven

166 Z.W. Straatman 1877, p. 3-12.
167 Z.W. Straatman 1877, p. 142.
168 J. Domela Nieuwenhuis 1878
169 W.J. Leijds 1884, p. 69, maar ook Leyds erkent dat verdediging van de regel goed kan samengaan met erkenning van uitzonderingen, bijv. wanneer een verdachte vlucht en gearresteerd wordt; dan dus geen aanspraak op vergoeding voor de daardoor ontstane schade.
170 T.J. Noyon 1886, p. 426.
171 De schadevergoedingsbeschikking op verzoek dient volgens hem dus ook van elke strafrechtelijke beslissing afgezonderd te worden gehouden.
172 Handelingen NJV 1886, I, p. 365.

betrokken te zijn bij een misdrijf, of door het opvoeren van onware feiten waardoor het onderzoek veel langer duurde dan nodig).[173] Tijdens de NJV 1886 wordt over dit punt ook gestemd over de vraag: Moet eene uitzondering [op schadevergoeding, MD] worden gemaakt ten aanzien van hen, die door eigen houding aanleiding gaf tot a) zijne veroordeeling en b) zijne vervolging? Deze vraag werd met algemene stemmen op een na toestemmend beantwoord.[174]

Hoewel Caudri (1898) het niet als zodanig benoemt wil hij geen schadevergoeding als de arresterende ambtenaar (officier van justitie of rechter-commissaris) afging op valse verklaringen. Ook mag de verdachte geen aanleiding hebben gegeven voor zijn (verlengde) aanhouding.[175] Simons (1904) die voorstander is van het absolute stelsel van vergoeding, meent naar aanleiding van zijn bespreking van het Duitse systeem dat alleen de eerste reden op basis waarvan de Duitse rechteer schadevergoeding kan weigeren (toepassing detentie aan eigen opzet of schuld te wijten) juist is, terwijl de andere redenen veel te vaag zijn.[176] Ook Binnerts (1907), als aanhanger van het absolute stelsel meent dat de enige uitzondering hierop is, indien iemand door zijn eigen houding de oorzaak is geweest van de preventieve hechtenis, bijv. door de schijn aan te nemen een misdrijf te hebben gepleegd of zich door vlucht aan de verdenking te hebben willen onttrekken.

4.3.4.4 Schadevergoeding alleen bij vrijheidsbeneming?

Hoewel de meeste schrijvers zich beperken tot de discussie over vergoeding voor vrijheidsbenemende dwangmiddelen alleen, zijn er enkele schrijvers die onderkennen dat ook zonder dat sprake is geweest van vrijheidsbeneming, schade kan zijn ontstaan die vergoed zou moeten worden.

Ter illustratie: Coninck Liefsting onderkent deze problematiek wel tijdens de NJV in 1886, maar desondanks beperkt hij zich tot schade als gevolg van vrijheidsbeneming, want *'haar ook toe te laten bij rechtsingang zonder hechtenis is een grijpen naar het onbereikbare en het onnoodige, want dan zou men iemand even goed schadeloosstelling kunnen gaan geven bij de dagvaarding in een burgerlijk proces, bijv. bij beweerde handelingen van kwade trouw, daar dit een koopman of zelfs een particulier zeer zou kunnen benadeelen, en toch is het op zichzelf eene rechtmatige handeling om dergelijke zaak voor den rechter te brengen'*.[177]

Ook Noyon, die overigens tegenstander is van schadevergoeding, behalve voor onschuldig veroordeelden, stelt in 1886 dat desondanks ook sprake moet zijn van morele schadevergoeding voor preventief gehechten (maar dan in de vorm van eerherstel via openbaarmaking uitspraak). Hij beperkt dat niet tot diegene die schade ondervonden van vrijheidsbenemende dwangmiddelen alleen, maar ziet het voor allen die vervolgd waren zonder te zijn veroordeeld.[178]

Stipriaan bepleit in 1891 materiële schadevergoeding voor diegene die, onschuldig vrijgesproken, in zijn vrijheid (preventief gehecht) of zijn vermogen is aangetast.[179] Asscher ten slotte pleit in 1897 voor een openlijke rehabilitatie bij vrijspraak en ongeacht of men preventieve

173 D.J. Mom Visch 1882, p. 270, 271.
174 Handelingen NJV 1886, II, p. 230.
175 W.D. Caudri 1898, p. 39, 40.
176 D. Simons 1904, p. 488.
177 Handelingen NJV 1886, II, p. 206.
178 T.J. Noyon 1886, p. 430-431.
179 J.M. Van Stipriaan 1891, p. 289.

hechtenis heeft ondergaan, die bij afschrift aan de beklaagde wordt uitgereikt en op doeltreffende wijze openbaar wordt gemaakt.[180]

4.3.5 Toelichting op conclusies literatuur over aspecten van omvang

4.3.5.1 Steeds meer aandacht voor morele schade

Sommige auteurs zien voornamelijk een vergoeding voor geleden materiële schade en velen van hen willen het daarbij ook laten (De Pinto 1852,[181] Mom Visch 1870,[182] Straatman 1877,[183] Pols en Van Hamel tijdens NJV 1886,[184] Simons 1886/1887[185] (herziet mening in 1904), Van Stipriaan 1891).[186] Gregory en Modderman geven tijdens de NJV 1871 aan dat de schade moeilijk te begroten is en in ieder geval nooit verlies van eer en goede naam kan herstellen.[187] Anderen vinden echter ook dat eveneens morele schade vergoed dient te worden. Vaak wordt expliciet gesteld dat openbaarmaking van een uitspraak voldoende is om de eer te herstellen.

Zoals Domela Nieuwenhuis in 1878: in geval men slechts voorstander is van schadevergoeding aan onschuldigen, meent hij, zal men vooral uit zijn op eerherstel van die onschuldige. Dat kan door openbaar maken van het vonnis. Hij betwijfelt of dit zinvol is indien men de schadevergoeding niet afhankelijk stelt van onschuld.[188] Mom Visch (1882) volgt Zucker, dus ook hij wil voor wat betreft de morele schade (krenking van de eer) dat geen materiële schade gevorderd kan worden; openbaarmaking van een bevel invrijheidsstelling dient voldoende te zijn.[189] Noyon die in beginsel geen voorstander is van schadevergoeding, behalve aan onschuldig veroordeelden, bepleit in 1886 morele schadevergoeding voor preventief gehechten, maar alleen in de in vorm van eerherstel via openbaarmaking uitspraak. Hij beperkt dat niet tot diegene die schade ondervonden van vrijheidsbenemende dwangmiddelen alleen, maar ziet het voor allen die vervolgd waren zonder te zijn veroordeeld.[190] Caudri (1899) wil dat rekening gehouden wordt met alles wat een gevolg is van de ondergane (veroordeling of) aanhouding, dus niet beperkt tot '*restitutie van proceskosten en betaalde boeten, maar ook vermogensschade, eerverlies en ondergaan 'ziels- en lichaamslijden'*'.[191] Royaards gaat in op het onderscheid tussen vergoeding en rehabilitatie tijdens de NJV van 1897. Voor wat betreft schadevergoeding merkt hij slechts op dat, welke vergoeding men ook toekent, deze nooit het karakter van rehabilitatie mag hebben,

180 B.E. Asscher 1897, p. 582.
181 181 Weekblad van het Recht 1852, no. 1374
182 D.J. Mom Visch 1870, p. 35.
183 Z.W. Straatman 1877, p. 149.
184 Handelingen NJV 1886, II, p. 165 (Van Hamel) en p. 180 (Pols).
185 D. Simons 1886/1887, p. 368.
186 J.M. Van Stipriaan 1891, p. 291.
187 Handelingen NJV 1871, I, p. 100 (Gregory) en II, p. 212 (Modderman).
188 J. Domela Nieuwenhuis 1878, p. 347-448.
189 D.J. Mom Visch 1882, p. 272.
190 T.J. Noyon 1886, p. 430-432.
191 W.D. Caudri 1898, p. 48.

'*…want alle rehabilitatie die verleend kan worden is gelegen in de uitspraak, dat de verdenking (die misschien ten einde toe onverzwakt is blijven voortbestaan) niet heeft geleid tot schuldigverklaring. Dat karakter der uitspraak late men volkomen onaangetast en men brenge het publiek niet in den waan – of liever men versterke het daarin niet – dat verdenking, zelfs waar die tot preventieve hechtenis heeft geleid, zou zijn schuldigverklaring bij voorraad. Men onthoude zich daarvan vooral, omdat het slechts zoo uiterst zelden mogelijk is het ongegronde van verdenking te bewijzen*.'[192] Asscher reageert op Royaards in 1897. Voor wat betreft morele schade gaat hij ervan uit dat de smet van preventieve hechtenis ook na de vrijspraak op de beklaagde blijft kleven, aangezien de grote massa constateert dat iemand heeft gezeten. '*Het publiek spot met uwe wijsgeerige bespiegelingen en theoretische onderscheidingen in handboek of monographie en antwoordt u met onverstoorbaar cynisme dat de man, wanneer hij onschuldig was, wel niet zo lang in voorarrest zou zijn gehouden*,'[193] Asscher kan dus Royaards niet steunen waar laatstgenoemde tegen rehabilitatie concludeert omdat men anders de preventieve hechtenis zou gaan zien als schuldig verklaring bij voorraad. Asscher meent dat Royaards weliswaar theoretisch gelijk heeft, maar dat de grote menigte tussen beide echter niet zal onderscheiden. In tegenstelling tot Royaards ziet Asscher dan ook geen reden om over hen, wiens onschuld aan het licht is gekomen, daarvan openlijk verklaring te doen, vergelijkbaar met de openlijke erkenning van dwaling en rehabilitatie van onschuldig veroordeelden (conform artikel 379 van het toenmalig Wetboek van Strafvordering). Asscher pleit dus voor een openlijke rehabilitatie bij vrijspraak (overigens ongeacht of men preventieve hechtenis heeft ondergaan), die bij afschrift aan de beklaagde wordt uitgereikt en op doeltreffende wijze openbaar wordt gemaakt.[194]

Simons is er in 1904 voorstander van de rechter ex aequo et bono de schade te laten vaststellen zonder dat de beperking wordt opgelegd de morele schade geheel buiten rekening te laten.[195] En Binnerts stelt in 1907 dat de verplichting om materiële schade te vergoeden niet in de weg staat om ook iets te doen aan herstel van morele schade. Binnerts is hier net als Noyon van mening dat morele schade ontstaat bij iedere beklaagde, wiens onschuld blijkt (en niet alleen bij degene die van zijn vrijheid is beroofd). Eerherstel vereist echter meer dan dat beklaagde niet is veroordeeld; zijn onschuld moet wel zijn gebleken. Hij benadrukt dat rehabilitatie van beklaagden die onschuldig zijn gebleken iets anders is (en moet) (zijn) dan schadeloosstelling van preventief gedetineerden die niet zijn veroordeeld. Beide zaken moeten niet vereenzelvigd worden en er gelden voor elk eigen voorwaarden die niet kruislings mogen worden gehanteerd, zoals volgens Binnerts nu veelal gebeurt.[196]

4.3.5.2 Ex aequo et bono of forfaitair

Er zijn twee lijnen voor wat betreft de maatstaf ter vaststelling van de schadevergoeding; sommigen gaan uit van een vast forfaitair bedrag terwijl anderen het aan de rechter willen overlaten een en ander vast te stellen ex aequo et bono. Over de hoogte van de schadevergoeding lopen de meningen niet erg uiteen. Velen menen dat niet uitgegaan hoeft te worden van volledige vergoeding, waar anderen expliciet stellen dat de werkelijk geleden schade vergoed

192 Handelingen NJV 1897, I, p. 60.
193 B.E. Asscher 1897, p. 580.
194 B.E. Asscher 1897, p. 582.
195 D. Simons 1904, p. 493.
196 H. Binnerts 1907, p. 150.

moet worden. Eerst diegenen die expliciet voorstander zijn voor een vast bedrag.

Van Bemmelen komt in 1864 met het voorstel om uit te gaan van een: vast bedrag,[197] bijvoorbeeld 1 gulden per dag, uitgaande van arbeidsloon, waarbij zijn veronderstelling is dat vooral armen de dupe zijn van preventieve hechtenis.[198] Ook Mom Visch stelt in 1870 (op dat moment is hij nog tegenstander van schadevergoeding omdat hij geen grondslag ziet maar hij herziet zijn mening in 1882) dat de wet niet moet trachten in geld te vergoeden, wat niet voor waardering in geld vatbaar is. Eventueel kan gedacht worden aan een matig tarief gebaseerd op de tijd in hechtenis ondergaan.[199] Tijdens de NJV in 1871 vindt Gregory het door Van Bemmelen voorgestelde forfaitair dag-bedrag van 1 gulden te weinig voor de meervermogende.[200] Straatman (1877) is voorstander van het stelsel zoals gebruikt in de vergelijking tussen geldboete en subsidiaire gevangenisstraf. Daarbij is uitgangspunt dat een dag gevangenisstraf geacht moet worden een geldboete te vervangen die gelijk staat aan het inkomen van een dag. Straatman ziet dus eigenlijk niet een vast bedrag, maar wil het laten afhangen van de stand en het fortuin van de betrokkene. Met zijn voorstel is de betrokkene dezelfde gebleven en het nadeel is vergoed.[201] Domela Nieuwenhuis vindt dat in 1878 onbillijk, gezien de verschillen in stand, werkkring en fortuin. Domela Nieuwenhuis ziet daarom meer in een indeling in bijvoorbeeld drie a vijf klassen, afhankelijk van verdienste en maatschappelijke positie, waarvoor elk een vast dagbedrag geldt. Dat daarbij in ieder geval de kosten vergoed moeten worden die de verdachte voor zijn verdediging heeft gemaakt, is algemeen erkend.[202] Mom Visch stelt in 1882 voor, voor wat betreft de materiële schade, het loon als maatstaf te nemen, onder aftrek van voedingskosten.[203] Ook Coninck Liefsting (NJV 1886) gaat ervan uit dat het praktisch de voorkeur verdient uit te gaan van een vaste som per dag, hoewel het beter is thans eerst de rechter vrij te laten, zoals bij de laatste wetsontwerpen is voorgesteld.[204] Van Stipriaan (1891) bepleit materiële schadevergoeding voor diegene die, onschuldig vrijgesproken, in zijn vrijheid (preventief gehecht) of zijn vermogen is aangetast. Hij meent dat het billijk is om vijf gulden per ondergane dag in een Huis van bewaring te vergoeden en tien gulden per dag in een strafgevangenis.[205]

Anderen prefereren vaststelling ex aequo et bono.

De Pinto (1862) stelt slechts dat men de hoogte van het bedrag aan de rechter moet laten, ex bono et aequo.[206] Domela Nieuwenhuis is tijdens de NJV in 1886 van mening dat het debat kan gaan over vestiging (verplichting tot vergoeding) en omvang (bedrag). Men kan dat allebei

197 Van Bemmelen krijgt bijval (van de redactie van WvhR) voor zijn voorstel voor tarifaire vergoeding in WvhR 1864, nr. 2580, p. 4 (Berigten).
198 P. van Bemmelen in zijn naschrift bij zijn publicatie in Nieuwe Bijdragen, 1864, dl 14, p. 212, 213.
199 D.J. Mom Visch 1870, p. 35.
200 Handelingen NJV 1871, I, p. 100, noot 1.
201 Z.W. Straatman 1877, p. 157-158.
202 J. Domela Nieuwenhuis 1878, p. 348, 349.
203 D.J. Mom Visch 1882, p. 272.
204 Handelingen NJV 1886, I, p. 366, 367.
205 J.M. van Stipriaan 1891, p. 291.
206 A. de Pinto 1862 (b).

aan de rechter overlaten of beperken tot de omvang. Over de maatstaf laat Domela Nieuwenhuis zich niet uit; een vast bedrag zou onbillijkheid zijn omdat de omvang verschilt naar gelang van stand, werkkring en het fortuin van de betrokkene. Aangesloten kan worden bij artikel 1408 BW voor wat betreft de waardering van de schade, in navolging van Straatman (1877).[207] Er hoeft geen sprake te zijn van volledige schadevergoeding; het gaat om werkelijk en gevoelig geleden schade (en ook aan getuigen in strafzaak wordt geen volledige vergoeding gegeven). Maar dat betekent niet dat het financiële bezwaar de Staat mag weerhouden in overeenstemming met de eisen van recht of billijkheid te handelen. '*Een hooger beginsel verbiedt ons goud als een argument in de schaal te werpen, door de geblinddoekte Themis ons voorgehouden.*'[208] Eerder (1878) had Domela Nieuwenhuis al aangegeven dat financiële bezwaren niet mogen wegen zodra het recht moet worden erkend.[209]

Caudri pleit ervoor om het volledig aan de rechter (of welke andere macht men kiest) over te laten de schadevergoedingssom vast te stellen, waarbij hij rekening mag houden met alles wat een gevolg is van de ondergane (veroordeling of) aanhouding, dus niet beperkt tot restitutie van proceskosten en betaalde boeten, maar ook vermogensschade, eerverlies en ondergaan '*ziels- en lichaamslijden*'.[210]

Asscher meent in 1897 dat het aannemen van een normale loonstandaard ter berekening van de materiële schade, voor veel gevallen niet voldoende zal zijn.[211] Ook Simons is er in 1904 voorstander van de rechter ex aequo et bono de schade te laten vaststellen zonder dat de beperking wordt opgelegd de morele schade geheel buiten rekening te laten.[212] Binnerts meent in 1907 dat enkele moeilijkheden ter zake van de omvang kunnen worden overwonnen door de rechter een zeer grote mate van vrijheid toe te kennen zodat hij ex aequo et bono het bedrag kan vaststellen, zoals ook in het Nederlands civiele recht bekend. Hij kan niet de voorstellen van Van Bemmelen (1864) en Mom Visch (1882) steunen om uit te gaan van een vast bedrag per dag, gezien de vele verschillende denkbare omstandigheden.[213]

Geopperd wordt dat bij morele schade openbaarmaking volstaat.

Hiervoor bleek dat openbaarmaking van een uitspraak volgens sommigen voldoende is om de eer te herstellen (Domela Nieuwenhuis in 1878,[214] Mom Visch 1882,[215] Noyon 1886).[216] Ook Asscher (1897) zit op deze lijn; hij bekritiseert de opmerkingen van Royaards (dat schadevergoeding nooit het karakter van rehabilitatie mag hebben)[217] en ziet geen reden om over hen, wiens onschuld aan het licht is gekomen, daarvan geen openlijk verklaring te doen, vergelijkbaar met de openlijke erkenning van dwaling en rehabilitatie van onschuldig veroordeelden (conform artikel 379 van het toenmalig Wetboek van Strafvordering). Asscher pleit dus voor een openlijke rehabilitatie bij vrijspraak (overigens ongeacht of men preventieve hechtenis heeft ondergaan),

207 Z.W. Straatman 1877, p. 157-158.
208 Handelingen NJV 1886, I, p. 213-215.
209 J. Domela Nieuwenhuis 1878, p. 350.
210 W.D. Caudri 1898, p. 48.
211 B.E. Asscher 1897, p. 579.
212 D. Simons 1904, p. 493
213 H. Binnerts 1907, p. 152.
214 J. Domela Nieuwenhuis 1878, p. 347, 348.
215 D.J. Mom Visch 1882, p. 272.
216 T.J. Noyon 1886, p. 431.
217 Handelingen NJV 1897, I, p. 60. Royaards meent nl. dat alle rehabilitatie die verleend kan worden, gelegen is in de uitspraak van de strafrechter.

die bij afschrift aan de beklaagde wordt uitgereikt en op doeltreffende wijze openbaar wordt gemaakt.[218]

Enkelen laten zich uit over de hoogte van de vergoeding.

Domela Nieuwenhuis (NJV 1886) geeft aan dat er geen aanspraak op volledige vergoeding hoeft te zijn, waarbij hij eveneens betoogt dat het gaat om werkelijk en gevoelig geleden schade.[219] Zo ook Coninck Liefsting en Van Hamel tijdens de NJV 1886.[220] Van Raalte is tijdens de NJV 1897 nogal cynisch over de toekenningen van schadevergoeding in Nederland. Zelfs als er al een regeling voor schadevergoeding werd gevonden dan ziet hij daarin weinig heil, '*…omdat de uit te keeren som het moreele nadeel, dat geleden is, niet kan goedmaken en het stoffelijk verlies naar alle waarschijnlijkheid in de verste verte niet zal dekken, – nu eenmaal ten onzent ruime schadeloosstelling niet in de lijn onzer rechtspraak ligt en de bedragen (…) het vermoeden wettigen, dat eene eventueele schadeloosstelling wegens preventieve hechtenis zich tot een onbeduidend sommetje zal bepalen.*'[221] Simons (1904) stelt: '*Onverschillig of men den schadevergoedingsplicht op een rechtsgrond bouwt of uit billijkheidsmotieven afleidt, de vergoeding behoort zoodanig te wezen, dat zij den door de hechtenis getroffene zooveel mogelijk terugbrengt in den toestand, voordat die maatregel op hem werd toegepast.*'[222] En Gewin twijfelt in 1905, omdat hij zich afvraagt of het materiële leed wel valt te berekenen; hoe gaat men de schade na in geval van verlies van een baan? Ook het feit dat de morele schade voor vele schrijvers niet in aanmerking komt, geeft hem bedenkingen.[223]

4.3.5.3 Tempus modicum

Bepleit wordt dat de beklaagde een klein deel van schade zelf draagt (tempus modicum), hoewel de uitwerking van dit uitgangspunt verschilt.

Zo meent Straatman (1877) dat de burger een gedeelte van de schade voor zijn rekening moet nemen. Gezien het feit dat de voorgestelde regeling alleen voorziet in de vergoeding van de materiële schade, draagt de burger zelf in de morele schade een belangrijk deel. In aansluiting op het voorstel van de Duitse rechtsgeleerde Niszen voor een *tempus modicum* (begin periode preventieve hechtenis waar geen schadevergoeding voor mogelijk is omdat dat a.h.w. het offer is dat de burger geeft voor zijn rechtszekerheid) komt Straatman beargumenteerd[224] met een

218 B.E. Asscher 1897, p. 582.
219 Handelingen NJV 1886, I, p. 213-215.
220 Handelingen NJV 1886, II, p. 206 (Coninck Liefsting) en p.165 (Van Hamel).
221 J. van Raalte, Handelingen NJV 1897, I, p. 110.
222 D. Simons 1904, p. 493
223 B. Gewin 1905, p. 342.
224 Z.W. Straatman 1877, p. 149-151. Op basis van de toenmalige procedure, waar de rechter nog rechtsingang moest verlenen en de wet bijvoorbeeld wel een termijn van zes dagen kent voor het bekrachtigen van de bevelen van voorlopige aanhouding. Hoewel de wet geen termijn stelt aan de periode waarin voorlopige informatie kan worden ingewonnen (ten spoedigste) meent Straatman dat in de meeste gevallen zes dagen voldoende zal zijn. Dan bepaalt de rechter of rechtsingang wordt verleend en als de instructie vervolgens wordt beëindigd is het weer de rechter die bepaalt of de zaak verder gaat naar de P-G of de correctionele terechtzitting.

termijn van *zes dagen* waarvoor de burger geen aanspraak heeft op vergoeding. Hij achtte het acceptabel dat de burger de schade draagt gedurende korte tijd (tempus modicum van 6 dagen); de rechtsingang door de rechtbank te verlenen sluit die termijn af, aldus Staatman. Ook Domela Nieuwenhuis spreekt zich in 1878 uit voor een tempus modicum termijn van (beargumenteerd) drie dagen die iedere aangehoudene zelf als offer moet dragen (ook hij volgt hiermee Niszen).[225] Mom Visch sluit zich daarbij aan (vergoeding is niet nodig voor een zeer kortdurende hechtenis).[226] Een geheel andere opvatting is Simons (1904) echter toegedaan. Hij meent namelijk dat er geen reden is de eerste dagen van de preventieve hechtenis buiten beschouwing te laten, aangezien de schade daarvan het grootst is, omdat men onverwachts uit zijn bedrijf wordt gerukt. Dit geldt temeer omdat men in de Duitse wet van 1904 (waar een vergoeding voor de preventieve hechtenis in de eerste periode waarbinnen het OM een vervolging zelfstandig kan beëindigen, is uitgesloten) ook uit dient te gaan van gebleken onschuld of geweken vermoedens van schuld. Toch zou volgens Simons ook bij het absolute stelsel gedacht kunnen worden aan enige beperkingen (vermoedelijk zinspeelt hij hier dan toch op enige vorm van tempus modicum).[227]

4.4 Analyse literatuur in periode 1925-1975

4.4.1 Stand van zaken wetgeving

In 1926 ging de wettelijke schadevergoedingsregeling van de artikelen 89-93 Sv in werking waarbij de rechter de mogelijkheid kreeg op basis van billijkheid vast te stellen of de geleden schade tegemoet moest worden gekomen door de overheid. Uit de redactie van de wettelijke regeling van de artikelen 89-93 Sv blijkt dat niet is gekozen voor een recht op schadevergoeding, hoewel de wetgever in haar parlementaire stukken wel aangaf dat de regeling in die zin moest worden verstaan dat toekenning regel was tenzij gronden van billijkheid zich daartegen zouden verzetten: '*...Verzet het rechtsgevoel zich niet, dan zal derhalve het enkele feit van ondergane voorlopige hechtenis en geleden schade voldoende grond voor vergoeding zijn. Door het woord 'steeds' wordt aan deze bedoeling uitdrukking gegeven*.'[228] Diverse andere constructies (het absolute-, het facultatieve- en het tussenstelsel) waren tijdens de totstandkoming van de regeling besproken[229] en argumenten voor en tegen bepaalde constructies kwamen daarbij aan de orde. Overigens herhaalde de Minister in 1972 nog eens dat er een billijkheidsgrondslag aan de regeling ten grondslag lag en geen rechts-

225 J. Domela Nieuwenhuis 1878, p. 346.
226 D.J. Mom Visch 1882, p. 272.
227 D. Simons 1904, p. 492.
228 Zie Bijlagen Handelingen der Staten Generaal II 1913/1914, nr. 286.3 (MvT), p. 75. Artikel 90 lid 1 Sv luidt namelijk: 'De toekenning van een schadevergoeding heeft steeds plaats indien en voor zover daartoe, naar het oordeel van de rechter, alle omstandigheden in aanmerking genomen, gronden van billijkheid aanwezig zijn'.
229 Bijlagen Handelingen der Staten Generaal II 1913/1914, Memorie van Toelichting, p. 87 v.

grond.[230] Dat betekent dat de billijkheid als grondslag voor de schadevergoeding dient.

De wettelijke regeling stelt als voorwaarde dat sprake moet zijn van het einde van een zaak zonder oplegging van straf of maatregel (of met zodanige oplegging maar voor een feit waarvoor voorlopige hechtenis niet is toegestaan). Alleen dan komt men in aanmerking voor een vergoeding en dat is daarom een van de belangrijkste materiële voorwaarden die door de wetgever zijn gesteld. Verwijzing naar gebleken onschuld komt daarom niet als wettelijke voorwaarde voor in de regeling en in de Memorie van Toelichting wordt toegegeven dat billijkheid, de grondslag voor vergoeding, geen synoniem is voor gebleken onschuld. Indirect wordt echter toegegeven dat schuldvermoedens een rol kunnen spelen bij de vaststelling van billijkheidsgronden voor vergoeding door de rechter.

Voor wat betreft omvang heeft de wetgever zich beperkt tot materiële schade, en niet is gekozen voor vergoeding van het gehele bedrag (slechts tegemoetkoming is mogelijk).

Hieruit blijkt dat de wetgever zijn eigen lijn heeft gevolgd[231] en zich niet volledig heeft gebaseerd op de wetenschappelijke discussies (of de uitkomsten van de dissertaties). Zo werd bijvoorbeeld de billijkheidsgrondslag zeker niet door de meerderheid van de wetenschappelijke auteurs verdedigd (zie hiervoor), terwijl de wetgever hierin de oplossing meende te zien. Voor wat betreft de voorwaarden (gebleken onschuld of niet gebleken schuld) kiest de wetgever voor een middenweg en laat hij het feitelijk geheel aan de rechter over hiermee om te gaan. In hoofdstuk 2 (rechtspraakbespreking) is uitvoerig beschreven waartoe dit heeft geleid.

Vermeldenswaardig in deze periode (1925-1975) is dat in de meeste buurlanden een wettelijke regeling wordt hervormd of tot stand komt rond de jaren '70 (vergelijk de aanpassing in onze regeling in 1975).[232,233]

---

230 Zie Kamerstukken II 1972, 12 132, MvA, nr. 6, p. 1-2. Zie ook J.P.M. Borsboom 1983, p. 100 die dit geen juist uitgangspunt vindt.

231 Ook werd niet aangesloten bij andere ontwikkelingen zoals geldend aansprakelijkheidsrecht, N.J.M. Kwakman 2003, p. 424.

232 Zie hierover uitgebreid N.J.M. Kwakman 2003, p. 378-382 die schrijft dat in Duitsland een regeling bestaat die ziet op schadevergoeding voor de gewezen verdachten ten gevolge van rechtmatig optreden (niet t.a.v. derden; die dienen civielrechtelijk hun vordering te doen, en ook niet ziende op onrechtmatig optreden: ook dat dient via civielrechtelijke weg). Er is sprake van een ambthalve beslissing (derhalve geen verzoek nodig). Dat past bij de ontwikkeling zoals door Schätzler beschreven: het denken over schadevergoeding is gewijzigd, sinds 1971 is grondslag gewijzigd van onschuldbeloning naar herstel van onevenredige benadeling. Het risico ligt derhalve bij de overheid. Voor wat betreft Frankrijk geeft Kwakman ook een korte omschrijving (p. 382-386) van de schadevergoedingsregeling voor de gewezen verdachte ten gevolge van voorlopige hechtenis. Dit is een regeling uit 1970 (schade moest anormale et d'úne particuliere gravite zijn). Ook België kreeg in 1973 een regeling (N.J.M. Kwakman 2003, p. 387-392) die zowel ziet op onrechtmatige als 'onwerkbare' voorlopige hechtenis, dus niet voor andere strafvorderlijke dwangmiddelen of derden. Er is sprake van een recht op vergoeding in verband met onwettige voorlopige

4.4.2 Samenvatting conclusies uit Nederlandse literatuur in de periode 1925-1975

In dit gedeelte ga ik in op wat in Nederland wetenschappelijk auteurs vonden van deze wettelijke regeling van de artikelen 89-93 Sv. Ik beschrijf eerst hun opvattingen tot aan de wetswijziging in 1975 (in de volgende paragraaf zal dan blijken dat dan enkele structurele wijzigingen worden doorgevoerd, waarbij de wetgever zich meer rekenschap lijkt te geven van de wetenschappelijke noties, vooral voor wat betreft de kritiek over de reikwijdte van de regeling en de beperking tot materiële schade).

In deze periode is overigens het terrein van overheidsaansprakelijkheid anders dan voor strafvorderlijke schade flink in beweging (zie beschrijving in hoofdstuk 3, over de leer Bregstein en de Voorste Stroom-arresten, in § 3.2.5). Deze ontwikkeling leidt tot vele publicaties op het algemene terrein van schadevergoeding voor overheidshandelen en daar lijkt men te concluderen dat langzamerhand een ontwikkeling plaatsvindt waarbij sprake lijkt van een erkenning van een recht op schadevergoeding bij schadeveroorzakend overheidshandelen zonder dat sprake hoeft te zijn van onrechtmatig handelen (zie daarover nader hoofdstuk 7 in § 7.2). De meeste auteurs (uitgezonderd Tak) die in deze periode echter specifiek publiceren over schadevergoeding voor strafvorderlijk overheidshandelen lijken aan deze ontwikkeling enigszins voorbij te gaan of koppelen daaraan nog geen opvatting over wat dat zou kunnen of moeten betekenen voor overheidsaansprakelijkheid voor strafvorderlijk handelen.

Wel toetsen enkele auteurs de regeling of de ontwikkeling ter zake aan de uitgangspunten van het EVRM, met name aan artikel 5.

In deze periode tot aan 1975 komen – samengevat – de volgende opvattingen over grondslag, voorwaarden en omvang naar voren:

1 De billijkheid als de door de wetgever gekozen grondslag kan niet op veel steun meer rekenen; men zoekt andere gronden en er wordt getoetst aan artikel 5 EVRM. Aandacht voor financieel aspect.
2 Verschillende opvattingen over de vraag of het hier nu om schade in verband met onrechtmatigheid (ex nunc of ex tunc) moet gaan of in ver-

---

hechtenis, en aanspraak op vergoeding in geval van onwerkbare (rechtmatige) voorlopige hecht, indien de voorlopige hechtenis langer dan 8 dagen duurde, en niet te wijten was aan persoonlijke gedraging, en een van de limitatieve gronden uit wet. Omvang gaat naar billijkheid, rekening houdend met privaat belang(bv aandacht in media) en publiek belang (financiën Staat). Het verzoek dient te worden gericht aan de Minister en in tweede instantie aan commissie (dus aan bestuur in plaats van aan rechter); men dient zelf onschuld te bewijzen in geval van buitenvervolgingstelling. Billijkheid is alleen maatstaf voor wat betreft omvang, niet voor wat betreft aanspraak.

233 Hierover EHRM 13 januari 2005 (Capeau/België), app. nr. 42914/98; EHRC 2005, 27 (alleen Franse tekst) besproken door A-G Langemeijer bij Hoge Raad 16 juni 2006, LJN AV6967 onder 2.18. Het EHRM nam schending van de onschuldpresumptie aan.

band met rechtmatig overheidshandelen. Tak betreurt de geïsoleerde ontwikkeling van dit schadevergoedingstraject ten opzichte van de opkomende trend om een recht op schadevergoeding te erkennen bij overheidshandelen in civiel en administratief recht.

3 Er wordt gekeken naar de (wettelijke en aanvullende) voorwaarden en voorzichtig getoetst aan artikel 6 lid 2 EVRM.

4 Er is expliciet aandacht voor bewijsregels en motivering in verband met de gestelde aanvullende voorwaarden.

5 Ook in deze periode wordt 'unaniem' gemeend dat processuele schuld aan de toepassing van voorlopige hechtenis in de weg staat aan schadevergoeding.

6 Gevraagd wordt om uitbreiding van de reikwijdte van de regeling tot ook andere situaties van vrijheidsbeneming.

7 Er blijft aandacht voor uitbreiding van de regeling tot immateriële schade.

4.4.3 Toelichting op conclusies literatuur over grondslag schadevergoeding

4.4.3.1 Billijkheid is uit, rechtsgrond is in, verhouding met artikel 5 EVRM

Er is inmiddels enige kritiek op de billijkheid als grondslag. Men zoekt naar andere gronden.

Volgens Blok en Besier drukte artikel 90 Sv de onmacht van de wetgever uit om een rechtsgrond aan te geven. Volgens hen zou die rechtsgrond hierin moeten bestaan dat '*...de Staat op wien de verplichting rust voor de rechtmatige belangen van de individuen te waken, hunne belangen niet verder aan het algemeen belang mag opofferen dan strikt noodzakelijk.*'[234]

Langeveld 1931 stelt dat een rechtsgrond beter was geweest dan billijkheidsgrond. Hij meent dat de keuze voor een billijkheidsgrond voortkomt uit zuinigheid. '*Men vreesde, dat een mistasten tegenover personen van hoogeren maatschappelijken rang, industrieelen of bankiers, den Staat te veel zou gaan kosten.*'[235] Van Binsbergen springt in op het feit dat de Minister van Justitie aan de Commissie Feber (Commissie tot herziening van het Wetboek van Strafvordering, ingesteld bij beschikking van 24 november 1964) heeft verzocht om voorrang te verlenen aan de regeling van de voorlopige hechtenis. Van Binsbergen wil ter zake van de voorlopige hechtenis alvast enkele wijzigingsvoorstellen voorstellen. Daarbij bespreekt hij ook de regeling van schadevergoeding en doet hij ook daarvoor enkele concrete wijzigingsvoorstellen. Hij doelt op uitbreiding van de schadevergoedingsregeling waarbij hij de formulering van de WED overneemt, derhalve gekoppeld aan de onevenredige hardheid van de voorlopige maatregel, in plaats van aan een persé straffeloos einde van de zaak.[236]

234 A.J. Blok en L.Ch. Besier 1925, p. 281.
235 P. Langeveld 1931, p. 132.
236 W.C. van Binsbergen 1965, met name p. 259-260.

Als bijkomend argument wordt (wederom) de parallel met onteigening opgevoerd.

Langeveld (1931) stelt dat bij vergelijking met onteigening de regeling ernstig tekort schiet (bij onteigening is namelijk sprake van een recht op algehele vergoeding, zelfs bij noodonteigening). Aannemelijker is een vergelijking met 152 GW (vernietiging van eigendom). De civiele jurisprudentie betreffende onschendbaarheid van eigendom gaat in de richting dat beperking van eigendom maar moet worden gedragen. Ziet men preventieve hechtenis wellicht als een beperking van vrijheid tot 40 m3, vraagt Langeveld zich cynisch af?[237]

Vroegtijdig wordt door Tak en Van Binsbergen de relatie met artikel 5 EVRM besproken (wat ertoe leidt dat even later hierover ook een flinke parlementaire discussie wordt gevoerd tussen Roethof en de Minister van Justitie, zie hoofdstuk 1, § 1.6.6).

Tak (1970) stelt dat artikel 5 lid 1 onder c EVRM hier bepalend is, waar wordt uitgegaan van rechtmatig toegepaste preventieve hechtenis. Daaraan valt niet te twijfelen indien bij toepassing is voldaan aan de voorwaarden van artikel 67 Sv, maar indien preventieve hechtenis is toegepast op grond van een feit waarvoor deze niet was toegelaten, is volgens Tak de toegepaste hechtenis in strijd met artikel 5 lid 1 onder c EVRM. Dat is veelal het geval indien iemand aan wie primair een feit is ten laste gelegd waarvoor voorlopige hechtenis is toegelaten en ook toegepast, veroordeeld wordt voor een subsidiair ten laste gelegd feit waarvoor preventieve hechtenis wettelijk niet was toegelaten. In deze situatie staat dan zowel de mogelijkheid van de regeling van de artikelen 89-93 Sv open, alsook die via artikel 5 lid 5 EVRM. Het EVRM is daarbij ruimer omdat het een recht op vergoeding toekent (in vergelijking met een billijkheidstoekenning op de voet van de regeling van de artikelen 89-93 Sv) en niet beperkt is tot schade tengevolge van voorlopige hechtenis (zoals dat wel het geval is bij de regeling van de artikelen 89-93 Sv), maar ook bijv. de schade van inverzekeringstelling niet uitsluit.[238] Zo stelde eerder ook Van Binsbergen in 1965.[239] Ook is de bepaling van het EVRM niet beperkt to materiële schade alleen, omdat de term 'schadeloosstelling' wordt gehanteerd, waarbij Tak uitgaat van de ruime uitleg van dat begrip via artikel 50 EVRM. Tak concludeert dat vanwege de engere inhoud van de regeling van de artikelen 89-93 Sv ten opzichte van het vergelijkbare artikel 5 lid 5 EVRM, de regeling van het WvSv buiten toepassing moet blijven wegens strijd met artikel 5 lid 5 EVRM, althans voor zover de rechter dit strijdigheidconflict niet door extensieve interpretatie vermijdt, en ook dient de rechter artikel 5 lid 5 EVRM toe te passen indien hij oordeelt dat deze bepaling self-executing is.[240]

In begin jaren '30 wordt ook het financiële aspect van de zaak genoemd.

237 P. Langeveld 1931, p. 131-132.
238 P.J.P. Tak 1970, p. 24-25.
239 W.C. van Binsbergen 1965, p. 260.
240 P.J.P. Tak 1970, p. 26.

Langeveld 1931 denkt dat de keuze voor billijkheid voorkomt uit zuinigheid. Dit was bij civiel recht echter (aansprakelijkheid conservatoir beslag) ook geen argument.[241] Marx 1931, die bepleit dat slechts processuele schuld aan schadevergoeding in de weg kan staan, meent dat zo toegepast ook – volledige – schadevergoeding niet al te veel offers voor de Staat zal vergen, aangezien juist bij gegoede verdachten het vooronderzoek en eventueel het terechtstaan de meeste schade geeft.[242]

4.4.3.2 Schadevergoeding in verband met onrechtmatigheid (ex nunc of ex tunc) of rechtmatigheid[243]

Vermoedelijk onder invloed van de discussie die op het terrein van bestuurlijke schade plaatsvindt, maar veelal niet met een rechtstreekse verwijzing daarnaar, zijn er verschillende opvattingen over de vraag of hier wel sprake is van onrechtmatigheid, met andere woorden of het nu wel moet gaan om schadevergoeding in verband met onrechtmatigheid of dat het zou moeten gaan om schadevergoeding in verband met rechtmatige overheidsdaad. Tak is de enige die rechtstreeks verwijst naar de ontwikkelingen ter zake van bestuurlijk handelen en de civielrechtelijke discussie in dat verband. Hij meent dat de geïsoleerde ontwikkeling voor strafvorderlijke schade tot een einde moet komen.

Th.W. van den Bosch (1955) gaat er van uit dat de overheid op grond van de regeling niet tot schadevergoeding verplicht is indien er geen fout gemaakt is.[244] Anders Mulder en Moons in 1962[245] en Van Binsbergen in 1965, die stelt dat het bij de grondslag voor vergoeding niet gaat om 'de fout van het betrokken overheidsorgaan, maar om de billijke aansprakelijkheidsverdeling ingeval van gevaarlijk, overigens noodzakelijk te achten gedrag'.[246] Langeveld (1931) ziet als grondslag *onrechtmatige dwaling* (vanwege de vergelijkbaarheid met de schadevergoedingsplicht bij onrechtmatig conservatoir beslag), omdat onrechtmatigheid ontstaat doordat de preventieve hechtenis niet door een veroordeling wordt gevolgd. Zijn redenering lijkt te zijn dat daarmee de handeling ab initio onrechtmatig wordt.[247]

Aangezien Tak meent dat de praktische toepassing van de artikelen 89-93 Sv niet bevredigend is en van origine van civielrechtelijke aard is, wijdt hij apart aandacht aan de ontwikkelingen in het civiele recht voor wat betreft schadevergoeding bij rechtmatige daad. Hij bespreekt de theorieën van Scholten, Drion, Schoordijk en Stein. Ook is volgens Tak in het administratieve recht te zien dat via de algemene beginselen van behoorlijk bestuur ongeschreven billijkheidsverbintenissen worden geïntroduceerd indien een bijzondere schadevergoedingsregeling ontbreekt. Ligt het nu zoveel anders indien de Staat (in de hoedanigheid van de officier van justitie) in

241 P. Langeveld 1931, p. 132.
242 A.J. Marx 1931, p. 158.
243 Hier had ook de toets aan art. 5 EVRM onder geplaatst kunnen zijn; ik heb ervoor gekozen dat bij de vorige conclusie te doen, aangezien de nadruk in de literatuur lijkt te liggen op kritiek op de billijkheidsgrondslag voor schadevergoeding.
244 Th.W. van den Bosch 1955, p. 84.
245 A. Mulder en Ch.M.J.A. Moons 1962, p. 25.
246 W.C. van Binsbergen 1965, p. 255-256.
247 P. Langeveld 1931, p. 129.

plaats van een particulier de schadeveroorzaker is, vraagt hij zich af.[248] Tak gaat vervolgens in op preadviezen voor de VAR in 1969 (Verpaalen en Beunke) ter zake van schadevergoeding voor rechtmatige overheidsdaad en een artikel van Troostwijk in het NJB 1969 en concludeert daaruit dat 'én in het civiele recht én in het administratieve recht een ontwikkeling plaatsvindt welke resulteert in de erkenning van een recht op schadevergoeding bij schadeveroorzakend overheidshandelen'.[249] Bij deze ontwikkeling heeft de strafrechter zich bij schadevergoedingsbeslissingen niet aangesloten, terwijl Tak meent dat de rechter bij zijn interpretatie van de schadevergoedingsregeling voor ondergane preventieve hechtenis indien de zaak eindigt zonder toepassing van straf of maatregel, er beter aan doet wel bij deze ontwikkeling aan te sluiten en daarbij gebruik te maken van de maatstaven die de civiele rechter in een schadevergoedingsprocedure hanteert. De periode van de eerste voorzichtige proef, zoals de wetgever het noemde, dient volgens Tak te worden verlaten.

4.4.4 Toelichting op conclusies literatuur over voorwaarden te stellen aan schadevergoeding

4.4.4.1 De rechtspraktijk van (aanvullende) voorwaarden onder de loep

Er wordt gekeken naar gehanteerde voorwaarden, onder andere die voorwaarden die samenhangen met (on)schuld, en voorzichtig getoetst aan artikel 6 lid 2 EVRM.

Langeveld 1931 is voorstander van schadevergoeding in alle gevallen waarin geen veroordeling op de preventieve hechtenis is gevolgd. Hij gaat uit van niet gebleken schuld ingeval van een onherroepelijk vonnis omdat men naast guilty or not guilty geen derde posterieur vonnis mag scheppen (zoals al blijkt uit rechtspraak). '*Een weigering op grond van billijkheidsoverwegingen kan bezwaarlijk door den beugel, nu die billijkheid wordt ontleend aan het rechtens vaststaande feit der onschuld, thans weer tot 'ernstige twijfel' gedegradeerd (…).*[250] Ten onrechte bevond de rechter '*dat geen 18 karaats onschuldige om schadevergoeding vroeg, die hem dan ook werd geweigerd…*'[251]

Tak (1970) trekt op basis van een gering aantal (onterecht)[252] gepubliceerde uitspraken de voorzichtige conclusie dat bij vrijspraken de rechter de overtuiging moet hebben dat sprake is van de onschuld van de gewezen verdachte. De gewezen verdachte zou overtuigend aannemelijk moeten maken dat hij het strafbare feit niet gepleegd heeft. Tak bekritiseert dit, want hoewel de verdachte en het OM als gelijkwaardige partijen beschouwd moeten worden, is het OM beter uitgerust om de rechter de overtuiging te doen bekomen dat verdachte het hem tenlastgelegde

248 Interessant is dat Tak meent dat de OvJ verantwoordelijk moet worden gehouden omdat op zijn vordering de RC beslist over de toepassing en verlenging van de preventieve hechtenis. hij verwijst daarbij naar ondermeer een Ministeriële Circulaire uit 1953, P.J.P. Tak 1970, p. 21 noot 91.

249 P.J.P. Tak 1970, p. 23.

250 P. Langeveld 1931, p. 129-130.

251 P. Langeveld 1931, p. 131.

252 P.J.P. Tak 1970, p. 13. Hij merkt daarbij cynisch op dat hij zich afvraagt hoe deze publicaties van afwijzende beschikkingen te rijmen vallen met art. 90 lid 3 Sv waarin staat vermeld dat bij afwijzende beschikking, deze aan de verdachte wordt betekend met weglating van de redenen (die voor hem wel ter inzage liggen op de griffie), zie noot 55 aldaar.

feit heeft begaan, dan dat de gewezen verdachte de rechter alsnog van zijn onschuld zou kunnen overtuigen. Daarbij dwingt het wettelijk stelsel de rechter tot een 'schizoïde' beoordeling, omdat het strafprocesrecht zelf geen onderscheid maakt tussen een niet schuldig verklaring en een niet bewezen verklaring, zoals bv. het Schotse strafrecht dat wel kan (guilty, not guilty en not proven). Tak stelt dat weliswaar moet worden toegegeven dat '*vrijspraak niet impliceert dat de vrijgesprokene ook feitelijk onschuldig is, doch strafrechtelijk staat hij met een onschuldige gelijk*.' waarbij hij zich mede baseert op artikel 6 lid 2 EVRM.[253]

Van Binsbergen gaat een stap verder. Hij is van opvatting dat zelfs de wettelijke voorwaarde dat sprake moet zijn van einde van de zaak zonder oplegging van straf of maatregel moet vervallen.

Van Binsbergen (1965) wenst uitbreiding van de schadevergoedingsregeling van de gevallen waarin schadevergoeding mogelijk is ook in geval wel een straf of maatregel is opgelegd, namelijk indien de opgelegde hechtenis als onevenredig hard moet worden beschouwd. Hij baseert zich hierbij op de regeling van de WED. Hij staat dus een vergoeding voor op basis van onevenredige hardheid van de voorlopige maatregel, en niet gekoppeld aan een persé straffeloos einde van de zaak.[254]

Sommige auteurs menen echter dat er wel aanvullende voorwaarden gesteld moeten worden voordat men in aanmerking komt voor schadevergoeding, en verdiepen zich dus in de invulling van de billijkheidsgrondslag.

Blok en Besier (1925) werkten uit wanneer sprake zou moeten zijn van het ontbreken van gronden van billijkheid zodat geen schadevergoeding zou moeten worden toegekend. Volgens hen was dat in geval mocht blijken dat het bewezen verklaarde, maar niet strafbaar geoordeelde feit niettemin een zeer laakbaar karakter droeg, of dat ondanks de gegeven vrijspraak zwaarwichtige bezwaren tegen de verdachte bleven bestaan of in geval vrijspraak een gevolg was van een minder gelukkige tenlastelegging.[255] Volgens Langemeijer (1931) stelt Langeveld (1931) ten onrechte de vrijgesprokene voor het recht gelijk aan de onschuldige. De onbedoelde neveneffecten van deze opvatting (een morele schok voor de betrokkene omdat de rechter geneigd is hem nog steeds voor schuldig te houden alsmede de publieke opinie) wegen voor Langemeijer echter niet op tegen de nadelen van een absolute toekenning, zeker niet omdat de ruchtbaarheid van een afwijzende schadevergoedingsbeslissing bijna nihil is.[256] Van Binsbergen 1965 meent dat de overweging die in de rechtspraak wordt gehanteerd, namelijk dat de rechter ondanks vrijspraak niet de overtuiging heeft dat de verdachte onschuldig is, niet in strijd komt met

253 P.J.P. Tak 1970, p. 14.
254 W.C. van Binsbergen 1965, p. 259.
255 A.J. Blok en L.Ch. Besier 1925, p. 281-282.
256 G.E Langemeyer 1931, p. 159. Tot aan de wetswijziging in 1993 wordt inderdaad op grond van artikel 90 lid 3 een afwijzende beschikking alleen ter kennis gebracht aan de betrokkene onder weglating van de redenen, welke voor de betrokkene dan ter inzage lagen op de griffie (zie hoofdstuk 1 § 1.5.2).

artikel 6 lid 2 EVRM, omdat de gewezen verdachte in de schadevergoedingsprocedure niet beschouwd kan worden als iemand 'die wegens een strafbaar feit vervolgd wordt'.[257]

Vroeger levensgedrag en houding van de gedetineerde krijgen aparte aandacht.[258]

Met betrekking tot vroeger levensgedrag van de verdachte schrijven Blok en Besier (1925) dat dit van invloed kan zijn, '*opdat het rechtsgevoel in opstand zou komen tegen het verlenen van een schadeloosstelling aan een persoon, die geen geregelde arbeid verricht doch behoort tot een dievenbende. Hij heeft het aan zichzelf te wijten, indien de justitie het bestaan van ernstige bezwaren(art 64 Sv) eerder aanneemt bij hem dan bij een ordelijk burger en bij hem eerder denkt aan gevaar voor herhaling*.'[259] Noyon (1925) vraagt zich daarentegen af wat het vroegere levensgedrag met de schadevergoedingszaak te maken heeft aangezien volgens Noyon de schade en de billijkheid alleen bepaald worden door beklaagdes levensomstandigheden.[260] Ook Langeveld (1931) lijkt te stellen dat dergelijke omstandigheden geen rol mogen spelen. Hij baseert zich op artikel 90: schadevergoeding vindt steeds plaats, wanneer er gronden van billijkheid zijn en daarom ziet hij een recht op vergoeding, *'…ook al verricht hij geen geregelden arbeid, doch behoort (hij) tot een dievenbende*', dit in tegenstelling tot Blok en Besier.[261] Kortom, Langeveld vindt de verwijzing naar vroeger levensgedrag onwenselijk bij de vaststelling of sprake moet zijn van schadevergoeding, hoogstens komt het aan de orde bij de omvangkwestie.[262] Anders juist Tak (1970) die meent dat vroeger levensgedrag juist geen rol mag spelen bij de vaststelling van de hoogte van de vergoeding (omvang), op een enkele uitzondering na.[263]

Langeveld (1931) meent dat ook de zinsnede dat bij de vergoedingsbeslissing het gedrag van de gedetineerde een rol mag spelen (art 90) dient te vervallen, want wangedrag mag de toewijzing van een civiele vordering niet beïnvloeden.[264] Tak (1970) ziet het iets ruimer en lijkt te menen dat (zowel vroeger levensgedrag en) de houding voor en tijdens de voorlopige hechtenis slechts in aanmerking dienen te worden genomen bij de beslissing over wel of geen verlening van schadevergoeding, maar niet bij de beslissing over de hoogte van de vergoeding. Hij stelt namelijk dat '*als de rechter immers tot een oordeel is gekomen dat het billijk is dat een tegemoetkoming wordt toegekend, dan eist deze billijkheid tevens dat de totale schade (…) wordt vergoed*.'[265]

257 W.C. van Binsbergen 1965, p. 257. Hij stelt derhalve dat artikel 6 lid 2 EVRM niet van toepassing is omdat geen sprake is van een criminal charge. Zijn opvatting is op dit punt – zoals duidelijk moge zijn – door EHRM rechtspraak achterhaald. Zie daarover hoofdstuk 5.
258 Zie § 4.5.1 hierna om te zien wat de wetgever met deze bemerkingen deed.
259 A.J. Blok en L.Ch. Besier 1925, p. 291-292.
260 T.J. Noyon, Het wetboek van strafvordering, 1925, p. 187.
261 A.J. Blok en L.Ch. Besier 1925, p. 291.
262 P. Langeveld 1931, p. 133.
263 P.J.P. Tak 1970, p. 15.
264 P. Langeveld 1931, p. 134.
265 P.J.P. Tak 1970, p. 15-16.

Ook wordt ingegaan op de wettelijke voorwaarde dat sprake moet zijn van einde van de zaak zonder oplegging van straf/maatregel.

Blok & Besier geven concreet invulling aan de voorwaarden dat sprake moet zijn van a) een einde van de zaak zonder oplegging van straf of maatregel of b) met zodanige oplegging, maar op grond van een feit waarvoor voorlopige hechtenis niet is toegelaten.
Onder a) valt volgens hen:

- een kennisgeving van niet verdere vervolging, anders dan wegens onbevoegdheid van de rechter;
- een onherroepelijk geworden beschikking van de rechtbank waarbij de verdachte buiten vervolging is gesteld;
- een beschikking van het gerecht in feitelijke aanleg waarvoor de zaak het laatst werd vervolgd, waarbij op verzoek van de verdachte wordt verklaard dat de zaak is geëindigd;
- een onherroepelijk geworden einduitspraak, waarbij verdachte is vrijgesproken of ontslagen van rechtsvervolging, tenzij een maatregel is opgelegd;
- de dood van de verdachte, indien de erfgenamen een verzoek indienen;
- indien het OM een termijn voor verdere vervolging of van een kennisgeving van niet verdere vervolging verzuimt.[266]

en onder b) valt volgens hen:

- vrijspraak voor een feit waarvoor voorlopige hechtenis was toegestaan, maar subsidiair veroordeling voor een feit waarvoor die hechtenis niet was toegelaten
- bij vervolging voor meerdere feiten maar in geval van alleen een veroordeling voor een feit waarvoor geen voorlopige hechtenis was toegelaten.[267]

4.4.4.2 Aspecten van bewijs in verband met aanvullende voorwaarden

Men is oplettend ten aanzien van de voorwaarde dat schadevergoeding wordt gerelateerd aan onschuld. Volgens welke regels van bewijs moet dat duidelijk worden, vragen enkelen zich af.

Langemeijer (1931) meent dat voor schuldigverklaring en strafoplegging het strafrecht eist dat de rechter overtuigd is van de schuld van de verdachte (zekerheid), terwijl in een civielrechtelijke verhouding over het algemeen een geringere waarschijnlijkheidsgraad voldoende is. '*Waar nu zoodanige waarschijnlijkheid van de schuld des vrijgesprokenen bestaat, daar staat hij wel strafrechtelijk met een onschuldige gelijk, maar ten aanzien van zijn vermogensrechtelijke aanspraak op vergoeding met een schuldige*'[268] Tak (1970) bekritiseert de ontstane rechtspraktijk waar het lijkt alsof de gewezen verdachte overtuigend aannemelijk zou moeten maken dat hij het strafbare feit niet gepleegd heeft, want hoewel de verdachte en het OM als gelijkwaardige partijen beschouwd moeten worden, is het OM beter uitgerust om de rechter de overtuiging te doen bekomen dat verdachte het hem tenlastgelegde feit heeft begaan, dan dat de gewezen verdachte de rechter alsnog van zijn onschuld zou kunnen overtuigen.[269]

266 Anders J.P.M. Borsboom 1983, p. 63.
267 A.J. Blok en L.Ch. Besier 1925, p. 287-288.
268 G.E. Langemeyer 1931, p. 159.
269 P.J.P. Tak 1970, p. 14.

Ook is er aandacht voor de motivering bij afwijzing van vergoeding.

Blok en Besier (1925) geven in hun handboek een voorbeeld hoe de rechter zou kunnen motiveren, namelijk (indien de rechter gunstig beschikte op het verzoek) '*…dat, ook gelet op het vroegere levensgedrag van de verdachte en op zijn houding voor en tijdens de voorlopige hechtenis er naar zijn oordeel gronden van billijkheid aanwezig waren, welke de toekenning van een tegemoetkoming rechtvaardigden, omdat hem bij zijn daaromtrent ingesteld onderzoek niet was gebleken van feiten of omstandigheden die zich daartegen zouden verzetten.*' Indien de rechter een ongunstige beschikking gaf dan zou hij bepaald de feiten of omstandigheden moeten noemen, op grond waarvan hij oordeelde, dat de billijkheid zich tegen de tegemoetkoming verzette, bijvoorbeeld indien twijfel aan de onschuld van de gewezen verdachte was blijven bestaan, omdat bepaalde bezwaren tegen hem niet waren opgehelderd.[270] Volgens Tak baseerden veel rechters hun beschikkingen op deze voorbeelden.[271]

4.4.4.3 Processuele schuld staat in de weg aan schadevergoeding

Ook in deze periode wordt 'unaniem' gemeend dat processuele schuld aan de toepassing van voorlopige hechtenis in de weg staat aan schadevergoeding.

Marx (1931) meent dat vrijspraak wegens gebrek aan bewijs op zichzelf niet aan de schadevergoeding in de weg moet staan, maar wel bepleit hij dat schadevergoeding niet behoort te worden toegekend indien het aan de verdachte zelf te wijten is dat hij onder verdenking raakte. Dit kan anders worden wanneer de preventieve hechtenis voortduurt nadat volkomen duidelijk is geworden dat er voor oplegging van straf of maatregel wegens een feit dat de vrijheidsbeneming rechtvaardigt, geen sprake zal kunnen zijn. Marx bepleit kortom dat slechts processuele schuld aan schadevergoeding in de weg kan staan.[272] Velen in de hiervoor besproken periode zagen dit ook al zo. Ook Van Binsbergen (1965) merkt op dat alleen relevant kan zijn in hoeverre de verdachte het aan zichzelf te wijten heeft dat de verdenking op hem valt, want dan heeft hij het risico zelf veroorzaakt.[273] Voorafgaande veroordelingen mogen daarbij, volgens Van Binsbergen eventueel wel een rol spelen, maar eerdere depots of buitenvervolgingen niet, omdat dan strijd met artikel 6 lid 2 EVRM kan ontstaan. Artikel 6 lid 2 EVRM stelt namelijk dat een ieder voor onschuldig gehouden wordt totdat zijn schuld volgens de wet bewezen wordt. Van Binsbergen meent, conform eerder Mulder en Moons (1962) dat het erbij betrekken van vroegere veroordelingen hier geen bezwaar oplevert omdat in dat geval de schuld volgens de wet bewezen is.[274] Ook Tak 1970 ziet slechts een uitzondering op volledige schadevergoeding

270 A.J. Blok en L.Ch. Besier 1925, p. 294.
271 P.J.P. Tak 1970, p. 12. Zie ook J.P.M. Borsboom 1983, p. 47.
272 A.J. Marx 1931, p. 157-158.
273 W.C. van Binsbergen 1965, p. 256. Hij ziet dus alleen een beperking van schadevergoeding vanwege processuele schuld.
274 W.C. van Binsbergen 1965, p. 257. Hoewel ik het juridisch eens ben met zijn redenering (zie ook hoofdstuk 6) zie ik echter niet in waarom vroegere veroordelingen een rol zouden moeten spelen bij de beoordeling over schadevergoeding voor ondergane hechtenis in een andere zaak, aangezien processuele schuld aan de totstandkoming van die schade dan zou liggen in vroeger levensgedrag; dat lijkt mij een te ver verwijderd verband. Een dergelijke conclusie lijkt overigens ook niet te passen bij Van Binsbergens ruime opvatting over vergoeding.

indien de gewezen verdachte '*door opzettelijke kwaadwillige misleiding (…) directe en enige oorzaak is geweest tot het voortduren van de voorlopige hechtenis, welke zonder zijn opzettelijke misleiding reeds op een eerder tijdstip zou zijn beëindigd. Billijk is dan slechts de vergoeding tot het tijdstip van de misleiding.*'[275] Tak sluit hiermee aan bij de richting van de jurisprudentie op dit punt.[276]

4.4.4.4 Vrijheidsbeneming dient ruimer opgevat

De voorwaarde dat sprake moet zijn van schade tengevolge van vrijheidsbeneming leidt tot het uiten van de wens door enkelen om dat uit te breiden tot situaties van vrijheidsbeneming die daar tot nu toe niet onder vallen.

Van Binsbergen 1965 wenst uitbreiding van de wettelijke regeling tot schade door inverzekeringstelling (die thans is uitgesloten, maar die juist, ondanks de korte duur, zo ingrijpend is, aldus Van Binsbergen).[277] Idem Tak 1970.[278] De Jong bepleit in 1973 voor uitbreiding van de regeling tot schade ten gevolge van voorlopige hechtenis tengevolge van een door Nederland gedaan uitleveringsverzoek.[279] (Dit voorstel wordt later bij de aanpassing van de regeling overigens overgenomen door de wetgever).

4.4.5 Toelichting op conclusies literatuur over aspecten van omvang

4.4.5.1 Steeds meer aandacht voor immateriële schade

De uitbreiding van de schadevergoedingsregeling tot immateriële schade staat ook in deze korte periode in de belangstelling. Tevens wordt (wederom) geopperd dat vergoeding van morele schade via openbaarmaking kan plaatsvinden.

Langeveld 1931 betreurt de wettelijke beperking tot materiële schade en ziet dat als lacune. Ook in het BW is de rechter daarmee al lang bekend en is dat hem toevertrouwd. Langeveld zou dus ook morele schade vergoed willen zien (conform het wetsontwerp Olivier 1864-1865).[280] Ook Van Binsbergen (1965) wenst uitbreiding van de wettelijke regeling tot ook immateriële schade.[281] Tak (1970) baseert zich hiervoor op een vergelijking met het EVRM, waar hij stelt dat de schadevergoedingsbepaling van het EVRM niet beperkt is tot materiële schade

275 P.J.P. Tak 1970, p. 16.
276 Het lijkt of Tak derhalve processuele schuld eerder als reden tot vermindering van schadevergoeding beschouwt en niet als grond tot afwijzing van schadevergoeding. Dat is een lijn die ook ruim dertig jaar later in de rechtspraak op de voet van de regeling van de artikelen 89-93 Sv stevig doorzet. Zie hoofdstuk 2 in § 2.4.5.
277 W.C. van Binsbergen 1965, p. 260, 261.
278 P.J.P. Tak 1970, p. 25.
279 D.H.W. de Jong 1973, p. 47.
280 P. Langeveld 1931, p. 126.
281 W.C. van Binsbergen 1965, p. 258.

alleen, omdat de term 'schadeloosstelling' wordt gehanteerd, waarbij Tak uitgaat van de ruime uitleg van dat begrip via artikel 50 EVRM.[282]

Langeveld 1931 voelt wel voor een openbare verklaring (eventueel openbare aanplakking) als mogelijkheid om morele schade te kunnen vergoeden. (vergelijk de periode hiervoor waar velen dit zo zagen).[283]

4.5 ANALYSE LITERATUUR IN PERIODE 1975-1991

4.5.1 Stand van zaken wetgeving

In 1975 werd de regeling van de artikelen 89-93 Sv aangepast naar aanleiding van een voorstel van de Commissie Feber in 1972. De kernpunten van de aanpassingen zijn dat ook ondergane inverzekeringstelling voor vergoeding in aanmerking komt, dat immateriële schade in aanmerking komt en dat niet meer wordt gesproken van 'tegemoetkoming' maar van 'schadevergoeding' om aan te geven dat ook volledige vergoeding tot de mogelijkheden behoort. Voor wat betreft het vroegere levensgedrag van de verdachte verdween de expliciete verwijzing daarnaar uit artikel 90, hoewel werd aangegeven dat de rechter vrij bleef deze en andere omstandigheden bij zijn beslissing te betrekken.[284] Verder werden regelingen opgenomen in de Uitleveringswet en de Vreemdelingenwet en werd schadevergoeding mogelijk voor in het buitenland ondergane detentie in verband met een Nederlands verzoek tot uitlevering.

Hiermee lijkt deels tegemoet gekomen aan de bezwaren zoals tegen de oorspronkelijke wettelijke regeling uit 1926 geuit, zoals besproken in de vorige paragraaf (zoals door Langeveld 1931 en Van Binsbergen 1965 die ook vergoeding van immateriële schade wensten en Van Binsbergen die schadevergoeding ten gevolge van inverzekeringstelling bepleitten. Ook het pleidooi van De Jong over de in het buitenland ondergane detentie in verband met een Nederlands uitleveringsverzoek werd serieus genomen).

De wetgever bleek echter niet gevoelig voor kritische argumenten ter zake van de rol van het vroeger levensgedrag en houding voor en tijdens de preventieve hechtenis (daarover Noyon 1925, Langeveld 1931 en Tak 1970), want deze factoren konden nog wel een rol konden blijven spelen, hoewel niet meer expliciet in de wet opgenomen.

Ten slotte bleef de wetgever van mening dat van onrecht geen sprake was, dat daarom strijdigheid met artikel 5 lid 5 EVRM niet aan de orde hoefde te zijn en dat daarom geen sprake hoefde te zijn van een recht op vergoeding, ook niet vanwege de vele ongelijksoortige gevallen waaraan gedacht kan worden. Het bleef kortom gaan om vergoeding op billijkheidsgronden, in

282 P.J.P. Tak 1970, p. 25.
283 P. Langeveld 1931, p. 126.
284 Bijl Handelingen II 1973/1974, 12 132, MvA, p. 4. Zie uitvoerig hoofdstuk 1.

tegenstelling tot de kritische opstelling daarover van Tak in 1970 (en in mindere mate Langeveld in 1931).

4.5.2 Samenvatting conclusies uit Nederlandse literatuur in de periode 1975-1991

In deze korte periode wordt er gereageerd op de wetswijzigingen van 1975 tot aan de volgende knip (in 1990, als de Hoge Raad twee uitspraken doet over schadevergoeding tengevolge van strafvorderlijke dwangmiddelen – overigens geen vrijheidsbeneming – waardoor veel auteurs daarover vanaf 1991 hun mening geven.[285]

In deze periode wordt voortgeborduurd op eerdere wensen en kritiekpunten en wordt wederom aandacht gegeven aan de kwestie of (on)rechtmatigheid hetzij beoordeeld dient te worden naar het moment van overheidshandelen hetzij dat latere omstandigheden daarbij een rol mogen spelen. Ook komt er steeds meer aandacht voor de verhouding van de regeling met de uitgangspunten van het EVRM(artikel 5 en 6). Vooral de vraag in hoeverre de rechtspraak op de voet van de regeling van de artikelen 89-93 Sv zich verhoudt tot artikel 6 lid 2 EVRM houdt de gemoederen bezig, en de interpretatie van de eerste EHRM uitspraak op dit punt (Minelli 1983) houdt de meningen verdeeld. Ook kijken inmiddels enkele auteurs naar de ontwikkelingen op het algemene terrein voor overheidsaansprakelijkheid en putten daar argumenten uit tot aanpassing van de wet dan wel de praktijk. Er wordt de wens uitgesproken tot aanpassing van de wettelijke regeling, waarbij het niet zozeer uitmaakt of dit gebeurt door wijziging van de regeling van de artikelen 89-93 of door een algemene regeling voor schadevergoeding bij rechtmatige overheidsdaad te creëren. Samengevat komen de volgende lijnen sterk naar voren in de periode 1975-1991:

1 Veel aandacht over de vraag of de billijkheidsgrondslag van de regeling van de artikelen 89-93 Sv zich verhoudt met het recht op vergoeding volgend uit artikel 5 EVRM/relatie met artikel 6 lid 1 EVRM (civil right).
2 Er lijkt een verschuiving te zijn naar de gedachte van een aanspraak op vergoeding, al dan niet op grond van onevenredige hardheid. Borsboom bepleit einde geïsoleerde ontwikkeling t.o.v. overig schadevergoedingsrecht. Aandacht voor financieel aspect.
3 Bespreking ex nunc en ex tunc vaststelling van (on)rechtmatigheid.
4 De wettelijke voorwaarde dat sprake moet zijn van einde zaak zonder straf of maatregel wordt nader ingevuld.
5 Toets van regeling van de artikelen 89-93 Sv aan onschuldbeginsel, artikel 6 lid 2 EVRM neemt toe.

285 F.B. Bakels (1991) benoem ik overigens nog bij deze periode; hij bespreekt namelijk niet de civiele rechtspraak (waar de volgende periode zich op richt) en discussieert met name over kwesties die deze periode kenmerken.

6 Algemeen wordt gemeend dat processuele schuld in de weg staat aan vergoeding.
7 Bewijslast/bewijsregels dienen conform vermogensrechtelijke regels te verlopen.
8 Steeds meer voorstanders voor vergoeding van andere schade dan die ten gevolge van voorlopige hechtenis alleen.
9 Toenemende aandacht voor aspecten van omvang (billijkheidsmaatstaf, forfaitair of niet).

4.5.3 Toelichting op conclusies literatuur over grondslag schadevergoeding

4.5.3.1 Billijkheidsgrondslag van de regeling van de artikelen 89-93 Sv gelegd naast het recht op vergoeding van artikel 5 EVRM en artikel 6 lid 1 EVRM (civil right)

De discussie die in de hiervoor beschreven periode was ingezet door Van Binsbergen en Tak, wordt in deze periode stevig doorgezet. Het gaat om de vraag of het recht op schadevergoeding dat volgt uit artikel 5 EVRM de billijkheidsregeling (gunstregeling) van de regeling van de artikelen 89-93 Sv opzij zet of dat deze regeling als een uitwerking daarvan van moet worden gezien. Deze discussie raakt dus aan de vraag of het gaat om vergoeding in verband met een rechtmatige of een onrechtmatige overheidsgedraging en is daarmee tevens gerelateerd aan de bevoegdheidskwestie tussen de strafrechter op de voet van de regeling van de artikelen 89-93 Sv en de civiele rechter.

Van Veen (1976) beschrijft kort de argumenten die gehanteerd werden bij de parlementaire discussie over het karakter van de schadevergoeding en haalt daarbij de Minister van Justitie aan waar deze meent dat de regeling verder gaat dan artikel 5 lid 5 EVRM, aangezien die laatste regeling alleen ziet op onrechtmatige detentie (en dan staat de weg naar de civiele rechter open) terwijl de schadevergoedingsregeling van de artikelen 89-93 Sv eveneens ziet op schade tengevolge van rechtmatige detentie. Dan hoeft er geen recht op vergoeding te zijn, maar kan het billijk zijn de schade te vergoeden. Volgens Van Veen was Tak daarentegen in 1970 een andere mening toegedaan, die volgens Van Veen ook doorklinkt in het voorlopig verslag, namelijk dat artikel 5 lid 5 EVRM ruimer is dan de regeling omdat het juist een recht op schadevergoeding toekent, waarbij Tak veronderstelt dat in de tweede categorie gevallen wel degelijk sprake is van onrechtmatige detentie (zie Tak 1970). Van Veen bekritiseert Tak maar stelt ook de Minister niet in het gelijk. Hij stelt dat met deze gedachtewisseling over artikel 5 EVRM ook anders kan worden omgegaan en is van mening dat de regeling van de artikelen 89-93 Sv wel mede een uitwerking kan zijn van artikel 5 EVRM, aangezien in deze regeling thans sprake is van schadevergoeding (in plaats van tegemoetkoming), en ook inverzekeringstelling onder de regeling valt. Hij meent dat artikel 5 EVRM erop ziet dat er tenminste een regeling is die de burger bevoegd maakt een schadevergoedingsverzoek in te dienen.[286]

286 Th.W. van Veen 1976, p. 74-75.

Borsboom (1983) sluit zich aan bij Van Veen op dit punt (anders dan de Minister). Die uitwerking is echter niet allesomvattend, maar bevat een deel van de in artikel 5 lid 5 opgesomde categorieën. Borsboom ondersteunt de Minister dan ook wel waar deze stelt dat de regeling van de artikelen 89-93 Sv geen exclusieve regeling is; ook de weg naar artikel 1401 BW staat (steeds) open. Artikel 5 lid 5 EVRM bevat bijv. passages die in Nederland onder artikel 67 Sv vallen, maar ook passages die onder artikel 67a Sv vallen (gevaar voor vlucht) en die, zagen we tijdens de parlementaire behandeling (discussie tussen de Minister en Roethof), vallen buiten de reikwijdte van de regeling van de artikelen 89-93 Sv, zodat dan vanzelf artikel 1401 BW in zicht moet komen.[287] Cremers (1989) ziet dit ook zo: voor wat betreft de samenloop tussen de regeling van de artikelen 89-93 Sv en de civiele rechtsgang merkt Cremers op dat de regeling van de artikelen 89-93 Sv zowel open staat voor rechtmatige als onrechtmatige detentie, maar dat bij afwezigheid van gronden als bedoeld in artikel 67a Sv alleen de civiele rechtsgang uitkomst biedt (gezien de parlementaire discussie hierover).[288]

Borsboom sluit zich ook aan bij de reactie van Van Veen op Tak's stelling dat de regeling van de artikelen 89-93 Sv buiten toepassing zou moeten blijven nu artikel 5 lid 5 EVRM ruimer is (in ieder geval in de situatie dat een voorlopige hechtenis is opgelegd voor een feit waarvoor voorlopige hechtenis niet was toegestaan). Tak meent namelijk dat bij deze categorie sprake is van onrechtmatige voorlopige hechtenis en dan geeft artikel 5 EVRM een recht op schadevergoeding. Samenvattend stelt Borsboom dat artikel 5 lid 5 EVRM gaat over van-meet-af-aan onrechtmatige detentie (te beoordelen ex tunc) en dan is sprake van een recht op vergoeding. De regeling van de artikelen 89-93 Sv botst daarmee niet, maar geeft mede een uitwerking aan artikel 5 EVRM en daarbij levert de enkele onrechtmatigheid van de detentie een onweerlegbare grond op voor de door artikel 89 Sv gevraagde billijkheid.[289] Borsboom is voorstander voor wijziging in de verhouding tussen de rechtsgang van de regeling van de artikelen 89-93 Sv en civiele rechtsgang; naar zijn mening verdient het de voorkeur dat slechts een rechtsgang openstaat, maar wel zullen dan alle acties die thans (in theorie, men stelt nu eenmaal niet zo snel een civiele rechtsgang tegen de Staat in) openstaan, in die regeling ondergebracht dienen te worden.[290] Gezien de leemte in verband met artikel 5 EVRM bepleit Borsboom ook schadevergoeding voor aanhouding en ophouding voor verhoor (conform losbladige Melai).[291]

Prakken (1989+1990) gaat in op het juridisch juiste, maar praktisch lastige onderscheid tussen rechtmatige en onrechtmatige voorlopige hechtenis voor wat betreft de respectievelijk openstaande schadevergoedingsregimes en de respectievelijke toepasselijke rechten (civil right van artikel 6 lid 1 EVRM, recht op schadevergoeding van artikel 5 lid 5 EVRM). In geval van onrechtmatige detentie is steeds sprake van 6 lid 1 en 5 lid 5 EVRM. Bij rechtmatige maar achteraf onterechte ondergane detentie twijfelt ze of een verzoek ex artikel 89 Sv valt onder een 'civil right' in de zin van artikel 6 lid 1 EVRM, hoewel ze daartoe wel neigt. In de praktijk is de keuze voor de procedure van de regeling van de artikelen 89-93 Sv (die ook gehanteerd mag worden bij onrechtmatige detentie; maar dan is wel sprake van een recht op vergoeding) of de civiele procedure soms lastig. In haar vervolgstuk (1990) haalt ze rechtspraak aan (Hoge Raad 7 april 1989, RvdW 1989, 102) waaruit blijkt dat beide procedures inderdaad parallel gehanteerd kunnen worden en dat in geval van onrechtmatige detentie een aanspraak op schadevergoeding bestaat op basis van artikel 5 lid 5 EVRM. Onbeantwoord blijft nog de vraag of de civiele rechter ook zelfstandig de onrechtmatigheid van de detentie mag toetsen wanneer de strafkamer zich

287 J.P.M. Borsboom 1983, p. 86-87.
288 J.H.F.J. Cremers 1989, p. 706.
289 J.P.M. Borsboom 1983, p. 91.
290 J.P.M. Borsboom 1983, p. 150-151.
291 J.P.M. Borsboom 1983, p. 150-151.

daarover al zou hebben uitgelaten (wat niet vaak het geval zal zijn, gezien de focus op de rechtmatigheid van het bewijs).[292]

Bakels (1991) concludeert op basis van de Minelli-uitspraak (EHRM) dat een gewezen verdachte op grond daarvan in de regel aanspraak op schadevergoeding heeft, hoewel daarop uitzonderingen kunnen worden gemaakt voor zover billijkheid dat eist. Aangezien in artikel 5 lid 5 uitsluitend een recht op schadevergoeding wordt erkend in geval van onrechtmatige detentie, kan daaruit volgens Bakels a contrario worden afgeleid dat dit recht niet zonder meer bestaat voor rechtmatige detentie. Daarbij kan de regeling van de artikelen 89-93 Sv niet worden beschouwd als een civil right in de zin van artikel 6 lid 1 EVRM[293] (anders Prakken, die daarover wel twijfelde maar er wel toe neigde) omdat de wetgever bewust een discretionaire bevoegdheid aan de rechter heeft willen toekennen.[294] Er dient echter steeds schadevergoeding te worden toegekend indien de detentie onrechtmatig was, bijv. indien gevallen of gronden van artikel 67 en 67a Sv niet aanwezig waren of alsnog kwamen te ontvallen. Ook indien een formele fout is gemaakt bij het toepassen van voorlopige hechtenis, is detentie onrechtmatig en dient schadevergoeding te worden toegewezen.[295] De tegenwerping dat verzoeker desondanks geen schade kan hebben geleden of causaal verband tussen onrechtmatigheid en schade ontbreekt, dient te moeten worden verworpen: in die gevallen dient zo nodig gebruik gemaakt te worden van abstracte schadeberekening.[296]

4.5.3.2 Naar een aanspraak op grond van het égalité-beginsel?

Er komt een voorkeur naar voren voor schadevergoeding gebaseerd op het principe van de gelijkheid van de burgers voor publieke lasten, waaraan een recht in de zin van een aanspraak op vergoeding aan gekoppeld wordt. Daarmee lijkt men meer aan te sluiten op de discussie die plaatsvindt over het andere deel van publiekrechtelijke schade. Borsboom noemt dat expliciet en bepleit beëindiging van de geïsoleerde ontwikkeling voor het terrein strafvorderlijke schade (anders Melai).

Dat billijkheid als schadevergoedingsbepalend criterium wordt gehanteerd ziet Van Veen (1976) niet als bezwaar, daarbij verwijzend naar het civiele recht waar weliswaar een recht op vergoeding bestaat bij onrechtmatigheid, maar de hoogte vervolgens ook wordt bepaald aan de hand van billijkheid.[297] Hij zou echter een ontwikkeling wensen in de richting van de bepaling van artikel 32 lid 1 WED, waarin sprake is van een geldelijke tegemoetkoming indien de opgelegde voorlopige maatregel achteraf gezien als onevenredig hard moet worden beschouwd (hij sluit zich hier aan bij Van Binsbergen die dat in 1965 ook bepleitte), derhalve ongeacht de afloop

292 T. Prakken 1989/1990, p. 1575.
293 F.B. Bakels 1991, p. 288.
294 Door EHRM rechtspraak (Masson/Van Zon) zal de mening van Bakels gesteund worden, zie hierna.
295 F.B. Bakels 1991, p. 289. Bakels beschrijft dit in het licht van de invulling van de billijkheid van art. 89 Sv, en lijkt er dus van uit te gaan dat deze situaties eronder vallen, zie anders over het ontbreken van gronden ex art. 67a Sv de Minister van Justitie tijdens discussie met Roethof en daarop aansluitend Borsboom en Cremers.
296 F.B. Bakels 1991, p. 289.
297 Th.W. van Veen 1976, p. 75-76.

van de strafzaak.[298] Hij herhaalt dit nog eens in 1984.[299] Ook Borsboom (1983) gaat uitvoerig in op de kwestie of sprake moet zijn van een rechtsgrond of een billijkheidsgrond (waarbij hij uitgaat van definitie van Leyds en Andries). Hij acht de discussie nogal overtrokken, omdat hij meent dat in beide gevallen een wettelijke regeling noodzakelijk is, terwijl de wijze van regeling door geen van beide dwingend wordt bepaald.[300] Hij gaat vervolgens kort en bondig in op het leerstuk van de rechtmatige overheidsdaad. Volgens Verpaalen is 1955 een omslagpunt en wordt dan steeds duidelijker dat ook van de overheid wordt verwacht dat zij schade vergoedt, zelfs indien deze is veroorzaakt door een rechtmatige overheidsdaad. Hij beschrijft de ideeën van Scholtens, Koeman en A.Q.C. Tak voor wat betreft de definiëring van rechtmatige overheidsdaad.[301] Er blijkt volgens Borsboom grote eensgezindheid te bestaan over de grondslag van (een wettelijke regeling voor) schadevergoeding, namelijk het principe van gelijkheid van de burgers ten opzichte van de publieke lasten ofwel het beginsel van 'égalité devant les charges publiques'.[302] Hij gaat in op de uitleg die De Haan c.s. en A.Q.C. Tak daaraan geven, namelijk dat het uitgangspunt is dat ieder zijn eigen schade draagt, waarbij de normale risico's die aan het leven in een gecompliceerde gemeenschap verbonden zijn niet voor vergoeding in aanmerking komen maar dat abnormale risico's daarentegen worden gedragen door de gemeenschap. Volgens Borsboom sluit de grondslag van de regeling van de artikelen 89-93 Sv hier geheel bij aan.[303] Helaas is volgens Borsboom door de wetgever het billijkheidsoordeel te vroeg van stal gehaald. 'Uitgangspunt moet zijn een recht op vergoeding en daarna krijgt de billijkheid een functie, namelijk bij het beoordelen van de vraag welk deel van de geleden schade de Staat moet overnemen. Tot een scherpe wijziging in de rechtspraak behoeft dit overigens niet te leiden, wanneer ook de huidige jurisprudentie met betrekking tot laakbaar gedrag in de regeling wordt geïncorporeerd'.[304] Borsboom 1983 (zie eerder Tak 1970) stelt zich de vraag of de regeling van de artikelen 89-93 Sv aansluit bij de praktijk van de rechtmatige overheidsdaad in het algemeen. Hij gaat daartoe in op de kwestie of bij een regeling op grond van billijkheid ook sprake kan zijn van een recht op schadevergoeding en bekijkt in dat verband de regeling van artikel 49 Wet Ruimtelijke Ordening. Borsboom stelt ten eerste de betrekkelijkheid van de discussie vast; niet de kwalificatie die men geeft aan de regeling is van belang, maar de uitwerking in de praktijk, hoewel de kwalificatie wel van invloed kan zijn op de uitwerking.[305] Dat laat onverlet dat in vrijwel alle wetten die de laatste 20 jaren tot stand zijn gekomen (daarbij baseert Borsboom zich op A.Q.C. Tak)[306] een formule wordt gebruikt (analoog aan die van artikel 15 lid 4 Monumentenwet) die aanspraak geeft op vergoeding, voor schade die redelijkerwijze niet of niet geheel ten laste van de burger behoort te blijven, naar billijkheid te bepalen. Minister Van Agt wilde echter voor wat betreft de regeling van de artikelen 89-93 Sv niets weten van een regeling die in deze richting ging. Borsboom staat op basis van deze bevindingen een wijziging voor, zodat aansluiting wordt verkregen bij andere bijzondere regelingen ter zake van rechtmatige overheidsdaad, zodat sprake is van 'eenzelfde systematiek bij verwante

298 Th.W. van Veen 1976, p. 81.
299 Th.W. van Veen 1984, p. 444.
300 J.P.M. Borsboom 1983, p. 33.
301 J.P.M. Borsboom 1983, p. 94.
302 J.P.M. Borsboom 1983, p. 95.
303 J.P.M. Borsboom 1983, p. 95.
304 J.P.M. Borsboom 1983, p.101.
305 J.P.M. Borsboom 1983, p. 98-99.
306 A.Q.C. Tak 1987, p. 360-364 maakt melding van de volgende wetten die naast de Monumentenwet van 1961 zo'n regeling kennen: Boswet 1961, Ontgrondingswet 1965, Wet Ruimtelijke Ordening, Natuurbeschermingswet 1967, Wet verontreiniging oppervlaktewateren 1969, Wet inzake de Luchtverontreiniging 1970.

vraagstukken'.[307] Ook acht hij het theoretisch juister om te spreken van een recht op vergoeding.

Kortom, Borsboom pleit voor invoering van een recht op vergoeding; dat is systematisch (passend bij overige ontwikkelingen ter zake van rechtmatige overheidsdaad) en juridisch (onschuldpresumptie) juister.[308] Hiermee wordt de vastgestelde vermenging tussen vragen betreffende gronden voor en omvang van toekenning verholpen en ten slotte brengt dit beter tot uitdrukking dat sprake is van een weerlegbaar vermoeden van gronden van billijkheid, conform het stelsel dat de wetgever voor ogen stond in 1926.[309]

Melai daarentegen benadrukt in 1988 de inbedding van de schadevergoedingsregeling binnen de fundamentele regeling van het strafproces voor wat betreft de functie van het vooronderzoek en de toepassing van dwangmiddelen. Het gaat om schadevergoeding voor ondergane – en niet van ten onrechte ondergane – voorlopige hechtenis. Er is dus geen sprake van een variant van de onrechtmatige overheidsdaad en derhalve is geen sprake van een aanspraak op vergoeding. Volgens Melai berust de schadevergoeding op een 'behoren' dat zijn rechtsgrond vindt in het precaire (onzekere), want voorlopige, karakter van het strafrechtelijk (voor)onderzoek, gezien de onafhankelijke oordeelsvrijheid van de strafrechter en indachtig de belangen die daarbij op het spel staan.[310] Bakels (1991) daarentegen meent 'dat het aanspraakkarakter' het wint (met enkele uitzonderingen).[311]

Er is wederom aandacht voor het financiële aspect in verband met de keuze voor een grondslag.

Volgens Borsboom (1983) sluit de grondslag van de regeling van de artikelen 89-93 Sv geheel aan bij het uitgangspunt dat ieder zijn eigen schade draagt, waarbij de normale risico's die aan het leven in een gecompliceerde gemeenschap verbonden zijn niet voor vergoeding in aanmerking komen maar dat abnormale risico's daarentegen worden gedragen door de gemeenschap.[312] Borsboom stelt met De Haan c.s. dat de vraag of een burger recht heeft op vergoeding van schade een rechtsvraag behoort te zijn en geen beleidskwestie (anders Koeman, die stelde dat de wetgever zich naast het gelijkheidbeginsel ook laat leiden door beleidsoverwegingen zoals budgettaire motieven).[313] Daarbij dient volgens Borsboom de overheid bij financiële kwesties stil te staan op het moment dat zij tot invoering van een schadevergoedingsregeling besluit (en – naar ik begrijp – niet bij een concrete schadevergoedingsbeslissing).[314] Melai 1988 meent echter dat het niet gaat om het financiële beleid van de regering, maar op de nakoming van een verplichting die in de wet aan de Staat is opgelegd, waarbij is uitgegaan van individueel te bepalen schadevergoeding met behulp van enkele wettelijke factoren.[315] Cremers (1989) bespreekt vanuit een financiële optiek het toegenomen aantal verzoeken en de meer dan het bij de wetswijziging in 1975 begrootte toename van het aantal toewijzingen (gezien totaalbedrag).

---

307 J.P.M. Borsboom 1983, p. 100-101.
308 J.P.M. Borsboom 1983, p. 150-151. Bakels komt ook uit op een recht op vergoeding, F.B. Bakels 1991, p. 288.
309 J.P.M. Borsboom 1983, p. 150-151.
310 A.L. Melai 1988, p. 805-806.
311 F.B. Bakels 1991, p. 288.
312 J.P.M. Borsboom 1983, p. 95.
313 J.P.M. Borsboom 1983, p. 96.
314 J.P.M. Borsboom 1983, p. 96.
315 A.L. Melai 1988, p. 807.

Ook bespreekt hij enkele ongepubliceerde zaken van Hof Amsterdam, waaruit blijkt dat ongeveer de helft van het aantal verzoeken van de hand wordt gewezen.[316]

4.5.3.3 Ex nunc of ex tunc (on)rechtmatigheid bepalen

Er wordt gediscussieerd over de vraag in hoeverre de (on)rechtmatigheid van een overheidshandeling moet worden vastgesteld op het moment van toepassing, of dat afhangt van de uitkomst van de strafzaak. Daarvoor wordt ook ingegaan op (het ontbreken van) de parallel met privaatrechtelijke regelingen.

Van Veen (1976) is het niet eens met Taks idee dat de tweede categorie preventieve hechtenis onrechtmatig is geworden, omdat Van Veen meent dat de rechtmatigheid van de detentie uitsluitend afhangt van de aanwezigheid van de wettelijke criteria op het moment dat tot detentie wordt besloten en naar zijn mening legt de regeling van de artikelen 89-93 Sv terecht geen verband met deze rechtmatigheidvraag.[317]

Borsboom (1983) ziet niet de samenhang met privaatrechtelijke regelingen, zodat – analoog – een rechtmatig toegepaste preventieve hechtenis onrechtmatig zou worden door een niet veroordeling (verdedigd door Levy en Domela Nieuwenhuis) en hij volgt hier Leyds die dat ook bestreed. Hij sluit zich aan bij onder andere Van Veen die aangaf aan dat de vaststelling of sprake is van (on)rechtmatigheid alleen afhankelijk is van het moment waarop tot detentie werd besloten, zoals ook door vele anderen eerder was is verdedigd.[318] Daarbij legt de regeling van de artikelen 89-93 Sv geen link met de onrechtmatigheidvraag; het beoogde alleen te zien op rechtmatige overheidsdaden, en daaraan doet niet af dat later ook erkend is dat deze regeling kan worden gebruikt in geval van (van meet af aan) onrechtmatige voorlopige detentie. Dit is, schetst Borsboom, een afspiegeling van de eerdere politieke discussie tussen Roethof en de Minister, waarbij Roethof uitging van de mogelijkheid van onrechtmatig geworden rechtmatige detentie, maar de Minister tegen deze 'beoordeling ex post' bezwaar had. Borsboom concludeert dat de overheid met zijn strafvervolging heeft misgetast en daarvan is een burger de dupe geworden. Die burger was onschuldig en is onschuldig gebleven. Het handelen van de overheid wordt hierdoor niet onrechtmatig, omdat we ervan uitgaan dat het gerechtvaardigd was gezien de omstandigheden op het moment van het bevel tot detentie.[319] Volgens Melai (1988) is geen sprake van een variant van de onrechtmatige overheidsdaad en berust de schadevergoeding niet op civielrechtelijke gronden, maar op een 'behoren' dat zijn rechtsgrond vindt in het precaire (onzekere), want voorlopige, karakter van het strafrechtelijk (voor)onderzoek, gezien de onafhankelijke oordeelsvrijheid van de strafrechter en indachtig de belangen die daarbij op het spel staan. Bovendien, stelt Melai, is het in het stelsel van ons strafrechtelijk onderzoek ontoelaatbaar de rechtmatigheid van een bevolen voorlopige detentie in het vooronderzoek te toetsen aan de uitkomst van het strafgeding.[320]

316 J.H.F.J. Cremers 1989, p. 707.
317 Th.W. van Veen 1976, p. 76.
318 J.P.M. Borsboom 1983, p. 89.
319 J.P.M. Borsboom 1983, p. 100.
320 A.L. Melai 1988, p. 805-806.

4.5.4 Toelichting op conclusies literatuur over voorwaarden te stellen aan schadevergoeding

4.5.4.1 Weg met (of anders omgaan met) de wettelijke voorwaarden

Sommigen gaan in op de voorwaarde dat de strafzaak moet zijn geëindigd zonder oplegging van straf of maatregel. Kan zelfs die voorwaarde verlaten worden, zodat schadevergoeding openstaat ongeachte het einde van de strafzaak (Van Veen)?

Van Veen 1976 vraagt zich af of de regeling niet kan worden losgekoppeld van de beperking dat geen straf of maatregel is opgelegd. Die beperking is namelijk het gevolg van de gedachte dat alleen degene die achteraf niet schuldig blijkt te zijn recht heeft op vergoeding, en deze gedachte beheerst de totstandkoming van deze bepalingen sinds 1864. Van Veen ziet echter niet in '*wat het bezwaar zou zijn tegen een regeling, die de rechter de vrijheid zou geven door schadevergoeding goed te maken wat met de detentie achteraf gezien verkeerd is gegaan*'.[321] Zoals gezegd zou hij wel een ontwikkeling wensen in de richting van de bepaling van artikel 32 lid 1 WED, waarin sprake is van een geldelijke tegemoetkoming indien de opgelegde voorlopige maatregel achteraf gezien als onevenredig hard moet worden beschouwd (hij sluit zich hier aan bij Van Binsbergen die dat in 1965 ook bepleitte).[322] In 1984 herhaalt hij nog eens dat hij voorstander is van een schadevergoedingsregeling, zelfs voor situaties waarbij wel een straf of maatregel is opgelegd.[323]

Borsboom (1983) meent dat overheid met zijn strafvervolging heeft misgetast en daarvan is een burger de dupe geworden. Die burger was onschuldig en is onschuldig gebleven. Zin schuld is niet ten overstaan van een rechter bewezen en ondermeer artikel 6 lid 2 Europese Conventie en artikel 11 VN verklaring 1984 vertellen ons dat hij op geen enkel voorgaand tijdstip schuldig mag zijn geacht.[324] Samenvattend komt Borsboom tot de wens tot aanpassing van de regeling (geïnspireerd door Van Veen 1976, en Binsbergen in 1965 die schadevergoeding wensten voor de verdachte die onevenredig zwaar getroffen is door detentie (dus ongeacht het soort einde van de zaak) op enkele punten, maar onduidelijk is of Borsboom daar geheel in meegaat (hij stelt dat zijn wensen '*in de richting gaan van een idee dat door Van Veen werd geopperd*', waarbij Van Veen de grens die artikel 89 lid 1 – volgens Van Veen willekeurig – trekt, wil laten varen).[325]

Bakels 1991 gaat niet zover als Van Veen, maar gaat met name in op de situatie van vrijspraak. In dat geval mag twijfel over onschuld niet gebruikt worden als afwijzende reden voor schadevergoeding, ook niet in samenhang met andere overwegingen[326] Bakels durft te stellen dat schadevergoeding in dergelijke gevallen (naar ik begrijp vrijspraak met twijfel over onschuld) in het algemeen belang dient plaats te vinden. Hij bestrijdt dan ook, met Prakken, Cremers opvatting dat bij het voortbestaan van ernstige verdenking (wat Bakels ziet als verkapt motief met betrekking tot twijfel over onschuld) het risico bij de verdachte zou moeten blijven.[327]

---

321 TH.W. van Veen 1976, p. 81.
322 Th.W. van Veen 1976, p. 81.
323 Th.W. van Veen 1984, p. 444.
324 J.P.M. Borsboom 1983, p. 100.
325 J.P.M. Borsboom 1983, p. 150-151, Th.W. van Veen 1976, p. 80-81.
326 Anders J.P.M. Borsboom 1983, p. 55.
327 F.B. Bakels 1991, p. 293.

De voorwaarde dat de zaak moet zijn geëindigd zonder straf of maatregel leidt tot nadere invulling, gebaseerd op de gedachte dat ruimhartig moet worden omgegaan met de vergoedingsregeling.

Borsboom 1983 is bij zijn bespreking van het wetsontwerp en de wettekst 1926 kritisch over het 'verstoppertje spelen' van de wetgever voor wat betreft het uitgangspunt dat de regeling blijkbaar bedoeld is in de zin van 'schadevergoeding, tenzij'. De gekozen formulering (toekenning heeft 'steeds' plaats …) beoogt namelijk stigmatisering te voorkomen maar is omzichtig en verwarrend. Hoewel het de bedoeling van de wetgever is dat de rechter aan de eigenlijke bedoeling gehoor dient te geven, ziet Borsboom het niet denkbeeldige gevaar dat de rechter deze achtergrond op den duur ontgaat en dan schiet dit woordenspel zijn doel ernstig voorbij.[328] Hij merkt op dat het systeem zoals voorgestaan door de MvT gebruikt moet worden en dat is in de rechtspraak niet steeds het geval gebleken. Dat betekent dat als uitgangspunt zou moeten gelden: vergoeding, tenzij er sprake is van voor verzoeker ongunstige omstandigheden, waarbij de schuld betrokken mag worden maar de onschuld niet vereist mag worden. *'Daarnaast is het wenselijk om in twijfelgevallen met betrekking tot de mate van schuld steeds ten gunste van de verdachte te beslissen, zodat een eventuele afwijzing haar grond dan (mede) moet vinden in andere omstandigheden'*.[329] Borsboom vindt ook dat vermenging optreedt tussen van vragen betreffende de gronden voor en de omvang van toekenning.[330] Hij onderscheidt samenvattend drie groepen factoren die van invloed zijn op de schadevergoedingsbeslissing, waarbij hij aangeeft dat het moeilijk is te onderscheiden of deze factoren betrekking hebben op de vraag of er in ieder geval gronden van billijkheid aanwezig zijn dan wel of zij meer betrekking hebben op de kwestie van de hoogte van de vergoeding:

1 veelal objectieve factoren waarnaar artikel 90 (oud) Sv verwijst: levensomstandigheden van de verzoeker (met name strafrechtelijk verleden), diens houding voorafgaand en tijdens de detentie, de feitelijke duur en aard van de detentie, de aard van het misdrijf, de gegrondheid van de detentie en de manier waarop de zaak is beëindigd. Hiertoe kan ook worden gerekend de maatschappelijke positie van de verdachte;
2 gevoelens die de gewezen verdachte tijdens zijn detentie en eventueel daarna bekropen als direct gevolg van de opsluiting; psychische omstandigheden in de vorm van vernedering, ziekte, gedachten aan suïcide, gebrek aan recreatiemogelijkheden, schuldgevoel t.o.v. gezin, derving van vakantiegenot;
3 factoren die zich laten gevoelen na afloop van de detentie/factoren die de sociale positie aanduiden: aandacht in landelijke pers en mogelijkheid tot erkenning daaruit, manier waarop tot inverzekeringstelling werd overgegaan, nadelige invloeden in arbeidsmilieu en leefomgeving en de noodzaak van verhuizen daardoor, invloed op maatschappelijk positie in het algemeen.

328 J.P.M. Borsboom 1983, p. 42.
329 J.P.M. Borsboom 1983, p. 55.
330 J.P.M. Borsboom 1983, p. 114.

Borsboom merkt op dat in alle drie de groepen de gedachte aan compensatie[331] overheerst boven die aan genoegdoening, waarmee op de juiste wijze uiting is gegeven aan de wens van de wetgever.[332]

Hij wenst invoering van een recht op vergoeding; dat is systematisch (passend bij overige ontwikkelingen ter zake van rechtmatige overheidsdaad) en juridisch (onschuldpresumptie) juister; hiermee wordt de vastgestelde vermenging tussen vragen betreffende gronden voor en omvang van toekenning verholpen en ten slotte brengt dit beter tot uitdrukking dat sprake is van een weerlegbaar vermoeden van gronden van billijkheid, conform het stelsel dat de wetgever voor ogen stond in 1926.[333]

Melai (1988) stelt dat het onvergoed laten van de schade tengevolge van het tegen de verdachte ingestelde onderzoek, gelet op de structuur van ons strafproces, als publiek onrecht valt aan te merken, ongeacht of de niet veroordeling het gevolg is van formele defecten in het vooronderzoek, derhalve ongeacht of sprake is van een buiten vervolging stelling, ontslag van rechtsvervolging of een vrijspraak na de afwijzing van onrechtmatig verkregen onderzoeksresultaten. Melai lijkt dus voorstander te zijn van automatische vergoeding van geleden schade na niet veroordeling [MD, anders Cremers 1989] '*Die beknotting moet van de hand worden gewezen, omdat de rechter in het strafgeding niet alleen een oordeel heeft uit te spreken over de verdachte in relatie met wat hem telaste is gelegd, maar bovendien over de rechtmatigheid van het onderzoek waaraan de verdachte onderworpen is. (…) De rechter in het strafgeding heeft niet alleen het tekort van de veronderstelde hoofdpersoon onder ogen te zien.*'[334]

Van Veen tot slot bekritiseert de omgang van de wetgever met de factor 'vroeger levensgedrag'.

Van Veen (1976) bekritiseert het feit dat in de Memorie van antwoord is aangegeven dat het vroeger levensgedrag en de houding van de verdachte nog steeds een rol kunnen spelen bij de vorming van het billijkheidsoordeel, hoewel niet meer expliciet in de wet opgenomen. Dan verandert er dus niet veel in artikel 90, lijkt Van Veen enigszins cynisch vast te stellen.[335]

4.5.4.2 Onschuld als voorwaarde getoetst aan het onschuldbeginsel van artikel 6 lid 2 EVRM

De invloed van het EVRM begint voelbaar te worden. De consequenties die de uitspraak inzake Minelli tegen Zwitserland uit 1983[336] dient te hebben

331 De compensatietheorie gaat uit van de stelling, dat d.m.v. de vergoeding in geld de benadeelde in staat gesteld moet worden om zich enige genoegens te doen verschaffen die ertoe leiden dat het ondergane leed (deels) wordt gecompenseerd. De genoegdoeningtheorie zoekt de rechtvaardiging voor het toekennen van immateriële schade in het feit dat zij een bevrediging geeft aan het geschokte rechtsgevoel van de benadeelde, ofwel een voldoening voor het aangedane onrecht, aldus Borsboom.

332 J.P.M. Borsboom 1983, p. 146-147.

333 J.P.M. Borsboom 1983, p. 100-102, 150.

334 A.L. Melai 1988, p. 806.

335 Th.W. van Veen 1976, p. 74.

336 EHRM 25 maart 1983, Series A 62. Zie daarover ook hoofdstuk 6.

op het gebruik van verwijzingen naar onschuld in schadevergoedingsprocedures wordt door velen besproken.

Borsboom (1983) meent dat in de hier besproken kwestie de overheid met zijn strafvervolging heeft misgetast waarbij een burger de dupe is geworden. Zijn schuld is niet ten overstaan van een rechter bewezen en ondermeer artikel 6 lid 2 Europese Conventie en artikel 11 VN verklaring 1984 vertellen ons dat hij op geen enkel voorgaand tijdstip schuldig mag zijn geacht. Daarom ziet hij een recht op vergoeding, hetgeen juister is onder andere vanuit onschuldpresumptie.[337] Ook Melai (1988) lijkt voorstander te zijn van automatische vergoeding van geleden schade na niet veroordeling, dus zonder een rol toe te kennen aan de al dan niet gebleken onschuld.[338] Cremers (1989) onderscheidt daarentegen de onschuldpresumptie enerzijds en het feit dat ook na een vrijspraak ernstige verdenking tegen de gewezen verdachte kan blijven bestaan. Cremers meent dat die laatste vaststelling geen inbreuk inhoudt op het vermoeden van onschuld en ook niet terugkomt op de vrijspraak. Het betekent volgens Cremers dat het bewijsmateriaal, hoewel onvoldoende voor een veroordeling, aangeeft dat nog steeds ernstige verdenking bestaat en dat komt voor risico van de gewezen verdachte. In zo'n geval schadevergoeding toekennen is (in tegenstelling tot wat Melai in 1988 stelt) geen eis van het recht omdat de redelijkheid er zich juist zou tegen verzetten. Een afwijzende schadevergoedingsbeslissing wegens het voortbestaan van ernstige verdenking is ook niet in strijd met het EVRM.[339]

Ook Prakken (1989 en 1990) gaat in op de onschuldpresumptie en bestrijdt de opvatting van Cremers (1989) daarover; een verwijzing naar vermoedens van resterende ernstige verdenking kan wel degelijk in strijd zijn met de onschuldpresumptie. Op basis van de Minelli-uitspraak van het EHRM (EHRM 25 maart 1983, NJ 1986, 698) concludeert Prakken dat de werking van artikel 6 lid 2 EVRM niet beperkt is tot behandeling van de hoofdzaak (het onderzoek naar de gegrondheid van de vervolging), zoals Cremers dus ten onrechte lijkt te veronderstellen. Tevens maakt het daartoe niet uit of het gaat om een aparte procedure los van de hoofdzaak. Ten slotte kan ook het uitspreken van vermoedens strijdigheid met artikel 6 lid 2 EVRM opleveren, maar daarbij koppelt het Hof artikel 6 lid 2 EVRM aan de rest van artikel 6 EVRM, dus aan de mogelijkheid tot het gebruiken van de rechten van verdediging. Minelli had zich namelijk niet kunnen verdedigen omdat zijn zaak nooit was behandeld. Het argument dat het uitspreken van vermoedens strijd kan opleveren met artikel 6 lid 2 EVRM zou dus niet per se hoeven opgaan indien daaraan wel een proces in de zin van artikel 6 lid 1 en 3 is voorafgegaan (en men zijn verdedigingsrechten heeft kunnen uitoefenen). Echter is het zo, dat de verdediging in het strafproces zich niet richt op het aantonen dat geen redelijke verdenking zou bestaan (tenzij men de rechtmatigheid van de toegepaste dwangmiddelen bestrijdt), maar dat de verdediging zich alleen richt op het aantonen dat het feit zelf niet bewezen kan worden.[340] Als ik het goed begrijp stelt Prakken dat men in zoverre dus zou kunnen stellen dat men zich niet heeft (kunnen?) verdedig(d)(en) over de redelijke verdenking en dat daarnaar dus, in de lijn van Minelli, niet meer verwezen mag worden.

Ook Bakels 1991 benadrukt uit de Minelli-uitspraak dat de schadevergoedingsrechter op grond daarvan in een zaak, die uitsluitend om processuele reden zonder veroordeling is geëindigd, niet meer mag toetsen aan het materiële oordeel dat hij in een strafzaak zou hebben gegeven als hij daaraan had kunnen toekomen omdat verdachte niet de mogelijkheid heeft gehad zijn recht tot verdediging uit te oefenen. Dat is het geval indien de zaak de rechter niet bereikt

337 J.P.M. Borsboom 1983, p. 100-101.
338 A.L. Melai 1988, p. 806.
339 J.H.F.J. Cremers 1989, p. 706. Cremers baseert zich op de uitspraak van het EHRM 25 augustus 1987, NJ 1988, 938 met noot E.A. Alkema.
340 T. Prakken 1989/90, p. 1576-1577.

of in een voorvraag blijft steken. Het is echter verdedigbaar dat een dergelijke toetsing wel geoorloofd is indien de materiële schuldvraag alsnog aan de orde komt, hoewel zo'n toetsing in een raadkamerprocedure slechts in beknopte vorm mag geschieden en verzoeker voldoende gelegenheid heeft gehad zich te verdedigen (c.q. zin schadeclaim veilig te stellen). Als deze gedachte ingang vindt, dan zou het strafproces in zoverre verder civiliseren.[341] Bakels heeft er zelfs geen moeite mee indien een schadevergoedingsverzoek wordt afgewezen omdat verzoeker van het ten laste gelegde is vrijgesproken maar uit de stukken blijkt dat hij wel een ander delict heeft gepleegd waarvoor voorlopige hechtenis is toegestaan en dat in nauw verband staat tot de feitelijke grond van de detentie.[342] Relevant is dat Bakels over twijfels over de onschuld [hij gaat vooral in op situatie van vrijspraak, MD] stelt dat deze twijfel niet gebruikt mag worden als afwijzende reden voor schadevergoeding, ook niet in samenhang met andere overwegingen.[343] Bakels meent dat de kern van de discussie is dat de schuld niet bewezen kon worden, dus wat zijn die twijfels [hij bedoelt vermoedelijk: wat zijn die 'spreektaal' vermoedens 'juridisch' waard, MD] waard? Bovendien krijgt vrijspraak een tweederangs karakter en dat is in strijd met de wetsgeschiedenis. Hoewel tijdens de parlementaire behandeling werd onderkend dat niet verwacht werd *'dat de rechter zich geheel zou onttrekken aan de invloed van overwegingen in verband met de vermoedelijke (on)schuld van de verdachte'*[344] was het uitgangspunt van de regeling ook dat bij twijfel in het voordeel van de verdachte moest worden uitgelegd. Bakels durft te stellen dat schadevergoeding in dergelijke gevallen (naar ik begrijp vrijspraak met twijfel over onschuld) in het algemeen belang dient plaats te vinden.[345] Hij bestrijdt dan ook, met Prakken, Cremers opvatting dat bij het voortbestaan van ernstige verdenking (wat Bakels ziet als verkapt motief met betrekking tot twijfel over onschuld) het risico bij de verdachte zou moeten blijven.[346]

4.5.4.3 Bewijslast/bewijsregels conform vermogensrechtelijke regels

Vanuit de optiek dat sprake zou moeten zijn van een recht in de zin van een aanspraak op vergoeding, redeneren enkelen dat dan ook de schadevergoedingsprocedure qua bewijsverdeling en bewijswaardering meer in overeenstemming met vermogensrechtelijke regels zou moeten zijn.

Borsboom (1983) analyseert over de periode voor 1975 eerst de rechtspraak waar de rol van de schuld duidelijk naar voren komt als fundament voor een afwijzende beslissing. Veelal voldoen volgens Borsboom de motiveringen niet geheel aan de doelstelling zoals door de MvT beoogd, omdat in feite de bewijslast (inclusief het bewijsrisico) van de onschuld bij de verdachte wordt gelegd.[347] Toch wijst hij de opvattingen van de absolutist Langeveld in 1931 af en sluit hij zich liever zich aan bij de opvatting van Langemeijer in 1931 die ervan uitgaat dat de schadevergoedingsbeslissing een zuiver vermogensrechtelijke verhouding is, waarbij, in tegenstel-

341 F.B. Bakels 1991, p. 291.
342 F.B. Bakels 1991, p. 291.
343 F.B. Bakels 1991, p. 293. Enigszins anders Borsboom 1983 die stelde: '*Daarnaast is het wenselijk om in twijfelgevallen met betrekking tot de mate van schuld steeds ten gunste van de verdachte te beslissen, zodat een eventuele afwijzing haar grond dan (mede) moet vinden in andere omstandigheden*', J.P.M. Borsboom 1983, p. 55.
344 Ontleend aan J.P.M. Borsboom 1983, p. 41.
345 F.B. Bakels 1991, p. 293. Ook zo J.P.M. Borsboom 1983, p. 55.
346 F.B. Bakels 1991, p. 293.
347 J.P.M. Borsboom 1983, p. 52.

ling tot de strafrechtelijke procedure, een geringere waarschijnlijkheidsgraad ten opzichte van de overtuiging van schuld voldoende is. Hij acht dit betoog van Langemeijer overtuigend, maar merkt daarbij wel op dat het systeem zoals voorgestaan door de MvT gebruikt moet worden en dat is in de rechtspraak niet steeds het geval gebleken. Dat betekent dat als uitgangspunt zou moeten gelden: vergoeding, tenzij er sprake is van voor verzoeker ongunstige omstandigheden, waarbij de schuld betrokken mag worden maar de onschuld niet vereist mag worden. '*Daarnaast is het wenselijk om in twijfelgevallen met betrekking tot de mate van schuld steeds ten gunste van de verdachte te beslissen, zodat een eventuele afwijzing haar grond dan (mede) moet vinden in andere omstandigheden.*'[348] Bakels meent dat indien de strafvorderlijke raadkamerprocedure een steeds vermogensrechtelijke karakter krijgt omdat zij van gunst wordt tot recht, de toetsing dan ook steeds meer naar vermogensrechtelijk maatstaven dient plaats te vinden. In dat geval kan worden uitgegaan van de vuistregel van Stein voor verdeling van bewijslast: '*dat voor iedere procespartij als een eigen domein kan worden aangewezen al hetgeen zich bij haar heeft afgespeeld.*'[349]

4.5.4.4 Processuele schuld staat in de weg aan schadevergoeding

Vele auteurs gaan in op 'processuele schuld' en welke consequenties dat zou moeten hebben voor de verdeling van de schadelast. Daarbij worden verschillende nuanceringen gemaakt.

Borsboom 1983 beschrijft enkele uitspraken waaruit hij concludeert dat verwijtbaarheid ten aanzien van de voorlopige hechtenis in de risicosfeer van de verdachte valt[350] Hij sluit zich hierbij aan, en is daarmee eensgezind met de schrijvers die dat ook vinden, zoals Van Binsbergen (1965), Marx (1931), Blok & Besier (1925) en Tak (1970). Wel meent hij dat daarbij de duur van de detentie in ogenschouw genomen moet worden, omdat hij stelt dat verwijtbaarheid aan de kant van de verdachte nog niet ontslaat van de plicht om de inbreuk op diens vrijheid langer dan noodzakelijk te laten duren![351] Hij pleit voor het openen van de mogelijkheid vergoeding te weigeren in gevallen waarin verzoeker de toepassing van de vrijheidsbenemende maatregelen zozeer aan zichzelf heeft te wijten, dat in redelijkheid niet gevergd kan worden om hem een vergoeding toe te kennen [processuele schuld, MD]. Zo behoudt, aldus Borsboom, het zogenaamde laakbaar gedrag van verzoeker de plaats die het momenteel inneemt in de rechtspraak (hoewel Borsboom laakbaar gedrag ook in andere zin dan bovengenoemd lijkt te hanteren).[352]

Prakken (1989 en1990) meent daarentegen dat de rechtspraktijk waar proceshouding in de zin van het hanteren van het zwijgrecht of het afleggen van ongeloofwaardige verklaringen, wat volgens rechters er de oorzaak van is dat de voorlopige hechtenis langer duurt, en derhalve wordt gehanteerd als reden om schadevergoeding af te wijzen, onjuist is. Maar het zwijgrecht is voortvloeisel van onschuldpresumptie, te vinden in artikel 6 lid 2 EVRM, maar zelfs neergelegd in artikel 29 Sv en indirect in artikel 67a Sv (voorlopige hechtenis niet met oog op afleggen

348 J.P.M. Borsboom 1983, p. 55.

349 F.B. Bakels 1991, p. 290. Geheel anders over het karakter van de schadevergoedingsprocedure Melai 1988 (p. 806). Volgens Melai berust de schadevergoeding niet op civielrechtelijke gronden, maar op een 'behoren' dat zijn rechtsgrond vindt in het precaire (onzekere), want voorlopige, karakter van het strafrechtelijk (voor)onderzoek, gezien de onafhankelijke oordeelsvrijheid van de strafrechter en indachtig de belangen die daarbij op het spel staan.

350 Hoewel hij m.i. ten onrechte daaronder ook zeer laakbaar gedrag (in de zin van eerder contact met justitie in het verleden) daaronder lijkt te scharen), J.P.M. Borsboom 1983, p. 56.

351 J.P.M. Borsboom 1983, p. 57.

352 J.P.M. Borsboom 1983, p. 150-151.

verklaring). Hoewel praktijk anders is, gaat het te ver om de ex verdachte die gebruik maakt van zijn zwijgrecht, dan ook nog af te straffen door hem schadevergoeding te onthouden. Mensenrechten kosten geld, aldus Prakken.[353]

Groenhuijsen/Naeyé (1990) menen dat indien iemand wordt veroordeeld (wat een andere situatie is dan waarover de hier beschreven discussie gaat) verdedigd zou kunnen worden dat hij zelf de kans op deze schade in het leven heeft geroepen en dus ook zelf voor de schade moet opdraaien. Dat geldt ook indien hij de politie dwingt to daadwerkelijke dwang, met alle risico's van zich, bijv. door te vluchten met auto die slechts door klemrijden kan worden gestopt. Maar indien sprake is van excessief geweld, staat alleen de civiele rechtsgang open terwijl Groenhuijsen/Naeyé menen dat hier een schadevergoedingsregeling bij de strafrechter die over zijn zaak oordeelt, op zijn plaats zou zijn.[354]

Bakels (1991) meent dat onder dit verwijt van eigen schuld vooral valt het vertellen van aantoonbare specifieke leugens, en niet reeds, zoals Prakken stelt, ongeloofwaardige verklaringen. Met twee voorbeelden maakt hij duidelijk geen moeite te hebben met afwijzing (of vermindering, analoog aan mogelijkheid in BW op die grond) indien een leugen het hart van de zaak betrof en voldoende verband heeft met de feiten waarop de verdenking en het onderzoek zich concentreerden. Het zou echter niet redelijk zijn elke leugen automatisch af te straffen met een verlies van aanspraak op vergoeding. Ook onder het verwijt van eigen schuld wordt gebracht het in gebreke blijven een aannemelijke verklaring te geven voor uit het onderzoek naar voren gekomen belastende feiten, terwijl dat redelijkerwijs wel van de gewezen verdachte mocht worden verwacht. Bakels meent dat het rechtens mogelijk is dat iemand niet als verdachte, maar wel als verzoeker een zekere spreekplicht (opheldering plicht) kan hebben, hetgeen volgt uit de verschillende aard van de twee procedures. Indien de strafvorderlijke raadkamerprocedure een steeds vermogensrechtelijker karakter[355] krijgt omdat zij van gunst wordt tot recht, dan zal de toetsing ook steeds meer naar vermogensrechtelijk maatstaven dienen plaats te vinden. In dat geval kan worden uitgegaan van de vuistregel van Stein voor verdeling van bewijslast: '*dat voor iedere procespartij als een eigen domein kan worden aangewezen al hetgeen zich bij haar heeft afgespeeld*.'[356] Anders Prakken die meent dat het zwijgen van de verdachte nooit een grond voor afwijzing mag zijn.[357]

Bakels maakt een nuancering voor de proceshouding, waaronder hij het zwijgrecht noemt. Het gebruik maken van het zwijgrecht, met als gevolg dat iemand niet wordt veroordeeld, kan ook volgens Bakels in beginsel niet in de weg staan aan vergoeding van schade, hetgeen eveneens geldt voor iemand die weigert aan een onderzoek mee te werken indien hij daartoe niet verplicht is (DNA). Hoewel het mogelijk is dat daardoor de voorlopige hechtenis langer duurt, mag die enkele omstandigheid niet worden aangemerkt als eigen schuld. Dat wordt nogmaals anders indien iemand is tekort geschoten in die door hem genoemde opheldering-plicht.[358]

---

353 T. Prakken 1989/90, p. 1577.

354 M.S. Groenhuijsen en J. Naeyé 1990, p. 249-252. Uit hun bijdrage maak ik op dat zij pleiten voor een algemene regeling voor schade ten gevolge van dwangmiddelen voor de verdachte, voor rechtmatige en onrechtmatige schade, tenzij hij de schade aan eigen gedrag te wijten heeft, hetzij door veroordeling, hetzij door vergroten risico.

355 Geheel anders over het karakter van de schadevergoedingsprocedure, zie Melai 1988.

356 F.B. Bakels 1991, p. 290.

357 T. Prakken 1989/90, p. 1577. M.i. heeft Prakken het alleen over zwijgen tijdens strafproces en niet over de plicht tot evt. opheldering tijdens het schadevergoedingsproces, terwijl Bakels er vanuit lijkt te gaan dat zijn opheldering plicht alleen tijdens het schadevergoedingsproces geldt. Wellicht zijn zij het dus feitelijk eens.

358 F.B. Bakels 1991, p. 292 resp. p. 290.

4.5.4.5 Causale beperkende voorwaarde (vrijheidsbeneming) moet aangepast

Er zijn steeds meer voorstanders voor vergoeding van andere schade dan die tengevolge van voorlopige hechtenis alleen, zoals voor de schade tengevolge van inverzekeringstelling, aanhouding en ophouding voor verhoor en opsporingsschade in algemenere zin. Ook wordt nog gewezen op de schade voor ondergane voorlopige hechtenis in geval deze langer duurde dan een uiteindelijk opgelegde gevangenisstraf.

Van Veen (1976) acht het feit dat ook de schade tengevolge van inverzekeringstelling thans onder de regeling vallen logisch, omdat het om dezelfde gevallen gaat als de gevallen waarvoor voorlopige hechtenis volgens artikel 67 Sv is toegelaten (hoewel de wet volgens Van Veen abusievelijk spreekt van het oude begrip 'feit' in plaats van het begrip 'geval' in aansluiting op artikel 67 Sv).[359]

Borsboom (1983) pleit ook voor schadevergoeding voor aanhouding en ophouding voor verhoor, gezien de leemte in verband met artikel 5 EVRM (conform Melai).[360] Cremers (1989) daarentegen acht geen schadevergoeding nodig voor ophouden voor verhoor, gezien de relatief kleine schade maar de daartegenoverstaande (kostbare) te verwachten toename van het aantal verzoeken.[361] Groenhuijsen/Naeye 1990 bepleiten dat vergoeding moet plaatsvinden voor de onschuldige voor wat betreft schade die is opgelopen tijdens uren die zij als verdachten op het politiebureau hebben doorgebracht als gevolg van een ten onrechte uitgevoerde aanhouding (weliswaar ab initio rechtmatig, maar wel schade). Juist de schande van het opgepakt worden en de vernedering om het als verdachte te worden behandeld (fouilleren, insluiten e.d.) leidt tot de wens tot genoegdoening.[362]

Groenhuijsen/Naeyé (1990) stellen dat de wetgever een regeling zou behoren te treffen voor het vergoeden van opsporingsschade, ten aanzien van de verdachte die tijdens de toepassing van dwangmiddelen schade lijdt aan eigendom resp. lijf.[363]

Tot slot acht Cremers (1989) schadevergoeding wenselijk (aanpassing regeling) in geval sprake is van veroordeling voor een kortere straf dan de reeds ondergane voorlopige hechtenis.[364]

4.5.5 Toelichting op conclusies literatuur over aspecten van omvang

4.5.5.1 Billijkheid als maatstaf voor omvang

Dat billijkheid zowel de grond is voor de beslissing of een gewezen verdachte in aanmerking komt voor vergoeding alsook voor de beslissing tot voor hoeveel, houdt een enkeling bezig.

---

359 Th.W. van Veen 1976, p. 76-77.
360 J.P.M. Borsboom 1983, p. 150-151.
361 J.H.F.J. Cremers 1989, p. 708.
362 M.S. Groenhuijsen en J. Naeyé 1990, p. 249-252.
363 M.S. Groenhuijsen en J. Naeyé 1990, p. 249-252.
364 J.H.F.J. Cremers 1989, p. 707.

Van Veen (1976) meent dat gebleken is dat de rechter zuinig aan heeft gedaan, zoals ook Tak al aantoonde, ondanks het feit dat de wetgever aangeeft dat 'steeds' vergoeding plaats vindt als er gronden van billijkheid aanwezig zijn. Alles hangt dus af van het criterium billijkheid.[365]

Borsboom (1983) merkt dat vermenging optreedt tussen vragen betreffende de gronden voor en de omvang van toekenning.[366] Hij onderscheidt samenvattend drie groepen factoren die van invloed zijn op de schadevergoedingsbeslissing, waarbij hij aangeeft dat het moeilijk is te onderscheiden of deze factoren betrekking hebben op de vraag of er in ieder geval gronden van billijkheid aanwezig zijn dan wel of zij meer betrekking hebben op de kwestie van de hoogte van de vergoeding (daarom ook hier nogmaals vermeld):

1 veelal objectieve factoren waarnaar artikel 90 (oud) Sv verwijst: levensomstandigheden van de verzoeker (met name strafrechtelijk verleden), diens houding voorafgaand en tijdens de detentie, de feitelijke duur en aard van de detentie, de aard van het misdrijf, de gegrondheid van de detentie en de manier waarop de zaak is beëindigd. Hiertoe kan ook worden gerekend de maatschappelijke positie van de verdachte;
2 gevoelens die de gewezen verdachte tijdens zijn detentie en eventueel daarna bekropen als direct gevolg van de opsluiting; psychische omstandigheden in de vorm van vernedering, ziekte, gedachten aan suïcide, gebrek aan recreatiemogelijkheden, schuldgevoel ten opzichte van gezin, derving van vakantiegenot;
3 factoren die zich laten gevoelen na afloop van de detentie/factoren die de sociale positie aanduiden: aandacht in landelijke pers en mogelijkheid tot erkenning daaruit, manier waarop tot inverzekeringstelling werd overgegaan, nadelige invloeden in arbeidsmilieu en leefomgeving en de noodzaak van verhuizen daardoor, invloed op maatschappelijk positie in het algemeen.

Borsboom merkt op dat in alle drie de groepen de gedachte aan compensatie[367] overheerst boven die aan genoegdoening, waarmee op de juiste wijze uiting is gegeven aan de wens van de wetgever.[368]

4.5.5.2 Ex aequo et bono of forfaitair

Er vindt enig debat plaats over de vraag of sprake moet zijn van forfaitaire schadevergoeding of niet, en in hoeverre daarbij onderscheid gemaakt moet worden tussen materiële en immateriële schade. Eerst iets over immateriële schade.

Borsboom (1983) is geen voorstander van een vaste maatstaf aangezien dat hem in strijd lijkt met het wezen van de immateriële schadevergoeding,[369] maar later relativeert hij dit: van strijd hoeft geen sprake te zijn indien duidelijk op de omstandigheden van het geval wordt

365 Th.W. van Veen 1976, p. 77.
366 J.P.M. Borsboom 1983, p. 114.
367 De compensatietheorie gaat uit van de stelling, dat d.m.v. de vergoeding in geld de benadeelde in staat gesteld moet worden om zich enige genoegens te doen verschaffen die ertoe leiden dat het ondergane leed (deels) wordt gecompenseerd. De genoegdoeningtheorie zoekt de rechtvaardiging voor het toekennen van immateriële schade in het feit dat zij een bevrediging geeft aan het geschokte rechtsgevoel van de benadeelde, ofwel een voldoening voor het aangedane onrecht, aldus Borsboom.
368 J.P.M. Borsboom 1983, p. 146-147.
369 J.P.M. Borsboom 1983, p. 111.

gelet en er in de hoogte van de vergoeding nog een duidelijke diversiteit is waar te nemen.[370] Borsboom merkt wel op dat dit overigens het enige terrein lijkt waar ook immateriële schadevergoeding kan worden gegeven voor rechtmatige daad.[371] Melai (1988) is enigszins kritisch voor wat betreft de pogingen van de Vereniging voor Rechtspraak om een forfaitaire indicatie te geven voor de per dag in hechtenis doorgebrachte dag. Er dient namelijk sprake te zijn van vergoeding van geleden, dus werkelijke materiële en immateriële schade en dan moet niet worden uitgeweken naar de modale verdachte [dus geen abstracte schadevergoedingsberekening, maar concrete, in de definitie van Borsboom, MD]. Het gaat namelijk niet om het financiële beleid van de regering, maar op de nakoming van een verplichting die in de wet aan de Staat is opgelegd, waarbij is uitgegaan van individueel te bepalen schadevergoeding met behulp van enkele wettelijke factoren. Dat impliceert dat in concrete gevallen ook sprake kan zijn van bedrijfsschade, schade aan maatschappelijke positie en gederfd levensgeluk, aldus Melai.[372]

Zoals al eerder bepleit (zie beschreven periodes hiervoor) vindt ook Borsboom dat publicatie een goede wijze is voor 'vergoeding' van morele schade.

Borsboom (1983) bepleit, met name vanwege de vergoedingsmogelijkheid voor immateriële schade, dat gebruik wordt gemaakt van publicatie van een mededeling waarin staat dat geen veroordeling is gevolgd, in navolging van het civiele recht maar met uitsluiting van de daar geldende schuldeis voor gedaagde (i.c. de Staat; want dan zou deze mogelijkheid namelijk alleen openstaan bij onrechtmatige overheidsdaad).[373]

Dan met betrekking tot materiële schade. Borsboom heeft enige kritiek op hoe met dergelijke schadeposten wordt omgegaan. Indien er bescheiden zijn, dient materiële schade gehonoreerd te worden, lijkt zijn boodschap.

Borsboom (1983) concludeert dat de rechter niet al te snel geneigd is een materiële schadepost te honoreren[374] en dat het aantonen met bescheiden zelfs niet altijd tot toekenning leidt. Hij juicht wel de ontwikkeling toe dat de rechter gebruik maakt van deskundigen om bijv. bedrijfsschade te beoordelen; Borsboom ziet dat als het serieus nemen van een verzoek en prefereert dat boven een ex aequo et bono toekennen van materiële schade zonder dat op de schadeposten zelf nog expliciet wordt ingegaan.[375] Hij meent tevens, gezien de aanpassing in 1975 waardoor de mogelijkheid van volledige vergoeding van materiële schade werd geopend, een afwijzing van die volledige vergoeding zwaardere eisen stelt aan de motivering, maar dat dit nog onvoldoende gebeurt.[376] Hij bepleit voor wat betreft de schadeberekening van materiële schade de tendens voort te zetten om aan te sluiten bij de methoden gehanteerd in civilibus, dus niet

370 J.P.M. Borsboom 1983, p. 142.
371 J.P.M. Borsboom 1983, p. 147.
372 A.L. Melai 1988, p. 807.
373 J.P.M. Borsboom 1983, p. 144-145 en 150-151. Vergelijk de literatuur in de vorige periodes, waar dit door meerderen werd voorgesteld: Domela Nieuwenhuis 1878, Mom Visch 1882, Noyon 1886, Langeveld 1931.
374 J.P.M. Borsboom 1983, p. 114.
375 J.P.M. Borsboom 1983, p. 115.
376 J.P.M. Borsboom 1983, p. 124.

te snel gebruik maken van een oordeel ex aequo et bono.[377] Zie in dit verband ook Melai (1988, hierboven al aangehaald in verband met materiële en immateriële schade).

Van Veen (1976) wijst, voor wat betreft de immateriële schade, op de gehandhaafde bepaling dat met de levensomstandigheden van de gewezen verdachte rekening wordt gehouden, wat volgens hem ook geldt voor de bepaling van de materiële schade.[378]

4.6 Analyse literatuur in periode 1991-2006 (periode na uitspraken van Hoge Raad in 1990)

4.6.1 Stand van zaken wetgeving

In hoofdstuk 1 zijn in § 1.7.2 enkele relevante wetsaanpassingen genoemd uit deze periode voor zover die van invloed zijn op de wettelijke schadevergoedingsregeling. Noemenswaardig zijn de aanpassing van de raadkamerprocedure aan de eisen van artikel 6 lid 1 EVRM. Nadien zal het EHRM inzake Masson & Van Zon[379] bepalen dat de procedures van artikel 89 lid 1 en artikel 591a lid 2 geen 'recht' geven op schade-/kostenvergoeding. Er is namelijk geen sprake van een 'dispute' over een 'right', en daarom is artikel 6 lid 1 EVRM niet van toepassing op genoemde procedures. Ook de ingevoerde mogelijkheid tot verrekening van de opgelegde schadevergoeding met een in een andere zaak opgelegde en nog te ondergane vrijheidsstraf zal leiden tot enige ruis, omdat daarmee de ietwat ongelijke voelende situatie ontstaat ten opzichte van de onmogelijkheid om een hechtenis die langer duurde dan de uiteindelijk opgelegde gevangenisstraf in dezelfde zaak te kunnen verrekenen (overschothechtenis, zie hierover hoofdstuk 2 in § 2.3.3.4 en § 2.5.3.7).

In deze periode roert de Kamer zich ook danig; enkele malen wordt aangedrongen op een aanpassing van de schadevergoedingsregeling, met name ook na aanpassing van enkele wetten, waaronder het Wetboek van Strafvordering ter bestrijding van terrorisme, waarbij sprake is van uitbreiding van bevoegdheden. De Minister zegt vele malen toe, waarbij inmiddels brede steun van de Kamer bestaat voor een algemene en ruimere schadevergoedingsregeling. In oktober 2007 wordt een ontwerp wetsvoorstel 'Schadecompensatie strafvorderlijk overheidsoptreden' ter consultatie aangeboden.

377 J.P.M. Borsboom 1983, p. 125, 150-151.
378 Th.W. van Veen 1976, p. 77.
379 EHRM 28 september 1995, Series A 327, NJ 1995, 726 (m.nt. EAA) (Masson & Van Zon tegen Nederland).

4.6.2 Samenvatting conclusies uit Nederlandse literatuur in de periode 1991-2007

Deze periode is geselecteerd omdat vele schrijvers ingaan op de rechtspraak van de Hoge Raad over schadevergoeding voor strafvorderlijke dwangmiddelen (zie uitvoerige bespreking in hoofdstuk 3). Zij gaan kritisch in op de constructie van de Hoge Raad en leggen die naast die van de Nationale Ombudsman (N.o). Retrospectieve (ex tunc) beoordeling door de Hoge Raad wordt geplaatst tegenover het prospectieve uitgangspunt van de regeling van de artikelen 89-93 Sv (ex tunc). Ook de constructie van de achteraf ongerechtvaardigde maar aanvankelijke rechtvaardigingsgrond verdenking kan op kritiek rekenen, niet alleen vanuit civielrechtelijk oogpunt, maar ook vanuit betekenis en functie van domeinspecifieke strafvorderlijke uitgangspunten (verdenking en onschuld). Sommigen gaan naar aanleiding van deze rechtspraak dogmatisch in op de vraag of het hier gaat (of moet gaan) om schadevergoeding in verband met rechtmatigheid of onrechtmatigheid. Weinigen voelen voor doorzetting van de lijn van de Hoge Raad. Een enkeling houdt wel vast aan de onrechtmatigheidconstructie. Het merendeel van de auteurs meent dat wetsaanpassing noodzakelijk is en dat dan uitgegaan moet worden van een recht in de zin van een aanspraak op vergoeding. Het égalité-beginsel als grond voor vergoeding in verband met rechtmatige daad wordt door velen als alternatief genoemd, ook in aansluiting op overig bestuursschaderecht. Kwakman stelt in zijn proefschrift in 2003 een algemene regeling voor alle schade tengevolge van strafvorderlijk overheidsoptreden voor en hij baseert dat niet op het égalité-beginsel, maar stelt een tweestaps doel/middel afweging voor (evenals De Kok, die ook égalité noemde). De onschuld als dominant gebleken voorwaarde wordt door iedereen afgekeurd, mede onder invloed van de uitspraken van het EHRM, waardoor ook nuancering tot stand komt (onderscheid tussen verwijzingen naar schuld of verdenking). Op hoofdlijnen ziet het beeld er als volgt uit:

1 Met name reacties op civielrechtelijke toetsing ex nunc/onrechtmatigheid achteraf door Hoge Raad:
   - reacties op toetsing achteraf, bezien vanuit verschillende optieken;
   - overeenkomsten met overige civielrechtelijke procedures waar ex nunc toetsing plaatsvindt?;
   - Enige opmerkingen over de door de Hoge Raad beschreven schuldfictie van de Staat (toerekening).
2 Veel kritische reacties op de door de Hoge Raad gekozen rechtvaardigingsgrond:
   - interpretatie (wel/geen Bregstein-leer, schade bij rechtmatige daad?);
   - interpretatie (achteraf ongefundeerde rechtvaardigingsgrond steeds bij geen bewezenverklaring resp. geen veroordeling? risicoaansprakelijkheid?);
   - kritiek op gekozen rechtvaardigingsgrond.

3 Opvattingen over verschillen, overeenkomsten en verhouding tussen de regeling van de artikelen 89-093 Sv en de procedure in civilibus.
4 Steeds meer kritiek op inmiddels ontstane rechtsontwikkeling:
   · aandacht voor geïsoleerde ontwikkeling van de regeling van de artikelen 89-93 Sv (en specifieke civiele rechtspraktijk) ten opzichte van algemeen overheid aansprakelijkheidsrecht;
   · Toenemende steun voor het benadrukken van de rol van de overheid in plaats van de rol van de gelaedeerde als criterium bij vaststellen schadeplichtigheid/toets aan abbb;
   · billijkheidsgrond nog wenselijk?;
   · Velen bespreken aansprakelijkheid naar aanleiding van de constructie van de Nationale Ombudsman (onrechtmatigheid via abbb/gelijkheidsbeginsel/égalité).
5 Velen spreken voorkeur uit voor constructie via rechtmatige daad (voorstellen tot wetswijziging).
   · financieel argument.
6 Meeste auteurs menen dat civiele onrechtmatigheid via de gekozen weg van de Hoge Raad onafhankelijk dient te zijn van gebleken onschuld van de betrokkene, veelal vanwege mogelijke strijd met artikel 6 lid 2 EVRM of onmogelijke bewijspositie. Verdenking mag wel rol spelen want dit levert geen risico op voor wat betreft artikel 6 lid 2 EVRM (op grond van interpretatie EVRM rechtspraak).
7 Er wordt stelliger geuit dat de ontwikkelingen ten aanzien van voorwaarden voor schadevergoeding vereisen dat meer aandacht bestaat voor de rechterlijke motivering ter zake van een niet veroordeling.
8 Consensus dat ook sprake dient te zijn van vergoeding voor schade voor andere dan vrijheidsbenemende dwangmiddelen.
9 Processuele schuld ziet men alom als reden tot vermindering van een aanspraak op vergoeding.
10 Tempus modicum.

4.6.3 Toelichting op conclusies literatuur over grondslag schadevergoeding

4.6.3.1 Ex nunc onrechtmatigheidbeoordeling voornamelijk bekritiseerd

Na de eerste uitspraak van de Hoge Raad in 1990 (Staat-Bekkers) komen er vele reacties, met name op de civielrechtelijke toetsing ex nunc ofwel de onrechtmatigheid achteraf. Vanuit diverse invalshoeken wordt deze uitspraak beoordeeld.

Brouns (1991) bespreekt de civielrechtelijke uitspraak van de Hoge Raad 26 januari 1990, NJ 1990, 794.[380] Hij concludeert dat op zich het gekozen uitgangspunt van schadevergoeding uit onrechtmatige daad goed past in het stelsel van het BW en het stelsel van het strafrecht, in tegenstelling tot de poging van de A-G om de Hoge Raad te overtuigen de schadevergoeding te gronden op rechtmatige daad. Hiermee gaat hij uit van het achteraf onrechtmatig worden van een rechtmatige toegepaste hechtenis, hoewel hij wel enige bedenkingen heeft.[381] Hij is onder andere kritisch over het feit dat er slechts gekozen is voor een criterium van één, niet nader gespecificeerde rechtvaardigingsgrond. Het zou volgens Brouns beter zijn tot uitdrukking te brengen dat, ondanks dat er een strafrechtelijke rechtvaardigingsgrond voor het toepassen van het dwangmiddel bestaat, er in dit geval toch (als uitkomst van de belangenafweging te noemen) redenen zijn die de toepassing onrechtmatig doen zijn met het gevolg de plicht de veroorzaakte schade te vergoeden [m.i. is dit nogal een ruime uitleg van de bedoeling van de Hoge Raad, MD]. Naar mijn mening stelt Brouns voor dat de onrechtmatigheid achteraf beter kan worden vastgesteld op grond van een belangenafweging in plaats van op basis van het ontbreken van slechts één rechtvaardigingsgrond. Brouns: met de huidige gehanteerde formulering (ongefundeerd blijken van aanvankelijke rechtvaardigingsgrond) lijkt het er namelijk op dat de politie het uiteindelijk toch niet goed heeft gedaan, terwijl de bedoeling lijkt te zijn dat er andere redenen zijn die het optreden onrechtmatig doen zijn ondanks de aanwezigheid van een strafrechtelijke rechtvaardigingsgrond.[382]

Doorenbos (1991) ziet principieel complicaties bij de retrospectieve beoordeling door de civiele rechter, waar de strafrechter een prospectieve benadering hanteert. Hij gaat ondermeer in (vgl. ook Brouns hiervoor) op de mogelijkheid dat een strafvorderlijk overheidsoptreden tegelijkertijd in civielrechtelijke zin onrechtmatig kan zijn en in straf(proces)rechtelijke zin rechtmatig (bijv. in geval van niet veroordeling bij delicten waarin sprake is van 'rechtmatige ambtsverrichting'.[383] Hij stelt de civielrechtelijke benadering ex post ook lijnrecht staat tegenover de uitgangspunten uit de schadevergoedingsregeling van de artikelen 89-93 Sv, omdat er daarbij expliciet van werd uitgegaan dat de rechtmatigheid van inverzekeringstelling en voorlopige hechtenis moet worden beoordeeld '*aan de hand van gegevens die beschikbaar waren toen de overheid handelde*' (aldus de Minister van Justitie Van Agt in 1975). Toen werd echter nog niet voorzien dat de civiele rechter zich ook over gevallen die onder de regeling van de artikelen 89-93 Sv zouden vallen, zou uitspreken, omdat deze regeling beoogd werd voor rechtmatige handelingen en met voldoende waarborgen omkleed werd beschouwd, zodat verwacht werd dat de civiele rechter verzoeken niet zou ontvangen. De verschillende wijzen van beoordeling (retrospectief versus prospectief) hebben volgens Doorenbos ook consequenties voor de nationaal-rechterlijke interpretatie van artikel 5 EVRM. De civiele rechter zal namelijk vermoedelijk relatief snel concluderen dat sprake is van een onrechtmatige daad en dus dat artikel 5 EVRM van toepassing is, terwijl de strafrechter artikel 5 lid 5 EVRM uiterst zelden van toepassing zal verklaren.[384]

Ook Franke (1991) bekritiseert de door de Hoge Raad gekozen weg. Hij richt zich vooral op de constructie van onrechtmatigheid achteraf en ziet een alternatieve oplossing in de relativiteit van de rechtvaardigingsgrond (zie hierna). Franke ziet een probleem bij het door de Hoge Raad fingeren van onrechtmatigheid omdat deze redenering in strijd is met het beginsel dat

380 Deze uitspraak is ook hier uitvoerig besproken in hoofdstuk 3 in § 3.3.3.1.

381 P.J.H.M. Brouns 1991, p. 1376.

382 P.J.H.M. Brouns 1991, p. 1375-1377. Dat de aanvankelijke rechtvaardigingsgrond ongefundeerd zal blijken indien de verdachte de dader niet is, vindt Brouns een moeilijk criterium, want wat indien niet is vast te stellen dat hij de dader is, maar ook niet dat hij het niet is? Brouns vindt dit een te ruime formulering.

383 D.R. Doorenbos 1991, p. 458.

384 D.R. Doorenbos 1991, p. 460-461.

een gedraging (of normschending) wordt beoordeeld naar het tijdstip waarop zij plaatsvond. Voor het oordeel over de rechtmatigheid van een politie-inval is dus beslissend of ten tijde van de inval een rechtvaardigingsgrond aanwezig was (indien er een redelijk vermoeden van schuld is waaraan niets mankeert). De koppeling tussen de uitkomst van het strafproces en het civiele oordeel over rechtmatigheid van de politie-inval zoals de Hoge Raad die maakt acht hij in ieder geval merkwaardig, omdat het in beide procedures om verschillende kwesties gaat: in het strafproces staat de verdachte centraal, terwijl het in de civiele procedure om de beoordeling van het politieoptreden gaat; hoe kan de beoordeling van dit overheidsoptreden worden beïnvloed door een omstandigheid aan de kant van gelaedeerde, terwijl die omstandigheid pas later blijkt, in een procedure over een andere vraag, vraagt Franke zich af.[385] Franke legt vervolgens uit dat een onrechtmatige daad een niet door het recht getolereerde normschending is en een rechtvaardigingsgrond een bevoegdheid tot normschending. Echter: een daad is alleen onrechtmatig jegens hem wiens belangen door de geschonden norm worden beschermd (6:163 BW) en dat geldt ook voor een rechtvaardigingsgrond; een handeling die in het algemeen onrechtmatig zou zijn kan in het bijzondere geval gerechtvaardigd zijn. Politieoptreden is derhalve rechtmatig jegens hem tegen wie een redelijk vermoeden van schuld bestaat, maar onrechtmatig tegen een volstrekt onschuldige derde.[386] Dan nuanceert Franke zijn eerder stelling voor wat betreft de invloed van de uitkomst van het latere strafproces op de civiele beslissing over (on)rechtmatigheid. Hij stelt dat als blijkt dat de gewezen verdachte onschuldig is, het politieoptreden jegens hem als onrechtmatig moet worden aangemerkt. Niet omdat de rechtvaardiging achteraf ongefundeerd was (want als er een redelijk vermoeden van schuld was, was het optreden gegrond) maar omdat de staat zich jegens onschuldigen niet op deze rechtvaardigingsgrond kan beroepen. Dat kan inderdaad pas achteraf worden aangetoond.[387] Net als Doorenbos en Franke verbaast het ook De Pree (1991) dat de Hoge Raad deze weg weer inslaat, waarbij de onrechtmatigheid naar verschillende momenten wordt beoordeeld en dat acht hij dogmatisch niet erg zuiver.[388]

Mevis (1992) vergelijkt een rapport van de Nationale Ombudsman (26 juni 1991) met de richting zoals door de Hoge Raad gevolgd en gaat in op het verschil van mening tussen de Minister van Justitie en Nationale Ombudsman ter zake van de constructie van onrechtmatigheid en schadevergoeding. De schadevergoedingskwestie ter zake leidt tot een meningsverschil tussen de Minister van Justitie en de Nationale Ombudsman. In eerste instantie weigert de MvJ de vergoeding omdat hij meent dat het optreden beoordeeld moet worden naar het moment van optreden. Het feit dat de zaak wordt geseponeerd maken het optreden naar zijn oordeel niet alsnog onrechtmatig. In beantwoording op vragen van de Nationale Ombudsman erkent de MvJ bij brief van 16 maart 1990 echter dat contra legem verzuimd is een gerechtelijk vooronderzoek in te stellen na de huiszoeking. De MvJ acht daarom de huiszoeking alsnog onrechtmatig geworden (hij erkent dus alsnog de mening van de Nationale Ombudsman, maar negeert de opvatting van de Hoge Raad), maar dat leidt volgens hem niet tot schadevergoeding omdat de schade werd veroorzaakt door het binnentreden (en die was wel rechtmatig) en niet door de (onrechtmatige) huiszoeking. De Nationale Ombudsman neemt het eerste oordeel over, maar

385 M.E. Franke 1991, p. 1029.

386 Vgl. H. Th.J.F. van Maarseveen 1954, p. 914-920 en J.M.H.F. Teunissen 1994, p. 163-164.

387 M.E. Franke 1991, p. 1031. M.i. komt dit gekunsteld over: men kan zich niet op de rechtvaardigingsgrond, dat sprake is van een redelijk vermoeden van schuld, beroepen omdat de onschuld is gebleken. M.a.w. dan was die rechtvaardigingsgrond er – achteraf bezien, in het geheel niet op het moment van toepassing van het dwangmiddel- als ik het goed begrijp. M.i. wordt hier voorbijgegaan aan het prospectieve karakter van de verdenking, zie hoofdstuk 6.

388 J.K. de Pree 1992 p. 6.

wijst het tweede oordeel van de MvJ af en komt in zijn rapport van 15 juni 1990[389] tot het oordeel dat de weigering van de MvJ om schadevergoeding te geven onbehoorlijk is. De Nationale Ombudsman voert dan ook aan dat het feit dat verzoeker niet is veroordeeld ertoe leidt dat het optreden achteraf onrechtmatig moet worden geacht en lijkt zich daarbij volledig te baseren op de lijn zoals door de Hoge Raad gekozen in twee arresten uit 1990. Hiermee lijkt de Nationale Ombudsman terug te komen van zijn eerdere opvatting dat de (on)rechtmatigheid van de toepassing van een dwangmiddel alleen beoordeeld dient te worden naar het moment van toepassen. Aangezien Mevis de constructie van de Hoge Raad niet zonder problemen acht, had hij gemeend dat de Nationale Ombudsman zijn gewijzigde opstelling nader had dienen te motiveren.[390]

Bloembergen (1992) stelt nog maar eens '*dat normaliter een gedraging op het tijdstip waarop zij wordt verricht, rechtmatig dan wel onrechtmatig is; wat achteraf gebeurt is niet meer relevant*.'[391] Van den Berg en Rozemond (1992) zien de uitspraken van de Hoge Raad zo, dat het civielrechtelijke onrechtmatigheidoordeel alleen consequenties heeft voor de vraag of de schade moet worden vergoed, en dat betekent dus niet dat het overheidsoptreden met terugwerkende kracht in zijn geheel ontoelaatbaar wordt geacht. Zij gaan in op de vraag of de discrepantie tussen strafvorderlijke en civielrechtelijke rechtmatigheidscriteria problematisch zijn. Zij volgen niet de lijn van Doorenbos (die pleitte voor het bepalen van de civiele onrechtmatigheid naar het moment van het toepassen van het dwangmiddel, conform het Antilliaanse WvSv).[392] Daalder (1993) ziet, bij zijn beschrijving van de arresten van de Hoge Raad een wijziging van een beoordeling ex tunc naar een beoordeling ex nunc.[393]

Mevis (1993) vindt principieel dat de onrechtmatigheidconstructie (beoordeeld naar omstandigheden die achteraf plaatsvonden) onjuist is. Alle nadelen die daarbij ontstaan kunnen volgens Mevis vermeden worden door schadevergoeding toe te kennen voor rechtmatige – naar het moment van optreden beoordeelde – daad.[394] De Kok (1993) meent dat de grondslag voor een vorderingsrecht gevonden zal moeten worden in de aard van de schade toebrengende handeling. De wetgever vermijdt tot nu toe echter de grondslag van onrechtmatige overheidsdaad. Waarom? Door die grondslag onrechtmatige daad zou iets als fout worden geoordeeld dat (tijdens het gebeuren) niet fout was: er is nu eenmaal weerstand tegen een negatieve beoordeling van het overheidshandelen. Deze tegenwerping is echter door de ontwikkelingen ingehaald: de recente Hoge Raad uitspraken tonen de acceptatie van overheidsoptreden dat achteraf onrechtmatig wordt beoordeeld, aan. De Kok meent dat het opvallend is dat er op het terrein van de strafvorderlijke schade eigen regels voor beoordeling van aansprakelijkheid worden gehanteerd (namelijk of sprake is van (on)rechtmatigheid wordt aan de hand van later gebleken feiten beoordeeld).[395]

Dekker (1995) bekritiseert de onrechtmatigheidconstructie vanuit de vaststelling dat het alle gevallen gaat om de legitieme toepassing van bevoegdheden waarbij alle regels en beginselen van het straf(proces)recht in acht zijn genomen en '*de overheid in de persoon van deze opsporingsambtenaren (met inachtneming uiteraard van de beleidsvrijheid die zij in deze heeft) verplicht is om strafvorderlijke dwangmiddelen jegens een persoon te gebruiken als zij hem verdenkt van het plegen van een strafbaar feit*,' omdat het opsporen en vervolgen van strafbare feiten deel uitmaakt van de

389 Rapport 15 juni 1990, nr. 90/R368. Ook gepubliceerd in AB 1990, 461 m.n. E.J. Daalder. Zie ook bespreking Drupsteen 1991, Rozemond 1991, Franke 1991.
390 P.A.M. Mevis 1992, p. 751-752.
391 A.R. Bloembergen 1992, p. 124-125.
392 H.A. van den Berg en K. Rozemond 1992, p. 56.
393 B.J. Daalder 1993, p. 170.
394 P.A.M. Mevis 1993, p. 33.
395 H.G.F.M. de Kok 1993, p. 444-445.

overheidstaak om het algemeen belang te behartigen.[396] Verder stelt zij dat het inherent is aan het strafrechtelijk systeem dat een verdenking achteraf onjuist blijkt.[397] Ten slotte wijkt de Hoge Raad hier ook nog eens af van de gebruikelijke beoordeling ex tunc.[398] Ook Van Maanen/De Lange (2005) stellen de civiele constructie waarbij bepaald gedrag op grond van later gebleken feiten onrechtmatig wordt, onjuist te achten. Het is niet meer dan een constructie 'pour besoin de la cause', aldus auteurs.[399]

Kwakman (2003) stelt dat de uitspraken van de Hoge Raad (vooral Staat-Bekkers) leiden tot ongewenste effecten en op gespannen voet staan met het stelsel van de wet[400] en hij vraagt zich af waarom gekozen is voor onrechtmatigheid ex post en waarom bv. niet is aangesloten bij het vereiste van zorgvuldige belangenafweging.[401] Bakels (2006) meent dat de constructie 'enigszins wringt' omdat deze op twee van de drie punten niet aan de klassieke eisen voldoet waaraan een juiste juridische constructie zou moeten voldoen.[402]

In dit verband wordt wederom gekeken naar overeenkomsten met overige civielrechtelijke procedures waar ex nunc toetsing plaatsvindt.

Brunner trekt in zijn noot bij Staat-Bekkers[403] (Hoge Raad 26 januari 1990, NJ 1990, 794) een parallel met aansprakelijkheid voor de tenuitvoerlegging van later vernietigde rechterlijke uitspraken, evenals A-G Bloembergen bij deze uitspraak.[404] Franke (1991) meent daarentegen dat de gehanteerde vergelijking met de executant van een kort geding vonnis hier niet opgaat omdat deze zijn handelen baseert op een gegeven dat in de loop van dezelfde civiele procedure kan veranderen. Daar kan men dus wel spreken van een voorlopige of voorwaardelijke rechtvaardigingsgrond, maar bij politieoptreden niet, omdat daarbij als voorwaarde (rechtvaardigingsgrond) geldt niet de pas later bewezen schuld van de verdachte, zoals de Hoge Raad suggereert, maar een redelijk vermoeden van schuld.[405] Ook De Wijkerslooth (1993) twijfelt of een parallel zomaar te trekken valt. Hij stelt dat de huidige lijn van de Hoge Raad lijkt gebaseerd op civiele jurisprudentie inzake gevallen waarin een partij op basis van een voorlopige rechterlijke beslissing maatregelen neemt tegen andere partij, terwijl deze achteraf ongegrond blijken omdat de definitieve rechterlijke beslissing anders uitvalt (beslag- en executieaansprakelijkheid). Deze constructie impliceert dat een gedraging op het handelingsmoment volstrekt rechtmatig is, maar (bij wege van fictie) alsnog onrechtmatig wordt op grond van na de handeling blijkende feiten of omstandigheden die niet door de dader zijn beïnvloed. Een vergelijkbare toepassing op justitieel optreden is echter dubieus, omdat men bij beslag en executie een keuze kan maken: men hoeft geen vordering in te leiden met een conservatoir beslag! Men kan en mag de proces-

396 J. Dekker 1995, p. 749-750.
397 J. Dekker 1995, p. 750. Vergelijkbaar stelde P.A.M. Mevis 1993, p. 34 dat uit het gegeven dat iemand wordt verdacht, besloten ligt dat dit wel eens niet kan kloppen.
398 J. Dekker 1995, p. 750.
399 G.E. van Maanen en R. de Lange 2005, p. 146.
400 N.J.M. Kwakman 2003, p. 166.
401 N.J.M. Kwakman 2003, p. 155. Hij gaat daar ook in op enkele mogelijke verklaringen.
402 Eisen die Asser-Scholten stelde in navolging van Von Jhering, namelijk *'dat zij de positieve stof moet dekken, dat in haar zelf geen tegenspraak moet zijn, dat zij ook aan esthetische eisen moet voldoen'*. Bakels stelt diplomatiek dat de constructie op de laatste twee eisen niet hoog scoort. F.B. Bakels 2006, p. 27 en aldaar noot 22.
403 C.J.H. Brunner in noot onder Staat/Bekkers, NJ 1990, 794, p. 3345.
404 Hetgeen hij nogmaals herhaalt in A.R. Bloembergen 1992, p. 125.
405 M.E. Franke 1991, p. 1029. Franke benadrukt dus de functie van de verdenking, en ziet dit niet als voorlopige rechtvaardigingsgrond. Vergelijk ook Doorenbos 1991.

kansen afwegen tegen het aansprakelijkheidsrisico. Maar die keuze hebben politie en OM niet. Hoewel men kan redeneren dat dit optreden alleen maatschappelijk aanvaardbaar is indien de verdachte ervan verzekerd is dat zijn schade zal worden vergoed indien achteraf blijkt dat hij ten onrechte is verdacht, komt men in ieder geval al dicht bij een redenering van zelfstandige aansprakelijkheid bij rechtmatige daad.[406]

De Kok (1993) ziet weer wel die parallel met de overheidsaansprakelijkheid in algemenere zin, waarbij een aanvankelijke legitimatie wegvalt doordat deze in een latere procedure (bodem- of appelprocedure) zijn grondslag verliest door de afwijzing van de aanspraak in de bodemprocedure of bij de executie van een (bij voorraad uitvoerbaar verklaard) vonnis dat nadien in een bodem- of appel procedure niet wordt bevestigd, omdat (kort gezegd) degene die conservatoir beslag legt voor eigen risico handelt.[407] De Kok meent dat dit ook geldt voor de overheid. Spier ziet weliswaar de overeenkomst met aansprakelijkheid voor de tenuitvoerlegging van later vernietigde rechterlijke uitspraken, maar meent dat het hier in werkelijkheid gaat om aansprakelijkheid voor rechtmatige daad.[408] Kwakman (2003) vraagt zich af waarom gekozen is voor onrechtmatigheid ex post en waarom niet is aangesloten bij het vereiste van zorgvuldige belangenafweging[409] en geeft zelf enkele mogelijke verklaringen zoals verwantschap met regelingen die voorlopige maatregelen kennen, zoals conservatoir beslag. Hij lijkt aan te sluiten bij de kritiek van De Wijkerslooth op deze verwantschap, omdat de bij beslag of executie geldende keuzevrijheid voor politie en OM niet gelden.[410] A-G Langemeijer meent dat de opvatting van Van Maanen (die een risicoaansprakelijkheid bepleit in geval een strafzaak eindigt zonder veroordeling, vanuit de gedachte dat strafvorderlijke bevoegdheden worden toegepast op voorwaarde dat de verdenking gegrond is – dus een voorwaardelijke bevoegdheid uitoefent – terug is te voeren op de gedachte van het conservatoir beslag. Hij stelt dat deze theorie van de voorwaardelijke bevoegdheid bij een particulier die beslag legt makkelijker lijkt te aanvaarden dan bij de overheid die strafvorderlijke bevoegdheden uitoefent.[411]

Ten slotte wordt de gehanteerde onrechtmatigheidconstructie nog bekritiseerd voor wat betreft het toerekeningsdeel. Door de wijze van formuleren zijn de meningen verdeeld of de Hoge Raad de toerekening aan de overheid baseert op een schuldfictie of dat sprake is van toerekening op basis van in het verkeer geldende opvattingen (vgl. hoofdstuk 3 in § 3.2.9 en §3.4.7).

Brouns (1991) meent dat de schuldfictie van de Staat (in de formulering dat 'de staat met de mogelijkheid van het achteraf ongefundeerd blijken van de rechtvaardigingsgrond rekening had te houden') niet geheel klopt, aangezien de staat niet daarmee rekening had hoeven houden, maar zich had moeten realiseren dat zijn optreden schade kan veroorzaken.[412]

Drupsteen (1991) heeft kritiek op de door de Hoge Raad gekozen schuldfictie; beter ware het indien de aansprakelijkheid gebaseerd zou zijn op een oorzaak die krachtens het in het verkeer geldende opvattingen voor rekening van de Staat komt, omdat er in werkelijkheid in beginsel geen sprake is van schuld (hoewel dat overigens ook niet is uit te sluiten, bv indien niet–proportioneel is opgetreden; dan kan wel sprake zijn van verwijtbaar handelen). Zo krijgt

406 J.L. de Wijkerslooth 1993, p. 319.
407 De Kok baseert zich op A.A. van Rossum 1990, p. 69 e.v., zie H.G.F.M. de Kok 1993, p. 446.
408 J. Spier, NJV 1996, I, p. 290.
409 N.J.M. Kwakman 2003, p. 155.
410 N.J.M. Kwakman 2003, p. 161-162, met name noot 318 aldaar.
411 A-G Langemeijer bij HR 21 maart 2003, JOL 2003, 162, sub 2.7.
412 P.J.H.M. Brouns 1991, p. 1376.

de aansprakelijkheid in beginsel het karakter van risicoaansprakelijkheid, hetgeen aansluit bij schadevergoedingsacties nadat in een administratieve procedure een overheidsbesluit is vernietigd (dan aanvaardt de Hoge Raad namelijk een vergaande overheidsaansprakelijkheid, waarbij met de onrechtmatigheid in beginsel de schuld is gegeven).[413] De Pree (1992) leest[414] geen schuldfictie in de formulering dat de Staat met het achteraf ongefundeerd blijken van de rechtvaardigingsgrond rekening had moeten houden. Hij ziet dit gewoon als een toerekening op grond van de in het verkeer geldende opvattingen, derhalve conform vaste rechtspraak.[415]

Van den Berg en Rozemond (1992) vragen zich ook af of de Hoge Raad hier nog wel een schuldfictie hanteert; vele auteurs zien in de twee arresten uit 1990 namelijk een erkenning van risicoaansprakelijkheid door de Hoge Raad en dat komt schrijvers ook zo voor.[416]

Van Maanen/De Lange (2005) daarentegen lijken de verdedigde opvatting dat de Staat in beginsel schuld heeft indien de verdenking niet hard gemaakt kan worden (overigens volgens hen ongeacht de reden) en dus tegenbewijs moet leveren omdat sprake is van risicoaanvaarding, te steunen.[417]

4.6.3.2 De constructie op basis van een rechtvaardigingsgrond is voor meerdere uitleg vatbaar

De constructie van de Hoge Raad leidt ook tot veel vragen, met name doordat de Hoge Raad op dit terrein uitgaat van een rechtvaardigingsgrond (die achteraf ongerechtvaardigd kan blijken te zijn). Heeft de Hoge Raad door gebruikmaking van de achteraf ongefundeerde rechtvaardigingsgrond nu wel of niet de oude Bregstein leer weer van toepassing gemaakt of geeft de Hoge Raad blijk van een invulling naar rechtmatige daad?

Drupsteen (1991) analyseert de uitspraak van de Hoge Raad als volgt: de Hoge Raad grondt hier de schadevergoeding op onrechtmatige daad, vanwege achteraf ongefundeerd blijken van de rechtvaardigingsgrond, verlaat de Bregstein leer (schadevergoeding omdat geen schadevergoeding is betaald) en neemt een fictieve schuld van de overheid aan. Hiermee verlaat de Hoge Raad de eerdere lijn (Voorste Stroom)[418] waarbij een rechtmatig of een uit algemeen belang gerechtvaardigd gedrag onrechtmatig werd geacht door het niet vergoeden van schade die daar het gevolg van was. Drupsteen gaat in op de vraag waarom de Hoge Raad hier een omslag maakt, wellicht doordat – door A-G Bloembergen ter sprake gebracht – de Hoge Raad inmiddels ook overtuigd is dat in de Voorste stroom jurisprudentie sprake is van een cirkelredenering (er wordt onrechtmatig gehandeld en dus moet schadevergoeding worden betaald omdat er geen schadevergoeding wordt betaald) of wellicht wilde de Hoge Raad een afbakening van de civiele aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad ten opzichte van de meer bestuursrechtelijke schadevergoeding bij rechtmatige daad.[419] Ook De Pree (1992) gaat in op de historische discussies over schadevergoeding en (on)rechtmatige daad. Hij stelt dat het niet zuiver is om handelingen waarvan men aanvankelijk zegt dat ze onrechtmatig zijn, door een latere gebeurtenis toch

413 Th.G. Drupsteen 1991, p. 333.
414 I.t.t. Drupsteen en bijv. annotator Van der Burg bij AB 1990, 251 bij HR 26 januari 1990.
415 J.K. de Pree 1992, p. 9.
416 H.A. van den Berg en K. Rozemond 1992, p. 55.
417 G.E. van Maanen en R. de Lange 2005, p. 147.
418 Gebaseerd op Bregstein.
419 Th.G. Drupsteen 1991, p. 332-333.

weer rechtmatig te laten worden. Dat zou Bregstein namelijk hebben voorgestaan door te stellen dat een rechtvaardigingsgrond in wording volledig wordt door de betaling van schadevergoeding; Drion had kritiek op de gedachte dat door iets dat na de handeling plaatsvindt (het betalen van schadevergoeding) de onrechtmatige handeling (pas) tot een rechtmatige wordt omdat hij meende dat een rechtmatige handeling doordat geen schadevergoeding wordt aangeboden, onrechtmatig kan zijn. Schoordijk echter meende dat Bregstein betoogde dat het aanbieden van schadevergoeding vooraf de onrechtmatige daad kan rechtvaardigen.[420] In ieder geval heeft de Hoge Raad over het algemeen afstand genomen van de Bregstein-leer, in ieder geval sinds 1952, aldus De Pree.[421] De Pree interpreteert deze civiele uitspraken van de Hoge Raad op het terrein van strafvorderlijke schade echter als variant van de (zijns inziens achterhaalde) Bregstein-leer, aangezien hij het zo leest dat het zwaarwegend opsporingsbelang een onvolledige rechtvaardigingsgrond vormt, die volledig wordt als de verdachte schuldig is. Indien de verdachte achteraf onschuldig is, heeft de overheid onrechtmatig gehandeld en moet de daardoor ontstane schade vergoeden. Ook lijkt de Hoge Raad ervan uit te gaan dat er met terugwerkende kracht helemaal geen rechtvaardigingsgrond is.[422] Het verbaast hem dat de Hoge Raad deze weg weer inslaat, waarbij de onrechtmatigheid naar verschillende momenten wordt beoordeeld en dat is dogmatisch niet erg zuiver. De Pree gaat ervan uit dat de politie bij verdenking snel moet optreden, waardoor de rechtvaardigingsgrond noodtoestand duidelijk aanwezig is.[423]

Van den Berg en Rozemond (1992) zien de uitspraken van de Hoge Raad zo, dat het civielrechtelijke onrechtmatigheidoordeel alleen consequenties heeft voor de vraag of de schade moet worden vergoed, en dat betekent dus niet dat het overheidsoptreden met terugwerkende kracht in zijn geheel ontoelaatbaar wordt geacht (vandaar volgens hen de formulering door de Hoge Raad: 'voor zover het schade toebracht, onrechtmatig'). Geeft de Hoge Raad dan toch blijk van schadevergoeding bij rechtmatige daad?[424] Anders meende Brouns (1991 en 1996) die deze toevoeging overbodig leek.[425] Zie hierover ook Van Maanen/De Lange (2005) die deze toevoeging op zijn minst merkwaardig vinden en veronderstellen dat de Hoge Raad het gewoon heeft over onrechtmatigheid, ondanks deze toevoeging.[426] Van den Berg en Rozemond (1992) zien wel een trend in schadevergoedingsuitspraken voor bestuursrechtelijke kwesties[427] waaruit de Hoge Raad schadevergoeding bij rechtmatige overheidsdaad lijkt te accepteren (een rechtmatig verbod werd wegens het ontbreken van een financiële regeling voor diegenen die onevenredig in hun belang waren getroffen, onrechtmatig), maar schrijvers verwachten niet dat dat invloed zal hebben op vervolguitspraken over schade tengevolge van strafvorderlijk overheidsoptreden. Kwakman (2003) veronderstelt dat de Hoge Raad met de ex post onrechtmatigheid heeft afgezien van de constructie van de voorwaardelijke rechtvaardigingsgrond (constructie Bregstein), maar aansluiting heeft willen zoeken bij het stelsel van het nieuw BW artikel 6:168[428] d.w.z. dat geconcludeerd wordt tot onrechtmatigheid van een overheidshandeling, terwijl die handeling met het oog op zwaarwegende maatschappelijke belangen die daarmee

420 J.K. de Pree 1992, p. 6.
421 J.K. de Pree 1992, p. 6. Zie ook uitvoerig § 3.2.5 hierover.
422 J.K. de Pree 1992, p. 8. Zie voor een andere uitleg van de Hoge Raad hierover D.R. Doorenbos (1991), die echter wel hetzelfde resultaat beoogt.
423 J.K. de Pree 1992, p. 8. Anders M.E. Franke 1991, p. 1032 die daarvan in deze situatie geen sprake acht.
424 H.A. van den Berg en K. Rozemond 1992, p. 51-62, hier p. 53.
425 P.J.H.M. Brouns 1991, p. 1377 en P.J.H.M. Brouns 1996, p. 209.
426 G.E. van Maanen en R. de Lange 2005, p. 137.
427 Het veelbesproken arrest Varkensswill, Hoge Raad 18 november 1991, RvdW 1991, 35.
428 N.J.M. Kwakman 2003, p. 158. Ook zo A-G Strikwerda onder Joemman Staat (HR 23 november 1990, NJ 1991, 92).

zijn gediend, niet met terugwerkende kracht ontoelaatbaar wordt geacht, maar wel de daaruit voortvloeiende schade vergoed dient te worden.

4.6.3.3 In welke gevallen is die rechtvaardigingsgrond nu ongefundeerd, of: risicoaansprakelijkheid of niet?

Er is veel debat over de interpretatie van de eerste arresten van de Hoge Raad. Met name de vraag of sprake is van een achteraf ongefundeerde rechtvaardigingsgrond steeds bij geen bewezenverklaring resp. geen veroordeling houdt de gemoederen bezig. In het laatste geval zou namelijk sprake zijn van risicoaansprakelijkheid. Door de latere uitspraken van de Hoge Raad wordt dit debat echter enigszins achterhaald; de Hoge Raad opteert duidelijk niet voor risicoaansprakelijkheid voor schade in alle gevallen waarin een strafzaak eindigt zonder veroordeling (zoals sommigen in eerste instantie bepleitten). Desondanks blijven er auteurs die, ook na de verduidelijkende latere uitspraken van de HR, menen dat een dergelijke risicoaansprakelijkheid wel op zijn plaats zou zijn. Hieronder volgt een groepering in opvattingen.

Enkele auteurs stellen zich op het standpunt dat in geval sprake is van 'geen bewezenverklaring' de rechtvaardigingsgrond ongefundeerd was.

Zo meent Doorenbos (1991) naar aanleiding van de vroege ontwikkelingen in civilibus (Hoge Raad 26 januari 1990, NJ 1990, 794) over de consequenties van het uitgangspunt van de civiele rechter dat naar aanleiding van een verdenking als bedoeld in artikel 27 Sv (redelijk vermoeden van schuld) een aanvankelijke rechtvaardigingsgrond bestaat. Indien deze aanvankelijke rechtvaardigingsgrond achteraf ongefundeerd blijkt, is het strafvorderlijk optreden alsnog onrechtmatig. Hij vraag zich af in welke gevallen de aanvankelijke rechtvaardigingsgrond (het redelijk vermoeden van schuld in de zin van artikel 27 Sv) achteraf bezien ongefundeerd is. Gebleken is dat de Hoge Raad aanneemt dat dit zeker het geval is indien sprake is van gebleken onschuld in de zin dat de gewezen verdachte niets met de zaak te maken had (Hoge Raaad 26 januari 1990, NJ 1990, 794). Ook indien de gewezen verdachte onschuldig is gebleken maar er wel iets mee te maken had, wordt dat aangenomen (Hoge Raad 23 november 1990, NJ 1991, 92 Joemman Staat). Daarbij overweegt de Hoge Raad wel tot vermindering van de vergoeding wegens de verdachte toe te rekenen omstandigheden, maar desalniettemin blijft de aanvankelijke rechtvaardigingsgrond achteraf ongefundeerd. Maar hoeveel rek is er verder nog? Doorenbos meent dat, voor zover de aanvankelijke rechtvaardigingsgrond wordt gevonden in het redelijk vermoeden van schuld ex artikel 27 Sv, in alle gevallen waarin- achteraf bezien- voor een dergelijke verdenking onvoldoende belastend materiaal resteert, het strafvorderlijk optreden op basis van deze redenering onrechtmatig dient te worden geacht, ook indien alsnog sterke aanwijzingen bestaan dat verdachte niet brandschoon was; sterke aanwijzingen constitueren volgens Doorenbos immers in het algemeen geen objectief toetsbaar redelijk vermoeden van schuld in de zin van artikel 27 Sv, evenmin als een te subjectief ingekleurde (rechterlijke) overtuiging. Het omslagpunt is volgens Doorenbos indien het schuldvermoeden van artikel 27 Sv is bekrachtigd door een bewezenverklaring. Wat daarna komt, doet aan het eenmaal vastgestelde criterium niet meer aan af, bijv. indien sprake is van een strafuitsluitingsgrond [dan is – naar ik begrijp – namelijk sprake van al meer dan een redelijk vermoeden van schuld gezien de bewezenverklaring, MD]. Wat met een vrijspraak omdat het overgrote deel van het bewijs onrechtmatig is verkregen, terwijl geen twijfel bestaat over de schuld van de verdachte? Formeel is dan de schuld niet vastgesteld, terwijl hij het materieel wel heeft gedaan, gelet op het bewijs-

materiaal, dat overigens onrechtmatig is en niet kan worden gebruikt.[429] Samengevat lijkt Doorenbos de aanvankelijke rechtvaardigingsgrond zeer (chronologisch) juridisch te beschouwen: als de aanvankelijke rechtvaardigingsgrond bestaat in geval van een verdenking in de zin van artikel 27 Sv, dan zal er (al) onrechtmatigheid ontstaan indien daarvoor juridisch onvoldoende belastend materiaal is, d.w.z. ook als betrokkene niet brandschoon is, zal er toch onrechtmatigheid ontstaan. Doorenbos houdt dus consequent vast aan het eenmaal gekozen juridische uitgangspunt. Dat betekent ook dat na een bewezenverklaring altijd sprake is van rechtmatigheid, ongeacht wat daarna, qua chronologische beoordeling (bijv. strafuitsluitingsgrond), komt.

Mevis (1992) stelt echter dat in geval een verdachte niet wordt gestraft, dit betekent dat de rechter geen, binnen het nationaal wettelijk bewijsstelsel tot stand gekomen, bewezenverklaring heeft uitgesproken. De afwezigheid daarvan staat er volgens Mevis echter niet aan in de weg dat de rechter kan vaststellen dat door de verdachte een strafbaar feit is begaan, en de wet houdt daarmee zelfs rekening, bijv. in artikel 36b lid 1 sub 3 Sv.[430] Aangezien moet worden uitgegaan van een autonome betekenis van 'volgens de wet bewezen' in artikel 6 lid 2 EVRM lijkt een dergelijke rechterlijke uitspraak daaraan te voldoen en is dat volgens Mevis niet in strijd met verdragsrecht. Wel zou de rechter dan explicieter moeten motiveren dat hij verdachte wel schuldig acht, omdat dat moet billijken dat in dit geval de burger zelf voor de kosten opdraait.[431]

Anderen zien een ongefundeerde rechtvaardigingsgrond in alle gevallen waarin een strafzaak eindigt zonder veroordeling. Sommigen houden die gedachte – zoals gezegd – ook vast nadat de Hoge Raad in zijn latere arresten uitdrukking had gegeven aan een andere opvatting.

Van den Berg en Rozemond (1992) kijken naar de uitspraak van de Hoge Raad in 1990 (indien achteraf onschuldig gebleken) en de Nationale Ombudsman van 15 juni 1990, AB 1990, 461 (indien sepot wegens gebrek aan bewijs (derhalve ook indien niet is niet komen vast te staan dat sprake is van onschuld)). De Minister van Justitie meende dat alleen sprake is van een ongefundeerde rechtvaardigingsgrond indien ondubbelzinnig is komen vast te staan dat sprake is van onschuld.[432] Zij bespreken de opvatting van Doorenbos die stelde dat alleen sprake is van rechtmatigheid indien het schuldvermoeden van artikel 27 Sv is bevestigd in een bewezenverklaring plus kwalificatie als strafbaar feit. Van den Berg en Rozemond zien het echter als een onjuiste veronderstelling dat de verdenking de aanvankelijke rechtvaardigingsgrond is voor de uitoefening van dwangmiddelen. Verdenking is slechts een algemene voorwaarde. Blijkt de verdenking achteraf gezien onjuist, dan is de toepassing van het dwangmiddel ongefundeerd, maar het omgekeerde geldt niet: als de verdenking terecht was wil dat nog niet zeggen dat de toepassing van het dwangmiddel achteraf gezien gerechtvaardigd was omdat 'strafvorderlijke bevoegdheden niet gericht zijn op het bekrachtigen van de verdenking die voor de toepassing van het dwangmiddel aanwezig was, maar op het omzetten van een verdenking in een veroordeling. Het doel van het strafprocesrecht is het verwezenlijken van het materiële strafrecht en

429 D.R. Doorenbos 1991, p. 455-456. Vgl. in dezelfde zin maar op andere gronden, T. Prakken 1989/90.

430 Rechter kan maatregel van onttrekking aan verkeer opleggen niettegenstaande vrijspraak, mits hij vaststelt dat een strafbaar feit is begaan.

431 P.A.M. Mevis 1992, p. 757-758. Vgl. ook Myjer (1992). Mevis heeft het hierbij echter over een schadevergoedingsmogelijkheid in algemene zin en niet over de vraag wanneer sprake is van onrechtmatig toegepaste dwangmiddelen die recht geven op schadevergoeding.

432 Jaarverslag 1990, Kamerstukken II 1990-1991, 22016, p. 150-151.

de inzet daarbij is bestraffing van de dader'.[433] Indien achteraf pas blijkt dat het materiële strafrecht niet kon worden verwezenlijkt, ontvalt de aanvankelijke rechtvaardigingsgrond aan het strafvorderlijk optreden. Schrijvers betogen daarom dat het criterium van de Hoge Raad voor civiele onrechtmatigheid dus valt toe te passen in alle gevallen waarin uiteindelijk geen veroordeling volgt en het ongefundeerd blijken van de verdenking is slechts een van die gevallen.[434] Het geldt volgens Van den Berg en Rozemond ook bij sepot om beleidsreden en bij niet ontvankelijkheid van het Openbaar Ministerie omdat in al die gevallen het doel waarvoor het dwangmiddel werd toegepast, de verwezenlijking van het materiële strafrecht, niet werd bereikt. Zij ondersteunen dus niet de stelling van de Nationale Ombudsman dat uit de onschuldpresumptie van artikel 6 lid 2 ERM volgt dat een niet veroordeelde verdachte een schadevergoeding dient te krijgen. De schadevergoedingsrechter pleegt vergoeding af te wijzen indien nog een ernstige mate van verdenking bij verzoeker bestaat, bv. indien hij vrijuit ging wegens vormfouten, een verkeerde tenlastelegging of bewijsuitsluiting op grond van onregelmatigheden of bij vrijspraak waarbij de verdachte zich schuldig zou hebben gemaakt aan andere feiten. Uit de MvA kan niet worden afgeleid dat in die gevallen een schadeclaim zonder meer moet worden afgewezen. Er is alleen geen sprake van een recht op vergoeding. Maar dat staat op losse schroeven sinds de Hoge Raad uitspraken. Op basis van EHRM (Minelli en Lutz) concluderen schrijvers dat een rechter een schadeclaim niet mag afwijzen op grond van het feit dat hij een ex verdachte toch schuldig acht aan een strafbaar feit. Uit Lutz volgt volgens hen dat een afwijzing van schadevergoeding niet zonder meer strijd hoeft op te leveren met 6 lid 2 EVRM. Het afwijzen van een vergoeding is geen sanctie en een afwijzing op basis van de mate van verdenking hoeft geen strijdigheid op te leveren.[435] Toch concluderen schrijvers dat het niet in het structurele concept van het Nederlandse strafproces past om van het voortbestaan van een verdenking te spreken als de vervolging is beëindigd. Zij stellen dat het strafvorderlijke verdenkingbegrip betrekking heeft op de periode voorafgaand aan en tijdens de vervolging (art 27 lid 1 Sv) en daarna is het afgelopen. Vandaar dat de regeling van de artikelen 89-93 Sv ook spreekt van de gewezen verdachte. Maar waarom zou een strafvorderlijk begrip op precies dezelfde wijze moeten worden gehanteerd in een civiele procedure? Schrijvers bestrijden dat omdat het voortduren van verdenking toch niet achteraf een rechtvaardiging voor toegebrachte schade kan zijn, De toepassing van een dwangmiddel is namelijk niet gericht op het laten voortduren van vermoedens (die na afloop van de vervolging niet eens meer als strafvorderlijke verdenking kunnen worden gekwalificeerd), maar op het omzetten van vermoedens in een veroordeling. De mate van verdenking mag dus niet de doorslag geven, omdat dan het gedrag van de gewezen verdachte opnieuw wordt beoordeeld terwijl het in eerst instantie zou moeten gaan om beoordeling van de vraag of het optreden van de staat wat betreft de schadetoebrenging gerechtvaardigd was.[436]

Mevis (1992) reageert en legt uit dat de toepassing van dwangmiddelen niet alleen anticipeert op een eventuele strafvervolging[437] maar ook gericht kan zijn op het vergaren van informatie om de OvJ in staat te stellen te beslissen over verdere vervolging en ten slotte een zelfstandige werking heeft.[438] Daarbij kunnen dwangmiddelen ook tegen anderen dan verdachten worden toegepast of zelfs tegen minderjarigen die niet vervolgd kunnen worden. Hier lijken – volgens Mevis – Van den Berg en Rozemond aan voorbij te gaan gezien hun constructie van het doel

433 H.A. van den Berg en K. Rozemond 1992, p. 58.
434 Vergelijk op basis van een andere redenering, maar met een vergelijkbaar resultaat Doorenbos, zie ook Brouns, die verdenking als de enige rechtvaardigingsgrond te mager vond.
435 H.A. van den Berg en K. Rozemond 1992, p. 60.
436 H.A. van den Berg en K. Rozemond 1992, p. 61.
437 Zoals Van den Berg/Rozemond (1992) stelden
438 Bijv. voorlopige hechtenis kan worden toegepast omdat de rechtsorde ernstig is geschokt.

van dwangmiddelen.[439] Mevis meent namelijk dat als een verdachte niet wordt gestraft, dat slechts betekent dat de rechter geen, binnen het nationaal wettelijk bewijsstelsel tot stand gekomen, bewezenverklaring heeft uitgesproken. De afwezigheid daarvan staat er volgens hem echter niet aan in de weg dat de rechter kan vaststellen dat door de verdachte een strafbaar feit is begaan (zie hiervoor).[440]

Daalder (1993) geeft de lijn van de Rechtbank Den Haag weer voor wat betreft de invulling van de vraag wat bedoeld wordt met 'onschuldig gebleken aan de gerezen verdenking'. Eerst wordt daar de formule gehanteerd dat vrijspraak, ontslag van rechtsvervolging en sepot het vermoeden oplevert dat sprake is van onschuld aan de gerezen verdenking, waarbij de Staat evenwel feiten en omstandigheden kan stellen dit dat ontzenuwen.[441] Vanaf eind 1991 ziet Daalder echter dat de Rechtbank Den Haag (zoals ook eerder de Nationale Ombudsman) een andere weg lijkt te zijn ingeslagen (op grond van bestudering van ongepubliceerde uitspraken), namelijk dat door elke niet veroordeling sprake is van onrechtmatig handelen. Een bekentenis van de verdachte of nieuwe feiten kunnen dat anders maken. Zo niet, dan dient de Staat omstandigheden aannemelijk te maken die ontslaan van aansprakelijkheid.[442]

Ook Rozemond (1993) gaat aan de hand van enkele ongepubliceerde uitspraken (via Daalder) na hoe de onrechtmatigheidcriteria van de Hoge Raad worden uitgelegd, welke rol de onschuldpresumptie speelt en hoe de civiele procedure zich verhoudt tot de regeling van de artikelen 89-93 Sv. Hij concludeert dat lagere rechters uitspraken doen die op gespannen voet staan met de onschuldpresumptie en waardoor de procedure van de regeling van de artikelen 89-93 Sv overbodig lijkt te zijn geworden. Vermoedelijk lezen Hof en Rechtbank Den Haag het tweede arrest van de Hoge Raad (NJ 1991, 92) zo, dat onschuld aan de gerezen verdenking de enige reden is waarom een aanvankelijke rechtvaardigingsgrond ongefundeerd kan zijn. Volgens Rozemond is dit criterium echter algemeen geformuleerd; in alle andere gevallen waarin geen veroordeling volgt zou eveneens sprake kunnen zijn van onrechtmatigheid achteraf. Hij herhaalt zijn eerdere uitgangspunt (Van den Berg/Rozemond 1992) en stelt dat in geval de vervolging niet in een veroordeling eindigt, het doel van het strafvorderlijk optreden niet bereikt is waardoor dit optreden daarom achteraf als ongefundeerd worden beschouwd.[443]

De Wijkerslooth (1993) volgt niet de opvatting dat elke gewezen verdachte voor onschuldig gehouden moet worden als er geen onherroepelijke veroordeling volgt ongeacht de reden van die niet veroordeling. Het lijkt De Wijkerslooth niet redelijk de Staat in al die gevallen tot een volledige schadevergoeding te houden.[444]

De Kok (1993) daarentegen stelt zich de kernvraag: '*dient de vergoeding ten diepste om onschuld te belonen zodat strenge eisen aan de aansprakelijkheid kunnen worden gesteld? Of – aan het andere einde van het spectrum – dient de vergoeding om 'bedrijfsongevallen' bij strafvorderlijk onderzoek op te vangen, zodat in beginsel bij ieder uitblijven van een straf aanspraak bestaat.*'[445] Het aanvaarden

439 In reactie hierop stellen Van den Berg/Rozemond (1993) dat ook deze factoren voor risico van de staat zijn wanneer blijkt dat een verdachte niet kan worden veroordeeld, tenzij de verdachte een verwijt valt te maken van het feit dat de OvJ informatie wilde inwinnen of de rechtsorde ernstig geschokt was, H.A. van den Berg en K. Rozemond 1993, p. 30.

440 Zoals hiervoor aan de orde kwam komen Van den Berg/Rozemond en Doorenbos overigens elk via een andere redenering – tot een andere conclusie, omdat zij menen dat in geval van geen veroordeling resp. geen bewezenverklaring, de aanvankelijke rechtvaardigingsgrond (die zij ook anders opvatten zien) is vervallen.

441 Bijv. Rb. Den Haag 14/4/1991, NJ 1992, 433 en Rb Den Haag 4/3/1992, NJ 1992, 388, B.J. Daalder 1993, p. 171.

442 B.J. Daalder 1993, p. 172. De overigens hier weer van afwijkende latere lijn van de Hoge Raad is uitvoerig beschreven in hoofdstuk 3.

443 K. Rozemond 1993, p. 132.

444 J.L. de Wijkerslooth 1993, p. 319.

445 H.G.F.M. de Kok 1993, p. 444.

van risicoaansprakelijkheid maakt overheidsaansprakelijkheid eerder acceptabel (schuldbegrip veranderde van subjectief verwijt naar geobjectiveerd facet en toevoeging van toerekening naar verkeersopvatting). Inmiddels gaat het dan niet meer om het verwijt jegens een overheidsorgaan, maar om de onaanvaardbaarheid dat schade ten laste van de benadeelde zou blijven.[446]

Ook Damen (1994) bespreekt het arrest van de Hoge Raad 29 april 1994, RvdW 1994, 104 en meent dat blijkbaar de Hoge Raad in strafvorderingszaken niet meer wil weten van een vergaande risicoaansprakelijkheid van de Staat, die dan hoogstens enigszins wordt verzacht door het toepassen van vermindering van de aanspraak op vergoeding op de voet van artikel 6: 101 BW. Damen vindt het onduidelijk of de Hoge Raad hiermee terugkomt op de arresten uit 1990 en vindt de dogmatiek van de onrechtmatige overheidsdaad er niet helderder op geworden.[447]

Dekker (1995) veronderstelt dat bij de eerste twee arresten van de Hoge Raad uit 1990 sprake was van pseudorisicoaansprakelijkheid, terwijl met de twee arresten uit 1994 deze aansprakelijkheid weer lijkt te zijn beperkt. Na het arrest van 29 april 1994 zou je nog kunnen twijfelen aan de bedoeling van de Hoge Raad, maar na de uitspraak van 23 december 1994 is Dekker geneigd een verscherping te zien.[448]

Kwakman (2003) analyseert de rechtspraak van de Hoge Raad enigszins anders, namelijk dat de Hoge Raad zijn accent heeft verlegd naar risicoaansprakelijkheid; hij vindt het indrukwekkend rechtersrecht waarmee overheidsoptreden, ook zonder dat er een gebrek aan kleefde, onder het begrip van de onrechtmatige daad is geschaard.[449] Het lijkt er volgens Kwakman op dat de uitvoerige discussie in de literatuur (Doorenbos, Van den Berg en Rozemond en De Wijkerslooth) de Hoge Raad heeft doen besluiten de latere rechtspraak nader te preciseren, zodat de opvattingen van Doorenbos en Van den Berg en Rozemond hiermee lijken te hebben afgedaan.[450] Desondanks lijkt Hennekens (2001) van mening dat in alle gevallen waarbij een verdachte niet meer als verdachte wordt aangemerkt, de verdachte voor onschuldig zou moeten worden gehouden, hetgeen naar zijn mening nog niet impliceert dat daarmee de onrechtmatigheid is gegeven.[451] Zo ook Van Maanen/De Lange (2005) die stellen dat in alle gevallen waarin de verdenking, ongeacht de gronden, 'niet hard gemaakt' kan worden en vrijspraak of ontslag van rechtsvervolging volgt, geconcludeerd moet worden dat de verdenking ongefundeerd is geweest.[452] Zij lijken hiermee de oorspronkelijke lijn van Van den Berg en Rozemond voort te zetten, waarbij zij zich voornamelijk baseren op het onschuldbeginsel[453] en bepleiten in dit geval risicoaansprakelijkheid voor de Staat voor de schade tengevolge van ab initio rechtmatige dwangmaatregelen (en expliciet niet vanwege het achteraf onrechtmatig worden).

Ook Bakels (2006) grijpt terug op zijn eerdere studie (1991) waar hij al stelde dat – in beginsel – de gewezen verdachte een aanspraak hoort te hebben op vergoeding van zijn volledige schade indien een strafrechtelijke procedure eindigt zonder oplegging van straf of maatregel en lijkt aan dit uitgangspunt vast te willen blijven houden.[454]

---

446 Varkensmester HR 18 januari 1991, NJ 1992, 638, H.G.F.M. de Kok 1993, p. 445.
447 L.J.A. Damen 1994, p. 681.
448 J. Dekker 1995, p. 749.
449 N.J.M. Kwakman 2003, p. 186.
450 N.J.M. Kwakman 2003, p. 165.
451 H. Ph.J.A.M. Hennekens 2001, p. 57.
452 G.E. van Maanen en R. de Lange 2005, p. 147.
453 Zonder dat expliciet toe te lichten.
454 F.B. Bakels 2006, p. 35.

4.6.3.4 *Verschil, overeenkomst en verhouding tussen de regeling van de artikelen 89-93 Sv en de civiele onrechtmatige daadprocedure na de rechtspraak van de Hoge Raad*

Hoe verhouden de beide procedures zich nog na de rechtspraak van de Hoge Raad? Heeft de regeling van de artikelen 89-93 Sv, die niet gebaseerd is op een recht op vergoeding, nog wel overlevingskansen na deze rechtspraak? En leidt het principiële verschil in uitgangspunt tussen een vergoeding op basis van billijkheid op de voet van deze regeling of op basis van een actie uit onrechtmatige daad eigenlijk wel tot een verschillende uitkomst in de praktische toepassing?

Doorenbos (1991) stelt dat de civielrechtelijke benadering ex post lijnrecht staat tegenover de uitgangspunten uit de schadevergoedingsregeling van de artikelen 89-93 Sv. Toen werd echter nog niet voorzien dat de civiele rechter zich ook over gevallen die onder de regeling van de artikelen 89-93 Sv zouden vallen, zou uitspreken, omdat deze regeling beoogd werd voor rechtmatige handelingen en met voldoende waarborgen omkleed werd beschouwd, zodat verwacht werd dat de civiele rechter verzoeken niet zou ontvangen.

De Hoge Raad achtte de regeling van de artikelen 89-93 Sv echter niet exclusief ter zake van gestelde onrechtmatige vrijheidsbeneming want dan stond de civiele procesgang ook open met een aanspraak op volledige vergoeding.[455] Doorenbos stelt dat, in geval de lijn van de Hoge Raad (die nog niet zag op schade tengevolge van vrijheidsbenemende dwangmiddelen) wordt doorgezet voor schade tengevolge van inverzekeringstelling of voorlopige hechtenis, dat aan ex-verdachten die daarvan schade leden dan een flink houvast biedt omdat zij dan een afdwingbaar recht hebben op schadevergoeding en niet afhankelijk zijn van het billijkheidsoordeel van de regeling van de artikelen 89-93 Sv. De verschillende wijzen van beoordeling (retrospectief versus prospectief) hebben volgens Doorenbos ook consequenties voor de nationaalrechterlijke interpretatie van artikel 5 EVRM. De civiele rechter zal namelijk vermoedelijk relatief snel concluderen dat sprake is van een onrechtmatige daad en dus dat artikel 5 EVRM van toepassing is, terwijl de strafrechter artikel 5 lid 5 EVRM uiterst zelden van toepassing zal verklaren.[456] Doorenbos acht een retrospectieve benadering voor wat betreft artikel 5 EVRM onjuist, gezien de integrale tekst van de verdragbepaling en meent dat de civiele rechter, waar hij de toepassing van vrijheidsbenemende dwangmiddelen ex post onrechtmatig oordeelt, een recht op volledige vergoeding niet tevens op artikel 5 lid 5 EVRM mag baseren. Praktisch heeft dit theoretische punt geen gevolg nu een civielrechtelijk onrechtmatige daad al op zichzelf tot volledige schadevergoeding verplicht. Doorenbos besluit met te stellen dat de aanvulling van de civiele rechter op de magere regeling van de artikelen 89-93 Sv op zich wenselijk is, maar in zijn uitwerking minder fraai. Het onrechtmatigheidbegrip wordt er steeds diffuser door, tenzij de wetgever ingrijpt.[457]

Ook De Pree (1992) ziet een gevaar ten opzichte van de regeling van de artikelen 89-93 Sv; indien de lijn van de Hoge Raad namelijk wordt vertaald naar de situatie dat sprake was van voorlopige hechtenis of inverzekeringstelling, dient hetzelfde uitgangspunt te gelden, namelijk dat door gebleken onschuld die toepassing ook achteraf onrechtmatig wordt; dan is

455 HR 7 april 1989, NJ 1989, 532, ook in dit onderzoek uitvoerig besproken in hoofdstuk 3 in § 3.3.2.1.

456 D.R. Doorenbos 1991, p. 460-461.

457 D.R. Doorenbos 1991, p. 461-462.

er geen enkele reden om nog gebruik te maken van de minder gunstige regeling van de artikelen 89-93 Sv. Wetgeving is dus noodzakelijk, aldus De Pree.[458]

Van den Berg en Rozemond (1992) gaan in op de vraag of de discrepantie tussen strafvorderlijke en civielrechtelijke rechtmatigheidcriteria problematisch zijn. Regels van strafvordering zijn niet bedoeld om te beslissen over de verdeling van schadelast tengevolge van justitieel optreden, aldus schrijvers. Alleen indien de schade disproportioneel is kan dat strafvorderlijke consequenties hebben middels bewijsuitsluiting.[459] Zij achten het onjuist *'om civielrechtelijke rechtmatigheid alleen te bepalen op basis van strafvorderlijke normen'*[460] en omgekeerd hoeft het schenden van een strafvorderlijke norm nog niet tot de conclusie te leiden dat sprake is van een civielrechtelijke onrechtmatige daad.[461] Schrijvers gaan kort in op de wetsgeschiedenis van de regeling van de artikelen 89-93 Sv. Uitgangspunt was dat gevallen die daaronder vielen niet onder de onrechtmatige daadactie vielen. Na de uitspraken van de Hoge Raad zijn deze gevallen echter wel onder het bereik van de civiele rechter gekomen en wellicht moet dat consequenties hebben voor de omgang met de regeling van de artikelen 89-93 Sv.[462]

Mevis (1992) plaatst de civiele constructie naast de schadevergoeding op de voet van de regeling van de artikelen 89-93 Sv voor wat betreft de grondslag van de vergoeding (zie ook reactie Van den Berg/Rozemond 1993 hierna). In civilibus is het enkele feit dat geen strafrechtelijke reactie volgt de grondslag voor risico aansprakelijkheid, hoewel dat volgens Mevis dogmatisch minder juist lijkt omdat niet valt in te zien dat achteraf optredende omstandigheden de uitoefening van dwangmiddelen alsnog onrechtmatig kunnen maken.[463] Ook lijkt hij Doorenbos te steunen die de onrechtmatigheidbegrippen in civilibus en criminalibus als afzonderlijk van elkaar ziet, waarbij het een niet het ander hoeft te veronderstellen. Al deze dogmatisch/theoretische bezwaren zijn er niet bij de regeling van de artikelen 89-93 Sv. Het einde van de zaak zonder oplegging van straf of maatregel is daar slechts een formele voorwaarde voor ontvankelijkheid, maar creëert geen recht op vergoeding. Daarin verschillen de regelingen derhalve.[464]

Rozemond (1993) gaat nogmaals in op hoe de civiele procedure zich verhoudt tot de regeling van de artikelen 89-93 Sv en concludeert op basis van een bespreking van lagere rechtspraak dat deze procedure overbodig lijkt te zijn geworden. Aangezien de civiele rechter (in de interpretatie van Rozemond) thans de mogelijkheid heeft om in alle gevallen waarin geen veroordeling volgt schadevergoeding toe te kunnen kennen, kan de regeling van de artikelen 89-93 Sv worden afgeschaft, of zou eventueel (omgekeerd) ook de schadevergoedingsregeling van de artikelen 89-93 Sv kunnen worden uitgebreid om civiele procedures overbodig te maken.[465] Van den Berg en Rozemond 1993 reageren op Mevis voor wat betreft de vraag in hoeverre er een verschil in uitwerking is tussen de regeling van de artikelen 89-93 Sv en de civiele rechtsgang. In tegenstelling tot Mevis[466] zien schrijvers geen verschil in uitwerking van de mogelijkheden tot schadevergoeding op grond van de regeling van de artikelen 89-93 Sv enerzijds of civiel

458 J.K. de Pree 1992, p. 9.

459 Hoewel het de vraag is of dat wel een juiste sanctionering is, aldus schrijvers, onder verwijzing naar enkelen die daarover schreven.

460 H.A. van den Berg en K. Rozemond 1992, p. 57, vgl. ook zo P.J.H.M. Brouns 1991.

461 Zo ook de Minister van Justitie in reactie op een uitspraak van de Nationale Ombudsman van 15 juni 1990, AB 1990, 461. De Nationale Ombudsman gaf vervolgens de Minister in een herzien rapport van 26 juni 1991, (NO91/R92) gelijk.

462 H.A. van den Berg en K. Rozemond 1992, p. 59.

463 P.A.M. Mevis 1992, p. 755.

464 P.A.M. Mevis 1992, p. 756.

465 K. Rozemond 1993, p. 132. Hij betwijfelt wel of de wetgever daartoe bereid is gezien de Kamervragen over inperking van de regeling. Ook zou de regeling van de artikelen 89-93 Sv dan met voldoende waarborgen moeten zijn omkleed, wat vermoedelijk een probleem oplevert bij 89 lid 4 Sv.

466 P.A.M. Mevis 1992 en 1993.

anderzijds. In geval van de regeling van de artikelen 89-93 Sv komt de verdachte die niet is veroordeeld in beginsel schadevergoeding toe, tenzij hij de schade aan zichzelf te wijten heeft. In civilibus wordt een strafzaak zonder veroordeling onrechtmatig geacht en is sprake van een recht op schadevergoeding, maar vervolgens zal aan de hand van artikel 6:101 lid 1 BW de hoogte van de vergoeding worden bepaald, waarbij rekening wordt gehouden met de genoemde factoren die aan de gewezen verdachte zijn toe te rekenen op grond van billijkheid.[467] Er zijn dus geen relevante verschillen in de wijze waarop de schadelast tussen staat en gewezen verdachte kan worden verdeeld.[468] Schrijvers gaan er hierbij vanuit dat uit de arresten van de Hoge Raad voortvloeit dat de toepassing van strafvorderlijke dwangmiddelen onrechtmatig wordt genoemd wanneer een strafzaak niet in veroordeling eindigt (gezien het niet behaalde doel van de strafvervolging).[469] De Staat draagt volgens schrijvers dus in beginsel het risico van de schade wanneer het beoogde doel niet wordt bereikt. De wetsgeschiedenis ter zake van de regeling van de artikelen 89-93 Sv gaat volgens schrijvers ook uit van deze veronderstelling.[470] Ook reageren Van den Berg en Rozemond op Mevis' strafrechtelijke optiek en diens bezwaar tegen de uitspraken van de Hoge Raad dat daarmee discrepantie ontstaat tussen strafrechtelijke en civielrechtelijke onrechtmatigheidcriteria. Zij stellen daartegenover dat het juist zeer vaak voorkomt dat dezelfde begrippen in het strafrecht en civiel recht verschillende betekenis hebben.[471] Verwarring is volgens hen gemakkelijk te voorkomen door in het oog te houden dat strafvorderlijke criteria (rechtmatig-onrechtmatig) betrekking hebben op de deugdelijkheid van de bewijsgaring en de eerlijkheid van het strafproces, terwijl de civiele criteria uitsluitend de vraag betreffen wie de schade hoort te dragen.[472] Ook De Wijkerslooth (1993) gaat in op de vraag: '*Wat betekent onschuldig gebleken aan de verdenking?*' Hij gaat in op de opvatting zoals verdedigd door Van den Berg/Rozemond dat hiervan sprake is in alle gevallen waarin geen onherroepelijke veroordeling volgt. Daarbij is dus niet van belang waarom een verdachte niet werd veroordeeld. Vervolgens kan op billijkheidsgronden de aanspraak op volledige schadevergoeding verminderd worden (6:101 BW) indien de schade als veroorzaakt door eigen schuld voor rekening van de verdachte moet blijven. Als je dat vergelijkt met de mogelijkheden van artikel 90 Sv komt de civiele rechter met als uitgangspunt de onrechtmatige daad met een ingewikkelde redenering op hetzelfde uit.[473]

De Kok (1993) gaat in op het feit dat de Hoge Raad lijkt te impliceren dat bij gelijke schadeoorzaken de onrechtmatige daadactie een volledige vergoeding kan verschaffen en de andere schadevergoedingsregeling (van de artikelen 89-93 Sv) niet. Dat is slechts zo voor schade geleden door andere oorzaken dan de detentie, bv. publiciteitsschade, maar vermoedelijk doelt de Hoge Raad hier niet op. Uit de wetshistorie van de regeling van de artikelen 89-93 Sv is voor deze opvatting van de Hoge Raad ook geen steun te vinden. De Kok wijst op het woordje 'steeds' in artikel 90 Sv; dat wijst op het tegendeel.[474] Ook de ratio van de regeling wijst op het tegendeel. '*De omstandigheid dat de rechter zelf de regels moet vinden aan de hand waarvan de omvang is vast te stellen en in die zin een betrekkelijke grote vrijheid heeft, betekent niet dat hij een eenmaal vastgestelde schade slechts gedeeltelijk hoeft toe te wijzen. Artikel 6: 162 BW bevat voor de schadebegroting – zowel materieel als immaterieel – evenmin bijzondere aanwijzingen. Vermindering*

467 H.A. van den Berg en K. Rozemond 1993, p. 28.
468 H.A. van den Berg en K. Rozemond 1993, p. 29.
469 De Hoge Raad corrigeert deze veronderstelling in de arresten in 1994, zie hoofdstuk 3.
470 Bijlage Handelingen 1972, 12 132, nr. 4, p. 7, H.A. van den Berg en K. Rozemond 1993, p. 29.
471 H.A. van den Berg en K. Rozemond 1993, p. 30.
472 H.A. van den Berg en K. Rozemond 1993, p. 30.
473 J.L. de Wijkerslooth 1993, p. 319-320. Vgl. in dezelfde zin – hiervoor genoemd – H.A. van den Berg en K. Rozemond 1993, maar in andere zin: P.A.M. Mevis 1992.
474 H.G.F.M. de Kok 1993, p. 443.

van de vergoeding vindt dan ook slechts plaats bij eigen schuld aan de schade of indien en voor zover deze door aan de benadeelde toe te rekenen omstandigheden is veroorzaakt. In dit opzicht verschillen de vorderingen uit 89 Sv en 6:162 BW niet.'[475]

Anders Kwakman (2003) in reactie op het standpunt van Van den Berg/Rozemond dat het weinig verschil maakt in uitkomst, via de regeling van de artikelen 89-93 Sv of civiel. Kwakman benadrukt het vanuit een andere optiek: het vaststellen van billijke schadevergoeding is iets anders dan het verminderen van een in beginsel volledige schadevergoeding, omdat het eerste gezien moet worden als de uitkomst van een belangenafweging, terwijl het tweede gezien moet worden als het opheffen van rechtens onaanvaardbare consequenties.[476]

4.6.3.5 Het is tijd voor (een aanspraak op) vergoeding in verband met rechtmatigheid

Er komt steeds meer kritiek op de inmiddels ontstane rechtsontwikkeling. Ten eerste vanuit het gegeven van de geïsoleerde ontwikkeling van de regeling van de artikelen 89-93 Sv (en specifieke civiele rechtspraktijk) ten opzichte van algemeen overheid aansprakelijkheidsrecht.

De Kok (1993) heeft beschreven dat de Hoge Raad nog steeds uitgaat van het feit dat de regeling van de artikelen 89-93 Sv geen recht op schadevergoeding geeft. '*Deze opvatting, waarin de regeling van 89 Sv een alleenstaand verschijnsel is zonder aansluiting met wat elders omtrent overheidsaansprakelijkheid is geregeld en aanvaard, is door de Hoge Raad onlangs herhaald in twee in het belang der wet gewezen arresten van 2 februari 1993 (…).*[477] *Door het vorderingsrecht tot een sui generis te maken is de discussie gesloten.'*[478]De Kok geeft uiteindelijk de voorkeur aan aansluiting bij de – buiten de strafrechtelijke schade ontwikkelde -doctrine dat sprake is van aansprakelijkheid wegens rechtmatig handelen.[479]

Enigszins anders redeneren Roef en De Roos (1996) als zij stellen dat het juist voor dit terrein van strafvorderlijke schade niet nodig is uit te wijken naar buiten het strafrecht gelegen rechtsgronden, waaruit is af te leiden dat zij geen beletsel zien voor een geïsoleerde ontwikkeling.[480]

Van den Berg en Rozemond benadrukken in 1993 nog eens dat in het algemeen het aansprakelijkheidsrecht neigt naar de erkenning van beginselen van behoorlijk bestuur als basis voor aansprakelijkheid. Zowel Nationale Ombudsman, civiele rechter en administratieve rechter gebruiken in toenemende mate dezelfde beginselen ter toetsing van weigering van de overheid om schade te vergoeden. Kern daarbij is de risicogedachte, die ook aan artikel 89 Sv ten grondslag ligt: kosten en lasten van overheidsoptreden die niet tot het normale risico van burgers behoren, mogen niet op bepaalde burgers worden afgewenteld, tenzij die burgers die kosten aan zichzelf te wijten hebben. Zij menen dat deze ontwikkeling niet buiten beschouwing gelaten kan worden.[481]

---

475 H.G.F.M. de Kok 1993, p. 444. Evenals H.A. van den Berg en K. Rozemond 1993 en J.L. de Wijkerslooth 1993.

476 N.J.M. Kwakman 2003, p. 167. Hieruit blijkt dat Kwakman de kwestie vanuit een principiële optiek beziet, terwijl Van den Berg/Rozemond en De Wijkerslooth vooral resultaatsgeoriënteerde keken.

477 HR 2 februari 1993, NJ 1993, 552 en 553

478 H.G.F.M. de Kok 1993, p. 443.

479 H.G.F.M. de Kok 1993, p. 452.

480 D. Roef en Th. de Roos 1996, p. 242.

481 H.A. van den Berg en K. Rozemond 1993, p. 31.

Ook Kwakman (2003) gaat uitvoerig in op de specifieke ontwikkelingen ter zake van schadevergoeding voor strafvorderlijk handelen (op de voet van de regeling van de artikelen 89-93 Sv en via de civiele weg) in relatie tot ontwikkelingen in vergoedingsrecht voor schade ten gevolge van legitiem bestuursrechtelijk overheidsoptreden. Hij bekijkt daarvoor uitvoerig het bestuurlijk schadevergoedingsrecht[482] Uit het stelsel van wettelijke schadecompensatieregelingen komt alleen onevenredige schade voor vergoeding in aanmerking[483] Daarbij bespreekt Kwakman de ontwikkelingen ter zake van buitenwettelijke nadeelcompensatieregelingen (= bestuurscompensatieregelingen), d.w.z. regelingen die niet zijn te herleiden tot een wet in formele zin, maar verder gelijkenis vertonend, bijvoorbeeld voorzover zij in gepubliceerd beleid vervat zijn, zijn zij net zo bindend als een regeling op grond van een wet in formele zin zou zijn.[484] Hij concludeert dat de bestuursrechter inmiddels heeft aanvaard dat sprake kan zijn van een buitenwettelijke schadevergoedingsplicht in verband met rechtmatig overheidsoptreden, gebaseerd op algemene buitenwettelijke rechtsgronden. Dat kan niet meer gezien worden als zelfbinding, maar als een aan het geldend recht ontleende verplichting, aldus Kwakman.[485] Inmiddels heeft ook de opsteller van buitenwettelijke schadevergoedingsregelingen zich afgestemd op door bestuursrechter ontwikkelde schadecompensatieconstructies. Zijn conclusie is dat er sprake is van toenemende convergentie tussen wettelijke en buitenwettelijke schadecompensatieregelingen[486] en afstemming van buitenwettelijke regelingen met bestuursrechtersinvulling.[487] Naast schadevergoeding gebaseerd op wettelijke of buitenwettelijke regelingen, wordt schadevergoeding ook aanvaard op andere gronden. Daartoe bespreekt Kwakman uitspraken van de bestuursrechter.[488] Zijn samenvattende conclusie is dat de rechtsontwikkeling in het bestuursrecht voor wat betreft de grondslag en maatstaven voor wat betreft buitenwettelijke gehoudenheid tot schadevergoeding na rechtmatig bestuurlijk optreden uitkomt bij het égalitébeginsel, blijkend uit jurisprudentie van de bestuursrechter en de (daarbij aanhakende) toelichting bij 3:4 lid 2 Awb.[489] Zelf concludeert hij weliswaar aansluiting bij de algemene doctrine, maar hij brengt wel enige nuances aan op die ontwikkelingen[490] en verdedigt een eigen variant voor een algemene schadevergoedingsregeling voor rechtmatig strafvorderlijk handelen met specifieke factoren ter invulling [Kwakman bepleit derhalve wederom een geïsoleerde ontwikkeling, MD].[491]

---

482 Zowel wettelijke schadevergoedingsregelingen als buitenwettelijke compensatieregelingen – die zijn niet gebaseerd op een wet in formele zin, wel op een wet in materiële zin of op gepubliceerde beleidsregels – maar ook rechtersrecht, waarbij schadeplichtigheid gebaseerd werd op andere grondslagen dan wettelijke of buitenwettelijke regelingen.

483 N.J.M. Kwakman 2003, p. 204.

484 N.J.M. Kwakman 2003, p. 217.

485 N.J.M. Kwakman 2003, p. 218.

486 N.J.M. Kwakman 2003, p. 220-231.

487 N.J.M. Kwakman 2003, p. 220.

488 N.J.M. Kwakman 2003 op respectievelijk p. 232-247: Kroon (afd. geschillen van bestuur RvS (in vol beroep, dus toetsing aan algemeen belang, volledig nieuwe belangenafweging), p. 247-253: Kroon op grond van de Wet BAB (in rechtmatigheidtoets, dus half), p. 253-259: Uitspraken van de afd. Geschillen onder de Tijdelijke wet kroongeschillen, p. 259-275: Uitspraken na Wet AROB door Afd. rechtspraak, p. 275-309: uitspraken na de Awb.

489 N.J.M. Kwakman 2003, p. 326-336.

490 N.J.M. Kwakman 2003, onder andere p. 332.

491 Vanzelfsprekend ga ik hierop uitvoerig in, en wel in hoofdstuk zeven.

Ten tweede is er een toenemende steun voor het benadrukken van de rol van de overheid in plaats van de rol van de gelaedeerde als criterium bij vaststellen schadeplichtigheid/toets aan abbb.

Brouns (1991) is kritisch over het feit dat er slechts gekozen is voor een criterium van één, niet nader gespecificeerde rechtvaardigingsgrond. Het zou beter zijn tot uitdrukking te brengen dat, ondanks dat er een strafrechtelijke rechtvaardigingsgrond voor het toepassen van het dwangmiddel bestaat, er in dit geval toch (als uitkomst van de belangenafweging te noemen) redenen zijn die de toepassing onrechtmatig doen zijn met het gevolg de plicht de veroorzaakte schade te vergoeden. Het lijkt erop dat Brouns dus voorstelt dat de onrechtmatigheid achteraf beter kan worden vastgesteld op grond van een belangenafweging in plaats van op basis van het ontbreken van maar één rechtvaardigingsgrond.[492]

Drupsteen (1991) veronderstelt dat de burgerlijke rechter, die geen ruimte heeft om aansprakelijkheid uit rechtmatige daad vast te stellen, zijn toevlucht zal moeten nemen tot redeneringen die erop neerkomen '*dat het overheidsoptreden in het algemeen belang geboden en gerechtvaardigd is, maar dat het bestuurlijk zorgvuldigheidsbeginsel meebrengt dat de door dit optreden veroorzaakte schade moet worden vergoed.*'[493] Het niet vergoeden levert dan onrechtmatige daad op wegens strijd met de abbb. Toch is de door de Hoge Raad gekozen huidige oplossing ook geen oplossing, omdat een gedraging onrechtmatig wordt verklaard die dat feitelijk niet is.[494] M.i. lijkt Drupsteen, sterker nog dan bijv. Brouns, een beoordeling te laten prevaleren waarbij met name de inzet van de Staat (en niet de rol van betrokkene) van belang is voor de vraag of sprake is van onrechtmatigheid.

Franke (1991) acht de koppeling tussen de uitkomst van het strafproces en het civiele oordeel over rechtmatigheid van de politie-inval zoals de Hoge Raad die maakt is in ieder geval merkwaardig, omdat het in beide procedures om verschillende kwesties gaat: in het strafproces staat de verdachte centraal, terwijl het in de civiele procedure om de beoordeling van het politieoptreden gaat; hoe kan de beoordeling van dit overheidsoptreden worden beïnvloed door een omstandigheid aan de kant van gelaedeerde, terwijl die omstandigheid pas later blijkt, in een procedure over een andere vraag, vraagt Franke zich af.[495]

Van den Berg en Rozemond (1992) benadrukken dat de mate van verdenking dus niet de doorslag mag geven, omdat dan het gedrag van de gewezen verdachte opnieuw wordt beoordeeld terwijl het in eerst instantie zou moeten gaan om beoordeling van de vraag of het optreden van de staat wat betreft de schadetoebrenging gerechtvaardigd was.[496]

Mevis (1993) acht het een illusie (in reactie op de stelling van Van den Berg/Rozemond) dat de betrokkenheid van de gewezen verdachte bij het strafbaar feit geheel buiten beschouwing gelaten zou kunnen worden (in ieder geval voor wat betreft de beraadslaging) en pleit in dat geval dan voor transparantie.[497]

De Kok (1993) valt het op dat bij de diverse stelsels die besproken werden bij de totstandkoming van de regeling van de artikelen 89-93 Sv er geen een de fout van de overheid als uitgangspunt nam; ook de keuze (in Frankrijk en België) om niet een orgaan van de rechterlijke macht als beslissende instantie aan te wijzen geeft volgens hem aan dat de focus niet ligt bij beoordeling van overheidshandelen.[498] Volgens De Kok is de kernvraag of de vergoeding

492 P.J.H.M. Brouns 1991, p. 1375-1377.
493 Th.G. Drupsteen 1991, p. 333.
494 Th.G. Drupsteen 1991, p. 334.
495 M.E. Franke 1991, p. 1029.
496 H.A. van den Berg en K. Rozemond 1992, p. 61.
497 P.A.M. Mevis 1993, p. 34-35.
498 H.G.F.M. de Kok 1993, p. 439.

dient om de onschuld te belonen (zodat strenge eisen aan de aansprakelijkheid kunnen worden gesteld), of – aan de andere kant van het spectrum- of de vergoeding dient om 'bedrijfsongevallen' bij strafvorderlijk onderzoek op te vangen, zodat in beginsel bij ieder uitblijven van een straf aanspraak bestaat.[499] Bij aansprakelijkheid uit rechtmatige daad '*staat niet langer het handelen van de overheid voorop, maar de (uitzonderlijkheid) van de gevolgde schade*.'[500]

A-G Mok bij HR 23 december 1994, NJ 1995, 512 meent (in tegenstelling tot de Hoge Raad) dat voor gebleken onschuld (of de latere uitkomst van de strafzaak) geen rol is weggelegd bij de beoordeling of de toepassing van dwangmiddelen onrechtmatig is. Hij meent dat onrechtmatigheid slechts kan worden gebaseerd op het doel waarvoor, de omstandigheden waaronder en de wijze waarop opsporingsmaatregelen zijn genomen.

Roef en De Roos (1996) gaan nog iets verder als zij stellen dat een schadevergoedingsregeling naast een compensatoire functie (ten opzichte van de betrokken burger) ook een preventieve en rechtsvormende functie heeft (voor de Staat).[501]

Brouns (1996) gaat zelfs nog een stapje verder en ziet zelfs een punitieve functie voor een schadevergoeding, maar dat alleen indien sprake is van onrechtmatigheid. Hij stelt dat het geen kwaad kan '*de overheid haar verantwoordelijkheden in te prenten door middel van een voor haar ongunstige verschuiving in de nadeelverdeling*.'[502]

Hennekens (2001) stelt (met betrekking tot de civiele uitspraken) dat '*de Hoge Raad een verkeerde koers vaart. Als eis voor aansprakelijkheid wegens onrechtmatigheid van de Staat neemt hij de vastgestelde onschuld van de ex-verdachte tot uitgangspunt. Het gaat evenwel niet om de vraag naar die onschuld, het gaat daarentegen om de vraag naar het gedrag van de Staat*.'[503]

Ten derde lijkt de billijkheid toe aan vervanging.

De Kok (1993) vindt dat de billijkheid als enkelvoudige grondslag voor schadevergoeding weinig helderheid brengt. Is daarmee de grondslag gegeven? Is daarmee een richtsnoer verschaft? De wetgever heeft het aan de rechter overgelaten, maar ook die rechter moet zich afvragen aan de hand van welke regels hij de vragen over aanspraak beantwoordt. Het probleem is dus verplaatst. Zijn bezwaar tegen de billijkheid als grondslag is dat het niet of zeer gering richting gevend is, niet aansluit bij grondslagen van elders geregelde schadeaanspraken en niet past in ons rechtssysteem.[504] De Kok ziet het belang van een grondslag namelijk vooral in de aanwijzingen die daarin gevonden kunnen worden voor de wijze waarop de vordering wordt afgewikkeld, voor zover de wetgever daarover geen uitspraak doet.[505]

De Commissie Cremers (NVvR) adviseert in 1994 tot aanpassing van wetgeving en vervanging van het billijkheidscriterium door een recht op schadevergoeding.[506]

---

499 H.G.F.M. de Kok 1993, p. 444.
500 H.G.F.M. de Kok 1993, p. 447.
501 D. Roef en Th. de Roos 1996, p. 245.
502 P.J.H.M. Brouns 1996, p. 229.
503 H.Ph.J.A.M. Hennekens 2001, p. 57.
504 H.G.F.M. de Kok 1993, p. 442.
505 H.G.F.M. de Kok 1993, p. 448.
506 Cie Cremers (NVvR) 1994, Schadevergoeding na gebruik dwangmiddelen, Rapport van 15 december 1994 inzake schadevergoeding na voorlopige hechtenis en andere dwangmiddelen van de door de Nederlandse Vereniging voor Rechtspraak ingestelde werkgroep Cremers, bestaande uit mrs P.H.A.J. Cremers, voorzitter, P.J.H.M. Brouns, J.S.W. Holtrop, R.H.M. Jansen, H.G.F.M. de Kok, N.A.M. Schipper, leden en W.H.J. Stemker Köster, secretaris, p. 4-5.

Roef en De Roos (1996) zijn kritisch over de billijkheid omdat deze uitdrukking geeft aan een instrumentalistische benadering, waar meer aandacht zou moeten zijn voor de rechtsbeschermende benadering.[507]

Kwakman ten slotte meent dat de billijkheid ingewisseld zou kunnen worden voor een voorgestructureerde proportionaliteitstoets en zoveel mogelijk in te vullen met concrete criteria, om te voorkomen dat billijkheid wordt misverstaan in die zin dat geen sprake is van recht maar van een gunst.[508]

Ten vierde bespreken velen aansprakelijkheid in verband met abbb/gelijkheidsbeginsel/égalité.

Drupsteen (1991) bespreekt zowel een uitspraak van de Nationale Ombudsman evenals de civielrechtelijke uitspraak van de HR 23 november 1990, NJ 1991, 92 (Joemman-Staat, door mij uitvoerig besproken in § 3.3.3.1). In tegenstelling tot de Hoge Raad concludeert de nationale ombudsman dat de abbb kunnen meebrengen dat ook in geval van rechtmatig politieoptreden de door dit optreden aan de burger berokkende schade behoort te worden vergoed. Dat kan vooral voortvloeien uit het gelijkheidsbeginsel (burgers dragen in beginsel op gelijke wijze de lasten die het gevolg zijn van de behartiging van het algemeen belang). Kosten die zijn veroorzaakt door overheidsoptreden in het algemeen belang behoren in beginsel ten laste van de gemeenschap te worden gebracht, tenzij het gaat om kosten die naar maatschappelijke opvattingen voor risico van de individuele burger dienen te komen. Volgens Drupsteen sluit de Nationale Ombudsman zich hiermee aan bij de gangbare rechtsopvatting binnen de bestuursrechtelijke literatuur, waarbij men doelt op 'égalité devant les charges publiques'. De Nationale Ombudsman geeft echter een positieve interpretatie door te stellen dat die genoemde kosten ten laste van de gemeenschap moeten komen, terwijl men in de literatuur blijft steken bij het stellen dat deze kosten niet op een ongelijke wijze over burgers mogen worden verdeeld. Overigens vindt men in de jurisprudentie volgens Drupsteen nergens een uitdrukkelijk beroep op het gelijkheidsbeginsel. Als de schadevergoeding kan worden gebaseerd op een wetsbepaling is een dergelijk beroep ook niet nodig; ontbreekt een wetsbepaling, dan komen andere beginselen naar voren zoals het zorgvuldigheidsbeginsel en het verbod op willekeur, aldus Drupsteen.[509] Als alternatief stelt Drupsteen dat de burgerlijke rechter zijn toevlucht zou kunnen nemen tot redeneringen, '*dat het overheidsoptreden in het algemeen belang geboden en gerechtvaardigd is, maar dat het bestuurlijk zorgvuldigheidsbeginsel meebrengt dat de door dit optreden veroorzaakte schade moet worden vergoed*'[510] Het niet vergoeden levert dan onrechtmatige daad op wegens strijd met de abbb en daarin hoeft men geen cirkelredenering te zien, aldus Drupsteen.

Van den Berg en Rozemond (1992) beschrijven enkele uitspraken van de Nationale Ombudsman. Hoewel de Nationale Ombudsman in zijn uitspraak van 23 januari 1990, AB 1990, 269 van oordeel was dat schade die in het algemeen belang was toegebracht op onevenredige wijze op de derde (niet verdachte) was afgewenteld, maar in een later rapport inzake schade die door gewezen verdachte was geleden, de onrechtmatigheidconstructie leek te hebben overgenomen van de Hoge Raad[511] leiden schrijvers hier niet uit af dat de Nationale Ombudsman het even-

507 D. Roef en Th. De Roos 1996, p. 244 e.v.
508 N.J.M. Kwakman 2003, p. 425.
509 Th.G. Drupsteen 1991, p. 332.
510 Th.G. Drupsteen 1991, p. 333.
511 Namelijk de constructie van de aanvankelijke rechtvaardigingsgrond die achteraf ongefundeerd leek te zijn, in Nationale Ombudsman 15 juni 1990, AB 1990, 461.

redigheidsbeginsel niet meer zal hanteren in gevallen waarin derden (niet verdachten) schade door strafvorderlijk politieoptreden lijden.[512]

Dat is nog maar de vraag, meent Mevis (1992) als hij rapporten van de Nationale Ombudsman vergelijkt met de richting zoals door de Hoge Raad gevolgd en ingaat op het verschil van mening tussen de Minister van Justitie en Nationale Ombudsman ter zake van de constructie van onrechtmatigheid en schadevergoeding. De MvJ stelt in dit verband onder andere dat het betreffende vormvoorschrift[513] niet strekt tot bescherming van de financiële belangen van verzoeker zodat door het verzuim van de OvJ verzoeker niet in dit belang is geschaad. De Nationale Ombudsman gaat mee in deze volgens Mevis onjuiste redenering. Mevis ziet hierin een onjuiste uitleg van de civielrechtelijke relativiteitsleer (een onrechtmatige daad dwingt de dader slechts dan tot schadevergoeding wanneer de overtreden rechtsnorm de strekking heeft de benadeelde in het getroffen belang te beschermen). De toepassing van deze leer is onjuist omdat '*grondrechten vrijwel nooit de strekking hebben burgers in hun financiële belang te treffen en gaat voorbij aan de opvatting dat als de onrechtmatigheid wordt gevormd door een inbreuk op een anders subjectief recht (zoals bij schendingen van grondrechten het geval is), dit ipso facto jegens de drager van dit recht onrechtmatig is*.'[514] Mevis stelt dat het verzuim op twee manieren als een inbreuk op een subjectief recht van een burger kan worden gezien (namelijk in het licht van het geheel aan regels dat moet voorkomen dat de overheid te lichtzinnig besluit om het privédomein van burgers te doorzoeken en het recht voor de burger – binnen de verticale verhouding tussen overheid en burger – dat de overheid zich jegens hem aan de regels houdt).[515]

Daalder (1993) schetst dat er sinds het midden van de jaren 70 sprake is van steeds actievere rechter op terreinen waar het handelen van de overheid in het geding is; zowel de burgerlijke rechter, maar ook de strafrechter toont een uitgebreidere toetsing van de ontvankelijkheidvraag en toetst het handelen van het OM sinds het Menten-arrest uit 1978 aan beginselen van een goede procesorde.[516]

Van den Berg en Rozemond benadrukken in 1993 nog eens dat in het algemeen het aansprakelijkheidsrecht neigt naar de erkenning van beginselen van behoorlijk bestuur als basis voor aansprakelijkheid. Zowel Nationale Ombudsman, civiele rechter en administratieve rechter gebruiken in toenemende mate dezelfde beginselen ter toetsing van weigering van de overheid om schade te vergoeden. Kern daarbij is de risicogedachte, die ook aan artikel 89 Sv ten grondslag ligt: kosten en lasten van overheidsoptreden die niet tot het normale risico van burgers behoren, mogen niet op bepaalde burgers worden afgewenteld, tenzij die burgers die kosten aan zichzelf te wijten hebben.[517]

Ook De Kok (1993) brengt in herinnering dat de stelling in de Memorie van Toelichting in 1972 bij de aanpassing van de regeling van de artikelen 89-93 Sv, dat bij het ontbreken van onrechtmatige daad er ook geen recht op vergoeding bestaat, niet vanzelfsprekend is. Stel dat we uitgaan van discretionaire bevoegdheid (en 'steeds' in artikel 90 Sv negeren; op grond daarvan zou namelijk steeds vergoeding verschuldigd zou zijn zodra de in de wet benoemde gevallen aanwezig zijn) en aangenomen dat er enkele malen een vergoeding is betaald. '*Zou een latere verzoeker dan niet op grond van het abbb van gelijkheid de staat kunnen dwingen ook hem een vergoeding te geven nu hij in dezelfde omstandigheden verkeert als eerdere begunstigden?*' vraagt

512 H.A. van den Berg en K. Rozemond 1992, p. 54 noot 12. Zij kregen zelfs gelijk voor wat betreft de uiteindelijke richting van de Hoge Raad voor wat betreft derden-niet verdachten(Staat-Lavrijsen).

513 De eis voor de OvJ om een gerechtelijk vooronderzoek te vorderen bij het (laten) verrichten van een spoedhuiszoeking.

514 P.A.M. Mevis 1992, p. 753.

515 P.A.M. Mevis 1992, p. 753.

516 B.J. Daalder 1993, p. 167.

517 H.A. van den Berg en K. Rozemond 1993, p. 31.

De Kok zich af onder aanhaling van het Amsterdam/Ikonarrest.[518] De Kok meent dat de discussie zich al heeft verplaatst '*naar de vraag wanneer de evenredigheid (de Franse égalité) doorbroken is en is de vraag of zulk een aansprakelijkheid bestaat achterhaald.*'[519]

Knigge (2000)[520] bepleit, vanuit kritiek op de civielrechtelijk gekozen contructie, voor aansprakelijkheid gebaseerd op het égalité-beginsel, en ook Schlössels (2002),[521] vanuit bestuursrechtelijke hoek, ziet voor de situatie van strafvorderlijke schade eveneens een aansprakelijkheid gebaseerd op het égalité-beginsel.

Kwakman (2003) gaat ook in op de specifieke ontwikkelingen ter zake van schadevergoeding voor strafvorderlijk handelen (op basis van de regeling van de artikelen 89-93 Sv en via de civiele weg) in relatie tot ontwikkelingen in het schadevergoedingsrecht voor schade ten gevolge van legitiem bestuursrechtelijk overheidsoptreden. Hij concludeert dat de rechtsontwikkeling in het bestuursrecht voor wat betreft grondslag en maatstaven voor wat betreft een buitenwettelijke gehoudenheid tot schadevergoeding na rechtmatig bestuurlijk optreden uitkomt bij het égalité-beginsel, mede op grond van jurisprudentie van de bestuursrechter en de toelichting bij artikel 3:4 lid 2 van de Awb, maar acht deze grondslag niet voldoen voor strafvorderlijke schade.[522]

Er lijkt over het algemeen geen vrees dat een aanspraak op vergoeding leidt tot terughoudendheid bij de opsporing.

Zo vraagt de annotator bij HR 26 januari 1990[523] zich af of de Staat in verband met de mogelijkheid van het achteraf ongefundeerd blijken van de rechtvaardigingsgrond af had moeten zien van het schadeveroorzakend optreden. Hij meent dat de Hoge Raad die vraag niet bevestigend zou willen beantwoorden omdat de Staat dit risico mocht nemen en men zelfs kan stellen dat de Staat het risico moest noemen in verband met de strafrechtelijke handhaving van de rechtsorde, omdat '*de staat(…) ook een plicht (heeft) om op te treden tegen* niets ontziende *lieden*'.[524] Ook de nota Strafvordering in balans gaat op dit argument in.[525] Van den Berg en Rozemond menen dat sprake moet zijn van een variant van risicoaansprakelijkheid, maar vrezen niet dat hierdoor koudwatervrees ontstaat bij de opsporing.[526] A-G Langemeijer bij HR 21 maart 2003[527] stelt echter – in reactie op Van Maanen's stelling (VAR 2002) dat sprake dient te zijn van risicoaansprakelijkheid van de Staat voor schade tengevolge van strafvorderlijke maatregelen die niet leidt tot een onherroepelijke veroordeling – dat nadere bestudering noodzakelijk is omdat denkbaar is dat '*door onvoldoende beschikbaarheid van financiële middelen om aan alle gewezen verdachten volledige schadevergoeding toe te kennen, het effect van de door Van Maanen bepleitte risicoaansprakelijkheid zou zijn dat politie en justitie strafvorderlijke dwangmiddelen achterwege laten waar deze geboden zijn of, erger nog, uit vrees voor hoge schadeclaims rijke verdachten minder snel durven aan te pakken dan arme verdachten…*'[528]

---

518 HR 27 maart 1987, NJ 1987, 727, H.G.F.M. de Kok 1993, p. 442.
519 H.G.F.M. de Kok 1993, p. 448.
520 G. Knigge 2000, p. 90-91.
521 R.J.N. Schlössels 2002 (II), noot 62.
522 N.J.M. Kwakman 2003, p. 322.
523 AB 1990, 199.
524 Annotator FHvdB.
525 Valt weliswaar niet onder de categorie literatuur, derhalve slechts verwijzing, Kamerstukken II 1993/94, 23 672, p. 23.
526 H.A. van den Berg en K. Rozemond 1993, p. 30.
527 JOL 2003, 162.
528 Sub 2.7.

Kwakman (2003) twijfelt of een constructie die – kort gezegd uitgaat van risicoaansprakelijkheid in geval van niet veroordeling, zoals onder andere door Van den Berg en Rozemond bepleit – ten koste zou kunnen gaan van de slagvaardigheid van politie en OM. Hij kan zich namelijk ook voorstellen dat door aanname van risicoaansprakelijkheid (via onrechtmatigheid) dergelijke schade zelfs als bedrijfsrisico zou kunnen worden gaan beschouwd, zodat opsporingsdiensten zich juist minder terughoudend zouden kunnen opstellen (bij de toepassing van dwangmiddelen). Daarnaast veronderstelt hij dat de gedachte dat elke *rechtmatige* uitoefening automatisch tot financiële verplichtingen zou leiden het risico met zich meedraagt van een verlammende werking op het strafrechtelijk systeem.[529]

Vranken (2007) reageert op de angst van Kwakman dat een te ruime regeling onder andere belemmerende effecten zou hebben voor het OM. Dat zijn volgens hem weliswaar bekende argumenten, maar niet empirisch bevestigd (idem met betrekking tot de gevreesde torenhoge financiële lasten).[530]

Ook Hoitink e.a. (2008)[531] lijken te twijfelen aan dit argument en eerder Stolwijk (2007).[532] Ölçer en Schoep (2006) benoemen weliswaar twee mogelijke effecten (verlammende werking versus meer zorgvuldigheid), maar werken dat niet verder uit.[533]

4.6.3.6 Diverse suggesties tot aanpassing van wetgeving, vaak gerelateerd aan het égalité-beginsel

Velen spreken hun voorkeur uit voor een constructie via rechtmatige daad en lichten dat toe met suggesties voor aanpassing van wetgeving, hetzij door aanpassing (verruiming) van de regeling van de artikelen 89-93 Sv (Drupsteen next best, De Pree next best, Dekker, Cie. Cremers in de zin van een aanspraak op vergoeding), hetzij geïnspireerd door de regeling van de Nederlandse Antillen (Doorenbos), hetzij via een nieuwe algemene regeling (Van den Berg en Rozemond), evtentueel in de Awb (Drupsteen, De Pree) bijv. op basis van een dubbele belangenafweging (De Kok, Kwakman) of expliciet op de grondslag égalité (De Kok, Brouns, Damen, Bakels) of risicoaanvaarding in geval van niet veroordeling(Van den Berg/Rozemond en Van Maanen/De Lange).

In navolging van Bloembergen ziet De Wijkerslooth ruimte binnen de civiele procedure voor schadevergoeding in verband met rechtmatig strafvorderlijk handelen (anders Drupsteen).

Een enkeling houdt vast aan onrechtmatigheid, maar dan aangevuld via een relativiteitsleer (Franke).

Doorenbos (1991) stelt dat het onrechtmatigheidbegrip steeds diffuser wordt, tenzij de wetgever ingrijpt. Als alternatief stelt hij een regeling voor in de geest van die van het nieuwe Wetboek van Strafvordering van de Nederlandse Antillen (artikel 176). Daar is een recht op schadevergoeding bij onrechtmatige toepassing van een strafvorderlijk dwangmiddel (dus niet beperkt

529 N.J.M. Kwakman 2003, p. 162 noot 320 en p. 439 noot 767 en tot slot p. 419.
530 Annotator J.B.M. Vranken bij Begaclaim, HR 13 oktober 2006, NJ 2007, 432 sub 27.
531 J. E. Hoitink e.a. 2008, p. 876.
532 S.A.M. Stolwijk 2007, noot 31.
533 F.P. Ölçer en G.K. Schoep 2006, p. 125.

tot vrijheidsbenemende) en een schadevergoeding op billijkheidsgronden is mogelijk in geval van rechtmatige toepassing. Expliciet wordt daarbij gesteld dat de (on)rechtmatigheid wordt beoordeeld naar het tijdstip waarop het dwangmiddel werd toegepast. Een dergelijke ruimhartige regeling maakt de civiele rechter op dit punt overbodig.[534]

Drupsteen (1991) meent dat het zuiverder zou zijn om uit te gaan van aansprakelijkheid uit rechtmatige daad, maar daarvoor biedt het BW in zijn optiek geen aanknopingspunt.[535] Hij concludeert dat alleen wetswijziging een oplossing biedt: ofwel via uitbreiding van de regeling van de artikelen 89-93 Sv tot alle gevallen waarin door achteraf ongefundeerd optreden van politie en justitie in het kader van opsporing van strafbare feiten schade is ontstaan (ook in die zin onder andere Groenhuijsen/Naeyé), ofwel [en hier lijkt zijn voorkeur te liggen, MD] via een algemeen schadevergoedingsartikel in de Awb.[536]

Franke (1991) reageert op Drupsteen: Drupsteen ging er vanuit dat het niet bereid zijn tot schadevergoeding de onrechtmatigheid creëert en dat herinnert aan de opvatting van Drion, aldus Franke.[537] Drion meende echter dat de bereidheid tot vergoeding van schade echter al moest blijken voorafgaand aan de schadetoebrengende handeling.[538] Franke acht denkbaar bij een overheidsoptreden waaraan een belangenafweging aan vooraf gaat, zoals het geven van een beschikking. Indien daarbij geen rekening wordt gehouden met schade kan men de belangenafweging onzorgvuldig achten en derhalve onrechtmatig. Maar bij een politie-inval kan van het vooraf laten blijken van bereidheid tot schadevergoeding toch moeilijk sprake zijn. De Drion-leer zou men eventueel wel anders kunnen toepassen op onze situatie: het feit dat de overheid wel regels stelt over politie-invallen, maar geen regels over schadevergoeding zou men als onzorgvuldig kunnen bestempelen, hoewel een dergelijke redenering Franke gekunsteld voorkomt[539] (Drupsteen reageert kort in een nawoord en geeft Franke gelijk voor wat betreft de onvergelijkbaarheid van situaties waarin voorafgaand aan een overheidshandelen sprake dient te zijn van een zorgvuldige belangenafweging inclusief over eventuele schade en situaties zoals politie-invallen waarbij daarvan geen sprake kan zijn).[540] Franke meent overigens dat de redenering dat de oorspronkelijke rechtmatige politie-inval onrechtmatig wordt doordat de Staat achteraf schadevergoeding weigert inderdaad in de buurt komt van een cirkelredenering. Franke stelt dat de schadevergoeding in deze gevallen niet op rechtmatige daad moet worden gebaseerd. Hij richt zich vooral op de constructie van onrechtmatigheid achteraf en ziet een alternatieve oplossing in de relativiteit van de rechtvaardigingsgrond. Franke concludeert dat hij, net als Drupsteen, meent dat een wettelijke regeling van groot belang is.[541]

De Pree 1992 wijst de door de Hoge Raad gekozen weg af, maar ziet enkele alternatieve oplossingen:

1 Aansprakelijkheid uit rechtmatige daad, in de lijn van het in het arrest Quint/Te Poel (Hoge Raad 30 januari 1959, NJ 1959, 548), waarin de Hoge Raad besliste dat in alle gevallen die niet door de wet zijn geregeld, de oplossing moet worden aanvaard, die in het stelsel der wet past en aansluit bij wel in de wet geregelde gevallen. A-G Bloembergen opteerde hier ook voor. I.c. is analogie met de regeling van de artikelen 89-93 Sv doorslaggevend. Hoewel de persoonlijke vrijheid een grotere bescherming verdient dan de eigendom, is het niet

534 D.R. Doorenbos 1991, p. 461-463.
535 Th.G. Drupsteen 1991, p. 333. Anders A.R. Bloembergen 1992, p. 130.
536 Th.G. Drupsteen 1991, p. 334.
537 M.E. Franke 1991, p. 1030.
538 Zie hierover ook hoofdstuk 3 in § 3.1.5 over Bregstein en Drion.
539 M.E. Franke 1991, p. 1030.
540 Th.G. Drupsteen 1991.
541 M.E. Franke 1991, p. 1031-1032.

billijk om de gewezen verdachte bij aantasting van zijn eigendom schadevergoeding te onthouden, aldus De Pree.[542]

2 Een algemene wettelijke regeling, voor schadevergoeding bij rechtmatige daad, ongeacht of de schade door overheid of particulier is veroorzaakt. De Pree ziet dit eerder op het terrein van het bestuursrecht, zeker gezien de ontwikkelingen ter zake van de Awb (en gebaseerd op beginsel 'égalité devant les charges publiques').[543] Anders dan Van den Berk meent hij dat de burgerlijke rechter bij uitstek geschikt zou zijn om over publiekrechtelijke schadevergoedingskwesties te beslissen, zodat geen verkokering ontstaat tussen privaatrechtelijk en publiekrechtelijks schadevergoedingsrecht.[544] Het lijkt hem echter vooralsnog onmogelijk om een ook buiten het bestuursrecht geldende algemene regeling te ontwikkelen, aangezien het rechtmatigheidbegrip geen enkele begrenzing heeft. Behalve de naar zijn mening te vage criteria redelijkheid en billijkheid ziet hij geen andere afbakende criteria die toereikend zouden kunnen zijn voor enige begrenzing. Hij concludeert dat het op korte termijn noodzakelijk is dat er een wettelijke bepaling komt voor schade tengevolge van rechtmatige toepassing van strafvorderlijke dwangmiddelen. Uitbreiding van de artikelen 89-93 Sv tot schade tengevolge van alle rechtmatig toegepaste strafvorderlijke dwangmiddelen voor personen die achteraf niet veroordeeld worden is het meest eenvoudig. Daarnaast moet het mogelijk blijven bij de civiele rechter volledige schadevergoeding te vorderen.[545]

Van den Berg en Rozemond (1992) menen dat met een algemene schadevergoedingsregeling voor alle dwangmiddelen een eind kan worden gemaakt aan de discussie over (on)rechtmatigheid: gedacht kan worden aan een regeling waar in geval de zaak eindigt zonder straf of maatregel (gebaseerd op risicoaansprakelijkheid) een schadevergoeding kan worden toegekend volgens de regels van het BW, zonder onderscheid in onrechtmatigheid of billijkheid als grondslag.[546]

A.R. Bloembergen (1992) verdedigt de lijn zoals hij die eerder als A-G bij Staat/Bekkers had verdedigd,[547] namelijk dat de civiele rechter *'een aansprakelijkheid uit rechtmatige daad zou moeten aanvaarden wanneer zulks past in het stelsel van de wet en aansluit bij de wel geregelde gevallen'*.[548] De definitie 'geregelde gevallen' vat Bloembergen ruim op. Daartoe behoren ook de '*in de rechtspraak aanvaarde en in rechtsbeginselen besloten te achten gevallen*'.[549] Hij acht wetsaanpassing derhalve niet noodzakelijk, omdat hij van mening is dat de civiele rechter een dergelijke aansprakelijkheid kan baseren op een verbintenis uit rechtmatige daad.[550]

Mevis (1992) meent dat met name de slechte bewijspositie voor de gelaedeerde in een schadevergoedingsprocedure geregeld dient te worden in een nieuwe wettelijke regeling. '*Zo zou bijv. kunnen worden vastgesteld dat de betrokken het recht heeft om met het oog op een eventuele schadevergoeding desnoods bij afzonderlijk verzoek uitdrukkelijk gemotiveerd te horen te krijgen waarom in zijn geval de toepassing van dwangmiddelen niet door (verdere) strafrechtelijke activiteiten vanwege de overheid is gevolgd.*'[551]

De Wijkerslooth (1993) wil aandacht voor het door Bloembergen in 1992 opnieuw hervatte debat over schadevergoeding in verband met rechtmatig en onrechtmatige overheidsdaad, gezien

542 J.K. de Pree 1992, p. 10.
543 Zoals verdedigd door J.A.M. van den Berk 1991, p. 239-249.
544 J.K. de Pree 1992, p. 11.
545 J.K. de Pree 1992, p. 11.
546 H.A. van den Berg en K. Rozemond 1992, p. 62.
547 A-G Bloembergen bij HR 26 januari 1990, NJ 1990, 794 (Staat/Bekkers).
548 A.R. Bloembergen 1992, p. 130.
549 A.R. Bloembergen 1992, p. 130.
550 A.R. Bloembergen 1992, p. 126.
551 P.A.M. Mevis 1992, p. 758.

de arresten van de Hoge Raad (Staat/Bekkers en Joemman/Staat) uit 1990.[552] Ook de regeling van de artikelen 89-93 Sv beoogde een schadevergoedingsstelsel voor rechtmatige daad te zijn, blijkt uit de MvT, en uitbreiding tot andere dan vrijheidsbenemende dwangmiddelen vond de toenmalige MvJ niet nodig.[553] Inmiddels heeft de HR twee arresten gewezen waarbij een schadevergoedingplicht wordt geconstrueerd op grond van onrechtmatige daad. De Wijkerslooth herhaalt de poging van A-G Bloembergen om de Hoge Raad te overtuigen van schadevergoeding voor rechtmatige daad, iets waar ruimte voor is sinds Quint/Te Poel.[554]

De Kok (1993) analyseert op basis van een historische benadering dat inmiddels breed wordt aanvaard dat bij rechtmatige daad een recht op vergoeding van onevenredige schade op zijn plaats is. Hij brengt in herinnering dat het uitgangspunt bij de regeling van de artikelen 89-93 Sv is dat sprake was van een rechtmatige handeling. In 1975 houdt men (politiek) vast aan dit uitgangspunt van de regeling van de artikelen 89-93 Sv. Dat impliceert volgens de MvT geen recht op vergoeding. Deze stelling van de Memorie van Toelichting in 1972, dat bij ontbreken van onrechtmatige daad er ook geen recht op vergoeding bestaat, is niet vanzelfsprekend. Stel dat we uitgaan van discretionaire bevoegdheid (en 'steeds' in artikel 90 Sv negeren; op grond daarvan zou namelijk steeds vergoeding verschuldigd zou zijn zodra de in de wet benoemde gevallen aanwezig zijn) en aangenomen dat er enkele malen een vergoeding is betaald. '*Zou een latere verzoeker dan niet op grond van het abbb van gelijkheid de staat kunnen dwingen ook hem een vergoeding te geven nu hij in dezelfde omstandigheden verkeert als eerdere begunstigden?*' vraagt De Kok zich af onder aanhaling van het Amsterdam/Ikonarrest.[555] '*De ontkenning dat er een recht op vergoeding bestaat, lijkt dan ook niet goed verdedigbaar*' aldus De Kok. Een deel van de rechtspraak ter zake van onrechtmatige daad wordt door anderen gehanteerd als bewijs dat in feite in ons recht de grondslag rechtmatige daad is aanvaard.[556] De Kok refereert naar Drion en Bregstein, die de onrechtmatigheid zochten in het handelen zelf van de overheid, los van de gevolgde schade. Bregstein zag in het overheidsbelang een gedeeltelijke rechtvaardigingsgrond die gecomplementeerd werd door (een aanbod tot) schadevergoeding. Ook de Hoge Raad zoekt de onrechtmatigheid niet in de schade maar in het handelen. In het Varkensmesterarrest lijkt de Hoge Raad de onrechtmatigheid echter in de belangenafweging te vinden en niet langer in het handelen zelf. In de doctrine is er een toenemende roep om erkenning van aansprakelijkheid uit rechtmatige daad en bij deze aansprakelijkheid uit rechtmatige daad '*staat niet langer het handelen van de overheid voorop, maar de (uitzonderlijkheid) van de gevolgde schade.*'[557] De Kok stelt dat het hier gaat om een dubbele belangenafweging, namelijk '*het belang van de overheid bij haar handelen tegenover dat van de benadeelde en het belang van de benadeelde in verhouding tot dat van niet benadeelde (categorieën van) burgers.*'[558] De introductie van abbb heeft hiertoe een belangrijke aanzet gegeven en het bestaan van deze aansprakelijkheid is niet alleen verdedigd door bestuursrechtjuristen maar ook door civilisten (zoals Bloembergen en Spier), aldus De Kok, en hij ziet dat de discussie zich al heeft verplaatst naar de vraag wanneer de evenredigheid (de Franse égalité) doorbroken is, waarbij de vraag of zulke aansprakelijkheid uit rechtmatige daad bestaat, inmiddels is achterhaald.[559] De Kok concludeert dat als men zich losmaakt van de ontkenning van die aansprakelijkheid door de Hoge Raad, de grondslag égalité als bron van verbintenissen de werkelijkheid het best weergeeft.[560] Zijn eindconclusie is dat de toepas-

552 Zie hierover uitvoerig hoofdstuk 3, § 3.3.3.1.
553 J.L. de Wijkerslooth 1993, p. 317. Zie hierover ook uitvoerig hoofdstuk 1 in § 1.6.7.
554 HR 30 januari 1959, NJ 1959, 548, J.L. de Wijkerslooth 1993, p. 324.
555 HR 27 maart 1987, NJ 1987, 727, H.G.F.M. de Kok 1993, p. 442.
556 H.G.F.M. de Kok 1993, p. 447.
557 H.G.F.M. de Kok 1993, p. 447.
558 H.G.F.M. de Kok 1993, p. 447.
559 H.G.F.M. de Kok 1993, p. 448.
560 H.G.F.M. de Kok 1993, p. 448.

sing van voorlopige hechtenis indien geen straf volgt, volgens de rechtspraak wordt geduid als onrechtmatige daad. Neemt men ook ontwikkelingen in wetgeving, literatuur en rechtspraak in ogenschouw, dan verdient een aanduiding van aansprakelijkheid wegens rechtmatig handelen de voorkeur.[561] De Kok stelt dat de door de wet opengelaten regels voor toepassing van de vordering ex artikel 89 Sv op basis van de grondslag égalité kunnen worden ingevuld. De regeling van de artikelen 89-93 Sv vereist in ieder geval aanpassing (EVRM). Indien dat te moeilijk is, dan heeft hij een voorkeur voor het schrappen van de regeling en kan worden volstaan met een civiele actie.[562]

De Commissie Cremers (NVvR) adviseert in 1994 tot aanpassing van wetgeving door middel van een regeling waar de mogelijkheid tot schadevergoeding wordt uitgebreid tot alle schade als gevolg van strafvorderlijk optreden en waarbij het billijkheidscriterium van artikel 90 lid 2 Sv wordt vervangen door een recht op volledige schadevergoeding, tenzij de schade redelijkerwijs geheel of gedeeltelijk voor rekening van de verzoeker dient te blijven.[563] Expliciet wordt gesteld dat geen reden tot afwijzing mag zijn de rechtmatigheid of de zorgvuldige toepassing van de dwangmiddelen. Dat lijkt te impliceren dat de commissie met name schadevergoeding voor rechtmatige schadeveroorzakende strafvorderlijke dwangmiddelen voorstaat. In het rapport wordt erop gewezen dat het belang van een goede regeling in het WvSv des te groter is geworden door de recente jurisprudentie van de Hoge Raad.

Om problemen op te lossen meent Dekker (1995) dat het beter is af te zien van de constructie en het leerstuk van de onrechtmatige daad. Zij gaat in op de poging van Franke tot vasthouden aan het leerstuk van de onrechtmatige daad via een relatieve rechtvaardigingsgrond.[564] Dekker meent echter dat het uitoefenen van strafvorderlijke bevoegdheden wel gerechtvaardigd is, ook ten opzichte van derden, omdat het plaats vindt in het algemeen belang.[565] Ook in Franke's opvatting blijkt pas achteraf de onrechtmatigheid. Zij gaat in op de poging van Teunissen om het idee van Van Maarseveen te verdedigen om vast te houden aan onrechtmatige overheidsdaad via een onderscheid tussen absolute en relatieve onrechtmatigheid. Van relatieve onrechtmatigheid is sprake indien door het overheidshandelen de belangen van een particulier worden geschaad, terwijl het handelen in het algemeen belang in absolute zin gerechtvaardigd of zelfs noodzakelijk is. De gemeenschap als geheel heeft baat bij het optreden, maar het is ten opzichte van een enkeling of groep onrechtmatig omdat hij daarvan onevenredig nadeel ondervindt ('égalité devant les charges publiques'). Dekker meent daarentegen dat ook dit geen oplossing biedt (hoogstens voor derden), omdat het handelen ook volgens haar[566] in deze optiek achteraf onrechtmatig wordt, hetgeen volgens Dekker is strijd is met de aansprakelijkheidsdogmatiek.[567] Zij gaat ook in op de mogelijkheid om via onrechtmatige daad in de trant van Leffers/Staat (Varkensswill) te komen tot een vergoeding..[568] Daarmee wordt een scheiding aangebracht tussen het overheidshandelen zelf en het nalaten schade te betalen voor de in verband daarmee toegebrachte schade. Alleen anders dan in Leffers/Staat is er voor politie/justitie geen mogelijkheid om voorafgaand aan het optreden (in alle zorgvuldigheid) te beslissen over een eventuele aanspraak op vergoeding. Een alternatief is dan de onrechtmatigheid te zien in het achteraf niet vergoeden van de schade, hetgeen dan getuigt van onzorgvuldig handelen, maar Dekker

561 H.G.F.M. de Kok 1993, p. 452.
562 H.G.F.M. de Kok 1993, p. 452.
563 Commissie Cremers (NVvR) 1994, p. 4-5.
564 Hiervoor beschreven bij literatuur grondslag.
565 J. Dekker 1995, p. 751.
566 Hiermee lijkt zij af te wijken van de meerderheid van de auteurs die het égalité-beginsel juist in verband brengen met schadevergoeding in verband met rechtmatig handelen.
567 J. Dekker 1995, p. 752.
568 HR 18 januari 1991, AB 1991, 241.

is het eens met Franke dat dit nogal gekunsteld lijkt.[569] Volgens Dekker resteert dus het erkennen van de aansprakelijkheid uit rechtmatige daad. De laatste hiervoor besproken variant onrechtmatige daad zit hier dicht tegenaan (schadevergoedingsplicht bij op zichzelf een rechtmatig handelen; pas het – eventueel achteraf – weigeren van betaling van de schadevergoeding is onrechtmatig). Maar de volgende vraag is hoe dit kan worden ingepast in het huidig aansprakelijkheidsstelsel. Ondanks het pleidooi van Bloembergen (als A-G bij Staat/Bekkers en in de Nieuwenhuisbundel 1992) houdt de Hoge Raad deze deur gesloten en laat deur naar onrechtmatigheid slechts op kleine kier staan.[570] Dekker verkiest daarom haar heil te zoeken bij artikel 89 Sv. Wel dient artikel 89 Sv volgens Dekker te worden uitgebreid: in beginsel zou de regeling moeten openstaan voor alle gevallen waarin schade is ontstaan door optreden van politie of justitie, dat achteraf onterecht is gebleken. Ook voor derden. De criteria op grond waarvan schadevergoeding wordt toegekend moeten ook voldoen aan de eisen van 6 EVRM. Ook de Nederlandse Antillen kennen een dergelijk voorstel in hun WvSv. Dekker werkt haar voorstel vergelijkbaar uit.[571]

Brouns (1996) bepleit een regeling gebaseerd op de verdelende rechtvaardigheid. Er dient dus geen sprake te zijn van een automatische vergoeding van alle nadeel, maar in de regeling zou volgens Brouns moeten worden opgenomen dat '*nadeel moet worden vergoed dat redelijkerwijze niet of niet geheel ten laste van de benadeelde behoort te blijven.*'[572] Ook Damen (2001)[573] meent dat de schadevergoeding niet dient te worden aangeboden omdat het niet aanbieden onrechtmatig is (cirkel) maar omdat het niet aanbieden in strijd is met het égalité-beginsel en ook hij heeft enkele concrete suggesties voor de wetgever, wiens taak hij het acht om deze kwestie te regelen.

Van Maanen (2002) zoekt daarentegen de grondslag voor schadevergoeding na rechtmatig strafvorderlijk optreden (anders dan in geval de overheid in het algemeen belang bepaalde maatregelen neemt waarbij derden onevenredig benadeeld kunnen worden) niet in het égalité-beginsel (in zin van onevenredige benadeling). Van Maanen meent namelijk dat schadevergoeding voor de gewezen verdachte op een andere grondslag berust, namelijk solidariteit, omdat de uitoefening van strafrechtelijke bevoegdheden slechts is gelegitimeerd onder de bijkomende voorwaarde dat de overheid instaat voor de gevolgen indien de verdenking niet wordt bewaarheid, dit in verband met de inherente onzekerheid die gepaard gaat met maatregelen gebaseerd op verdenkingen. Hij lijkt hier te bedoelen de situatie waar een verdenking (sec) niet wordt gevolgd door een strafrechtelijke veroordeling. De overheid heeft namelijk '*in dit soort gevallen welbewust het risico (…) aanvaard dat achteraf kan blijken dat de verdenking niet wordt bewaarheid.*'[574] Zorgvuldig genomen dwangmaatregelen zijn en blijven derhalve rechtmatig en het gaat dus om schadevergoeding op basis van rechtmatig overheidshandelen.[575] Dat betekent dat Van Maanen (2002) een recht op schadevergoeding bepleit voor de gewezen verdachte in alle situaties waar na een verdenking geen strafrechtelijke veroordeling volgt.[576]

Kwakman (2003) meent naar aanleiding van de civiele rechtspraak van de Hoge Raad dat sprake is van spanning tussen geschreven en ongeschreven recht waarop de Hoge Raad zijn constructie heeft gebaseerd en anderzijds overwegingen van doelmatigheid en rechtvaardigheid; ingrijpen van de wetgever is nodig omdat deze juridische constructies afdwalen van de echte

569 J. Dekker 1995, p. 752.
570 J. Dekker 1995, p. 753.
571 J. Dekker 1995, p. 754.
572 P.J.H.M. Brouns 1996, p. 225-226.
573 L.J.A. Damen, Noot bij Staat-Lavrijsen, in AA 50(2001) 9, p. 657-663, (Staat/Lavrijsen, HR 30 maart 2001, AB 2001, 412).
574 G.E. van Maanen 2002, p. 68-69.
575 G.E. van Maanen 2002, p. 62.
576 G.E. van Maanen 2002, p. 81.

vraag in hoeverre er plaats is voor schadevergoeding na rechtmatig handelen.[577] Volgens Kwakman hebben de meeste auteurs (Bregstein, Drion, Van Maarsseveen) last van vereenzelviging van het onrechtmatigheidoordeel over het optreden als zodanig en het onaanvaardbaarheidoordeel over de daaruit voortvloeiende gevolgen. Deze zienswijzen gaan voorbij aan kern van het probleem, namelijk een discrepantie tussen een belangenafweging op grond waarvan – mede gegeven de gevolgen van het handelen – de (on)toelaatbaarheid van het handelen als zodanig moet worden vastgesteld en de belangenafweging aan de hand waarvan moet worden beoordeeld of en in hoeverre de gevolgen daarvan door de individuele gedupeerde voor lief moeten worden genomen. Kwakman betoogt dat dit losgekoppeld moet worden.[578] Hij hanteert een variant die uitgaat van schadevergoeding ontleend aan een publiekrechtelijke aanspraak op grond van een speciaal daarop toegesneden belangenafweging. Zijn idee is dat sprake moet zijn van twee modaliteiten van het proportionaliteitsbeginsel: ten eerste een doel middel afweging die ervan uitgaat dat slechts het minst belastende middel toelaatbaar is (dit gaat dan om de toepassing van dwangmiddelen): dit gaat om de toelaatbaarheid van de schadeveroorzakende gedraging als zodanig. Als maatstaf geldt de vraag of gegeven het doel en alle omstandigheden van het geval, een minder belastende inbreuk mogelijk was geweest? Ten tweede: ook al is sprake van een rechtens toelaatbare minst belastende handeling, dan wil dat nog niet zeggen dat de schade die dat met zich meebrengt, voor rekening van de gedupeerde hoort te blijven. Schade kan voor een individu disproportioneel zijn. Het gaat derhalve om de vraag of de gevolgen van een schadeveroorzakende overheidsgedraging voor lief moeten worden genomen. Hier gelden andere maatstaven dan bij eerste stap (doel middel afweging gedraging als zodanig): ook deze maatstaven worden in de wet opgenomen ter indicatie van de mate waarin de schade al dan niet dient te worden geduld, en dat is dan de kern van de schadevergoedingsregeling.[579]

Van Maanen/De Lange (2005) sluiten aan op Van Maanen (2002) die volledige schadevergoeding bepleitte in alle gevallen waarin de verdenking niet hard gemaakt kan worden, op welke grond dan ook. In het licht van de onschuldpresumptie ligt het voor de hand dit risico voor rekening van de overheid te laten komen, waarbij het een schadevergoeding op basis van rechtmatig overheidshandelen betreft.[580]

Bakels (2006) lijkt eenzelfde opvatting te verdedigen: een recht op volledige schadevergoeding in geval een strafrechtelijke procedure eindigt zonder oplegging van straf of maatregel. Bakels lijkt dat echter, anders dan Van Maanen/De Lange te baseren op het gelijkheidsbeginsel in de zin van het égalité-beginsel.[581]

Hoe doorslaggevend is of moet het financiële argument zijn (voor de wetgever), vragen sommigen zich af.

K. Rozemond (1993) stelt dat de angst van het Ministerie van Justitie om jaarlijks tientallen miljoenen guldens aan claims van gewezen verdachten te krijgen, enigszins overdreven is. In publicaties in kranten over uitspraken van de Rechtbank Den Haag en uit eerdere Kamervragen over de claims van de gewezen Slavenburgverdachten lijkt er enige opschudding te bestaan over de toewijzingen van schadevergoeding. Rozemond relativeert dit, aangezien hij meent

577 N.J.M. Kwakman 2003, p. 179.
578 N.J.M. Kwakman 2003, p. 188.
579 N.J.M. Kwakman 2003, p. 417-418.
580 G.E. van Maanen en R. de Lange 2005, p. 151.
581 F.B. Bakels 2006, p. 23,35 en 30.

dat zowel Rechtbank als Hof Den Haag juridische mechanismen hebben ingebouwd om schadeclaims te kunnen afwijzen.[582]

Ook De Kok (1993) gaat in op de vraag of door de grondslag onrechtmatige daad het aantal en omvang van de claims zou toenemen. Dat lijkt De Kok niet: met die grondslag komt namelijk ook de mogelijkheid tot vermindering van de vergoeding wegens eigen schuld (6:101 en 102 BW) binnen handbereik.[583]

Damen (2001)[584] vraagt zich af bij diens bespreking van Staat-Lavrijsen, derhalve voor wat betreft de schade van derden, niet gewezen verdachten, af waarom deze kwestie nog niet geregeld is door de wetgever. Financiën?

Van Maanen (2002) noemt ook kort het financiële argument, namelijk waar het door andere als reden werd gehanteerd tot een beperkte schadevergoedingsmogelijkheid. Hij pleit zelf namelijk voor een ruime risicoaansprakelijkheid in geval van niet veroordeling maar gaat niet nader in op de financiële consequenties daarvan.[585]

Kwakman (2003) gaat er ook niet echt op in maar noemt het wel in verband met enkele tussenconclusies. Indien men égalité als grondslag beschouwt (Staat-Lavrijsen) wordt blijkbaar de indruk gewekt dat alle schade ten gevolge van rechtmatig overheidshandelen, als zijnde onevenredig ten opzichte van alle andere burgers die daarvan geen nadeel ondervinden, vergoed moet worden. Dat wekt ook de angst voor onoverzienbare financieel consequenties op.[586] Kwakman betoogt echter dat het gelijkheidsbeginsel zeker geen allrisk verzekering is tegen elk risico.[587] Hij stelt overigens wel dat voor de wetgever de kostenkant net zo goed een belang dient te zijn – naast het belang van de particuliere gedupeerde – dat moet worden meegewogen en dat kan met zich meebrengen dat aanspraken slechts gehonoreerd zullen kunnen worden tot een bepaald maximum, waarvan voor de nadere bepaling daarvan ook andere factoren een rol zullen spelen.[588]

Bakels (2006) veronderstelt dat de werkelijke reden voor de enge opvatting, waarin de gebleken onschuld als voorwaarde geldt om in aanmerking te komen voor vergoeding op basis van aangenomen onrechtmatigheid, zal zijn dat 'ten koste van de staatkas geen betalingen moeten worden gedaan aan criminelen die de dans zijn ontsprongen'.[589] Hij betwijfelt echter of deze gedachte bestand is tegen de toets aan artikel 6 EVRM.

Ook Stolwijk (2007) onderkent de vrees voor financiële consequenties, maar meent dat hier geen zorgen hoeven te liggen omdat het naar zijn mening nog niet uit de hand loopt.[590] Met hem is Vranken (2007) van mening dat het financiële argument niet echt overtuigend is en er empirische studies ontbreken. Het gaat bijv. in 2004 over 0.2% van de totale begroting.[591]

---

582 K. Rozemond 1993, p. 129. Ook zou Justitie gretig gebruik maken van de mogelijkheid sinds HR 25 september 1992, RvdW 1992, 212 om schade op gemeenten te verhalen voor zover de schade door gemeentepolitie is veroorzaakt (aldus NRC handelsblad en De Volkskrant). Zie daarover ook E.J. Daalder 1993, p. 171.

583 H.G.F.M. de Kok 1993, p. 446.

584 L.J.A. Damen, Noot bij Staat-Lavrijsen, in AA 50(2001) 9, p. 657-663, (Staat/Lavrijsen, HR 30 maart 2001, AB 2001, 412).

585 G.E. van Maanen 2002, p. 54.

586 N.J.M. Kwakman 2003, p. 366.

587 N.J.M. Kwakman 2003, p. 373-375.

588 N.J.M. Kwakman 2003, p. 416.

589 F.B. Bakels 2006, p. 27.

590 S.A.M. Stolwijk 2007, p. 27.

591 Annotator J.B.M. Vranken bij Begaclaim, HR 13 oktober 2006, NJ 2007, 432 sub 27.

4.6.4 Toelichting op conclusies literatuur over voorwaarden te stellen aan schadevergoeding

4.6.4.1 Gebleken onschuld niet meer als voorwaarde voor schadevergoeding

De meeste auteurs menen dat schadevergoeding (al dan niet via de onrechtmatigheidconstructie) onafhankelijk dient te zijn van gebleken onschuld van de betrokkene, veelal vanwege mogelijke strijd met artikel 6 lid 2 EVRM (of een onmogelijke bewijspositie, zie hierna).

Doorenbos (1991) vraag zich af in welke gevallen de aanvankelijke rechtvaardigingsgrond (het redelijk vermoeden van schuld in de zin van artikel 27 Sv) achteraf bezien onrechtmatig is. Doorenbos meent dat, voor zover de aanvankelijke rechtvaardigingsgrond wordt gevonden in het redelijk vermoeden van schuld ex artikel 27 Sv, in alle gevallen waarin- achteraf bezien- voor een dergelijke verdenking onvoldoende belastend materiaal resteert, het strafvorderlijk optreden op basis van deze redenering onrechtmatig dient te worden geacht, ook indien alsnog sterke aanwijzingen bestaan dat verdachte niet brandschoon was; sterke aanwijzingen constitueren volgens Doorenbos immers in het algemeen geen objectief toetsbaar redelijk vermoeden van schuld in de zin van artikel 27 Sv, evenmin als een te subjectief ingekleurde (rechterlijke) overtuiging.[592] Samengevat lijkt Doorenbos de aanvankelijke rechtvaardigingsgrond zeer (chronologisch) juridisch te beoordelen: als de aanvankelijke rechtvaardigingsgrond bestaat in geval van een verdenking in de zin van artikel 27 Sv, dan zal er (al) onrechtmatigheid ontstaan indien daarvoor juridisch onvoldoende belastend materiaal is [er geen veroordeling volgt, MD], d.w.z. ook als betrokkene niet brandschoon is, zal er toch onrechtmatigheid ontstaan. Doorenbos houdt dus consequent vast aan het eenmaal gekozen juridische uitgangspunt en stelt de onrechtmatigheid los van gebleken onschuld (zijn interpretatie zal later worden ingehaald door nieuwe rechtspraak van de Hoge Raad, zoals uitvoerig besproken in H3).

Ook Brouns (1991) lijkt ervan uit te gaan dat in werkelijkheid sprake is van aansprakelijkheid uit rechtmatige daad, zelfs in gevallen waarin verdachte schuldig is.[593]

De Pree (1992) bestrijdt de opvatting[594] dat deze onrechtmatigheid alleen ontstaat indien de verdachte onschuldig blijkt, ook al zou dit uit de uitspraken van de Hoge Raad kunnen worden afgeleid. De Pree meent dat geen onderscheid mag worden gemaakt tussen een onschuldig gebleken verdachte en een niet veroordeelde verdachte, aangezien de onschuldpresumptie ook geldt op de schadevergoedingsprocedure bij de civiele rechter, waarbij hij zich baseert op de Minelli-uitsrpraak van het EHRM.[595]

Van den Berg/Rozemond stellen (1992) dat zij niet de stelling van de Nationale Ombudsman steunen dat specifiek uit de onschuldpresumptie van artikel 6 lid 2 EVRM volgt dat een niet veroordeelde verdachte een schadevergoeding dient te krijgen (dat volgt volgens hen namelijk uit het niet verwezenlijken van het materiële strafrecht, dus als geen veroordeling volgt). Op basis van EHRM (Minelli en Lutz) concluderen schrijvers wel dat een rechter een schadeclaim niet mag afwijzen op grond van het feit dat hij een ex verdachte toch schuldig acht aan een strafbaar feit.

Illustratief voor het feit dat een enkeling nog de gedachte steunt dat gebleken onschuld als voorwaarde nog steeds een rol moet spelen is de bijdrage van E. Myjer in 1992 waar hij

592 D.R. Doorenbos 1991, p. 456.
593 P.J.H.M. Brouns 1991, p. 1377.
594 Van onder andere annotator Brunner bij HR 26 januari 1990, NJ 1990, 794, sub 5.
595 J.K. de Pree 1992, p. 9.

stelt dat schuldigverklaring zonder straf te verkiezen is boven niet ontvankelijkheid (na overschrijding van de redelijke termijn), omdat hiermee ook een schadevergoedingsactie voorkomen kan worden.[596]

In dit verband is nog relevant de discussie tussen de Nationale Ombudsman en de MvJ, zoals door Mevis (1992) beschreven. Hij vergelijkt een rapport van de Nationale Ombudsman (26 juni 1991) met de richting zoals door de Hoge Raad gevolgd en gaat in op het verschil van mening tussen Minister van Justitie en Nationale Ombudsman ter zake van de constructie van onrechtmatigheid en schadevergoeding. De MvJ stelt dat de uitspraken van de Hoge Raad zeer restrictief moeten worden uitgelegd zodat voor schadevergoeding alleen ruimte is indien de gewezen verdachte achteraf geheel onschuldig blijkt te zijn. De Nationale Ombudsman neemt deze redenering niet over en stelt dat dit in strijd is met de onschuldpresumptie van artikel 6 lid 2 EVRM. De Nationale Ombudsman meent namelijk dat artikel 6 lid 2 EVRM inhoudt dat ieder voor onschuldig wordt gehouden totdat zijn schuld volgens de wet wordt bewezen en bij vrijspraak of een beslissing tot niet verdere vervolging is het punt is gepasseerd waar zijn schuld volgens de wet bewezen kan worden. Tevens brengt het een wellicht onmogelijke bewijslast voor de gewezen verdachte met zich mee. Hoewel Mevis meent dat 6 lid 2 EVRM (ook nog) van toepassing is in de procedure tot schadevergoeding (gebaseerd op EHRM – Lutz), zie hij toch geen probleem. Als een verdachte niet wordt gestraft heeft de rechter slechts geen, binnen het nationaal wettelijk bewijsstelsel tot stand gekomen, bewezenverklaring uitgesproken. De afwezigheid daarvan staat er echter niet aan in de weg dat de rechter kan vaststellen dat door de verdachte een strafbaar feit is begaan, en de wet houdt daarmee zelfs rekening[597] Aangezien moet worden uitgegaan van een autonome betekenis van 'volgens de wet bewezen' in artikel 6 lid 2 EVRM lijkt een dergelijke rechterlijke uitspraak daaraan te voldoen en is dat volgens Mevis niet in strijd met verdragsrecht.[598]

Rozemond (1993) gaat aan de hand van enkele ongepubliceerde uitspraken (via Daalder) na hoe de onrechtmatigheidcriteria van de Hoge Raad worden uitgelegd, welke rol de onschuldpresumptie speelt en hoe de civiele procedure zich verhoudt tot de regeling van de artikelen 89-93 Sv.

Conclusie: Lagere rechters doen uitspraken die op gespannen voet staan met de onschuldpresumptie. Zo meent hij dat het in een schadevergoedingsprocedure onderzoeken in hoeverre de gewezen verdachte onschuldig is aan de gerezen verdenking niet zonder risico's is. Wat indien men tot de conclusie komt dat de verdachte niet onschuldig is: wijst men de claim dan af? Dit komt gevaarlijk dicht in de buurt van schending van artikel 6 lid 2 EVRM. Hoewel het uitgangspunt van de Rechtbank Den Haag is dat een verdachte voor onschuldig moet worden gehouden 'tenzij deze – en alleen dan – bij onherroepelijk geworden beslissing van de strafrechter is veroordeeld' maakt de Rechtbank ook enkele opvallende uitzonderingen op dat uitgangspunt, namelijk door de burgerlijke rechter dan bevoegd te achten '*om te beoordelen of zich feiten of omstandigheden hebben voorgedaan die nopen tot de conclusie dat het uitgangspunt van onschuld van de verdachte dient te worden verlaten*'.

Van den Berg en Rozemond gaan in 1993 nogmaals in op artikel 6 lid 2 EVRM en reageren daarbij op de eerdere standpuntinname van Mevis (1992). Zij stellen dat op basis van Lutz geldt dat een afwijzing van schadevergoeding met de motivering dat de gewezen verdachte een strafbaar feit heeft gepleegd, ook als is schuld niet volgens de wettelijke regels bewezen en heeft hij zijn verdedigingsrechten niet kunnen uitoefenen, in strijd is met 6 lid 2 (overweging

---

596 E. Myjer 1992, p. 43-46.

597 Bijv. in art. 36b lid 1 sub 3 Sv (rechter kan maatregel van onttrekking aan verkeer opleggen niettegenstaande vrijspraak, mits hij vaststelt dat een strafbaar feit is begaan).

598 P.A.M. Mevis 1992, p. 757-758. Wel zou, volgens Mevis, de rechter dan misschien expliciet moeten motiveren dat hij verdachte wel schuldig acht, omdat dat moet billijken dat in dit geval de burger zelf voor de kosten opdraait. Vgl. ook E. Myjer 1994.

60 Lutz).[599] Mevis redenering zou ook op gespannen voet komen met het ne bis in idem beginsel, aangezien door de schadevergoedingsrechter het onderzoek naar strafrechtelijke schuld wordt herhaald en dan nog met lichtere eisen dan in de strafprocedure (volgens Mevis is alleen motivering nodig waarom schadevergoedingsrechter alsnog tot strafrechtelijke diskwalificatie komt). Dat lijkt op een schuldigverklaring zonder straf maar met afwijzing van de schadeclaim, aldus schrijvers. Dat is allemaal niet nodig; onderzoek naar de mate van verdenking en in welke mate iemand een verdenking aan zichzelf te wijten had is namelijk niet in strijd met artikel 6 EVRM.[600]

De Kok (1993) gaat in op het besef dat vrijspraak en onschuld niet samenvallen. Het niet opleggen van straf is iets anders dan vaststellen dat de verdachte onschuldig is en ook niet dat betrokkene de vrijheidsbeneming niet aan zichzelf te wijten heeft. Volgens De Kok is thans de kernvraag '*Dient de vergoeding ten diepste om onschuld te belonen zodat strenge eisen aan de aansprakelijkheid kunnen worden gesteld? Of – aan het andere einde van het spectrum – dient de vergoeding om 'bedrijfsongevallen' bij strafvorderlijk onderzoek op te vangen, zodat in beginsel bij ieder uitblijven van een straf een aanspraak op vergoeding bestaat.*'[601] De Kok meent dat het diep ingrijpen door de overheid in het privéleven rechtvaardigt dat het risico voor dit handelen bij de overheid wordt gelegd.[602] De Kok bepreekt ook de rol van verdenking en onschuld in schadevergoedingsprocedures. De Kok (1993) stelt dat de verdenking niet hoeft te zijn weggenomen doordat de zaak eindigt zonder strafoplegging, omdat het strafgeding er niet op is gericht iemands onschuld vast te stellen, maar iemands schuld te bewijzen.[603]

Meyer (1994) stelt dat het arrest (in r.o. 30) wel ruimte laat om te verwijzen naar 'de omstandigheid dat de gewezen verdachte – indien het OM wel ontvankelijk zou zijn geweest in zijn vervolging – waarschijnlijk wel (gedeeltelijk) schuldig zou zijn bevonden aan het tenlastgelegde strafbaar feit'.[604]

De Commissie Cremers (NVvR) daarentegen adviseert in 1994 tot aanpassing van wetgeving. Over de huidige situatie meent de commissie dat de motivering van een afwijzing geen bevestiging of vaststelling van strafrechtelijke schuld of verdenking mag inhouden.[605]

Corstens stelt bij HR 23 december 1994 in welk geval de rechter binnen de marges van de onschuldpresumptie blijft, namelijk '*als de civiele rechter op basis van het materiaal waarover ook de strafrechter beschikte slechts vaststelt dat de onschuld van de gewezen verdachte al dan niet is gebleken.*' Hij geeft wel toe dat er daarmee een onderscheid ontstaat tussen niet veroordelende vonnissen.[606]

Dekker (1995) is kritischer over de rechtspraak van de Hoge Raad. De Hoge Raad stapt in 1994 weliswaar over eventuele bezwaren met betrekking tot de onschuldpresumptie heen. Maar ook al is geen sprake van strijd met de onschuldpresumptie, dan nog ziet zij als bezwaar dat de voormalige verdachte zijn onschuld moet aantonen; dat belast hem met zeer moeilijk

599 H.A. van den Berg en K. Rozemond 1993, p. 25.

600 H.A. van den Berg en K. Rozemond 1993, p. 28. Mevis (1993) reageert en gaat nogmaals in op 'According to law': hij vergelijkt het met de mogelijkheid dat ook het verzoek tot vervroegen van de invrijheidsstelling achterwege kan blijven omdat vastgesteld wordt dat een strafbaar feit is begaan, en voeging ad informandum lijkt ook niet in strijd met art. 6 lid 2 omdat het begaan zijn van die feiten niet via wettelijk bewijsstelsel is vastgesteld. Mevis ziet ook niet hoe de vaststelling van de betrokkenheid van de gewezen verdachte bij een strafbaar feit in een door die burger zelf geïnitieerde procedure, op gespannen voet kan staan met het ne bis in idem beginsel, P.A.M. Mevis 1993, p. 34.

601 H.G.F.M. de Kok 1993, p. 444.

602 H.G.F.M. de Kok 1993, p. 444.

603 H.G.F.M. de Kok 1993, p. 450.

604 E. Myjer 1994, p. 138.

605 Commissie Cremers (NVvR) 1994, p. 4-5.

606 G. Corstens bij NJ 1995, 512, sub 4, p. 2248.

te leveren bewijs.[607] Spier (1996) neigt er ook naar aan te nemen dat er een grond voor vergoeding bestaat ongeacht de schuld van de gewezen verdachte. Hoewel hij erkent dat het onbevredigend is diegenen wiens schuld aannemelijk is, schadeloos te stellen, nog los van de artikel 6 EVRM dimensie, acht hij het nog onbevredigender om werkelijk onschuldigen de schade voor eigen rekening te laten, met name doordat de samenleving er ook van uitgaat dat waar rook is, vuur is.[608] Hennekens (2001) is eveneens kritisch en meent, overigens onder aanhaling van Corstens,[609] dat de Hoge Raad met zijn uitspraken artikel 6, lid 2 EVRM miskent door te aanvaarden '*dat een niet rechtens vastgestelde schuld voor de betrokkene niet betekent dat hij rechtens voor onschuldig wordt gehouden*.'[610] Anders gezegd bepleit Hennekens dat iedere beslissing die ertoe leidt dat een verdachte niet meer als verdachte wordt aangemerkt, betekent dat de gewezen verdachte voor onschuldig moet worden gehouden.

Ook Kwakman (2003) is kritisch, maar om een andere reden, want hoewel hij de constructie weliswaar juridisch waterdicht acht en binnen de grenzen van het EHRM, leidt deze tot een zekere willekeur en rechtsongelijkheid afhankelijk van de toevalligheid of iemands onschuld op basis van het strafdossier kan worden vastgesteld.[611] Van Maanen bepleit in 2002 in het licht van de onschuldpresumptie dat het voor de hand ligt het risico van het realiteit worden van de kans op ongefundeerde verdenkingen voor rekening van de overheid te laten komen; het gaat dan om schadevergoeding bij rechtmatig overheidshandelen (zorgvuldig genomen dwangmaatregelen).[612]

Van Maanen/De Lange (2005) menen dat in alle gevallen waarin de verdenking, ongeacht de gronden, 'niet hard gemaakt' kan worden en dus vrijspraak of ontslag van rechtsvervolging volgt, geconcludeerd moet worden dat de verdenking ongefundeerd is geweest, en zien in dat geval in beginsel volledige schadevergoeding omdat hen dat meer in overeenstemming lijkt met artikel 6 EVRM dan de constructie van de Hoge Raad. Zij vragen zich retorisch af: '*De ratio is toch dat wie niet veroordeeld is voor onschuldig gehouden moet worden? En als je niet veroordeeld bent, dan ben je toch in die zin onschuldig en dus ook onschuldig vastgehouden?*'.[613]

Bakels (2006) vindt dat het onderscheid tussen eerste- en tweederangs vrijspraken (al dan niet gebleken onschuld) op gespannen voet staat met de onschuldpresumptie en tevens wijst hij op de feitelijke onmogelijkheid om gebleken onschuld te kunnen aantonen.[614]

Vranken in zijn noot bij Hoge Raad 13 oktober 2006 (Begaclaim) begrijpt weliswaar dat de Hoge Raad in afwachting van wetswijziging vasthoudt aan zijn eerdere rechtspraak. Wel hoopt hij dat in het nieuwe wetsvoorstel '*het gebleken onschuldcriterium in de ban wordt gedaan*', ook vanwege de huidige standaardmotiveringen bij vrijspraak, waaruit niets blijkt over gebleken onschuld, en het feit dat het vereist dat de civiele rechter het gehele dossier zal moeten lezen om een oordeel te krijgen '*over iets dat in de strafrechtelijke dogmatiek niet bestaat en dat de strafrechter niet doet: de civiele rechter moet onderscheiden tussen twee soorten vrijspraak*.'[615]

Stolwijk (2007) stelt dat de onschuldpresumptie zowel naar voren als naar achteren werkt en dat daarom een vroegere verdachte geen compensatie mag worden ontzegd omdat hij toch een beetje schuldig is.[616]

---

607 J. Dekker 1995, p. 751.
608 J. Spier NJV 1996, I, p. 293.
609 Die dat minder stellig afwees.
610 H. Ph.J.A.M. Hennekens 2001, p. 57.
611 N.J.M. Kwakman 2003, p. 178.
612 G.E. van Maanen 2002, p. 62.
613 G.E. van Maanen en R. de Lange 2005, p. 147. Over deze conclusie zie uitvoerig deel II van dit onderzoek.
614 F.B. Bakels 2006, p. 27 resp. p. 32-33.
615 J.B.M. Vranken bij HR 13 oktober 2006, NJ 2007, 432 sub 16, 18
616 S.A.M. Stolwijk 2007, p. 28.

4.6.4.2 Aan onschuld gerelateerde voorwaarden vereisen betere motivering strafrechter

Er wordt stelliger geuit dat de ontwikkelingen ten aanzien van voorwaarden voor schadevergoeding vereisen dat meer aandacht bestaat voor de rechterlijke motivering ter zake van een niet veroordeling.

Mevis (1992) legt vooral de nadruk op het feit dat door de constructie van de Hoge Raad de ex verdachte een wellicht onmogelijke bewijslast krijgt. Hoewel de rechter verplicht is ook een vrijsprekend vonnis te motiveren, moet men zich daarbij namelijk niet al te veel voorstellen. Wellicht dient ook dit onderdeel geregeld te worden in een nieuwe wettelijke regeling: '*Zo zou bv. kunnen worden vastgesteld dat de betrokken het recht heeft om met het oog op een eventuele schadevergoeding desnoods bij afzonderlijk verzoek uitdrukkelijk gemotiveerd te horen te krijgen waarom in zijn geval de toepassing van dwangmiddelen niet door (verdere) strafrechtelijke activiteiten vanwege de overheid is gevolgd*.'[617] Hieruit blijkt volgens Mevis temeer dat een nieuwe wettelijke regeling noodzakelijk is.

De Kok (1993) ziet het belang van een grondslag met name in de aanwijzingen die daarin gevonden kunnen worden voor de wijze waarop de vordering wordt afgewikkeld, voor zover de wetgever daarover geen uitspraak doet. De belangrijkste vragen daarbij zijn onder andere: hoe is de bewijslast verdeeld, welke regels van bewijs gelden? (strafvordering, civiele dagvaarding-of verzoekschriftenprocedure of bestuursrecht). Hij toetst de regeling van de artikelen 89-93 Sv aan deze (en andere) vragen en meent dat het antwoord op de vraag op wie de bewijslast van die billijkheidsgronden rust, daarom in de aard van de schadetoebrengende handeling en van de aansprakelijkheidsgrond gevonden zou moeten worden. De billijkheid verschaft daarover niet voldoende duidelijkheid.[618]

Damen (1994) is kritisch bij zijn bespreking van Hoge Raad 29 april 1994.[619] De Hoge Raad is strenger dan in de twee eerdere uitspraken uit 1990, want nu moet kort gezegd uit het strafdossier – de einduitspraak of anderszins- blijken dat de verdenking ten onrechte heeft bestaan, en een enkele vrijspraak is daartoe onvoldoende, want die is veelal niet nader gemotiveerd en dan blijkt onvoldoende dat de voormalige verdachte het feit niet heeft gepleegd. Damen bekritiseert dit en vraagt zich af of de Hoge Raad niet conform artikel 121 GW had moeten eisen dat dergelijke einduitspraken behoorlijk moeten worden gemotiveerd '*in plaats van op de gebrekkige motivering ervan een premie voor de Staat te zetten*.'[620]

Myjer (1994) bepleit (vanuit een ander belang overigens) dat de rechter aangeeft of sprake is van technische vrijspraak (tenlastelegging verkeerd delict of onrechtmatig verkregen bewijs) zodat dan bij de schadevergoedingsbeslissing met herhaling van de motivering kan worden gewezen op het ontbreken van gronden van billijkheid. Myjer meent namelijk dat het niet redelijk is, waar de verdachte als 'beloning' voor politiële of justitiële fouten vrijuit gaat, hem ook nog verder schadeloos te stellen.[621]

Hennekens (2001) vraagt zich ook af of de door hem besproken beschikkingen (die leidden tot Hoge Raad 12 juni 1998)[622] wel voldoende gemotiveerd waren, waarbij hij er overigens vanuit gaat dat in alle gevallen waarbij een verdachte niet meer als verdachte wordt aangemerkt,

617 P.A.M. Mevis 1992, p. 758.
618 H.G.F.M. de Kok 1993, p. 449.
619 HR 29 april 1994, RvdW 1994, 104.
620 L.J.A. Damen 1994, p. 681.
621 E. Myjer 1994, p. 139.
622 HR 12 juni 1998, NJ 1999, 99.

de verdachte voor onschuldig zou moeten worden gehouden. Zo bezien zijn dergelijke beschikkingen dan niet meer zo relevant.[623]

Ook Bakels (2006) vindt dat het onderscheid tussen eerste- en tweederangs vrijspraken (al dan niet gebleken onschuld) op gespannen voet staat met de onschuldpresumptie en tevens wijst hij op de feitelijke onmogelijkheid om gebleken onschuld te kunnen aantonen. Daarbij wijst hij – in verband met dossiervorming – op het feit dat in beginsel officier van justitie, rechter-commissaris en zittingsrechter verantwoordelijk zijn voor het oordeel of stukken van belang kunnen zijn hetzij in voor de verdachte belastende, hetzij in voor hem ontlastende zin, waarbij de verdediging hoogstens stukken kan aanbieden. Dat impliceert dat de verdediging als zij daarvan gebruik maakt primair dus zowel gericht moet zijn op een verdediging tegen de tenlastelegging als vooruit lopend op een eventuele schadevergoedingszaak.[624]

Vranken in zijn noot bij Hoge Raad 13 oktober 2006 (Begaclaim) begrijpt weliswaar dat de Hoge Raad in afwachting van wetswijziging vasthoudt aan zijn eerdere rechtspraak. Wel hoopt hij dat in het nieuwe wetsvoorstel '*het gebleken onschuldcriterium in de ban wordt gedaan*', ook vanwege de huidige standaardmotiveringen bij vrijspraak, waaruit niets blijkt over gebleken onschuld, en het feit dat het vereist dat de civiele rechter het gehele dossier zal moeten lezen om een oordeel te krijgen '*over iets dat in de strafrechtelijke dogmatiek niet bestaat en dat de strafrechter niet doet: de civiele rechter moet onderscheiden tussen twee soorten vrijspraak.*'[625]

4.6.4.3 Afwijzing schadevergoeding vanwege (rest) verdenking is niet strijdig met artikel 6 EVRM

(Rest)verdenking mag volgens de meeste van de auteurs wel een rol spelen bij de beslissing over schadevergoeding omdat dit geen risico lijkt op te leveren voor wat betreft artikel 6 lid 2 EVRM (op grond van interpretatie EVRM rechtspraak).

Van den Berg en Rozemond (1992) menen dat uit Lutz volgt dat een afwijzing van schadevergoeding niet zonder meer strijd hoeft op te leveren met 6 lid 2 EVRM. Het afwijzen van een vergoeding is geen sanctie is en een afwijzing op basis van de mate van verdenking hoeft geen strijdigheid op te leveren.[626] Toch concluderen schrijvers dat het niet in het structurele concept van het Nederlandse strafproces past om van het voortbestaan van een verdenking te spreken als de vervolging is beëindigd. Zij stellen dat het strafvorderlijke verdenkingbegrip betrekking heeft op de periode voorafgaand aan en tijdens de vervolging (art 27 lid 1 Sv) en daarna is het afgelopen. Vandaar dat de regeling van de artikelen 89-93 Sv ook spreekt van de gewezen verdachte.[627]

Rozemond (1993) lijkt daar enige tijd later enigszins op terug te komen als hij meent dat de risico's van schending van artikel 6 lid 2 EVRM door in schadevergoedingsprocedures te verwijzen naar schuld eenvoudig voorkomen kunnen worden door niet de (on)schuld van verdachte een rol te laten spelen, maar de mate van verdenking die jegens de ex-verdachte bestond of de mate waarin de gewezen verdachte zelf een verwijt valt te maken van de ontstane schade. Dat levert namelijk geen strijd met artikel 6 lid 2 EVRM op, ook volgend uit de EHRM

623 H. Ph.J.A.M. Hennekens 2001, p. 57.
624 F.B. Bakels 2006, p. 27 resp. p. 32-33 en noot 42 daar.
625 J.B.M. Vranken bij HR 13 oktober 2006, NJ 2007, 432 sub 16, 18.
626 H.A. van den Berg en K. Rozemond 1992, p. 60.
627 H.A. van den Berg en K. Rozemond 1992, p. 61.

uitspraak Lutz (overweging 62).[628] Van den Berg en Rozemond stellen in 1993 nog eens dat een afwijzing schadevergoeding die is gebaseerd op de mate van verdenking, niet in strijd is met 6 lid 2 (overweging 62 Lutz).[629]

De Kok (1993) stelt dat de verdenking niet hoeft te zijn weggenomen doordat de zaak eindigt zonder strafoplegging, omdat het strafgeding er niet op is gericht iemands onschuld vast te stellen, maar iemands schuld te bewijzen. Het voortbestaan van de verdenking is echter geen reden tot weigering van schadevergoeding, aldus De Kok, omdat de verdenking een begrip in de strafvordering is, dat is uitgeput zodra het strafgeding is beëindigd.[630] De Kok is tevens van mening dat de onschuldpresumptie zich verzet tegen het gebruik van de verdenking als bewijsmiddel. Hij interpreteert Lutz en Minelli zo dat zij aanwijzingen geven dat die presumptie door het gebruik van een verdenking buiten het strafproces geschonden wordt. Niettemin hanteren rechters verdenking wel als grond voor afwijzing schadevergoeding. De Kok meent[631] dat verdenking een doorbreking van het onschuldvermoeden is, hetgeen is toegestaan binnen de strenge grenzen van het strafgeding, maar niet daarbuiten.[632]

Myjer (1994) bespreekt de uitspraak van het EHRM inzake Sekanina[633] en concludeert, naar de Nederlandse situatie vertaald, dat je, in geval de zaak is blijven hangen bij de voorvragen, je tijdens een schadevergoedingsprocedure desnoods nog iets kunt zeggen over de mate van verdenking, maar als er een definitieve vrijspraak is gevallen, mag je je als rechter niet meer op de mate van verdenking beroepen.[634]

De Commissie Cremers (NVvR) daarentegen adviseert in 1994 tot aanpassing van wetgeving. Over de huidige situatie meent de commissie dat de motivering van een afwijzing geen bevestiging of vaststelling van (strafrechtelijke schuld of) verdenking mag inhouden.[635] Hennekens lijkt kritisch over de rechtspraak van de Hoge Raad vanwege het feit dat deze rechtspraak laat zien dat nog steeds sprake kan zijn van een verdenking jegens een buiten vervolging gestelde verdachte, terwijl de verdachte geen middelen ter beschikking staan om dat aan te vechten.[636]

---

628 K. Rozemond 1993, p. 131.

629 Mevis geeft volgens schrijvers een beperktere uitleg, namelijk dat de rechter ook mag vaststellen dat verdachte het feit wel heeft begaan, ondanks het ontbreken van een strafrechtelijke veroordeling, mits hij dit expliciet motiveert. Dan zou volgens Mevis namelijk ook voldaan zijn aan de voorwaarde dat schuld 'volgens de wet is bewezen'. Schrijvers bestrijden dit; de autonome betekenis van art. 6 EVRM beoogt slechts dat nationale stelsel niet doorslaggevend zijn voor de betekenis van het criminal charge-begrip in art. 6 EVRM, maar de bedoeling van een autonome uitleg van art. 6 lid 2 EVRM kan niet zijn dat burgers minder bescherming krijgen, H.A. van den Berg en K. Rozemond 1993, p. 26-27. Overigens zou volgens schrijvers een nieuwe vertaling van art. 6 wel weer in de richting kunnen komen van Mevis zijn uitleg: 'in rechte is komen vast te staan'. Deze nieuwe vertaling wekt de indruk dat voldoende is dat een rechterlijke uitspraak voldoende is, zonder dat inhoudelijke eisen gesteld mogen worden aan die uitspraak. Schrijvers menen echter dat uit Minelli en Lutz blijkt dat het EHRM een rechterlijke uitspraak ook inhoudelijk aan art. 6 lid 2 toetsen, idem, p. 27.

630 H.G.F.M. de Kok 1993, p. 450.

631 Anders dan J.H.F.J. Cremers 1989, zie de hiervoor beschreven periode.

632 H.G.F.M. de Kok 1993, p. 451.

633 EHRM 25 augustus 1993, NJ 1994, 1 met noot Knigge.

634 E. Myjer 1994, p. 134.

635 Commissie Cremers (NVvR) 1994, p. 4-5.

636 H. Ph.J.A.M. Hennekens 2001, p. 57.

4.6.4.4 Causale beperkende voorwaarde (vrijheidsbeneming) moet aangepast

Er lijkt inmiddels consensus dat ook sprake dient te zijn van vergoeding voor schade door andere dan vrijheidsbenemende dwangmiddelen.

Brunner bepleit uitbreiding voor schade ten gevolge van andere dwangmiddelen.[637] Doorenbos (1991) stelt een regeling voor in de geest van die van het nieuwe Wetboek van Strafvordering van de Nederlandse Antillen (artikel 176). Daar is geen beperking meer tot schade tengevolge van vrijheidsbenemende dwangmiddelen alleen, en dat is goed, meent Doorenbos, want de toenmalige beperking lijkt nogal arbitrair. Een dergelijke ruimhartige regeling maakt de civiele rechter op dit punt overbodig.[638]

De Pree (1992) concludeert dat het op korte termijn noodzakelijk is dat er een wettelijke bepaling komt voor schade tengevolge van rechtmatige toepassing van strafvorderlijke dwangmiddelen. Uitbreiding van de regeling van de artikelen 89-93 Sv tot schade tengevolge van alle rechtmatig toegepaste strafvorderlijke dwangmiddelen voor personen die achteraf niet veroordeeld worden is het meest eenvoudig. Daarnaast moet het mogelijk blijven bij de civiele rechter volledige schadevergoeding te vorderen.[639]

Van den Berg/Rozemond (1992) vinden de beperking tot twee dwangmiddelen niet meer te rechtvaardigen, zeker niet gezien de uitspraken van de Hoge Raad. Ook de Nationale Ombudsman heeft in deze periode een aanbeveling gedaan om via wetswijziging de regeling van de artikelen 89-93 Sv uit te breiden tot andere dwangmiddelen[640] omdat hij het niet vindt te rechtvaardigen dat de eenvoudige procedure van de regeling van de artikelen 89-93 Sv openstaat voor twee dwangmiddelen, terwijl burgers voor schade ten gevolge van andere dwangmiddelen de moeizame weg van de civiele rechtsgang moeten volgen.[641] Ook overschothechtenis moet volgens schrijvers in aanmerking komen.

Mevis (1992) meent ook dat inmiddels consensus bestaat over het feit dat de beperking van de regeling tot alleen vrijheidsbenemende dwangmiddelen moet worden opgeheven. De algemene regeling van het ontwerp WvSv voor de Antillen zou als voorbeeld kunnen dienen. Dan moet wel verondersteld worden dat de civiele rechter een zodanige algemene regeling beschouwt als met voldoende waarborgen omkleed, om te voorkomen dat er een restrol voor de civiele rechter overblijft.[642]

Ook De Kok (1993) lijkt van mening dat er geen legitieme reden is om anders om te gaan met schade tengevolge aantasting van het recht op vrijheid ten opzichte van schade tengevolge van aantasting van privacy of eigendom.[643]

De Commissie Cremers (NVvR) adviseert in 1994 tot aanpassing van wetgeving door middel van een regeling waar de mogelijkheid tot schadevergoeding wordt uitgebreid tot alle schade als gevolg van strafvorderlijk optreden en ook voor een vrijheidsbeneming die langer heeft geduurd dan de uiteindelijke opgelegde straf.[644]

Spier (1996) benadrukt dat ook voor de overschothechtenis (hechtenis langer dan opgelegde gevangenisstraf) sprake moet zijn van vergoeding,[645] daarin tijdens de vergadering van de

---

637 C.J.H. Brunner, annotatie bij HR 26 januari 1990, NJ 1990, 794, punt 5.
638 D.R. Doorenbos 1991, p. 463-464.
639 J.K. de Pree 1992, p. 11.
640 Herzien rapport van 26 juni 1991, NO 91/R282.
641 H.A. van den Berg en K. Rozemond 1992, p. 62 en idem 1993, p. 30.
642 P.A.M. Mevis 1992, p. 757.
643 H.G.F.M. de Kok 1993, p. 435 en 438.
644 Commissie Cremers (NVvR) 1994, p. 4-5.
645 J. Spier 1996, p. 293-294.

NJV in 1996 gesteund door Van der Horst die ook pleit voor uitbreiding tot schade voor andere dwangmiddelen, zoals aanhouding, ophouding voor verhoor, fouillering, huiszoeking, inbeslagneming, telefoontap.[646]

Ook Brouns (1996) bepleit een regeling voor alle dwangmiddelen, niet alleen omdat de huidige regeling (artikelen 89-93 Sv) historisch verklaarbaar beperkt was en inmiddels dat perspectief is verschoven, maar ook omdat de aantasting van grondrechten de overheersende overeenkomst tussen de verschillende dwangmiddelen is geworden.[647]

Van Maanen (2002) bepleit schadevergoeding voor strafvorderlijke bevoegdheden indien geen veroordeling volgt en noemt in dat geval specifiek huiszoeking, aanhouding en voorlopige hechtenis.[648] Kwakman (2003) gaat ervan uit dat een nieuwe regeling ziet op alle schade in verband met rechtmatig strafvorderlijk handelen.[649] Van Maanen/De Lange (2005) hebben het over schade in verband met rechtmatige dwangmiddelen en zien daarvoor – in geval van geen veroordeling – het risico bij de overheid liggen.[650] Ook annotator Vranken bij de uitspraak inzake de Begaclaim (2006) gaat er (met de Hoge Raad in die uitspraak) vanuit dat de enkele verdenking en vervolging even zwaar kunnen vallen als de toepassing van strafvorderlijke dwangmiddelen.[651]

4.6.5 Toelichting op conclusies literatuur over aspecten van omvang

4.6.5.1 Processuele schuld is reden tot vermindering van schadevergoeding

Nog steeds wordt algemeen gesteld dat processuele schuld een belemmering is, hoewel inmiddels meer de teneur is dat het een reden kan zijn tot vermindering van een toe te kennen vergoeding.[652]

Doorenbos (1991) stelt een alternatieve regeling voor in de geest van die van het nieuwe Wetboek van Strafvordering van de Nederlandse Antillen (art 176), waarbij voor wat betreft de hoogte van de vergoeding in het bijzonder rekening kan worden gehouden met de mate waarin gelaedeerde de toepassing van het dwangmiddel aan zichzelf te wijten heeft.[653] Ook De Pree (1992) acht het echter niet in strijd met de onschuldpresumptie dat de rechter oordeelt dat de verdachte zelf schuld had aan de ondergane dwangmaatregel [processuele schuld, MD] omdat hiermee slechts gezegd wordt dat de verdachte het aan zijn eigen gedragingen heeft te danken dat hij verdacht werd en niets over zijn eventuele schuld aan het strafbaar feit.[654]

Van den Berg/Rozemond (1992) stellen dat de verdenking een rol kan spelen, met name bij de vaststelling van de hoogte van de vergoeding, bijv. bij een ernstige verdenking of een aan zichzelf te wijten verdenking (zodat een deel van de schade aan hemzelf is toe te rekenen,

646 Handelingen NJV 1996 II, p. 44-47.
647 P.J.H.M. Brouns 1996, p. 221-222.
648 G.E. van Maanen 2002, p. 69.
649 N.J.M. Kwakman 2003, bijv. p. 416. Hij hanteert overigens geen nadere definitie.
650 G.E. van Maanen en R. de Lange 2005, p. 151.
651 HR 13 oktober 2006, NJ 2007, 432, sub 10.
652 Inmiddels lijkt men dit punt vooral te beschouwen als reden voor vermindering van schadevergoeding. Daarom bespreek ik het thans bij omvang en niet meer bij voorwaarden.
653 D.R. Doorenbos 1991, p. 463.
654 J.K. de Pree 1992, p. 9.

conform artikel 6:101 BW).[655] Van den Berg en Rozemond reageren op een stelling van Mevis (1992) waar deze uitlegt dat de toepassing van dwangmiddelen niet alleen anticipeert op een eventuele strafvervolging[656] maar ook gericht kan zijn op het vergaren van informatie om de OvJ in staat te stellen te beslissen over verdere vervolging en ten slotte een zelfstandige werking heeft (bijv. voorlopige hechtenis kan worden toegepast omdat de rechtsorde ernstig is geschokt) en zij geven aan dat ook deze factoren voor risico van de staat zijn wanneer blijkt dat verdachte niet kan worden veroordeeld, tenzij echter de verdachte een verwijt valt te maken van het feit dat de OvJ informatie wilde inwinnen of de rechtsorde ernstig geschokt was.[657]

Rozemond (1993) stelt dat risico's van schending van artikel 6 lid 2 EVRM eenvoudig voorkomen kunnen worden door niet de (on)schuld van verdachte een rol te laten spelen, maar de mate van verdenking die jegens de ex verdachte bestond of de mate waarin de gewezen verdachte zelf een verwijt valt te maken van de ontstane schade.[658] Hij herhaalt zijn eerder uitgangspunt (Van den Berg/Rozemond 1992) en stelt: '*Wanneer de vervolging niet in een veroordeling eindigt, is het doel van het strafvorderlijk optreden niet bereikt en kan dit optreden daarom achteraf als ongefundeerd worden beschouwd (…) Vervolgens kan op basis van artikel 6:101 BW de mate van verdenking worden verdisconteerd, net zoals dit in artikel 89 Sv-procedures op basis van artikel 90 lid 1 Sv gebeurt. Dit kan ertoe leiden dat de schadevergoedingsplicht van de staat geheel komt te vervallen wanneer de verdenking zeer ernstig was of de gewezen verdachte de vervolging aan zichzelf te wijten had.*'[659]

Van den Berg en Rozemond (1993) menen dat onderzoek naar de mate van verdenking en in welke mate de gewezen verdachte de verdenking aan zichzelf te wijten had wel een rol mag spelen bij de beslissing over schadevergoeding, bijvoorbeeld in geval van afgegeven tegenstrijdige of valse verklaringen of in geval iemand zich bewust heeft blootgesteld aan het risico van vervolging door zich in criminele kringen te begeven.[660]

Mevis (1993) reageert hierop voor wat betreft het afleggen van valse verklaringen; dat leidt ertoe dat de civiele rechter een schadevergoeding zou matigen omdat de gewezen verdachte heeft bekend? Misschien heeft hij wel bekend omdat hij het strafbaar feit ook heeft begaan. Zo wordt de betrokkenheid van de gewezen verdachte bij het strafproces in de redenering van Van den Berg/Rozemond via de achterdeur (bij vermindering van een aanspraak op vergoeding) toch betrokken bij de schadevergoedingsprocedure, wat Van den Berg/Rozemond nu juist wilden voorkomen, aldus Mevis.[661]

De Kok (1993) verwijst naar het Franse systeem waar een onderscheid wordt gemaakt tussen 'innocence manifeste' (bijv. bij veroordeling van iemand anders voor hetzelfde feit) en 'innocence simple'. Bij 'innocence manifeste' is er steeds een vergoeding, ook al heeft de betrokkene de hechtenis aan zichzelf te wijten, bij 'innocence simple' wordt eerst meer onderzocht.[662] Myjer

---

655 H.A. van den Berg en K. Rozemond 1992, p. 61.

656 Zoals Van den Berg en Rozemond stelden, zie hiervoor.

657 H.A. van den Berg en K. Rozemond 1993, p. 30.

658 Ook omdat dat volgens Rozemond geen strijd met art. 6 lid 2 EVRM oplevert, hetgeen volgt uit Lutz (overweging 62), aldus K. Rozemond 1993, p. 131.

659 K. Rozemond 1993, p. 132.

660 Zij verwijzen naar de MvT (p. 89) bij het ontwerp Antilliaanse WvSv art. 176 lid 5: genoemd worden als gronden om schadevergoeding te weigeren: het verzwijgen van gegevens, het afleggen van tegenstrijdige verklaringen en de omstandigheid dat de betrokken persoon 'een strafbaar feit nabij kwam, hoewel hij daarvoor geen voldoende verklaring kon geven', H.A. van den Berg en K. Rozemond 1993, p. 28, noot 10.

661 Mevis meent daarbij dat het een illusie is dat de betrokkenheid van de gewezen verdachte bij het strafproces geen rol zal spelen, in ieder geval zal het wel een rol zal spelen bij de beraadslaging en daarom is Mevis voorstander van transparantie zodat discussie mogelijk is tussen de gewezen verdachte en rechter, P.A.M. Mevis 1993, p. 35.

662 H.G.F.M. de Kok 1993, p. 439.

(1994) bespreekt de uitspraak van het EHRM Sekanina (EHRM 25 augustus 1993)[663] en stelt dat het geen probleem is om (ook na vrijspraak) schadevergoeding te weigeren indien het aan de verdachte zelf te wijten is dat de voorlopige hechtenis voortduurde of wanneer er specifieke feiten of omstandigheden bestaan op grond waarvan de voorlopige hechtenis voor zijn risico dient te komen.[664] De Commissie Cremers (NVvR) adviseert in 1994 tot aanpassing van wetgeving door middel van een regeling waar ondermeer het billijkheidscriterium van artikel 90 lid 2 Sv wordt vervangen door een recht op volledige schadevergoeding, '*tenzij de schade redelijkerwijs geheel of gedeeltelijk voor rekening van de verzoeker dient te blijven. Dit kan het geval zijn wanneer de schade mede is te wijten aan een fout van de verzoeker of aan hem toe te rekenen omstandigheden, en indien de ernst van die fout of van die omstandigheden daartoe aanleiding geeft.*'[665] Over de huidige situatie meent de Commissie dat redenen tot afwijzing of vermindering van schadevergoeding kunnen zijn: '*a) omstandigheden die een betrokkenheid van verzoeker betekenen bij het aan de hechtenis ten grondslag liggende feitencomplex dat leidde tot een strafrechtelijk verwijt en aan verzoeker zijn te wijten of toe te rekenen (causaliteit en billijkheidscorrectie van artikel 6:101 BW); b) de proceshouding van de verdachte tijdens zijn detentie. Heeft hij bijvoorbeeld gezwegen waar het verstrekken van informatie van hem verlangd mocht worden.*'[666]

Spier (1996) merkt ook op dat er schadevergoeding moet zijn tenzij het aan benadeelde zelf te verwijten valt dat de verdenking is gerezen.[667]

Genuanceerder zijn Roef/De Roos (1996), omdat zij proceshouding als maat voor beperking van schadevergoeding in beginsel onjuist vinden, ook als sprake is van 'het verkopen van leugens' tenzij volstrekt evident is dat willens en wetens zonder enige noodzaak de voortgang van het proces is vertraagd, maar die vaststelling vergt eigenlijk dat het gehele onderzoek zou moeten worden overgedaan, '*want een grondige evaluatie van het waarom en hoe van een procesgang en keuzen van proceshouding is vereist alvorens men tot het oordeel van 'pure dwarsliggerij' zou kunnen komen. Om die reden heeft het hun voorkeur om in beginsel te abstraheren van de processuele opstelling van de verdachte,*[668] *want 'wanneer de verdachte, die in het strafproces per definitie onder zware druk staat, het onderzoek* obstrueert *doet hij dat zelden puur ter wille van de obstructie.*'[669]

Brouns (1996) daarentegen stelt dat van iedere persoon verwacht mag worden dat hij zijn bijdrage levert en dat nadeel dat is geleden door '*wettig, zorgvuldig en niet disproportioneel optreden van politie en justitie (…) een normaal maatschappelijk risico is dat elke persoon – binnen redelijke grenzen – heeft te dragen. De persoon die een dergelijk optreden naar zich toetrekt of doet voortduren door verwijtbaar handelen of nalaten vergroot het aandeel van het nadeel dat voor zijn rekening behoort te komen.*'[670]

Kwakman (2003) noemt ook het belang van maatstaven, om te kunnen beoordelen wanneer sprake is van een onbalans tussen doel en middel. Hij hanteert een twee stappen afweging. De concrete toets (tweede stap) gaat daarbij over de vraag in hoeverre de (inmiddels vastgesteld) minst belastende en op zichzelf toelaatbare handeling op concreet niveau leidt tot onevenredigheid tussen doel en middel: ofwel welke met de toelaatbare handeling gepaard gaande schade dient te worden geduld. Deze laatste (in concreto) maatstaven zijn gebaseerd op veel uiteenlopende beginselen, maar ook op politieke afwegingen, zoals: de mate van eigen schuld van de gedupeerde, vertrouwensbeginsel, rechtszekerheid, rechtsgelijkheid, draagkracht, financiële armslag van de overheid, of: bijv. de opvatting dat bagatelschade voor rekening van de gedu-

663 EHRM 25 augustus 1993, NJ 1994, 1 met noot Knigge.
664 E. Myjer 1994, p. 138.
665 Commissie Cremers (NVvR) 1994, p. 5.
666 Commissie Cremers (NVvR) 1994, p. 4.
667 J. Spier 1996, p. 291.
668 D. Roef en Th. de Roos 1996, p. 250, 251.
669 D. Roef en Th. De Roos 1996, p. 257, 258.
670 P.J.H.M. Brouns 1996, p. 226.

peerde moet blijven.[671] Als andere maatstaf noemt hij nog de mate waarin iemand aantoonbaar nadeel over zichzelf heeft afgeroepen. Indien een dwangmiddel is toegepast, zal in zijn optiek de verdachte meer nadeel hebben te dulden indien zijn schuld is bewezen dan indien het niet tot veroordeling is gekomen.[672] Maar ook dan kan het aan hemzelf te wijten zijn dat hij de schade zelf voor lief zal moeten nemen.[673]

Van Maanen/De lange (2005) stellen ook dat eigen schuld kan worden tegengeworpen aal het ontstaan van (een deel) van de schade, maar menen dat dit maar in een beperkt aantal gevallen van voorlopige hechtenis het geval zal zijn.[674]

Ook Groenhuijsen (2008) gaat ervan uit dat denkbaar is dat iemand het nadeelveroorzakende handelen over zichzelf heeft afgeroepen, zodat de schade in zijn eigen risicosfeer valt.[675]

4.6.5.2 Tempus modicum?

Brouns en Kwakman gaan expliciet in op de kwestie in hoeverre van de burger verwacht mag worden dat hij een deel van de schade zelf moet dragen.

Brouns (1996) stelt dat van iedere persoon verwacht mag worden dat hij zijn bijdrage levert en dat nadeel dat is geleden door '*wettig, zorgvuldig en niet disproportioneel optreden van politie en justitie (…) een normaal maatschappelijk risico is dat elke persoon – binnen redelijke grenzen – heeft te dragen.*'[676]

Ook Kwakman (2003) is die mening toegedaan en vindt dat alleen plaats is voor compensatie voor zover het nadeel substantieel groter is dan het nadeel dat elke burger geacht wordt te dulden in een vergelijkbare situaties. Daaraan kan invulling worden gegeven via diverse uitgangspunten, zoals bijv. alleen schadevergoeding bij huiszoeking indien deze gepaard ging met substantiële materiële schade, dus daargelaten de bagatelschade als een zelf te repareren deurkruk.[677] Kwakman gaat dan in op de belangenafweging door de rechter: het gaat om belangen van particulieren en belangen van de schatkist. Er moet geen verlamming van het systeem ontstaan doordat elke rechtmatige uitoefening van bevoegdheden automatisch tot financiële verplichtingen moet leiden.[678] Er mag geen claimcultuur ontstaan, maar er moet een stelsel ontstaat dat past in een verzorgingsstaat; dat impliceert echter ook begrenzing, aldus Kwakman.[679] Daarbij kunnen criteria, ontleend aan het bestuursrecht, ook van betekenis zijn voor de strafprocesrechtelijke context: zoals causaliteit, actieve, passieve risicoaanvaarding, bagatelschade, was schade te voorkomen door schadebeperkende maatregelen enz.[680]

---

671 N.J.M. Kwakman 2003, p. 362.
672 De huidige praktijk lijkt voor wat betreft voorlopige hechtenis andersom: indien men is veroordeeld, is sprake van toerekening van de ondergane voorlopige hechtenis, indien men niet is veroordeeld, kan op billijkheidsgronden schade worden vergoed, wat ook veelal leidt tot geen vergoeding.
673 N.J.M. Kwakman 2003, p. 367, 422.
674 G.E. van Maanen en R. de Lange 2005, p. 147.
675 M.S. Groenhuijsen 2008, p. 20.
676 P.J.H.M. Brouns 1996, p. 226.
677 N.J.M. Kwakman 2003, p. 367.
678 N.J.M. Kwakman 2003, p. 419.
679 N.J.M. Kwakman 2003, p. 420.
680 N.J.M. Kwakman 2003, p. 421.

4.7 SAMENVATTING

De literatuuranalyse geeft een beeld vanuit zeer gevarieerde invalshoeken, toch komen er enkele speerpunten naar voren. In het algemeen blijkt dat de inmiddels bereikte stand van zaken (maar ook de voorgeschiedenis) niet gesteund wordt. De aandachtspunten in de literatuur blijken (en wellicht is dat logisch) dezelfde te zijn waar eerder de parlementaire discussie zich op richtte. De meningen zijn op sommige punten verdeeld, maar inmiddels tekent zich wel een trend af, met name voor wat betreft de ideeën over de grondslag van een meer ideale regeling en de mogelijkheden tot beperking van schadevergoeding. Ook blijkt duidelijk dat veel auteurs moeite hebben met de kwestie waar de rechter ook over lijkt te struikelen (namelijk de rol van de vermoedelijk resterende 'schuld'). Wat moet men nu aan met een niet schuldig bevonden gewezen verdachte waarover – kort gezegd – twijfels blijven bestaan. Sommigen redeneren vanuit de strafrechtelijk juridische dogmatiek (rol en functie van bijv. verdenking, rechtvaardigingsgrond e.d.), anderen zoeken naar een overkoepelende benadering in de zin dat zij de kwestie schadeveroorzakend doch legitiem (strafvorderlijk) overheidshandelen in brede zin benaderen. Samenvattend komt uit de literatuuranalyse het volgende beeld naar voren: in de periode voorafgaand aan de totstandkoming van de wettelijke regeling is er in de 19e eeuw weinig twijfel over het bestaan van 'een' grondslag voor een wettelijke regeling. Hierover bestaat in de 20e eeuw bijna geen twijfel meer (hier tot 1925). In de 19e eeuw is de focus met name gericht op grondslagen gerelateerd aan onrechtmatigheid of achteraf ongerechtvaardigde toepassing van preventieve hechtenis of dwaling. In de 19e en 20e eeuw (hier tot 1925) breidt die focus zich in toenemende mate uit naar een 'zelfstandige' grondslag (billijkheid, gelijke lastenverdeling) voor rechtmatig beoordeeld overheidsoptreden, met name onder invloed van buitenlandse wetenschappelijk auteurs. De meningen lopen daarbij veel uiteen voor wat betreft de vraag of sprake moet zijn van een rechtsgrond of een billijkheidsgrond voor wat betreft schadevergoeding. De meeste aandacht gaat echter niet eens zozeer uit naar die grondslagkwestie, maar naar de voorwaarden waaronder men schadevergoeding mogelijk wil maken met als kerntwistpunt: 'juridisch niet bewezen schuld is voldoende' versus 'gebleken onschuld is vereist'. Velen zijn van mening dat eigen 'processuele' schuld aan de toepassing van de voorlopige hechtenis in de weg staat aan schadevergoeding, met name onder invloed van buitenlandse wetenschappelijk auteurs. In het begin ligt daarbij veel nadruk op vergoeding van materiële schade, maar vervolgens ontstaat steeds meer aandacht voor morele schade. Slechts een enkeling bespreekt vergoeding na niet veroordeling voor andere dan vrijheidsbenemende schade, het merendeel richt zich echter op schadevergoeding voor ondergane preventieve hechtenis. Men gaat er over het algemeen vanuit dat de hoogte en maatstaf bepaald (moeten) worden ex aequo et bono of via een forfaitair bedrag. Ook wordt bepleit dat de beklaagde een klein deel van de schade zelf kan dragen (tempus modicum).

In de periode na de totstandkoming van de wettelijke regeling van de artikelen 89-93 Sv tot aan de wetswijzigingen die daarop in 1975 werden doorgevoerd was er veel kritiek op de gekozen grondslag. De voorkeur voor een rechtsgrond boven een vergoeding op basis van billijkheid prevaleerde. Er is discussie of het nu over een beoordeling over een fout van de overheid gaat of niet. De geïsoleerde ontwikkeling van dit schadevergoedingstraject wordt door Tak aan de orde gesteld, met name vanuit zijn analyse dat er een trend is een recht op schadevergoeding te erkennen bij legitiem schadeveroorzakend overheidshandelen. Er wordt vooral kritisch gekeken naar gehanteerde voorwaarden, onder andere die voorwaarden die samenhangen met (on)schuld, en er wordt al voorzichtig getoetst aan artikel 6 lid 2 EVRM. Daarbij is er expliciet aandacht voor bewijsregels en motivering. En ten slotte wordt ook in deze periode 'unaniem' gemeend dat processuele schuld aan de toepassing van voorlopige hechtenis in de weg staat aan schadevergoeding. Er komt steeds meer aandacht voor immateriële schade en schade door andere dan vrijheidsbenemende dwangmiddelen.

De trend zet zich ook na 1975 door in die zin dat de auteurs die specifiek schrijven over schade tengevolge van strafvorderlijk overheidsoptreden zich kritisch opstellen over de billijkheidsgrondslag. Zo is er veel aandacht over de vraag of de billijkheidsgrondslag van artikel 89 Sv zich verhoudt met het recht op vergoeding volgend uit artikel 5 EVRM/relatie met artikel 6 lid 1 EVRM (civil right). Ook ontstaat er – vermoedelijk wel onder invloed van de ontwikkelingen op het terrein van het schadevergoedingsrecht voor legitiem bestuursrechtelijk overheidshandelen – een voorkeur voor schadevergoeding op basis van onevenredige hardheid. Borsboom bepleit beëindiging van de geïsoleerde ontwikkeling ten opzichte van rechtmatige overheidsdaad en dus recht op schadevergoeding. Er is kritiek op toetsing ex nunc. Er wordt weer aandacht gegeven aan de financiële kant van het regelen van schadevergoeding. Opvallend is dat er sprake is van toenemende steun om schadevergoeding onafhankelijk te maken van al dan niet gebleken onschuld (derhalve ongeacht gebleken onschuld, soms ongeacht soort einde van de zaak zonder strafoplegging, en enkeling bepleit ongeacht einde strafzaak). Wellicht hangt dit samen met de toenemende aandacht om de regeling van de artikelen 89-93 Sv te toetsen aan artikel 6 lid 2 EVRM. Nog steeds wordt gemeend dat processuele schuld in de weg staat aan vergoeding. Diegenen die zich uiten over bewijslast/bewijsregels menen dat dit zoveel mogelijk cf. vermogensrechtelijke regels dient te verlopen. De trend zet zich door dat er steeds meer voorstanders zijn voor vergoeding van schade anders dan door vrijheidsbenemende dwangmiddelen alleen. Ook is er nog steeds voldoende aandacht voor aspecten van omvang (billijkheidsmaatstaf, forfaitair of niet).

Na de uitspraken van de civiele rechter in de jaren '90, op grond waarvan ook via die weg schadevergoeding voor strafvorderlijke schade verhaald kan worden, op grond van een speciale redenering voor dit specifieke terrein, is het begrijpelijk dat daarover veel reacties in de literatuur komen. Met name

zijn er veel kritische reacties op de systematiek van civielrechtelijke toetsing ex nunc, waarbij achteraf onrechtmatigheid wordt vastgesteld. De kritiek richt zich daarbij met name op de door de Hoge Raad gekozen rechtvaardigingsgrond, de interpretatie daarvan in het licht van de schadevergoedingsdogmatiek over schade tengevolge van ab initio rechtmatig overheidshandelen. Verder komt vanuit strafrechtelijke optiek kritiek op de systematiek en de invulling van de achteraf ongefundeerde rechtvaardigingsgrond: velen gaan erop in of dat betekent dat bij geen bewezenverklaring of bij geen veroordeling sprake dient te zijn van een recht op vergoeding, hetzij omdat dat sprake is van onrechtmatigheid, hetzij vanwege de risicoverdeling tussen overheid en burger. Sommigen menen dat de gekozen rechtvaardigingsgrond blijk geeft van een onjuiste juridische redenering. Ook wordt nu interessant de verhouding tussen de regeling van de artikelen 89-93 Sv en de procedure in civilibus. Er is verschil van mening in hoeverre de ontstane discrepantie in onrechtmatigheidcriteria van de 89 Sv-procedure en de civiele procedure onwenselijk is. De meesten achten de regeling van de artikelen 89-93 Sv overbodig geworden. Ook wordt zorg geuit over de geïsoleerde ontwikkeling op dit terrein ten opzichte van het terrein van het schadevergoedingsrecht voor schade tengevolge van bestuurlijk overheidshandelen. In meer algemene zin is er ook in dit tijdvak nog steeds verschil van mening over de kwestie of sprake moet zijn van rechtsgrond of billijkheidsgrond, met toenemende steun voor risicoaansprakelijkheid, waarbij dit soms wordt geargumenteerd op basis van de constructie van de Hoge Raad. Ook de financiële kant van de kwestie wordt wederom voor het voetlicht gebracht. Er is toenemende steun voor het benadrukken van de rol van de overheid in plaats van de rol van de gelaedeerde als criterium bij vaststellen schadeplichtigheid/toets aan abbb. Velen bespreken de aansprakelijkheid via de constructie van de Nationale Ombudsman voor onrechtmatigheid via abbb (gelijkheidsbeginsel). Velen spreken hun voorkeur uit voor een constructie via rechtmatige daad, al dan niet op de grondslag van het égalitébeginsel. Voor wat betreft de rol van de gelaedeerde menen de meeste auteurs dat de civiele onrechtmatigheid via de gekozen weg van de Hoge Raad onafhankelijk dient te zijn van gebleken onschuld van de betrokkene, veelal vanwege mogelijke strijd met artikel 6 lid 2 EVRM of onmogelijke bewijspositie. Verdenking mag wel een rol spelen want dit levert geen risico op voor wat betreft artikel 6 lid 2 EVRM (op grond van interpretatie EVRM rechtspraak). Er wordt stelliger geuit dat de ontwikkelingen ten aanzien van voorwaarden voor schadevergoeding vereisen dat meer aandacht bestaat voor de rechterlijke motivering ter zake van een niet veroordeling, en enkelen spreken zich uit over de toepassing van artikel 6 lid 1 EVRM.

Nog steeds wordt algemeen gesteld dat processuele schuld in de weg staat aan (volledige) vergoeding. Er lijkt inmiddels consensus te bestaan dat ook sprake dient te zijn van vergoeding voor schade voor andere dan vrijheidsbenemende dwangmiddelen. Sommigen zien wel wat in enige mogelijkheid tot

beperking, als dan niet expliciet ingegeven door overwegingen ter zake van de Staatskas.

Opmerkelijk is dat velen een voorzet doen voor een andere oplossing, te weten een algemene schadevergoedingsregeling voor ab initio strafvorderlijk overheidsoptreden. De meesten achten de kwestie rechtmatig doch achteraf onrechtmatig onzuiver, en bepleiten een schadevergoedingsregeling gelinkt aan rechtmatige daad, waarbij veelal wordt uitgegaan van een recht in de zin van een aanspraak op vergoeding. Soms is dit gebaseerd op de gedachte dat de overheid het risico moet dragen van gevaarzettend handelen, indachtig de afhankelijke positie van de burger, de meesten neigen naar een grondslag gebaseerd op het égalité-beginsel en een enkeling houdt vast aan een andere variant van evenredigheid. Toch zoekt men ook naar wegen om de mogelijkheid tot vergoeding (na elke strafzaak die niet is geëindigd in een veroordeling) te beperken (gaandeweg steeds vaker via processuele schuld (aan totstandkoming van de verdenking) en proceshouding (bijv. onnodig lang zwijgen).

5 Bevindingen over de grondslag, voorwaarden en omvang ter zake van schadevergoeding voor de gewezen verdachte bij legitiem strafvorderlijk handelen, als opmaat voor een beoordeling en een toekomstig perspectief

5.1 INLEIDING

Met dit hoofdstuk wordt het eerste deel van dit onderzoek afgesloten. Op basis van de afzonderlijke bevindingen uit de voorgaande hoofdstukken wordt hier een samenhangend overzicht gegeven. Dat betekent dat alle bevindingen uit hoofdstuk 1, de wetgeving, hoofdstuk 2, de rechtspraak op de voet van de regeling van de artikelen 89-93 Sv, hoofdstuk 3, de civiele onrechtmatige daad rechtspraak en hoofdstuk 4, de literatuur, hier gegroepeerd bijeen zijn gebracht. Daarmee wordt op hoofdlijnen in een keer overzichtelijk hoe in de loop der tijd rechtspolitiek gedacht werd over grondslag, voorwaarden[1] en omvang van vergoeding van schade tengevolge van strafvorderlijke dwangmiddelen/ overheidshandelingen, hoe dat tot uitdrukking kwam in wetgeving (en welke aanpassingen daarop kwamen), hoe dat in de loop der tijd geïmplementeerd werd in de rechtspraktijk door de rechter – inclusief de invulling door de civiele restrechter – en welke aandacht daaraan werd gegeven in de wetenschappelijke literatuur. Dat overzicht zal inzicht geven in de op dit terrein significante (rechtspolitieke en juridische) kwesties en het weerspiegelt de tijdgeest.

Daarmee vervult dit hoofdstuk een scharnierfunctie naar deel II, waar in twee hoofdstukken verder zal worden gewerkt met deze bevindingen. Ten eerste zullen de duidelijk significant naar voren gekomen aspecten worden getoetst binnen een juridisch kader (aan enkele juridische en rechtsstatelijke uitgangspunten, hoofdstuk 6). Op basis van die uitkomst en indachtig de

---

1 De kwestie of een (eventuele) schadevergoedingsregeling al of niet beperkt zou moeten blijven tot schade tengevolge van vrijheidsbenemende dwangmiddelen alleen, is hier opgenomen bij het thema 'voorwaarden' vanwege de aansluiting bij het jurisprudentie onderzoek (de invulling van de materiële causaliteitsvoorwaarde, zie hoofdstuk 2 § 2.3.3). Er is om die reden niet voor gekozen het aan de orde te laten komen bij het thema 'omvang'. Processuele schuld is een kwestie die in het begin van de discussie wordt gezien als een factor die schadevergoeding in de weg lijkt te staan, later wordt het meer beschouwd als factor die kan leiden tot vermindering van schadevergoeding. Om die reden wordt dat thema in de laatste periode besproken bij omvang en in de periodes daarvoor bij voorwaarden.

huidige tijdgeest wordt tot slot in het laatste hoofdstuk van deel II vooruit gekeken en wordt een toekomstig perspectief voorgelegd voor wat betreft grondslag, voorwaarden en aspecten van omvang voor wat betreft vergoeding van schade aan de gewezen verdachte in verband met legitiem strafvorderlijk overheidshandelen (hoofdstuk 7). Vanuit dat perspectief zal aldaar ook het ontwerpwetsvoorstel Schadecompensatie (2007) worden bezien.

5.2 Bevindingen over de grondslag voor vergoeding: billijkheid en/of exclusieve civiele onrechtmatigheid, geen égalité-beginsel

5.2.1 De wetgever koos voor billijkheid (regeling van de artikelen 89-93 Sv)

In 1926 komt een wettelijke schadevergoedingsregeling tot stand voor schade tengevolge van vrijheidsbenemende dwangmiddelen, om reden van '*eene verzoening tusschen de belangen der strafvordering en de belangen van het individu...*'. (wetsvoorstel 1913/1914, wet 1926).

Een belangenafweging lijkt hier derhalve de doorslag te geven om een mogelijkheid tot lastenverdeling te creëren. De aanleiding tot het creëren van een wettelijke regeling (bestaansrecht) ligt echter ook in de eerder aangenomen toerekeningregeling. Argumenten voor en tegen het bestaansrecht van een wettelijke regeling zijn gekoppeld aan veronderstellingen over de te verwachten (nadelige) gevolgen voor de betrokkene, gevolgen voor het strafproces, en voor de Staatskas.

Bijna honderd jaar nadat voor het eerst in parlementaire context de vraag werd gesteld (1827) of een vrijgesprokene schade moest kunnen verlangen van de Staat, wordt echter politiek niet meer getwijfeld over de vraag naar het bestaansrecht van een wettelijke regeling die op enigerlei wijze de schadevergoeding regelt voor schade tengevolge van het strafproces.

Voor wat betreft de vervolgvraag op welke grondslag binnen die regeling men meende dat een gewezen verdachte in aanmerking zou kunnen komen voor vergoeding van geleden schade, valt op dat de dominante teneur in de politieke discussie is dat men de gedachte van een recht op schadevergoeding bij in beginsel een rechtmatig handelende strafvorderlijke overheid niet kan steunen. Men leunt sterk op de gedachte dat alleen bij onrechtmatig handelen sprake kan zijn van een recht op vergoeding. Nog los van het verschil van opvatting over de kwestie of onrechtmatigheid ook zou kunnen ontstaan ex post, lijkt men over het algemeen te zoeken naar een niet verplichtende mogelijkheid om de schade die ontstaat in bepaalde (en zeker niet in alle) gevallen van niet-veroordeling voor rekening van de overheid te laten komen. Vooral aspecten van (rest)schuld spelen daarbij een rol.

Om die reden lijkt de billijkheid als grondslag voor een mogelijke vergoeding een 'veilige' oplossing te bieden, aangezien hiermee duidelijk is dat geen sprake is van een recht op vergoeding (want er is geen onrechtmatigheid) en

waarbij het aan de rechter wordt overgelaten al naar gelang de omstandigheden tot een dergelijke vergoeding te besluiten, van geval tot geval derhalve. Ook bij latere politieke discussies (1974/1975 en 1993/1994) wordt niet van het standpunt afgeweken dat het een vergoeding op billijkheidsgronden blijft, in reactie op argumenten waarbij een recht op vergoeding wordt verdedigd op basis van een veronderstelde normering door het EVRM (artikelen 5 lid 5, 6 lid 2). Aanpassing van de regeling wordt niet nodig geacht omdat geen strijdigheid met deze bepalingen en uitgangspunten (zoals onschuldpresumptie) wordt gezien. Wel kenmerkt men in reactie op deze discussie de inzet van de procedures van regeling van de artikelen 89-93 Sv als civielrechtelijk (1993/1994) zodat enige aanpassing van de regeling aan artikel 6 lid 1 EVRM (vereiste openbaarheid van behandeling) noodzakelijk wordt geacht.

Er wordt door de Regering (1973/1974) wel onderkend dat de billijkheidsgrondslag leidt tot het risico van onderling sterk verschillende, het rechtsgevoel niet bevredigende beslissingen en daarbij wordt van Regeringszijde toegegeven dat de maatstaf van de billijkheid moeilijk is en voor degene die om schadevergoeding vraagt niet bijster veel houvast biedt. De mate van uiteenlopendheid in schadevergoedingsbeslissingen wordt daarbij teruggevoerd op de mate van ongelijkheid van de gevallen. Aan de andere kant wordt ook de angst geuit 'dat claims gedijen binnen onduidelijkheid' met alle gevolgen van dien voor de Staatskas (1994/1995).

5.2.2 De wetgever (bij de regeling van de artikelen 89-93 Sv) achtte civiele onrechtmatigheid overbodig

De relatie tussen de specifieke schadevergoedingsregeling en de civiele is in de politieke discussie uitvoerig aan de orde gekomen, ten eerste omdat niet direct duidelijk was in hoeverre de specifieke regeling van de artikelen 89-93 Sv ook zag op schade tengevolge van onrechtmatig strafvorderlijk overheidshandelen (i.c. onrechtmatige hechtenis), en ten tweede gezien de bevoegdheidsrelatie tussen de bijzondere en algemene rechtsgang. In de jaren 70 is de toenmalige Minister eerst van opvatting dat de regeling slechts ziet op vergoeding van schade in verband met rechtmatige vrijheidsbeneming, maar even later erkent hij dat de regeling ook ziet op schade tengevolge van onrechtmatige hechtenis (1974/1975). In diezelfde periode spreekt de Minister ook de verwachting uit dat de civiele rechter de regeling van de artikelen 89-93 Sv als met voldoende waarborgen omkleed zal beschouwen en daardoor de civiele rechtsgang zal uitsluiten (Minister 1974/1975). De civielrechtelijke rechtspraak laat vanaf de jaren 90 echter zien dat beide procedures zowel na als naast elkaar benut worden.

5.2.3 De civiele rechter vult onrechtmatigheid domeinspecifiek in (ex nunc toetsing met doorslaggevende rol voor gebleken onschuld)

In hoofdstuk 3 in § 3.3 is al een uitvoerige samenvatting te vinden van deze rechtspraak vanuit de optiek van het algemene leerstuk van de onrechtmatige daad. Meest opvallend is dat de civiele rechter specifiek voor dit terrein (strafvorderlijk overheidsoptreden) een limitatieve uitleg geeft aan situaties waarbij naar zijn mening sprake kan zijn van onrechtmatige strafvorderlijke dwangmiddelen. Voor wat betreft de uitvoerende macht kunnen strafvorderlijke dwangmiddelen onrechtmatig zijn toegepast. Dit is het geval indien het bevel daartoe is verleend in strijd met de wet dan wel met veronachtzaming van fundamentele vereisten. Deze gevallen van onrechtmatigheid-'van meet af aan' (ab initio) worden hier verder buiten beschouwing laten.

Daarnaast heeft de civiele rechter een categorie onrechtmatige dwangmiddelen gedefinieerd waarbij de onrechtmatigheid wordt vastgesteld op basis van achteraf gebleken onschuld: dat is nieuw en specifiek voor schade ten gevolge van strafvorderlijk overheidsoptreden. Hoe en waaruit die gebleken onschuld kan worden vastgesteld komt hieronder nog aan bod (aanvullende voorwaarden).

5.2.4 De civiele rechter kiest ten aanzien van de gewezen verdachte niet voor het égalité-beginsel

Bij de beschrijving van de ontwikkeling van de onrechtmatige bestuursrechtelijke daad[2] bleek nog naar voren te komen dat het evenredigheidsbeginsel als abbb werd gehanteerd ter ondersteuning van op quasi rechtmatige daad gebaseerde vorderingen. De redenering daarbij was dat het toebrengen van onevenredig nadeel bij een op zichzelf rechtmatige overheidshandeling jegens de getroffene onrechtmatig is; het beginsel van de gelijkheid voor de openbare lasten ('égalité devant les charges publiques') is in de benadering van de bestuursrechter en van de civiele rechter geaccepteerd als norm waarvan schending een onrechtmatige daad oplevert, maar nadrukkelijk kan slechts sprake zijn van schending in geval van onevenredig nadeel. Bij de bespreking van de civiele arresten voor wat betreft schade door strafvorderlijk overheidsoptreden is deze redenering echter alleen gehanteerd in het kader van schade *voor derden* bij in beginsel rechtmatig toegepaste strafvorderlijke dwangmiddelen.[3] De Hoge Raad heeft namelijk expliciet afgezien van de mogelijkheid deze

2 Zie daarvoor hoofdstuk 3, vooral §3.1.4. In dit hoofdstuk ga ik nog nader in op het égalité-beginsel.

3 HR 30 maart 2001, NJ 2003, 615 (Staat/Lavrijsen).

redenering ook toe te passen op schade voor de gewezen verdachte en houdt voor die groep vast aan de inmiddels ontwikkelde doctrine.[4]

Ook is de rechter op dit terrein niet aangesloten bij de mogelijkheid van de buitenwettelijke (rechterlijke) schadevergoeding, zoals door A-G Bloembergen werd bepleit.[5]

5.2.5 De literatuur (periode 19e eeuw tot 2008) op hoofdlijnen

In de vroege literatuur (tot aan 1925) zijn twee stromingen te herkennen: de ene groep ziet de grondslag voor vergoeding voornamelijk in de onrechtmatigheid of achteraf ongerechtvaardigde toepassing van dwangmiddelen, terwijl de andere groep (mede geïnspireerd door buitenlandse academici) vooral zelfstandige grondslagen (billijkheid, gelijke lastenverdeling) benoemt omdat men de overtuiging heeft dat schade in verband met een legitiem handelende strafvorderlijke overheid ook voor vergoeding in aanmerking kan of zelfs moet komen. Die laatste groep is daarmee verdeeld tussen diegenen die de gunstensfeer benadrukken en zij die een recht in de zin van een aanspraak op vergoeding bepleiten. Sommigen beargumenteren hun keuze vanuit de gedachte dat onrechtmatigheid slechts ex tunc (of ook ex nunc) bepaald kan worden. Ook wordt de parallel met vergoeding in verband met onteigening getrokken.

In de periode na de totstandkoming van de regeling van de artikelen 89-93 Sv tot aan de aanpassingswetgeving (1925-1975) kan de billijkheid als gekozen grondslag niet op veel wetenschappelijke bijval meer rekenen. Terwijl er op het terrein van schadevergoeding bij overig legitiem overheidshandelen in deze periode veel gebeurt wordt slechts door Tak ingegaan op de geïsoleerde ontwikkeling (voor strafvorderlijke schade ten opzichte van overige overheidsschade).

In de periode die volgt (1975-1991) wordt de ontwikkeling echter veel meer bekeken in het licht van de omgeving, zoals het EVRM (de discussie spitst zich toe op de verhouding van de nationale regeling met artikel 5 en artikel 6 lid 1 EVRM) en het overige schadevergoedingsrecht voor legitiem overheidshandelen (er wordt meer verdiepend ingegaan op andere zelfstandige grondslagen zoals onevenredige hardheid). In navolging van Tak bepleit ook Borsboom beëindi-

---

4 Overigens expliciet in afwachting van een ontwerp wetsvoorstel, hetgeen gezien de machtenscheiding zeer verdedigbaar is. Wel wordt de evenredige toepassing van strafvorderlijke dwangmiddelen aan de orde gesteld maar daarbij gaat het om de ab initio onrechtmatigheid van de (disproportionele/onevenredige) toepassing van het dwangmiddel en niet om onevenredig nadeel van op zichzelf een evenredig toegepast dwangmiddel, zie HR 20 december 1996, NJ 1997, 278, RvdW 1997, 9c cassatiemiddel II (niet beschreven, alleen middel I is beschreven in 3.3.3.3).

5 A-G Bloembergen bij HR 26 januari 1990, NJ 1990, 794. Hij werd hierin gesteund door J.L. de Wijkerslooth 1993. Anders: A-G Strikwerda bij HR 23/11/1990, NJ 1991, 92. Zie hierover ook F.B. Bakels 2006, p. 28.

ging van de geïsoleerde ontwikkeling op dit terrein. Ook is er wederom kritiek op ex nunc toetsing ter vaststelling van onrechtmatigheid.

In de periode na de uitspraken van de civiele rechter (1991) ligt de aandacht van de wetenschappelijke literatuur met name bij de gehanteerde constructie (velen zijn kritisch over ex nunc beoordeling) en wordt de geïsoleerde ontwikkeling (zowel vanwege de specifieke regeling van de artikelen 89-93 als vanwege de specifieke civielrechtelijke benadering) steeds meer benadrukt (in negatieve zin). De gedachte van een aanspraak op vergoeding bij rechtmatig handelen wordt op dit terrein (strafvorderlijk handelen) bijna unaniem gesteund en velen roepen in dat verband op tot aanpassing van de wettelijke regeling, veelal op basis van, of gerelateerd aan het égalité-beginsel als grondslag.

5.3 Bevindingen ter zake van de wettelijke voorwaarden (regeling van de artikelen 89-93 Sv)

5.3.1 De wetgever (regeling van de artikelen 89-93 Sv) stelde enkele wettelijke voorwaarden om in aanmerking te komen voor vergoeding van schade

De wettekst stelt als voorwaarde dat sprake moet zijn van het einde van een zaak zonder oplegging van straf of maatregel (of met veroordeling maar voor een feit waarvoor voorlopige hechtenis niet is toegelaten). Alleen dan komt men in aanmerking voor vergoeding en dat is derhalve een van de belangrijke materiële wettelijke beperkingen in de reikwijdte van de regeling (deze beperking fungeert als ontvankelijkheidvoorwaarde). Deze voorwaarde kan worden verklaard uit het feit dat op basis van de bestaande toerekeningregeling van artikel 27 Sr bij veroordeling de al ondergane hechtenis al kon worden verrekend met de nog te ondergane gevangenisstraf.[6] Gemeend werd dat uit het één (regeling compensatie van preventieve hechtenis op opgelegde straf in het geval van veroordeling) het ander zal moeten volgen (regeling vergoeding van schade door de niet-veroordeelde geleden als gevolg van preventieve hechtenis), want '*….als preventieve hechtenis een noodzakelijk kwaad is, hoe kan dan, als die noodzakelijkheid blijkt, wel, maar als zij niet blijkt, geen aanspraak op vergoeding bestaan?*'[7] Hieruit blijkt dat men de toerekening/verrekening de facto ook wel beschouwde als een wijze van compensatie voor de ondergane hechtenis. Door de huidige schadevergoedingsregeling werd ook een compensatiemogelijkheid gecreëerd in geval geen sprake is van veroordeling, maar alleen dus voor de schade tengevolge van vrijheidsbenemende dwangmiddelen. Daarmee was meteen de andere belangrijke beperking gegeven[8] in de reikwijd-

6 En zelfs met een opgelegde boete.
7 Vroeg de Commissie van Rapporteurs zich af in 1879/1880, zie hoofdstuk 1.
8 Die eveneens als ontvankelijkheidvoorwaarde fungeert.

te van de schadevergoedingsregeling, namelijk dat slechts schade ten gevolge van vrijheidsbeneming in aanmerking komt voor vergoeding. Deze beperking is evenzo deels te verklaren vanuit de samenhang tussen deze schadevergoedingsregeling en de eerder tot stand gebrachte toerekeningregeling (aftrek preventieve hechtenis bij gevangenisstraf). Dat betekent dat alleen schade die het gevolg is van vrijheidsbenemende dwangmiddelen[9] waarbij de strafzaak is geëindigd zonder veroordeling[10] binnen de reikwijdte van deze specifiek wettelijke regeling van de artikelen 89-93 Sv valt. Inmiddels lijkt de beperking van de regeling tot vrijheidsbenemende hechtenis in de politiek steeds minder gesteund.

5.3.2 Rechtspraak (op de voet van de artikelen 89-93 Sv) over de wettelijke voorwaarde dat alleen schade tengevolge van vrijheidsbeneming in aanmerking komt voor vergoeding

De invulling van de materiële causaliteitsvoorwaarde dat alleen schade tengevolge van vrijheidsbenemende dwangmiddelen in aanmerking komt voor vergoeding op de voet van deze regeling, heeft geleid tot interessante rechtspraak, waarbij inventief met deze voorwaarde is omgegaan: soms past de rechter de schadevergoedingsregeling analoog toe.

Zo kwam in de rechtspraak aan de orde of ook schade geleden tengevolge van onrechtmatige voorlopige hechtenis, ophouden voor verhoor, de situatie waarin de duur van de hechtenis langer was dan opgelegde gevangenisstraf, en de periode dat de hechtenis geschorst was, onder de reikwijdte van de regeling valt.

Uit de beschreven rechtspraak blijkt dat onrechtmatige hechtenis geacht wordt binnen de reikwijdte te vallen.[11] Hiermee kwam de rechterlijke macht op dezelfde lijn met de uiteindelijke politieke mening hierover in het politieke debat rond de (wijziging) van de wettelijke regeling in de jaren 70. Uit de rechtspraak blijkt verder dat ophouden voor verhoor niet geacht wordt te vallen onder de regeling van de artikelen 89-93 Sv, maar soms wordt deze situatie wel analoog gebracht onder de werking van deze regeling, hoewel het hierbij dan vooral toch lijkt te gaan om situaties waarbij mogelijk onrechtmatig (lang) was opgehouden voor verhoor.

Over schade ten gevolge van de situatie dat ondergane hechtenis van langere duur was dan de uiteindelijk opgelegde gevangenisstraf is tijdens de wetshistorie al veel discussie gevoerd. Deze situatie valt echter buiten de schadevergoedingregeling omdat geen sprake is van een van de voorwaarden

9 Inclusief de latere uitbreiding tot inverzekeringstelling, uitleveringsdetentie en klinische observatie.

10 Of met veroordeling, maar voor een feit waarvoor geen voorlopige hechtenis was toegestaan.

11 Hoge Raad 2 februari 1993, NJ 1993, 552.

om in aanmerking te komen voor vergoeding: er is namelijk een veroordeling (er is dus geen sprake van een einde van de strafzaak zonder oplegging van straf of maatregel). Wel is sprake van wat ik noem 'overschothechtenis' (zie hoofdstuk 2). De civiele rechter beoordeelde deze situatie ook en kwam daarbij niet tot vergoeding (want achtte het niet onrechtmatig omdat een rechterlijk bevel tot vrijheidsbeneming geacht wordt rechtmatig te zijn zodat ook de tenuitvoerlegging van die bevelen geacht kan worden rechtmatig te zijn (en die tenuitvoerlegging is trouwens verplicht). Dit is volgens de civiele rechter slechts anders indien bij de voorbereiding van die bevelen fundamentele rechtsbeginselen zijn veronachtzaamd (zie hoofdstuk 3). Wel meende de 89 Sv-schadevergoedingsrechter dat sprake is van een leemte op dit punt, vooral na wijziging van de schadevergoedingsregeling in 1993. Vanaf toen kon voor gevallen die vallen onder de reikwijdte van de schaderegeling, in plaats van schadevergoeding ook een verrekening plaatsvinden van ondergane hechtenis met een uit anderen hoofde opgelegde gevangenisstraf. Hier valt de zaaksrelatie tussen ondergane hechtenis en gevangenisstraf weg en wordt zo praktisch mogelijk omgegaan met vrijheidsbeneming. Voorlopige hechtenis en gevangenisstraf worden hiermee inwisselbaar voor zover er wat valt in te wisselen: dat is compensatie die de Staat niets kost. De stand van zaken is kortom:

- toerekening op grond van 27 Sr is verrekening van de ondergane hechtenis met gevangenisstraf in dezelfde zaak;
- sinds 1993 is verrekening mogelijk van ondergane hechtenis in de ene zaak met gevangenisstraf in een andere zaak indien de hechtenis in de ene zaak was ondergaan terwijl die zaak eindigt zonder oplegging van straf/maatregel of met oplegging voor een feit waarvoor die hechtenis niet was toegelaten;
- als er niets (meer) valt in te wisselen, is niet in alle gevallen geldelijke compensatie mogelijk: wel indien sprake is van een einde van de strafzaak zonder oplegging van straf of maatregel (of met oplegging maar voor een feit waarvoor die hechtenis niet was toegelaten) aangezien dan geldelijke compensatie voor de gehele hechtenis mogelijk is op grond van de regeling van de artikelen 89-93 Sv. Indien echter sprake is van een veroordeling, wordt de ondergane voorlopige hechtenis wel gecompenseerd voor zover toerekening op de opgelegde gevangenisstraf mogelijk is (op grond van artikel 27 Sr en dat kost de Staat niets), maar het overschotdeel voorlopige hechtenis kan niet geldelijk, noch anderszins (verrekening met straf in andere zaak) worden gecompenseerd, aangezien dat buiten de reikwijdte van de regeling van de artikelen 89-93 Sv valt. Dat is daarom thans het enige deel ondergane voorlopige hechtenis dat op geen enkele wijze kan worden gecompenseerd (noch middels verrekening, noch middels geldelijke compensatie).

Kortom: verrekening van (zelfs de gehele) ondergane voorlopige hechtenis kan alleen plaatsvinden ten aanzien van de gewezen verdachte die niet is

veroordeeld maar die wel in een andere zaak is veroordeeld tot een gevangenisstraf, maar niet ten aanzien van de verdachte die voorlopige hechtenis heeft ondergaan en in die zelfde zaak is veroordeeld voor een kortere periode dan die hechtenis;[12] die overschothechtenis kan dus niet worden verrekend met een opgelegde onherroepelijke gevangenisstraf.

Enkele rechters pleitten ervoor zoveel mogelijk verrekeningscompensatie toe te passen, ongeacht de relatie tussen de zaak waarin hechtenis is ondergaan en de zaak waarin gevangenisstraf is opgelegd, en niet alleen voor hechtenis die is ondergaan in een zaak die eindigt zonder veroordeling (verrekeningsmogelijkheid op grond van de regeling van de artikelen 89-93 Sv na 1993). Men lijkt hier een leemte in de wet te ervaren. Naar aanleiding van een civiele vordering tot verrekening blijkt ook de civiele rechter in deze gedachte mee te gaan.

Ten slotte bleek uit de rechtspraak dat de rechter enkele andere situaties die naar de letter van de wet niet onder de reikwijdte van de regeling van de artikelen 89-93 Sv vallen, daar toch onder meende te moeten brengen, veelal omwille van de rechtsbescherming (leemten).

In ieder geval blijkt dat de rechter analoge toepassing voor wat betreft de voorwaarde dat slechts schade ten gevolge van vrijheidsbenemende dwangmiddelen voor vergoeding in aanmerking komt, niet geheel uit de weg is gegaan.

Ook zijn, door de hiervoor geschetste ontwikkeling waarbij de civiele rechter ook aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad heeft aangenomen in geval van ab initio rechtmatig toegepaste dwangmiddelen, de mogelijkheden voor schadevergoeding voor *andere dan vrijheidsbenemende* dwangmiddelen toegenomen. Tegelijkertijd is daaraan door de invulling van de specifieke onrechtmatigheid (gebleken onschuld) door de civiele rechter ook weer een grens gesteld.

Indien namelijk geen sprake is van een van de twee categorieën onrechtmatigheid, kan men niet slagen in civilibus bij schade door strafvorderlijke dwangmiddelen en dan verwijst de civiele rechter door naar de 89-93 Sv rechter. De regeling van de artikelen 89-93 Sv is echter beperkt tot schade ten gevolge van vrijheidsbenemende dwangmiddelen.

5.3.3 Rechtspraak (op de voet van de artikelen 89-93 Sv) over de wettelijke voorwaarde dat de zaak moet zijn geëindigd zonder oplegging van straf of maatregel om in aanmerking te komen voor vergoeding

De voorwaarde dat de zaak moet zijn geëindigd zonder oplegging van een straf of maatregel, heeft een variëteit aan rechtspraak opgeleverd. Bij de totstandkoming van de huidige schadevergoedingsregeling had de wetgever

12 Tenzij hij is veroordeeld voor een feit waarvoor geen voorlopige hechtenis is toegelaten.

het oog op beëindiging van de zaak middels een rechterlijke beslissing en daarmee werd gelijk gesteld een door de officier van justitie gegeven kennisgeving van niet verdere vervolging. Na tekstwijziging werd slechts nog gesproken van een zaak die eindigt zonder oplegging van straf of maatregel, hetgeen zonder twijfel in ieder geval die rechterlijke beslissingen evenals de niet rechterlijke, maar aan vormen gebonden kennisgeving niet-verdere vervolging lijkt te behelzen (omdat de tekstwijziging niet nader werd gemotiveerd). De vraag resteert daarom of ook bij andere niet-rechterlijke beslissingen waarbij de facto sprake is van een einde van de zaak zonder veroordeling, namelijk bij sepot, een ingang op de regeling van de artikelen 89-93 Sv bestaat. Met betrekking tot sepot lijkt de schadevergoedingsrechter veelal, maar niet unaniem van mening te zijn dat dit ingang geeft tot de regeling van de artikelen 89-93 Sv (waarbij wel relevant wordt geacht in hoeverre verzoeker al op de hoogte was van het sepot). Gezien het feit dat zaken tegenwoordig steeds vaker eindigen door sepot dan door een kennisgeving niet-verdere vervolging, is het belang van de vraag, of door sepot ook sprake is van een definitief einde, groot. Interessant is in dit verband dat voorafgaand aan 1926 in de politieke discussie als onderscheid werd gehanteerd het feit of de zaak na instructie was geëindigd of zonder dat instructie had plaatsgevonden (onder andere in 1864, zie § 1.3.2). Vervolgingsaanvang – maar dan in een klassieke opvatting, namelijk door het gegeven dat er een rechter bij betrokken was geweest – leek dus in eerste instantie als vereiste te worden gezien om in aanmerking te komen voor vergoeding indien de zaak was geëindigd zonder strafoplegging.

Dat vroege onderscheidend criterium werd overigens ook weer verlaten,[13] omdat de uiteindelijk oorspronkelijke regeling van de artikelen 89-93 Sv ook van toepassing was na kennisgeving van niet-verdere vervolging.[14]

Maar ook bij een definitief einde door niet ontvankelijkheid van het Openbaar Ministerie[15] wegens schending van (deels) ongeschreven beginselen of overschrijding van de redelijke termijn blijkt de rechtspraak nog niet geheel eenduidig. Dat is op zijn minst opmerkelijk vanwege de opvatting die ten grondslag lag aan de totstandkoming van de wettelijke regeling, waar de wetgever in ieder geval beoogde die zaken die met een rechterlijke beslissing eindigden zonder oplegging van straf of maatregel, voor vergoeding in aanmer-

13 Indien de beoordeling of sprake is van einde van de zaak bij sepot echter inmiddels soms ook weer wordt bekeken vanuit de vraag of verzoeker al op de hoogte was van het sepot, komt dat weer in de buurt van een invalshoek die de aanvang van de vervolging – maar dan in de zin van het 'criminal charge'-begrip – wederom als vereiste lijkt te zien.

14 Vgl. ook A-G Ten Kate (bij HR 2 februari 1993, NJ 1993, 552) die in dit verband aangaf dat een einde van de zaak door sepot niet van uitsluitende betekenis is omdat de schadevergoedingsregeling sinds 1926 van toepassing is indien de strafrechter geheel niet aan onderzoek van de zaak is toegekomen (namelijk i.g.v. kennisgeving van niet verdere vervolging).

15 De andere categorie (niet-definitieve niet ontvankelijkheid van het Openbaar Ministerie), betreft de niet ontvankelijkheid van het Openbaar Ministerie vanwege formele beletselen, hetgeen een nieuwe vervolging niet in de weg hoeft te staan.

king te laten komen (en een niet ontvankelijkheid van het Openbaar Ministerie is een rechterlijke beslissing).

5.3.4 Rechtspraak over het zaaksbegrip in geval van cumulatieve tenlastelegging

In samenhang met voorgaande is in de rechtspraak ook verdeeldheid ontstaan over een ander deel van de wettelijke voorwaarde dat sprake moet zijn van beëindiging van de zaak zonder oplegging van straf of maatregel, namelijk de kwestie wat onder 'zaak' moet worden verstaan in geval sprake is van cumulatieve tenlasteleggingen. Hierover zijn Kamervragen gesteld, waarop de Minister aangaf niet tot wetswijziging te willen overgaan, maar de rechtspraak op dat punt te willen afwachten (Van Oven, 1999/2000). Dat leidt tot de uitspraak van de Hoge Raad van 8 mei 2001.[16]

Samengevat zijn er twee richtingen aan te geven: het begrip zaak ziet op al datgene waarop het rechtsgeding betrekking heeft, zoals bij inleidende dagvaarding ten laste gelegd. Daarbij is niet aan de orde of sprake is van samenhang tussen de ten laste gelegde feiten. Dit is sinds 1989[17] de lijn van de Hoge Raad, in het algemeen voor wat betreft het zaaksbegrip in het WvSv en in ieder geval voor het zaaksbegrip van artikel 591a Sv. Deze uitspraak ziet dus niet op het zaaksbegrip van artikel 89 Sv. De Hoge Raad baseert zich voornamelijk op wetssystematiek en vindt het een taak van de wetgever indien een andere uitleg/systematiek gewenst wordt omdat herinterpretatie leidt tot vragen van afgrenzing. I.c. zijn namelijk meerdere keuzen denkbaar en de Hoge Raad zelf kan niet in de vereiste rechtseenheid voorzien vanwege het ontbreken van gewone cassatie. De andere opvatting gaat er echter vanuit dat de mate van samenhang tussen de cumulatief ten laste gelegde feiten dient te bepalen of sprake is van een of meer zaken. Over het zaaksbegrip van artikel 89 Sv heeft de Hoge Raad op het moment dat dit onderzoek werd afgesloten nog geen uitspraak gedaan. De Hoven zijn verdeeld. De vraag is of hier analoog moet worden geredeneerd ten opzichte van de invulling van het zaaksbegrip van artikel 591a Sv. De stelling dat de zaaksafbakening bij artikel 89 Sv genuanceerder zou kunnen zijn omdat daar (in bevel inverzekeringstelling/bevel bewaring) de verdenking en derhalve de zaak duidelijk is bepaald, verdient nadere verkenning.[18]

---

16 De zaak naar aanleiding waarvan de vragen werden gesteld leidde tot cassatie, waarna de Hoge Raad (overigens wederom) duidelijkheid creëerde in HR 8 mei 2001, NJ 2001, 508. Zie daarover uitgebreid hoofdstuk II in § 2.3.2.4.

17 HR 14 november 1989, NJ 1989, 274, herhaald in HR 8 mei 2001, NJ 2001, 508.

18 Het ontwerp wetsvoorstel 'Schadecompensatie strafvorderlijk overheidsoptreden' sluit overigens aan bij de mate van samenhang, zie daarover verder hoofdstuk 7.

5.3.5 De literatuur (periode 19e eeuw tot 2008) op hoofdlijnen

In de periode tot aan de totstandkoming van de wettelijke regeling van de artikelen 89-93 Sv in 1925 gaat de meeste aandacht uit naar de te stellen voorwaarden waaronder schadevergoeding mogelijk zou moeten zijn. Daarbij komt de kwestie schuld als meest significant naar voren. De literatuur is daarbij verdeeld tussen diegenen die menen dat juridisch niet bewezen schuld volstaat en zij die (gebleken) onschuld vereisen. Deze discussie vertaalt zich echter niet naar de wettekst; onschuld wordt immers geen wettelijke voorwaarde. Toch blijft onschuld als voorwaarde dominant aanwezig, door de latere ontwikkelingen in de rechtspraak. Daarom ga ik bij de paragraaf over aanvullende voorwaarden die naast de wettelijke voorwaarden zijn ontstaan (§ 5.4.4) verder in op de hoofdlijnen van de wetenschappelijke discussie over schuld en onschuld als aanvullende voorwaarde voor schadevergoeding.

In de vroege periode wijdt een enkeling zich al aan de vraag in hoeverre een regeling beperkt zou moeten blijven tot schade tengevolge van vrijheidsbeneming (een van de wettelijke voorwaarden). In de periode na de totstandkoming van de regeling van de artikelen 89-93 Sv is er weinig aandacht voor deze en de overige *wettelijke* voorwaarden. Pas na 1975 wordt de voorwaarde dat alleen schade tengevolge van vrijheidsbenemende dwangmiddelen voor vergoeding in aanmerking komt door diverse auteurs als te beperkt ervaren. In de laatst beschreven periode (1991-2007) lijkt consensus te ontstaan dat ook overige schade in verband met strafvorderlijk optreden voor vergoeding in aanmerking dient te komen.

5.4 Bevindingen ter zake van de aanvullend gestelde voorwaarden (door strafrechter en civiele rechter)

5.4.1 De wetgever (bij de regeling van de artikelen 89-93 Sv) gaf aan dat billijkheid geen synoniem is voor gebleken onschuld

Zoals gezegd koos de wetgever voor een flexibele billijkheidsgrondslag, zodat het aan de rechter was om te bepalen wanneer sprake kon zijn van vergoeding. Bij het wetsvoorstel 1913/1914 wordt in de MvT ingegaan op de invulling van die billijkheid door de rechter. Expliciet is aangegeven dat billijkheid geen synoniem is voor gebleken onschuld. Een verwijzing naar gebleken onschuld komt derhalve niet als wettelijke voorwaarde voor in de regeling, hoewel in de MvT wordt toegegeven dat schuldvermoedens een rol kunnen spelen bij de vaststelling van billijkheidsgronden voor vergoeding door de rechter. In ieder geval dient de rechter zich van objectieve criteria te bedienen bij de invulling van de billijkheid.

Behalve onschuld spelen nog twee andere aspecten bij de totstandkoming van de wettelijke regeling een rol, die (later) niet (meer) in de wettekst zelf

zijn opgenomen, namelijk processuele schuld en proceshouding. Hoewel in de regeling van 1926 een verwijzing naar vroeger levensgedrag en houding voor en tijdens de hechtenis was opgenomen werd dit bij de herziening van de regeling uit de wettekst gehaald en vervangen door de zinsnede 'alle omstandigheden in acht genomen', zodat de rechter deze (maar ook andere) omstandigheden bij zijn oordeel kan betrekken (Voorbereidingscommissie Feber 1972, zie § 1.6.2). De Minister gaf daarbij aan dat er geen grond voor vergoeding is indien de detentie het gevolg is van kwade trouw, bijv. een valse aangifte, of indien iemand de schijn heeft gewekt een misdrijf te hebben gepleegd (Minister 1972). Vooral de houding voor en tijdens de hechtenis achtte de Minister belangrijke factoren bij de invulling van de billijkheid (Minister 1973/1974).

Onschuld, processuele schuld en proceshouding hebben daarom bij de politieke totstandkoming van de wettelijke regeling een belangrijke rol gespeeld, maar zijn (uiteindelijk) niet als wettelijk voorwaarde gesteld. Wel werd diverse keren aangegeven dat zij een rol kunnen spelen bij de vaststelling van billijkheidsgronden.

5.4.2 De rechter vult de billijkheidsgrondslag (in de regeling van de artikelen 89-93 Sv) in met criteria gerelateerd aan schuld, verdenking en proceshouding

Uit de beschreven rechtspraak komt duidelijk naar voren dat deze criteria bij de invulling van de billijkheidsgrondslag inderdaad een doorslaggevende rol spelen. Enerzijds blijkt dat de rechter, bij de invulling van de vraag in hoeverre er gronden van billijkheid zijn om in aanmerking te komen voor schadevergoeding, zich baseert op verwijzingen over nog bestaande *restschuld/restverdenking*[19] (ex nunc), waaruit blijkt dat de strafrechter zich bij de invulling van het criterium 'billijkheid' niet geheel onthoudt van een tweede oordeel over de schuld of onschuld van de verzoeker, en anderzijds gebruikt hij verwijzingen naar vroeger levensgedrag (criterium dat voor 1975 in de wet stond) en houding voor en tijdens de voorlopige hechtenis (stond voor 1975 eveneens als criterium in artikel 90 ter vaststelling van de billijkheidsgronden). In de rechtspraak ziet men, ook na de verwijdering van deze criteria uit de wettekst in 1975, redeneringen hierop gebaseerd.

Voor wat betreft *processuele schuld en proceshouding* komt uit de beschrijving van de rechtspraak naar voren dat zowel verwezen wordt naar vroeger levensgedrag in meer algemene zin, als naar gedragingen waardoor men de verdenking en daarom de hechtenis aan zichzelf te wijten heeft (processuele schuld), als naar de houding tijdens het proces (proceshouding), waardoor men de

19 Zie hoofdstuk 6 voor een perspectief op deze begrippen.

langere duur van de hechtenis aan zichzelf te wijten heeft. In dergelijke omstandigheden kan het niet billijk geacht worden de schade tengevolge van die hechtenis te vergoeden. Soms wordt ook gekozen voor een andere constructie waarbij – ondanks een negatief beoordeelde proceshouding – wel gronden van billijkheid aanwezig worden geacht, maar de gekozen proceshouding is dan aanleiding tot vermindering van het (inmiddels in de praktijk ontstane forfaitaire) bedrag. Zo beschouwd lijkt een bepaalde proceshouding vooral van belang voor de maatstaf van de hoogte van de vergoeding en in mindere mate voor de grondslag. Ten slotte zijn er ook gerechtshoven die onder invloed van EHRM-rechtspraak processuele schuld of negatieve proceshouding geen rol geven bij de beoordeling van schade- of onkostenverzoek (zie § 2.4.3).

Voor wat betreft *onschuld*: zoals aangegeven komt uit de beschreven uitspraken ook zeer dominant naar voren dat de rechter bij de invulling van de billijkheid kijkt naar gebleken onschuld. Tijdens de totstandkoming en aanpassing van de wettelijke regeling bleek de relatie tussen gebleken onschuld en schadevergoeding al een punt van discussie. Vanaf inwerkingtreding van de regeling zijn afwijzende beslissingen gebaseerd op het feit dat de rechter niet de overtuiging heeft gekregen dat verzoeker onschuldig was aan het feit waarvoor voorlopige hechtenis was toegepast (restschuld/restverdenking). Daarbij kwam sterk naar voren dat vooral de 'feitelijk' onschuldige in aanmerking lijkt te komen voor vergoeding, en 'juridisch niet schuldig' is daartoe onvoldoende.

Inmiddels wordt in de rechtspraak ook aangenomen dat dergelijke overwegingen gezien de onschuldpresumptie en vooral na EHRM rechtspraak[20] niet altijd meer een rol mogen spelen (zie hierna).

In verband hiermee valt op dat ook in de rechtspraak in civilibus op dit terrein een bepalende grote rol wordt toegekend aan al dan niet gebleken (on)schuld. De civiele rechter heeft op basis daarvan zelfs een nieuwe categorie (hierna genoemd de tweede categorie onrechtmatigheid) opgesteld om onrechtmatigheid vast te stellen (zie hierna).

Bij de beslissing dat wel gronden van billijkheid bestaan bij de beoordeling van verzoeken op de voet van de regeling van de artikelen 89-93 Sv wordt overigens gebruik gemaakt van dezelfde categorieën criteria zoals hiervoor al benoemd: er is bijv. geen sprake meer van (rest)verdenking of restschuld. Ook een extra zware vrijheidsbeneming ten opzichte van een betrokkene, al dan niet vanwege persoonlijke omstandigheden van die betrokkene, was aanleiding tot vergoeding (wat ook lijkt te duiden op een compensatie bij onevenredige belasting voor die ene betrokkene).

Daarnaast spelen ook andere, niet zozeer de rol van de gewezen verdachte betreffende, maar meer Staatgerelateerde overwegingen een rol en daarbij lijkt

20 Zie voor een bespreking van de onschuldpresumptie in het kader van het EVRM en de gevolgen van EHRM uitspraken ter zake van schade/kostenvergoedingbeslissingen die eindigen in vrijspraak vooral § 6.5.1.2.

met name enige vorm van 'onrechtmatigheid'[21] vaak reden te zijn voor vergoeding (te langdurig uitblijven onderzoeksresultaten, buitenproportionaliteit van dwangmiddel, tijdens onderzoek al geen enkel bewijs voorhanden). Het lijkt erop dat in deze gevallen het handelen van een justitieel orgaan wordt getoetst aan beginselen van goede procesorde (derhalve toetsing van discretionaire bevoegdheid) wat in schadevergoedingssituatie ten opzichte van de overheid als het ware wordt 'gesanctioneerd' middels het aannemen dat sprake is van billijkheid tot vergoeding.[22]

5.4.3 In civilibus: in geval van gebleken onschuld (specifieke voorwaarde) aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad bij ab initio rechtmatig strafvorderlijk handelen

Voor wat betreft de beoordeling van onrechtmatigheid bij strafvorderlijke dwangmiddelen hanteert de civiele Hoge Raad thans de volgende opvatting:

Categorie 1) Dwangmiddelen kunnen onrechtmatig zijn indien zij zijn toegepast in strijd met geschreven of ongeschreven recht (veronachtzaming van fundamentele vereisten, inclusief disproportionele toepassing): ab initio onrechtmatige dwangmiddelen (hier genoemd de eerste categorie onrechtmatigheid).

Categorie 2) In alle andere gevallen zijn dwangmiddelen in beginsel rechtmatig toegepast, aangezien de toepassing is gerechtvaardigd door een zwaarwegend opsporingsbelang, aangezien sprake is van een verdenking in de zin van artikel 27 Sv. In het geval de gewezen verdachte onschuldig blijkt[23] aan de gerezen verdenking, is die aanvankelijke rechtvaardigingsgrond achteraf ongefundeerd en ook dan is sprake van onrechtmatig toegepaste dwangmiddelen. Deze categorie wordt hier genoemd: de tweede categorie onrechtmatigheid. Deze tweede categorie onrechtmatigheid (van strafvorderlijke dwangmiddelen) wordt gehanteerd sinds 1990. Deze tweede categorie leek eerst (1994) niet te gelden voor schade ten gevolge van een overheidsgedraging die niet is op te vatten als dwangmiddel (bijv. actief optreden overheid bij publiciteit).[24] In 2005 leek de Hoge Raad die lijn weer te verlaten toen werd aangegeven dat ook deze schadegevallen onder de tweede categorie vallen.

---

21 Niet in de civielrechtelijke betekenis, maar in de betekenis van 'ongerechtvaardigd'.

22 Zie over sanctioneringwijzen binnen het strafproces zelf, na handelen in strijd met beginselen van een goede procesorde, C.P.M. Cleiren 1989, § 2.5.

23 In beginsel uit gedingstukken.

24 Zie Hoge Raad 23 december 1994, NJ 1995, 512. Daar werd namelijk gesteld dat een vordering tot vergoeding van dergelijke schade op de voet van onrechtmatige daad op een andere grond dan een achteraf ongefundeerde verdenking gegrond moest worden.

5.4.4 De literatuur (periode 19e eeuw tot 2008) op hoofdlijnen

In de periode tot aan de totstandkoming van de wettelijke regeling van de artikelen 89-93 Sv (in 1925) gaat veel aandacht uit naar de te stellen voorwaarden waaronder schadevergoeding mogelijk zou moeten zijn; het betreft dan feitelijk aanvullende voorwaarden (niet-wettelijke voorwaarden). De literatuur is daarbij verdeeld tussen diegenen die menen dat juridisch niet bewezen schuld volstaat en zij die (gebleken) onschuld vereisen en vele meningen daartussen in. In alle periodes wordt – al dan niet expliciet – gerefereerd aan de systematiek van het strafproces, hetzij om die gevallen te preciseren waarbij zeker sprake is van onschuld (in de zin van werkelijke onschuld), hetzij om aan te tonen dat onschuld niet vereist kan worden, omdat het strafproces daar niet op is gericht (bewijsaspect). Deze bewijsinvalshoek wordt in alle beschreven periodes van belang geacht. Duidelijk is te zien dat de invloed van het EVRM een steeds grotere rol gaat spelen; dat leidt ertoe dat verwijzingen naar schuld bij de beslissing over schadevergoeding uiteindelijk door niemand meer geaccepteerd wordt. Bij verwijzingen naar verdenking ziet men geen risico van schending van artikel 6 EVRM en daarom lijkt men daar ook recent geen moeite mee te hebben. Over de gehele beschreven periode komt naar voren dat bijna unaniem wordt gemeend dat processuele schuld in de weg staat aan schadevergoeding (voorwaarde) hetzij (latere periode) reden kan geven tot vermindering van een vergoeding (omvang).

5.5 BEVINDINGEN TER ZAKE VAN DE OMVANG

5.5.1 De wetgever bij de regeling van de artikelen 89-93 Sv: volledige schadevergoeding is mogelijk

In hoofdstuk 1 is beschreven dat in eerste instantie (1926) slechts sprake kon zijn van een tegemoetkoming van werkelijk geleden schade tengevolge van voorlopige hechtenis, later (1975) kwam ook immateriële schade voor vergoeding in aanmerking.

De bepaling van de schadeomvang is door de wetgever geheel aan de rechter overgelaten, met als enig gegeven criterium dat rekening wordt gehouden met de levensomstandigheden (artikel 90 lid 2 Sv). Zowel de toe te kennen vergoeding voor materiële als immateriële schade worden vastgesteld op grond van billijkheid.[25]

25 Vergelijk hiermee de schadevergoeding die in civilibus wordt toegekend; na vaststelling dat sprake is van onrechtmatige daad wordt (op basis van toerekening naar redelijkheid: causaal verband schadeposten) de materiële schade steeds volledig toegekend en de immateriële schade wordt naar billijkheid toegekend, tenzij grond bestaat voor matiging

Hoewel na de wetswijziging in 1975 het begrip 'toekenning' werd gewijzigd in 'schadevergoeding', om aan te geven dat ook een volledige vergoeding mogelijk was, is van een volledige schadevergoeding niet zomaar sprake, blijkt uit de rechtspraak.

5.5.2 Invulling billijkheidsmaatstaf in de rechtspraak: forfaitaire vergoeding, tenzij…

Voor wat betreft immateriële schade wordt in de praktijk gebruik gemaakt van een standaard maatstaf voor schade ten gevolge van het ondergaan van de vrijheidsbeneming, hoewel daarbij tussen de gerechten wel verschillen bestaan. Materiële schadeposten, waarvan is vastgesteld dat deze voor vergoeding op basis van onderhavige regeling in aanmerking komen, worden veelal (maar niet altijd geheel) vergoed voor zover ze aannemelijk worden. Daarbij wordt een deskundigenrapport veelal gevolgd. Materiële schade wordt, evenals immateriële schade, overigens ook begroot ex aequo et bono.

Vanzelfsprekend is het gegeven dat per geval kan worden afgeweken van de standaard inherent aan een casuïstische schadevergoedingbenadering. Een goede argumentatie is niet altijd voorhanden, maar wel komt naar voren dat al dan niet gebleken onschuld en een al dan niet proactieve proceshouding (actief meewerken aan bewijs van onschuld) redenen kunnen zijn om meer of minder schadevergoeding toe te kennen. Het gegeven dat men door bepaalde gedragingen de verdenking en derhalve de toepassing van de preventieve hechtenis aan zichzelf te wijten heeft (vluchten, liegen, zwijgen) dan wel dat door bepaalde gedragingen de verdenking voortduurt (en derhalve de vrijheidsbeneming), kan zowel reden zijn om geen gronden van billijkheid te zien tot het verlenen van schadevergoeding, maar ook kan het reden zijn om een forfaitaire schadevergoeding te verminderen.

Deze laatste variant sluit het meest aan bij hetgeen in civilibus plaatsvindt (op de voet van artikel 6:101 BW); in schadevergoedingszaken na strafvorderlijk overheidshandelen paste de Hoge Raad enkele malen een billijkheidscorrectie toe vanwege verwijtbaar eigen handelen van de gewezen verdachte.

Ook publiciteitsschade wordt wel gehanteerd om af te wijken van de standaardvergoedingen voor immateriële schade tengevolge van vrijheidsbeneming, omdat sprake lijkt te zijn van voor deze betrokkene gebleken extra groot (onevenredig groot) nadeel. Bij meer zaken lag dat extra grote nadeel vooral in de publicitaire (meer)schade.

---

of voor gedeeltelijke schadevergoeding wegens eigen schuld (toerekenbare omstandigheid). Zie daarover hoofdstuk 3 in § 3.1.10.

5.5.3 Rechtspraak op de voet van de regeling van de artikelen 89-93 Sv: invulling causale relatie tussen vrijheidsbeneming en schade

Opvallend is dat de indirect causale samenhang (schade tengevolge van de publiciteit tengevolge van de detentie) derhalve niet altijd (maar soms wel) als belemmering wordt gezien voor een (extra) schadevergoeding op de voet van de regeling van de artikelen 89-93 Sv. In de praktijk blijkt deze causaliteit-eis dat het hier slechts gaat om een vergoedingsmogelijkheid voor schade tengevolge van ondergane hechtenis namelijk vaak nog een struikelblok. Veel schade wordt geacht daar niet direct het gevolg van te zijn geweest.

De posten omzetverlies en gederfde inkomsten en publiciteitsschade leveren niet een geheel eenduidig beeld op. Soms wordt, niet verder onderbouwd, beargumenteerd dat bijv. publiciteitsschade (immateriële schade) niet als gevolg van de voorlopige hechtenis wordt beschouwd. Soms wordt meer expliciet ter vaststelling van de vereiste causale samenhang wel gebruik gemaakt van een conditio sine qua non(-achtige) redenering: het is niet aannemelijk dat schade minder was geweest indien vrijheidsbeneming achterwege was gebleven. Deze redenering kan ook in het voordeel van betrokkene werken: de publiciteitsschade had de schade vermeerderd, en werd daarom wel vergoed. Maar veelal acht men de publiciteit toch vooral te zijn ontstaan ten gevolge van de strafzaak zelf en niet zozeer ten gevolge van de voorlopige detentie, hoewel er ook weer uitspraken zijn waar wel een direct verband wordt aangenomen tussen de publiciteit en de hechtenis.[26]

5.5.4 De literatuur (periode 19e eeuw tot 2008) op hoofdlijnen

Hoewel in de periode voorafgaand aan de wettelijke regeling in beginsel de aandacht is gericht op vergoeding van materiële schade, komt er geleidelijk

26 Vanuit de praktijk van berichtgeving (persvoorlichting door politie en OM op basis van de geldende Aanwijzing) was het tot inwerking van de nieuwe Aanwijzing Voorlichting opsporing en vervolging (per 1 januari 2007, gepubliceerd in de Stct. 22-12-2006, nr. 250) uitgangspunt dat bij geruchtmakende zaken een aanhouding pas werd gemeld nadat de Raadkamer de gevangenhouding had bevolen. In zoverre bestond dan nog een relatie tussen de publiciteitsschade (die vanaf dat moment zou ontstaan) en de hechtenis, hoewel dat overigens nog niet impliceert dat alle uiteindelijke publiciteitsschade beschouwd kan worden als het gevolg van de hechtenis alleen (en niet ook van de strafzaak als zodanig). In de nieuwe Aanwijzing is die Raadkamertermijn komen te vervallen, zodat het OM direct na uitreiking van de dagvaarding aan de media uitleg kan geven. Met de nieuwe Aanwijzing is overigens niet veranderd dat OM en politie een wettelijke taak hebben bij de bescherming van verdachten, slachtoffers, nabestaanden, getuigen en aangevers. Geen 'trial by media' derhalve. Wel is gewijzigd dat in uitzonderlijke gevallen door politie of OM informatie verstrekt kan worden aan de pers die normaliter in verband met privacy niet verstrekt zou worden. Hiertoe kan worden overgegaan indien in de pers apert onjuiste verhalen (dreigen te) worden gepubliceerd.

meer aandacht voor morele schade. In dat verband is er met name aandacht voor de daarbij passende soort vergoeding (bijv. openbaarmaking van een uitspraak). Een tempus modicum (deel van de schade dient de burger zelf te dragen) wordt vanaf eind 1800 bepleit en is over alle periodes in enige vorm terug te vinden.

Verder zijn de auteurs verdeeld over de maatstaf ter vaststelling van vergoeding: hetzij forfaitair hetzij over te laten aan de rechter. Processuele schuld wordt duidelijk gezien als reden tot vermindering van schadevergoeding.

5.6 OVERZICHT GELDEND RECHT

5.6.1 Het geldend recht op hoofdlijnen

Dit onderzoek begon met een beschrijving van de grondslag waarop, de gevallen waarvoor en de voorwaarden waaronder schadevergoeding kan worden toegekend bij rechterlijke beslissing.[27] Dat wees uit dat met de huidige grondslag (billijkheid) uit de specifieke wettelijke regeling en met aanvulling van de civiele rechter niet voor alle gevallen waarbij de overheid strafvorderlijke schade heeft veroorzaakt gelijke mogelijkheden (voor verdachten onderling en tussen verdachten en derden) zijn ontstaan en toekenning van schadevergoeding vooral afhangt van de – aanvullende – domeinspecifieke voorwaarden dat sprake is van gebleken onschuld, geen restverdenking en geen negatieve processuele schuld/proceshouding. In civilibus is een geïsoleerde ontwikkeling tot stand gekomen voor schade door de gewezen verdachte geleden tengevolge van strafvorderlijk handelen, waarbij een eigen categorie 'achteraf onrechtmatigheid' geconstrueerd is (in geval van gebleken onschuld). Samengevat komt het erop neer dat voor diegene wiens onschuld blijkt uit de strafzaak een algemeen recht op vergoeding van schade tengevolge van (alle) strafvorderlijke dwangmiddelen[28] bestaat (waarbij overigens de omvang naar redelijkheid wordt vastgesteld en ook nog verminderd kan worden) indien de zaak eindigt zonder veroordeling. Voor diegene wiens onschuld niet blijkt uit de strafzaak en die schade heeft geleden tengevolge van vrijheidsbenemende dwangmiddelen staat de weg van de regeling van de artikelen 89-93 Sv open en in dat geval kan die schadevergoedingsrechter op basis van billijkheid vaststellen of en zo ja, in hoeverre, de geleden schade vergoed dient te worden.

---

27 Gebaseerd op wettelijke regeling en onrechtmatige daad procedures. De afdoeningen buitenom zijn hier buiten beschouwing gebleven omdat inzicht daarin lastig is te verkrijgen. Gedacht moet worden aan beleidsmatige schadevergoedingen door regionale politiekorpsen. Zie daarover bijv. E.R. Muller e.a. 2006. Ook het openbaar ministerie (parket generaal) behandelt schadeclaims (zo'n 300 per jaar), aldus de ontwerp MvT bij het ontwerp wetsvoorstel 'Schadecompensatie strafvorderlijk overheidsoptreden', p. 4.

28 En overige strafvorderlijke handelingen tengevolge waarvan schade is geleden.

Voor diegene wiens onschuld niet blijkt uit de strafzaak en die schade heeft geleden tengevolge van andere dan vrijheidsbenemende dwangmiddelen, blijft de schade voor eigen risico, aangezien dan de weg naar de 89 Sv-rechter niet openstaat.

Overigens is daarbij door de Hoge Raad zelf onderkend[29] dat uit de uitspraak en uit de stukken meestal niet blijkt dat de verdachte het feit niet heeft begaan, ook omdat het strafvorderlijk onderzoek niet gericht is op het vaststellen van onschuld. De Hoge Raad heeft zich niet uitgelaten over de vraag wanneer die onschuld blijkt (behalve dan uit gedingstukken). Zoals hiervoor vermeld heeft de Hoge Raad in 2005 geaccepteerd dat de feitenrechter – voor zijn oordeel over de vraag of sprake is van gebleken onschuld – weliswaar op basis van het strafdossier toch een zekere (eigen) ruimte heeft om hierover tot een eigen oordeel te komen. Al met al betekent voorgaande dat:

- het soort gevallen waarin schadevergoeding mogelijk is, door de huidige wettelijke regeling beperkt is en niet alle schadesituaties dekt;
- en de meest opvallende voorwaarden waaronder schadevergoeding wordt toegekend, domeinspecifiek zijn en gerelateerd aan het voorgaande strafproces, namelijk indien sprake is van gebleken onschuld, geen restverdenking of negatieve processuele schuld/proceshouding (liegen, zwijgen), waarbij processuele schuld en proceshouding tevens van belang zijn voor de vermindering van de in beginsel toe te kennen vergoeding.

De ontwikkeling waarbij overheidsaansprakelijkheid voor bestuurlijk handelen wordt gebaseerd op de égalité-grondslag wordt op dit terrein van strafvorderlijke schade niet gevolgd. In zoverre is sprake van een geïsoleerde ontwikkeling voor schadevergoeding tengevolge van strafvorderlijk overheidshandelen, tenminste, voor wat betreft de gewezen verdachte. Voor schade tengevolge van strafvorderlijk overheidshandelen door de derde niet-verdachte geleden is namelijk (door de civiele rechter, in het kader van een onrechtmatigheidconstructie) wel aangesloten bij de grondslag égalité.

5.6.2 Cijfers en trends

Tot slot nog enkele feitelijke opmerkingen over hoeveel gevallen het gaat en welke bedragen daarmee zijn gemoeid. Tijdens de totstandkoming van de regeling wordt al gespeculeerd over de kosten daarvan, in eerste instantie als argument tegen het creëren van een regeling, later tegen het uitbreiden van de regeling (hoofdstuk 1, § 1.8.3). Vanaf de totstandkoming van de regeling is vast te stellen dat sprake is van een toenemend aantal claims en tevens valt

29 HR 29 april 1994, NJ 1995, 727

een toename van de toegekende bedragen waar te nemen.[30] Dat leidt er enkele malen toe dat de Kamer hierover vragen stelt (zie hoofdstuk 1). Zo vraagt in 1995 Kamerlid van Oven naar de op de voet van de regeling van de artikelen 89-93 Sv door rechterlijke instanties genomen beslissingen voor wat betreft het totaal aan uitgekeerde bedragen sinds 1991 (helaas wordt daar niet onderscheiden naar aantal gevallen waarin werd toegekend): in 1991 is dat ƒ 2.566.000,- in 1992: ƒ 2.913.000,- in 1993: ƒ 3.633.000,- en in 1994: ƒ 3.450.000,-.

Ook de wetenschap laat zich niet onbetuigd. Ter illustratie – dus zonder te streven naar volledigheid – haal ik enkelen naar voren, zoals voor de vroegste periode Domela Nieuwenhuis (1886) die meldt dat volgens een door de Regering overlegde overzicht blijkt dat in 1880 880 personen bij rechtbanken en 61 personen bij hoven preventieve hechtenis ondergingen zonder dat daarop een strafvonnis volgde. Mom Visch schatte in 1870 het aantal personen dat zonder veroordeling wordt ontslagen op 18 procent van het aantal aangehoudenen. In 1867 maakt Hingst melding van 3950 aangehoudenen (dat zou in de berekening van Mom Visch neerkomen op 711 gevallen). Maar volgens Domela Nieuwenhuis vermindert de toepassing van voorlopige hechtenis want in 1884 wordt melding gemaakt van 2878 aangehoudenen.[31]

Bijna een eeuw verder wordt door de Commissie Feber die de herziening voorbereidt van de inmiddels gecreëerde regeling van de artikelen 89-93 Sv een cijfermatig overzicht over de jaren 1952 t/m 1968 gepresenteerd.[32] Over 17 jaren was sprake van 204 verzoeken op grond van de regeling van de artikelen 89-93 Sv, derhalve gemiddeld 12 verzoeken per jaar, met opvallende uitschieters naar beneden in de periode 1956-1958 en in 1965 en 1966. Totaal werd in 89 van die 204 verzoeken een tegemoetkoming toegekend, per jaar aangegeven, gemiddeld is dat 5,2 per jaar, en het lijkt er dus op dat gemiddeld per jaar ongeveer iets minder dan de helft van het aantal verzoeken wordt toegekend, maar die conclusie dient voorzichtig te worden gehanteerd; er blijkt met name in het begin grotere terughoudendheid met toekenning dan in 1967 en 1968, maar ook in tussenliggende periodes wordt terughoudend toegekend, zoals in 1960 t/m 1963. Ten slotte de toegekende bedragen: totaal wordt in 17 jaren ƒ 97.869,- uitgekeerd, dus gemiddeld ƒ 5.757 per jaar, maar indien berekend per aantal toekenningen per jaar lopen de toegekende bedragen op in 1954/1955, wordt in 1960 heel weinig toegekend en loopt het vervolgens op, tot gemiddeld per toekenning een bedrag van ƒ 1.081 in 1967 en ƒ 2.620 in 1968. Cremers waagt zich aan een analyse over deze periode op basis van de cijfers van de Commissie Feber over de periode 1952-1968. In die jaren

30 Zie hierover eerder al N.M. Dane 2000, p. 35-39. Ook de recente cijfers van het CBS geven hiervan blijk.

31 Zie respectievelijk J. Domela Nieuwenhuis, Handelingen NJV 1886, I, p. 207, D.J. Mom Visch 1870 en S.J. Hingst 1876.

32 Bijlage IV bij het voorontwerp van de Commissie Feber, bij de MvT bij de wijzigingswet van 1975, Kamerstukken II 1972-1973, 12 132, nr. 3.

bedroeg landelijk het aantal verzoeken waarop definitief werd beslist zo'n 10 à 11 per jaar, waarvan in gemiddeld 39% van de gevallen een tegemoetkoming werd toegekend tot gemiddeld ƒ 3.000,- per jaar. In 1967 en 1968 stegen de cijfers sterk: 23 resp. 21 verzoeken, waarvan toegekend 10 respectievelijk 16 tot totaalbedragen van ƒ 10.810 en ƒ 41.928. Bij de totstandkoming van de wetswijziging in 1975 werd het gevolg van de verruiming geschat op ƒ 100 000 per jaar.[33] Dit bleek te laag, want uit CBS gegevens haalt Cremers dat '*in de eerste helft van de jaren 1986, 1987 en 1988 is onderscheidenlijk 437, 529 en 627 maal beslist op verzoeken om vergoeding op grond van de artikelen 89 en/of 591a Sv. In respectievelijk 67%, 72% en 74% van de gevallen werd een vergoeding toegekend, zulks tot een totaal bedrag van ƒ 786.000,- ƒ 169.000,- en ƒ 5.638.000,-.*'[34]

Ook Van Binsbergen (1965) publiceert cijfers over de periode 1952-1962 met het aantal verzoeken tot schadevergoeding voor ondergane voorlopige hechtenis op de voet van de regeling van de artikelen 89-93 Sv (tussen 4 en 18 per jaar), het aantal gevallen waarin deze vergoeding werd toegekend (tussen 1 en 9 maal) en het totaal bedrag van deze vergoedingen (tussen ƒ 700,- en ƒ 5.000,-).[35]

Ten slotte Tak (1970): ook hij kijkt naar cijfers over deze periode, waaruit blijkt dat in de periode 1955-1965 het totale bedrag dat aan schadevergoedingen wordt uitgekeerd niet boven de 4600 gulden uitkomt, waarbij ook het aantal verzoeken om schadevergoeding niet hoger dan 15 per jaar is geweest (in 1960), terwijl het aantal in voorlopige hechtenis genomen personen van 5332 in 1955 is toegenomen tot 6367 in 1965. Opvallend is dat ondanks het hoger aantal toegepaste voorlopige hechtenissen, er steeds minder beklaagden in vrijheid worden gesteld door niet-veroordeling, namelijk 182 in 1955 tegen 30 in 1965.[36] Van Veen meldt in 1976 dat tussen 1952 en 1966 het jaarlijks bedrag beneden de ƒ 6.000,- bleef, maar in 1967 werd ƒ 10.810,- uitgekeerd, in 1968 was dat ƒ 41.928,-.[37]

In de rapportage van de NVvR in 1994 worden ook enkele cijfers gepresenteerd waaruit onder andere blijkt dat het aantal toewijzingen hoger ligt dan het aantal afwijzingen, maar dat kan, volgens de opstellers van de rapportage, ook samenhangen met de onderzoeksmethode (gerechten selecteerden zelf de beslissingen t.b.v. het onderzoek). Ook concludeerden de rapporteurs van de NVvR voorzichtig dat de gemiddelde per diem vergoeding lag op ƒ 134,-.

In de periode 1990-2006 (CBS/Statline) loopt het aantal verzoeken tot schadevergoeding op de voet van artikel 89 Sv[38] van 692 in 1990 op tot 2850 in 2006 per jaar (verviervoudiging in 16 jaar), worden er daarvan respectievelijk 451

33 Aanbiedingsbrief van de Commissie Feber en MvA, p. 3.
34 J.H.F.J. Cremers 1989, p. 707. Zie verder bijv. ook nog J.P.B. Borsboom 1983, p. 149.
35 W.C. van Binsbergen 1965, p. 258.
36 P.J.P. Tak 1970, p. 26-27.
37 Th. W. Van Veen 1976, p. 77 noot 12.
38 Dus exclusief de verzoeken op de voet van art. 591a Sv (onder andere kosten raadsman), die nog hoger zijn.

in 1990 oplopend tot 2476 in 2006 toegekend (verzesvoudiging in 16 jaar, toekenningpercentage per jaar neemt ook scherp toe) en wordt er 0,9 miljoen euro in 1990 oplopend tot 7,2 miljoen euro in 2006 toegekend.[39] In totaal (voor wat betreft de regeling van de artikelen 89-93 Sv en artikel 591a Sv) wordt in 2006, 17,2 miljoen euro uitgekeerd. Dat is dan nog exclusief de toekenningen die door de civiele rechter plaatsvinden en exclusief de toekenningen die op andere wijze plaatsvinden.[40]

In ieder geval kan worden vastgesteld dat sprake is van een stevig stijgende lijn in de totale kosten, waarbij niet op voorhand te zeggen valt wat daar de oorzaken van zijn. Hoitink e.a. (2008) noemen als mogelijke oorzaken: meer voorgelegde zaken door het OM aan de rechter, een toename van het aantal zaken met voorarrest, de toegenomen claimbereidheid van de gewezen verdachte en de advocatuur.[41]

5.6.3 De bevindingen reflecteren een tijdgeest

De opbouw van een wettelijke regeling en de ontwikkelingen in de rechtspraktijk, voor wat betreft de keuzen die daarbij gemaakt worden (bijv. de beperkingen van een wettelijke regeling, de rechterlijke invulling van de billijkheid, de keuze voor een onrechtmatigheidconstructie) alsmede de wetenschappelijke verbeteringsvoorstellen zijn een feitelijke weerspiegeling van ieders antwoord op de vraag in hoeverre men een gewezen verdachte die niet is veroordeeld, een recht op schadevergoeding wil toekennen, of – anders gezegd – het antwoord op deze vraag '*is beslissend voor de constructie die men kiest om dat antwoord juridisch te onderbouwen*.'[42]

De eerste (en nog huidige) wettelijke constructie die politiek werd gekozen (1925) reflecteerde de opvatting van een overheid die inzag dat het voor een individuele burger onevenredig zwaar kon zijn om in het algemeen belang en in verband met de publieke taakuitoefening van de overheid, geconfronteerd te worden met vrijheidsbeneming, en vanuit die optiek werd in een regeling voorzien die enige lastenverdeling mogelijk maakte. Maar men wilde politiek geen recht in de zin van een aanspraak op vergoeding (want het ging om legitiem handelen van de overheid), dus slechts een mogelijkheid tot tegemoetkoming. Daarbij speelde de rol van de gewezen verdachte incl. zijn mogelijke betrokkenheid bij het strafbare feit een belangrijke factor die de rechter kon meenemen bij zijn beslissing. Flexibiliteit derhalve voor de overheid en eigenlijk

---

39 Ook J.E. Hoitink e.a. 2008 verwijzen naar CBS cijfers, maar gaan daar uit van het totaal (in 2006 namelijk € 17,2 miljoen) inclusief de kostenvergoedingen op de voet van art. 591a Sv.

40 Zie over die laatste categorie – die geen deel uitmaakt van onderhavig onderzoek – § 5.6.1 in noot 27.

41 J.E. Hoitink e.a. 2008, p. 874.

42 F.B. Bakels 2006, p. 24.

alleen bedoeld voor de te goeder trouw burger die echt niet betrokken was bij het strafbare feit waarvan men hem had verdacht. De financiële kant van de zaak zal ook een rol hebben gespeeld, hoewel dat in die periode niet expliciet wordt geuit. Opvallend is dat in de periode daaraan voorafgaand overigens al veel wetenschappelijke auteurs een rechtsgrond bepleiten (in de zin van een aanspraak op vergoeding, zie hoofdstuk 4 in § 4.3.3.3). Leyds (1884) baseert dat zelfs al op een gedachte die overeenkomt met het égalité-beginsel! Maar wetgever en rechter zijn in die periode dus aanzienlijk behoudender.

Maar de tijdgeest verandert want er komt met name in verband met het bestuursrecht veel meer discussie over legitiem overheidsoptreden en de schade die daarbij kan ontstaan voor individuele burgers. De bestuursrechtelijke wetgever en de rechter roeren zich en ontworstelen zich aan de aloude opvatting dat alleen in geval van onrechtmatig handelen een aanspraak op vergoeding bestaat. Juist de publiekrechtelijke verhouding vereist een specifieke grondslag die een aanspraak op vergoeding creëert voor schade in verband met legitiem handelen, namelijk als de schade voor deze individuele burger als onevenredig moet worden aangemerkt en geacht wordt niet binnen zijn normaal maatschappelijk risico te vallen. In die dynamiek bevinden we ons nog steeds en dat is ook dominant terug te zien in de wetenschappelijke discussie over specifiek strafvorderlijke schade. Toch lijkt op basis van de bevindingen dat politiek, rechtspraak en wetenschap voor dit specifieke terrein van strafvorderlijke schade niet altijd geheel parallel opgaan. Zo is de gedachte op een aanspraak op vergoeding voor de gewezen verdachte in de wetenschap inmiddels zeer ruim aanvaard (en dus al vroeg ingezet, zie Leyds), vanwege de grondgedachte dat individuele burgers niet onevenredig belast mogen worden door publieke lasten (al dan niet via de structuur die is opgebouwd rond het égalité-beginsel), en waarbij slechts de processuele schuld van die burger aan het ontstaan of vergroten van die schade nog roet in het eten mag gooien. De rechtspraak is nog verdeeld, want de strafrechter lijkt met zijn feitelijk ontwikkelde rechtspraktijk van forfaitaire vergoeding misschien wel van het zelfde uit te gaan,[43] de uitzonderingen daargelaten. De civiele Hoge Raad is echter terughoudend, en kijkt niet naar de onevenredigheid van de schade, maar naar de vermoedelijke feitelijke betrokkenheid van de burger bij het strafbare feit waarvoor hij werd vervolgd, want slechts gebleken onschuld creëert een recht op vergoeding van de geleden schade (via een onrechtmatige daad constructie). Dan breekt ten slotte ook het égalité-beginsel door in de civiele rechtspraak met betrekking tot strafvorderlijke schade, althans waar het de derde, niet gewezen verdachte betreft (Staat-Lavrijsen). De Hoge Raad houdt namelijk voor de gewezen verdachte vast aan de oude constructie

43 Binnen een regeling die ook uitging van 'schadevergoeding, tenzij', maar die wel gebaseerd was op een billijkheidstoekenning en dus een gunstensfeer ademde.

(deze optiek dient overigens wel geplaatst te worden in de dynamiek dat een wetsvoorstel in het verschiet ligt).

De ontwerp wetgever (2007) lijkt zich inmiddels aan te sluiten bij de tijdgeest in het domein van het publiekrecht dat algemeen aanvaard lijkt dat een individuele burger (gewezen verdachte of derde) een aanspraak moet hebben op vergoeding van onevenredige schade tengevolge van overheidshandelen, in dit geval strafvorderlijk handelen. Daarbij wordt aangesloten bij de gedachte, waar in de literatuur iedereen het formeel over eens is, dat de eventuele werkelijke schuld van die burger aan het strafbare feit waarvoor hij werd vervolgd, er niet toe mag doen. Toch houdt de ontwerpwetgever nog een kleine slag om de arm; is dat principieel van aard of heeft dat met financiële aspecten te maken. De wetgever is daarin niet duidelijk. Op dit punt ga ik nader in bij hoofdstuk 7.

DEEL II

6 Beoordeling van de bevindingen

6.1 INLEIDING

In hoofdstuk 5 zijn de bevindingen uit de hoofdstukken 1, 2 en 3 over de grondslag, de wettelijke en aanvullende voorwaarden en over omvang bij het geldend recht ter zake van vergoeding van schade in verband met legitiem strafvorderlijk overheidshandelen nader geanalyseerd en is de aandacht die in de specifieke literatuur hieraan is besteed op hoofdlijnen benoemd. Uit dit geheel komt naar voren dat op dit terrein, voor wat betreft de grondslag voor vergoeding, sprake is van een geïsoleerde ontwikkeling. Enerzijds vanwege de door de wetgever gekozen billijkheidsgrondslag voor de specifieke wettelijke schadevergoedingsregeling van de artikelen 89-93 Sv voor schade tengevolge van vrijheidsbenemende dwangmiddelen. Anderzijds doordat ook de civiele rechter er niet voor koos om voor schadevergoeding bij legitiem overheidshandelen voor de gewezen verdachte aan te sluiten bij de ontwikkeling in het bestuursschaderecht en bij de ontwikkeling om – ook voor strafvorderlijke schade, maar dan voor de derde – het égalité-beginsel als grondslag voor vergoeding aan te merken.

Verder bleek dat zowel bij de specifieke regeling van de artikelen 89-93 Sv als in civilibus (invulling onrechtmatige daad in geval van strafvorderlijke schade) door de rechter met name domeinspecifieke aanvullende voorwaarden (restschuld, restverdenking) worden gesteld om een gevraagde vergoeding te weigeren of te beperken. In geval van de procedure op de voet van de artikelen 89-93 Sv worden deze domeinspecifieke voorwaarden (naast de wettelijke beperkende voorwaarden van de regeling) gebruikt bij de invulling van de billijkheid, terwijl de civiele rechter deze zelfde domeinspecifieke voorwaarden gebruikt bij de vaststelling of sprake is van onrechtmatigheid. Deze ontwikkeling leidde er mede toe dat niet voor iedereen die schade lijdt in verband met een legitiem optredende strafvorderlijke overheid, dezelfde mogelijkheden open staan voor vergoeding van die schade. Naast het oorspronkelijk – door de wetgever – gekozen onderscheid tussen hen die schade hebben geleden tengevolge van het ondergaan van vrijheidsbenemende dwangmiddelen en zij die schade hebben geleden tengevolge van overig strafvorderlijk optreden, is er – als gevolg van de rechtspraak – een onderscheid ontstaan tussen gewezen verdachten onderling (namelijk zij, wier onschuld wel is gebleken en zij van wie dat niet het geval is) en tussen gewezen verdachten

en derden die schade lijden tengevolge van een strafproces (in verband met de vaststelling van onrechtmatigheid).

Deze bevindingen doen vermoeden dat dit terrein (schadevergoeding voor strafvorderlijk overheidsoptreden) gedomineerd wordt door een strafrechtelijke domeinspecifieke invalshoek die enerzijds politiek leidde tot de keuze van een billijkheidsgrondslag en anderzijds – in de rechtspraktijk waar de rechter met verzoeken tot vergoeding van strafvorderlijke schade geconfronteerd werd[1] – tot de keuze voor het hanteren van voornamelijk domeinspecifieke aanvullende voorwaarden bij de beoordeling over schadevergoeding.

De vraag of deze ontwikkeling tot een wenselijke rechtspraktijk heeft geleid, wordt hier beantwoord vanuit de betekenis van enkele fundamentele uitgangspunten van de rechtsstaat, met daarbij aandacht voor waardenrationaliteit (basisuitgangspunten over relatie tussen overheid en burger) en een juridisch systematische rationaliteit (systematische benadering van het strafprocesrecht, inclusief EVRM).[2] Daartoe wordt eerst kort ingegaan op enige relevante overeenkomsten en verschillen in de aard van de relatie tussen strafvorderlijke overheid en burger en bestuurlijke overheid en burger waar het de legitieme toepassing van bevoegdheden betreft die tot schade kunnen leiden. Dat leidt tot een algemeen uitgangspunt op basis waarvan de bevindingen vervolgens kunnen worden beoordeeld. Daarnaast worden enkele andere algemene uitgangspunten benoemd, namelijk enkele fundamentele uitgangspunten van de rechtsstaat waarvan men kan zeggen dat ze in het algemeen rechtsbewustzijn leven (gelijkheidsbeginsel, rechtszekerheidsbeginsel en ook aan het beginsel van rechtseenheid).

Naast deze algemene uitgangspunten wordt ingegaan op de systematiek van het strafproces en betekenis en functie (en onderlinge samenhang) van enkele begrippen die in het strafrecht een domeinspecifieke betekenis hebben (onschuldbeginsel, materiële schuld, verdenking, verklaringsvrijheid en zwijgrecht). Dat geheel van (algemene en domeinspecifieke) uitgangspunten biedt een toetskader (§ 6.2) op basis waarvan de meest kenmerkende bevindingen met betrekking tot grondslag, voorwaarden en aspecten van omvang kunnen worden beoordeeld (§ 6.3).

Vervolgens wordt op basis van ditzelfde kader in hoofdstuk 7 bezien welke consequenties hieraan verbonden zouden moeten worden qua toekomstig perspectief voor wat betreft grondslag, voorwaarden en aspecten van omvang

1 Zowel de strafrechter als de civiele rechter.

2 I.Th.M Snellen 1987 onderscheidde (p. 3-5) vier stelsels van criteria waaraan overheidsbeleid moet voldoen: politieke rationaliteit, juridische rationaliteit, economische rationaliteit, technisch- en sociaal wetenschappelijke rationaliteit. Voor het strafproces onderscheidt C.P.M. Cleiren als meest herkenbare rationaliteiten: waardenrationaliteit, juridsch systematische rationaliteit, 'rollen' rationaliteit, ketenrationaliteit, politieke rationaliteit en economische rationaliteit, en stelt dat met behulp hiervan inzichtelijk kan worden gemaakt welke belangen een rol spelen, omdat zij herkend kunnen worden als een element van een of meer rationaliteiten, zie C.P.M. Cleiren 2003, p. 55-79 en C.P.M. Cleiren 2006, p. 20 e.v.

ter zake van schade tengevolge van legitiem strafvorderlijk overheidshandelen, waarbij ook het inmiddels ingezette traject voor een ontwerp wetsvoorstel 'Schadecompensatie strafvorderlijk optreden' – eveneens vanuit de hier ontwikkelde optiek – beschouwd wordt. Daarbij zal ook enige aandacht zijn voor een politieke en economische rationaliteit.

6.2 TOETSKADER: ALGEMENE EN DOMEINSPECIFIEKE UITGANGSPUNTEN, DE PUBLIEKRECHTELIJKE AARD VAN DE STRAFRECHTELIJKE RECHTSBETREKKING EN DE SYSTEMATIEK VAN HET STRAFPROCES (NATIONAAL EN OP BASIS VAN HET EHRM)

6.2.1 Inleiding

Gebleken is dat domeinspecificiteit dominant is in het beschreven geldend recht op dit terrein, zowel ten aanzien van de gekozen grondslag als ten aanzien van de gehanteerde (aanvullende) voorwaarden voor vergoeding van schade die voortvloeit uit de relatie tussen strafvorderlijke overheid en burger. Daarmee is een geïsoleerde ontwikkeling tot stand gekomen op dit deel van het overheidsaansprakelijkheidsrecht. Een voor de hand liggende vraag is of daardoor de rechtseenheid en rechtsgelijkheid onder druk staat. Dat hoeft niet het geval te zijn, omdat wellicht de geïsoleerde ontwikkeling te verklaren is vanuit de specifieke rechtsrelatie tussen burger en strafvorderlijke overheid waarbinnen de schade is ontstaan. Om dus (een deel van) de bevindingen op het terrein van schadevergoeding voor legitiem strafvorderlijk overheidsoptreden te kunnen toetsen aan de algemene uitgangspunten van rechtseenheid en rechtsgelijkheid, dient eerst nader de aard van de strafrechtelijke rechtsbetrekking – de relatie waarbinnen de schade ontstaat – verkend te worden. Ik vergelijk deze met de aard van de publiekrechtelijke rechtsrelatie aangezien ook daar schade kan ontstaan in verband met – overigens legitiem – overheidshandelen. Dat geeft een invalshoek op basis waarvan de huidige mate van rechtseenheid en rechtsgelijkheid op of binnen deze rechtsterreinen kan worden beoordeeld, naast de algemene beoordeling of voldoende mate is van rechtszekerheid voor de betrokken burger. Tevens geeft het een kader van waaruit toekomstige ontwikkelingen beschouwd kunnen worden.

Naast de toets aan genoemde algemene uitgangspunten is ook een domeinspecifieke toets ingegeven vanwege het feit dat uit de bevindingen zo sterk naar voren komt dat enkele domeinspecifieke factoren een doorslaggevende rol spelen in de schadevergoedingsprocedures (zowel die op de voet van de artikelen 89-93 Sv als in civilibus), namelijk de verdenking, de onschuld en de proceshouding. Op zich is dat opvallend, aangezien deze begrippen namelijk een zeer eigen domeinspecifieke betekenis hebben binnen het (aan de schadevergoedingsprocedure voorafgaande) strafproces en systematisch met elkaar zijn verbonden. Aangezien het gebruik van deze begrippen in de

schadevergoedingsprocedures veronderstelt dat het om dezelfde begrippen gaat als die binnen het strafproces, is het de vraag hoe het gebruik van deze factoren in een schadevergoedingsprocedure zich verhoudt met de betekenis die aan deze begrippen in het strafproces toekomt. Daartoe is een nadere verkenning naar de functie en betekenis van enkele domeinspecifieke beginselen en uitgangspunten binnen de systematiek van het strafproces nodig, inclusief de betekenis die daaraan in EHRM rechtspraak is gegeven.

Op basis daarvan kan dan straks beoordeeld worden hoe het gebruik van deze factoren in de schadevergoedingsprocedures zich verhoudt met de betekenis en functie die zij oorspronkelijk hebben en met enkele domeinspecifieke uitgangspunten en welke eventuele consequenties daaraan verbonden moeten worden voor wat betreft de grondslag waarop of de voorwaarden waaronder schade voor vergoeding in aanmerking komt.

6.2.2 Algemene uitgangspunten als perspectief van toetsing

6.2.2.1 De aard van de strafrechtelijke rechtsbetrekking en van de publiekrechtelijke rechtsbetrekking

De positie van de overheid ten opzichte van de burger wordt gekenmerkt door het feit dat de overheid ten opzichte van de burger bepaalde bevoegdheden mag uitoefenen onder bepaalde voorwaarden, waarbij de overheid inmiddels in de moderne rechtsstaat[3] gehouden is aan bepaalde rechtsbeginselen en uitgangspunten. De overheid en de burger staan dus als rechtssubjecten in een onderlinge relatie (of rechtsbetrekking) die wordt bepaald door rechtsregels en rechtsbeginselen.[4] In het bestuursrecht zijn dat de abbb en in het strafrecht naast de beginselen van een behoorlijke procesorde ook domeinspecifieke beginselen zoals het onschuldbeginsel.

Zo bezien is de relatie tussen strafvorderlijke overheid en burger grotendeels vergelijkbaar met die tussen bestuurlijke overheid en burger, hoewel de invulling van de voorwaarden waaraan de overheid gehouden is en de soorten bevoegdheden die mogen worden uitgeoefend domeinspecifiek (verschillend) zijn.

---

3 Ten opzichte van de klassieke rechtstaat van de negentiende eeuw, zie hierover bijv. J.L.M. Gribnau 1996, p. 95-118.

4 Over het begrip rechtsbetrekking is zeer veel geschreven, zie onder andere N. Achterberg 1982, E.M.H. Hirsch Ballin 1989, p. 1-4 en E.M.H. Hirsch Ballin 1991, p. 261-265, R.M. van Male 1993, T.M. Schalken 1987 en C.P.M. Cleiren 1992. Ik hanteer hier zowel het begrip rechtsbetrekking als het begrip rechtsrelatie in de betekenis zoals in de tekst genoemd 'De overheid en de burger staan als rechtssubjecten in een onderlinge relatie (of rechtsbetrekking) die wordt bepaald door rechtsregels en rechtsbeginselen.'

De aard van de publiekrechtelijke rechtsbetrekking tussen bestuurlijke overheid en burger wordt veelal als een wederkerige relatie beschouwd.[5] Dat is ook het uitgangspunt van de Awb. In de Memorie van Toelichting werd gesteld dat beide partijen rekening moeten houden met de positie en de belangen van de andere partij, met hetgeen het parlement instemde. De gedachte van de wederkerige rechtsbetrekking blijkt uit diverse regelingen in en toelichtingen op de Awb.[6] Damen stelt echter terecht dat de werkelijke Awb-mens (burger die in een werkelijk wederkerige en horizontale betrekking tot de overheid staat) alleen is voorbehouden aan machtige rechtspersonen. In andere verhoudingen tussen overheid en burger domineert namelijk over het algemeen de overheid.[7] Feitelijk zou men de bestuursrechtelijke relatie dan ook als betrekkelijk wederkerig kunnen beschouwen.

De strafrechtelijke rechtsbetrekking is qua aard en systematiek hiermee – voor een relevant deel althans – vergelijkbaar. Hoewel het Nederlandse strafrecht gebaseerd is op het inquisitoir beginsel[8] heeft het de nodige accusatoire trekken gekregen. Hoewel in het vooronderzoek het karakter van de rechtsrelatie nog overwegend inquisitoir (eenzijdig) van aard is, is het richting eindonderzoek steeds meer accusatoir van aard,[9] waardoor de verdachte als mondige burger wordt erkend en hem als zodanig (proces) rechten toekomen naast zijn plichten.[10] In navolging van de handboeken spreken we inmiddels – in ieder geval voor wat betreft het eindonderzoek – dan ook over een gematigd accusatoir proces. Dat impliceert onder andere dat binnen deze relatie ook de plichten van de burger ten opzichte van de overheid toenemen en meer medeverantwoordelijkheid ontstaat. Toch is de verdachte ook tijdens de terechtzitting geen volwaardige procespartij en blijft de overheid dominant.[11] In dit verband kan verwezen worden naar het algemeen kader herziening wetboek van strafvordering, waar de minister van justitie specifiek ingaat op (herijking van) de positie van de verschillende procesdeelnemers. Het gebruik van het begrip 'procesdeelnemers' in dit verband sluit aan bij het hiervoor gestelde over de aard van de relatie.[12]

---

5 Ook over de wederkerigheid is veel geschreven, onder andere R.M. van Male 1993, v.a. p. 17, C.P.M. Cleiren 1992, met name p. 22 e.v. en E.C.H.J. van der Linden en A.Q.C. Tak 1995, zie daarin onder andere W.J.J. Beurskens 1995, p. 29 e.v.

6 Kamerstukken II 1991-1992, nr. 3, p. 33-35, waar is aangegeven dat is aangesloten bij het wederkerigheidconcept. Zie hierover bijv. R.P.J.L. Tjittes 1996, p. 51 e.v. Zie ook E.C.H.J. van der Linden en A.Q.C. Tak 1995.

7 L.J.A. Damen 1993, p. 128.

8 In de zin dat de vervolging uitgaat van de Staat in plaats van op aanklacht ('accusatio'). Zie over dit onderscheid bijvoorbeeld J.H. Drenth 1939, p. 10 e.v.

9 Ook onder invloed van het EVRM.

10 Zie A.C. 't Hart 1993, p. 41.

11 Dat impliceert dat men de burger ook niet tot teveel kan verplichten, zolang hij met name nog object van onderzoek is, ook dus niet voor wat betreft zijn keuze voor een bepaalde proceshouding, aldus C.P.M. Cleiren 2006, p. 19. Over proceshouding straks meer.

12 Kamerstukken II 2003/2004, 29 271, nr. 1.

De relatie tussen strafvorderlijke overheid en burger verschilt op dit punt (toepassen bevoegdheden onder voorwaarden, betrekkelijk wederkerige relatie) dus niet wezenlijk van die tussen bestuursrechtelijke overheid en burger.[13] Dat zou zich in beginsel moeten vertalen in de wijze waarop wordt omgegaan met schade die de burger binnen deze relatie lijdt tengevolge van – of ondanks – de legitieme toepassing van die bevoegdheden onder voorwaarden: de in haar kern vergelijkbare aard van de bestuurlijke en strafvorderlijke rechtsbetrekking veronderstelt namelijk dat er *in beginsel* geen reden is de binnen die vergelijkbare relatie ontstane schade voor de burger op een verschillende grondslag voor vergoeding te stoelen.

Ten eerste (waardenrationalteit) omdat de uiteindelijk gekozen schadevergoedingsconstructie namelijk een weerslag is van de daaronder liggende rechtsnorm, een rechtsnorm die betrekking heeft op de verdeling van schade in verband met legitiem overheidsoptreden, een rechtsnorm die iets stelt over de verhouding tussen overheid en burger in geval die burger schade lijdt terwijl de overheid legitiem haar taak uitvoert. Ongeacht welke rechtsnorm dat uiteindelijk is (afhankelijk van de tijdgeest) is het van groot belang dat de uiteindelijke constructie voor specifiek strafvorderlijke schade in dezelfde geest wordt opgesteld als de uiteindelijke constructie voor bestuurlijke schade en daarmee lijkt zich niet goed te verhouden dat de vergoeding van strafvorderlijke schade op een andere grondslag gebaseerd zou zijn dan die van bestuurlijke schade, aangezien de gekozen grondslag het meest de onderliggende rechtsnorm weergeeft.

Ten tweede (juridisch systematische rationaliteit), en voor een deel samenvallend met het eerste argument, omdat ook vanwege de eisen van rechtseenheid en rechtsgelijkheid in beginsel sprake zou moeten zijn van coherentie in de grondslag op basis waarvan de schade die in die rechtsrelaties is ontstaan kan worden vergoed en dat zoveel als mogelijk coherentie in processystematiek zou moeten worden nagestreefd.

Bovenstaande zou slechts anders kunnen zijn indien er dwingende (domeinspecifieke) redenen zijn tot afwijking. Met andere woorden het zou zo kunnen zijn dat het 'eigene' van het strafrecht terecht dient te leiden tot een 'eigen' schadevergoedingsconstructie. In dat geval is het van belang nader aan te geven in welk onderdeel van de uiteindelijke constructie dat dan naar voren zou moeten komen (grondslag, voorwaarden of omvang).

---

13 Kwakman benadrukt overigens terecht dat wel graduele verschillen bestaan, omdat bijvoorbeeld de invulling van het proportionaliteitsbeginsel in de strafrechtelijke relatie anders is dan in de bestuursrechtelijke relatie vanwege de verschillen in tijdsdruk op het moment dat de overheid een beslissing neemt ten opzichte van een burger. Dat legitimeert dat de doel-middel afweging in de strafrechtelijke relatie, waar snel moet worden gehandeld bij bijv. het nemen van beslissingen over de toepassing van dwangmiddelen, globaler van aard mag zijn dan die in de bestuurlijke relatie, waar meer tijd is om een bestuurlijk besluit voor te bereiden en bij de belangenafweging de concrete belangen van mogelijke gedupeerden in kaart te krijgen. N.J.M. Kwakman 2003, p. 366.

De grondslag van de huidige schadevergoedingsregeling wordt mede aan de hand van bovenstaande uitgangspunten in dit hoofdstuk beoordeeld (§ 6.3) en dat leidt tot een voorlopige conclusie. In hoofdstuk 7 wordt vervolgens nader ingegaan op de vraag welke grondslag zich het beste leent voor vergoeding van strafvorderlijke schade (in verband met achterliggende rechtsnorm) en hoe daarbij dient te worden omgegaan met domeinspecificiteit. Daarbij wordt eveneens de grondslag in het ontwerp wetsvoorstel Schadecompensatie besproken, ook in verband met het voorontwerp Nadeelcompensatie.

6.2.2.2 Rechtseenheid, rechtsgelijkheid, rechtszekerheid

Een toets van het huidig recht aan algemene fundamentele uitgangspunten ligt voor de hand, aangezien elk deel van het recht moet voldoen aan eisen van rechtsgelijkheid, rechtszekerheid en ook aan het beginsel van rechtseenheid. Toch vereist dit nog een korte verkenning. De vraag of de geïsoleerde ontwikkeling op dit terrein voor wat betreft de grondslag en voorwaarden in overeenstemming is met het vereiste van rechtseenheid en rechtsgelijkheid is namelijk niet zomaar te beantwoorden. Daarvoor is eerst een afbakening nodig van het terrein waarbinnen rechtseenheid en rechtsgelijkheid dient te bestaan. Kan daarvoor worden volstaan met de kolom schadevergoeding in verband met legitiem strafvorderlijk overheidshandelen zelf (intra) of gaat het om een bredere kolom schadevergoeding voor legitiem overheidshandelen (strafvorderlijk en bestuurlijk) waarbinnen sprake dient te zijn van rechtseenheid (inter)? In het laatste geval zouden er overigens ook legitieme (domeinspecifieke) redenen kunnen zijn om af te wijken van de ontwikkelingen binnen die bredere kolom van rechtmatig overheidsschade recht.

Een vergelijkbare vraag speelt ook met betrekking tot de eis van rechtsgelijkheid. Gaat het alleen om rechtsgelijkheid van de ene burger die schade lijdt in verband met legitiem strafvorderlijk overheidshandelen ten opzichte van de andere burger die in dezelfde strafrechtelijke rechtsrelatie met de overheid schade lijdt (intra), of gaat het daarnaast ook om rechtsgelijkheid tussen de burger die schade lijdt in verband met legitiem strafvorderlijk overheidsoptreden ten opzichte van de burger die schade lijdt in verband met legitiem bestuurlijk overheidsoptreden (inter)? Om straks de bevindingen te kunnen toetsen aan deze eisen ga ik daarom eerst in op de aard van de rechtsrelatie waarbinnen de schade ontstaat. Ik maak daartoe een korte vergelijking tussen de hier relevante aspecten van de strafrechtelijke rechtsrelatie en de bestuurlijke rechtsrelatie om zodoende de omvang van de kolom van het recht waarbinnen rechtseenheid en rechtsgelijkheid als vereiste gesteld wordt, te kunnen bepalen.

6.2.3 Domeinspecifieke uitgangspunten als perspectief van toetsing: de systematiek van het strafproces en functie en betekenis van enkele domeinspecifieke beginselen[14]

6.2.3.1 De systematiek van het strafproces: relatie tussen het onschuldbeginsel en de eenzijdige schuldvaststelling door de strafrechter

Aan (al dan niet gebleken) onschuld wordt in de huidige rechtspraktijk een dominante rol toebedeeld bij de beoordeling of een gewezen verdachte in aanmerking komt voor vergoeding van schade tengevolge van legitiem strafvorderlijk overheidshandelen. Aan de andere kant is er de onschuldpresumptie, die, in de strafrechtelijke rechtsbetrekking, een normerende functie vervult en waarvan de doorwerking op schadevergoedingsprocedures veelal wordt aangenomen. Aangezien het gebruik van deze begrippen en uitgangspunten gecentreerd zijn rond het schuldbegrip, en het gebruik van schuldgerelateerde begrippen in schadevergoedingsprocedures veronderstelt dat het om dezelfde schuldbegrippen gaat zoals die binnen het strafproces gelden, ga ik hier nader in op de systematiek van het strafproces voor wat betreft de notie schuld. Op basis daarvan kan dan straks het in de schadevergoedingsprocedures dominante gebruik van aan schuld gerelateerde voorwaarden beoordeeld worden.

Hiervoor werd al gesteld dat de strafrechtelijke en de bestuurlijke rechtsrelatie in hun aard vergelijkbaar zijn. Toch zijn er ook verschillen tussen de strafvorderlijke en de bestuurlijke rechtsrelatie die te verklaren zijn vanuit hun domeinspecificiteit: voor het strafrecht geldt dat op het moment dat sprake is van een verdenking (en dat is een domeinspecifiek criterium, zie hierna) voor de overheid de bevoegdheid ontstaat om dwangmiddelen toe te passen, waarbij de overheid gebonden is aan een belangenafweging en diverse (ongeschreven en geschreven) normen, zoals het proportionaliteitsbeginsel en het subsidiariteitsbeginsel.[15] Die algemene normen gelden overigens ook in de bestuursrechtelijke relatie. Maar in de strafvorderlijke rechtsrelatie gelden daarnaast nog enkele domeinspecifieke beginselen, zoals de onschuldpresumptie.

Behalve de verdenking en het onschuldbeginsel, is er echter nog een wezenlijk verschil tussen de bestuursrechtelijke rechtsrelatie en de strafrechtelijke, namelijk de gerichtheid van het strafvorderlijk proces op de vaststelling van de materiële schuld, waarbij in beginsel slechts de strafrechter de bevoegd-

14 Gedeelten uit deze paragraaf zijn al eerder gepubliceerd in een artikel dat ik samen schreef met J. uit Beijerse 1996, p. 259-288.

15 De overheidsfunctionaris en de rechter dienen bij de beslissing om een middel in te zetten in elk concreet geval te beoordelen of het middel niet te zwaar is voor het te bereiken doel (proportionaliteit) en of er geen ander minder zwaar middel is om hetzelfde doel te bereiken (subsidiariteit).

heid heeft deze materiële schuld eenzijdig vast te stellen.[16] Op dit oude uitgangspunt is inmiddels een uitzondering gecreëerd door de Wet OM afdoening waardoor genoemd verschil voor een deel van het strafrechtelijk sanctierecht vervalt.[17] Daarmee krijgt het OM namelijk taken die tot nu toe exclusief bij de rechtsprekende macht lagen. Deze verschuiving binnen de historisch gegroeide verhouding tussen OM en rechtsprekende macht zou daarom nog wel eens grote gevolgen kunnen hebben.[18] Het is de vraag of de wetgever dat heeft voorzien.[19]

Deze domeinspecifieke eenzijdige vaststelling van de materiële schuld door de rechter heeft een zeer domeinspecifiek gevolg, namelijk dat de vrijheidsstraf mag worden ten uitvoer gelegd. Slechts de eenzijdige vaststelling van de materieelrechtelijke schuld door de strafrechter legitimeert een dergelijke langdurige inbreuk op het fundamentele recht op vrijheid.

Het meest domeinspecifieke in de aard van de strafrechtelijke rechtsbetrekking heeft daarom vooral te maken met de verandering van de formeel straf-

16 De domeinspecificiteit komt ook zijdelings aan de orde in de Begaclaim-uitspraak uit 2006. Door de verdediging wordt namelijk aangevoerd dat sprake dient te zijn van analoge toepassing van de doctrine van de oneigenlijke formele rechtskracht uit het bestuursrecht. Dat is de doctrine ter zake van overheidsaansprakelijkheid met betrekking tot vernietigde besluiten (waarmee de schuld van het overheidslichaam is gegeven en de gevolgen aan het overheidslichaam worden toegerekend). De Hoge Raad ziet het anders en stelt *'dat die situatie verschilt van onderhavige kwestie, aangezien de beslissing tot vervolging niet, zoals een besluit, gericht is op het eenzijdig de rechtspositie van de burger bepalen, maar ertoe strekt de ten laste gelegde gedraging ter beoordeling aan de strafrechter voor te leggen.'* (HR 13 oktober 2006, NJ 2007, 432 (Begaclaim), r.o. 5.4.3. Zie hoofdstuk 3 in § 3.2.3.5 en § 3.3.8). Hiermee volgt de Hoge Raad de A-G die ingaat op de overeenkomst en het verschil tussen het instellen van een strafvervolging en het nemen van een bestuursrechtelijk besluit. De A-G benadrukt dat kenmerkend voor het bestuursrecht is dat een bestuursorgaan eenzijdig vaststelt wat rechtens geldt, maar het Openbaar Ministerie niet; die legt slechts zijn visie aan de strafrechter voor (A-G Langemeijer sub 3.26). Dat sluit aan op het hiervoor gestelde: inderdaad is slechts de strafrechter bevoegd de materiële schuld eenzijdig vast te stellen en dat is dan ook het kenmerkende doel van het strafproces.

17 Door de Wet OM afdoening (Wet van 7 juli 2006, Stb. 330 jo. 2007, 130), krijgt het OM met de invoering van de strafbeschikking de mogelijkheid om lichte strafbare feiten zelf af te doen, zonder tussenkomst van de rechter. Het OM kan daarbij (niet vrijheidsbenemende) straffen of maatregelen opleggen die berusten op een schuldvaststelling. Een strafbeschikking kan worden opgelegd voor overtredingen of misdrijven waarop een maximumstraf is gesteld van niet meer dan zes jaar, en de belangrijkste straffen of maatregelen die kunnen worden opgelegd zijn de taakstraf (met maximum), een geldboete, ontzegging van de rijbevoegdheid (met maximum) en deze berusten op een schuldvaststelling. Het wordt echter niet mogelijk een vrijheidsstraf op te leggen; dat blijft voorbehouden aan de rechter.

18 Dat zou bijv. kunnen betekenen dat in de toekomst de oneigenlijke formele rechtskracht zou kunnen worden toegepast op dit terrein, door de bevoegde autoriteit die over schade tengevolge van strafvorderlijk overheidshandelen dient te oordelen op grond van het wetsvoorstel Schadecompensatie strafvorderlijk overheidsoptreden.

19 Terecht kritisch daarover J.H. Crijns 2006. Crijns stelt (p. 60) dat de wetgever z.i. niet voldoende inzichtelijk heeft kunnen maken waarom een dergelijke ingrijpende verschuiving gerechtvaardigd en geboden is.

rechtelijke rechtsbetrekking (die genormeerd wordt door de onschuldpresumptie) door de eenzijdige vaststelling door de strafrechter van de materiële schuld.

De onschuldpresumptie is daarmee de formeelrechtelijke zijde van het schuldbegrip, waar de materiële schuld[20] de andere zijde is van datzelfde schuldbegrip.[21] Daarmee is de kern van de structuur van het strafproces gegeven.

Die formele norm, de onschuldpresumptie, in bovengenoemde betekenis, ligt ten grondslag aan ons nationale Wetboek van Strafvordering. Dat komt ondermeer tot uiting in de verdeling van de bewijslast: het is aan de staatsorganen om een onderzoek in te stellen naar de materiële waarheid, welke ze met wettige bewijsmiddelen dienen te bewijzen en niet aan de verdachte om zijn eigen onschuld te bewijzen. Dit is verankerd[22] in het Nederlandse systeem waarin de bewijsvoering steeds in handen is van de rechter en er sprake is van een gesloten bewijsstelsel met bewijsminima.[23] Het feit dat ook de rechter gebonden is aan de instructienorm, is in ons nationaalrechtelijk systeem geconcretiseerd in artikel 271 lid 2 Sv[24] waarin kortweg wordt gesteld dat noch de voorzitter noch één der rechters op de terechtzitting blijk mogen geven van enige overtuiging over schuld of onschuld van de verdachte, een omschrijving die zich vooral richt op een uiterlijk waarneembaar aspect van het beginsel (de bejegening).

Deze domeinspecifieke instructie[25] geldt tot het moment dat de rechter iemands schuld vaststelt. Dat is dan ook waar het strafproces primair naar toegewerkt, naar het vaststellen van iemands 'schuld' aan een bepaald strafbaar feit. Dit 'schuld'-begrip correspondeert met het materiële recht en omvat bewezenverklaring plus kwalificatie plus eventueel afwezigheid van strafuit-

---

20 In plaats van gebruik te maken van het begrip 'materieelrechtelijke schuld' (hetgeen nog niets zegt over de procedure waarbinnen en door wie die schuld is vastgesteld) – zou ook gesproken kunnen worden van het begrip 'strafbaarheidschuld'. Daaronder versta ik de materieelrechtelijke schuld zoals vastgesteld door een onafhankelijke rechter op grond van het formeelrechtelijk beslissingskader conform alle voorschriften. Onder formeelrechtelijk beslissingskader versta ik hier dan 'op grondslag van de tenlastelegging en de beslissingsvolgorde van de artikelen 348 en 350 Sv'. Zie hierover het artikel dat ik samen schreef met J. uit Beijerse 1996, waaruit onderstaande gedeelten zijn ontleend. Zie ook mijn interventie tijdens de NJV 1996, N.M. Dane 1996, p. 49-52 en N.M. Dane 1997, 727-728, met naschrift van mr. Pieter H. Bakker Schut. Vergelijk ook de 'legal guilt' van H.L. Packer: het vaststellen van schuld volgens een wettelijk vastgestelde procedure door die autoriteiten die daartoe wettelijke bevoegdheid hebben. Zie daarvoor A. van der Plas 1981, p. 88 en 95 e.v.

21 Vergelijk ook J.F. Nijboer 1989, p. 381 e.v. waar hij de onschuldpresumptie rechtstreeks verbindt met het 'nulla poena sine iudicio'.

22 N. Keijzer 1987, p. 250. Eerder had Van der Plas enige twijfels over de werkelijke verankering. Zie A. van der Plas 1981, p. 98.

23 Zie artikel 339 Sv en 341 lid 4 Sv.

24 Tot aan inwerkingtreding van de wetswijziging van Wet van 15 januari 1998, Stb. 33 (op 1 februari 1998) was dit art. 302 Sv.

25 Domeinspecifiek, aangezien deze instructie niet bestaat voor het overige deel van het publiekrecht.

sluitingsgronden. Het doel van het strafproces is dus slechts het vinden van de materiële waarheid in de zin van het vaststellen van de materiële schuld aan het ten laste gelegde. De waarheid die men zoekt in het strafproces hangt in die zin scheef; zij is slechts gericht op de vaststelling van die materiële schuld en als de waarheid in die zin niet is vast te stellen, treedt het strafproces terug en wordt de vrijgesprokene of van rechtsvervolging ontslagene verder, voor wat betreft het strafrecht, ongemoeid gelaten.[26]

Voor dit onderzoek is met name relevant de consequentie van deze redenering: de formele norm waaraan de overheid gebonden is (onschuldpresumptie) blijft van kracht in die relatie tussen overheid en burger en kan slechts worden doorbroken (omslagpunt) door de vaststelling van materiële schuld door de strafrechter (het doel van het strafproces). Indien deze eenzijdige vaststelling van de materiële schuld niet plaatsvindt, blijft deze formele norm bestaan.

6.2.3.2 Consequentie van de systematiek: de doorwerking van het onschuldbeginsel op schadevergoedingsprocedures

Uit de hiervoor besproken systematiek van het strafproces (de verdachte dient formeelrechtelijk voor onschuldig gehouden te worden totdat zijn materieelrechtelijke schuld door een onafhankelijke rechter conform het formeelrechtelijk beslissingskader is vastgesteld) volgt dat elke gewezen, niet-veroordeelde verdachte, ongeacht of hij is vrijgesproken dan wel is ontslagen van rechtsvervolging, consequent voor het recht als onschuldige bejegend dient te blijven worden, omdat de rechter in die gevallen niet is toegekomen aan vaststelling van materiële schuld. Dat impliceert niet dat men in al deze gevallen materieel onschuldig is,[27] maar dat men volgens de instructienorm als onschuldige moet blijven worden behandeld.

Datzelfde geldt voor andere wijzen van beëindiging van het strafproces, waarbij de strafbaarheidschuld niet is vastgesteld, zoals definitieve niet ontvankelijkheid van het Openbaar Ministerie en sepot, waarbij veelal niet de gelegenheid is geweest tot gebruikmaking van het recht op verdediging, wat nog meer zorgvuldigheid vraagt in de aansluitende schadevergoedingsprocedure.[28]

---

26 J.F. Nijboer 1989, p. 381 en 372. Op die scheve waarheid wijzen recent ook weer Bakels (2006), Stolwijk (2007), en annotator Vranken bij HR 13 oktober 2006 (Begaclaim). Zij lijken met name daarom geen heil meer te zien in de gebleken onschuld als voorwaarde (in de op handen zijnde nieuwe wettelijke regeling) voor schadevergoeding. F.B. Bakels 2006, p. 32-33, S.A.M. Stolwijk 2007, p. 18, J. B.M. Vranken bij HR 1 oktober 2006, NJ 2007, 432, sub 18. De scheve waarheid in het strafproces verhoudt zich namelijk (vanuit bewijsrechtelijke invalshoek) slecht met de gedachte dat sprake moet zijn van (gebleken) onschuld om in aanmerking te komen voor schadevergoeding; daarop wezen velen in de afgelopen eeuwen (zie hierna).

27 Ik vrees dat ook Stolwijk hier zich even heeft laten verwarren als hij in dit verband stelt dat een vrijspraak een ondubbelzinnige uitspraak is over onschuld. S.A.M. Stolwijk 2007, p. 29.

28 Zie bespreking EHRM rechtspraak hierna.

Binnen het juridische kader waarin overheid en burger ten opzichte van elkaar staan, zowel in het strafproces zelf als in een schadevergoedingsprocedure daarna, geldt daarom een juridische werkelijkheid die als het ware 'kleiner' is dan de 'werkelijke' werkelijkheid. Vanwege dergelijke misverstanden is het daarom ook beter consequent te spreken van 'iemand als onschuldige behandelen' dan 'iemand voor onschuldig houden'. In principe houdt men iemand ook niet voor 'onschuldig', men houdt hem voor 'niet-schuldig'.[29] De vaststelling van onschuld is namelijk niet het doel van de waarheidsvinding uit het strafproces (scheve waarheid).

Kortom, indien de rechter niet is toegekomen aan vaststelling van de materiële schuld, 'geldt' het onschuldbeginsel in bovengenoemde betekenis. Dat heeft alleen werkelijke betekenis indien dat zou impliceren dat ook in een op de strafzaak volgende (en daarmee samenhangende) relatie tussen overheid en de desbetreffende burger, deze burger steeds als onschuldige bejegend blijft worden voor wat betreft de feiten waarvan hij oorspronkelijk verdacht was (maar niet materieel schuldig aan was bevonden).

Behalve uit de hierboven omschreven structuur van ons strafproces volgt dit inderdaad (deels) uit de rechtspraak van het Europees Hof voor de rechten van de mens (EHRM) met betrekking tot het onschuldbeginsel. Het onschuldbeginsel is namelijk uitdrukkelijk terug te vinden in artikel 11 lid 1 van de Universele verklaring van de rechten van de mens, in artikel 14 lid 2 van het Internationaal Verdrag inzake Burgerlijke en Politieke Rechten (IVBPR) en in artikel 6 lid 2 van het Europees Verdrag tot bescherming van de Rechten van de Mens en de fundamentele vrijheden (EVRM).[30] In het laatste artikel wordt bepaald dat degene die strafrechtelijk wordt vervolgd voor onschuldig moet worden gehouden totdat zijn schuld op de daarvoor door de wet voorgeschreven wijze ('according to law'[31])moet komen vast te staan. Dit impliceert dat

29 Zie onlangs ook zo M.S. Groenhuijsen 2008 , p. 201 e.v. waar hij kritiek uit op de andersluidende 'verwoording' van Stolwijk in diens afscheidsrede (S.A.M. Stolwijk 2007). M.i. bedoelt Stolwijk echter hetzelfde, namelijk dat het na vrijspraak niet meer aangaat om te verwijzen naar schuld.

30 Op grond van artikel 93 Grondwet kan men voor de nationale rechter de schending van waarborgen van zowel het EVRM als van het IVBPR bepleiten. Tevens is er een internationale rechtsgang voor beide verdragen. Omdat het EVRM de mogelijkheid biedt de betreffende normschendende overheid verplichtingen op te leggen, waarover bij niet-nakoming geklaagd kan worden en het IVBPR een veel zwakkere positie inneemt omdat het deze mogelijkheden ontbeert – de betrokken Staten zijn niet formeel gebonden aan de opvattingen van het Comité – is in dit onderzoek met name gebruik gemaakt van de relevante waarborgen van het EVRM.

31 Deze woorden bevatten niet slechts een verwijzing naar nationaal recht, maar ook naar het fundamentele beginsel van de 'rule of law', aldus eerder onder andere P. van Dijk en G.J.H. van Hoof 1990, p. 381.

in ieder geval de zittingsrechter adressant is van deze bepaling.[32] Hij stelt de schuld vast en is daarbij aan regels gebonden.

Over de betekenis die aan het begrip 'according to law' moet worden toegekend meende Mevis (1992) dat ook een rechter na afloop van het strafproces – waarbij de materiële schuld niet is vastgesteld – desondanks achteraf 'according to law' kan vaststellen dat de verdachte 'schuldig' is aan een strafbaar feit. Hij vergelijkt dit met artikel 36 b lid 1 sub 3 Sr en meent dat zodanige vaststelling achteraf niet strijdig zou zijn met de onschuldpresumptie zoals verwoord in artikel 6 lid 2 EVRM, omdat hij 'according to law' niet beperkt ziet tot het Nederlands formeelrechtelijk beslissingskader.[33] Ik deel die opvatting niet. Juist art. 36 b lid 1 sub 3 geeft namelijk duidelijk aan dat het niet gaat om vaststelling van schuld, maar om vaststelling dat een strafbaar feit *is begaan*. Art. 36 b lid 1 sub e luidt: '*Onttrekking aan het verkeer van in beslag genomen voorwerpen kan worden uitgesproken: (…) bij de rechterlijke uitspraak waarbij, niettegenstaande vrijspraak of ontslag van alle rechtsvervolging, wordt vastgesteld dat een strafbaar feit is begaan*;' Het geeft dus precies binnen de terminologie van ons Nederlands formeelrechtelijk beslissingskader aan (art. 350 Sv) op welke gevallen het doelt, waarbij het uitdrukkelijk niet gaat om vaststelling van schuld in de strafrechtelijke betekenis. Daarbij is het belangrijk te weten dat het bij het in art. 36 b lid 1 sub 3 bedoelde 'vaststellen dat een strafbaar feit is begaan' ook kan gaan om een ontkoppeling van het strafbare feit en de rechtreeks betrokken vrijgesprokene: indien er kan worden vastgesteld dat er (überhaupt), bijv. door iemand anders, een strafbaar feit is begaan, kan er worden onttrokken bij de rechtreeks betrokken vrijgesprokene; een dergelijke vaststelling kan bijv. worden gebaseerd op het feit dat er door een andere (nog onbekende) verdachte een misdrijf is begaan.[34] Met andere woorden het gaat in deze bepaling bij vrijspraak om beantwoording van de vraag of een strafbaar feit is begaan, ongeacht door wie. Bij deze bepaling (36b lid 1 sub 3 Sv) kan ook worden onttrokken in geval van ontslag van rechtsvervolging, maar ook dan indien sprake is van een begaan strafbaar feit. Dat impliceert dat bij ontslag van rechtsvervolging wegens een schulduitsluitingsgrond (wat de strafbaarheid van de persoon opheft, maar niet de strafbaarheid van het feit) wel kan worden onttrokken, maar bij ontslag van rechtsvervolging wegens een rechtvaardigingsgrond (geen strafbaar feit), kan niet worden onttrokken. Met andere woorden ook bij onttrekking is er geen sprake van dat dit zou impliceren dat materieelrechtelijke schuld (of strafbaarheidschuld) in de opvatting van ons formeelrechtelijk beslissingskader is vastgesteld. Bij

32 Dat is expliciet ook gesteld in bijv. EHRM 6 december 1988, Publ. ECHR series A vol 146 Barbera: de rechter mag niet bevooroordeeld zijn. Overigens heeft het EHRM later onder andere deze regel ook afgeleid uit andere rechten dan uit de onschuldpresumptie, zoals uit het recht op een onpartijdige rechter (art 6 lid 1 EVRM).

33 P.A.M. Mevis 1992, p. 757.

34 Zie in deze zin ook H.A. van den Berg en K. Rozemond 1993, p. 27.

het vaststellen dat een strafbaar feit is begaan is namelijk nog geen sprake van strafbaarheidschuld (aangezien dan ook de persoonlijke schuld zal moeten zijn vastgesteld) en daarom geldt nog steeds de (instructieve) onschuldpresumptie. Zo geredeneerd dient de betrokkene nog steeds bejegend te worden als onschuldige, maar kan desondanks bij hem worden onttrokken. Wat Mevis dan ook precies zou verstaan onder de 'schuld' die door onttrekking 'according to law' zou zijn vastgesteld, lijkt lastig in te passen binnen de Nederlandse gesloten structuur van begrippen. Overigens zou deze redenering van Mevis in het kader van schadevergoedingsregelingen alleen opgaan indien sprake zou zijn van een wettelijke schadevergoedingsregeling op grond waarvan de schadevergoedingsrechter de bevoegdheid is gegeven vast te stellen dat een strafbaar feit is begaan.

Het EHRM heeft zich echter ook expliciet uitgelaten over de betekenis van de onschuldpresumptie voor wat betreft de discretionaire ruimte voor de rechter in schadevergoedingsprocedures na afloop van een strafrechtelijke procedure die is geëindigd zonder materiële schuldvaststelling.

Het Europese Hof heeft om te beginnen in enkele uitspraken een doorwerking van de onschuldpresumptie van artikel 6 lid 2 EVRM op met de strafzaak samenhangende procedures aangenomen. Dat is een aanvulling op de gelding van dat recht zoals het uit de verdragstekst vloeit: in beginsel gelden de rechten van artikel 6 EVRM namelijk totdat over de gegrondheid van de strafvordering is beslist; aangenomen wordt dat dit het geval is indien er een onherroepelijke materiële einduitspraak is zoals een definitieve vrijspraak, ontslag van rechtsvervolging of veroordeling.[35] Desondanks nam het Europese Hof over de toepasselijkheid van het onschuldbeginsel op een procedure na een beëindigd strafproces waarbij de verdachte niet was schuldig bevonden volgens de wet (de zaak Minelli) een duidelijk ander standpunt in.[36] Minelli (een journalist) werd, nadat hij was ontslagen van rechtsvervolging voor een klachtdelict vanwege het verstrijken van de verjaringstermijn, in een aparte procedure veroordeeld in de kosten met het argument dat hij zonder de verjaring waarschijnlijk zou zijn veroordeeld, zoals dat in een met zijn zaak vergelijkbaar en soortgelijk geval (jegens de journalist Fust) was gebeurd. Het Hof meende echter dat artikel 6 lid 2 EVRM '*...governs criminal proceedings in their entirety, irrespective of the outcome of the prosecution, and not solely the examination of the merits of the charge (...). In the Canton of Zurich, a decision on the apportionment of costs is a normal part of criminal proceedings for defamation*

35 Zie bijvoorbeeld M.L.W.M. Viering 1994 p. 192. Op grond hiervan vallen in beginsel de verzoeken om bijvoorbeeld gratie of revisie niet onder de werking van artikel 6 lid 1 aangezien daar sprake is van een vonnis met kracht van gewijsde. Overigens kan ook een formele uitspraak een einde betekenen; denk aan het geval dat het OM niet ontvankelijk is verklaard wegens verjaring. De oorzaak van een dergelijke niet-ontvankelijkheid kan niet meer worden weggenomen zodat deze uitspraak gelijk is te stellen met een determination.

36 EHRM 25 maart 1983, Publ. ECHR Series A, vol. 62 en NJ 1986, 698 (Minelli).

and is designed to settle certain consequences thereof. In this connection, it is of little moment that the decision was adopted after the ruling on the merits or that its text appears in a separate document.'[37]

Het Europese Hof maakte verder duidelijk dat de rechter daarom zeer voorzichtig moest zijn in zijn bejegening naar een niet-veroordeelde gewezen verdachte toe, want *'...the presumption of innocence will be violated if, without the accused's having previously been proved guilty according to law (...), a judicial decision concerning him reflects an opinion that he is guilty. This may be so even in the absence of any formal finding; it suffices that there is some reasoning suggesting that the court regards the accused as guilty*.'[38] In deze zaak was sprake van schending van artikel 6 lid 2,'*...notwithstanding the absence of a formal finding and despite the use of certain cautious phraseology ('in all probability', 'very probable')*.'[39]

In de zaak Sekanina[40] werd ten aanzien van een verdachte van moord – die na meer dan een jaar in voorlopige hechtenis te hebben doorgebracht definitief was vrijgesproken door het Oostenrijkse Landesgericht – geoordeeld dat schadevergoeding afhankelijk was van de vraag of de verzoeker was gezuiverd van de verdenking die in de strafrechtelijke procedure aan de orde was geweest. Ook hier stelde het Hof dat de onschuldpresumptie had moeten worden gerespecteerd, want: '*Austrian legislation and practice nevertheless link the two questions – the criminal responsability of the accused and the right to compensation – to such a degree that the decision on the latter issue can be regarded as a consequence and, to some extent, the concomitant of the decision of the former*'.[41]

Hieruit mag worden geconcludeerd dat i.c. artikel 6 lid 2 EVRM een (Oostenrijkse) schadevergoedingsprocedure na een onherroepelijk vrijspraak normeert aangezien de schadevergoedingsbeslissing zodanig nauw verbonden werd geacht met het oordeel over de zaak zelf dat de beslissing over schadevergoeding gezien werd als een gevolg van de beslissing over de strafzaak zelf.

Op grond van deze arresten kan men concluderen[42] dat aparte, met de strafprocedure nauw samenhangende procedures onder invloed staan van de werking van de onschuldpresumptie zoals verwoord in artikel 6 lid 2 van

37 In § 30, p. 15-16.
38 In § 37, p. 18.
39 In § 38, p. 18.
40 EHRM 25 augustus 1993, NJ 1994, 1 en Publ. ECHR Series A vol. 266-A (Sekanina/Oostenrijk).
41 Idem, r.o. 22.
42 Men moet zich overigens realiseren dat een arrest van het Europese Hof in beginsel slechts betrekking heeft op de onderzochte feiten in het concrete geval. Er zijn echter genoeg andere vergelijkbare arresten over deze kwestie met diverse eigen nuanceringen – bijvoorbeeld EHRM 25 augustus 1987, serie A vol 123-B (Englert/DL) (§35), EHRM 25 augustus 1987, serie A vol 123-C (Nölkenbockhoff/DL) (§35) en Lutz – waarnaar wordt verwezen in Sekanina, waaruit dezelfde denkrichting blijkt.

het EVRM[43] (wat dat betekent voor het gebruik van verwijzingen naar schuld en verdenking en in hoeverre daarbij van belang is op welke wijze de zaak is geëindigd, bespreek ik nog uitvoerig hierna).

Op grond van de door het EHRM gehanteerde argumenten kan ook voor Nederland geconcludeerd worden dat de procedures van de regeling van de artikelen 89-93 Sv en artikel 591a Sv genormeerd worden door artikel 6 lid 2 EVRM, zeker aangezien de koppeling van deze procedures aan het strafproces in Nederland nog sterker lijkt dan in Oostenrijk.[44]

Dit lijkt bevestigd in latere uitspraken, waarbij door het EHRM geoordeeld werd over de houdbaarheid van Nederlandse schade/kostenvergoedinguitspraken in het licht van artikel 6 lid 2 EVRM, hierna te bespreken (Leutscher 1996, Baars 2003).

Of deze redenering ook analoog kan worden toegepast op een civiele schadevergoedingsactie uit onrechtmatige daad, door een niet-veroordeelde gewezen verdachte ingesteld, is niet met zekerheid te zeggen. Formeel hangt deze procedure niet uit zichzelf nauw samen met het strafproces, inhoudelijk natuurlijk wel. Ervoor pleit wellicht de mening van de Europese Commissie (die overigens niet door het Hof werd overgenomen), die in haar rapport betreffende de zaak Sekanina naar voren bracht dat '*... the presumption of innocence is to be observed not only by the criminal court trying a case, but also by other authorities, including courts other than those which are competent to determine a criminal charge....*'.[45]

Vanuit de hierboven genoemde processuele benadering gaat het echter ook om beantwoording van de vraag of de civiele procedure geacht kan worden zo nauw samen te hangen met het oordeel over de strafzaak zelf dat

43 Interessant is ook de EHRM rechtspraak ter zake van ontneming na vrijspraak; zie daarvoor EHRM 5 juli 2001, nr. 41087/98 (Phillips), D&D 2001, p. 1007-1024 waar het EHRM stelt dat art. 6 lid 2 EVRM niet van toepassing is op de ontnemingprocedure, en onlangs EHRM 1 maart 2007, NJ 2007, 349 (Geerings), waar wel schending van art. 6 lid 2 EVRM wordt aangenomen bij een ontneming na vrijspraak. Vgl. in dit verband eerder HR 22 mei 2001, NJ 2001, 575 (Nieuwsbrief Sr 2001, 169) en HR 1 april 2003, Nieuwsbrief Sr 2003, 187, en HR 7 oktober 2003, Nieuwsbrief Sr 2003, 384: ontneming is geen straf maar maatregel en niet in strijd met art. 6 lid 2 EVRM, aangezien in art. 511b e.v. Sv geregelde procedure aan de betrokkene de gelegenheid wordt geboden zich te verdedigen, waartoe mede behoort de gelegenheid aan te voeren waarom er onvoldoende aanwijzingen bestaan dat in art. 36 e lid 2 Sr bedoelde soortgelijke feiten of feiten waarop een geldboete van de 5e categorie staat door betrokkene zijn begaan, ofwel niet aannemelijk is dat de in art. 36e lid 3 Sr bedoelde andere strafbare feiten op enigerlei wijze ertoe hebben geleid dat betrokkene wederechtelijk voordeel heeft verkregen. Samengevat: geen schending onschuldpresumptie als er bij oplegging van een maatregel de mogelijkheid is tot verdediging.

44 Aldus annotator Knigge bij Sekanina, EHRM 25 augustus 1993, NJ 1994, 1.

45 In § 36, p. 20. Vgl. ook twee Noorse zaken: EHRM 11 februari 2003, nr. 34964/97 (Ringvold) en EHRM 11 februari 2003, nr. 56568/00 waaruit lijkt te volgen dat onder diegenen die bij hun uitlatingen de onschuldpresumptie in acht dienen te nemen ook de civiele rechter valt. Maar ook een minister dient zich aan deze norm te houden, zie EHRM 10 februari 1995 (Allenet de Ribemont), NJCM-Bulletin 2000, p. 1009-1011.

de beslissing in civilibus gezien kan worden als een gevolg van de beslissing over de strafzaak zelf (Sekanina criterium). In tegenstelling tot de procedures van de regeling van de artikelen 89-93 Sv en artikel 591a Sv lijkt dat voor de civiele schadevergoedingsprocedure, die gebaseerd is op vaststelling van een onrechtmatige daad en op zich als procedure los staat van de strafzaak, niet voor de hand te liggen.

Dit impliceert echter niet dat de civiele rechter, bij de beoordeling van een schadevergoedingsvordering na afloop van een strafzaak zonder veroordeling, niet zou zijn gebonden aan de onschuldpresumptie. Dat het EHRM wel aan de onschuldpresumptie toetst blijkt (indirect) uit de zaak Van Leeuwen tegen Nederland.[46] Na een (ik vermoed) sepot volgend op een strafrechtelijk onderzoek naar fraude waarbij door de verdachte rechtspersoon de fraude was toegegeven, ging de rechtspersoon naar de civiele rechter voor een vergoeding van schade ten gevolge van het optreden van politie en justitie. De vordering werd afgewezen op grond van het feit dat het management van de rechtspersoon de fraude had toegegeven. Het EHRM verklaarde de klager niet ontvankelijk, met name omdat de eigen schuldbekentenis aan een beroep op de onschuldpresumptie in de weg stond, zodat de onderbouwing van de schadevergoedingsbeslissing niet in strijd kwam met artikel 6 lid 2 EVRM. De klacht werd overigens kennelijk ongegrond verklaard.

Concluderend: uit de systematiek van het strafproces volgt dat de formele norm waaraan de overheid gebonden is (onschuldpresumptie) van kracht is in die relatie tussen overheid en burger en slechts kan worden doorbroken (omslagpunt) door de vaststelling van materiële schuld door de strafrechter (het enige doel van het strafproces, de zgn. 'scheve' waarheid). Indien deze eenzijdige vaststelling van de materiële schuld niet plaatsvindt, blijft de formele strafrechtelijke relatie bestaan (onschuldbeginsel blijft van kracht), dus ook gedurende de –opvolgende- schadevergoedingsrelatie.

Op grond van bovenstaande EHRM rechtspraak valt eveneens vast te stellen dat de onschuldpresumptie – in de betekenis van normatieve instructienorm voor overheidsorganen en rechter – zijn (door)werking behoudt op schadevergoedingsprocedures, inclusief de Nederlandse civielrechtelijke, voor schade door strafvorderlijk optreden ontstaan indien geen sprake is van een door een strafrechter gedane uitspraak over schuld. De rechtsbetrekking tussen de overheid en de burger is en blijft in dat geval genormeerd door de onschuldpresumptie.

Vanuit deze optiek wordt hierna in § 6.5.1 het gebruik van domeinspecifieke voorwaarden in schadevergoedingsprocedures die gerelateerd zijn aan schuld of onschuld getoetst.

46 EHRM 25 januari 2000, NJCM-Bulletin 2001, p. 235 (Van Leeuwen).

6.2.3.3 De systematiek van het strafproces: de verdenking als eerste sleutel tot het strafproces

Hiervoor schetste ik al kort dat bij de strafrechtelijke rechtsrelatie de verdenking een sleutelrol vervult, omdat dit domeinspecifieke criterium werkelijk als sleutel fungeert naar het strafproces. Aangezien de schadevergoedingsrechters echter ook gebruik maken van het verdenkingbegrip bij hun beoordeling van hetzij de billijkheidsgrondslag hetzij de onrechtmatigheid, wordt hier nader ingegaan op de functie en betekenis van het verdenkingbegrip in de systematiek van het strafproces, om straks (in § 6.5.2) te kunnen beoordelen of het gebruik van het verdenkingbegrip in de schadevergoedingsprocedures hiermee in overeenstemming is.

Op het moment dat sprake is van een verdenking, ontstaat voor de overheid de bevoegdheid om dwangmiddelen toe te passen. De verdenking als domeinspecifiek criterium is daarmee de sleutel naar het strafproces, dat er slechts op is gericht de materiële schuld vast te stellen, waarbij de overheid gebonden is aan een belangenafweging en diverse algemene en domeinspecifieke normen (waaronder de onschuldpresumptie). Deze normen liggen ondermeer ten grondslag aan de wettelijke regeling waarin de regels van het strafproces zijn vastgelegd.[47] Zij komen onder andere tot uitdrukking in de waarborgen voor de bescherming van de verdachte. Het algemeen uitgangspunt daarbij is dat met de toename van de ingrijpendheid van de bevoegdheden ook de beperkende voorwaarden toenemen.[48] Deze beperkende voorwaarden liggen in de voorgeschreven bevoegdheidstoedeling – welke bij de voorlopige hechtenis aan de rechter is toebedeeld –, de procedurevoorschriften zoals die tot het horen van de verdachte, de motivering van het bevel etc. en in de wettelijke voorwaarden waaraan moet zijn voldaan voordat er dwangmiddelen mogen worden toegepast. Van deze laatste categorie maakt de verdenking deel uit.

Het begrip 'verdenking' kent meerdere gradaties voor wat betreft de kracht van het vermoeden dat iemand een strafbaar feit heeft gepleegd (of kort gezegd betrokken is bij het beramen daarvan). De eerste gradatie wordt omschreven in artikel 27 Sv. Een verdachte is hij ten aanzien van wie uit feiten of omstandigheden een redelijk vermoeden van schuld aan enig strafbaar feit voortvloeit. Cruciaal is dat het redelijk vermoeden objectief moet kunnen worden afgeleid uit de feiten en omstandigheden en dat dit vermoeden een basis heeft in objectieve concrete gegevens.[49] Cleiren wijst erop dat deze 'geconcretiseerde'

47 Maar ook zonder wettelijke neerslag beheersen deze beginselen het strafproces: zo dient de overheidsfunctionaris en de rechter bij de beslissing om een middel in te zetten in elk concreet geval te beoordelen of het middel niet te zwaar is voor het te bereiken doel (proportionaliteit) en of er geen ander minder zwaar middel is om hetzelfde doel te bereiken (subsidiariteit).

48 Zie bijvoorbeeld: A.L. Melai 1988, p. 803.

49 Dit volgt onder andere uit HR 24 februari 2004, NJ 2004, 226.

vorm van rechtssubjectiviteit als voorwaarde voor overheidsoptreden een garantie biedt tegen het onbeperkt en als pure formaliteit toepassen van wettelijke bevoegdheden op onverschillig welke burger.[50] Het bestaan van een verdenking in de zin van artikel 27 Sv is de *eerste* wettelijke voorwaarde voor de uitoefening van strafvorderlijke bevoegdheden zoals het toepassen van dwangmiddelen.[51] Het bestaan van een verdenking voldoet als voldoende voorwaarde echter alleen voor het dwangmiddel 'staande houden' (artikel 52 Sv), terwijl voor meer ingrijpende dwangmiddelen bij de wet tevens andere voorwaarden zijn vereist. Bij aanhouding dient er sprake te zijn van ontdekking op heterdaad (artikel 53 Sv) of van verdenking van een bepaalde categorie zwaardere feiten (artikel 54 Sv). Voor de toepassing van de voorlopige hechtenis dient zelfs sprake te zijn van een meer dan redelijk vermoeden van schuld, namelijk 'ernstige bezwaren' met betrekking tot diezelfde categorie zwaardere strafbaar feiten (de feiten van art.67 Sv), terwijl tevens één van de vier wettelijke gronden voor voorlopige hechtenis aanwezig moet zijn (artikel 67a Sv). De eis dat sprake moet zijn van ernstige bezwaren is voor wat betreft de toepassing van voorlopige hechtenis overigens weggevallen in kader van de wet ter verruiming van de mogelijkheden tot opsporing en vervolging van terroristische misdrijven.[52]

6.2.3.4 Verdenking en (on)schuld

Aangezien de schadevergoedingsrechters het begrip restverdenking hanteerden en op basis daarvan soms geen billijkheidsgronden tot vergoeding van schade zagen, lijkt het wel alsof zij aan de verdenking een normatief oordeel koppelden. Nu is het ook zo dat de verdenking een zeker oordeel inhoudt over schuld in de zin van 'het gedaan hebben'. Royaards benadrukte in 1897 al de rol van de verdenking ten opzichte van de schuld. '*Men brenge het publiek niet in den waan – of liever men versterke het daarin niet – dat verdenking, zelfs waar die tot preventieve hechtenis heeft geleid, zou zijn schuldigverklaring bij voorraad…*'.[53] Nijboer stelt dat de verdenking '*…een nog te onderzoeken aanname (is) dat iemand met een zekere graad van waarschijnlijkheid (redelijk vermoeden) te zijner tijd materieelrechtelijk 'schuldig' wordt geacht*'.[54]

---

50 C.P.M. Cleiren 1992, p. 12-13.

51 Dit gaat voorbij aan het feit dat dwangmiddelen kunnen worden toegepast op anderen dan verdachten, zoals getuigen, bewoners, telefoongebruikers.

52 Wet van 20 november 2006, Stb. 2006, 580 (Kamerstukken 30 164) jo. Stb. 2006, 731. Het wegvallen van deze voorwaarde werd gelegitimeerd door te stellen dat aan het begin van een onderzoek naar terroristische handelingen slechts een lichte verdenking kan bestaan, terwijl de overheid niet een ingrijpen kan uitstellen vanwege mogelijke grote aantallen slachtoffers. De officier krijgt zodoende meer tijd om de verdenking steviger te onderbouwen.

53 Handelingen NJV 1897, I, p. 60.

54 Zie: J.F. Nijboer 1989, p. 381-382.

Hoe verhoudt de verdenking zich dan met de onschuldpresumptie; botsen zij niet met elkaar? Nee, want de onschuldpresumptie heeft niet te maken met een feitelijk vermoeden van onschuld maar met een normatieve instructie dat iemand die nog slechts als verdachte geldt, niet tegemoet mag worden getreden als ware hij schuldig.[55] De betekenis van de onschuldpresumptie is een dwingend uitgangspunt van het procesrecht, een vooronderstelling of werkhypothese van waaruit behoorlijk strafvorderlijk onderzoek dient te vertrekken.[56] Hieraan dient te worden toegevoegd dat ook de verdenking als een dergelijke hypothese moet worden beschouwd en scherp dient te worden onderscheiden van de betekenis die daar in het dagelijks spraakgebruik aan wordt gehecht. Hoewel de verdenking is vastgesteld op grond van een zekere feitelijke basis betreffende de schuld, moet deze – eenmaal vastgesteld – als een procedurele voorwaarde worden beschouwd, welke dient om een lichtvaardige toepassing van dwangmiddelen te voorkomen, maar welke geen zelfstandige betekenis heeft in het vaststellen van een zekere mate van schuld.

Ook Strijards wijst erop dat het vermoeden niet moet worden opgevat als een redenering of gevolgtrekking, maar als dat wat men op voorhand aanneemt op basis van daartoe redengevende feiten of omstandigheden.[57] Dekker (1995) gaat verder en stelt dat het inherent is aan strafrechtelijk systeem dat een verdenking achteraf onjuist blijkt.[58] Uit het gegeven dat iemand wordt verdacht, ligt besloten dat dit wel eens niet kan kloppen, aldus Mevis (1993).[59] De eis van verdenking moet gezien worden als een voorschrift dat lichtvaardige besluiten tot vrijheidsbeneming wil tegengaan.[60] De historie van de totstandkoming van artikel 27 Sv wijst in dezelfde richting.[61]

Concluderend: Uit de systematiek van het strafproces volgt dat aan de verdenking geen andere betekenis kan worden toegekend dan die van een eerste minimale vereiste op basis waarvan voorlopig kan worden opgetreden.

Vanuit deze functie en betekenis van het verdenkingbegrip wordt hierna in § 6.5.2 de aan de verdenking toebedeelde rol in schadevergoedingsprocedures getoetst.

6.2.3.5 De systematiek van het strafrecht: verklaringsvrijheid en zwijgrecht

Om te kunnen beoordelen in hoeverre aan het gebruikmaken van het zwijgrecht tijdens het strafproces ook consequenties mogen worden verbonden in de – daarop volgende – schadevergoedingsprocedures, wordt hier eerst de

55 Zie uitgebreid de paragraaf hiervoor.
56 Bijv. G.A.M. Strijards 1989, p. 52-53 en S.A.M. Stolwijk 2007, p. 15.
57 G.A.M. Strijards 1989, p.52-53.
58 J. Dekker 1995, p. 750.
59 P.A.M. Mevis 1993, p. 34.
60 Th.W. van Veen en J.P. Balkema 1982, p. 14.
61 Zie hierover bijvoorbeeld J. uit Beijerse 1998.

inhoud en strekking van het zwijgrecht en het nemo teneturbeginsel besproken.[62]

Cruciaal in dit verband is artikel 29 Sv, waarin in het eerste lid wordt bepaald dat de verhorende ambtenaar of rechter zich bij het verhoor van alles dient te onthouden wat de strekking heeft een verklaring te verkrijgen, waarvan niet kan worden gezegd dat zij in vrijheid is afgelegd, ook wel het pressieverbod genoemd. In aanvulling daarop wordt bepaald dat de verdachte niet tot antwoorden verplicht is. Dit zwijgrecht wordt gewaarborgd door de in het tweede lid neergelegde instructie aan de verhorende ambtenaar dat hij de verdachte daarvan voor het verhoor mededeling moet doen, wat wel wordt aangeduid met de term 'cautie'. Hiermee zijn dus een tweetal rechten van de verdachte gegeven, het recht om zijn verklaringen in vrijheid af te leggen en het recht om te zwijgen.

In artikel 14 lid 3 sub g IVBPR is als minimumgarantie opgenomen dat niemand mag worden gedwongen tegen zichzelf te getuigen of een bekentenis af te leggen. De bescherming van dit belang wordt behalve in verdragen en in artikel 29 Sv ook nog op andere plaatsen in de wet gewaarborgd. Vanuit de ervaring dat (het dreigen met) vrijheidsberoving zou kunnen worden gebruikt als middel tot het verkrijgen van dergelijke bekentenissen, is bepaald dat voorlopige hechtenis kan worden toegepast wanneer deze in redelijkheid noodzakelijk is voor het aan de dag brengen van de waarheid, anders dan door verklaringen van de verdachte (artikel 67a lid 2 sub 4 Sv). Deze grond wordt wel vrees voor collusie genoemd; er bestaat dan een redelijk vermoeden dat de verdachte, indien hij in vrijheid zou zijn, sporen zou kunnen wegmaken of getuigen bewerken. Er bestaat dan grond voor voorlopige hechtenis door hem dit te belemmeren en zodoende de waarheid aan de dag te kunnen brengen.

6.2.3.6 Zwijgrecht en nemo tenetur

Naast de wettelijke neerslag van het zwijgrecht wordt het zwijgrecht ook wel in verband gebracht met het 'nemo tenetur seipsum prodere'-beginsel, het beginsel dat de verdachte niet mag worden gedwongen actief aan zijn eigen veroordeling mee te werken.[63] Aan dit nemo tenetur beginsel worden twee kanten onderscheiden. Baauw benadrukt de functie van instructienorm voor politie en justitie met betrekking tot de praktijk van de waarheidsvinding, terwijl Myjer (tevens) vooral het daaraan ten grondslag liggende uitgangspunt benadrukt dat de verdachte in principe een vrije burger is, die voor onschuldig moet worden gehouden, een gelijkwaardige procespartij is die zijn eigen proceshouding kan bepalen en niet actief hoeft mee te werken aan zijn veroor-

62 Voor een groot deel ontleend aan J. uit Beijerse en N.M. Dane 1996.

63 E. Myjer 1978, p. 14. Zie ook J.A.W. Lensing 1988, p. 66 omtrent de benaming als beginsel.

deling.[64] Zo'n burger kan zwijgen of spreken, meewerken of niet meewerken. Dat past in de visie dat, hoewel het Nederlandse strafrecht gebaseerd is op het inquisitoir beginsel, het vormen kent, ontleend aan het accusatoir stelsel, die de verdachte als mondige burger erkennen en als zodanig rechten toekennen. Ons stelsel wordt inmiddels dan ook als gematigd accusatoir gekenschetst (zie § 6.2.2.1). Lensing onderscheidt drie dragende rechtsgronden die het nemo tenetur beginsel kunnen rechtvaardigen: het afkeuren van de toepassing van dwang voor het verkrijgen van een verklaring van de verdachte, zelfverdediging voor de verdachte en de onschuldpresumptie. Als bijkomende rechtvaardigingen noemt hij het belang van de bescherming van de persoonlijke levenssfeer, het beperken van de macht van de staat en bijvoorbeeld het handhaven van de waardigheid van justitie.[65] De Hoge Raad interpreteerde het als volgt door te stellen dat '*...in het Nederlandse recht (...) niet is verankerd een onvoorwaardelijk recht of beginsel dat een verdachte op generlei wijze kan worden verplicht tot het verlenen van medewerking aan het verkrijgen van voor hem mogelijk bezwarend bewijsmateriaal...*'.[66] Vanuit de Nederlandse optiek kan men hoogstens stellen dat als een dergelijk uitgangpunt al geldt, het geen absoluut geldend uitgangspunt is; er bestaan namelijk wettelijk geregelde uitzonderingen zoals de verplichting medewerking te verlenen aan een bloedproef of ademanalyse (art 163 Wegenverkeerswet 1994). Het zwijgrecht blijft echter absoluut gelden via artikel 29 Sv. Van Veen verdedigde eerder dat er in het Nederlandse strafprocesrecht geen sprake is van een beginsel tot niet meewerken met daarop uitzonderingen, maar van een beginsel tot meewerken met daarop beperkingen, zoals het zwijgrecht.[67] Ansmink verdedigde dat de gelding van het nemo tenetur beginsel niet met een beroep op het zwijgrecht kan worden ingeroepen.[68] Ties Prakken daarentegen baseert de gelding van het beginsel op het uitgangspunt dat zowel het zwijgrecht als het recht niet te hoeven meewerken aan een eigen veroordeling uitvloeisels zijn van de onschuldpresumptie.[69]

---

64 P.J. Baauw en E. Myer in debat naar aanleiding van door laatstgenoemde geschreven preadvies (E. Myjer 1978), in Geschriften voor de Nederlandse Vereniging voor Rechtsvergelijking nummer 28, p. 22-28 (hier: p. 22, 26).

65 J.A.W. Lensing 1988, a.w., p. 54-62.

66 Hoge Raad 15 februari 1977, NJ 1977, 557 (het betrof in casu het moeten verlenen van medewerking aan het ondergaan van bloedonderzoek op grond van artikel 33a WvW) en Hoge Raad 9 oktober 1985, NJ 1985, 176 (in casu betrof het de verplichting inzage te moeten geven in mogelijk belastend materiaal op grond van artikel 19 WED).

67 Th.W. van Veen 1979, p. 688.

68 A.A. Ansmink 1981, p. 447.

69 T. Prakken 1989/90 p. 1576. Rogall heeft hierover echter opgemerkt dat door de historische samenhang van de begrippen ten onrechte door de meeste schrijvers wordt verondersteld dat de onschuldpresumptie ook het nemo tenetur beginsel omvat. Men veronderstelt dan namelijk dat (in de bewoording van Guradze) '*...wer als unschuldig vermutet wird, (...) nicht gehalten (kann) sein, ihn belastende Umstände vorzutragen...*'. Naar zijn mening staan deze beginselen wel in verband tot elkaar, maar rechtvaardigt de onschuldpresumptie het 'nemo tenetur beginsel' echter niet. K. Rogall 1977, p. 112. Zie bijvoorbeeld ook het door N. Keijzer weergegeven verslag van de internationale conferentie 'Beginselen van strafprocesrecht'

Aan de discussie of de gelding van het nemo tenetur beginsel kan worden afgeleid uit de onschuldpresumptie (artikel 6 lid 2 EVRM) kwam een einde door de uitspraak van het Europese Hof in de zaak Funke in 1993.[70] Daarin heeft het Hof de verplichting voor de verdachte om potentieel bewijsmateriaal ter inzage af te geven getoetst aan het nemo tenetur beginsel waarbij het Hof dit nemo tenetur beginsel rechtstreeks schaarde onder het recht op een eerlijke behandeling (beginsel van 'fair hearing'/'fair trial') als neergelegd in artikel 6 lid 1 EVRM. Het nemo tenetur beginsel hangt dus samen met het recht op fair trial, en niet zozeer met de onschuldpresumptie. Knigge merkt in zijn noot onder dit arrest op dat in de – door het recht op 'fair hearing' gegarandeerde – vrijheid om als verdachte een eigen proceshouding te bepalen de grondslag ligt van het nemo tenetur beginsel. Hij meent dat een verplichting tot zelfbeschuldiging *'...een ontoelaatbare beknotting (is) van de vrijheid die de verdachte als procespartij heeft.'*De EHRM rechtspraak evolueerde echter verder. Naar aanleiding van de zaak Saunders in 1996 werd de reikwijdte van het nemo tenetur beginsel zoals beschermd onder artikel 6 lid 1 EVRM beperkt. In deze zaak bevestigde het EHRM dat het zwijgrecht en het nemo tenetur beginsel deel uitmaken van de kern van het recht op fair trial zoals neergelegd in artikel 6 lid 1 EVRM, maar dat zij ook gekoppeld zijn aan de onschuldpresumptie.[71] In deze uitspraak werd echter een beperking aangebracht in de reikwijdte van het nemo tenetur beginsel, door te stellen dat het geen betrekking heeft op onder dwang verkregen materiaal dat onafhankelijk van de wil van de verdachte bestaat (zogenaamde 'real evidence'), zoals schriftelijke bescheiden (vgl. de zaak Funke waar dat nog wel zo was), adem, bloed, urine en celmateriaal voor DNA-onderzoek. Dit onderscheid tussen 'real evidence' en 'testimonial evidence' (van de wil afhankelijk) lijkt – voor wat betreft de reikwijdte van het zwijgrecht/het nemo tenetur beginsel – recent nog meer genuanceerd door de uitspraken O'Halloran en Francis versus het Verenigd Koninkrijk.[72] In ieder geval is hier van belang dat geconcludeerd kan worden dat het nemo tenetur beginsel relatieve betekenis heeft, zowel vanuit de Nederlandse systematiek als op grond van rechtspraak van het EHRM. In hoeverre daar door het Jalloh-arrest van wordt afgeweken, is moeilijk te zeggen. In ieder geval

---

gehouden in december 1993 te Jeruzalem, alwaar I.H. Dennis (Londen) opmerkt dat het privilege against self-incrimination geen uitvloeisel is van de onschuldpresumptie, Trema 1994, p. 243.

70 EHRM 25 februari 1993, Series A vol. 256-A en NJ 1993, 485 (Funke vs Frankrijk).

71 EHRM 17 december 1996, NJ 1997, 699, § 68.

72 De uitspraak van het EHRM in *O'Halloran en Francis v. Het Verenigd Koninkrijk* heeft betrekking op twee, casuïstisch vergelijkbare, maar niet aan elkaar gerelateerde zaken die door het Hof (op 26 oktober 2004) zijn gevoegd, EHRM 29 juni 2007, NJ 2008, 25, m.nt. E.A. Alkema en in EHRC 2007, 104, m.nt. K. Albers. Anders dan Alkema concludeert F.P. Ölcer 2008 dat hiermee buiten kijf staat dat het Hof in O'Halloran en Francis duidelijk heeft gemaakt voortaan gebruik te zullen maken van andere criteria bij nemo tenetur en zwijgrecht beoordelingen dan die tot dusver gebruikelijk waren in de Straatsburgse rechtspraak.

wordt daar de bescherming tegen dwang als belangrijke kernwaarde van het nemo teneturbeginsel benadrukt.[73]

Maar geldt de – op dit moment dan nog veronderstelde relativiteit van dit beginsel – ook voor het zwijgrecht, dat toch veelal wordt beschouwd als absoluut deel van het relatieve nemo tenetur beginsel?[74] In het arrest Murray werd al bepaald dat het niet onder alle omstandigheden ongeoorloofd is aan het zwijgen bepaalde consequenties te verbinden, indien de verdachte hier op voorhand op gewezen wordt. Van de verdachte mag gevraagd worden te reageren op bewijs en indien hij dat niet doet (door gebruik te maken van zijn zwijgrecht) dan mag dit onder omstandigheden tegen de verdachte worden gebruikt; bij voldoende ander bewijs kan de rechter het zwijgen dan betrekken in de weging van ander belastend bewijsmateriaal.[75] In O' Halloran en Francis versus het Verenigd Koninkrijk wordt die lijn voortgezet en wordt gesteld dat het zwijgrecht en het nemo tenetur-beginsel niet absoluut zijn. Van belang zijn de aard en mate van toegepaste dwang bij de bewijsverkrijging, het bestaan van eventuele waarborgen bij die procedure en het gebruik van aldus verkregen materiaal.[76]

Ook de Hoge Raad heeft een dergelijke (relatieve) opvatting. De enkele omstandigheid dat iemand gebruik maakt van zijn zwijgrecht mag niet tot het bewijs bijdragen, gezien artikel 29 lid Sv.[77] Het is echter niet zo dat de rechter geen enkel gevolg mag verbinden aan de weigering van de verdachte om te antwoorden. Die gevolgen strekken zich uit tot in de bewijsoverweging en bij de vaststelling van de strafmaat. Het zwijgen kan de rechter gebruiken bij de verwerping van een verweer of betrekken in de bewijsoverweging, indien de verdachte weigert een redelijke verklaring voor belastende omstandigheden te geven,[78] bijvoorbeeld doordat de rechter belastende getuigenverklaringen als onweersproken voor juist houdt.[79]

Men heeft dus het absolute recht om te zwijgen, en de proceshouding waarbij gekozen wordt te zwijgen kan een voordeel opleveren doordat een bewezenverklaring op andere bewijsmiddelen gebaseerd moet worden, maar er is ook een procesrisico ten aanzien van de uiteindelijke bewijsoverweging aangezien zwijgen een factor kan zijn bij de uiteindelijke bewijsoverweging (bewijsmateriaal blijft onbesproken, een bewijsverweer wordt door de rechter

---

73 Vgl. eerder J.A.W. Lensing 1988. Hiermee lijkt de reikwijdte van het nemo tenetur beginsel verruimd tot buiten de verklaringsvrijheid, aldus L. Stevens, zie volgende noot.

74 Zie over het nemo tenetur beginsel en de (achterhaalde?) veronderstelling dat dit zich in hoofdzaak lijkt te beperken tot de verklaringsvrijheid (in ruime zin) van de verdachte, L. Stevens 2007, p. 682 e.v.

75 EHRM 8 februari 1996, NJ 1996, 725, § 47. Zie hierover onder andere Cleiren & Nijboer 2005, (T&C Sv), art. 6 EVRM, aant. 18.

76 EHRM 29 juni 2007, NJ 2008, 25. Zie hierover de uitvoerige annotatie van F.P. Ölcer 2008, p. 249-281.

77 HR 12 maart 1996, NJ 1996, 539.

78 HR 3 juni 1997, NJ 1997, 584.

79 HR 19 maart 1996, NJ 1996, 540 en HR 10 november 1998, NJ 1999, 139

onaannemelijk geacht)[80] en vanwege het feit dat deze proceshouding kan worden meegewogen bij de strafmaat (in voor de verdachte negatieve zin).[81,82]

Conclusie: het zwijgrecht en het recht om een verklaring in vrijheid af te mogen leggen geven iemand dus het recht om te zwijgen of te spreken, inclusief liegen,[83] maar ook hier kunnen consequenties aan verbonden worden. Zo is het vaste jurisprudentie dat een kennelijk leugenachtige (ontkennende) verklaring van de verdachte voor het bewijs ten laste van de verdachte mag worden gebruikt, mits dit zijn grondslag vindt in andere bewijsmiddelen dan de verklaring van de verdachte.[84] Het voert buiten het bestek van dit onderzoek om hier in te gaan op de kritiek op deze rechtspraktijk.[85]

Bovenstaande consequenties ten aanzien van een gekozen proceshouding (zwijgen, liegen) gelden echter bij een strafzaak die eindigt met een veroordeling. De consequenties van zwijgen of liegen volgen dan *binnen* het strafproces.

Vanuit de strekking en de betekenis van het zwijgrecht en het recht om een verklaring in vrijheid af te mogen leggen en de consequenties die daaraan binnen het strafproces verbonden kunnen zijn, wordt hierna in § 6.6.3 e.v. de consequenties die worden verbonden aan zwijgen of liegen tijdens het strafproces voor wat betreft de daarop volgende – nauw met de strafzaak samenhangende – schadevergoedingsprocedure getoetst.

6.3 De billijkheidsgrondslag getoetst

6.3.1 Inleiding

Z.W. Straatman (1877) stelde: *'Nu is de preventieve hechtenis een noodzakelijk kwaad, en zolang er geen ander middel is kan dat niet worden afgeschaft en heeft de Staat het recht haar toe te passen. Maar moet men nu echter de gevolgen van dit toonbeeld der onvolmaaktheid onzer instellingen laten dragen door het individu?'*[86]

---

80 Zie verder J.F. Nijboer 2000, § 4.5.2

81 HR 12 november 1974, NJ 1975, 41 en noot van Van Veen bij HR 31 maart 1987, NJ 1987, 868.

82 Uit deze ontwikkeling zou afgeleid kunnen worden dat steeds meer gewicht wordt toegekend aan de proceshouding van de verdachte, waarmee de rechtsrelatie tussen strafvorderlijke overheid en verdachte nog meer wederkerige (of: accusatoire) trekken lijkt te krijgen dan op basis van het WvSv 1926 al was voorzien.

83 A.L. Melai 1980, p. 537.

84 HR 19 maart 2002, NJB 2002, p. 861.

85 Zie bijvoorbeeld J.F. Nijboer 2000, 5.3.3, die meent dat dit op gespannen voet staat met de onschuldpresumptie. Anders oordeelde het EHRM dat het gebruik van een kennelijk leugenachtige verklaring voor het bewijs niet in strijd achtte met het nemo teneturbeginsel art. 6, lid 1, Kok vs NL, EHRM 4 juli 2000, NJ 2001, 401.

86 Z.W. Straatman 1877, p. 136.

Ook in de politieke context komt vanaf 1863 steeds meer de opvatting naar voren dat de overheid ook verantwoordelijkheid dient te nemen voor schade die zij in de rechtmatige uitoefening van haar publieke (strafvorderlijke) taak veroorzaakt en dat dergelijke schade niet volledig voor risico van de betrokken burger mag blijven. Het uitgangspunt dat de burger zelf zijn schade draagt tengevolge van strafvorderlijke overheidshandelen wordt echter pas in 1926 doorbroken door de totstandkoming van een schadevergoedingsregeling, waarbij uitvoerige aandacht bestaat voor de mogelijke impact van een dergelijke regeling op de positie van de burger, het systeem van het strafproces en de Staatskas. Na 100 jaar politieke discussie wordt echter omwille van *'een verzoening van de belangen van het individu en de belangen van strafvordering'* een wettelijk regeling gecreëerd die vergoeding mogelijk maakt op billijkheidsgronden voor schade tengevolge van een overigens rechtmatige overheidsgedraging (en beperkt tot de toepassing van strafvorderlijke dwangmiddelen).

In hoofdstuk 5 werd op basis van de bevindingen in hoofdstuk 1 vastgesteld dat billijkheid als grondslag voor deze regeling lijkt te zijn gekozen om flexibiliteit in te bouwen door een niet verplichtende, civielrechtelijk georiënteerde mogelijkheid te creëren, waarbij aan de rechter werd overgelaten per geval te beoordelen of sprake dient te zijn van (gedeeltelijke) vergoeding. Men had politiek namelijk enerzijds vooral grote moeite met de gedachte van een recht/aanspraak op vergoeding bij een in beginsel rechtmatig handelende overheid, en daar bood de billijkheid een uitkomst. Anderzijds wilde men de flexibiliteit behouden om, vooral in geval van twijfel over restschuld, een vergoeding te kunnen onthouden.

Hiervoor in § 6.2.2.1 werd gesteld dat de naar haar kern vergelijkbare aard van de bestuurlijke en strafvorderlijke rechtsrelatie veronderstelt dat er *in beginsel* geen reden is de binnen die vergelijkbare relatie ontstane schade op een verschillende grondslag voor vergoeding te stoelen. Hieruit en uit de eisen van rechtseenheid en rechtsgelijkheid volgt dat *in beginsel* sprake zou moeten zijn van coherentie in de grondslag op basis waarvan de schade die in die rechtsrelaties is ontstaan kan worden vergoed en dat zoveel als mogelijk coherentie in processystematiek moet worden nagestreefd, tenzij er dwingende (domeinspecifieke) redenen zijn tot afwijking.

Vanuit deze invalshoek wordt nu eerst ingegaan op de toenmalige keuze voor een billijkheidsgrondslag voor schade in verband met een rechtmatig handelende strafvorderlijke overheid. Vervolgens wordt de huidige ontwikkeling voor vergoeding van overige schade in verband met rechtmatig overheidsoptreden geschetst (rechtspraktijk) om zo (voorlopig)[87] te kunnen beoordelen in hoeverre in de huidige rechtspraktijk (nog) sprake is van rechtseenheid op dit terrein. Vervolgens wordt de gecreëerde flexibiliteit – die inherent is aan deze grondslag – beoordeeld. Daarna komt de domeinspecificiteit aan de orde.

87 Nog los van de vraag of, zou er op het eerste gezicht geen rechtseenheid bestaan, dat te legitimeren is vanwege domeinspecifieke redenen, en daarop ga ik in bij § 6.5.

6.3.2 Het oorspronkelijke argument voor de keuze van een billijkheidsgrondslag

De toenmalige keuze voor een billijkheidsgrondslag in plaats van een recht op vergoeding hing zoals gezegd vooral samen met de op dit terrein–ook later politiek lange tijd verdedigde – opvatting dat bij rechtmatige toepassing van strafvorderlijke overheidsbevoegdheden geen aanspraak op schadevergoeding kan bestaan. Dat is een van de voornaamste redenen geweest deze schadevergoedingsregeling te baseren op een billijkheidsgrondslag. Politiek meende men in de periode van totstandkoming van de wettelijke regeling van de artikelen 89-93 Sv namelijk dat alleen bij schade tengevolge van onrechtmatige overheidshandelingen sprake kon zijn van een recht – in de zin van een aanspraak – op vergoeding. Men zag in die tijd niet alleen in de politiek maar ook in de literatuur[88] de grondslag voor een recht op schadevergoeding veelal in de ongerechtvaardigde/onrechtmatige toepassing van de preventieve hechtenis, al dan niet ex nunc (naar latere omstandigheid) beoordeeld[89] hoewel er ook al een sterke stroming was die uitging van een grondslag voor vergoeding, onafhankelijk van onrechtmatigheid, op basis van gelijke lastenverdeling, al dan niet in de vorm van een aanspraak.[90] In ieder geval werd in deze periode (voorafgaand aan 1926) door de politiek gekozen voor een regeling op billijkheidsgronden zodat geen absoluut recht op vergoeding ontstond. De regeling was daarmee op zichzelf vooruitstrevend: het ging namelijk om vergoeding van schade ontstaan voor in beginsel een rechtmatige overheidsgedraging en daarbij werd gekozen voor een gunstensfeer.[91] Daar-

88 Zoals Modderman 1871, Domela Nieuwenhuis 1878, 1885, Coninck Liefsting 1886, Noyon 1886, Straatman 1877.

89 Daarbij ontstond zowel tijdens de politieke discussie als in de literatuur veel begripsverwarring over het begrip onrechtmatig/rechtmatig overheidshandelen. Dat hing samen met verschillen in opvatting over de vraag of de vaststelling in hoeverre een handeling onrechtmatig is slechts kan plaats vinden op het moment dat die handeling plaatsvindt (ex tunc) of dat ook latere omstandigheden een ab initio rechtmatige handeling achteraf onrechtmatig kunnen doen zijn (ex nunc). Verderop in hoofdstuk 7 ga ik in op de invulling daarvan: sommigen meenden dat alleen de veroordeling de toepassing van dwangmiddelen rechtvaardigde, anderen lieten ook de onschuld van de betrokkene meewegen.

90 Namelijk Mom Visch 1882, Leyds 1884, Marcus 1885, Van Hamel 1886, Simons 1886, Asscher 1897, Binnerts 1907.

91 Velen in de specifiek wetenschappelijke literatuur steunden deze billijkheidsgrondslag omdat ook zij meenden dat voor zover geen sprake was van onrechtmatige daad er geen sprake kon zijn van een recht op vergoeding (onder andere Gregory 1871, Eyssel, Kist, Van Hamel en Coninck Liefsting tijdens de NJV van 1871, Straatman 1877, Noyon 1886, Van Stipriaan 1891). Overigens blijft ook na de totstandkoming van de regeling de lijn verdedigd dat slechts vanwege dwaling of onrechtmatigheid achteraf sprake kan zijn van (een recht op) schadevergoeding (Langeveld in 1931, Melai 1988). Later wordt nog een andere variant verdedigd, zoals door Franke (1991) die stelt dat de schadevergoeding in deze gevallen inderdaad niet op rechtmatige daad moet worden gebaseerd. Hij richt zich vooral op de constructie van onrechtmatigheid achteraf en ziet een alternatieve oplossing in de relativiteit van de rechtvaardigingsgrond, vgl. H.Th.J.F. van Maarseveen 1954, p. 914-920 en J.M.H.F.

mee werd op zich een nieuwe impuls gegeven aan de rechtspraktijk. Inmiddels is echter in de overige rechtspraktijk de gedachte dat alleen een onrechtmatige overheidsdaad een recht in de zin van een aanspraak op vergoeding rechtvaardigt – een van de hoofdargumenten die tot de keuze voor de billijkheidsgrondslag leidde – achterhaald, in ieder geval voor wat betreft schade in verband met legitiem bestuurlijk overheidshandelen. Daarom daarvan nu eerst een korte schets.

6.3.3 Omgevingsverkenning van overige relevante rechtspraktijk: op weg naar een aanspraak op vergoeding bij legitiem overheidshandelen

De ontwikkeling waarbij een aanspraak op vergoeding voor schade tengevolge van legitiem overheidshandelen gebaseerd kan worden op het evenredigheidsbeginsel, al dan niet in de betekenis van het égalité-beginsel, is nog duidelijker te herkennen in het schadevergoedingsrecht ter zake van legitiem bestuurlijk overheidshandelen. Ook op dat terrein werd door wetgever en in de (civiele) rechtspraak geworsteld met de vraag hoe een ab initio legitieme overheidshandeling zich verhoudt met de roep om schadevergoeding.[92] Inmiddels is daar in de rechtspraktijk het een en ander uitgekristalliseerd. Daarom kan in dit verband een korte verwijzing naar de ontwikkelingen op het terrein van vergoeding van schade die ontstaat in de interactie tussen overheid en burger in de bestuursrechtelijke rechtsrelatie niet ontbreken. Op dit terrein vond een wisselwerking plaats tussen constructies die werden ontwikkeld door de wetgever in formele zin (wettelijke schadeloosstelling- en nadeelcompensatieregelingen), het bestuur en de rechter (inclusief constructies buitenwettelijke nadeelcompensatie).[93] Daarbij komt steeds duidelijker naar voren dat het égalité-beginsel (gelijkheid voor de openbare lasten) wordt beschouwd als een van de leidende principes voor een aanspraak op vergoeding van schade tengevolge van legitiem bestuurlijk overheidsoptreden. Op basis van de wetsgeschiedenis van de vele wettelijke schadecompensatieregelingen voor schade geleden tengevolge van legitiem bestuursrechtelijk handelen, lijkt overigens lastig te concluderen op welke grondslag de wetgever de gehoudendheid in deze regelingen heeft gefundeerd.[94] Holleman analyseerde eerder al de vele gehanteerde grondslagen voor het in verschillende wetten toegekende recht op schadevergoeding na rechtmatig overheidsoptreden.[95] Wel zien sommige auteurs een verband tussen het égalité-beginsel en deze wettelijke regelingen

---

Teunissen 1994, p. 163-164. Zij verdedigden in algemene zin – dus niet gerelateerd aan strafvorderlijk overheidshandelen – een dergelijke opvatting.

92 Zie kort hoofdstuk drie, met name § 3.1.5

93 Hierover onder andere R.J.N. Schlössels 2002 (I) en N.J.M. Kwakman 2003, p. 220-231 (en hier kort samengevat in hoofdstuk 4 in § 4.6.3.5.).

94 N.J.M. Kwakman 2003, § 3.2.3, p. 205.

95 A. Holleman 1985, met name p. 95-96.

omdat in deze regelingen alleen 'onevenredige schade' voor vergoeding in aanmerking komt.[96] De *bestuurswetgever* heeft het égalité-beginsel daarnaast geïncorporeerd in de (on)rechtmatigheidtoets van overheidsbesluiten,[97] waarop de *bestuursrechter* vervolgens het zelfstandig schadebesluit construeerde. De *bestuursrechter* slaagde er namelijk in om zijn oordeel over schadevergoeding te ontkoppelen van een oordeel over de (on)rechtmatigheid van de oorspronkelijk schadeveroorzakende handeling, waarbij het égalité-beginsel als (buitenwettelijke) rechtsgrond werd beschouwd voor een gehoudenheid tot schadecompensatie na rechtmatig overheidsoptreden.[98] Door de bestuursrechter is daarmee aanvaard dat het égalité-beginsel een zelfstandige grondslag biedt voor buitenwettelijke nadeelcompensatie, dus voor een vergoeding van door op zichzelf rechtmatig overheidshandelen veroorzaakte (onevenredige) schade.[99]

Dat is op zichzelf passend bij het karakter van het bestuursrecht, omdat het bestuursrecht niet de achtergrond heeft van een gesloten systeem van verbintenissen, zoals dat wordt aangenomen voor het civiele recht. Daar kan een verbintenis tot schadevergoeding immers alleen voortvloeien uit overeenkomst, onrechtmatige daad of een bijzonder aanknopingspunt in – het stelsel van – de wet.[100] Het bestuursrecht kenmerkt zich vanuit dit perspectief door een open systeem van verplichtingen; de verplichtingen tot schadevergoeding

---

96 N.J.M. Kwakman 2003, p. 203.

97 Door in de MvA bij de Awb ter zake van art. 3:4 lid 2 Awb ('De voor één of meer belanghebbende nadelige gevolgen van een besluit mogen niet onevenredig zijn in verhouding tot de met het besluit te dienen doelen.') aan te geven dat het verband tussen het égalité-beginsel en het evenredigheidsbeginsel van art. 3:4 lid 2 is, dat ' bij het niet aanbieden van schadevergoeding aan de onevenredig zwaar (in vergelijking met anderen) getroffen burgers, tevens gesproken moet worden van een voor de gedupeerde belanghebbende nadelig gevolg dat (door het uitblijven van vergoeding) als onevenredig moet worden beschouwd in verhouding tot de met het besluit te dienen doelen.' Zie Kamerstukken II 21221, nr. 5 (MvA), p. 56-58. Bij het evenredigheidsbeginsel gaat het om de evenredigheid tussen doel-middel (besluit) en bij het égalité-beginsel gaat het om de onevenredige benadeling van de ene burger in vergelijking met de andere, G.E. van Maanen 2002, p. 107 en ook J.M. Kwakman 2003, p. 296. Met name Hennekens bekritiseert deze koppeling tussen het evenredigheidsbeginsel (dat ziet op de vraag of sprake is van onrechtmatigheid) en het égalité-beginsel (dat een grondslag is voor vergoeding bij rechtmatige daad), H.Ph. J.A.M. Hennekens 2000, p. 572.

98 J.E.M. Polak e.a 2008, p. 111-112 met de betreffende arresten. Voor een beschrijving van (een deel van deze) rechtspraak zie bijv. N.J.M. Kwakman (2003), deel 3, onder andere zijn analyse van de Van Vlodrop uitspraak, ABRvS 6 mei 1997, AB 1997, 229, p. 288 e.v. en eveneens zijn eindconclusies daarover bijv. op p. 326 en 342.

99 J.E.M. Polak e.a 2008, p. 111.

100 Overigens zit daar de ruimte voor de civiele rechter; ook hij kan een oplossing zoeken die in het stelsel van de wet past en aansluit bij wel in de wet geregelde gevallen. Bakels stelt dat op basis van deze ruimte de Hoge Raad ook op het terrein van strafvorderlijke schade zijn beslissing in de sleutel van rechtmatige daad had kunnen zetten (zoals A-G Bloembergen betoogde bij HR 26 januari 1990, NJ 1990, 794) en hij meent dat Kwakman (N.J.M. Kwakman 2003, p. 341) die mogelijkheid ten onrechte niet heeft onderkend, F.B. Bakels 2006, p. 28, noot 26.

in het bestuursrecht kunnen rechtstreeks voortvloeien uit het ongeschreven recht.[101] In het voorontwerp Nadeelcompensatie (juni 2007) lijkt de knoop door de Commissie Scheltema, die een voorontwerp tot stand bracht, definitief doorgehakt en is gekozen voor het égalité-beginsel als grondslag voor een algemene schadevergoedingsregeling in de Awb.[102,103]

Het égalité-beginsel als zelfstandige rechtsgrond voor schadevergoeding na rechtmatig overheidsoptreden lijkt eveneens door de *civiele rechter* voor wat betreft schade door bestuurlijk handelen te zijn omarmd. Hoewel de civiele rechter er maar lastig aan ontkomt om een oordeel over schadevergoeding na bestuurlijk overheidshandelen op te moeten hangen aan een onrechtmatigheidoordeel,[104] wordt namelijk door velen gemeend dat de Hoge Raad in het arrest Leffers Staat uit 1991[105] de facto een schadevergoedingsplicht heeft aanvaard op basis van het égalité-beginsel,[106] waarbij sommigen meenden dat hiermee de civiele rechter voor het eerst schadevergoeding bij rechtmatige daad heeft aanvaard.[107]

De rechtspraktijk van het bestuurlijk schadevergoedingsrecht (door bestuursrechter en civiele rechter) en het civielrechtelijk strafvorderlijk schadevergoedingsrecht hebben elkaar echter tot op heden niet gekruist, behalve voor wat betreft schade door toepassing van strafvorderlijk optreden bij derden, niet zijnde verdachten. De Hoge Raad heeft namelijk in civilibus – maar alleen voor wat betreft de derde niet-verdachte – het aangedurfd om op basis van het égalité-beginsel risicoaansprakelijkheid van de overheid aan te nemen in

101 B. Schueler 2006, p. 66.

102 Zie voor de tekst van het voorontwerp Nadeelcompensatie en schadevergoeding bij onrechtmatige besluiten onder andere O&A 2007, nr. 4, p. 116-118.

103 Ook zouden de meeste auteurs op dit terrein het égalité-beginsel inmiddels beschouwen als (al dan niet buitenwettelijke) grondslag voor aansprakelijkheid van de overheid voor schade tengevolge van rechtmatig bestuurlijk overheidsoptreden. In het algemeen, dus niet specifiek toegelicht op strafvorderlijke overheidsschade, wordt deze grondslag (égalité-beginsel) of een vergelijkbare grond (gelijkheidsbeginsel, al dan niet in combinatie met het evenredigheidsbeginsel) erkend door velen, onder andere J.A.M. van den Berk 1997, p. 17, P.J.J. Van Buuren 1995, p. 637-638, J. Spier 1996, p. 295), L.J.A. Damen 1996, p. 32. Zie voor anderen bijv. het overzichtje van R.P.J.L. Tjittes 1996, p. 38 en R.J.N, Schlössels 2002 (I en II). Maar er zijn ook andere opvattingen, zoals van J. H. Nieuwenhuis (zie hierna). Voor overige auteurs die nuanceren ten opzichte van het égalité-beginsel (voor wat betreft de bestuursrechtelijke ontwikkelingen), zie N.J.M. Kwakman 2003, p. 349. Voor wat betreft de strafrechtelijke ontwikkelingen, zie hierna.

104 Met in het verleden veel discussie in de literatuur hoe een aanspraak uit onrechtmatige daad voor een in beginsel rechtmatige overheidshandeling gestructureerd kon worden, vergelijk Bregstein, Drion en Van den Bergh uit de civiele hoek. Hun opvattingen heb ik kort samengevat weergegeven in hoofdstuk 3 in § 3.1.5. Zie echter ook A-G Bloembergen bij HR 26 januari 1990, NJ 1990, 794 en F.B. Bakels 2006, p. 28 die menen dat de civiele rechter wel degelijk een oplossing in de sleutel van de rechtmatige daad had kunnen zetten. Anders hierover (uit civielrechtelijke hoek) C.J.J. Kortmann 2006.

105 HR van 18 januari 1991, NJ 1992, 638 (Varkensmester, ook wel Swill).

106 Anders H.PH.J.A.M. Hennekens 2000, p. 575.

107 Zie voor een beschrijving van reacties op deze uitspraak N.J.M. Kwakman 2003, § 2.8.4.

geval van onevenredige, buiten het normaal maatschappelijk risico gelegen, schade, bij ab initio rechtmatig overheidsoptreden (Staat-Lavrijsen). In deze uitspraak stelt de Hoge Raad met betrekking tot de derde, niet verdachte: *'…(dat) één van de verschijningsvormen van het gelijkheidsbeginsel is (…) (dat) de onevenredig nadelige – dat wil zeggen: buiten het normale maatschappelijke bedrijfsrisico vallende, en op een beperkte groep burgers of instellingen drukkende – gevolgen van een overheidshandeling of overheidsbesluit niet ten laste van die beperkte groep behoren te komen, maar gelijkelijk over de gemeenschap dienen te worden verdeeld (…). Uit deze regel vloeit voort dat het toebrengen van zodanig onevenredige schade bij een op zichzelf rechtmatige overheidshandeling als de onderhavige huiszoeking jegens de getroffene onrechtmatig is.'*[108] Hoewel de civiele rechter de aanspraak op vergoeding in de sleutel plaatst van onrechtmatigheid, lijkt ook hier de facto een schadevergoedingsplicht na een ab initio rechtmatige strafrechtelijke overheidsdaad te zijn aanvaard op basis van het égalité-beginsel, maar nogmaals, slechts ten aanzien voor de derde, niet verdachte.[109]

Zonder hier in te hoeven gaan op de vraag of al deze ontwikkelingen allen afzonderlijk als positief beoordeeld moeten worden kan worden vastgesteld dat het égalité-beginsel onomkeerbaar voet aan de grond heeft gekregen in de Nederlandse rechtspleging als zelfstandige grondslag voor een aanspraak op vergoeding na legitiem overheidshandelen.

Ook kan vastgesteld worden, zeker na Staat-Lavrijsen, dat de tot dan toe geïsoleerde positie van beoordelingen over schade tengevolge van rechtmatig strafvorderlijk handelen ten opzichte van de ontwikkelingen van schadevergoeding tengevolge van rechtmatig bestuurlijk handelen aan terrein verliest. Slechts voor de gewezen verdachte is nog sprake van een geïsoleerde situatie; daar wenste de Hoge Raad niet af te wijken van het daartoe inmiddels specifiek ontwikkelde regime (waar gebleken onschuld de voorwaarde is voor een recht op schadevergoeding), hoewel wel werd gerefereerd naar de ophanden zijnde wetsaanpassing naar een algemene schadevergoedingsregeling (zie hoofdstuk 3). Dit gegeven legitimeert zeker de keuze van de rechter om – in afwachting van nieuwe wetgeving – geen baanbrekende vernieuwing te willen doorvoeren.[110] Hoewel het gissen is of de Hoge Raad ook principieel van opvatting was dat een dergelijke zelfstandige grondslag niet zou moeten gelden

---

108 HR 30 maart 2001, AB 2001/412 (Staat-Lavrijsen), ook genoemd in 3.2.3.5.

109 Zie voor een beschrijving van reacties op deze uitspraak N.J.M. Kwakman 2003, § 4.2.2. Hennekens, Van Maanen en Kwakman zelf zijn kritisch, Damen, Drupsteen en Schlössels zijn positief.

110 Bakels stelt dat de Hoge Raad de aanvankelijk gekozen constructie had kunnen vervangen door aansprakelijkheid uit rechtmatige daad. Bakels onderkent echter dat eenmaal aanvaarde constructies (bij de HR) nu eenmaal *'een zekere taaiheid hebben, mede omdat de Raad (terecht) hecht aan consistentie van het recht en daarom niet gemakkelijk op een eenmaal gegeven oordeel terugkomt, zeker niet kort nadien, en voorts omdat de zojuist genoemde redenen om voor de constructie van een onrechtmatige daad te kiezen, niet inmiddels alle hun geldigheid hebben verloren.'* F.B. Bakels, 2006, p. 29.

voor de gewezen verdachte, hoeft dat niet te worden uitgesloten.[111] De Hoge Raad geeft namelijk wel alvast invulling aan de vraag wat bij een gewezen verdachte als onevenredig nadeel moet worden beschouwd en wat onder normaal maatschappelijk risico moet worden begrepen voor de derde en de gewezen verdachte.[112]

Samenvattend: voor wat betreft de grondslag van vergoeding bij rechtmatige daad is voor wat betreft bestuurlijke schade inmiddels een redelijk breed gedragen piste van overeenstemming in de rechtspraktijk ontstaan,[113] waarbij het égalité-beginsel als (zelfstandige) grondslag wordt beschouwd voor (buitenwettelijke) vergoeding van onevenredige schade die niet tot het normaal maatschappelijk risico kan worden beschouwd. Daarbij is dus geen sprake van een gunstensfeer. Dat lijkt door de Hoge Raad zoals gezegd ook geaccepteerd voor de derde, niet gewezen verdachte bij schade tengevolge van strafvorderlijk overheidshandelen.

6.3.4 Voorlopige conclusie: voornaamste argument voor billijkheidsgrondslag achterhaald, twee schadevergoedingspistes bij een vergelijkbare rechtsbetrekking, geen rechtseenheid op het terrein van schadevergoedingsrecht (inter)

Door deze ontwikkelingen lijkt een van de voornaamste toenmalige argumenten om billijkheid te kiezen als grondslag voor de specifieke schadevergoedingsregeling van de artikelen 89-93 Sv, namelijk de politieke moeite met de gedachte van een aanspraak op vergoeding bij een in beginsel rechtmatig handelende overheid, achterhaald door de rechtspraktijk van het schadevergoedingsrecht in verband met overig legitiem overheidshandelen. Noch de bestuursrechtelijke wetgever, noch de bestuursrechter, noch de civiele rechter lijkt thans nog moeite te hebben met de gedachte van een aanspraak op vergoe-

111 Ik denk dan ook dat in het ontwerp wetsvoorstel 'Schadecompensatie strafvorderlijk overheidsoptreden' onterecht wordt geconcludeerd op basis van deze rechtspraak dat de toepassing van het égalité-beginsel ten aanzien van de gewezen verdachte omstreden is; door de Hoge Raad wordt slechts aangegeven dat de gestelde schade onder het normaal maatschappelijk risico van de verdachte hoort. Ook zo Hoitink e.a. 2008, p. 874.

112 Voor de derde niet-verdachte werd gemeend dat schade aan eigendom in beginsel niet geacht kon worden te vallen binnen het normaal maatschappelijk risico (HR 17 september 2004, RvdW 2004, 105 en AB 2006, 41 (m.nt. B.P.M. van Ravels), de zaak na Staat-Lavrijsen). Voor de gewezen verdachte merkt de Hoge Raad (13 oktober 2006, NJ 2007, 432 Begaclaim) echter op dat *'indien een redelijk vermoeden van schuld is gerezen, het tot het normale maatschappelijke risico van een verdachte moet worden gerekend dat de feiten en omstandigheden die tot dat vermoeden aanleiding hebben gegeven in een strafrechtelijke procedure worden onderzocht en ook overigens tot optreden van politie en justitie leidt.'* Met andere woorden het normaal maatschappelijk risico is voor een niet verdachte burger een andere dan voor een wel verdachte burger. Zie verder hierna in hoofdstuk 7.

113 Overigens ook in de literatuur: zie daarvoor hierna, hoofdstuk 4 en een nader uitwerking in hoofdstuk 7.

ding bij schade tengevolge van legitiem overheidshandelen. Inmiddels wordt daar namelijk op basis van de grondslag (égalité) aangenomen dat ook bij een legitiem handelende overheid onder voorwaarden sprake kan zijn van een aanspraak op vergoeding voor de schade die is ontstaan. Daarmee lijkt – voor wat betreft de bestuurlijke wetgever en de rechtspraak op dat terrein – sprake te zijn van een verschuiving van de onderliggende norm. Niet zozeer omdat de mogelijkheid is gecreëerd om schade in verband met legitiem overheidshandelen te kunnen vergoeden (dat was namelijk ook de onderliggende gedachte bij de billijkheid), maar veeleer dat in bepaalde gevallen sprake is van een aanspraak op vergoeding, waarbij de onevenredigheid van de schade bepalend is.

Slechts de gewezen verdachte verkeert daarbij nog in een geïsoleerde positie, aangezien de huidige wettelijke regeling nog gefundeerd is op een billijkheidsgrondslag (gunstensfeer) en de civiele rechter (ondermeer in afwachting van wetswijziging) het égalité-beginsel niet als zelfstandige grondslag toepast voor een schadeclaim van een gewezen verdachte, maar schade baseert op een ex post onrechtmatigheidbeoordeling (waarbij de gebleken onschuld van de betrokkene bepalend is).

Aangezien de bestuurlijke en de strafvorderlijke rechtsrelatie in de kern niet verschillen van aard (zie hiervoor § 6.2.2.1) is de thans ontstane verbrokkelde rechtspraktijk voor wat betreft de mogelijkheden tot vergoeding van schade die in deze rechtsrelaties kunnen ontstaan daarmee in beginsel niet in overeenstemming, omdat beide ontstane pistes (voor strafvorderlijke schade gunstensfeer of vergoeding afhankelijk van gebleken onschuld en voor bestuurlijke schade een aanspraak op vergoeding in geval van onevenredige schade) geen uitdrukking lijken te geven aan dezelfde onderliggende norm. Daarmee lijkt deze rechtspraktijk evenmin te voldoen aan de eisen van rechtseenheid. Toch moet er nog een slag om de arm worden gehouden, aangezien thans nog onduidelijk is of en zo ja, hoe eventuele domeinspecifieke factoren dan tot uitdrukking moeten komen in een uiteindelijke schadevergoedingsconstructie. Die domeinspecifieke reden zou verband kunnen houden met de domeinspecifieke kans dat deze betrokken burger wellicht niet onschuldig is aan het delict waarvoor hij niet is veroordeeld. Dat is namelijk een punt waarop de strafrechtelijke en bestuursrechtelijke rechtsbetrekking in ieder geval verschillen, aangezien schuldvaststelling alleen speelt in de strafrechtelijke relatie (§ 6.2.3.1). In hoeverre deze factor legitiem kan meewegen bij schadevergoedingsprocedures, bespreek ik hierna (§ 6.5.1.4).

6.3.5 Voorlopige conclusie: flexibele billijkheid leidt tot gebrekkige (intra) rechtszekerheid

Zoals uit hoofdstuk 5 blijkt, leek de keuze voor de billijkheidsgrondslag eveneens ingegeven om flexibiliteit te behouden zodat, vooral in geval van

twijfel over restschuld, een vergoeding kon worden onthouden. Er wordt door de Regering (1973/1974) wel onderkend dat de billijkheidsgrondslag leidt tot het risico van onderling sterk verschillende, het rechtsgevoel niet bevredigende beslissingen en daarbij wordt van Regeringszijde toegegeven dat de maatstaf van de billijkheid moeilijk is en voor degene die om schadevergoeding vraagt niet bijster veel houvast biedt. De mate van uiteenlopendheid in schadevergoedingsbeslissingen wordt daarbij teruggevoerd op de mate van ongelijkheid van de gevallen. Aan de andere kant wordt ook de angst geuit 'dat claims gedijen binnen onduidelijkheid' met alle gevolgen van dien voor de Staatskas (1994/1995). Hoewel flexibiliteit in een regeling over schadevergoeding zeker legitiem is, dient daarbij wel recht te worden gedaan aan de rechtszekerheid voor de burger. Zonder een aanvullende toets kan gesteld worden dat uit de beschrijving van de rechtspraak (hoofdstuk 2) blijkt dat de billijkheid die rechtszekerheid op veel fronten niet heeft kunnen bieden. Ook in de literatuur werd dit meerdere malen aan de orde gesteld (zie hoofdstuk 4 in onder andere § 4.6.3.5).

6.4 De wettelijke voorwaarden van de regeling van de artikelen 89-93 Sv getoetst

6.4.1 Inleiding

Op enkele uitzonderingen na is de 89 Sv-schadevergoedingsrechter dicht tegen de beperkingen van de wettelijke regeling aan gebleven. Wel is (soms expliciet) uit uitspraken af te leiden dat de rechter meent dat op sommige aspecten de schadevergoedingsregeling een leemte vertoont of te beperkt is.

6.4.2 Conclusie over de wettelijke voorwaarde dat sprake moet zijn van einde van de zaak zonder oplegging van straf of maatregel.

Zonder aanvullende toets kan op basis van de bevindingen gesteld worden dat deze wettelijke voorwaarde in de rechtspraktijk niet tot een eenduidige omgang heeft geleid, met name bij sepot en niet ontvankelijkheid van het Openbaar Ministerie. Er dient vanuit het perspectief van rechtszekerheid meer eenduidigheid te ontstaan over de vraag of in alle gevallen – waar sec sprake is van beëindiging van de strafzaak (zonder oplegging van straf of maatregel) en al dan niet door middel van een einduitspraak (138 Sv) – voldaan is aan de gestelde voorwaarde om in aanmerking komen voor een vergoeding. Het gaat dan om de kwestie hoe definitief een einde van de zaak is voor wat betreft

de mogelijkheid tot het verkrijgen van schadevergoeding. Het is in het belang van de rechtszekerheid dat hierover eenduidigheid bestaat.[114]

6.4.3 Conclusie over de cumulatieve tenlastelegging en schadevergoeding

Zonder aanvullende toets kan gesteld worden op basis van de bevindingen dat de thans ontstane rechtsongelijkheid en het ontbreken van rechtseenheid op dit punt vereist dat in een toekomstige schadevergoedingsregeling meer duidelijkheid wordt gecreëerd door de wetgever over de consequenties van cumulatieve tenlasteleggingen voor de mogelijkheid tot vergoeding.[115]

6.4.4 Vergoedingsregeling alleen voor schade tengevolge van vrijheidsbenemende dwangmiddelen

6.4.4.1 Aanleiding beperking

In de literatuur hebben velen zich uitgelaten over de beperking van de wettelijke schadevergoedingsregeling tot schade tengevolge van vrijheidsbenemende dwangmiddelen. Men vroeg zich af of die oorspronkelijke beperkingen van de huidige specifiek wettelijke regeling nog wel houdbaar waren. Zoals hiervoor gesteld lijkt de concrete aanleiding voor de wetgever om toen een regeling te maken, mede ingegeven door een eerder bestaande regeling, de toerekeningregeling. De toerekeningregeling waarbij de door een veroordeelde ondergane voorlopige hechtenis kon worden gecompenseerd met de door de rechter opgelegde gevangenisstraf (via aftrek), lijkt een belangrijke aanleiding geweest voor de totstandkoming van de schadevergoedingsregeling omdat daarmee de ondergane hechtenis van niet-veroordeelden kon worden gecompenseerd middels een vergoeding. Dit verband is ook medebepalend geweest voor de door de wetgever gemaakte keuze ten aanzien van de reikwijdte van de regeling (namelijk alleen betrekking hebbend op schade tengevolge van vrijheidsbenemende dwangmiddelen). In de literatuur onderkende men veelal dit verband, maar niet ieder meende dat daarmee ook de beperking op de schadevergoedingsregeling tot 'slechts' vrijheidsbenemende dwangmiddelen gegeven moest zijn. Zelfs in de 19e eeuw waren er al voorstanders voor een bredere vergoedingsregeling. Zo pleitte onder andere Stipriaan in 1891 mate-

114 Herduiding van de kwestie wanneer sprake is van een definitief einde van de zaak zal vermoedelijk toch plaatsvinden in het licht van de het concept wetsvoorstel inzake de wijziging van het WvSv in verband met hervorming van de herzieningsregeling (ten nadele).

115 Het ontwerp wetsvoorstel 'Schadecompensatie strafvorderlijk overheidsoptreden' maakt een einde aan deze onduidelijkheid. Daar wordt aangesloten bij de opvatting dat het erom gaat of tussen de meerdere feiten een relevant verband bestaat, zie hoofdstuk 7.

riële schadevergoeding voor diegene die, onschuldig vrijgesproken, in zijn vrijheid (preventief gehecht) of zijn vermogen is aangetast.[116] Ook later riep men op tot uitbreiding van de wettelijke regeling (of herbezinning daarop) tot vergoeding van schade tengevolge van andere dwangmiddelen/ ander strafvorderlijk handelen.[117]

6.4.4.2 Veranderingen in de systematiek van het strafproces

Zowel uit de beschreven rechtspraak als in de literatuur blijkt de twijfel over de beperkingen die ooit in de wettelijke schadevergoedingsregeling werden aangelegd.

Ook de veranderingen in het strafproces zelf lijken te wijzen op de noodzaak tot een heroverweging. Zo zal, als gevolg van de materiële causaliteitsvoorwaarde, de schade geleden door een rechtspersoon nooit op de voet van deze regeling vergoed kunnen worden. Ten tijde van de totstandkoming van de regeling speelde die problematiek niet; bij de wijzigingen op de regeling werd het niet aan de orde gesteld. In rechtspraak speelt de problematiek vooral bij de kostenvergoeding op grond van artikel 591a Sv omdat daar ook de kosten door een rechtspersoon geleden, in aanmerking kunnen komen (rechtspersoon als gewezen verdachte), maar de verzoeker van een vergoeding op de voet van artikel 89 Sv zal geen rechtspersoon kunnen zijn, aangezien de rechtspersoon niet aan vrijheidsbenemende maatregelen wordt onderworpen. De schade van een rechtspersoon zal daarom nooit voldoen aan de causaliteitsvoorwaarde zoals gesteld in artikel 89 Sv.

Inmiddels is de vraag verlegd en gaat het niet alleen meer over de vraag of ook schade tengevolge van andere dan vrijheidsbenemende dwangmiddelen voor vergoeding in aanmerking dienen te komen, maar ook over de vraag of schade tengevolge van bijzondere bevoegdheden, die strikt genomen niet als dwangmiddelen gedefinieerd zijn, voor vergoeding in aanmerking zouden moet komen.[118] En ten slotte of overige schade tengevolge van strafvorderlijk handelen van de overheid in het algemeen voor vergoeding in aanmerking moet komen.

Beantwoording van die vragen moet ook in het licht worden gezien van de uitbreiding van de antiterrorismewetgeving, waar de overheid eerder mag overgaan tot het toepassen van dwangmiddelen en bijzondere bevoegdheden.

---

116 J. Van Stipriaan 1891, p. 289.

117 Zoals Asscher 1891, Borsboom 1983, Groenhuijsen/Naeyé 1990, Doorenbos 1991, Van den Berg/Rozemond 1992, Mevis 1992, De Kok 1993, Commissie Cremers (NVvR) 1994, Roef/De Roos 1996, Brouns 1996, Van der Horst (NJV 1996), Kwakman 2003, Van Maanen/De Lange (2005), Ölçer en Schoep (2006), Vranken bij Begaclaim (2006).

118 Zo bijv. annotator Vranken bij HR 13 oktober 2006, NJ 2007, 432 (Begaclaim) sub 10: hij meent van wel omdat het begrip dwangmiddel willekeurig is geworden sinds de wet BOB: bevoegdheden die in strikte zin geen dwangmiddel zijn (art. 52 e.v. Sv) kunnen zeker zo ingrijpend zijn.

Men vraagt zich af of de overheid dan ook niet de mogelijke schadelijke gevolgen daarvan voor haar risico moet nemen.[119]

Bij schadevergoedingsverzoeken die aan de civiele rechter werden voorgelegd speelde formeel het onderscheid niet tussen schade tengevolge van vrijheidsbenemende dwangmiddelen en overige schade. De Hoge Raad heeft zich echter inmiddels wel uitgesproken over het vermeende onderscheid tussen schade tengevolge van dwangmiddelen en andere schade tengevolge van strafvorderlijk optreden. De Hoge Raad legt daarbij uit dat niet op voorhand het uitgangspunt is dat schade tengevolge van dwangmiddelen zwaarder zou zijn dan die tengevolge van (het bekend worden van) een strafvorderlijk onderzoek.[120] Het expliciet denken in de *politiek* over de wenselijkheid van een algemene vergoedingsregeling voor ook andere schade tengevolge van strafvorderlijk overheidshandelen in ruime zin, bijvoorbeeld voor alle dwangmiddelen, komt – behalve, opmerkelijk, vanaf het begin in de vroege 19e eeuw – voor het eerst in de jaren '70 weer naar voren, en vervolgens weer in de jaren '90, maar dan wordt ook de angst voor financiële consequenties weer uitgesproken. In 2005 prioriteert de Minster echter de totstandbrenging van een dergelijke algemene regeling, met steun van de Kamer, die leidt tot een ontwerp wetsvoorstel in 2007 (zie hoofdstuk 7).

6.4.4.3 Conclusie over de beperking van de schadevergoedingsregeling tot schade tengevolge van vrijheidsbenemende hechtenis

Deze wettelijke voorwaarde leidt tot ongelijkheid in mogelijkheden tot schadevergoeding met betrekking tot schade die het gevolg is van strafvorderlijk overheidsoptreden terwijl van oorsprong deze beperking niet gebaseerd lijkt te zijn op enig principieel uitgangspunt. De rechtspraak is enigszins coulant omgegaan met deze wettelijke beperking en stelt diverse leemten aan de orde die met deze beperking samenhangen. In de literatuur steunt men deze beperking niet meer. Inmiddels hebben veranderingen in het strafproces, zowel vanwege de ontwikkeling dat strafbaarheid is uitgebreid tot rechtspersonen als door de toegenomen mogelijkheden voor de overheid om dwangmiddelen en overige ingrijpende bevoegdheden (eerder) toe te kunnen passen, tot meer ongelijkheid in mogelijkheden tot vergoeding van schade geleid. De rechter meent expliciet dat er geen vermeend onderscheid meer is tussen schade tengevolge van dwangmiddelen of bijzondere bevoegdheden.

---

119 Zie onder andere amendement van het lid Wolfsen, kamerstukken II 205-2006, 30164, nr. 18, beschreven in hoofdstuk 1 in § 1.7.2. Overigens wordt het ook van de andere kant benaderd: in wetenschappelijke kring wordt gevreesd dat de haast van de wetgever voor een brede schadevergoedingsregeling voortkomt uit het weer goed maken van de balans die zal ontstaan vanwege de antiterrorismewetgeving, waar voor het toepassen van dwangmiddelen niet eens meer de eis van verdenking geldt, aldus N.J.M. Kwakman 2006, p. 1127.

120 Hoge Raad 14 januari 2005, NJ 2005, 346 r.o. 4.3.2 en Hoge Raad 13 oktober 2006, NJ 2007, 432 (Begaclaim), r.o. 3.4, zie ook hierna.

Hieruit volgt dat gelijktrekking van de mogelijkheid tot vergoeding van schade, ongeacht of het schade betreft tengevolge van vrijheidsbenemende of andere dwangmiddelen, schade tengevolge van bijzondere bevoegdheden dan wel schade tengevolge van (het bekend worden van) het strafproces, nodig is vanuit het oogpunt van rechtsgelijkheid.

6.5 De aanvullende domeinspecifieke voorwaarden (bij de regeling van de artikelen 89-93 Sv en in civilibus) getoetst

6.5.1 Onschuld als voorwaarde

Uit de bevindingen komt naar voren dat onschuld de meest bepalende factor is voor toe- of afwijzing van schadevergoeding:

- De wetgever gaf weliswaar aan dat billijkheid geen synoniem is voor gebleken onschuld, maar men accepteerde wel op voorhand dat (on)schuldvermoedens desondanks een rol zullen spelen;
- bij de rechterlijke invulling van de vraag of een schadevergoeding billijk is komt naar voren dat al dan niet gebleken onschuld (in de betekenis van 'feitelijk' onschuldig), restverdenking en processuele schuld en proceshouding het meest dominant van invloed zijn op de beslissing van de schadevergoedingsrechter over toekenning of afwijzing van schadevergoeding;
- ook de civiele rechter kende een dominante rol toe aan de gebleken onschuld door het als voorwaarde te stellen voor de vaststelling van onrechtmatigheid.

En dan de literatuur; ook daar struikelt men al meer dan een eeuw over de vraag in hoeverre deze voorwaarde gesteld moet of mag worden. Hieronder wordt nader ingegaan op de betekenis van het gebruik van onschuld als voorwaarde voor schadevergoeding en wordt op basis van het hiervoor gestelde toetskader beoordeeld of verwijzingen naar restschuld of het vereisen van onschuld aanvaardbaar is.

6.5.1.1 'Werkelijke' onschuld als voorwaarde voor schadevergoeding

Langeveld (1931) zei: Ten onrechte bevond de rechter *'dat geen 18 karaats onschuldige om schadevergoeding vroeg, die hem dan ook werd geweigerd…'*[121] De opvatting dat onschuld niet als voorwaarde gesteld moet worden om in aanmerking te komen voor schadevergoeding werd door velen in de gehele periode die is bestudeerd, uitgedragen. Van deze groep wilden sommigen in

121 P. Langeveld 1931, p. 131.

het geheel geen voorwaarden stellen (zij spraken zich expliciet uit dat een niet-veroordeling volstaat), ook wel de absolutisten genoemd.[122] Benadrukt dient te worden dat de voorstanders van een zelfstandige grondslag voor vergoeding[123] over het algemeen geen verdere voorwaarden eisten, hoewel de meesten wel het ontbreken van processuele schuld vereisen (zie hierna). Anderen die niet een dergelijke zelfstandige grondslag steunden, maar nog uitgingen van de voorwaarde dat sprake moet zijn van onrechtmatigheid, meenden dat door een niet-veroordeling sprake was van dwaling, van onrechtmatigheid (en daarom van een recht op vergoeding, ongeacht schuld of onschuld).

Maar al dan niet expliciet in een mening over de grondslag van een vergoeding, meenden velen dat niet-veroordeelden als onschuldig bejegend moeten worden.[124] Ook in de 20e eeuw menen wederom velen dat een aanspraak op schadevergoeding (al dan niet op grond van of onrechtmatigheid of op basis van een zelfstandige grondslag) los moet staan van gebleken onschuld.[125] Deze auteurs zijn er van overtuigd dat onschuld niet als voorwaarde gesteld zou moeten worden voor schadevergoeding. Eigenlijk zijn hun argumenten tot twee hoofdlijnen terug te brengen:

1 onschuld dient principieel niet als vereiste gesteld te worden voor schadevergoeding omdat het om beoordeling van het overheidshandelen moet gaan en niet om de rol van de gelaedeerde. Zeker de laatste tijdsperiode kenmerkt zich door een verschuiving van de aandacht op de gewezen verdachte naar de overheid door gerichtheid op de vraag in hoeverre de ontstane schade (voor zover onevenredig en niet als normaal maatschappelijk risico valt te waarderen) voor rekening van de overheid dient te komen;
2 onschuld mag niet als voorwaarde of vereiste worden gesteld vanwege de direct of indirect, impliciet of expliciet (verondersteld) betekenis en

122 T.J. Noyon (1886), die dit standpunt wel steunde, maar de consequenties te ver vond gaan, opteerde voor in het geheel geen regeling, in het dilemma dat een regeling voor allen, al dan niet onschuldig zou moeten gelden of voor niemand.

123 Zie hoofdstuk 4: zoals Kist tijdens de NJV in 1871, Straatman (1877), Mom Visch (1882), Leyds (1884), Marcus (1885), D. Simons tijdens de NJV in 1886, Asscher (1897), Simons (1904), Bruins (1906) en Van Veen (1976).

124 De Pinto (1864), Van Bemmelen (1864), Van den Wall Bake (1869), Mom Visch (1870), Kist (1871), Straatman (1877), Mom Visch (1882), Leyds (1884), Marcus (1885), Pols (1886), D. Simons (1886) en Asscher (1897).

125 Bruins (1906), Binnerts (1907), Langeveld (1931), Tak (1970), impliciet Melai (1988) Bakels (1991, 2006) en Doorenbos (1991). Vanaf de jaren '90 steeds vaker met een verwijzing, interpretatie of uitleg van EHRM rechtspraak: Doorenbos 1991, De Pree (1992), Van den Berg/Rozemond (1992), Rozemond (1993), De Kok (1993), Commissie Cremers (1994), A-G Mok bij Hoge Raad 23 december 1994, NJ 1995, 512, Dekker (1995), Spier (1996), Van Maanen (2002), Van Maanen/De Lange (2005), Bakels (2006), Vranken in zijn noot bij Begaclaim (2006) en Stolwijk (2007). Zie uitvoerig voor passages terzake en vindplaatsen hoofdstuk 4 in §4.6.4.1.

invloed van de onschuldpresumptie,[126] al dan niet (voor wat betreft de latere periode) onder invloed van de uitspraken van het EHRM.

Maar naast diegenen die over de eeuwen heen menen dat onschuld geen voorwaarde moet zijn voor schadevergoeding, zijn er ook velen (geweest) die wel hebben bepleit dat alleen onschuldigen in aanmerking moesten komen voor schadevergoeding; veelal wordt daarbij specifiek ingevuld wanneer sprake is van onschuld en dan wordt bedoeld: werkelijke onschuld. Vooral in de 19e eeuw werd veel – vanuit juridische systematiek beoordeeld – nadruk gelegd op de vraag in welke gevallen sprake kan zijn van werkelijke onschuld:

- indien bewezen is dat het misdrijf door een derde is gepleegd (bewezen onschuld);[127]
- dwaling de facto (indien beklaagde het misdrijf niet heeft kunnen plegen, hetgeen gekwalificeerd wordt als 'Widerlegung des subjectiven Thatbestandes';[128]
- een vergissing in persoon;[129]
- dwaling de jure (tegen de handeling is door de strafwet geen straf bedreigd);[130]
- dwaling de facto (indien een misdrijf in het geheel niet is begaan, hetgeen gekwalificeerd wordt als 'Widerlegung des objectiven Thatbestandes'.[131]

In deze gevallen is men als het ware zeker van werkelijke onschuld, omdat er nooit schuld is geweest. Diegenen die in de literatuur voorstander zijn van een voorwaarde die aan onschuld is gerelateerd, bedoelen eigenlijk dus steeds 'werkelijke' onschuld. Zij richten zich dan ook veelal op de juridische structuur van het strafproces om op basis daarvan vast te stellen in welke gevallen eventueel sprake kan zijn van werkelijke onschuld. Recent sluit Stolwijk (2007) met zijn voorbeelden – op basis waarvan hij stelt dat vrijspraak onschuld impliceert – aan bij de vele hiervoor genoemde 19e- eeuwse wetenschappers die zich uitlieten over de vraag bij welke einduitspraken wel met zekerheid is te zeggen dat sprake is van onschuld. Stolwijks vrijspraakvoorbeelden lijken daarbij het meest op de dwaling de jure.[132]

---

126 Er is in de literatuur veel aandacht voor vrijspraak en de verhouding met de onschuldpresumptie, zie mijn uitvoerige beschrijving in hoofdstuk 4. Ik deel dan ook niet de vaststelling van Groenhuijsen dat academische discussies over vrijspraak nauwelijks zijn gevoerd in de sleutel van de onschuldpresumptie, M.S. Groenhuijsen 2008, p. 201.

127 Van Gigh 1886, Caudri 1898.

128 Meijer, Domela Nieuwenhuis 1885+1886, Van Gigh 1886, Van Stipriaan 1891, Caudri 1898.

129 Domela Nieuwenhuis 1878.

130 Meijer, Straatman 1877, Domela Nieuwenhuis 1886, Van Gigh 1886, Van Hamel 1886, Caudri 1898.

131 Meijer, Domela Nieuwenhuis 1885 en 1886, Caudri 1898.

132 S.A.M. Stolwijk 2007. Kritisch over de representativiteit van Stolwijks voorbeelden is M.S. Groenhuijsen 2008, p. 201 e.v.

En hoewel begin jaren '90 nog enkelen bepleiten dat onschuld als voorwaarde moet gelden voor vergoeding[133] zijn er daarna in de literatuur eigenlijk geen voorstanders meer die zich expliciet uitspreken voor werkelijke onschuld als vereiste voor schadevergoeding.

Anders is het – zoals gezegd – bij de schadevergoedingsrechters gesteld. Zij blijven uitspraken doen met betrekking tot het wel of niet blijken van onschuld. De (civiele) rechtspraak baseert zich zelfs volledig op gebleken werkelijke onschuld, zoals hiervoor uitvoerig is beschreven. Zo wordt binnen de categorie van vrijgesprokenen door de civiele schadevergoedingsrechter twee categorieën onderscheiden die – in de zin van het beslissingsmodel van de artikelen 348 en 350 Sv – niet bestaan. Er wordt namelijk onderscheid gemaakt tussen enerzijds vrijgesprokenen waarvan zou 'blijken' dat zij onschuldig zijn en anderzijds vrijgesprokenen waarvan dat niet 'blijkt': die hebben misschien het feit wel feitelijk gepleegd alleen kon dat niet worden bewezen. Nu zou volgens de Hoge Raad slechts bij de eerstgenoemde groep vrijgesprokenen sprake kunnen zijn van civielrechtelijke onrechtmatigheid-achteraf van de toegepaste vrijheidsbenemende dwangmiddelen, hetgeen een recht op schadevergoeding geeft. Ook de civiele rechter baseert zich dus op 'werkelijke' onschuld als voorwaarde voor schadevergoeding (via de constructie van onrechtmatige overheidsdaad). Datzelfde geldt overigens ook voor andere vormen van beëindiging van een strafzaak (zoals sepot).

Deze opvattingen zijn voor een deel zijn terug te voeren op enerzijds een onjuist begrip over de relatie tussen het materieelrechtelijke schuldbegrip en de onschuldpresumptie en anderzijds op de complexiteit van de beperkte (scheve) waarheidsvinding in het strafproces, zoals hiervoor omschreven. Maar impliceert dit nu ook dat dergelijke verwijzingen niet mogen plaatsvinden? En mag aan onschuld in het geheel geen rol meer mogen toebedeeld bij het bepalen van (een aanspraak op) vergoeding? Daarvoor dient eerst vastgesteld te worden wat de consequenties zijn van de – hiervoor gestelde – structuur van het strafproces en de doorwerking van de onschuldpresumptie op de discretionaire ruimte van de schadevergoedingsrechter.

6.5.1.2 Beoordeling van verwijzingen naar schuld (of verdenking) in verband met schadevergoeding

Hiervoor in § 6.2.3.2 werd vanuit de systematiek van het strafproces gesteld dat de formele norm waaraan de overheid is gebonden (onschuldpresumptie) ook betekenis houdt na afloop van dat strafproces in geval geen materiële

133 A-G Bloembergen bij HR 2 februari 1990, NJ 1990, 794 en impliciet E. Myjer 1994, p. 139, waar hij bepleit dat de rechter zou moeten aangeven of sprake is van technische vrijspraak (tenlastelegging verkeerd delict of onrechtmatig verkregen bewijs) zodat dan bij schadevergoeding met herhaling van de motivering kan worden gewezen op het ontbreken van gronden van billijkheid.

schuld is vastgesteld door de rechter, en dat betekent dus dat de onschuldpresumptie ook op schadevergoedingsprocedures 'doorwerkt'. In deze paragraaf wordt beoordeeld welke consequenties dat heeft voor de in de beschreven rechtspraktijk gehanteerde verwijzingen naar schuld ter afwijzing van schadevergoeding en het vereisen van onschuld als voorwaarde voor schadevergoeding. Anders geformuleerd: in deze paragraaf worden de gevolgen van de normering van de onschuldpresumptie op schadevergoedingsprocedures besproken en de consequenties die dat heeft voor de discretionaire ruimte die de schadevergoedingsrechter heeft bij zijn beslissing over schadevergoeding.

Met behulp van EHRM rechtspraak kan dat zeer concreet nader worden ingevuld. Hieruit komt namelijk naar voren dat een weigering tot toekenning van schadevergoeding strijdig kan zijn met artikel 6 lid 2 EVRM indien daarbij wordt verwezen naar schuld, terwijl de schuld van de gewezen verdachte niet is vastgesteld volgens de wet en in het bijzonder wanneer de gewezen verdachte niet de mogelijkheid heeft gehad verweer te voeren.[134]

Tevens zal een verwijzing naar de verdenking volgens het EHRM in beginsel geen strijd opleveren met artikel 6 lid 2 EVRM, hoewel het EHRM daarbij wel een onderscheid hanteert voor wat betreft de wijze waarop de zaak is geëindigd (vrijspraak of overig) en in hoeverre de mogelijkheid bestond verweer te voeren. Ik behandel hier de relevante[135] uitspraken van het EHRM voor wat betreft verwijzingen naar schuld en verdenking, gezien de samenhang (apart zal ik hierna nog aanvulling geven over de rol van de verdenking in schadevergoedingsprocedures).[136]

In de zaken-Englert en Nölkenbockhoff, waarin de strafzaken waren beëindigd zonder dat er een onherroepelijke uitspraak was gedaan over de inhoud van de zaak, was de schade-/kostenvergoeding geweigerd op basis van een voorspelling van de mogelijke uitkomst indien de strafzaak wel tot een onherroepelijke beslissing had geleid (indien de procedure was vervolgd, zou het niet onwaarschijnlijk zijn dat klager zou zijn veroordeeld). Het EHRM zag een dergelijke motivering toen slechts als een (niet met artikel 6 lid 2 EVRM strijdige) mening over de sterke mate van verdenking ('state of suspicion') die tegen de klager bestond, en niet als een (wel met artikel 6 lid 2 EVRM strijdige) schuldigverklaring 'finding of guilt'.[137] Aparte vermelding verdient de zaak Kandel waar na niet-ontvankelijkheid in verband met een overschrijding van de redelijke termijn een kostenvergoeding raadsman wordt afgewezen met het argument dat indien de procedure was vervolgd, het niet onwaarschijnlijk is dat klager zou zijn veroordeeld. Het ECRM verklaart de klacht, dat

134 EHRM 25 maart 1983, Series A 62 (Minelli tegen Zwitserland), § 37 en EHRM 25 augustus 1987, Series A 123-A (Lutz tegen Duitsland), § 60.

135 Dat kunnen uitspraken zijn op het terrein schadevergoeding en onkostenvergoeding.

136 Grotendeels ontleend aan mijn bijdrage aan Melai/Groenhuijsen e.a., art. 591a Sv, aant. 17.5.

137 EHRM 25 augustus 1987, Series A 123-B (Englert tegen Duitsland), § 39 en EHRM 25 augustus 1987, Series A 123-C (Nölkenbockhoff tegen Duitsland), §39. Zie ook EHRM 25 augustus 1987, Series A 123-A (Lutz tegen Duitsland), § 62.

hiermee artikel 6 lid 2 EVRM zou zijn geschonden, niet-ontvankelijk, omdat de beslissing slechts een beschrijving is van de sterke verdenking, waarmee niet wordt gezegd dat de klager schuldig is. Bovendien is de enige consequentie dat de klager zijn advocaatkosten niet krijgt vergoed, wat niet valt te beschouwen als oplegging van een straf.[138] Het EHRM herhaalt in Leutscher tegen Nederland alle voorgaande overwegingen.[139] Bij de vaststelling kostenvergoeding mocht rekening worden gehouden met de tegen de klager nog bestaande verdenking wegens beëindiging van de zaak door niet ontvankelijkheid van het Openbaar Ministerie, na oorspronkelijk verstekveroordeling waarna betrokkene in beroep de mogelijkheid had gehad verweer te voeren.[140] Anders gezegd: indien de verdenking de gewezen verdachte na niet ontvankelijkheid van het Openbaar Ministerie wordt tegengeworpen ter ondersteuning van een weigering tot vergoeding van kosten, hoeft dat op zich geen schending van artikel 6 lid 2 EVRM op te leveren. De mogelijkheid tot het voeren van inhoudelijk verweer is daarbij wel een relevant aspect.

In dit verband maakt de uitspraak betreffende Baars[141] nog duidelijker welke aspecten relevant zijn. Het Hof 's-Hertogenbosch had een verzoek tot schade- en kostenvergoeding afgewezen met een motivering die volgens het EHRM in strijd was met artikel 6 lid 2 EVRM. I.c. was sprake van niet ontvankelijkheid van het Openbaar Ministerie wegens schending van de redelijke termijn. Het Hof 's-Hertogenbosch had overwogen dat – kort gezegd – de betrokkene waarschijnlijk zou zijn veroordeeld indien het Openbaar Ministerie de redelijke termijn niet had overschreden. Nu achtte het EHRM – in tegenstelling tot de zaken Englert en Nölkenbockhoff – een dergelijke voorspellende uitspraak onacceptabel, aangezien het EHRM een dergelijke motivering thans vindt neerkomen op een vaststelling van schuld ('finding of guilt') zonder dat klager schuldig was bevonden in een strafrechtelijke procedure en zonder dat hij zijn recht op verdediging heeft kunnen uitoefenen.[142] In afwijking hierop volgt nog een enigszins verwarrende uitspraak van EHRM 28 april 2005.[143] Na een soort transactie wordt een overweging (over de kans op veroordeling als geen sprake was geweest van die 'transactie') gehanteerd door de voorzitter in een schriftelijke toelichting aan de advocaat op de beslissing geen schadevergoeding toe te kennen. Het EHRM herhaalt eerst dezelfde formule (van Baars), namelijk dat afwijzing van een schadeclaim van een gewezen verdachte in strijd kan zijn met de onschuldpresumptie indien de motivering

138 ECRM 18 mei 1995, Appl. nr. 25513/94, NJCM-Bulletin 1996, p. 366 (Kandel tegen Nederland).
139 EHRM 26 maart 1996, Reports 1996-II, NJCM-Bulletin 1996, p. 584 en 740 (Leutscher tegen Nederland).
140 Idem ECRM 1 juli 1998, NJCM-Bulletin 1998, p. 113-115 (Hammerstein tegen Nederland).
141 EHRM 28 oktober 2003, NJ 2004, 261 (Baars tegen Nederland).
142 Idem: EHRM 9 november 2004, nr. 44760/98, NJCM bulletin 2005, p. 1138 (Del Latte vs NL).
143 A.L. vs Duitsland, NJ 2005, 569, § 32 en 33 en 38, 39.

van de beslissing tot afwijzing neerkomt op een vaststelling van de schuld van de verdachte, zonder dat hij eerder schuldig is bevonden in een strafrechtelijke procedure en zonder dat hij zijn recht op verdediging heeft kunnen uitoefenen. Toch acht het EHRM in deze zaak de afwijzing van de claim niet strijdig met artikel 6 lid 2, onder andere vanwege de beperkt externe werking (alleen aan de advocaat). Ik ga ervan uit dat deze uitspraak de tot nu toe gevolgde lijn niet doorbreekt.

Hoewel het EHRM – zoals hiervoor bleek – een afwijzing van schade-/kostenvergoeding op basis van een 'state of suspicion' (verdenking) niet zo hoog opneemt, levert een dergelijke verwijzing op grond van de uitspraak Sekanina[144] weer wel een schending op van artikel 6 lid 2 EVRM, indien sprake is van een onherroepelijke vrijspraak. Dit geldt dus niet zolang over de inhoud van de beschuldiging geen beslissing is gegeven (vgl. de situatie in de zaken Englert en Nölkenbockhoff).[145] In Sekanina speelde daarbij dat de schadevergoedingsrechter zijn uitspraak had gebaseerd op een eigen onderzoek en interpretatie van de verdenking op basis van de inhoud van het dossier. Hier werd schending van artikel 6 lid 2 EVRM aangenomen. Dit lijkt bevestigd in de zaak van Rushiti, waar het EHRM wederom korte metten maakt met een te vrije interpretatie van het vrijsprekende vonnis ten behoeve van afwijzing van de schadevergoeding.[146]

In dit verband is nog interessant EHRM 26 januari 1999 (Hibbert versus NL):[147] de verwijzing dat sprake 'was geweest' van een verdenking door een rechter in een procedure na vrijspraak was niet in strijd met artikel 6 lid 2 EVRM). Hier lijkt een verwijzing na vrijspraak naar wat ik begrijp als 'historische verdenking' geen probleem op te leveren. Samenvattend: op basis van EHRM rechtspraak valt te concluderen dat:

- Noch uitspraken over een resterende verdenking ('state of suspicion'), noch uitspraken over schuld ('finding of guilt') mogen de gewezen verdachte na onherroepelijke vrijspraak worden tegengeworpen bij een beslissing over schade-/kostenvergoeding, voor zover deze uitspraken gevormd zijn door een eigen interpretatie van het vrijsprekend vonnis door de schade-/kostenvergoedingsrechter, tenzij verwezen wordt naar een historische verdenking. Overigens vingen twee in Nederland gewezen verdachten (zaak Masson & Van Zon)[148] bot bij de voorfase (Commissie, hierna ECRM)

144 EHRM 25 augustus 1993, Series A 266-A 1993, NJ 1994, 1 (m.nt. Kn) (Sekanina tegen Oostenrijk).

145 EHRM 25 augustus 1987, Series A 123-B (Englert tegen Duitsland) en EHRM 25 augustus 1987, Series A 123-C (Nölkenbockhoff tegen Duitsland).

146 EHRM 21 maart 2000, NJCM-Bulletin 2000, p. 1009-1010 (Rushiti tegen Oostenrijk).

147 NJB 1999, p. 733. Hierdoor geïnspireerd lijkt Hof Den Haag 11 maart 2004, NbSr 2004, 254 en idem 11 mei 2004, NbSr 2004, 251. Hier was sprake van een afwijzing van kostenvergoeding na vrijspraak omdat in de strafzaak 'gronden voor verdenking aanwezig waren.'

148 EHRM 28 september 1995, Series A 327, NJ 1995, 726 (m.nt. EAA) (Masson & Van Zon tegen Nederland).

na een vrijspraak en na weigering schade-/kostenvergoeding vanwege het ontbreken van gronden van billijkheid. De ECRM achtte hun beroep op artikel 6 lid 2 EVRM niet-ontvankelijk;[149]

- verwijzingen naar schuld terwijl de schuld van de gewezen verdachte niet is vastgesteld volgens de wet en in het bijzonder wanneer de gewezen verdachte niet de mogelijkheid heeft gehad verweer te voeren, mogen de gewezen verdachte niet worden tegengeworpen;[150]
- verwijzingen naar verdenking na een strafzaak waar niet over de inhoud van de beschuldiging een beslissing is gegeven, hoeven niet in strijd te komen met artikel 6 lid 2. De mogelijkheid tot het voeren van inhoudelijk verweer lijkt daarbij wel een relevant aspect;
- in welke gevallen sprake is van een verwijzing naar schuld en in welke gevallen van een verwijzing naar resterende verdenking, is daarbij niet geheel eenduidig vast te stellen.[151] Sommige 'voorspellende' uitspraken (als niet….dan zou betrokkene zijn veroordeeld) werden eerst geïnterpreteerd als zijnde een verwijzing naar de verdenking, en daarna als zijnde een verwijzing naar schuld.[152]

In ieder geval leidt voorgaande tot de conclusie dat de wijze van beëindiging van een strafzaak bepalend is voor de discretionaire ruimte van de rechter; indien geen mogelijkheid heeft bestaan [inhoudelijk, MD] verweer te voeren (in geval van kennisgeving niet verdere vervolging, sepot, niet ontvankelijkheid van het Openbaar Ministerie), mogen geen verwijzingen naar schuld worden tegengeworpen. Verwijzingen naar verdenking kunnen dan vermoedelijk wel

149 Wel werd hun beroep op art. 6 lid 1 EVRM doorgezet, maar het EHRM achtte vervolgens de Nederlandse procedures niet genormeerd door art. 6 lid 1 EVRM.

150 Vgl. in dit verband ook HR 22 mei 2001, NJ 2001, 575 (nieuwsbrief Sr 2001, 169) en HR 1 april 2003, Nieuwsbrief Sr 2003, 187, en HR 7 oktober 2003, Nieuwsbrief Sr 2003, 384: ontneming is geen straf maar maatregel en niet in strijd met art. 6 lid 2 EVRM, aangezien in art. 511b e.v. Sv geregelde procedure aan de betrokkene de gelegenheid wordt geboden zich te verdedigen, waartoe mede behoort de gelegenheid aan te voeren waarom er onvoldoende aanwijzingen bestaan dat in art. 36 e lid 2 Sr bedoelde soortgelijke feiten of feiten waarop een geldboete van de 5e categorie door betrokkene zijn begaan, ofwel niet aannemelijk is dat de in art. 36e lid 3 Sr bedoelde andere strafbare feiten op enigerlei wijze ertoe hebben geleid dat betrokkene wederechtelijk voordeel heeft verkregen. Samengevat: geen schending onschuldpresumptie als er bij oplegging maatregel mogelijkheid is tot verdediging.

151 Misschien daarom concludeert annotator NK bij EHRM 28 april 2005, NJ 2005, 569 dat het EHRM zich *'in de nesten lijkt te hebben gewerkt'* (sub 6). Vgl. in dezelfde zin A-G Langemeijer bij HR 16 maart 2006, JOL 2006, 379 in 2.20. Zie eerder ook zo Roef en De Roos 1996, p. 245 e.v.

152 Zoals al bleek (Baars) is daarbij niet bepalend of de schadevergoedingsrechter zich letterlijk uitlaat over schuld; het gaat erom of zijn uitspraken overeenkomen met een vaststelling van schuld. Maar zelfs als er redenen zijn om aan te nemen dat de rechter (feitelijk) van iemands schuld uitgaat (zonder daarover uitspraak te doen), kan als sprake zijn van schending van art. 6 lid 2 EVRM, zie EHRM 29 juni 2006 (Panteleyenko vs Oekraine), D&D 2006, p. 1149.

worden gehanteerd, aangezien de verdenking niet behoeft te zijn beëindigd. Met andere woorden: verwijzingen naar de nog bestaande mate van verdenking worden dan niet aangemerkt als strijdig met artikel 6 lid 2 EVRM. Dat (einde verdenking) wordt blijkbaar wel verondersteld na een onherroepelijke vrijspraak omdat in dat geval ook geen uitspraken over de mate van verdenking meer mogen worden tegengeworpen.

Hoewel uit de uitspraken van het EHRM niet een compleet verbod op verwijzingen naar schuld is af te leiden, volgt dat wel uit de systematiek van het strafproces. De schadevergoedingsrechter (civiele of andere) heeft namelijk te maken met de rechtsbetrekking zoals die is aangegaan, dat wil zeggen, gebaseerd op een verdenking en indachtig de instructienorm (onschuldpresumptie), maar zonder de mogelijkheid om op welke wijze dan ook te verwijzen naar aspecten die gerelateerd zijn aan materiële schuld aan het feit waarvan betrokkene verdacht was, aangezien daartoe slechts de strafrechter (of, vanwege de OM strafbeschikking het OM) bevoegd is.[153] Voor wat betreft verwijzingen naar de verdenking, zie hierna.

Vanuit deze invalshoek moet gezegd dat de civiele rechter zich overigens door zijn gekozen formulering in beginsel feitelijk heeft onthouden van een eigen oordeel dat de gewezen verdachte zich schuldig zou hebben gemaakt aan een strafbaar feit.[154] Want hoewel de civiele rechter voor de gebleken onschuld een wezenlijke rol ziet weggelegd bij de beantwoording of (achteraf getoetst) sprake is van onrechtmatige toepassing van strafvorderlijke dwangmiddelen, heeft diezelfde civiele rechter er terecht voor gezorgd dat *niet* wederom een hertoetsing op schuld plaatsvindt. Het komt erop neer de onschuld positief uit de gedingstukken zal moeten blijken om enige kans te maken op de aanname dat sprake is van een ongerechtvaardigde verdenking en daardoor gebleken onschuld. De Hoge Raad accepteert daarbij dat de feitenrechter – voor zijn oordeel over de vraag of sprake is van gebleken onschuld – op basis van het strafdossier een zekere ruimte heeft om hierover tot een eigen oordeel te komen.

De Hoge Raad laat zich niet uit over de vraag op grond van welke informatie uit de hierboven genoemde limitatieve bronnen die onschuld blijkt[155] en

153 Ook zo A-G Langemeijer bij Hoge Raad 16 maart 2006, JOL 2006, 379 waar hij ook ingaat op de betekenis van EHRM rechtspraak, zie sub 2.20.

154 Ook zo onder andere N.J.M. Kwakman 2003, p. 165, 176-177, G.J.M. Corstens in noot onder HR 23 december 1994, NJ 1995, 512 sub 4 en A-G Langemeijer bij HR 16 juni 2006, LJN AV6967 sub 2.25),

155 A-G Langemeijer vat bij HR 12 juni 1998 samen dat onschuld kan blijken:
- doordat strafrechtelijke autoriteiten zich uitdrukkelijk over onschuld hebben uitgesproken door motivering van de vrijspraak of door de standaard sepotgrond 'ten onrechte als verdachte aangemerkt';
- ook kan het doordat autoriteiten zich niet in woorden maar middels gedragingen 'uitspreken'.

A-G Spier bij HR 13/11/1998 voegt toe dat naast het blijken van onschuld ook de onschuld werkelijk kan vaststaan, bijv. als iemand anders wordt veroordeeld. Dat zou overigens

heeft zelfs onderkend[156] dat uit de uitspraak en uit de stukken meestal niet blijkt dat de verdachte het feit niet heeft begaan, ook omdat het strafvorderlijk onderzoek niet gericht is op het vaststellen van onschuld. Gebleken onschuld kan volgens de Hoge Raad ook niet sec gebaseerd worden op het soort uitspraak (bijv. vrijspraak); de civiele rechter vindt derhalve geen enkele rechtskracht (voor wat betreft onschuld) in sec de wijze van afdoening van een strafzaak zonder veroordeling, ongeacht of daarbij het OM de zaak beëindigde of de rechter (sepot, kennisgeving van niet-verdere vervolging, rechterlijke buitenvervolgingstelling, gemotiveerde vrijspraak).

De kritiek in de literatuur (zie literatuuranalyse) richt zich voor wat betreft deze civielrechtelijke doctrine wellicht daarom voornamelijk op de constructie zelf (achteraf ongefundeerde rechtvaardigingsgrond) of op de gekozen rechtvaardigingsgrond (verdenking) in relatie tot de uitkomst van het strafgeding, en in mindere mate op de gebleken onschuld als all-over voorwaarde, vermoedelijk omdat de Hoge Raad binnen de grenzen van het EVRM lijkt te blijven bij de beantwoording van de vraag wanneer sprake is van gebleken onschuld. De kritiek richt zich, voor wat betreft de gestelde voorwaarde van gebleken onschuld, met name op het bewijsaspect, waarop in de volgende paragraaf wordt ingegaan.[157] De recente uitspraken van de Hoge Raad waar enige ruimte wordt gecreëerd voor een eigen oordeel zouden zo bezien weer wel in de gevarenzone kunnen komen (want blijkt het dan nog wel uit het strafdossier, of is het eigen, verdergaande interpretatie?).[158]

6.5.1.3 Beoordeling van het stellen van werkelijke onschuld als voorwaarde voor vergoeding: bewijsaspect

Ondanks het feit dat de civiele rechter met zijn uitspraken dus niet op glad ijs komt voor wat betreft aantasting van de onschuldpresumptie, is het uitgangspunt dat ten grondslag ligt aan de door de civiele rechter gehanteerde voorwaarde, onjuist. Het stellen van 'werkelijke' onschuld als voorwaarde verhoudt zich namelijk niet met de kern van het voorafgaande strafproces, dat, zoals gezegd, niet gericht is op het vaststellen van onschuld, maar op het vaststellen van materiële schuld (zie hiervoor: de scheve waarheid: het doel

niet 'blijken' – in de betekenis van 's Hoge Raad criterium – uit betrokkene's strafzaak, maar dan zou te verwachten zijn dat de Staat dat zou erkennen (aldus A-G Spier).

156 HR 29 april 1994, NJ 1995, 727

157 Wel zijn er vele auteurs die schadevergoeding liever onafhankelijk van onschuld zien, zie hiervoor.

158 HR 14 januari 2005, NJ 2005, 346 (A-G Spier is daarover dan ook kritisch) en 13 oktober 2006, LJN AV6956/Begaclaim, zie voor een bespreking van beide arresten H3 in 3.2.3.5. Annotator Vranken bij laatstgenoemd arrest heeft het – slechts – over de mogelijkheid/plicht tot uitlegging ('Wel mag/moet de de burgerlijke rechter het strafvonnis uitleggen…') sub 16.

van het strafproces is niet gericht op het vaststellen van de 'werkelijke' onschuld).[159]

Mede vanwege deze beperkte waarheidsvinding is het vereisen van – wat eigenlijk is 'werkelijke' – onschuld voor schadevergoeding een voorwaarde die eigenlijk niet als fair valt aan te merken. Het is namelijk bijna onmogelijk. Met name in civilibus heeft de wijze van formuleren door de Hoge Raad een *bewijsrechtelijk aspect*. Om in aanmerking te kunnen komen voor schadevergoeding op basis van een onrechtmatige daadvordering zal betrokkene voldoende feiten en omstandigheden moeten stellen die toereikend kunnen zijn (na gegrond bevinding) voor toewijzing van het beoogde rechtsgevolg. Gezien de huidige doctrine van de Hoge Raad betekent dit dat steller aan de burgerlijke rechter tenminste de einduitspraak of de stukken van het strafrechtelijk onderzoek waarin zijn onschuld is vastgesteld, zal dienen te overleggen.[160] Het komt erop neer de onschuld positief uit de gedingstukken zal moeten blijken om enige kans te maken op de aanname dat sprake is van een ongerechtvaardigde verdenking. Thans gaat het op basis van uitgekristalliseerde rechtspraak er dus om of blijkt van de onschuld en niet of de verdachte [feitelijk, MD] laakbaar heeft gehandeld.

Bakels (2006) wijst in dit verband nog op de wijze van de strafrechtelijke dossiervorming waarbij in beginsel officier van justitie, rechter-commissaris en zittingsrechter verantwoordelijk zijn voor het oordeel of stukken van belang kunnen zijn hetzij in voor de verdachte belastende, hetzij in voor hem ontlastende zin, en waarbij de verdediging hoogstens stukken kan aanbieden. Dat impliceert dat de verdediging als zij daarvan gebruik maakt primair dus zowel gericht moet zijn op een verdediging tegen de tenlastelegging als vooruit lopend op een eventuele schadevergoedingszaak.[161]

In civilibus geldt dan vervolgens dat de procespartij voor wie de bewijslast de minste belasting geeft, de bewijslast verkrijgt. Het is de vraag voor wie na afloop het de meeste belasting geeft de relevante gedingstukken aan te leveren. Bovenop de beperking dat het strafproces niet gericht is op het zoeken van onschuld, maar op het bewijzen van de materiële schuld, komt namelijk nog het manco dat de gewezen verdachte niet in alle situaties zelf recht heeft

159 Binnerts stelt in 1907 de nogal grote rol van 'het natuurlijk rechtsgevoel' of het volksoordeel aan de orde, dat z.i. wordt misbruikt bij argumenten om schadevergoeding slechts toe te staan bij werkelijk onschuldigen. *'Aan dit volksoordeel, dat wordt gevormd door het publiek, dat achter de balie de rechtspraak aanhoort, wordt ten onrechte meer waarde toegekend dan aan de rechterlijke beslissing, vrucht van deugdelijk onderzoek en rijpe overweging: zonder eenigen grond en volkomen ten onrechte wordt het natuurlijk rechtsgevoel gelegd in het van de rechtelijke beslissing afwijkend volksoordeel. Als de rechter volgens de wet een beklaagde vrijspreekt op grond dat zijn schuld aan het hem te laste gelegde feit niet is bewezen, heeft het publiek achter de balie niet het recht hem schuldig te verklaren en, als het publiek zoo oordeelt, mag naar zijn oordeel niet worden geluisterd. Er mag niet worden gehandeld, alsof slechts hij behoort te worden vrijgesproken wiens onschuld is bewezen.'* H. Binnerts 1907, p. 148.

160 Daarop wijst ook A-G Langemeijer bij Hoge Raad 16 juni 2006, LJN AV6967.

161 F.B. Bakels 2006, p. 32.

op kennisneming van alle processtukken, gezien de beperkingen van artikel 33 Sv. De tekst van dit artikel luidt kort gezegd dat de kennisneming van alle processtukken de verdachte niet mag worden onthouden zodra het gerechtelijk vooronderzoek is gesloten of geëindigd of, indien een gerechtelijk vooronderzoek niet heeft plaatsgehad, zodra de kennisgeving van verdere vervolging of de dagvaarding in eerste aanleg is betekend. Dit roept de vraag op of ook in geval van de niet verdere vervolging het recht op kennisneming ontstaat. Spronken betoogt dat geen redelijk belang zich hiertegen zou verzetten.[162] De wet zelf blijft echter onduidelijk. Het is dus maar de vraag of de gewezen verdachte wel een gerede mogelijkheid heeft om de relevante gedingstukken aan te kunnen leveren (gezien artikel 33 Sv) om zijn onschuld te kunnen bewijzen, als zij al zijn opgenomen in het dossier (zie Bakels).

In dit verband leggen onder andere Mevis[163] en Damen[164] nog een vinger op een andere zere plek, namelijk de gebrekkige motivering van de niet-veroordelende einduitspraken. Hoewel de rechter verplicht is ook een vrijsprekend vonnis te motiveren, moet men zich daarbij niet al te veel voorstellen, aldus Mevis.[165] Damen bekritiseert de uitspraak van de Hoge Raad van 29 april 1994[166] en vraagt zich af of de Hoge Raad niet cf. artikel 121 GW had moeten eisen dat dergelijke einduitspraken behoorlijk moeten worden gemotiveerd in plaats van op de gebrekkige motivering ervan een premie voor de Staat te zetten. Ook moeten advocaten een duidelijke en gemotiveerde einduitspraak van de rechter eisen dan wel een duidelijke en gemotiveerde kennisgeving van niet verdere vervolging van de officier van justitie, aldus Damen.[167]

Inmiddels lijkt de situatie verbeterd. Vanaf 2006 worden de vonnissen en arresten van de rechtbanken en gerechtshoven namelijk in toenemende mate voorzien van uitgebreide bewijs-, strafmaat- en maatregelmotiveringen. Dit gebeurt in het kader van het Project Motiveringsverbetering in Strafvonnissen (PROMIS). Vanaf 2007 wordt dit project uitgebreid naar alle rechtbanken en gerechtshoven, die geleidelijk aan volledig zullen overgaan naar deze vorm van motivering.[168] De verruimde mogelijkheden voor cassatie (ook ten aan-

162 T&C Sv commentaar bij art. 33, aantekening 3.

163 P.A.M. Mevis 1992, p. 748-758. Zie voor andere auteurs die hierover ook schreven hoofdstuk 4 in § 4.6.4.2.

164 L.J.A. Damen 1994, p. 675-681.

165 P.A.M. Mevis 1992, p. 758. Hij stelt dat dit onderdeel wellicht geregeld dient te worden in een nieuwe wettelijke regeling: *'Zo zou bijv. kunnen worden vastgesteld dat de betrokken het recht heeft om met het oog op een eventuele schadevergoeding desnoods bij afzonderlijk verzoek uitdrukkelijk gemotiveerd te horen krijgt waarom in zijn geval de toepassing van dwangmiddelen niet door (verdere) strafrechtelijke activiteiten vanwege de overheid is gevolgd'*, aldus Mevis.

166 HR 29 april 1994, RvdW 1994, 104.

167 L.J.A. Damen, a.w. 1994, p. 681.

168 Zie – enigszins kritisch – over de ervaringen tot nu toe met PROMIS: W.H.B. Dreissen 2008, p. 356 e.v. Enigszins hoopvoller klinken: C.H.W.M. Sterk en C.R.L.R.M. Ficq 2008, p. 153-157. Zie ook F. Vellinga-Schootstra 2008, p. 161-162.

zien van vrijspraken)[169] zal ook kunnen bijdragen aan verbetering op dit punt.

Toch: hoewel het dus niet zo is dat eiser tegenbewijs dient te leveren op een vermoeden van schuld, maar 'slechts' zijn gebleken onschuld moet aantonen, is het de vraag of dit een realistische kans biedt voor het merendeel van de gewezen verdachten.[170]

Vanuit deze *bewijsrechtelijke* invalshoek redeneerden vele wetenschappelijke auteurs bij het onderbouwen van hun stelling dat onschuld niet als voorwaarde gesteld mag worden voor schadevergoeding. Domela Nieuwenhuis meent in 1878 in beginsel dat de onschuld niet vereist kan worden, aangezien het onmogelijk is een dergelijk bewijs te leveren.[171] Idem Mom Visch in 1882.[172]

Ook Simons tijdens de NJV in 1886, die spreekt van een 'probatio diabolica',[173] Pols[174] en Van Gigh[175] stellen de bewijspositie aan de orde in 1886 in het kader van een discussie over schadevergoeding. Ook Royaards meent in 1897 dat het veelal onmogelijk is het ongegronde van de verdenking te bewijzen.[176]

Bijna een eeuw later, in 1970, heeft Tak diverse uitspraken op de voet van de artikelen 89-93 Sv bestudeerd en op basis daarvan trekt hij de voorzichtige conclusie dat bij vrijspraken de rechter de overtuiging moet hebben dat sprake is van de onschuld van de gewezen verdachte. De gewezen verdachte zou overtuigend aannemelijk moeten maken dat hij het strafbare feit niet gepleegd heeft. Tak bekritiseert dit, want hoewel verdachte en OM als gelijkwaardige partijen beschouwd moeten worden, is het OM beter uitgerust om de rechter de overtuiging te doen bekomen dat verdachte het hem ten laste gelegde feit heeft begaan, dan dat de gewezen verdachte de rechter alsnog van zijn onschuld zou kunnen overtuigen. Ook dwingt het wettelijk stelsel de rechter tot een 'schizoïde' beoordeling, omdat het strafprocesrecht zelf geen onderscheid maakt tussen een niet-schuldig verklaring en een niet-bewezen verkla-

169 Door het vervallen van art. 430 oud Sv (bij Wet van 31 oktober 2002, Stb. 2002, 539 (inwerkingtreding 1 januari 2003) staat cassatieberoep tegen vrijspraak open.

170 G.E. van Maanen en R. de Lange 2005, p. 147 draaien het overigens om en lijken de opvatting te steunen dat de Staat in afwijking van art. 177 Rv in beginsel schuld heeft (risicoaanvaarding) en dus tegenbewijs moet leveren dat de verdenking nog steeds bestaat.

171 J. Domela Nieuwenhuis 1878, p. 341.

172 D. J. Mom Visch 1882, p. 231-279, p. 270.

173 Handelingen NJV 1886, II (beraadslagingen), D. Simons, p. 167-174. Simons meent dat men niet kan stellen dat de schuldige zijn eigen schade moet dragen, omdat men dan de schuld zal moeten bewijzen en dat kan niet als geen vonnis die schuld heeft vastgesteld. Het door enkele geëiste negatieve onschuldbewijs is veel te zwaar en in de meeste gevallen niet leverbaar, een 'probatio diabolica', p. 172.

174 Handelingen NJV 1886, II (beraadslagingen), M.S. Pols, p. 174-180.

175 J. van Gigh 1886, p. 440-449. Van Gigh stelt dat de uitspraak van de rechter veelal niets zegt over onschuld, een onschuldigverklaring kennen wij niet en het feit dat de schuld niet is bewezen zegt ook weinig vanuit de optiek van de negatieve bewijstheorie die we hanteren, p. 444.

176 A.J. Royaards, preadvies NJV 1897, Handelingen NJV 1897, I, p. 60.

ring, zoals bijv. het Schotse strafrecht dat wel kan ('guilty', 'not guilty' en 'not proven'). Tak stelt afsluitend dat weliswaar moet worden toegegeven dat *'vrijspraak niet impliceert dat de vrijgesprokene ook feitelijk onschuldig is, doch strafrechtelijk staat hij met een onschuldige gelijk,'*[177] waarbij hij zich mede baseert op artikel 6 lid 2 EVRM.[178] Ook volgens Borsboom (1983) voldoen daarbij de motiveringen van de schadevergoedingsrechter niet geheel aan de doelstelling zoals ooit door de Memorie van Toelichting beoogd, omdat in feite de bewijslast (inclusief het bewijsrisico) van de onschuld bij de verdachte wordt gelegd.[179] Hij merkt daarbij wel op dat het systeem zoals voorgestaan door de Memorie van Toelichting gebruikt moet worden en dat is in de rechtspraak niet steeds het geval gebleken. Dat betekent dat als uitgangspunt zou moeten gelden: vergoeding, tenzij er sprake is van voor verzoeker ongunstige omstandigheden, waarbij de schuld betrokken mag worden maar de onschuld niet vereist mag worden. *'Daarnaast is het wenselijk om in twijfelgevallen met betrekking tot de mate van schuld steeds ten gunste van de verdachte te beslissen, zodat een eventuele afwijzing haar grond dan (mede) moet vinden in andere omstandigheden,'* aldus Borsboom.[180]

De Kok merkt op dat het belang van een grondslag vooral ligt in de aanwijzingen die daarin gevonden kunnen worden voor de wijze waarop de vordering wordt afgewikkeld, voor zover de wetgever daarover geen uitspraak doet. Het antwoord op de vraag op wie de bewijslast van die billijkheidsgronden rust, zal daarom in de aard van de schadetoebrengende handeling en van de aansprakelijkheidsgrond gevonden moeten worden.[181]

Ten slotte wijzen, behalve de hierboven genoemde auteurs, ook Dekker (1995), Kwakman (2003), Bakels (2006) en Vranken (2007) op de bewijsrechtelijk onwenselijke situatie.[182]

6.5.1.4 Conclusie: schuldgerelateerde factoren moeten worden geëlimineerd uit het schadevergoedingsrecht

Uit het voorgaande vloeit voort dat het de hoogste tijd is de in de huidige rechtspraktijk gehanteerde verwijzingen gerelateerd aan restschuld bij een beslissing op de voet van de procedure van de artikelen 89-93 Sv, en de gebleken onschuldvariant zoals door de Hoge Raad gehanteerd, tot een einde te brengen omdat deze zich niet verhouden met de systematiek en de gerichtheid van het strafproces en in strijd zijn met de van kracht blijvende domeinspecifieke instructienorm (onschuldbeginsel). Ook zijn er bewijsaspecten die

177 Hoewel ik deze laatste formulering niet zou kiezen; beter is te spreken dat iemand als onschuldige bejegend moet (blijven) worden, zie hiervoor.
178 P.J.P. Tak 1970, p. 14.
179 J.P.M. Borsboom, p. 52.
180 J.P.M. Borsboom 1983, p. 55.
181 H.G.F.M. de Kok 1993, p. 449.
182 Zie uitvoeriger hoofdstuk 4 in § 4.6.4.1 en § 4.6.4.2.

de steun voor een dergelijke voorwaarde voor schadevergoeding niet kunnen dragen.

Het impliceert tevens dat overwegingen gerelateerd aan de kans dat een betrokken burger wellicht niet geheel onschuldig is aan het delict waarvoor hij niet is veroordeeld, geen rol mogen spelen bij de keuze voor de grondslag. De keuze voor een flexibele grondslag mag dan ook niet meer zijn ingegeven door de wens alleen om vermoedens over restschuld een rol te kunnen laten spelen. Wel kunnen er vanzelfsprekend andere (crimineel politieke) redenen zijn om te kiezen voor een grondslag die flexibiliteit biedt (zie hierna in hoofdstuk 7). Ook kunnen dergelijke overwegingen geen rol meer spelen bij voorwaarden of omvang.

Dat er wel gegronde redenen kunnen zijn om de schadelast enigszins te verdelen vanwege 'eigen schuld in de zin van processuele schuld' aan het ontstaan van die schade, bespreek ik hieronder.

6.5.2 Het verdenkingbegrip en schadevergoeding

6.5.2.1 Aan de verdenking worden verschillende betekenissen toegedicht in schadevergoedingsprocedures

Uit de bevindingen kwam naar voren dat bij de beoordeling van de vraag of al dan niet een schadevergoeding dient te worden toegekend, aan de eerder in de strafprocedure vastgestelde verdenking een belangrijke en soms doorslaggevende rol wordt toebedacht.

- De civiele rechter beschouwt de verdenking als een voorlopige rechtvaardigingsgrond voor het strafvorderlijk overheidsoptreden, welke rechtvaardiging bij achteraf gebleken onschuld alsnog kan wegvallen. Hiermee wordt het strafvorderlijk overheidsoptreden achteraf onrechtmatig en is er aansprakelijkheid wegens onrechtmatige daad.
- De strafrechter ziet af van toekenning van schadevergoeding op grond van de redenering dat de verdenking of ernstige bezwaren zijn blijven bestaan.

Uit deze rechtspraak kunnen diverse aan het begrip verdenking toebedachte functies worden afgeleid. De eerste is een processuele, namelijk dat de verdenking kan dienen als rechtvaardigingsgrond voor strafvorderlijk overheidsoptreden. In de tweede functie, die meer inhoudelijk van aard is, wordt de verdenking gekoppeld aan de feitelijke schuld. In deze redenering valt de verdenking weg bij gebleken onschuld. Daarmee wordt niet elke niet-veroordeling, maar de feitelijke onschuld bedoeld. Deze wordt door de civiele rechter afgeleid uit het strafdossier of het strafrechtelijk onderzoek. Eenzelfde inhoudelijke betekenis lijkt ook de strafrechter eraan te geven, waar deze na afloop van

de strafprocedure een verzoek om schadevergoeding afwijst wegens nog altijd bestaande verdenking of ernstige bezwaren.

6.5.2.2 Beoordeling van de verdenking als rechtvaardigingsgrond voor strafvorderlijk optreden (constructie civiele rechter)

Hiervoor in § 6.2.3.4 werd vanuit de systematiek van het strafproces gesteld dat aan de verdenking geen andere betekenis kan worden toegekend dan die van een eerste minimale vereiste op basis waarvan voorlopig kan worden opgetreden. Daaruit volgt dat – indien op het moment van toepassing geen sprake is van een verdenking in de zin van artikel 27 Sv – de toepassing van dwangmiddelen vrijwel nooit gerechtvaardigd zal zijn. Maar alleen de verdenking kan op zichzelf ook vrijwel nooit een zelfstandige rechtvaardigingsgrond voor het toepassen van dwangmiddelen vormen, behalve voor staande houden. Voor meer ingrijpende dwangmiddelen worden namelijk door de wet tevens andere voorwaarden gesteld (zie § 6.2.3.3). Toch koos de Hoge Raad voor een constructie die gebaseerd was op de gedachte dat de verdenking als zelfstandige rechtvaardigingsgrond voor de toepassing van dwangmiddelen kan fungeren.

Ook Van den Berg en Rozemond (1992) achtten het een onjuiste veronderstelling dat de verdenking de aanvankelijke rechtvaardigingsgrond is voor de uitoefening van dwangmiddelen. Blijkt de verdenking achteraf gezien onjuist, dan is de toepassing van het dwangmiddel ongefundeerd, maar het omgekeerde geldt niet: als de verdenking terecht was wil dat nog niet zeggen dat de toepassing van het dwangmiddel achteraf gezien gerechtvaardigd was omdat 'strafvorderlijke bevoegdheden niet gericht zijn op het bekrachtigen van de verdenking die voor de toepassing van het dwangmiddel aanwezig was, maar op het omzetten van een verdenking in een veroordeling.[183] Het doel van het strafprocesrecht is het verwezenlijken van het materiële strafrecht en de inzet daarbij is bestraffing van de dader. Indien achteraf pas blijkt dat het materiële strafrecht niet kon worden verwezenlijkt, ontvalt volgens schrijvers de aanvankelijke rechtvaardigingsgrond aan het strafvorderlijk optreden. Dat geldt volgens schrijvers ook bij sepot om beleidsreden en bij niet ontvankelijkheid van het Openbaar Ministerie omdat in al die gevallen het doel waar-

183 H.A. van den Berg en K. Rozemond 1992, p..58. Mevis bestrijdt deze veronderstelling, omdat hij meent dat de toepassing van dwangmiddelen niet alleen anticipeert op strafvervolging, maar ook gericht kan zijn op het vergaren van informatie. P.A.M. Mevis 1992, p. 755. Zie voor deze discussie uitvoeriger hoofdstuk 4 (4.6.3 onder toelichting 2). Hoewel ik het eens ben met Mevis voor wat betreft dit doel van toepassing van dwangmiddelen, is het een tussenstand-doel; uiteindelijk is ook het vergaren van informatie gericht op het vaststellen van de materiële schuld. Daarbij geldt dat verdenking sec nooit volstaat voor de toepassing van dwangmiddelen, omdat die pas altijd met inachtneming van ongeschreven rechtsbeginselen kan plaatsvinden. Kwakman lijkt aan te sluiten bij de redenering van Mevis, N.J.M. Kwakman 2003, p. 160. Kritisch over diens redenering is F.B. Bakels 2006, p. 25, noot 9.

voor het dwangmiddel werd toegepast, de verwezenlijking van het materiële strafrecht, niet werd bereikt.[184] Aanvullend dient benadrukt te worden dat bij het toepassen van dwangmiddelen, enkele daargelaten, aan nog meer voorwaarden moet worden voldaan dan alleen aan die van het bestaan van een verdenking. En zelfs waar formeel niet meer wordt vereist dan een verdenking, moet de beslissing geschieden met inachtneming van ongeschreven rechtsbeginselen. Het is dus onzuiver de verdenking als enige rechtvaardigingsgrond te hanteren. Weliswaar werd in een enkel arrest behalve naar de verdenking ook verwezen naar andere voorwaarden – zo verwees de Hoge Raad in het arrest Staat-Bekkers uit 1990[185] naar de proportionaliteit – maar van een systematische beschouwing, waarbij alle voor toepassing benodigde voorwaarden in aanmerking worden genomen, is daarbij geen sprake. Dat de civiele rechter zich uitsluitend richt op de verdenking en niet op andere voorwaarden, blijkt tevens uit diens redenering dat gebleken onschuld de aanvankelijke rechtvaardigingsgrond zou doen vervallen. Moeilijk verdedigbaar zou immers zijn dat de feitelijke onschuld achteraf ook afbreuk doet aan de voorwaarde dat er sprake moet zijn van een bepaald strafbaar feit, een bepaalde grond of de vereiste zorgvuldigheidsnormen.

Naast het feit dat de verdenking niet kan fungeren als enige rechtvaardigingsgrond, is de vooronderstelling van de civiele rechter dat de feitelijke onschuld de verdenking als aanvankelijke rechtvaardigingsgrond doet vervallen, eveneens betwistbaar. De opvatting van de civiele rechter dat de achteraf gebleken onschuld de verdenking als rechtvaardigingsgrond met terugwerkende kracht opheft, valt namelijk vanuit de strafvorderlijke betekenis van het begrip verdenking niet te verdedigen. Van den Berg en Rozemond wijzen erop dat het verschil tussen de strafrechtelijke en civielrechtelijke benadering betreffende schadevergoeding samenhangt met het verschil in doeleinden. Strafvordering is gericht op het verwezenlijken van de doeleinden van het materiële

184 H.A. van den Berg en K. Rozemond 1992, p. 58. Zowel Doorenbos 1991 als Van den Berg en Rozemond 1992 concluderen vervolgens dat bij beëindiging van een strafzaak zonder bewezenverklaring (Doorenbos) of zonder veroordeling (Van den Berg/Rozemond) een (of de) rechtvaardigingsgrond ontvalt aan het strafvorderlijk optreden, hetgeen tot risicoaansprakelijkheid leidt. Dit werd bekritiseerd door De Wijkerslooth in 1993. De Hoge Raad scherpte vermoedelijk op basis van deze ruime interpretatie in zijn arresten van 1994 de lijn aan om genoemde risicoaansprakelijkheid te voorkomen. Toch bepleiten G.E. Van Maanen en R. de Lange (2005) wederom dat in alle gevallen waarin de verdenking, ongeacht de gronden, 'niet hard gemaakt' kan worden en vrijspraak of ontslag van rechtsvervolging volgt, geconcludeerd moet worden dat de verdenking ongefundeerd is geweest (p. 147) waarbij zij dan risico-aansprakelijkheid voor de Staat voor de schade tengevolge van ab initio rechtmatige dwangmaatregelen aannemen (en expliciet niet vanwege het achteraf onrechtmatig worden). Zoals ik in de volgende paragraaf zal uitleggen, meen ik dat een dergelijke constructie niet nodig is voor schadevergoeding(zie hierna bij de grondslag). Bakels bepleit terecht dat de keuze voor risicoaansprakelijkheid een rechtspolitieke is, die – als ik hem goed begrijp – dus niet volgt uit de juridische systematiek van de functie van de verdenking in relatie tot civielrechtelijke aansprakelijkheid, zie F.B. Bakels 2006, p. 25.

185 Zie uitvoerig hoofdstuk 3, § 3.2.3.1.

strafrecht en dient daarbij steeds een juiste gerechtvaardigde afweging te maken van de belangen van de opsporing en de belangen van de verdachte burger. In het civiele recht zou het gaan om een eerlijke verdeling van de schadelast.[186] Dit verschil in doeleinden kan weliswaar het verschil in redeneringen verklaren,[187] maar niet de verschillende wijzen waarop het begrip verdenking wordt gehanteerd. De civiele rechter grijpt immers terug naar de verdenking zoals deze door het opsporingsapparaat werd aangenomen en kan hieraan geen verdergaande betekenis verlenen dan die welke zijn functie is het systeem van het strafrecht.

Tussentijdse conclusie: de civielrechtelijke constructie is niet in overeenstemming met de functie van de verdenking.

Vanuit de systematiek van het strafproces en de betekenis van het verdenkingbegrip is het veronderstellen van het fungeren van de verdenking als enige rechtvaardigingsgrond onjuist en is de vooronderstelling dat de feitelijke onschuld de verdenking als aanvankelijke rechtvaardigingsgrond doet vervallen, eveneens betwistbaar.

6.5.2.3 Beoordeling van de koppeling van het verdenkingbegrip aan de feitelijke schuld

Met de redenering van de strafrechter – in schadevergoedingsprocedures op basis van de regeling van de artikelen 89-93 Sv – dat er na afloop van de strafprocedure welke is geëindigd met een vrijspraak of ontslag van rechtsvervolging, nog altijd sprake kan zijn van verdenking of ernstige bezwaren, wordt de verdenking gerelateerd aan de materiële schuld. Een dergelijke zelfstandige betekenis stemt niet overeen met de hiervoor beschreven functie van de verdenking. In diezelfde lijn lijkt De Kok (1993) te redeneren, waar hij stelde dat verdenking een begrip in strafvordering is, dat is uitgeput zodra het strafgeding is beëindigd.[188] Ook concludeerden Van den Berg en Rozemond dat het niet in het structurele concept van het Nederlandse strafproces past om van het voortbestaan van een verdenking te spreken als de vervolging is beëindigd. Zij stellen dat het strafvorderlijke verdenkingbegrip betrekking heeft op de periode voorafgaand aan en tijdens de vervolging (art. 27 lid 1 Sv) en daarna is het afgelopen. Vandaar dat artikel 89 Sv ook spreekt van gewezen verdachte, aldus schrijvers.[189]

---

186 Van den Berg en Rozemond 1992, p. 56-57.

187 Zie daarvoor bijvoorbeeld D.R. Doorenbos 1991, p. 458, waar hij een onderscheid maakt tussen prospectieve- en retrospectieve benadering door strafrechter respectievelijk civiele rechter.

188 H.G.F.M. de Kok 1993, p. 450.

189 Zij stellen dat de mate van verdenking dus niet de doorslag mag geven voor de beoordeling of betrokkene in aanmerking komt voor vergoeding, omdat dan het gedrag van de gewezen verdachte opnieuw wordt beoordeeld terwijl het in eerst instantie zou moeten gaan om beoordeling van de vraag of het optreden van de staat wat betreft de schadetoebrenging gerechtvaardigd was. Toch kan de verdenking wel een rol spelen, met name bij de vaststel-

Het hanteren van restverdenking als reden voor afwijzing van schadevergoeding is evenmin te rijmen met de onschuldpresumptie, de instructienorm die geldt in de rechtsbetrekking tussen overheid en burger zolang niet door een rechter is vastgesteld dat sprake is van materiële schuld. Dat dit in de praktijk toch gebeurt, is vermoedelijk terug te voeren op een onjuiste hantering van het begrip verdenking en van de onschuldpresumptie en de relatie tussen beide, zoals hiervoor in het toetskader al uiteengezet. Bakels 1991 ziet dat deze misvatting vaak plaatsvindt. Hij bestrijdt dan ook, met Prakken (1989/90)[190] de opvatting van Cremers 1989[191] dat bij het voortbestaan van ernstige verdenking (wat Bakels ziet als verkapt motief met betrekking tot twijfel over onschuld) het risico bij de verdachte zou moeten blijven.[192] Het begrip dient dus, net als opzet en schuld, in zijn strafvorderlijke betekenis te worden beschouwd en los te worden gemaakt van de (gevoelsmatige) connotaties die de volksmond ermee in verband worden gebracht.[193]

De relatie tussen de verdenking en het schuldbegrip kwam ook aan de orde in rechtspraak van het EHRM, waar een verwijzing naar de verdenking in schadevergoedingsprocedures, op grond van de uitspraak Sekanina[194] een schending van artikel 6 lid 2 EVRM opleverde, omdat sprake was van een onherroepelijke vrijspraak. Daar sprak het EHRM uit dat het dus niet meer is toegestaan op verdenkingen af te gaan zodra een vrijspraak onherroepelijk is.[195] Dit in tegenstelling tot het uiten van verdenkingen zolang over de inhoud van de beschuldiging geen beslissing is gegeven (vgl. de situatie in de zaken Englert en Nölkenbockhoff).[196] Daarbij kwam dat de schadevergoedingsrechter zijn uitspraak had gebaseerd op een eigen onderzoek en interpretatie van de verdenking op basis van de inhoud van het dossier. I.c. was sprake van schending van artikel 6 lid 2 EVRM. Dit lijkt bevestigd in de zaak van Rushiti, waar het EHRM wederom korte metten maakt met een te vrije interpretatie van het vrijsprekende vonnis ten behoeve van afwijzing van de schadevergoeding.[197] Voor de verwijzing naar de verdenking is ten slotte nog interessant EHRM 26 januari 1999 (Hibbert versus Nederland).[198] Hier lijkt een verwijzing na vrijspraak naar wat ik begrijp als 'historische verdenking' geen probleem op te leveren met artikel 6 lid 2 EVRM. Samengevat geldt dus op grond

---

ling van de hoogte van de vergoeding, bijv. bij ernstige verdenking of aan zichzelf te wijten (zodat deel schade aan zichzelf is toe te rekenen, cf. 6:101 BW).

190 T. Prakken 1989, p. 1576.

191 J.H.F.J. Cremers 1989, p. 706.

192 F.B. Bakels 1991, p. 293.

193 Ze over de volksmond en strafrechtelijke begrippen ook bijv. 'opzet in de volksmond': S.I. Politoff en F.A.J. Koopmans 1991, p. 116.

194 EHRM 25 augustus 1993, NJ 1994, 1 en Publ. ECHR Series A vol. 266-A (Sekanina).

195 EHRM 25 augustus 1993, NJ 1994, 1 r.o. 30.

196 EHRM 25 augustus 1987, Series A 123-B (Englert tegen Duitsland) en EHRM 25 augustus 1987, Series A 123-C (Nölkenbockhoff tegen Duitsland).

197 EHRM 21 maart 2000, NJCM-Bulletin 2000, p. 1009-1010 (Rushiti tegen Oostenrijk).

198 EHRM 26 januari 1999 (Hibbert vs NL), *NJB* 1999, p. 733.

van het EVRM dat uitspraken over een resterende verdenking ('state of suspicion') de gewezen verdachte na onherroepelijke vrijspraak niet langer mogen worden tegengeworpen bij een beslissing over schade-/kostenvergoeding, voor zover deze uitspraken gevormd zijn door een eigen interpretatie van het vrijsprekend vonnis door de schade-/kostenvergoedingsrechter, tenzij verwezen wordt naar een historische verdenking. Verwijzingen naar verdenking na een strafzaak waar niet over de inhoud van de beschuldiging een beslissing is gegeven, hoeven echter niet in strijd te komen met artikel 6 lid 2.[199] Kritisch hierover zijn Roef en De Roos die vrezen dat het onderscheid tussen het onacceptabele 'finding of guilt' en het deels acceptabele 'state of suspicion' in de hand werkt dat zal worden volstaan met de vaststelling dat sprake is van restverdenking.[200] Later idem Kwakman.[201]

6.5.2.4 Conclusie: het verdenkingbegrip wordt in schadevergoedingsprocedures (bij de regeling van de artikelen 89-93 Sv en in civilibus) onjuist gehanteerd

Vanuit de systematiek van het strafproces volgt dat verwijzingen naar de restverdenking als argument bij een beoordeling over schadevergoeding niet in overeenstemming is met de functie van het verdenkingbegrip en daarom niet wenselijk is. Vanuit de systematiek van het strafproces is deze onwenselijkheid niet beperkt tot de onherroepelijke vrijspraak alleen (zoals volgt uit EHRM rechtspraak). Op het moment dat aan vervolging een (feitelijk) definitief einde is gekomen (zie hoofdstuk 2), komt ook een einde aan de functie van de verdenking, op basis van de functie en betekenis die de verdenking heeft in de systematiek van het strafproces.

Ook de civielrechtelijke constructie waarbij de verdenking als rechtvaardigingsgrond voor strafvorderlijk optreden wordt beschouwd is niet in overeenstemming met de functie van de verdenking. Vanuit de systematiek van het strafproces en de betekenis van het verdenkingbegrip is het veronderstellen van het fungeren van de verdenking als enige rechtvaardigingsgrond onjuist en is de vooronderstelling dat de feitelijke onschuld de verdenking als aanvankelijke rechtvaardigingsgrond doet vervallen, eveneens betwistbaar.

Uit het voorgaande vloeit voort dat er tegen een verwijzing dat sprake is geweest van een verdenking (historische verdenking)[202] geen bezwaar kan zijn. Het is echter de vraag wat een dergelijk criterium toevoegt aan een motivering om schadevergoeding te weigeren, behalve dat er de idee uit

---

199 Naar aanleiding van de EHRM rechtspraak hebben ook anderen zich gericht op interpretatie daarvan voor wat betreft de verwijzing naar verdenking, onder andere J.H.F.J. Cremers 1989, T. Prakken 1989/90, K. Rozemond 1993, L.J.A. Damen 1994.

200 D. Roef en Th.A. de Roos 1996, p. 254 e.v.

201 Als annotator bij EHRM 28 april 2005, NJ 2005, 569, sub 6.

202 EHRM 26 januari 1999 (Hibbert vs NL), NJB 1999, p. 733: verwijzing dat sprake 'was geweest' van verdenking door rechter in procedure na vrijspraak lijkt niet in strijd met art. 6 lid 2 EVRM.

spreekt dat men in het geheel negatief staat tegenover schadevergoeding na strafzaken.

6.6 Aspecten van omvang (regeling van de artikelen 89-93 Sv) getoetst

6.6.1 Conclusie over toekenning op basis van billijkheid en tarifaire vergoeding

Het beeld dat ontstaat, lijkt redelijk eenvormig, in die zin dat de gerechten voor wat betreft immateriële schade wel lijken uit te willen gaan van een standaard bedrag per dag vrijheidsbeneming; in zoverre lijkt sprake van forfaitaire tariefhantering. Echter het feit dat toch niet alle gerechten dezelfde standaard op dezelfde wijze hanteren of de motivering bij afwijking van het standaardbedrag niet altijd voldoende is, maakt dat desondanks nog geen sprake is van werkelijke rechtseenheid en rechtszekerheid. De billijkheidsmaatstaf heeft de rechter niet geholpen die eenheid te creëren.

6.6.2 Proceshouding als reden tot geen – of vermindering van – schadevergoeding

Uit de invulling van de billijkheid kwam naar voren welke voorwaarden de rechter stelde om in aanmerking te komen: er wordt in de rechtspraak op de voet van de artikelen 89-93 Sv zowel verwezen naar vroeger levensgedrag in meer algemene zin, als naar gedragingen waardoor men de verdenking en daardoor de hechtenis aan zichzelf te wijten heeft, als naar de houding tijdens het proces, waardoor men de langere duur van de hechtenis aan zichzelf te wijten heeft. Als voorbeelden werden ondermeer genoemd: omstandigheden die de verdachte kon verklaren maar niet heeft verklaard; verdenking ook thans niet weerlegd, verdenking aan zichzelf te wijten; zwijgrecht en terughoudendheid c.q. onduidelijk antwoord; tegensprekende verklaringen, geen opheldering van belastende feiten en verklaringen terwijl dit in redelijkheid wel van verzoeker kon worden verwacht.[203] In dergelijke omstandigheden kan het niet billijk geacht worden de schade tengevolge van die hechtenis te vergoeden. Recent wordt vaker gekozen voor een andere constructie waarbij – ondanks een negatief beoordeelde proceshouding – wel gronden van billijkheid aanwezig worden geacht, maar de gekozen proceshouding is dan aanleiding tot vermindering van het (inmiddels forfaitaire) bedrag. Ook in civilibus wordt op de voet van artikel 6:101 BW een billijkheidscorrectie toegepast vanwege – wat men noemt – verwijtbaar eigen handelen van betrok-

203 Zie hoofdstuk 2 in § 2.4.3.

kene. Om die reden beoordeel ik het verbinden van consequenties aan gekozen proceshouding, met name waar het betreft zwijgen of liegen, hier bij aspecten van omvang.

6.6.3 Proceshouding als reden tot vermindering van schadevergoeding

Uit de bevindingen kwam naar voren dat gekozen proceshouding (zwijgen, liegen) aanleiding kan geven tot vermindering van – in civilibus – de aanspraak op schadevergoeding en – op de voet van de regeling van de artikelen 89-93 Sv – vermindering van het (inmiddels forfaitaire) bedrag.[204]

Uit deze praktijk blijkt vooral dat gebruikmaking van het zwijgrecht tijdens het strafproces nadelige consequenties kan hebben in latere schadevergoedingsprocedures.[205] Deze ontwikkeling dient beoordeeld te worden uit de inhoud van het recht zelf.

Hiervoor in § 6.2.3.6 ging ik in op de betekenis van het zwijgrecht en het recht om een verklaring te mogen afleggen in de systematiek van het strafproces. Hieruit bleek dat het zwijgrecht en het recht om een verklaring in vrijheid af te mogen leggen iemand het recht geven om te zwijgen of te spreken, inclusief liegen,[206] maar dat hier *binnen de loop van het strafproces* zelf wel consequenties aan verbonden kunnen worden. Deze consequenties ten aanzien van een gekozen proceshouding (zwijgen, liegen) gelden dan bij een strafzaak die eindigt met een veroordeling.

Het is de vraag in hoeverre van bovenstaande moet worden onderscheiden de situatie dat men niet wordt veroordeeld; dienen er ook dan consequenties te mogen worden verbonden aan zwijgen of liegen tijdens het strafproces voor wat betreft de daarop volgende – nauw met de strafzaak samenhangende – schadevergoedingsprocedure? Met andere woorden mogen de consequenties doorlopen naar de schadevergoedingsprocedures?

---

204 Overigens zijn er ook enkele gerechtshoven die onder invloed van EHRM rechtspraak (Rushiti) ervoor kiezen processuele schuld of negatieve proceshouding (weliswaar na vrijspraak) geen rol te geven bij de beoordeling van schade- of onkostenverzoek, zoals Hof Den Haag 12 december 2000, NbSr 2001, 20 (591a Sv verzoek) en Hof Den Bosch 17 oktober 2002, NbSr 2002, 345, genoemd in hoofdstuk 2 in § 2.4.3.

205 Zwijgen tijdens het strafproces kan ook al negatieve consequenties hebben tijdens het strafproces zélf: de hechtenis duurt wellicht langer omdat langer onduidelijkheid bestaat over het gepleegde feit. De hechtenis mag echter niet langer duren omdat men zwijgt -er mag geen sprake zijn van een sanctie – maar slechts op grond van de reden waarvoor de hechtenis dient: het achterhalen van de materiële waarheid.

206 A.L. Melai 1980, p. 537.

6.6.4 Het EHRM over consequenties verbonden aan zwijgen of liegen bij niet veroordeling

Voor wat betreft beantwoording van de vraag er consequenties mogen worden verbonden aan zwijgen of liegen tijdens het strafproces voor wat betreft de daarop volgende – nauw met de strafzaak samenhangende – schadevergoedingsprocedure, biedt het EVRM geen normerende uitkomst. Zoals hiervoor beschreven wordt in de EHRM optiek het zwijgrecht beschouwd als deel van het nemo teneturbeginsel, dat valt onder de bescherming van artikel 6 lid 1 EVRM en niet onder artikel 6 lid 2 EVRM (Funke, Saunders, Murray, zie hiervoor). Hoewel de Nederlandse wetgever in 1993 meende dat de raadkamerprocedures ter zake van schade- en kostenvergoeding onder de normering van artikel 6 lid 1 EVRM vielen, en hij daarop de wet had aanpast,[207] meent het EHRM enige tijd daarna dat deze procedures niet onder de normering van artikel 6 lid 1 EVRM vallen. In de uitspraak van het EHRM inzake Masson & Van Zon[208] was i.c. sprake van een onherroepelijke vrijspraak, waarna schade-/kostenvergoeding werd geweigerd. In het kader van een toets naar mogelijke schending van artikel 6 lid 1 EVRM bepaalt het EHRM eerst dat de procedures van de regeling van artikel 89 lid 1 en artikel 591a lid 2 geen 'recht' geven op schade-/kostenvergoeding. In dit verband is relevant dat dan dus geen sprake is van een 'dispute' over een 'right', en daarom is artikel 6 lid 1 EVRM niet van toepassing op genoemde procedures. Dat betekende dat de klacht dat de behandeling van de schade-/kostenvergoeding achter gesloten deuren had plaatsgevonden en daarom in strijd zou zijn strijd met de openbaarheid, niet kon slagen, aangezien artikel 6 lid 1 EVRM dergelijke procedures niet normeert.[209] Het EHRM geeft aan dat het Nederlandse civiele recht weliswaar een recht op schadevergoeding kent indien de voorlopige hechtenis onrechtmatig is, maar daarbij geldt dat de civiele rechter ook heeft bepaald dat een vrijspraak een voorlopige hechtenis nog niet onrechtmatig maakt. Inmiddels had, zoals gezegd, de Nederlandse wetgever de procedures al aangepast omdat werd gemeend dat een aantal raadkamerprocedures, waaronder die ter zake van schadevergoeding, wel onder de normering van artikel 6 lid 1 EVRM vielen.[210] Men kan na Masson & Van Zon echter niet meer

207 Bij Wet van 8 november 1993, Stb. 1993, 591 (behandeling raadkamer in openbaar), zie hoofdstuk 1, § 1.7.2.

208 EHRM 28 september 1995, Series A 327, NJ 1995, 726 (m.nt. EAA) (Masson & Van Zon tegen Nederland).

209 Idem EHRM 26 maart 1996, Reports 1996-II, NJCM bulletin 1996, p. 584 en 740 (Leutscher tegen Nederland). I.c. is sprake van weigering kostenvergoeding na niet ontvankelijkheid van het Openbaar Ministerie. Het EHRM sluit aan bij de zaak-Masson &Van Zon tegen Nederland en acht art. 6 lid 1 EVRM niet van toepassing.

210 Wet van 8 november 1993, Stb.1993, 591. Ten tijde van de schade/kostenvergoedingbeslissingen voor Masson &Van Zon tegen Nederland (1988) gold die aanpassing nog niet. EHRM 28 september 1995, Series A 327, NJ 1995, 726 (m.nt. EAA) (Masson & Van Zon tegen Nederland).

stellen dat de procedure van de artikelen 89-93 Sv onder de werking van artikel 6 lid 1 EVRM valt. Dat geldt wel voor een civiele onrechtmatige daadprocedure. Het is echter de vraag of de bescherming van het EVRM op het punt van nemo tenetur/zwijgrecht veel kan bieden voor wat betreft schadevergoedingsprocedures; indien er zelfs consequenties aan het zwijgen mogen worden verbonden in de bewijsoverweging (zie bespreking EHRM arrest Murray hiervoor), lijkt het in de lijn der verwachting te liggen dat er ook geen bezwaar zou bestaan tegen het feit dat zwijgen in een strafprocedure ook bepaalde consequenties zou kunnen hebben in de daarop volgende schadevergoedingsprocedure. Indachtig de zelfs nog ruimere opvatting van de Hoge Raad op dit punt, lijkt hier weinig winst te liggen.

6.6.5 Beoordeling processuele schuld als factor voor vermindering van schadevergoeding

Vanaf het begin van de discussie over schadevergoeding tot heden komt uit de literatuur vrijwel unaniem naar voren dat processuele schuld aan de totstandkoming van de verdenking of een proceshouding die aan de verlenging van vrijheidsbeneming bijdraagt, in de weg kan of moet staan aan (volledige) schadevergoeding. De Duitsers Ullman, Meijer, Niszen en Wahlberg leggen in de 19e eeuw de basis voor deze opvatting dat de beklaagde, om in aanmerking te komen voor schadevergoeding, geen aanleiding mag hebben gegeven tot een strafrechtelijk onderzoek, of, zoals Niszen het noemt, geen processuele schuld mag hebben.[211] Straatman ziet in 1877 dat misbruik van de regeling kan worden voorkomen door gebruik te maken van het onderscheid van Wahlberg ('mit und ohne processualisches Verschulden').[212] Ook Mom Visch (1882) ziet processuele schuld als belemmering voor schadevergoeding.[213] Daarentegen wil Leyds (1884) er niet aan[214] en ook Noyon (1886) niet.[215] Voor het overige lijkt men in de 19e eeuw unaniem van mening dat processuele schuld in de weg staat aan een aanspraak op vergoeding. Coninck Lieftsting 1886 is zich daarbij zeer bewust van de rechten die de verdachte heeft als hij stelt dat in het strafrecht de volledige vrijheid om te erkennen of te ontkennen geëerbiedigd worden, maar daarbij vindt hij het wel *'eene schroomelijke verwarring, dezen regel van strafrecht te willen overdragen op de burgerrechtelijke vordering*

211 Beschreven door Z.W. Straatman 1877, p. 3-12.
212 Z.W.Straatman 1877, p. 142.
213 D.J. Mom Visch 1882, p. 270, 271.
214 W.J. Leijds 1884, p. 69, maar ook Leyds erkent dat verdediging van de regel goed kan samengaan met erkenning van uitzonderingen, bijv. wanneer een verdachte vlucht en gearresteerd wordt; dan dus geen aanspraak op vergoeding voor de daardoor ontstane schade.
215 T.J. Noyon 1886, p. 426.

van schadevergoeding.[216] *Het is niet hard en het is niet onbillijk, dat een beklaagde met de nadeelen belast blijft, die hij zich door zijne eigene onwaarheden en leugens op den hals heeft gehaald.'*[217]

Tijdens de vergadering van de Nederlandse Juristen Vereniging (hierna: NJV) in 1886 wordt over dit punt ook gestemd over de vraag: '*Moet eene uitzondering* [op schadevergoeding, MD] *worden gemaakt ten aanzien van hen, die door eigen houding aanleiding gaf tot a) zijne veroordeeling en b) zijne vervolging)?'*. Deze vraag werd met algemene stemmen op een na toestemmend beantwoord.[218]

Ook in de periode die volgt spreken velen zich uit over processuele schuld en allen zien dat als reden tot vermindering van (de aanspraak op) vergoeding.[219] Terughoudender zijn Prakken (1989/90), Bakels (1991) en Roef en De Roos (1996) (zie hierna), omdat zij een onderscheid maken: op bepaalde soorten proceshouding mag naar hun mening geen 'sanctie' volgen in de zin van vermindering van schadevergoeding.

Deze nuancering is waardevol. Het is namelijk van belang inzicht te hebben in wat *men precies verstaat onder processuele schuld*. Uit mijn literatuuranalyse[220] blijkt dat de nadruk in het bijzonder wordt gelegd op vluchten,[221] en vooral op liegen en misleiden.[222] Men acht in deze gevallen dat betrokkene het nadeel over zichzelf heeft afgeroepen, wat volgens de meesten dient te leiden tot afwijzing van schadevergoeding of vermindering van schadevergoeding.

Roef en De Roos daarentegen vinden proceshouding als maat voor beperking van schadevergoeding in beginsel onjuist, ook als sprake is van *'het verkopen van leugens'* tenzij volstrekt evident is dat willens en wetens zonder enige noodzaak de voortgang van het proces is vertraagd, maar die vaststelling

---

216 De schadevergoedingsbeschikking op verzoek dient volgens hem dus ook van elke strafrechtelijke beslissing afgezonderd te worden gehouden.

217 Handelingen NJV 1886, I, p. 365.

218 Handelingen NJV 1886, II, p. 230.

219 Ik noem Caudri 1898, Simons 1904, Binnerts 1907, Marx 1931, Langeveld 1931, Tak 1970, Van Binsbergen 1965, Borsboom 1983. Borsboom lijkt m.i. ten onrechte daaronder ook zeer laakbaar gedrag (in de zin van eerder contact met justitie in het verleden) daaronder te scharen, J.P.M. Borsboom 1983, p. 56. Verder Bakels 1991, Doorenbos 1991, de Pree 1992, Van den Berg en Rozemond 1992, Rozemond 1993, Commissie Cremers 1994, Myjer 1994, Spier 1996, Brouns 1996, Kwakman 2003, Van Maanen/De Lange 2005, Groenhuijsen 2008.

220 In hoofdstuk 4 in § 4.3.4.3, § 4.4.4.3, § 4.5.4.4, § 4.6.5.1 met passages en vindplaatsen.

221 Niszen 1878, Binnerts 1906, Groenhuijsen/Naeye 1990.

222 Niszen 1878, Mom Visch, Coninck Liefsting 1886 (hij stelt dat een dergelijke situatie zich limitatief voordoet bij de volgende – ook bij wet – bepaalde gevallen: lasterlijke klacht, valse verklaring, vermoedens, meineed), Handelingen NJV 1886, I, p. 365. Verder Caudri, Marx 1931, Tak 1970, Van Binsbergen 1965, Borsboom 1983, Prakken 1989+1990, Bakels 1991 (alleen in geval van aantoonbare specifieke leugens, maar niet in geval van ongeloofwaardige verklaringen; hij wil zeker niet elk leugen afstraffen met verlies van de aanspraak op vergoeding), F.B. Bakels 1991, p. 290. Verder nog Doorenbos 1991 (in de geest van die van het nieuwe Wetboek van Strafvordering van de Nederlandse Antillen, artikel 176), idem Van den Berg en Rozemond 1992 en 1993, Myer 1994, NVvR Commissie Cremers 1994.

vergt eigenlijk dat het gehele onderzoek zou moeten worden overgedaan, *'want een grondige evaluatie van het waarom en hoe van een procesgang en keuzen van proceshouding is vereist alvorens men tot het oordeel van 'pure dwarsliggerij' zou kunnen komen.'* Om die reden heeft het hun voorkeur om in beginsel te abstraheren van de processuele opstelling van de verdachte,[223] want *'wanneer de verdachte, die in het strafproces per definitie onder zware druk staat, het onderzoek 'obstrueert' doet hij dat zelden puur ter wille van de obstructie.'*[224]

Zwijgen daarentegen wordt door bijna geen van de auteurs die zich erover uitliet opgevat als processuele schuld in de zin dat men daar in de literatuur een grond voor afwijzing van schadevergoeding aan verbindt. Expliciet gaat Prakken 1989/1990 daarop in. Zij accepteert overigens ook ongeloofwaardige verklaringen niet als grond voor afwijzing.[225] Idem Bakels 1991, die daaraan toevoegt dat dit eveneens geldt voor iemand die weigert aan een onderzoek mee te werken indien hij daartoe niet verplicht is (DNA). Hoewel het mogelijk is dat daardoor de voorlopige hechtenis langer duurt, mag die enkele omstandigheid niet worden aangemerkt als eigen schuld. Overigens meent Bakels wel dat ook onder het verwijt van eigen schuld wordt gebracht het in gebreke blijven een aannemelijke verklaring te geven voor uit het onderzoek naar voren gekomen belastende feiten, terwijl dat redelijkerwijs wel van de gewezen verdachte mocht worden verwacht. Bakels meent dus dat het rechtens mogelijk is dat iemand niet als verdachte, maar wel als verzoeker een zekere spreekplicht (opheldering plicht) kan hebben, wat volgt uit de verschillen in aard van de twee procedures.[226] Hij lijkt het hier te hebben over een opheldering plicht tijdens de schadevergoedingsprocedure, dus niet tijdens de strafzaak zelf [MD].

De Commissie Cremers (NVvR) meent over de huidige situatie dat redenen tot afwijzing of vermindering van schadevergoeding kunnen zijn *'a) omstandigheden die een betrokkenheid van verzoeker betekenen bij het aan de hechtenis ten grondslag liggende feitencomplex dat leidde tot een strafrechtelijk verwijt en aan verzoeker zijn te wijten of toe te rekenen (causaliteit met billijkheidscorrectie van artikel 6:101 BW); b) de proceshouding van de verdachte tijdens zijn detentie. Heeft hij bijvoorbeeld gezwegen waar het verstrekken van informatie van hem verlangd mocht worden.'*[227] De Commissie Cremers lijkt er daarom wel van uit te gaan dat ook zwijgen als processuele schuld mag worden aangemerkt.

223 D. Roef en Th.A. de Roos 1996, p. 250, 251.
224 D. Roef en Th.A. de Roos 1996, p. 257, 258.
225 T. Prakken 1989, p. 1577.
226 F.B. Bakels 1991, p. 290.
227 Commissie Cremers (NVvR) 1994, p. 4.

6.6.6 Conclusie: liegen mag consequenties hebben voor de hoogte van de vergoeding, maar zwijgen niet

Uit het voorgaande volgt dat het te ongenuanceerd is om zwijgen en liegen op een hoop te gooien voor wat betreft de consequenties die daaraan in een schadevergoedingsprocedure verbonden mogen worden. Hiervoor bleek dat in de literatuur vooral liegen, maar in veel mindere mate zwijgen, wordt beschouwd als factor die een aanspraak op schadevergoeding dient te verminderen.[228]

Vooral liegen dient, volgens de meerderheid van de auteurs, van (negatieve) invloed te zijn op de hoogte van de vergoeding. Dat lijkt logisch, aangezien men door liegen zelfs het risico kan hebben veroorzaakt dat men überhaupt als verdachte is aangemerkt, dan wel dat een vervolging of de toepassing van dwangmiddelen langer voortduurt. Ook indien men deze kwestie beschouwt vanuit de opvatting dat ook in het strafproces de overheid en de burger in een, inmiddels 'betrekkelijk wederkerige relatie' tot elkaar staan (zie § 6.2.2.1) ligt het voor de hand om de schadegevolgen van een leugenachtige houding deels bij de burger te laten.[229]

In de bestuursrechtelijke wederkerige relatie tussen overheid en burger geldt dit evenzeer. Ook daar leidt bijv. het verstrekken van onjuiste en/of onvolledige informatie van de burger aan de overheid tot gevolgen voor de aansprakelijkheid van de overheid indien een besluit wordt vernietigd.[230]

---

228 Relevant is verder nog dat veelal expliciet de relatie met de civielrechtelijke mogelijkheid van art. 6:101 BW tot vermindering van de schadevergoeding wegens eigen schuld wordt gelegd (onder andere Bakels 1991, Van den Berg en Rozemond 1992, Cie Cremers 1994), met andere woorden, men ziet het gegeven dat iemand ook eigen schuld heeft aan het feit dat hij verdachte werd, danwel aan het feit dat zijn verdenking langer voortduurde, niet zozeer als grond om schadevergoeding geheel te weigeren, maar eerder als factor om schadevergoeding te verminderen. Ook zonder de koppeling te maken naar de variant van 6:101 BW wordt echter door velen benadrukt dat processuele schuld of proceshouding van invloed mag zijn op de omvang van schadevergoeding (bij maatstaf). Dit kwam eveneens bij de bespreking van de rechtspraak op de voet van artikelen 89-93 Sv naar voren. Met name in recente uitspraken werd gekozen voor de constructie waarbij –ondanks een negatief beoordeelde proceshouding- wel gronden van billijkheid aanwezig worden geacht, maar de gekozen proceshouding aanleiding gaf tot vermindering van het (inmiddels forfaitaire) bedrag. Zie hoofdstuk 2, in § 2.5.3.6 waar de schadevergoedingen voor de gewezen verdachten van de Hofstadgroep worden besproken: het volharden in het zwijgrecht is goed voor een vermindering van 75% en – bij een andere gewezen verdachte – wordt het alsnog verbreken van het zwijgrecht ter terechtzitting beloond met slechts een vermindering van 25%. Zo beschouwd lijkt proceshouding ook in de niet-civielrechtelijke schadevergoedingspraktijk recent met name van belang voor de maatstaf van de hoogte van de vergoeding en in mindere mate voor de grondslag.

229 Dat lijkt ook aan te sluiten bij de optiek van de wetgever, aangezien deze spreekt over 'procesdeelnemers' – en daaronder wordt ook de verdachte verstaan – in het algemeen kader herziening wetboek van strafvordering, Kamerstukken II 2003/2004, 29 271, nr. 1.

230 Zie R.P.J.L. Tjittes 1996, p. 52. Ook daar kan dat plaatsvinden via de eigen schuld', hetgeen leidt tot vermindering van de vergoedingsplicht van de overheid.

Indien men het van civielrechtelijke kant benadert is men gewoon mede 'schuldig' aan een deel van de ontstane schade, niet in de zin van materieelrechtelijke schuld, maar processueel.

Dat kan ook het geval zijn bij zwijgen. Hier moet echter, waar het gaat om gevallen waarbij geen veroordeling plaatsvond, een verschil worden gemaakt ten opzichte van de situatie dat men wel veroordeeld is, dankzij of ondanks dat zwijgen.

Bij vaststelling van schuld aan een strafbaar feit op basis van het beslissingsmodel 348/350 Sv kan men namelijk achteraf stellen dat zwijgen niet nodig was geweest en daarom heeft bijgedragen aan de vergroting van de schade (vergelijk uitspraken Hofstadgroep: 'onnodig zwijgen'), maar kan men dat bij een strafzaak die niet eindigt in een veroordeling ook?

Maar een absoluut recht bestaande uit de keuze om te zwijgen of te verklaren kan niet samengaan met negatieve consequenties verbonden aan die keuze in het geval men – dankzij dat zwijgen – niet wordt veroordeeld, vooral omdat in dat geval niet inzichtelijk meer zal kunnen worden of dat zwijgen onnodig was om hetzelfde eindresultaat te behalen. Of het wellicht anders is in geval van liegen of het leveren van vals bewijsmateriaal of in andere gevallen waarin sommigen spreken van misbruik van recht[231] is moeilijker te beoordelen. Ik neig ertoe, evenals de vrijwel unanieme meerderheid in de literatuur, in dat geval eerder eigen 'processuele medeschuld' in civielrechtelijke zin aan te nemen voor wat betreft de ontstane schade, waarbij ik aansluit bij de nuancering die Roef/De Roos daarop gaven waar zij alleen in hoogst uitzonderlijke gevallen vermindering accepteren, namelijk indien zonder enige noodzaak het onderzoek willens en wetens is getraineerd.

231 Daarover bijvoorbeeld C.P.M. Cleiren 1990, p. 141-164 en ook Th.A. de Roos 1991, p. 30-31. Voor wat betreft het zwijgrecht zelf lijkt het overigens duidelijk dat men daar geen misbruik van kan maken. Het zwijgen zelf is het recht dat men heeft.

7 Toekomstig perspectief

7.1 INLEIDING

'Maar gij pleit voor boeven. En wat raken ons de boeven? Wij vragen zeer om verschooning. Neen! Wij pleiten niet voor de boeven. Wij pleiten zelfs in het geheel niet. Wij vragen regt en waarborg, niet voor boeven, maar voor onschuldigen, voor hen, die onwillig en onschuldig de slagtoffers zijn geworden van uwe gebrekkige menschelijke wetten en van uwe feilbare regters. Wij kunnen niet inzien, dat dit zoo onbillijk is; en, in dien zin, willen wij wel pfilanthropen zijn. Hetzelfde wat nu in Frankrijk gebeurd is kan iederen dag bij ons gebeuren. Waarom dus niet hoe eerder hoe liever wijze voorzorgen genomen? Het zijn geene bloote theorieën, waarmede wij te doen hebben; maar het zijn de geschiedenis en de praktijk, die ons leeren, hoe dringend noodzakelijk deze hervormingen zijn. De ondervinding is immers de beste leermeesteres. En hij spiegelt zich zacht, die zich aan een ander spiegelt.'

Zo reageert De Pinto (1862) op de geruchtmakende zaak in Frankrijk (Mirès, een groot financier die na vijftien maanden preventieve hechtenis werd vrijgesproken door het Hof van Douai)[1] en pleit ook in Nederland voor een radicale herziening van het stelsel van preventieve hechtenis, inclusief een schadevergoedingsregeling.[2] Thans, bijna 150 jaar later en het gehele palet van ontwikkelingen overziende, is duidelijk dat wederom iets moet veranderen voor wat betreft de vergoeding van schade aan de gewezen verdachte bij legitiem strafvorderlijk handelen; daarbij hoeft niet gepleit te worden voor de boeven, maar ook niet slechts voor onschuldigen. Bepleit dient te worden dat sprake is van rechtszekerheid voor de burger en rechtseenheid in het recht. De situatie van het geldend recht is namelijk niet bevredigend te noemen. Zo bleek dat de ontstane rechtspraktijk niet eenvormig is en geen rechtszekerheid biedt. De billijkheidsgrondslag op basis waarvan schadevergoeding mogelijk is in het kader van de specifiek wettelijke regeling, heeft tot een invulling in

1 Het Weekblad van het Regt bericht hierover in 1862, no. 2372, p. 4 (Berigten) dat deze zaak in Frankrijk vermoedelijk voor een hervorming van de strafwetgeving aanleiding zal geven. De Procureur Generaal Chaix d 'Est Ange zou daartoe reeds naar Londen zijn vertrokken om de behoedzame bepalingen van de Engelse wet op dit punt na te gaan.

2 A. de Pinto 1862 (b), p. 2. Hij beoogt voor vrijgesprokenen een recht op vergoeding van materiële schade. Het beginsel dat de schade vergoed moet worden, moet verbindend zijn, de hoogte van het bedrag moet men aan de rechter laten, ex bono et aequo.

de rechtspraak geleid die niet eenduidig is en geen rechtszekerheid geeft. Bij de invulling van die billijkheidsgrondslag wordt terugverwezen naar een nog bestaande verdenking, een onjuiste proceshouding of restschuld, met andere woorden, in die gevallen wordt het niet billijk geacht om schadevergoeding toe te kennen. Deze criteria zijn begripsmatig verbonden met het strafrechtelijk voortraject. Er is op sommige aspecten sprake van rechtsongelijkheid en leemten. Ondanks de aanvullende mogelijkheden door de civiele rechter geboden, is sprake van een ongelijke situatie voor wat betreft de mogelijkheden voor vergoeding van schade ten gevolge van strafvorderlijke dwangmiddelen en er is een verschil tussen mogelijkheden voor wat betreft vergoeding van schade tengevolge van vrijheidsbenemende dwangmiddelen en ander strafvorderlijk optreden. Het uiteindelijke beeld dat ontstaat van de rechtsontwikkeling op dit terrein, beschreven vanuit de grondslag waarop en de voorwaarden waaronder schade tengevolge van het ondergaan van rechtmatig toegepaste strafvorderlijke dwangmiddelen vergoed wordt aan de gewezen (niet veroordeelde) verdachte, is inconsistent. Het rechtsterrein wordt parallel en gedeeltelijk overlappend, maar niet volledig gedekt door enerzijds een specifiek wettelijke regeling en anderzijds de algemene wettelijke schadevergoedingsregeling op basis van onrechtmatige daad. De stand van zaken is aldus dat er inmiddels diverse soorten onderscheid zijn (gecreëerd) en grote diversiteit is ontstaan voor wat betreft de mogelijkheden tot schadevergoeding op dit terrein. Deze geïsoleerde en verbrokkelde praktijk voldoet niet aan de algemene uitgangspunten van een democratische rechtsstaat. Maar ook vanuit enkele domeinspecifieke uitgangspunten zijn de ontwikkelingen niet meer als houdbaar te typeren. Ik heb betoogd dat in het bijzonder verwijzingen naar gebleken onschuld (waarmee wordt bedoeld feitelijke onschuld) en restverdenking als afwijzende criteria/voorwaarden voor schadevergoeding niet in overeenstemming zijn met de systematiek van het strafproces, de rechtsbetrekking tussen overheid en burger en de tussen hen geldende uitgangspunten, met daarvoor gedeeltelijke ondersteuning door uitspraken van het EHRM. Deze domeinspecifieke aspecten mogen derhalve niet meer gehanteerd worden in de zin dat restschuld of restverdenking als voorwaarden worden gebruikt om in aanmerking te komen voor schadevergoeding.

Processuele schuld aan de totstandkoming van de verdenking en proceshouding kunnen –onder omstandigheden – wel de gewezen verdachte worden aangerekend, met name indien hij door te liegen en te misleiden aantoonbaar 'eigen schuld' heeft aan de totstandkoming van de verdenking of de nodeloze verlenging van het onderzoek of de toepassing van dwangmiddelen en daarvoor geen enkele noodzaak bestond. Voor wat betreft het zwijgrecht acht ik consequenties voor vermindering van schadevergoeding echter minder op zijn plaats.

Vanuit deze optiek en de vaststelling dat de rechtsontwikkeling niet op een punt is aanbeland van waaruit een verdere ontwikkeling wenselijk lijkt, bestaat voldoende aanleiding een voorzet tot aanpassing van de schadevergoe-

dingspraktijk inhoudelijk te baseren op een heroverweging van de vraag op welke grondslag en onder welke voorwaarden schadevergoeding voor schade tengevolge van rechtmatig toegepaste strafvorderlijke dwangmiddelen plaats zou moeten vinden. De rechtsontwikkeling geeft namelijk voldoende aanwijzingen om vast te stellen dat het ontbreken van eenheid en gelijkheid in de rechtsontwikkeling met name het gevolg lijkt van de oorspronkelijke keuze over de grondslag waarop (en de rechterlijke invulling daarvan) en de wettelijke en/of door de rechter gehanteerde voorwaarden waaronder schade tengevolge van rechtmatig toegepaste strafvorderlijke dwangmiddelen wordt vergoed. Vanuit historisch perspectief gezien leek het bij de totstandkoming van de specifiek wettelijke regeling nog niet denkbaar dat er een regeling zou komen met een recht op schadevergoeding terwijl de overheid rechtmatig had gehandeld; derhalve werd gekozen voor een billijkheidsgrondslag. Deze en andere beperkingen in de regeling hebben tot gevolg gehad dat de civiele rechter is betrokken op deze kwestie. Het kader van waaruit de civiele rechter een schadevergoedingsvordering heeft beoordeeld (onrechtmatigheid) heeft tot een constructie geleid waarbij in geval van een ab initio rechtmatige overheidsgedraging toch een schadevergoedingsplicht uit onrechtmatige daad kan worden aangenomen. Deze constructie is ook niet optimaal, zowel vanuit het gegeven dat hierbij criteria worden gehanteerd die op gespannen voet staan met de doorwerking van strafrechtelijke beginselen en uitgangspunten alsmede met bewijsaspecten, als vanuit de gedachte dat het wenselijk is een onderscheid te houden tussen ab initio onrechtmatige en ab initio rechtmatige overheidsgedragingen waarbij schade ontstaat. Inmiddels lijken de opvattingen over schade in relatie tot rechtmatig overheidsoptreden gewijzigd; ook vanuit dat perspectief is de geïsoleerde ontwikkeling van schadevergoeding tengevolge van legitiem strafvorderlijk handelen ten opzichte van vergoeding van schade in verband met legitiem bestuurlijk handelen een heroverweging waard.

Op basis van het voorgaande volgt hier een afsluitende overweging over een te verkiezen grondslag, de daarbij te stellen voorwaarden en aspecten van omvang, passend bij het rechtskarakter van de relatie tussen de strafvorderlijke overheid en de burger, gebruikmakend van lessen uit de historie en vooruit kijkend vanuit de huidige tijdgeest.

Daarbij wordt het recente ontwerp wetsvoorstel 'Schadecompensatie strafvorderlijk overheidsoptreden' meegenomen. Aangezien bij het afsluiten van de tekst van deze dissertatie niet bekend was of de resultaten van het consultatieproces tot aanpassingen zullen leiden, is in hoofdstuk 1 slechts volstaan met een korte bespreking van het ontwerpvoorstel op hoofdlijnen; in onderhavig hoofdstuk wordt ingegaan op de vraag in hoeverre genoemd voorstel tegemoet lijkt te komen aan de geschetste knelpunten van de huidige

rechtspraktijk. Daarbij wordt aangesloten bij de toetsbevindingen op hoofdlijnen ter zake van de grondslag, de voorwaarden en aspecten van omvang.[3]

7.2 Een andere grondslag

7.2.1 Inleiding

Zoals hiervoor bleek zijn in de huidige situatie twee pistes ontstaan (voor strafvorderlijke schade een gunstensfeer of vergoeding afhankelijk van gebleken onschuld en voor bestuurlijke schade een aanspraak op vergoeding in geval van onevenredige schade, in overeenstemming met het égalité-beginsel) die geen uitdrukking lijken te geven aan dezelfde onderliggende norm. Dat is op zijn minst opvallend te noemen, aangezien de bestuurlijke en strafvorderlijke rechtsrelatie in de kern niet verschillen van aard (zie hiervoor § 6.2.2.1). Als uitgangspunt dient dan ook de opvatting dat in beginsel eenzelfde gedachte (norm) ten grondslag zou moeten liggen aan de mogelijkheid van vergoeding van schade binnen deze relaties (strafrechtelijk of bestuurlijk) (§ 6.3.4). Gezien de opkomst van het égalité-beginsel, dat uitdrukking lijkt te geven aan de achterliggende gedachte (norm) dat de burger die schade lijdt in verband met legitiem overheidshandelen in geval van onevenredige schade een aanspraak op vergoeding heeft, wordt hier nu eerst verkend in hoeverre het égalité-beginsel ook een passende grond voor vergoeding van schade voor de gewezen verdachte bij legitiem strafvorderlijk handelen (en voor overig legitiem overheidshandelen)[4] zou kunnen zijn.

Hiervoor werd echter ook gesteld dat er domeinspecifieke redenen zouden kunnen zijn om voor de gewezen verdachte (op onderdelen) af te wijken van bovenstaand uitgangspunt. In § 6.5.1.4. werd echter al uitgesloten dat dit betrekking zou mogen hebben op de (domeinspecifieke) kans dat een betrokken burger wellicht niet onschuldig zou zijn aan het delict waarvoor hij niet werd veroordeeld (onschuld als voorwaarde). Verderop in dit hoofdstuk wordt nogmaals ingegaan op de domeinspecifieke aspecten en in hoeverre zij tot uitdrukking moeten komen in een schadevergoedingsconstructie, in de zin dat het 'eigene' van het strafrecht dient te leiden tot een 'eigen' (onderdeel binnen een) schadevergoedingsconstructie. In dat geval is het van belang nader te verkennen in welk onderdeel van de uiteindelijke constructie dat dan naar voren zou kunnen komen (grondslag, voorwaarden of omvang).

---

3 Zie voor een heldere reactie op – met name – formele aspecten van het voorstel J.I.M.G. Jahae en L.A.H.A. van Maarseveen 2008, p. 12-19.

4 Vanzelfsprekend is het niet het oogmerk van dit onderzoek een oordeel te vellen over de rechtsontwikkeling ter zake van de grondslag voor vergoeding in het bestuursschaderecht. Wel wordt rechtseenheid bepleit. Gezien de significante rol van het égalité-beginsel in het bestuursschaderecht – zie daarover bijv. R.J.N, Schlössels 2002 (I en II) – wordt daarbij in eerste instantie aangehaakt.

7.2.2 Het égalité-beginsel als mogelijke grondslag voor vergoeding van schade in verband met legitiem strafvorderlijk overheidsoptreden

Zou het égalité-beginsel te prefereren zijn als grondslag voor vergoeding van schade in verband met legitiem strafvorderlijk handelen? Voor beantwoording van deze vraag wil ik om te beginnen teruggrijpen op mijn bespreking van de literatuur voor zover in die literatuur specifiek werd ingegaan op de grondslag voor vergoeding van schade tengevolge van strafvorderlijk handelen. Daaruit kwam naar voren dat het hanteren van de grondslag égalité, of een daarmee vergelijkbaar uitgangspunt, ook voor de gewezen verdachte op zichzelf geen nieuwe gedachte is.

Sinds de 19e eeuw wordt namelijk voor strafvorderlijke schade al gemeend '*dat offers en lasten, noodzakelijk voor het algemeen belang, worden gebracht en gedragen gelijkmatig door allen*'[5] Ook wordt vergoeding bepleit indien sprake is van onevenredige hardheid.[6] De invloed van de ontwikkelingen in het bestuurlijk schadevergoedingsrecht wordt steeds groter.[7]

Gaandeweg zijn zo de ideeën over wat de grondslag van een schadevergoeding na – ex tunc beoordeeld – rechtmatig[8] strafvorderlijk optreden zou moeten zijn, verder geëvolueerd, waarbij – in ieder geval voor wat betreft de grondslag – het onderscheid tussen gewezen verdachte en derde overigens in de recentere literatuur niet meer als bepalende factor naar voren komt.[9]

---

5 De Oostenrijker A. Zucker 1873-1879 legde hiervoor een basis en hij werd gevolgd door velen zoals J. Domela Nieuwenhuis 1878, D.J. Mom Visch nadat hij zijn mening herziet in 1882, W.J. Leyds 1884, H.G.C. Marcus 1885, G.A. van Hamel 1886, D. Simons 1886, B.E. Asscher 1897, H. Binnerts 1907. Ook buiten het terrein van strafvorderlijk handelen wordt gezocht naar grondslagen voor aansprakelijkheid binnen het regime van onrechtmatigheid, maar los van schuld. Men ziet bijv. de grondslag voor vergoeding in iedere risicoverhoging boven het normale, hetzij in het algemeen, hetzij voor een speciale groep personen, maar daarbij betreft het niet altijd schade door de overheid veroorzaakt (Scholten 1899, Bruins 1906, I. Henri Hijmans 1913). Zie hierover (gevaarzettingsleer) uitvoerig bijv. J.M. van Dunné 1998, p. 32.

6 W.C. van Binsbergen 1965, Th.W. van Veen 1976.

7 Zeker recent, maar ook in de 19e eeuw waren er al denkers, zoals A. Zucker (1873-1876) die voor schade ten aanzien van de gewezen verdachte al de parallel maakte met onteigening, met vele volgers én critici, zie literatuuranalyse in hoofdstuk 4.

8 Enigszins anders, want blijvend aanhakend bij onrechtmatigheid: H.Th. J.F. Van Maarsseveen, 1954, p. 914 e.v., daarin gevolgd door Teunissen, NJB 1994, p. 164. Zij poneerden de relatieve onrechtmatigheid, gebaseerd op égalité-beginsel (kritisch daarover J. Dekker 1995, R.P.J.L. Tjittes 1996, N.J.M. Kwakman 2005). M.E. Franke 1991, p. 103, volgde hen. Zie in dit verband ook (eveneens blijvend aanhakend bij onrechtmatigheid, met een aspect van relativiteit) C.H. Sieburgh 2002, p. 95-98. Zie ook P.W. Brouwer 1999, p. 55. R.J.N. Schlössels 2002 (II), in noot 70 aldaar, meent dat het betoog van Sieburgh neerkomt op een 'civielrechtelijke huls voor publiekrechtelijke égalité-aansprakelijkheid'.

9 Als ik het goed begrijp hanteert Kwakman het argument dat het égalité-beginsel geen onderscheid zou maken tussen gewezen verdachte en derde, als reden om niet te willen kiezen voor die grondslag, N.J.M. Kwakman 2003, p. 375.

Zo ondersteunen ook – recenter – vele specifiek over dit thema schrijvende auteurs[10] de gedachte dat het égalité-beginsel of de daaruit sprekende gedachte (verdelende rechtvaardigheid: herstellen van de verstoorde verdeling) de grondslag voor een dergelijke vergoeding is. Uit de meer recente literatuur zijn voorstanders van een dergelijke grondslag – naast diegenen hiervoor genoemd – expliciet Tak 1970, Borsboom 1983 en De Kok 1993. De Kok benadrukt dat bij aansprakelijkheid uit rechtmatige daad niet langer het handelen van de overheid voorop staat, maar de (uitzonderlijkheid) van de gevolgde schade. Het gaat om een dubbele belangenafweging (het belang van de overheid bij haar handelen tegenover dat van de benadeelde, en het belang van de benadeelde in verhouding tot dat van niet benadeelde (categorieën) burgers).[11] In feite heeft volgens De Kok de discussie zich al verplaatst naar de vraag wanneer de evenredigheid doorbroken is, en is de vraag of zulke aansprakelijkheid uit rechtmatige daad bestaat, achterhaald.[12] De Kok concludeert, dat als men zich losmaakt van de ontkenning van deze aansprakelijkheid door de Hoge Raad, deze grondslag van de rechtmatige daad als bron van verbintenissen de werkelijkheid het best weergeeft.[13] Ook Brouns bepleit schadevergoeding op basis van de verdelende rechtvaardigheid; alleen onevenredig nadeel is schade die vergoed moet worden.[14] Verder steunen Knigge (2000), Damen (2001), Schlössels (2002) en Bakels (2006) deze grondslag.

7.2.3 Andere uitgangspunten als mogelijke grondslag voor vergoeding van schade in verband met legitiem strafvorderlijk overheidsoptreden

Ook andere grondslagen of nuanceringen op het égalité-beginsel worden aangedragen (waarop ik met name in ga specifiek voor strafvorderlijke schade). Uit civielrechtelijke hoek stelde Nieuwenhuis dat de grondslag voor nadeelcompensatie ten onrechte wordt gezocht in de verdelende rechtvaardigheid (het uitgangspunt in het bestuursrecht) ofwel het égalité-beginsel. Bij verdelende rechtvaardigheid speelt het uitgangspunt dat sterke schouders de zwaarste lasten dragen; het gaat om (her)verdeling van lusten en lasten over de leden van de samenleving naar verdienste, terwijl de vergeldende rechtvaardigheid (het uitgangspunt in het privaatrecht) bedoelt ontoelaatbare verschuivingen

10 Vanzelfsprekend is het égalité-beginsel als grondslag voor aansprakelijkheid vooral verdedigd voor als grondslag voor vergoeding van schade bij legitiem bestuurlijk handelen en derhalve door bestuursrechtjuristen, maar ook door enkele civilisten (Bloembergen, Spier).
11 Dat is later (2003) ook de lijn van Kwakman, N.J.M. Kwakman 2003, p. 416-417.
12 Eerder ook zo J.A.M. van den Berk 1991, p. 39, 40.
13 H.G.F.M. de Kok 1993, p. 448.
14 P.J.H.M. Brouns 1996, p. 225-226.

'recht te zetten' zonder aanzien des persoons.[15] Volgens Nieuwenhuis moet nadeelcompensatie worden gebaseerd op vergeldende rechtvaardigheid omdat – naar ik begrijp – het niet gaat om onderlinge (on) gelijkheid tussen leden van de samenleving, maar om gelijkheid die zou worden verstoord tussen de staat en de burger indien de staat alleen de voordelen van overheidsoptreden incasseert, terwijl de nadelen voor de enkeling zijn.[16] Hierdoor geïnspireerd zijn Roef en De Roos, waar zij kritisch zijn over égalité als grondslag voor vergoeding van strafvorderlijke schade. In hun betoog beargumenteren zij enerzijds dat égalité niet ten grondslag ligt aan de regeling van de artikelen 89-93 Sv omdat zij menen dat schadevergoeding (op de voet van die regeling) geen verdelingsregeling is. De verhouding tussen getroffen burgers en niet getroffen burgers speelt namelijk geen rol. Het gaat namelijk om de verhouding tussen de (strafvorderlijke)overheid en de getroffen burger. Ook bij bestuurscompensatie gaat het in hun ogen niet om (her)verdeling (égalité), maar om doorbreking van lasten. Voor die doorbreking is een rechtsgrond nodig en die biedt het égalité-beginsel niet.

Roef en De Roos betogen dat bij de regeling van de artikelen 89-90 Sv de doorbreking gestoeld is op de billijkheid. Mijns inziens zal niemand ontkennen dat dit ook de bedoeling was.[17] Relevanter is dat zij vervolgens stellen dat de grondslag van schadevergoeding rechtstreeks dient voort te vloeien uit de structuur van het Nederlandse strafproces zelf en dat niet mag worden teruggevallen op civielrechtelijke en staatsrechtelijke constructies. Zij sluiten hier aan bij Melai, die dat eerder poneerde[18] alhoewel zij, in afwijking van Melai's conclusie, hieraan een recht op vergoeding ontlenen. Roef en De Roos zien een grondslag voor een recht op vergoeding vanuit '*de machtskritische functie die (zij) toekennen aan het strafproces en voorts van de daaruit vloeiende preventieve en rechtsbeschermende werking die (zij) toekennen aan de schadevergoeding*'. Zij achten het derhalve niet nodig '*uit te wijken naar buiten het strafrecht gelegen rechtsgronden*'.[19]

Enigszins vergelijkbaar – qua uitkomst – zoekt ook Van Maanen de algemene grondslag voor schadevergoeding na rechtmatig strafvorderlijk optreden niet in het égalité-beginsel (in de zin van onevenredige benadeling), maar in het beginsel van solidariteit in de zin van een gehoudenheid om in te staan voor de risico's die gepaard gaan met strafvorderlijk optreden, waarbij hij voor

15 J.H. Nieuwenhuis 1989, p. 123. Van den Berk stelt daarentegen dat het égalité-beginsel in Frankrijk niet meer is dan dat publieke lasten gelijk moeten worden verdeeld, draagkracht speelt daarbij geen rol, J.A.M. van den Berk 1997, p. 18.

16 J.H. Nieuwenhuis 1989, p. 123-124. Kwakman gaat in op auteurs die –anders dan Nieuwenhuis – menen dat égalité verwantschap heeft met verdelende rechtvaardigheid: onder andere Kortmann, Holleman, De Braauw, zie N.J.M. Kwakman 2003, p. 349

17 Hierna ga ik nog in op de vraag of doorbreking op grond van de billijkheid in schadegevallen na publiekrechtelijk handelen wel wenselijk is.

18 A.L. Melai 1988, p. 806.

19 D.Roef en Th. De Roos 1996, p. 241.

de gevallen van schade van de gewezen verdachte in geval van niet veroordeling pleit voor risicoaansprakelijkheid.[20]

Van Maanen en De Lange herhalen in 2005 nog eens dat schadevergoeding voor de gewezen verdachte gebaseerd is op een plicht *'omdat bij het toepassen van strafvorderlijke bevoegdheden noodzakelijkerwijs en welbewust een risico wordt aanvaard dat de verdenking niet wordt bewaarheid'*. De uitoefening is gelegitimeerd onder de bijkomende (niet ontbindende) voorwaarde dat de overheid instaat voor de gevolgen indien de verdenking niet wordt bewaarheid (conditionele bevoegdheden).[21] Dat is het geval indien de verdenking niet hard kan worden gemaakt, ongeacht de reden, dus bij vrijspraak en ontslag van rechtsvervolging (ongeacht de schuldvraag, derhalve).[22,23] Tot eenzelfde resultaat (in beginsel volledige schadevergoeding) komt ook Bakels.[24]

Kwakman (2003) vindt dat het égalité-beginsel niet een zelfstandige grondslag kan zijn voor buitenwettelijke schadevergoedingsplichten.[25] Hij vindt het égalitébegrip verwarrend; er spelen tal van andere factoren en er is niet de verplichting dat alle lasten gelijk verdeeld moeten worden over alle burgers (die in een vergelijkbare situatie verkeren), aangezien ook vereisten van abnormaliteit en specialiteit en andere begrenzingen een rol spelen. Ook ziet hij dat égalité als vermeende grondslag en de maatstaven die daarin besloten liggen, door elkaar heen lopen. Hoewel al veel lijkt uitgekristalliseerd, meent hij dat pas sprake is van optimale helderheid als de wetgever de knoop doorhakt en expliciet de algemene rechtsgrond of juridische titel schept waarop schadevergoedingsplichten worden gefundeerd die niet zijn te herleiden tot een specifieke wettelijke regeling. Kortom: Kwakman dringt – mijns inziens zeer terecht – aan op het feit dat de wetgever een regeling maakt, met overigens het accent op de te hanteren maatstaven, zodat voor deze vorm van zelfbinding

20 G.E. van Maanen 2002, p. 78 (en p. 69).

21 Dit baseren zij mede op de onschuldpresumptie, zie G.E. Van Maanen en R. de Lange 2005, p. 147. Mijns inziens volgt dat er echter niet uit. Wel volgt daaruit dat er geen verwijzing naar schuld noch verdenking mag plaatsvinden. Maar een recht op schadevergoeding volgt niet uit de onschuldpresumptie, zie hierover § 5.3.3. Omdat men niet-schuldig is zou de overheid altijd schade moeten dragen? Dat is overigens ook niet een uitgangspunt in bestuurlijk schadevergoedingsrecht. Ook daar is men namelijk niet schuldig, maar toch geldt niet dat in beginsel de overheid alle schade draagt.

22 G.E. Van Maanen en R. de Lange 2005, p. 147 en 164. Zij bespreken drie typen situaties en bepleiten voor elke situatie een schadevergoedingsplicht. De schade tengevolge strafvorderlijk handelen is daar een van. Als redengevend principe voor de door hen onderscheiden schadeplicht voor de drie 3 typen situaties noemen zij overigens weer wel het égalité-beginsel, p. 164. Toch doet hun invulling voor wat betreft strafvorderlijke schade ook enigszins denken aan de vergeldende rechtvaardigheid.

23 Tot een vergelijkbaar resultaat komen Van den Berg en Rozemond omdat zij aansprakelijkheid voor de overheid zien in alle gevallen van niet-verwezenlijking van het materiële strafrecht (derhalve, in alle gevallen waar geen veroordeling volgt), H.A. van den Berg en K. Rozemond 1992, p. 59.

24 F.B. Bakels 1991 en F.B. Bakels 2006.

25 Eerder zo onder andere F.J. van Ommeren 1990, p. 689.

door de overheid door de wetgever de hoofdlijnen voor het bestuur en de rechter worden gesteld.[26] Hij zoekt daarbij de grondslag in de kerntaak van de overheid, namelijk in de zorg voor alle (gezamenlijke en afzonderlijke) burgers die tot de gemeenschap horen. Die zorgplicht heeft twee kanten: enerzijds is er de noodzaak tot interveniëren, ondanks dat andere burgers daarvan last ondervinden. Anderzijds betekent de zorgplicht dat burgers niet onnodig worden belast met schadeveroorzakend overheidsoptreden. Via het proportionaliteitsbeginsel en het subsidiariteitsbeginsel vereist elk schadeveroorzakend overheidsoptreden een zorgvuldige (al dan niet wettelijk voorgestructureerde) belangenafweging, in twee opzichten. Ten eerste een doel-middel afweging: slechts het minst belastende middel is toelaatbaar. Het gaat om de toelaatbaarheid van de schadeveroorzakende gedraging als zodanig. Als maatstaf dient de vraag of gegeven het doel en alle omstandigheden van het geval, een minder belastende inbreuk mogelijk zou zijn geweest.[27] Ten tweede: ook al is sprake van een rechtens toelaatbare minst belastende handeling, dan wil dat nog niet zeggen dat schade die dat meebrengt, voor rekening van de gedupeerde hoort te blijven.[28] De schade kan voor een individu disproportioneel zijn. Hier gaat het om de vraag of de gevolgen voor lief moeten worden genomen. Er gelden andere maatstaven dan bij de eerste stap (doel middel afweging met betrekking tot de gedraging als zodanig). Kwakman pleit ervoor ook deze maatstaven in de wet op te nemen ter indicatie van de mate waarin de schade al dan niet dient te worden geduld, en dat is dan de basis van een algemene schadevergoedingsregeling.[29] Enigszins kritisch over dit twee-stappenplan van Kwakman is A-G Langemeijer bij Hoge Raad 17 september 2004, nadat hij Kwakmans theorie fictief toepast op de praktijk. Hij vindt dat de doel-middel afweging alleen thuishoort bij de evenredigheidstoets (eerste stap) en daarnaast moet ruimte zijn voor een zelfstandige toets aan het égalité-beginsel.[30]

7.2.4 Een einde aan de civiele ex nunc onrechtmatigheidbeoordeling

De steun in de specifieke literatuur voor een recht – in de zin van een aanspraak – (al dan niet onder voorwaarden) op vergoeding voor ab initio strafvorderlijk optreden zou ook gevoed kunnen zijn door de onvrede over de

---

26 N.J.M. Kwakman 2003, p. 322-325.

27 Het gaat dan om beoordeling van de overheidsgedraging ab initio, naar het moment van toepassen.

28 Zie de hierboven in § 7.2.2 genoemde en mijns inziens enigszins vergelijkbare twee-stappen oplossing van De Kok, tien jaar eerder (1993), alhoewel die in zijn tweede stap lijkt te refereren aan het uitgangspunt van het égalité-beginsel (onevenredig t.o.v. de andere burgers). Als zodanig lijkt later ook A-G Langemeijer te concluderen (zie hierna bij noot 29).

29 N.J.M. Kwakman 2003, p. 360, 367 e.v. en (samengevat) p. 416-418.

30 HR 17 september 2004, NJ 2005, 392, A-G sub 2.11.

onrechtmatigheidconstructie, die de Hoge Raad hanteerde vanaf de jaren '90 voor strafvorderlijke schade. Met name het feit dat omstandigheden na het overheidsoptreden van doorslaggevend belang waren voor het oordeel over de onrechtmatigheid van het handelen zelf,[31] kreeg veel kritiek. Met meende vooral dat het niet aanging om ab initio rechtmatig overheidsoptreden achteraf onrechtmatig te achten.[32] Maar ook voorafgaand aan de uitspraken van de Hoge Raad was dit de opvatting van de meerderheid: de meesten die zich hierover uitspraken meenden dat onrechtmatigheid slechts beoordeeld dient te worden naar het moment van overheidsoptreden[33] terwijl een minderheid ex nunc beoordeling steunden.[34]

Het geheel overziend lijkt deze door de civiele rechter ontwikkelde ex post onrechtmatigheidconstructie een weg die nog op zeer weinig steun kan rekenen en zijn er inmiddels meerdere argumenten gesteld die ervoor pleiten om deze weg voor de toekomst af te willen sluiten.[35]
Schueler betoogt in dit verband daarbij terecht dat de verplichting tot schadevergoeding rechtreeks is te baseren op de beginselen van gelijkheid, rechts-

---

31 Hoitink e.a. 2008, p. 873 menen dat dit een onjuist begrip van de rechtspraak is, omdat de redenering volgens hen is dat de overheid onrechtmatig handelde 'omdat zij op het moment van optreden met het achteraf ongefundeerd blijken van de rechtvaardiging rekening diende te houden.' Zij interpreteren dit niet als onrechtmatigheid ex post (Met verwijzing naar HR 23 december 1990, NJ 1991, 92). Mijns inziens sloeg de door hen gehanteerde passage, die daarvoor overigens al werd gebruikt in HR 2 februari 1990, NJ 1990, 794, r.o. 3.4 echter op de toerekening. De redenering van de Hoge Raad is namelijk: '*…dat het achteraf ongefundeerd blijken van de aanvankelijke rechtvaardigingsgrond (…) dat optreden, voor zover het schade toebracht, onrechtmatig doet zijn.' Dat betekent mijns inziens dat een factor na het moment van optreden, een factor die achteraf blijkt, ex post derhalve, de onrechtmatigheid doet ontstaan. Daarna stelt de Hoge Raad pas dat dit ertoe leidt dat de Staat die schade moet vergoeden omdat die schade 'als door zijn schuld moet worden aangemerkt omdat de Staat met de mogelijkheid van het achteraf ongefundeerd blijken van de rechtvaardigingsgrond rekening had te houden*.' Ik meen dat dat de toerekening betreft, zie ook hoofdstuk 3 in § 3.3.7.

32 P.J.H.M. Brouns 1991, D.R. Doorenbos 1991, M.E. Franke 1991, De Pree 1991, H.A. van den Berg en K. Rozemond 1992, A.R. Bloembergen 1992, P.A.M. Mevis 1992 en 1993, J.L. de Wijkerslooth 1993, J. Dekker 1995, J. Spier 1996, G.E. van Maanen 2002, N.J.M. Kwakman 2003, G.E. van Maanen en R. de Lange 2005, Bakels 2006.

33 W.J. Leyds 1884, G.A. Van Hamel 1886 en F.B. Coninck Liefstinck 1886, P.J.P. Tak 1970, Th.W. van Veen 1976, J.P.M. Borsboom 1983, A.L. Melai 1988. Ook E.M. Meijers (een van de grote civielrechtelijk denkers) bepleitte dit, want: '*Wat na de handeling geschiedt, kan natuurlijk geen invloed op haar al of niet rechtmatigheid hebben*.' E.M. Meijers 1948, p. 308.

34 Zoals J. Domela Nieuwenhuis 1886, P. Langeveld 1931, P.J.H.M. Brouns 1991. Voorstanders voor een toetsing ex nunc baseerden zich veelal op de – in hun ogen – vergelijkbare situatie dat een civiel conservatoir beslag ook achteraf bezien onrechtmatig kan worden. Deze vergelijking wordt wel gehanteerd vanaf de beginperiode van de discussie (1885) tot recent, zie literatuuranalyse hoofdstuk 4.

35 Dat betreft overigens niet alleen de onwenselijkheid van de 'gekunstelde' ex-post beoordeling van de rechtmatigheid, maar ook de in § 6.5.1.3 beschreven situatie dat een gewezen verdachte in de huidige civielrechtelijke doctrine – vanwege de eenzijdige gerichtheid van het strafproces – in een niet faire bewijssituatie terecht komt. Verder wordt het verdenkingbegrip in deze doctrine onjuist gehanteerd (zie hoofdstuk 6.

zekerheid en vertrouwen en het derhalve niet langer nodig is om eerst op zoek te gaan naar onrechtmatige daad.[36] Dat doen sommigen overigens nog wel, maar dan op andere wijze dan de Hoge Raad deed: Sieburgh (2002) zoekt bijv. binnen de onrechtmatigheid een oplossing voor de behandeling van schade tengevolge van strafvorderlijk handelen, overigens anders dan de doctrine zoals de Hoge Raad ontwikkelde en anders dan op grond van rechtmatige daad. Zij stelt namelijk dat rechtmatigheid niet een criterium is waarmee bepaald kan worden of gedrag al of niet tot schadevergoeding verplicht, met name omdat de afgrenzingproblemen niet zullen verdwijnen met het aannemen van een dergelijke constructie. Zij stelt dat overheidsoptreden dat strafrechtelijk gerechtvaardigd is, niet in al zijn dimensies gerechtvaardigd hoeft te zijn in de burgerrechtelijke benadering, maar doelt daarbij expliciet op de derde die schade lijdt tengevolge van strafvorderlijk handelen. '*Het feit dat de derde strafrechtelijk gezien dient te dulden dat zijn huis wordt doorzocht, impliceert niet dat hij geheel buiten de burgerrechtelijke bescherming van zijn belangen wordt gesteld. (…) Voor zover het overheidsoptreden ingrijpt in door het burgerlijk recht beschermde belangen zonder dat daarvoor een rechtvaardiging aan de burgerrechtelijke verghouding tussen de overheid en de burger kan worden ontleend, wordt het niet door de strafrechtelijke rechtvaardigingsgrond gedekt. Als de overheid bij het uitoefenen van haar aan het strafrecht ontleende bevoegdheden met deze belangen geen rekening kan of wil houden, maakt zij civielrechtelijk misbruik van haar bevoegdheid*.' (artikel 3: 13 BW).[37]

Het is de vraag of een dergelijke redenering nog langer nodig is, nu vrij algemeen lijkt te worden aangenomen dat er een grondslag is om schade tengevolge van legitiem overheidshandelen voor vergoeding in aanmerking te laten komen. Hoewel voor deze opvatting pleit dat geen sprake is van de als onzuiver gekenmerkte ex nunc beoordeling, waartegen de meeste kritiek in de specifieke literatuur zich richtte, zou een dergelijke denklijn wederom leiden tot een geïsoleerde en derhalve onwenselijke ontwikkeling.

---

36 B. Schueler 1999, p. 66.

37 C.H. Sieburgh 2002, p. 98. Schlössels noemt dit een '*civielrechtelijke huls voor publiekrechtelijke égalité-aansprakelijkheid*', omdat naar zijn mening Sieburgh's opvatting '*steunt op de idee van schending van het gelijkheidspostulaat en het onvoldoende rekening houden met de belangen van de burgers*', R.J.N. Schlössels 2002 (II), noot 70. Naast Sieburgh lijkt ook Brouwer moeite te houden met schadevergoeding bij rechtmatige daad, P.W. Brouwer 1999, p. 55. Zie eerder ook H.Th. J.F. Van Maarseveen 1954, p. 914 e.v., daarin gevolgd door J.H.F. Teunissen 1994, p. 164 en M.E. Franke 1991, p. 103. Zij poneerden de relatieve onrechtmatigheid, al dan niet gebaseerd op égalité-beginsel (kritisch daarover J. Dekker 1995, R.P.J.L. Tjittes 1996, N.J.M. Kwakman 2005).

7.2.5 Conclusie over de te verkiezen grondslag vanuit optiek rechtsbetrekking, rechtszekerheid, rechtseenheid en rechtsgelijkheid (intra en inter)

Uit het hierboven geconstateerde blijkt dat niet alleen in de bestuursrechtelijke en civielrechtelijke literatuur, maar ook door strafrechtjuristen de nodige aandacht is besteed aan de vraag welke grondslag schadevergoeding voor rechtmatig strafvorderlijk handelen rechtvaardigt (de meerderheid verkiest niet een ontwikkeling met betrekking tot schadevergoeding die doorgaat op de constructie zoals door de Hoge Raad gehanteerd, ex nunc onrechtmatigheid).

Wellicht zijn al hun opvattingen in de kern te herleiden tot een en dezelfde grondslag,[38] mogelijk blijven er verschillen te constateren. In de (specifieke) literatuur zijn de opvattingen nog verdeeld. Men neigt wel naar een grondslag die gebaseerd is op het égalité-beginsel (zie literatuuranalyse), dat wil zeggen waarbij schadevergoeding gerechtvaardigd is indien sprake is van onevenredige schade ten opzichte van andere burgers die hoger is dan iemands normaal maatschappelijk risico (NMR). Varianten die meer uitgaan van een onevenredigheidbeoordeling tussen overheid en burger (dus minder gericht op de vergelijking tussen burgers onderling) zijn – in diverse uitwerkingen – te vinden bij Hennekens (proportionaliteitsbeginsel via een doel/middel-afweging), Van Maanen (solidariteitsbeginsel, wegvallen voorwaardelijke bevoegdheid, risico-aanvaarding), en Kwakman (een algemene zorgplicht, en daarbinnen evenredigheid). Zij baseren zich veelal niet op het égalité-beginsel omdat zij – als ik het goed zie – vooral geen heil zien in de daarbij horende relatieve onevenredigheid (zie hierna § 7.4.2).

Sommigen bepleiten voor wat betreft strafvorderlijke schade – afhankelijk van de afloop van het strafproces – risicoaansprakelijkheid voor de overheid, al dan niet expliciet gebaseerd op een (interpretatie van) van de genoemde grondslagen en soms gelijkend op (een variant van) vergeldende rechtvaardigheid (Roef en De Roos, Van Maanen, Stolwijk).

Uit de literatuur komt wel sterk naar voren dat men over het algemeen uitgaat van een recht in de zin van een aanspraak op vergoeding, waarbij de daarbij gekozen grondslag voor wat betreft de specifieke literatuur dus nog een diversiteit aan beelden laat zien. De vraag resteert of de domeinspecificiteit

---

38 Sommigen stelden zich ten doel die ene algemeen geldende grondslag te vinden, bijv. G.W.J. Bruins 1906, p. 166 e.v., W.J. Slagter 1952, p. 142 en 166 e.v. Anderen vonden dat zinloos, bijv. P. Scholten 1899, p. 87, H.J. van Leeuwen, Preadvies NJV 1913, I, waar hij zich op p. 163 afvraagt: '*..waarom hier het 'entweder-oder' zou moeten gelden, vermag ik niet in te zien...*'. I. Henri Hijmans, preadvies NJV 1913, liet de beantwoording van de vraag naar een of meerdere grondslagen afhangen van de rechtsbetrekking tussen partijen, zie p. 218, 227, 228, 281. Zie verder bijv. D. Simons 1902, p. 10. Recenter, met name op het terrein van het bestuursrecht, onder andere VAR Vereniging voor bestuursrecht, preadviezen met betrekking tot schadevergoeding bij rechtmatige overheidsdaad (VAR reeks 128), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2002.

van het strafrecht ten opzichte van het bestuursrecht inderdaad om een domeinspecifieke grondslag vraagt, met andere woorden: is er voldoende reden om (wederom) te pleiten voor een geïsoleerde ontwikkeling van (toekomstig) schadevergoedingsrecht voor strafvorderlijke schade ten opzichte van bestuurlijke schade?

Hoewel in dit verband de gedachte zoals expliciet door Roef en De Roos en Melai uitgesproken (en overigens door hen op andere wijze uitgewerkt), namelijk dat dient te worden aangesloten bij de structuur van het strafproces zelf, past bij het toetsingskader, impliceert dat echter niet dat daardoor niet zou kunnen worden uitgeweken naar civielrechtelijke en staatsrechtelijke constructies (zoals zij concluderen). Ik begrijp hun uitgangspunt zo dat bij een zoektocht naar een grondslag voor schadevergoeding de nadruk zou moeten liggen op het publieke rechtskarakter van het – voorafgaande – strafproces en dat inzichtelijk bepaald moet worden of en in hoeverre domeinspecifieke aspecten een bepaalde rol moeten spelen bij de invulling van de voorwaarden.

Dat betekent ten eerste dat bij toekomstige ontwikkelingen aansluiting gezocht moet worden bij een schadevergoedingsgrondslag die past bij het publieke rechtskarakter tussen overheid en burger (zie hierna). In ieder geval moet niet meer worden uitgeweken naar de (op dit terrein) oorspronkelijk gekozen civielrechtelijk georiënteerde billijkheidsgrondslag.[39] Daar is ook geen aanleiding meer toe, aangezien het oorspronkelijk belangrijkste argument om de billijkheid te kiezen als grondslag inmiddels is achterhaald (§ 6.3.4). De billijkheid als zelfstandige bron van verbintenissen is in ons rechtssysteem ook niet aan te wijzen buiten de regeling van de artikelen 89-93 Sv.[40] Dat is op zich niet vreemd, immers de billijkheid wordt in de handboeken vooral gezien als een gemeenschappelijke grondslag voor elke aansprakelijkheid omdat het – zoals Scholten het zo inspirerend zei in 1899 – de taak van het recht is, '*niet om bij (…) alle schade die iemand lijdt, na te gaan of die misschien aan een onrechtmatig of onvoorzichtig gedrag is te wijten, maar voortdurend te zoeken, wie naar billijkheid met haar moet worden belast*.'[41] Op het moment dat de billijkheid dus wel als grondslag voor schadevergoeding wordt gekozen, is op voorhand dus niet te zeggen hoe moet worden omgegaan met doorbreking

39 Daarmee sta ik niet alleen. Nog los van het feit dat inmiddels in de literatuur geen steun meer bestaat voor de billijkheid als grondslag voor schade tengevolge van rechtmatig strafvorderlijk handelen, vanwege de als gevolg daarvan ontstane onwenselijke rechtspraktijk, zijn er ook anderen die principieel meenden dat de rechtsgrond voor een dergelijke schadevergoedingsregeling niet mocht worden ontleend aan het privaatrecht, zie verder literatuur analyse in hoofdstuk 4.

40 H.G.F.M. de Kok 1993, p. 442.

41 P. Scholten 1899, p. 153.

van de lastenverdeling die is ontstaan.[42] De billijkheid zelf is namelijk een leeg beginsel,[43] dat geen richtsnoer geeft voor die doorbreking maar waarbij – om er invulling aan te geven – elke verhouding op zijn merites beoordeeld moet worden. Dat past op zich wel bij een civielrechtelijk georiënteerde rechtsrelatie maar niet bij een publiekrechtelijke rechtsverhouding (bestuurlijk of strafvorderlijk). In die betrekkelijk wederkerige relatie geldt namelijk als uitgangspunt dat de overheid gehouden is de belangen van alle betrokkenen aan te trekken, wat niet tot uitdrukking komt in het 'blote' billijkheidsbeginsel.

Het égalité-beginsel daarentegen – in de betekenis zoals in Nederland ontwikkeld,[44] op basis waarvan eventuele schade door de overheid gecompenseerd dient te worden in geval sprake is van onevenredige belasting voor de betrokken burger in vergelijking tot andere burgers (speciale last) die boven zijn normaal maatschappelijk eigen risico uitgaat (abnormale last) – geeft op zich duidelijk richting en rechtszekerheid doordat het in ieder geval uitdrukking geeft aan de gedachte dat de overheid met de belangen van de betrokkene rekening heeft te houden waarbij wordt onderkend dat in de relatie tussen overheid en burger de lasten ongelijk verdeeld kunnen raken door overigens legitiem overheidshandelen. Het geeft in die zin een duidelijke aanspraak op vergoeding indien sprake is van onevenredige schade. Het is een beginsel dat in die zin meer rekening houdt met het publiekrechtelijke rechtskarakter van de rechtsbetrekking waarbinnen de schade is ontstaan.

Sommigen menen dat ook het égalité-beginsel echter geen duidelijkheid verschaft over de vraag wanneer dan schade vergoed moet worden en hoe groot de omvang dan is, zoals onder andere Van Ommeren (voor het bestuursrecht) in 1990.[45] In navolging van hem concluderen Roef en De Roos voor strafvorderlijke schade dat noch de verdelende rechtvaardigheid van Aristoteles noch het égalité-beginsel inhoudelijk aanknopingspunten geven met betrekking tot de verdeling.[46] Ook Kwakman lijkt mede daarom te twijfelen.[47] De menin-

---

42 De gedachte dat het bij bestuurscompensatie gaat om doorbreking van de door de overheidsgedraging ontstane (ongelijke) verdeling van publieke lasten, spreekt me zeker aan, zie F.J. van Ommeren 1990, p. 684.

43 G.H.A. Schut 1997, p. 355 schrijft dat de billijkheid '*…een alles omvattend maar zonder nadere invulling leeg beginsel (is). Een beroep daarop past alleen indien dit beginsel, hoe weinig gearticuleerd ook, een alom levende gedachte op een voldoende bevredigende wijze tot uitdrukking brengt…*' Uit de specifieke literatuur was met name De Kok kritisch over de billijkheid in de regeling van de artikelen 89-93 Sv omdat hij de billijkheid als fundament niet of zeer gering richting gevend achtte, het niet vond aansluiten bij grondslagen van elders geregelde schadeaanspraken en het niet vond passen in ons rechtssysteem, H.G.F.M. de Kok 1993, p. 442.

44 Daarover schreven velen, zie onder andere R.J.N. Schlössels 2002 (II).

45 F.J. van Ommeren 1990, p. 689.

46 D.Roef en Th. De Roos 1996, p. 241. Vgl. ook Sieburgh die als reden had om in ieder geval niet op basis van rechtmatigheid aansprakelijkheid te willen aannemen dat '*…. rechtmatigheid niet een criterium is waarmee bepaald kan worden of gedrag al of niet tot schadevergoeding verplicht, met name omdat de afgrenzingproblemen niet zullen verdwijnen met het aannemen van een dergelijke constructie*', C.H. Sieburgh 2002, p. 96.

47 N.J.M. Kwakman 2003, p. 322, 323.

gen over wat precies de gevolgen zijn van een schadevergoedingsregeling op basis van het égalité-beginsel lopen namelijk nog steeds uiteen, stelt hij, en daarbij gaat het dan vooral om de invulling wanneer sprake is van onevenredig nadeel en wat als normaal maatschappelijk risico moet worden beschouwd. Het gegeven dat de meningen daarover verschillen, lijkt voor Kwakman een argument om voor schade tengevolge van strafvorderlijk handelen een ander uitgangspunt te kiezen dan égalité.[48] Ik heb niet de overtuiging dat dit in zijn uitwerking tot iets geheel anders leidt (en tevens ontstaat hiermee wederom een onwenselijke geïsoleerde ontwikkeling voor schade tengevolge van strafvorderlijk handelen ten opzichte van schade tengevolge van bestuurlijk handelen). Mijns inziens is namelijk inherent aan elke systematiek die niet uitgaat van een volledig recht op volledige schadevergoeding, dat de nadere afbakening en beperking steeds tot discussie aanleiding zal geven. Ook de systematiek van Kwakman leidt uiteindelijk tot een inperking van volledige aansprakelijkheid, en de maatstaven en criteria die hij noemt, al dan niet afkomstig van en ontwikkeld in het bestuursrecht (overgenomen uit Van Male en Ravels), zien 'eigenlijk' ook op de kwestie of sprake is van onevenredigheid, abnormaliteit van schade enz.[49]

Het is de vraag of juist de kritiek op het égalité-beginsel als algemene grondslag voor een vergoedingsregeling niet beschouwd moet worden als voordeel, aangezien bij dit beginsel sprake is van een bepaalde mate van flexibiliteit. Ik breng nog even in herinnering dat de oorspronkelijke billijkheidsgrondslag namelijk ook leek te zijn gekozen om flexibiliteit in te bouwen. De billijkheid, als civielrechtelijk georiënteerd criterium, gaf de mogelijkheid een beoordeling van geval tot geval mogelijk te maken en daarmee optimale flexibiliteit te kunnen garanderen, waar behoefte aan was omdat over het algemeen werd gemeend dat 'schuldigen' niet in aanmerking zouden mogen komen voor vergoeding. Billijkheid gaf de ruimte om daarmee rekening te houden.

Hoewel weliswaar restschuld – zoals hiervoor betoogd – op geen enkele wijze meer een rol zou mogen spelen bij de beslissing over schadetoekenning, is flexibiliteit in een schadevergoedingsregeling voor overheidsoptreden natuurlijk een legitiem vereiste. Flexibiliteit zal – met het hiervoor gekozen uitgangspunt dat gebaseerd is op het égalité-beginsel of een daarmee vergelijkbaar uitgangspunt – zeker gegarandeerd zijn, maar wel op een wijze die beter recht doet aan rechtszekerheid voor de burger. De flexibiliteit zal namelijk niet gevonden worden in de mogelijkheid om per zaak de vrijheid te houden om – betrekkelijk willekeurig – meer of minder of geen vergoeding te kunnen toekennen (zoals de billijkheidsgrondslag dat bood), maar wel zal door politieke of maatschappelijke ontwikkelingen de invulling van wat bijv. als onevenredig wordt beschouwd of wat als buiten het normaal maatschappelijk risico

48 N.J.M. Kwakman 2003, p. 350, 353.
49 N.J.M. Kwakman 2003, p. 376.

wordt beschouwd kunnen variëren. Dit geeft beduidend meer rechtszekerheid dan een geval-tot-geval-flexibiliteit.

De keuze voor een flexibele grondslag mag op basis van het voorafgaande overigens niet meer worden ingegeven door de wens om vermoedens over restschuld een rol te kunnen laten spelen (§ 6.5.1.4). Daarmee vervalt dan echter ook de domeinspecifieke reden tot flexibiliteit die bij de totstandkoming van de huidige schadevergoedingsregeling in de artikelen 89-93 Sv zo relevant was. Er lijkt op dit punt dan nog weinig aanleiding om voor de gewezen verdachte een andere grondslag voor vergoeding voor de door hem geleden schade te veronderstellen dan ten opzichte van de andere burgers die schade lijden in een relatie met de overheid. Hoewel in de rechtspraak tot nu toe, in afwachting van wetswijziging overigens, een onderscheid blijft bestaan tussen de derde, niet-verdachte en de gewezen verdachte voor wat betreft de grondslag waarop schade vergoed wordt, zien we dat onderscheid overigens in de literatuur ook niet dominant terug.[50]

Wel zal vermoedelijk bij de nadere invulling van maatstaven voor wat betreft de vraag of die gehoudenheid moet resulteren in (volledige) vergoeding (bij de omvang/toerekening) sprake kunnen zijn van verschillen (zie hieronder gewezen verdachte en derde).

Conclusie: vanuit het oogpunt van rechtszekerheid[51] dient ten eerste sprake te zijn van een recht – in de zin van een aanspraak – op vergoeding voor schade door de (gewezen verdachte) burger geleden in verband met legitiem strafvorderlijk overheidsoptreden indien sprake is van bepaalde omstandigheden (zie hierna). De specifieke literatuur laat ook zien dat de meerderheid van de auteurs meent dat de tijd hier rijp voor is. De gunstensfeer zoals die

---

50 Zo ook expliciet H.Ph.J.A.M. Hennekens 2001, die zich daarbij baseert op Duits recht (p. 89). Anders G.E. van Maanen 2002, p. 69. Vergelijk ook annotator Van Ravels bij Staat Lavrijsen HR 30 maart 2001, NJ 2003, 615 die er vanuit gaat dat iedereen een beroep mag doen op het égalité-beginsel. De Hoge Raad spreekt namelijk van de 'getroffene'. P-G Hartkamp bij dat arrest ziet dat anders, mijns inziens echter op basis van een onjuiste interpretatie van Kwakman; hij lijkt namelijk Kwakman's feitelijke beschrijving te lezen als een normatief oordeel, zie uitvoeriger hoofdstuk 3, § 3.2.3.

51 Er kan hier geen argument voor een recht op vergoeding bij ab initio rechtmatig strafvorderlijk optreden gevonden worden in het EVRM. Dit valt onder andere af te leiden uit de uitspraak van het EHRM inzake Englert. EHRM 25 augustus 1987, Series A 123-B (Englert tegen Duitsland). Het betrof hier de toetsing van een weigering tot het toekennen van schadevergoeding voor voorlopige hechtenis en de toetsing van een weigering tot het toekennen van kostenvergoeding: het EHRM geeft expliciet aan dat noch art. 6 lid 2 EVRM noch enige andere bepaling van het EVRM recht geeft op een schade- of kostenvergoeding na een strafzaak die eindigt zonder veroordeling (§ 36). Het EHRM herhaalt dat in de zaak-Nölkenbockhoff, EHRM 25 augustus 1987, Series A 123-C (Nölkenbockhoff tegen Duitsland) waar het een weigering tot vergoeding van schade ten gevolge van voorlopige hechtenis betrof alsmede een weigering tot vergoeding van kosten (§ 36), idem EHRM 25 augustus 1987, EHRM 25 augustus 1987, Series A 123-A (Lutz tegen Duitsland). waar het een weigering kostenvergoeding betrof (§ 59) en idem EHRM 25 maart 1983, EHRM 25 maart 1983, Series A 62 (Minelli tegen Zwitserland), waar het een toetsing betreffende een veroordeling

gecreëerd werd door een stelsel gebaseerd op billijkheid heeft die rechtszekerheid niet kunnen bieden.[52] Een wettelijke regeling die uitgaat van een aanspraak op vergoeding in geval van onevenredige schade die niet tot een burger zijn normaal maatschappelijk risico kan worden gerekend kan daarbij de burger een voldoende duidelijk handvat bieden; er is geen sprake van een gunstensfeer, maar er is een werkelijke aanspraak in geval de onevenredige schade van de burger in concreto niet als normaal maatschappelijk risico kan worden beschouwd.[53] Een aanspraak en niet een gunst is op dit terrein des te belangrijker omdat de Staat, bij zijn overigens legitieme strafvorderlijke optreden, veelal iemand in zijn grondrechten (persoonlijkheidsrechten) heeft geraakt.[54] De wet biedt al vergelijkbare aanspraken tegen aantasting – door de rechtmatig bestuurlijk handelende overheid – van het eigendomsrecht. Voor wat betreft rechtmatige aantasting van persoonlijkheidsrechten dient tenminste een vergelijkbaar niveau gehaald te worden, althans, er lijkt geen reden te verdedigen om juist bij aantasting van deze rechten af te wijken van de mogelijkheden die er zijn ten opzichte van aantasting van eigendomsrechten.[55]

De vraag of een aanspraak op vergoeding in bovengenoemde zin ten opzichte van een vergoedingsregeling op billijkheid zal leiden tot 'defensive prosecution' (terughoudendheid bij de opsporingsinstanties uit angst voor

---

in proceskosten betrof (§ 34/35). Een uitspraak waarbij sprake is van een onherroepelijke vrijspraak waarna een schade/kostenvergoeding wordt geweigerd is de zaak Sekanina. EHRM 25 augustus 1993, A 266-A en NJ 1994, 1 (Sekanina). In deze zaak overweegt het Hof dat art. 6 lid 2 EVRM ook ten aanzien van een vrijgesprokene geen recht op schadevergoeding garandeert voor ondergane ab initio rechtmatige voorlopige detentie. Vergelijk in dit verband ook EHRM 28 april 2005, NJ 2005, 569, A.L. versus Duitsland, overweging 32 ('neither art. 6 § 2 nor any other provision of the Convention gives a person charged with a criminal offence a right to compensation for lawful detention on remand where proceedings taken against him are discontinued.'). Het EHRM gaat in de zaak-Masson & Van Zon in op de Nederlandse situatie, overigens ten behoeve van de vraag in hoeverre in dat geval art. 6 lid 1 EVRM van toepassing is. I.c. was sprake van een onherroepelijke vrijspraak, waarna schade-/kostenvergoeding werd geweigerd. Het EHRM beslist dat van een recht op schadevergoeding slechts sprake kan zijn indien het nationale recht dit bepaalt. EHRM 28 september 1995, Series A 327, NJ 1995, 726 (m.nt. EAA) (Masson & Van Zon tegen Nederland). Een dergelijk recht kan dus in zijn algemeenheid niet ontleend worden aan het EVRM (en protocollen).

52 Ook Roef en De Roos onderscheiden tussen recht en gunst en verkiezen een recht vanuit de hun voorgestane rechtsbeschermingsgedachte (machtskritische opvatting) terwijl zij de gunstensfeer meer vinden passen bij een instrumentalistisch perspectief op het rechtskarakter van het strafrecht (gebaseerd op de uitgangspunten van A.A.G. Peters, 1972), D. Roef en Th. De Roos 1996, p. 243 e.v.

53 Ik deel geheel de opvatting van Schueler waar hij betoogt dat de verplichting (hij schrijft over het bestuursrecht) tot schadevergoeding rechtreeks is te baseren op de beginselen van gelijkheid, rechtszekerheid en vertrouwen, B. Schueler 1999, p. 66. Mijns inziens geldt dat ook voor schade tengevolge van dat andere deel van het publiekrecht, het strafproces.

54 Zie in deze zin al Roethof, Handelingen II 1974/1975, 12 132, p. 3726, besproken in § 1.6.6 in hoofdstuk 1.

55 Vergelijk in deze zin ook A-G Bloembergen bij HR 26 maart 1990, NJ 1990, 794 en F.B. Bakels 2006, p. 29 in noot 28.

claims) is moeilijk te beantwoorden. In politiek en literatuur is dit argument over de eeuwen heen gehanteerd zowel pro als contra het bestaansrecht van een schadevergoedingsregeling 'an sich'[56] als betrekking hebbend op de vraag naar een aanspraak op vergoeding,[57] maar (voorspellend) onderzoek is er bij mijn weten niet naar gedaan.[58] Het is daarom slechts een nogal speculatief argument.

Conclusie: vanuit de overeenkomst tussen de voorliggende rechtsrelaties, waarbij zowel in schadevergoedingskwesties na strafvorderlijk als na bestuurlijk overheidshandelen de voorliggende rechtsrelatie als betrekkelijk wederkerig te beschouwen is,[59] dient een einde te worden gemaakt aan de geïsoleerde ontwikkeling[60] voor wat betreft schadevergoeding voor een deel van het (i.c. strafvorderlijk) overheidsoptreden.[61] Voor wat betreft de bestuurlijke wetgever en de rechtspraak op dat terrein lijkt inmiddels sprake van een verschuiving

---

56 Zie hierover hoofdstuk 1

57 Zie hierover hoofdstuk 4 in § 4.3.3.2 en (recentere literatuur) § 4.6.3.5, onder andere H.G.F.M. De Kok (1993), N.J.M. Kwakman (2003), F.P. Ölçer en G.K. Schoep (2006) S.A.M. Stolwijk (2007), annotator J.B.M. Vranken (bij HR 13 oktober 2006, NJ 2007, 432) en J.E. Hoitink e.a. (2008).

58 Idem J.B.M. Vranken bij Begaclaim, HR 13 oktober 2006, NJ 2007, 432, sub 27.

59 Zie hiervoor § 6.2.2.1. Daarbij bestaan – zoals ik eerder betoogde – weinig grote verschillen tussen de bestuursrechtelijke en strafrechtelijke relatie, behalve dat bij de laatste sprake is van een gerichtheid op het vaststellen van materiële schuld. Juist dat verschil in de achterliggende rechtsrelatie moet mijns inziens effecten hebben in de domeinspecifieke invulling van de algemeen bij overheidsaansprakelijkheid geldende voorwaarden, met als gevolg dat die voor de beoordeling bij schade ten gevolge van strafvorderlijk handelen wel gelden maar niet voor de beoordeling van schade ten gevolge van bestuursrechtelijk handelen). Dat verschil hoeft mijns inziens geen effect te hebben op de grondslag voor aanspraak.

60 Hoewel Kwakman's argument dat de wetgever niet gebonden hoeft te zijn aan het égalité-beginsel en zelf een zelf grondslag kan bedenken, mij aanspreekt (N.J.M. Kwakman 2003, p. 356) en zowel zijn uitgangspunt (zorgplicht) als het uitgangspunt van Van Maanen (solidariteitsbeginsel in algemene zin, echter aparte grondslag in de zin van risicoaansprakelijkheid i.v.m. strafvorderlijke schade) mij ook aanspreken geldt als nadeel daarvan dat dan weer een uitzondering wordt gecreëerd voor schade tengevolge van strafvorderlijk handelen, terwijl het de vraag is of de uitwerking tot echt andere resultaten leidt

61 Ik doel dan op de te kiezen grondslag voor vergoeding, maar ik bepleit niet dat ook sprake zou moeten zijn van één rechtsgang voor alle schade tengevolge van publiekrechtelijk handelen. Nog los van de realiteitszin daarvan meen ik dat een domeinspecifieke beoordeling van (on)rechtmatigheid van overheidshandelen (en op basis daarvan een eventuele vergoeding voor geleden schade) de voorkeur verdient. Voor strafvorderlijke schade dus een separate rechtsgang ten opzichte van bestuurlijke schade. Anders lijkt Schlossels te concluderen, R.J.N. Schlössels 2007, § 2.2. Ten slotte: als ik Ölçer en Schoep goed begrijp pleiten zij, in hun reactie op de voorstellen die de onderzoeksgroep Strafvordering 2001 deed, eerst voor nadere verkenning van de vraag of een separate rechtsgang voor schadevergoeding wenselijk is omdat zij vrezen voor tegenstrijdige oordelen over dezelfde soorten optreden. Ik begrijp dat zij dat onder andere vrezen in geval besloten zou worden tot gescheiden rechtsgangen voor aanspraken vanwege onrechtmatig strafvorderlijke handelingen en aanspraken na rechtmatige strafvorderlijke handelingen, F.P. Ölçer en G.K. Schoep 2006, p. 142-143. Die vrees lijkt mij terecht.

van de onderliggende norm. Niet zozeer omdat de mogelijkheid is gecreëerd om schade in verband met legitiem overheidshandelen te kunnen vergoeden (dat was namelijk ook de onderliggende gedachte bij de billijkheid), maar veeleer omdat in bepaalde gevallen sprake is van een aanspraak op vergoeding, waarbij de onevenredigheid van de schade bepalend is. Uit de overige bevindingen (literatuur, strafrechtschade derde) lijkt de conclusie te rechtvaardigen dat de tijdgeest zodanig is dat het – ook voor strafvorderlijke schade – tijd is voor een regeling die zodanig is geconstrueerd dat deze dezelfde achterliggende gedachte (norm) tot uitdrukking brengt, namelijk dat sprake dient te zijn van een recht in de zin van een aanspraak op vergoeding van schade in gevallen waarbij een burger onevenredige schade lijdt in verband met legitiem overheidshandelen. Hiervoor (§ 6.2.2.1) werd gesteld dat de in haar kern vergelijkbare aard van de bestuurlijke en strafvorderlijke rechtsbetrekking veronderstelt dat er in beginsel geen reden is de binnen die vergelijkbare relatie ontstane schade voor de burger op een verschillende grondslag voor vergoeding te stoelen. Bovenstaande zou slechts anders kunnen zijn indien er dwingende (domeinspecifieke) redenen zijn tot afwijking. Het meest domeinspecifieke argument (waar de strafrechtelijke en bestuursrechtelijke rechtsbetrekking in ieder geval van elkaar verschillen) dat een mogelijke afwijking in grondslag had kunnen rechtvaardigen, is gerelateerd aan onschuld. Uit de conclusies in § 6.5.1.4 volgt echter dat overwegingen gerelateerd aan de kans dat een betrokken burger wellicht niet geheel onschuldig is aan het delict waarvoor hij niet is veroordeeld, geen rol meer mogen spelen bij de keuze voor de grondslag.

Uit bovenstaande vloeit voort dat aansluiting[62] bij de grondslag die over het algemeen wordt beschouwd als grond voor aanspraak op vergoeding van schade tengevolge van rechtmatig bestuurlijk overheidshandelen, het meest voor de hand ligt. Dat is i.c. het égalité-beginsel zoals inmiddels uitgewerkt in de Nederlandse praktijk en zoals – in de toekomst beoogd – gecodificeerd door het Voorontwerp Wet nadeelcompensatie en schadevergoeding bij onrechtmatige besluiten.[63] In de toelichting bij dit voorontwerp wordt overigens niet uitgesloten dat ook andere beginselen onder omstandigheden een grondslag zouden kunnen vormen voor een verplichting tot schadevergoeding wegens rechtmatig overheidshandelen. In de toelichting wordt echter aangegeven dat andere grondslagen op dit moment nog onvoldoende zijn uitgekristalli-

62 Onder andere ook bepleit door Borsboom, die op basis van zijn bevindingen een wijziging voorstaat, opdat aansluiting wordt verkregen bij andere bijzondere regelingen ter zake van rechtmatige overheidsdaad, zodat sprake is van '*eenzelfde systematiek bij verwante vraagstukken*', J.P.M. Borsboom 1983, p. 100.

63 Zie voor deze tekst Overheid en Aansprakelijkheid, augustus 2007, nr. 4, p. 116-118 en de bijdragen in die aflevering. Zie ook J.E.M. Polak e.a. 2008, p. 111 en 114.

seerd.[64] Zouden de ontwikkelingen naar aanleiding van het voorontwerp Nadeelcompensatie overigens tot ander inzicht leiden en tot een uiteindelijk andere inrichting van de wet Nadeelcompensatie, dan dient het traject voor schade bij legitiem strafvorderlijk handelen daarmee zo veel als mogelijk in overeenstemming te blijven, in ieder geval qua grondslag.[65]

Uit voorgaande stelling vloeit overigens niet voort dat domeinspecifieke aspecten dienen te worden genegeerd. In tegenstelling tot Kwakman die op basis van graduele verschillen tussen het bestuursrecht en het strafrecht (zoals de reële verschillen in afwegingstijd die bestaan tussen de voorbereiding van een bestuursbesluit enerzijds en die van een beslissing in de context van het strafproces, waar snel moet worden gehandeld en niet op voorhand alle gevolgen van de handeling (voor de burger) zijn te overzien) pleit voor een schadevergoedingsregeling die op een enigszins andere grondslag-leest[66] is geschoeid dan de hiervoor genoemde égalitégrondslag, dienen mijns inziens de consequenties van dergelijke 'kleinere' domeinspecifieke aspecten niet te worden vertaald naar de kwestie van de grondslag van de aanspraak op schadevergoeding maar naar (handvatten voor de invulling van de) voorwaarden en/of maatstaven (zie hierna). Dat betekent dat de aandacht vervolgens vooral uitgaat naar de vraag wanneer sprake is van onevenredigheid en wanneer sprake is van geen normaal maatschappelijk risico.[67] Daarbinnen blijkt genoeg ruimte te zijn voor domeinspecifieke invulling.

Ook is niet ondenkbaar dat een invalshoek zoals Ölçer en Schoep die voorstaan, bij kan dragen aan een meer domeinspecifieke invulling: zij stellen terecht dat het gaat om vragen als: is de burger geschonden in een bepaald recht, wat is dat voor recht en kan de schending van dat recht worden vergoed middels schadevergoeding of op andere wijze?[68] Zij plaatsen deze vraagstelling overigens in hun zoektocht naar de ontwikkeling van een alternatieve

64 Toelichting bij het voorontwerp voor de wet Nadeelcompensatie en schadevergoeding bij onrechtmatige besluiten, p. 17. Vgl. ook R.J.N. Schlössels 2007, die wijst op het feit dat andere grondslagen ook herleidbaar zijn tot égalité-situaties en tevens ervoor wil waken dat een wildgroei aan grondslagen ontstaat, § 2.3.

65 Een gezamenlijke behandeling van de uiteindelijke wet Nadeelcompensatie en de wet Schadecompensatie strafvorderlijk overheidsoptreden in de Kamer verdient dan ook de absolute voorkeur.

66 Want in de uitwerking zit het verschil – als ik het goed zie – met name in de invulling wat als onevenredig valt te beschouwen. Kwakman ziet dit – zoals gezegd – niet in de relatie ten opzichte van anderen, N.J.M. Kwakman, p. 373.

67 Met andere woorden, het blijven zoeken naar een eventuele aparte grondslag voor strafvorderlijke schade levert uiteindelijk misschien niet zo veel op. Niet alleen Kwakman stelt namelijk dat de kwestie van de grondslag van ondergeschikt belang lijkt voor de rechtspraktijk. Hij stelt dat in feite het recht op vergoeding van schade namelijk wordt afgemeten aan de maatstaven die in de loop van de tijd worden ontwikkeld in de rechtspraktijk, N.J.M. Kwakman 2003, p. 324. Ook Drupsteen in zijn noot bij Staat-Lavrijsen (AB 2001, 412) meent dat het naar effect niet uitmaakt of men kiest voor de doel-middel afweging van Hennekens (die égalité als grondslag bekritiseerde) of het égalité-beginsel.

68 F.P. Ölçer en G.K. Schoep 2006, p. 146.

– primair op grond- en mensenrechten gebaseerde aanspreekbaarheidgrondslag, maar dat is – gezien het gevaar voor wederom een solitaire ontwikkeling – minder gewenst. Het is de vraag of schending van eigendom enerzijds of schending van vrijheid anderzijds een onderscheidend vermogen zou moet hebben met betrekking tot de *grondslag* voor vergoeding. Wellicht kan het wel een – domeinspecifieke – rol spelen bij de vaststelling wat voor de burger als normaal maatschappelijk risico kan worden beschouwd. Het is dus denkbaar dat de waardering van de zwaarte van aantasting van de diverse onderscheiden fundamentele rechten (grond- en mensenrechten) een rol speelt bij het vaststellen van ieders NMR. Dat bespreek ik in § 7.4.3.5.

Uit het voorgaande vloeit voort dat aanpassing van wetgeving nodig is, zoals ook al is bepleit door vele anderen[69] en meest recentelijk door Kwakman (2003) die erop aandringt dat de wetgever een regeling maakt, waarbij het accent ligt op de maatstaven, zodat voor deze vorm van zelfbinding door de overheid door de wetgever de hoofdlijnen voor het bestuur en de rechter worden gesteld.[70] De Kok (1993) vatte dit eerder als volgt samen: het belang van een grondslag ligt vooral in de aanwijzingen die daarin gevonden kunnen worden voor de wijze waarop de vordering wordt afgewikkeld, voor zover de wetgever daarover geen uitspraak doet. Ik denk – zoals ook Kwakman – dat het, gezien de knelpunten uit de rechtspraktijk, beter ware indien de wetgever concreet genoeg in zijn regeling is.[71] Voor de verdere invulling kan ondermeer gebruik gemaakt kan worden van het onderzoek van Van Male en Ravels (1995, zie hierna § 7.3.3). Hierdoor geïnspireerd, volgt hierna een voorzet voor nadere toepassing van de door hen gedefinieerde factoren en maatstaven op het terrein van de strafvorderlijke schade.

7.2.6 Het ontwerp wetsvoorstel – toch een aangepaste grondslag?

De ontwerp wetgever meent – ten onrechte – dat de Hoge Raad de toepassing van het égalité-beginsel ten aanzien van de gewezen verdachte omstreden acht. Hoewel het gissen is of de Hoge Raad principieel van opvatting was dat een dergelijke zelfstandige grondslag niet zou moeten gelden voor de gewezen verdachte, hoeft dat niet te worden uitgesloten.[72] De Hoge Raad gaf namelijk wel een eerste invulling aan de vraag wat bij een gewezen verdachte als onevenredig nadeel moet worden beschouwd en wat onder normaal maat-

69 Zie literatuuranalyse in hoofdstuk 4, onder andere P.J.P. Tak 1970, J.P.M. Borsboom 1983, Th.G. Drupsteen 1991, J.K. De Pree 1992, H.A. van den Berg en K. Rozemond 1993, H.G.F.M. De Kok 1993, Commissie Cremers 1994, J. Dekker 1995, P.J.H.M. Brouns 1996, Van Maanen 2002.

70 N.J.M. Kwakman 2003, p. 324, 324.

71 Vgl. N.J.M. Kwakman 2003, p. 424.

72 Ook in deze zin annotator B.P.M. van Ravels bij HR 18 november 2005, AB 2006, 57, sub 6 t/m 9.

schappelijk risico moet worden begrepen voor de derde en voor de gewezen verdachte.[73] In het ontwerp wetsvoorstel 'Schadecompensatie strafvorderlijk overheidsoptreden' wordt op basis van deze rechtspraak dan ook ten onrechte geconcludeerd dat de toepassing van het égalité-beginsel ten aanzien van de gewezen verdachte omstreden is; door de Hoge Raad wordt slechts aangegeven dat de gestelde schade onder het normaal maatschappelijk risico van de verdachte hoort.[74]

De ontwerpwetgever kiest wellicht mede daardoor voor een eigen benadering, deels in navolging van de voorstellen van de onderzoeksgroep Sv 2001 (Kwakman 2003). Gekozen wordt namelijk voor een vergoeding op basis van evenredigheid, waardoor niet geheel wordt aangesloten bij de grondslag égalité met zijn twee kenmerkende componenten (speciale last, abnormale last). De motivering waarom in dit verband niet wordt aangesloten bij het voorontwerp Wet nadeelcompensatie schiet tekort (zie hierna). Zoals betoogd dienen er dan tenminste enkele doorslaggevende domeinspecifieke argumenten te zijn die een eigen rechtsontwikkeling legitimeren. Hieronder wordt ingegaan op de argumentatie van de ontwerpwetgever. Vooralsnog kan worden vastgesteld dat de wetgever meer coherentie zou moeten nastreven op beide schadevergoedings-wetgevingstrajecten.

7.2.7 Het ontwerp wetsvoorstel: ex tunc beoordeling van rechtmatig en onrechtmatig strafvorderlijk handelen

In beginsel (zie kanttekening hierna) kan de keuze in het ontwerp wetsvoorstel 'schadecompensatie strafvorderlijk overheidsoptreden', om zowel schade tengevolge van rechtmatig strafvorderlijk optreden als tengevolge van onrechtmatig strafvorderlijk handelen exclusief onder de nieuwe regeling te laten vallen, gesteund worden omdat daarmee de rol van de civiele rechter definitief is gereduceerd tot nul. Hiermee wordt terecht voorkomen dat de gebleken onschuld/ex nunc onrechtmatigheidbeoordeling nog zou kunnen overleven

73 Voor de derde niet-verdachte werd gemeend dat schade aan eigendom in beginsel niet geacht kon worden te vallen binnen het normaal maatschappelijk risico (HR 17 september 2004, RvdW 2004, 105 en AB 2006, 41 (m.nt. B.P.M. van Ravels), de zaak na Staat-Lavrijsen). Voor de gewezen verdachte merkt de Hoge Raad (13 oktober 2006, NJ 2007, 432 Begaclaim) echter op dat '*indien een redelijk vermoeden van schuld is gerezen, het tot het normale maatschappelijke risico van een verdachte moet worden gerekend dat de feiten en omstandigheden die tot dat vermoeden aanleiding hebben gegeven in een strafrechtelijke procedure worden onderzocht en ook overigens tot optreden van politie en justitie leidt*.' M.a.w. het normaal maatschappelijk risico is voor een niet verdachte burger een andere dan voor een wel verdachte burger. Zie verder hierna.

74 Ook zo Hoitink e.a. 2008, p. 874.

naast de nieuwe regeling.[75] Zoals hiervoor gesteld dient die weg inderdaad te worden afgesloten om meerdere redenen.

Toch verdient de uitwerking van de regeling op dit punt nadere beschouwing vanuit de optiek dat er zoveel als mogelijk rechtseenheid zou moeten zijn tussen de procedure ter zake van vergoeding van schade in verband met legitiem bestuurlijk handelen en de procedure ter zake van vergoeding van schade in verband met legitiem strafvorderlijk overheidshandelen. Het beoogde doel – stopzetting van de achteraf gebleken onschuld constructie – zou namelijk ook gerealiseerd kunnen worden door de regeling exclusief te bestemmen voor schade tengevolge van rechtmatig strafvorderlijk handelen, en daarbij – zoals thans ook in de ontwerpwet al het geval is – te stellen dat (on)rechtmatigheid van dat handelen alleen beoordeeld dient te worden naar het tijdstip waarop het heeft plaatsgevonden, zodat ook de civiele rechter zich daaraan gebonden zou achten.[76] Het (vanuit de optiek van rechtseenheid beoordeelde) voordeel van de voorgestelde een-loket-gedachte op dit punt (beide situaties onder de regeling en bij dezelfde beoordelaar) is weliswaar dat eenduidig – want door dezelfde beoordelaar – zal worden omgegaan met de vraag wanneer sprake is van (on)rechtmatigheid.[77] Daarbij levert het voordelen voor de betrokken burger op (één laagdrempelige procedure). Toch zijn er ook nadelen. Zo wijst Kwakman op kopschuwe strafvorderlijke functionarissen, omdat de vergoeding van schade ten gevolge van rechtmatig optreden (niet fout, maar vervelend) en onrechtmatig optreden (fout) onontwarbaar door elkaar gaan lopen.[78] Ook ziet hij het gevaar van titelshopping (voor beide ankers gaan liggen).[79] Hoitink e.a. bekritiseren terecht de keuze voor één loket vanuit de vraag waarom is afgeweken van de systematiek van het Voorontwerp Schadevergoeding bij rechtmatige en onrechtmatige overheidsdaad (Voorontwerp nadeelcompensatie, 2007). Zij bepleiten – omwille van de coherentie – aansluiting bij dat stelsel, waar voor schade als gevolg van onrechtmatig optreden de bestuursrechters exclusief bevoegd zijn, in ieder geval tot een schadebedrag van € 5000,- en

75 Hiermee *lijkt* te zijn aangesloten bij de voorstellen van de onderzoeksgroep Strafvordering 2001, M. S. Groenhuijsen en G. Knigge (red) 2004, p. 599-600 die gebaseerd zijn op het stelsel van de Nederlandse Antillen/Aruba, idem, N.J.M. Kwakman 2003, p. 437, 439, maar dat is volgens Kwakman een misvatting. Hij legt namelijk later uit dat dit niet is wat hij bedoelde; zijn keus was een exclusieve wettelijke schaderegeling voor ex tunc rechtmatig strafvorderlijk handelen. Daarnaast zou men voor schade tengevolge van ab initio (ex tunc beoordeeld) onrechtmatig strafvorderlijk handelen gewoon naar de civiele rechter kunnen blijven gaan, zie N.J.M Kwakman 2006, p. 1127 e.v.

76 Zoals voorgesteld door N.J.M. Kwakman 2003, p. 448 die meent dat daarmee ook kan worden voorkomen dat de civiele rechter alsnog zou vasthouden aan onrechtmatigheid ex post. Zie ook nog N.J.M. Kwakman 2008, p. 5-13. Hoitink e.a. 2008 zien de problematiek ex tunc-ex nunc anders, maar ik denk dat hun interpretatie niet correct is, zie noot 31 hiervoor.

77 Daarop wijzen ook F.P. Ölçer en G.K. Schoep 2006, p. 143.

78 Zie voor het gebruik van dit argument (zowel pro als contra schadevergoeding) de literatuuranalyse (vroegere periodes). Zie ook het einde van deze paragraaf.

79 N.J.M. Kwakman 2008, p. 10-11.

daarboven en daarnaast blijft de civiele rechter bevoegd voor onrechtmatige daad. Voor schade tengevolge van rechtmatig optreden dient eerst te worden aangeklopt bij het orgaan dat verantwoordelijk is voor het ontstaan van de schade. Hoitink e.a. 2008 merken op dat hierop voor schade tengevolge van het strafproces dan misschien een uitzondering moet worden gemaakt voor zover sprake is van een beslissing van de rechter.

Zowel Kwakman, Jahae en Van Maarseveen als Hoitink e.a. zijn daarbij kritisch over het feit dat in het ontwerp wetsvoorstel 'Schadecompensatie strafvorderlijk overheidsoptreden' is gekozen voor afdoening door het College van P-G's.[80] Daarmee lijken inderdaad meer problemen te worden binnengehaald dan het één-loket systeem als voordeel zou kunnen opleveren. Waarom moet de schadevergoedingsprocedure voor strafvorderlijke schade een zwaarder 'bestuursrechtelijk georiënteerd' karakter hebben dan de in het Voorontwerp voorgestelde schadevergoedingsprocedure voor bestuurlijke schade zelf. In laatstgenoemde systematiek worden namelijk de bestuursrechters en de civiele rechter verantwoordelijk voor beslissingen over schadevergoedingsclaims gebaseerd op onrechtmatige daad en wordt voor schadevergoedingsclaims gebaseerd op rechtmatige daad een verzoekschriftprocedure bij het *schadeveroorzakende* [cursief MD] bestuursorgaan voorgestaan, met beroep van de schadevergoedingsbeslissing op een bestuursrechter. Voor strafvorderlijke schade wordt daarentegen in het ontwerp wetsvoorstel 'Schadecompensatie strafvorderlijk overheidsoptreden' in beide situaties een verzoekschriftprocedure bij het OM voorgesteld, ongeacht of dat orgaan verantwoordelijk was voor het ontstaan van de gestelde schade. Hoewel de regeling geïnspireerd lijkt door het bestuursrecht, wijkt het daarmee dan op een belangrijk uitgangspunt (verzoekschrift bij schadeveroorzaker in geval van rechtmatige daad) af van het in het Voorontwerp voorgestelde schadevergoedingsregeling voor bestuurlijke schade. Want hoewel veel beslissingen in het strafproces inderdaad onder verantwoordelijkheid van het OM geschieden, en daarmee gezegd zou kunnen worden dat de schade door een beslissing van het OM (of onder diens verantwoordelijkheid genomen) is ontstaan, zijn er ook beslissingen (met gestelde schade als gevolg) waar eerder sprake is van gedeelde verantwoordelijkheid (bijv. in geval van vrijspraak na voorarrest). Zelfs is soms eerder sprake van schade die is ontstaan door een beslissing van de rechter.[81] Hoe logisch is het dan een verzoekschrift in alle gevallen door het OM te laten beoordelen?

Die keuze vereist tenminste een steviger onderbouwing waarbij vanwege domeinspecificiteit afwijking gelegitimeerd wordt. Hoitink e.a. zoeken een

80 Indirect kritisch is N.J.M. Kwakman 2008, p. 10, direct kritisch J.I.M.G. Jahae en L.A.H.A. van Maarseveen 2008, p. 16, 17, J.E. Hoitink e.a. 2008, p. 871-872.

81 Hoitink e.a. 2008, p. 876, noot 21 aldaar. Anders bijv. Tak die meent dat de officier van justitie voor wat betreft schade tengevolge van vrijheidsbenemende dwangmiddelen verantwoordelijk moet worden gehouden omdat op zijn vordering de RC beslist over de toepassing en verlenging van de preventieve hechtenis en hij verwijst daarbij naar ondermeer een Ministeriele Circulaire uit 1953, P.J.P. Tak 1970, p. 21 noot 91.

uitweg uit deze domeinspecifieke situatie door dan maar twee wegen voor te stellen: de strafrechter beslist over nadeelcompensatie in geval het gaat om schade na een beslissing van de strafrechter en in de andere gevallen beslist het OM, met een rechtsgang bij de strafrechter als de benadeelde de beslissing wil aanvechten.[82] Eventueel zou nog gepleit kunnen worden om de strafrechter in beide situaties bevoegd te maken om te oordelen over schadevergoeding tengevolge van (on)rechtmatig optreden en/of schade tot een bepaald bedrag en daarboven (in geval van onrechtmatigheid) de civiele rechter, met dien verstande dat deze de onrechtmatigheid dan dient te beoordelen naar het moment van toepassen. Ook hiermee wordt zoveel als mogelijk aangesloten bij de systematiek van het voorstel Nadeelcompensatie, en in beide gevallen wordt voldoende rekening gehouden met de domeinspecificiteit van het strafrecht en de ingeweven verantwoordelijkheden van OM en rechter. Voordeel van de laatste variant is dat daarmee dan een eenduidige rechtsdoctrine zal ontstaan voor wat betreft de vraag wanneer sprake is van (on)rechtmatig strafvorderlijk optreden (want in beginsel is er één beoordelaar). Nadeel is echter dat op een punt wordt afgeweken van het stelsel van het voorontwerp Nadeelcompensatie, waar geen sprake is van één beoordelaar. Aangezien de voor- en nadelen van een of meer beoordelaars theoretisch op beide terreinen spelen, acht ik een nadere toelichting van de ontwerp wetgever(s) noodzakelijk.

7.3 GEEN DOMEINSPECIFIEKE VOORWAARDEN

7.3.1 Inleiding

Hiervoor is besproken dat algemeen aanvaard lijkt dat er een gehoudenheid is tot vergoeding van schade die het gevolg is van ab initio (beoordeling ex tunc – dus naar moment van toepassen) rechtmatig overheidsoptreden. Met De Kok en Kwakman meen ik (zoals hierboven gesteld) dat het daarbij met name gaat om de nadere maatstaven aan de hand waarvan in concreto kan worden vastgesteld in hoeverre die gehoudenheid dient te resulteren in een (al dan niet volledige) vergoeding. Vermoedelijk zal bij de nadere invulling van maatstaven voor wat betreft de vraag of die gehoudenheid moet resulteren in (volledige) vergoeding (bij de omvang/toerekening) sprake kunnen zijn van verschillen tussen schadesituaties tengevolge van bestuurlijk handelen in vergelijking tot die tengevolge van strafvorderlijk overheidshandelen.

Uit de systematiek van het strafproces en de betekenis en functie van domeinspecifieke beginselen en uitgangspunten volgt dat voor wat betreft de aanspraak op vergoeding, voor de gewezen verdachte niet langer domeinspecifieke voorwaarden (gebleken onschuld en geen restverdenking) gesteld mogen worden voor wat betreft schade tengevolge van strafvorderlijk handelen. Uit

82 Hoitink e.a. 2008, p. 872.

de systematiek van het strafproces volgt evenwel niet dat processuele eigen schuld aan de totstandkoming van de verdenking of een proceshouding die nodeloze verlenging van het onderzoek veroorzaakt geen rol zou mogen spelen in de zin van enige verrekening ten opzichte van de aanspraak op vergoeding, in de zin dat de als gevolg daarvan ontstane schade (voor een deel) voor eigen rekening kan blijven, maar ik maakte daarbij een uitzondering voor het zwijgen. Dat past namelijk in de veronderstelling dat ook de strafrechtelijke rechtsrelatie een betrekkelijke wederkerige is (totdat de rechter tot veroordeling komt).[83] En risicoaanvaarding is ook bij het bestuursschaderecht een factor die kan leiden tot vermindering van vergoeding.

Door uit te gaan van de eliminatie van domeinspecifieke voorwaarden (restschuld, restverdenking) bij het bepalen van de aanspraak en omvang van de vergoeding, kan een deel van de opgedane ervaring op dit terrein (schade voor strafvorderlijk handelen) slechts nog benut worden ten behoeve van de gedachteontwikkeling op dit terrein, maar het mag niet meer gebruikt worden bij de gewenste toekomstige regeling en invulling van die regeling. Het zou in de rede liggen dat de wetgever hier expliciet aandacht aan had besteed en expliciet zijn keuze zou hebben toegelicht.

7.3.2 Het ontwerp wetsvoorstel lost de meeste problemen rond de huidige wettelijke voorwaarden op

In hoofdstuk zes werd geconcludeerd dat in het belang van de rechtszekerheid meer eenduidigheid zou moeten ontstaan over de wettelijke voorwaarde dat sprake moet zijn van einde van de zaak zonder oplegging van straf of maatregel. Aangezien ook dit wetsvoorstel beëindiging van de zaak zonder straf of maatregel als uitgangspunt neemt (ontwerp artikel 594, eerste lid sub a) ware het aan te bevelen dat de ontwerpwetgever zich van de huidige problematiek rekenschap geeft en hierop nader ingaat, ook in verband met de ontwikkeling rond de verruiming van de herzieningsmogelijkheid. Met betrekking tot de hieraan gerelateerde kwestie over de consequenties van cumulatieve tenlasteleggingen voor het 'einde-zaak'-begrip in verband met schadevergoedingprocedures maakt het ontwerp wetsvoorstel 'Schadecompensatie strafvorderlijk overheidsoptreden' een einde aan de ontstane onduidelijkheid. In het ontwerp wordt aangesloten bij de opvatting dat het erom gaat of tussen de meerdere feiten een relevant verband bestaat (ontwerp artikel 594, vierde lid).

In het ontwerp wetsvoorstel 'Schadecompensatie strafvorderlijk overheidsoptreden' valt ook de schade in de situatie waar ondergane voorlopige hechtenis van langere duur was dan de uiteindelijk opgelegde gevangenisstraf (dus bij zaaksbeëindiging met oplegging van een straf) onder de reikwijdte van

83 Zie daarover uitvoeriger § 6.2.2.1.

de schadevergoedingsregeling (ontwerp artikel 594, eerste lid sub c). Hiermee wordt tegemoet gekomen aan een in de rechtspraktijk gevoelde leemte.

Ten slotte is met het ontwerp wetsvoorstel ervoor gekozen een schadevergoedingregeling te creëren voor alle schade tengevolge van strafvorderlijk overheidsoptreden (ontwerp artikel 594, eerste lid). Met de term 'strafvorderlijk' wordt daarbij gedoeld op de strafvordering in ruime zin. Deze term omvat alle fasen van het strafproces, vanaf de opsporing tot en met de tenuitvoerlegging. Dat betekent dat schadevergoeding niet meer beperkt is tot schade tengevolge van vrijheidsbenemende dwangmiddelen (ontwerp toelichting § 4.2.1).

Hieruit volgt gelijktrekking van de mogelijkheid tot vergoeding van schade, ongeacht of het schade betreft tengevolge van vrijheidsbenemende of andere dwangmiddelen, schade tengevolge van bijzondere bevoegdheden dan wel schade tengevolge van (het bekend worden van) het strafproces, waarmee een einde is gemaakt aan de ontstane rechtsongelijkheid.

Hiermee wordt eveneens de rol voor de burgerlijke rechter teruggebracht; dat is ook beoogd want de nieuwe strafvorderlijke voorzieningen beogen in de plaats te komen van de huidige civielrechtelijke voorzieningen (ontwerp toelichting § 4.1.1). De regeling heeft namelijk zowel betrekking op rechtmatig als op onrechtmatig (en daarmee wordt bedoeld ex tunc onrechtmatig) overheidsoptreden (ontwerp artikel 597, derde lid). De (ongewenste) civiele doctrine hoeft zo niet langer te worden gebruikt (zie hoofdstuk zes hiervoor).

Ook wordt met de regeling het ontstane onderscheid tussen mogelijkheden tussen vergoeding van schade door een gewezen verdachte geleden en door een derde geleden verlaten (ontwerp artikel 595).

7.3.3 Het ontwerp wetsvoorstel: helaas een domeinspecifiek corrigerend redelijkheidcriterium

In het ontwerp wetsvoorstel 'Schadecompensatie strafvorderlijk overheidsoptreden' is ervoor gekozen om het corrigerende redelijkheidcriterium op te nemen naast de overige drie (wel concreet geformuleerde) criteria die ertoe kunnen leiden dat onevenredige schade die boven het normaal maatschappelijk risico uitgaat toch niet voor vergoeding in aanmerking komt (namelijk in geval van actieve of passieve risicoaanvaarding of vanwege alternatieve compensatie). Dit redelijkheidcriterium (voorgesteld artikel 597, eerste lid aanhef en sub d: *'een verzoek tot schadevergoeding kan worden afgewezen indien en voor zover de schade anderszins redelijkerwijs geheel of gedeeltelijk ten laste van de benadeelde behoort te blijven'*) wordt verantwoord met de gedachte dat het de ruimte biedt *'om rekening te houden met de specifieke omstandigheden van het geval.'*[84]

84 Memorie van Toelichting bij het ontwerp voorstel 'Wet schadecompensatie strafvorderlijk overheidsoptreden', § 4.7.1.

Ten eerste is het onwenselijk om op dit terrein zonder nadere argumentatie af te wijken (door opname van dit extra criterium)[85] van de criteria voor schadecompensatie uit het voorontwerp van de Wet nadeelcompensatie en schadevergoeding wegens onrechtmatige besluiten.[86] Zoals hiervoor betoogd zouden slechts domeinspecifieke redenen aanleiding mogen geven tot afwijking van een algemeen geldende regeling. In de toelichting bij het ontwerp wetsvoorstel blijft echter onbeantwoord waarom voor een burger die tengevolge van ab initio rechtmatig strafvorderlijk optreden schade lijdt een ruimere mogelijkheid tot weigering van vergoeding mogelijk zou moeten zijn dan voor een burger die tengevolge van ab initio rechtmatig bestuurlijk optreden schade lijdt.

Het gevaar bestaat dat hiermee binnen de regeling, die ziet op vergoeding van schade van zowel gewezen verdachte als derde, toch weer een onderscheid in de praktijk zal ontstaan, omdat de kans bestaat dat bij de schadevergoedingsbeslissing wordt meegewogen de domeinspecifieke kans dat de betrokken burger wellicht niet onschuldig is aan het delict waarvoor hij niet is veroordeeld. Dat is niet acceptabel om redenen zoals hiervoor betoogd.[87] Het zou mogelijk kunnen zijn dat de ontwerpwetgever angst heeft voor de onbekende financiële kanten van een dergelijke ruime regeling, hoewel daar in de toelichting op het ontwerp wetsvoorstel expliciet niets over is te vinden. Zou het zo zijn dat desondanks vanuit een economische rationaliteit deze keuze is gemaakt (voor een corrigerend redelijkheidcriterium), dan ware explicitering in dat geval wenselijk geweest. Zie hierover nader § 7.4.3.6.

Ten tweede geeft de ontwerp wetgever er geen blijk van dat lering is getrokken uit de ervaringen die zijn opgedaan met de vage billijkheid in het huidige geldend recht. Weliswaar wordt aangegeven dat de nieuwe criteria voor schadevergoeding als voordeel hebben, '*…dat deze geen vaststelling van de strafrechtelijke schuld of verdenking inhouden*.'[88] Zij zouden daarom goed te verenigen zijn met de presumptie van onschuld, aldus de toelichting. Hoewel de criteria inderdaad niet verwijzen naar strafrechtelijke schuld of verdenking, is het de vraag of in de toelichting kan worden volstaan met deze vaststelling.

---

85 Zie voor een andere afwijking hierna bij de bespreking van de onevenredigheid (relatief of individueel).

86 Ook zo de groep hoogleraren van de Erasmus Universiteit Rotterdam, in J.E. Hoitink e.a. 2008, p. 872. Anders J.B.M. Vranken in zijn noot onder Becaclaim (HR 13 oktober 2006, NJ 2007, 432) die het voorontwerp Nadeelcompensatie niet inhoudelijk en baanbrekend genoeg vindt.

87 Overigens is dat nog wat anders dan dat in beide gevallen, dus zowel bij schade tengevolge van bestuurlijk optreden als tengevolge van strafvorderlijk optreden, de wel acceptabele 'eigen schuld' aan het ontstaan of vergroten van de schade, dus in de zin van risicoaanvaarding, kan leiden tot beperking van schadevergoeding. Maar daarin heeft het ontwerp wetsvoorstel – mijns inziens terecht – dan ook al voorzien, vergelijkbaar met dat van het voorontwerp Nadeelcompensatie.

88 Ontwerp wetsvoorstel 'Schadecompensatie strafvorderlijk overheidsoptreden' met Memorie van Toelichting, aldaar § 4.7.1.

Terecht stelt Hoitink e.a. dat hiermee voor de rechter (en in casu het College van P-G's) weinig houvast is geboden voor toewijzing, maar vooral veel aanknopingspunten voor afwijzing.'[89] Niet moet worden vergeten dat het uiteindelijk gaat om de (rechterlijke) invulling van die criteria. Met name het corrigerende redelijkheidcriterium is daarbij op dit terrein een risicofactor. Voorkomen moet namelijk worden dat daarmee weer de ruimte ontstaat om vermoedens over restschuld of restverdenking een rol te laten spelen bij de beoordeling over schadevergoeding. Het is twijfelachtig of een redelijkheidcriterium die garantie kan bieden.

Dat laat onverlet dat voldoende handvatten voor de rechter gecreëerd dienen te worden om hem te helpen bij zijn beoordeling of sprake is van een gehoudenheid van de overheid tot (al dan niet volledige) schadevergoeding. Gezien de vergelijkbare aard van de rechtsrelatie waarbinnen de schade ontstaat, is het logisch om ervaringen uit het bestuursschaderecht te benutten,[90] zoals de analyses van Van den Berk (1991) en Van Male en Ravels (1995) die de daartoe in het bestuursschaderecht ontwikkelde maatstaven inzichtelijk maakten.[91]

Zowel bij een gehoudenheid gebaseerd op de égalité-grondslag, als bij een gehoudenheid op een daarmee vergelijkbaar uitgangspunt, zoals bijv. door Kwakman bepleit (zorgplicht en dubbele doel-middel afweging) kan voor de verdere uitwerking naar concrete maatstaven voortgebouwd worden op de zojuist genoemde analyse. Zelfs indien de opvatting van Van Maanen en De Lange (2005) zou worden gevolgd (zij bepleiten risicoaansprakelijkheid), omdat ook door hen wordt ingezien dat er redenen kunnen zijn om die aanspraak op vergoeding te verminderen.[92] Een deel van de in het bestuursrecht ontwikkelde of besproken criteria is toepasbaar op schade ten gevolge van strafvorderlijk overheidsoptreden,[93] maar vereist wel een domeinspecifieke invulling. Ik zal hierna kort op deze criteria ingaan vanuit de 'strafrechtelijke schade' invalshoek om te bezien hoe – binnen de toetskaders zoals in hoofdstuk zes gesteld – domeinspecifiek invulling kan worden gegeven aan de voor het strafrecht meest bruikbare maatstaven.

---

89 J.E. Hoitink e.a. 2008, p. 873.

90 Zoals ook door N.J.M. Kwakman 2003, p. 312 e.v. Hij noemt deze in het bestuursschaderecht ontwikkelde maatstaven uitvoerig, maar werkt de toepassing ervan voor strafvorderlijke schade slechts kort uit en geeft een summiere domeinspecifieke invulling (p. 367, 420-422). Ik zal in aanvulling hierop proberen een nadere domeinspecifieke invulling uit te werken.

91 J.A.M. van den Berk 1991 en R.M. van Male en B.P.M. van Ravels 1995, met name p. 26 e.v.

92 Namelijk in geval van processuele schuld (risico-aanvaarding), G.E. van Maanen en R. de Lange 2005, p. 147.

93 Kwakman ziet dit beperkter, N.J.M. Kwakman 2003, p. 422 e.v.

7.4 Wel domeinspecifieke invulling van algemene voorwaarden

7.4.1 Inleiding

Gesteld is dat zoveel als mogelijk aansluiting gezocht moet worden bij de ontwikkelingen bij het overige recht dat ziet op vergoeding van schade in verband met legitiem overheidshandelen. Daarom wordt ervoor gekozen in beginsel uit te gaan van het égalité-beginsel als grondslag. Dat betekent dat hier tenminste wordt ingegaan op twee voorwaarden die daarbij een wezenlijke rol vervullen, namelijk onevenredige schade en abnormale schade. Beide criteria worden hier domeinspecifiek bezien.

7.4.2 Individuele of relatieve onevenredigheid

7.4.2.1 Inleiding: onevenredige schade als voorwaarde voor vergoeding

Indien een schadevergoedingsregeling gebaseerd is op het égalité-beginsel is dit een maatstaf die voortvloeit uit de grondslag zelf. Het is daar een van de twee voorwaarden (speciale last, naast de abnormale last). Tjepkema stelt dat bij deze maatstaf niet altijd duidelijk is aan de hand van welke referentiegroep het onevenredige[94] nadeel wordt bepaald.[95] Uitgangspunt daar is dat de referentiegroep een grotere groep burgers is die in vergelijkbare omstandigheden verkeert als de benadeelde. Tjepkema onderscheidt drie varianten: een overheidsbesluit van algemene strekking dat aan een omlijnde groep burgers schade toebrengt, een besluit dat aan een onbepaalde groep burgers schade toebrengt en ten slotte gevallen waarin één burger in het bijzonder wordt getroffen. Hij rangschikt de situatie Staat/Lavrijsen onder deze laatste groep; een referentiegroep ontbreekt en dan blijft de vraag over wat maatschappelijk gezien aanvaard moet worden.[96] Anders gezegd: dan heeft het specialiteitcriterium geen onderscheidend vermogen.[97]

Iets anders formuleert Van den Broek het: indien aan een beperkte groep burgers een belastende maatregel wordt opgelegd en binnen die groep zich

---

94 Ten overvloede: het gaat hier dus niet om de onevenredigheid zoals besloten in artikel 3:4 Awb (die betreft de doel-middel afweging: was het middel, bijv. die bepaalde overheidshandeling, evenredig t.o.v. het doel). Bij de in onderhavige paragraaf bedoelde onevenredigheid wordt bedoeld dat de Staat bij de legitieme uitoefening van zijn taak, soms nadeel toebrengt aan de burger, maar hij mag dit nadeel niet geheel of gedeeltelijk afwentelen op een individu of een beperkte groep: het is een van de twee aspecten van het beginsel van de 'égalité devant les charges publiques'.

95 M.K.G. Tjepkema 2004, nr. 1, p. 12-22.

96 M.K.G. Tjepkema 2004, nr. 1, p. 19.

97 Hij acht het dan geforceerd om in dat geval te zoeken naar vergelijking met *'anderen die niet getroffen worden'*, M.K.G. Tjepkema 2004, p. 22.

enkele burgers onderscheiden van de rest, dan bestaat voor die enkele burger aanleiding voor nadeelcompensatie (Varkensmester). Maar indien de overheid in het algemene belang maatregelen treft waardoor de samenleving als geheel gebaat is (bijv. Infrastructurele maatregelen), en waarbij niet beoogd wordt een last op te leggen, maar waardoor wel onbeoogde neveneffecten ontstaan die een kleine groep burgers treft, dan dient een vergelijking te worden gemaakt tussen die kleine groep burgers die schade lijdt en de rest van de burgers die geen schade lijden.[98] In dat geval is voor elk van de geraakte burgers per definitie voldaan aan de voorwaarde van specialiteit en daardoor heeft het in deze tweede situatie geen onderscheidend vermogen. Hieruit blijkt maar dat het speciale last criterium ook in de bestuurlijke context niet altijd een onderscheidend vermogen heeft.[99]

7.4.2.2 Domeinspecifieke speciale last?

De mogelijke invulling van de speciale last voor de domeinspecifieke situatie van strafvorderlijke schade leidt ook al niet tot helderheid: over de vraag welke de referentiegroep is lopen de opvattingen namelijk nogal uiteen. Hennekens stelt naar aanleiding van het arrest Staat-Lavrijsen (schade bij derde- niet gewezen verdachte)[100] dat het niet de vraag is of Lavrijsen in vergelijking met overige burgers een onevenredige zware last krijgt te dragen wanneer haar schade ten gevolge van huiszoeking onvergoed blijven, maar of er wel evenredigheid bestaat tussen het belang dat wordt gediend met de huiszoeking en het belang van Lavrijsen.[101] Ook annotator Drupsteen bij datzelfde arrest meent dat Hennekens gelijk heeft vanuit de overweging dat toepassing van het gelijkheidsbeginsel in de vorm van het égalité-beginsel steeds zal leiden tot schadevergoeding omdat de overgrote meerderheid van Nederland geen schade ondervindt door huiszoeking; als iemand dit wel overkomt zal spoedig sprake zijn van doorbreking van de gelijkheid. Hij voegt daaraan toe dat het zo kan zijn dat de Hoge Raad dat geen bezwaar vindt. Enigszins vanuit een vergelijkbare optiek stelt Van Maanen dat de voorwaarde van de speciale last voor wat betreft strafvorderlijk handelen niet vervuld kan worden, omdat de schadevergoedingsplicht niet gebaseerd kan worden op het feit dat de verdachte (of derde) onevenredig zijn benadeeld ten opzichte van andere met hen vergelijkbare verdachten of derden. Hij acht het namelijk voorstelbaar dat allen die als verdachte schade leden een bepaalde schade opliepen.[102] In zijn optiek lijkt onevenredigheid dus niet vast te stellen (en dat brengt hem er ondermeer

98 G.M. van den Broek 2007, p. 122.
99 Hoitink en Koetser lijken om die reden te concluderen dat het égalité-beginsel daarom niet in alle gevallen een bruikbaar handvat oplevert (en verkiezen daarom een – wat ik noemde – individuele evenredigheidstoets), J.E. Hoitink en M.M. Koetser 2007, § 6.
100 HR 30 maart 2001, AB 2001, 412.
101 H.Ph.J.A.M. Hennekens 2001, p. 51.
102 G.E. van Maanen 2002, p. 66-67.

toe het égalité-beginsel niet van toepassing te achten als grondslag voor schadevergoeding na strafvorderlijk handelen).

In reactie op Van Maanen stelt Verheij echter dat de referentiegroep van vergelijkbare gevallen juist bestaat uit de gehele Nederlandse bevolking, aangezien hij de rechtsgrond voor compensatie juist ziet in het feit 'dat de gehele bevolking in termen van veiligheid profiteert van strafvorderlijk optreden maar dat slechts enkelen de lasten daarvan ook in concreto dragen.'[103] Die lasten acht hij speciaal en abnormaal vanuit hun aard omdat (invulling abnormale last) politie en justitie over vergaande bevoegdheden beschikken en de Nederlandse burger van zijn overheid niet hoeft te dulden dat hij wordt opgesloten of dat zijn eigendommen worden vernield. Verder dragen de meeste burgers deze last niet (invulling speciale last).[104] Zo zien we ook hier dat – ongeacht de keuze voor de referentiegroep – de speciale last weinig onderscheidende meerwaarde heeft.

Langemeijer benadert het enigszins vergelijkbaar, maar omdat hij vasthoudt aan het 'gebleken onschuld' criterium, komt hij tot een nuancering die ik niet kan delen. Hij stelt dat het strafvorderlijk optreden jegens een verdachte zijn rechtvaardiging vindt in de verdenking van een strafbaar feit (artikel 27 Sv). In dat geval is de vergelijkingsmaatstaf of de betrokken verdachte onevenredig is getroffen in vergelijking met andere verdachten, niet in vergelijking met de doorsnee burger. Indien het een claim van een gewezen verdachte betreft hangt het volgens Langemeijer af van de strafprocessuele status die iemand heeft om te bepalen wie zijn referentiegroep is. Als iemands onschuld is gebleken, zou het dus voor de hand liggen dat de rechter beoordeelt of deze gewezen verdachte onevenredig is benadeeld ten opzichte van een gewone burger. Als echter niet uit het strafvorderlijk onderzoek blijkt dat iemand niet betrokken is geweest bij het strafbaar feit waarvan hij werd verdacht (waarmee volgens Langemeijer de conclusie blijft dat hij destijds terecht was aangemerkt als verdachte), dan is zijn referentiegroep die van andere verdachten, omdat '*de onherroepelijke vrijspraak (…) wel de strafprocessuele status als verdachte (beëindigt), maar niet met terugwerkende kracht*.'[105] Zijn redenering kan ik volgen, hoewel het door hem gemaakte onderscheid tussen gewezen verdachten wier onschuld blijkt en overige gewezen verdachten niet houdbaar is (hiervoor uitvoerig betoogd).[106] Maar indien men zijn nuancering wegdenkt, lijken

103 N. Verhey 2002, p. 121. Verhey heeft het hier echter wel over de onschuldige burger, en daarmee wordt zijn argument wellicht lastiger toepasbaar in onderhavige context, omdat ik er – zoals bepleit – juist niet van uit wil gaan dat onschuld een voorwaarde is.

104 Overigens lijkt de invulling door Verhey de facto tot dezelfde resultaten te leiden als de theorie van Van Maanen die een absolute overheidsaansprakelijkheid bepleit voor schade in geval de verdenking niet hard gemaakt kon worden met een veroordeling (maar dat dus niet baseert op het égalité-beginsel).

105 P-G Langemeijer bij HR 30 maart 2001, NJ 2003, 615 (Staat-Lavrijsen).

106 Hierna zal ik nog een keer ingaan op zijn redenering, bij de bespreking van het NMR.

we weer uit te komen op de 'referentiegroepinvulling' van Verhey (de gewezen verdachte ten opzichte van de gehele Nederlandse bevolking).

Omdat het blijkbaar lastig is de referentiegroep te bepalen in geval van strafvorderlijke schade meent Kwakman dat dit criterium in de context van het strafproces nauwelijks houvast biedt en dat brengt hem (en de conceptwetgever, zie hierna) ertoe dat aspect van het égalité-beginsel weg te laten uit de wettelijke regeling, dus geen vergelijkende onevenredigheid, maar individuele onevenredigheid.[107] Daarmee lijkt feitelijk te worden aangesloten bij het uitgangspunt van de vergeldende – en niet de verdelende – rechtvaardigheid (verhouding tussen de samenleving en het individu, in plaats van de onderlinge gelijkheid van de verschillende leden van de samenleving).[108]

7.4.2.3 Het ontwerp wetsvoorstel en onevenredigheid

In het ontwerp wetsvoorstel 'Schadecompensatie strafvorderlijk overheidsoptreden' wordt gesteld dat '*… bij de invulling van het onevenredigheidcriterium (…) in belangrijke mate (kan) worden aangeknoopt bij de schadevergoedingscriteria die zijn ontwikkeld in het bestuursrecht, en die zijn neergelegd in het voorontwerp nadeelcompensatie. Wel zijn deze criteria in de voorgestelde regeling aangepast aan de specifieke strafvorderlijke context*.'[109] Daarmee wordt blijkbaar bedoeld dat geen sprake hoeft te zijn van onevenredigheid 'in vergelijking met anderen' maar van onevenredigheid tussen de algemene belangen en het belang van deze burger. De artikelsgewijze toelichting bij het betreffende artikel 597 zegt namelijk: '*Anders dan bij het bestuursrecht bestaat de onevenredigheid er niet zozeer in dat een (rechts)persoon ten opzichte van andere personen is benadeeld. Het gaat erom dat de desbetreffende schade zodanig is dat het, gezien de in het geding zijnde belangen, onwenselijk is dat deze schade voor rekening van de gedupeerde komt*.' Er lijkt dus te zijn gekozen voor een individueel evenredigheidsvereiste, mede in navolging van Kwakman, overigens (wederom)[110] in afwijking van het voorontwerp Nadeelcompensatie (zie hierna). Deze redenering doet sterk denken aan de argumenten van Nieuwenhuis en Roef en De Roos waar zij afwijking van het égalité-beginsel bepleitten omdat het naar hun mening niet moest gaan om de verhouding tussen getroffen burgers en niet getroffen burgers maar om de verhouding tussen de (strafvorderlijke) overheid en de getroffen burger. Er is met dit evenredigheidscriterium, zoals de toelichting op het ontwerp wetsvoorstel eveneens stelt, aangesloten bij schadevergoedingscriteria uit de internationale rechtspraak (indachtig de rechtspraak van het EHRM met betrekking tot artikel 1 van het Eerste Protocol van het EVRM (recht

107 N.J.M. Kwakman 2003, p. 422.
108 Zie J.H. Nieuwenhuis 1989, p. 124.
109 Memorie van Toelichting ontwerp wetsvoorstel 'Schadecompensatie strafvorderlijk overheidsoptreden' § 4.7.1.
110 Hiervoor ging ik al in op een andere afwijking, namelijk de corrigerende redelijkheid.

op eigendom – gehoudenheid tot schadevergoeding bij 'excessive burden') en in het licht van rechtspraak van het Hof van Justitie over nadeelcompensatie in verband met rechtmatig handelen door EG-organen).

Hoewel aansluiting bij het 'fair-balance'-principe (dat wordt gehanteerd bij rechtspraak over eigendomsbescherming via artikel 1 van het Eerste Protocol van het EVRM – en dat is een integrale proportionaliteitstoets, lijkend op individuele evenredigheid) zeker de overweging waard is, is het vraag of aansluiting bij deze ontwikkeling in plaats van aansluiting bij de ontwikkeling van het voorontwerp Nadeelcompensatie verantwoord kan worden vanuit de domeinspecificiteit van het strafrecht, zoals de toelichting veronderstelt. Een werkelijke onderbouwing van deze keuze lijkt namelijk te ontbreken. Is het nu met name de lastige problematiek van de referentiegroep die tot deze keuze leidt? En is dat wel exclusief kenmerkend voor de discussie over strafvorderlijke schade? Zoals gezegd leidt de voorwaarde van de speciale last ook in het bestuursschaderecht tot diverse opvattingen.

7.4.2.4 Diverse referentiegroepen

Wellicht heeft het speciale last criterium op het terrein van strafvorderlijke schade minder onderscheidend vermogen in vergelijking met sommige bestuurlijke schadesituaties. Toch is er nog een aspect wat genoemd kan worden in dit verband. Voor de verdachte – ten opzichte van de derde die ook tengevolge van strafvorderlijk handelen schade kan leiden – is vanwege de domeinspecifieke situatie namelijk niet alleen sprake van schade maar ook van schande. Men is geschandvlekt en dat blijft men ook na afloop van een procedure en daarmee draagt men geruime tijd iets met zich mee dat de rest van de burgerij niet draagt.[111] In zoverre zou men kunnen stellen dat de gewezen verdachte steeds onevenredig is benadeeld ten opzichte van de andere burgers die schade lijden tengevolge van legitiem overheidsoptreden.

Bij het bestuursrecht is er hoogstens schade, die ook materieel en immaterieel van aard kan zijn, maar er is geen schande als gevolg van dat bestuurlijk overheidsoptreden. Schande lijkt immateriële schade te verzwaren.[112] De

111 Vergelijk in dit verband J. Spier 1996, p. 293. Hoewel hij erkent het onbevredigend te vinden om diegenen wiens schuld aannemelijk is, schadeloos te stellen, nog los van de art. 6 EVRM dimensie, acht hij het nog onbevredigender om werkelijk onschuldigen de schade voor eigen rekening te laten, met name doordat de samenleving er ook van uitgaat dat waar rook is, vuur is.

112 De schande van in rechte betrokken te zijn geweest in een strafvorderlijke procedure is in de literatuur ook uitvoerig besproken en dat leidde ondermeer tot speciale voorstellen over de wijze van vergoeding, zoals eerherstel via openbaarmaking van het vonnis (periode voor 1925: maar dan moest wel sprake zijn van onschuld, niet alleen van niet-veroordeling), of publicatie van een mededeling waarin staat aangegeven dat geen veroordeling is gevolgd (Borsboom 1983). Ook in het ontwerp wetsvoorstel 'Schadecompensatie strafvorderlijk overheidsoptreden' wordt de mogelijkheid geopend tot openbaarmaking van (delen) van

ontstane schande naast de schade maakt mijns inziens dat voor de relatief beperkte groep burgers die gewezen verdachte zijn geworden sprake is van een speciale last ten opzichte van de burger die schade lijdt in een bestuurlijke context of ten aanzien van de derde die schade lijdt in strafvorderlijke context. De vraag is of dit ons helpt. Het zou in de uitwerking kunnen leiden tot de situatie dat voor elke gewezen verdachte aan het speciale last criterium voldaan zou kunnen zijn, maar voor elke derde – niet gewezen verdachte die schade lijdt, niet. De vraag is of dat een politiek wenselijke uitkomst is. Het verhoudt zich ook lastig met de keuze van de ontwerp wetgever om een schaderegeling te creëren voor al diegenen die rechtstreeks schade lijden tengevolge van strafvorderlijk handelen (gewezen verdachte of derde).

Indien men de gevolgen van strafvorderlijk optreden van de ene verdachte vergelijkt ten opzichte van de andere verdachte, en daarbij het gekozen perspectief dat van de aard van de inbreuk is (zie ook hierna) kan sprake zijn van een onevenredigheid, indien behalve de aantasting in privébelangen (die steeds geldt) ook sprake is van een aantasting op meer maatschappelijk niveau. In geval sprake is van vrijheidsbeneming is altijd sprake van het ingrijpende privé verlies aan vrijheid, maar indien de betrokken verdachte een (kleine of grote) maatschappelijk rol vervult ('captain of industry', publiek figuur, bekende in kleine leefomgeving) kan een betrokkene daardoor extra worden aangetast in een maatschappelijk belang.

De vraag is of dit ons helpt. Het zou in de uitwerking kunnen leiden tot de situatie dat voor elke gewezen verdachte die in meerdere belangen (met name door diens maatschappelijke functie of rol) wordt geraakt, aan het speciale last criterium voldaan zou kunnen zijn, maar voor elke gewezen verdachte waarbij dat niet het geval is, niet. De vraag is of dat een politiek wenselijke uitkomst is. Het is wel een uitkomst die enigszins overeen lijkt te komen met de rechtspraktijk op de voet van de huidige regeling van de artikelen 89-93 Sv. Daar kwam namelijk naar voren dat de rechter – in gevallen die gekenmerkt zouden kunnen worden als die waarbij sprake is van extra groot nadeel – ertoe overging meer dan de gebruikelijke forfaitaire vergoeding toe te kennen. Zag hij bij deze gewezen verdachten soms een speciale last en opzichte van andere gewezen verdachten?

7.4.2.5 Conclusie op basis van rechtseenheid

Terugkomend op het ontwerpvoorstel 'Schadecompensatie strafvorderlijk overheidsoptreden' in relatie tot het Voorontwerp nadeelcompensatie zou sprake moeten zijn van zoveel als mogelijk aansluiting op elkaar, tenzij er domeinspecifieke redenen zijn om dat niet te doen. Mijns inziens zijn die er nagenoeg niet (behalve voor wat betreft schande) en dat zou impliceren dat

---

de schadevergoedingsbeschikking (voorgesteld art. 598, vijfde lid), indien verzoeker daarom gevraagd heeft.

of in beide regelingen wel de vergelijkingsmaatstaf wordt opgenomen of in beide regelingen niet. Thans lijkt in het ontwerp Schadecompensatie – zonder stevige onderbouwing – gekozen voor een individueel evenredigheidsvereiste (cf. de voorstellen van Sv 2001 en Kwakman),[113] terwijl in het voorontwerp Nadeelcompensatie is gekozen voor een vergelijkende toets.[114] Een coherente heroverweging waarbij beide voorstellen in samenhang worden bezien, is mijns inziens noodzakelijk. Daarbij zal de nadruk dienen te liggen op de vraag of er voldoende domeinspecifieke aanleiding is om een verschil in omgang met de evenredigheidstoets te verantwoorden.[115]

In het bestuursschaderecht bleek dat het vereiste van de speciale last niet of nauwelijks 'uit de verf komt.'[116] Hierboven is betoogd dat bij mogelijke referentiegroepen (de ene gewezen verdachte ten opzichte van de andere gewezen verdachte, de gewezen verdachte ten opzichte van de derde, niet-gewezen verdachte) wel degelijk speciale lasten te onderscheiden zijn (schade en schande, aantasting van één privébelang versus aantasting van meerdere belangen). Indien desondanks moet wordt vastgesteld dat op beide terreinen (bestuurlijk en strafvorderlijke overheidsschade) de vergelijking met een referentiegroep te weinig onderscheidend vermogen heeft, of tot politiek onwenselijke uitkomsten leidt, kan worden overwogen om af te zien van deze factor. Daarmee wordt theoretisch de grondslag égalité verlaten, aangezien

113 Enigszins kritisch over dit twee-stappenplan van Kwakman is A-G Langemeijer bij HR 17 september 2004, ook omdat hij vindt dat de doel-middel afweging alleen thuishoort bij de evenredigheidstoets (eerste stap) maar daarnaast moet ruimte zijn voor een zelfstandige toets aan het égalité-beginsel, HR 17 september 2004, NJ 2005, 392, A-G sub 2.11.

114 Hoewel Tjepkema de Awb wetgever adviseerde dat niet te doen, vanwege de hiervoor beschreven verschillende omstandigheden, en dus adviseerde voor een ruime evenredigheidstoets in navolging van A. de Moor van Vugt, zie M.K.G. Tjepkema 2004, p. 12 en p. 22. Deze is vergelijkbaar met wat ik hier de individuele evenredigheidstoets noemde. Ook Hoitink en Koetser verkiezen ook een 'meeromvattende'evenredigheidsmaatstaf, in de zin dat het niet altijd een vergelijking met anderen hoeft te impliceren, J.E. Hoitink en M.B. Koetser 2007, sub 4.1.2. Annotator J.B.M. Vranken (bij HR 13 oktober 2006, NJ 2007, 432) stelt sub 30 dat de voorontwerper Nadeelscompensatie zou moeten kijken naar het stelsel Kwakman (dubbele evenredigheid). Schlössels daarentegen ondersteunt de keuze van de voorontwerper, zie R.J.N. Schlössels 2007, § 2.3. B.P.M. Van Ravels stelt in zijn kroniek (NTB 2008, 18) dat de meeste auteurs de voorstellen van het voorontwerp verdedigbaar vinden en het zien als een regeling die erg aansluit bij de rechtsontwikkeling (sub 0, Inleiding).

115 Om het beeld nog totaler te krijgen zou ook gekeken moeten worden naar de ontwikkelingen terzake de 'fair-balance'- beoordeling in het Europese recht m.b.t. eigendomsbescherming. Hoitink bepleit nadere verkenning tussen 'fair-balance' en het égalité-beginsel, zie J.E. Hoitink 2006, met name p. 40-42, omdat zij een verschil in ontwikkeling ziet voor wat betreft overheidsinbreuken op eigendom tussen de nadeelcompensatietoetsing (nl. aan vergelijkende evenredigheid – égalité, dus evenredigheid t.o.v. referentiegroep) en de toets op basis van art. 1 van het Eerste Protocol bij het EVRM (op basis van 'fair-balance', evenredigheid in individueel geval). Vanuit een voorkeur voor het 'fair-balance'-beginsel v.w.b. de daar gehanteerde evenredigheidsbenadering lijkt zij overigens ook het voorontwerp Nadeelcompensatie te bekritiseren, zie J.E. Hoitink en M.B. Koetser 2007.

116 J.E.M. Polak e.a. 2008, p. 113.

het daar een van de twee bepalende factoren is. Dit vereist een meer gedegen afweging dan thans door de ontwerp wetgever gedaan. Overigens zal deze factor altijd een bepaalde rol blijven spelen, omdat ook bij de bepaling van wat als NMR is te beschouwen, op de achtergrond meeweegt ten opzichte van wie een dergelijk NMR moet worden vastgesteld. Daarop ga ik thans in, en daarbij grijp ik eveneens terug naar beide varianten van evenredigheidsbepaling.

7.4.3 Van tempus modicum tot Normaal Maatschappelijk Risico (NMR)

7.4.3.1 Inleiding: abnormale schade als voorwaarde voor vergoeding

Ook voor het vereiste van de abnormale last als voorwaarde voor een aanspraak op vergoeding op basis van het égalité-beginsel[117] geldt dat nog geen sprake is van een helder afgebakend criterium: de Hoge Raad (overigens voor schade door een derde geleden ten gevolge van strafvorderlijk handelen, zie hierna) en de bestuursrechter hebben zich daarover in algemene zin uitgelaten in de zin dat de vraag of sprake is van gevolgen die buiten het normaal maatschappelijk risico vallen beantwoord moet worden met inachtneming van alle van belang zijnde omstandigheden. Daarbij kan van belang zijn '*de aard van de overheidshandeling en het gewicht van het daarmee gediende belang evenals in hoeverre die handeling en de gevolgen daarvan voorzienbaar zijn voor de derde die als gevolg daarvan schade lijdt, en anderzijds de aard en de omvang van de toegebrachte schade*.'[118] De nadere invulling voor het bestuursschaderecht zal moeten worden afgewacht.[119] Het is daar blijkbaar inmiddels niet ongebruike-

117 Hoitink en Koetser bepleiten (als enigen?) een andere benadering (binnen de bestuursrechtelijke literatuur): zij menen dat het NMR een aspect is van schadeberekening en niet een aspect bij de vaststelling van een aanspraak op compensatie, J.E. Hoitink en M.B. Koetser 2007.

118 HR 17 september 2004, NJ 2005, 392 (r.o. 3.3). Zie ook B.P.M. van Ravels 2005, p. 10. Zie verder J.E.M. Polak e.a. 2008, p. 113, met verwijzing naar ABRvS 21 juni 2006, BR 2006, p. 847.

119 Zie over voorzienbaarheid onder andere B.P.M. van Ravels 2005. Polak vraagt zich bijv. af of de invulling van de voorzienbaarheid bij de afbakening van het NMR op dezelfde wijze zal worden ingevuld als de risicoaanvaarding in geval van toepassing van art. 49 WRO (oud). De toepassing van deze bepaling is gaandeweg veranderd en daarbij lijkt het fundament gelijkheid voor de openbare lasten losgelaten en lijkt inmiddels aansluiting te zijn gezocht bij de rechtszekerheid. Planschade vergoeding op basis van art. 49 WRO leek – sinds 2002 – toe te bewegen van een nee tenzij naar een ja, tenzij, aldus J.E.M. Polak 2008, p. 110 met verwijzingen. Zie over de huidige nieuwe Wet ruimtelijke ordening (inwerkingtreding op 1 juli 2008) en de vraag of hiermee het planschaderecht (zoals dat het geval was onder de vorige WRO art. 49) nog een uitzonderingspositie inneemt ten opzichte van de overige nadeelcompensatieregelingen die zijn gebaseerd op het égalité-beginsel onder andere P.J.J. van Buuren 2008 (nee, geen uitzondering meer, p. 142) en B.P.M. van Ravels 2008 (ja, nog wel enigszins een uitzonderingspositie, p. 134, 141).

lijk dat gewerkt wordt met bepaalde percentages: door sommige bestuursorganen wordt een ondergrens in de vorm van een NMR van 15% van de omzet op jaarbasis gehanteerd; (pas) indien de schade daarboven komt wordt die niet meer als behorend tot het normaal ondernemersrisico aangemerkt.[120] In de nieuwe Wet ruimtelijke ordening is een minimumforfait gesteld van 2% van het inkomen of de waarde van de onroerende zaak voor wat betreft indirecte schade en dat wordt geacht te vallen onder het NMR.[121] Voor wat betreft schade tengevolge van strafvorderlijk handelen heeft de Hoge Raad ook al enkele concretiseringen aangebracht (zie hierna).

7.4.3.2 Domeinspecifieke abnormale schade en NMR

In de literatuur is door sommigen de schade ten gevolge van strafvorderlijk handelen steeds als abnormaal en speciaal beschouwd, zoals Drupsteen die dat ten aanzien van de derde stelde[122] en Verhey die dat voor de gewezen verdachte stelde, hoewel hij zich daarbij wel lijkt te beperken tot de onschuldige gewezen verdachte.[123] Aan de andere zijde van het palet (ten opzichte van Drupsteen en Verhey) bevindt zich Brouns als hij stelt dat niet elk nadeel ook schade is. In de context van strafvorderlijk overheidsoptreden meent hij dat elk nadeel dat geleden wordt door wettig, zorgvuldig en niet-disproportioneel optreden van politie en justitie een normaal maatschappelijk risico is, dat elke persoon – binnen redelijke grenzen voegt hij eraan toe – heeft te dragen.[124]

Kwakman worstelt ook met het NMR, omdat hij – kort gezegd – het égalitébeginsel als zelfstandige grondslag niet steunt en daarbij expliciet meent dat beide – aan het bestuursrecht ontleende – criteria (speciale en abnormale last groter dan NMR) uit zichzelf voor het strafproces weinig houvast bieden.[125] Toch blijkt ook hij van mening dat burgers een zeker nadeel te dulden hebben.

120 J.E.M. Polak 2008, p. 114.

121 B.P.M. van Ravels 2008 bespreekt dit en gaat daarbij ook in op de vraag welke consequenties dit wettelijke forfait heeft voor de vaststelling van NMR voor directe schade, p. 138-140; hij stelt dat deze forfaitregeling een gedeeltelijke uitwerking is van het NMR en geen uitputtende.

122 In zijn noot onder Staat Lavrijsen in AB 2001, 412. Drupsteen heeft het dus niet over schade door de gewezen verdachte geleden.

123 N. Verhey 2002, p. 121.

124 P.J.H.M. Brouns 1996, p. 226.

125 N.J.M. Kwakman 2003, p. 422. Hij stelt eigenlijk dat deze maatstaven geen maatstaven zijn, omdat nu juist de vraag is '*of en in hoeverre de schade moet worden beschouwd als zo speciaal en abnormaal, dat ze voor vergoeding in aanmerking komt*.' B.P.M. van Ravels 2005 gaat in op deze vaagheid en de moeite die vele auteurs daar mee hebben. Hij stelt daar tegenover dat het niet zonder betekenis is dat zowel in het Nederlands recht als in andere rechtstelsels steeds wordt teruggegrepen op dit soort begrippen, p. 9. Ook Schlössels 2002 (II) gaat hierop in en stelt (onder andere in noot 81) dat hij de angst voor vaagheid voor de bij het égalitébeginsel behorende begrippen, die hij met name bij civilisten ziet, niet deelt; het civiele concept van maatschappelijke zorgvuldigheid was bijv. niet veel concreter.

Dat kan impliceren dat hij een bepaald deel van de schade 'eigenlijk' onderdeel vindt van hun normaal maatschappelijk risico.[126] Dat is overigens ook een opvatting die al sinds de 19e eeuw in de literatuur terug is te vinden. Vergelijk in dit verband de in de domeinspecifieke literatuur steeds terugkerende steun voor een 'tempus modicum' (een deel van de schade dient zelf te worden gedragen). Dit speelde op dat moment met name in de discussie over vrijheidsbeneming.[127] Ik ga daarop straks nog nader in.

Resteert de vraag hoe de vaststelling over wat als NMR of zelf te dragen schade of tempus modicum kan worden beschouwd, dient plaats te vinden. Zoals gezegd heeft de Hoge Raad inmiddels nader invulling gegeven aan wat onder normaal maatschappelijk risico moet worden begrepen voor zowel de derde als de gewezen verdachte ten aanzien van schade als gevolg van strafvorderlijk handelen. Voor de derde niet-verdachte werd gemeend dat enig ongemak of gering tijdverlies niet als onevenredig kan worden aangemerkt en dat men dit zal moeten aanvaarden als vallend binnen het normale maatschappelijk risico of het normale bedrijfsrisico. Schade aan eigendom daarentegen kan ten aanzien van een derde in beginsel niet geacht worden te vallen binnen het normaal maatschappelijk risico (zaak na Staat-Lavrijsen).[128] In deze zaak werd vervolgens de aangenomen vergoedingsplicht van de Staat verminderd met 50% op de voet van artikel 6:101 BW (eigen schuld). Hiermee heeft de Hoge Raad inderdaad de vraag naar de aanspraak op de vergoeding en de vraag naar de omvang gescheiden gehouden. De Hoge Raad bepaalde ten opzichte van de derde-niet verdachte in abstracto het NMR bij de beoordeling van de onrechtmatigheid (invulling criteria égalité-beginsel) en niet bij het daarna vaststellen of sprake was van reden tot vermindering van de aanspraak vanwege eigen schuld op de voet van 6:101 BW (in concreto). Daarop

126 N.J.M. Kwakman 2003, p. 367.

127 Z.W. Straatman 1877, J. Domela Nieuwenhuis 1878, zie hoofdstuk 4.

128 HR 17 september 2004, NJ 2005, 392 (zaak na Staat-Lavrijsen) waar de Hoge Raad een heel aantal algemene overwegingen geeft omtrent de toepassing van art. 6:101 BW in geval van onevenredig nadeel en, waar hij dat nog niet expliciet stelde in Staat-Lavrijsen, thans aangeeft: *'De vraag of in een bepaald geval de gevolgen van een overheidshandeling buiten het normale maatschappelijk risico of het normale bedrijfsrisico vallen, moet worden beantwoord met inachtneming van alle van belang zijnde omstandigheden van het geval. Van belang kan hierbij onder meer zijn enerzijds de aard van de overheidshandeling en het gewicht van het daarmee gediende belang alsmede in hoeverre die handeling en de gevolgen daarvan voorzienbaar zijn voor de derde die als gevolg daarvan schade lijdt, en anderzijds de aard en de omvang van de toegebrachte schade. Voor zover het gaat om strafvorderlijk optreden waarvan de gevolgen een ander dan de verdachte treffen, kan als uitgangspunt worden gehanteerd dat in het algemeen enig ongemak of gering tijdverlies niet als onevenredig kan worden aangemerkt en dat men dit zal moeten aanvaarden als vallend binnen het normale maatschappelijk risico of het normale bedrijfsrisico, maar dat dit niet zonder meer zal kunnen worden gezegd indien zaken van die ander als gevolg van dit optreden worden beschadigd. Dit een en ander brengt mee dat moet worden aangenomen dat schade die bij een huiszoeking in de woning van een ander dan de verdachte wordt toegebracht aan zaken van die ander, niet behoort tot het maatschappelijk risico van die ander, zodat de overheid in beginsel gehouden is die schade op grond van onrechtmatige daad te vergoeden.'* (r.o. 3.3).

wijst ook Van Ravels, die dat opmerkelijk vindt.[129] Inderdaad is het vanuit een civiele benadering opmerkelijk, maar vanuit de optiek dat de Hoge Raad er toch voor kiest het égalité-beginsel als grondslag te zien voor een aanspraak op vergoeding, is het te verklaren (want dan moet voldaan zijn aan de speciale en abnormale last (en die laatste wordt ingevuld via het NMR).[130]

Ten aanzien van de gewezen verdachte kiest de Hoge Raad in abstracto een ander NMR (in de zaak Begaclaim), door te stellen dat *'indien een redelijk vermoeden* [van schuld, in de zin van artikel 27 Sv, MD] *is gerezen, het tot het normale maatschappelijke risico van een verdachte moet worden gerekend dat de feiten en omstandigheden die tot dat vermoeden aanleiding hebben gegeven in een strafrechtelijke procedure worden onderzocht en ook overigens tot optreden van politie en justitie leidt.'*[131] Met andere woorden het normaal maatschappelijk risico is volgens de Hoge Raad voor een derde – niet verdachte burger een andere dan voor een gewezen verdachte burger.[132]

Maar impliceert dit dat de Hoge Raad meent dat in beginsel de *gewezen verdachte* steeds alle schade tengevolge van dat strafproces zelf dient te dragen? Zou het zo zijn, dan zou de Hoge Raad twee beoordelingen (namelijk die van het handelen zelf en die ten aanzien van de daaruit vloeiende schade) weer bijeen nemen: 'indien een vermoeden van schuld is gerezen hoort een verdachte strafvorderlijk optreden te dulden' wordt dan 'doorvertaald' naar de veronderstelling dat het dan ook binnen het NMR van een eenmaal verdachte valt om alle daaruit voortvloeiende schade te dulden.

7.4.3.3 Het ontwerp wetsvoorstel en NMR

In het ontwerp wetsvoorstel 'Schadecompensatie strafvorderlijk overheidsoptreden' wordt, naar aanleiding van deze overweging van de Hoge Raad bij de Begaclaimzaak, overigens gesteld dat daarmee niet is gezegd dat alle door dit optreden veroorzaakte schade tot het NMR (van de gewezen verdachte, vermoed ik) behoort. Volgens de ontwerp Memorie van Toelichting hangt dat namelijk af *'van de aard van de overheidshandeling en de aard en omvang van de*

129 B.P.M. van Ravels 2005, p. 11.

130 Anders J.E. Hoitink en M.B. Koetser 2007 § 4.1.3.

131 HR 13 oktober 2006, NJ 2007, 432, inleidende opmerking 3.6.5, r.o. 6.1.2 en 6.1.3.

132 Iets genuanceerder betoogde ook A-G Langemeijer voorafgaand aan deze uitspraak: *'Verdachten hebben verdergaande dwangmiddelen te dulden dan willekeurige burgers; verdachten tegen wie ernstige bezwaren bestaan, moeten weer verdergaande dwangmiddelen dulden dan gewone verdachten, enzovoorts.'* Voor wat betreft de vervolgvraag of de daaruit vloeiende schade dan ook volledig voor rekening van die niet-verdachte of gewezen verdachte burger moet blijven maakt Langemeijer een onderscheid tussen de gebleken onschuldige gewezen verdachte en overige gewezen verdachten.

schade.'[133] Ten aanzien van de aard van de overheidshandeling wordt het volgende voorbeeld gegeven: een telefoontap kan immateriële schade veroorzaken (schending van de privacy). Deze schending van de privacy bij rechtmatig gebruik van het dwangmiddel telefoontap is bij wet voorzien (artikel 8 EVRM). Immateriële schade die door deze privacyschending ontstaat, valt dus onder het NMR van de getapte persoon, omdat anders effectieve opsporing niet meer mogelijk is. Dat geldt ook voor andere dwangmiddelen waar de schending van de privacy is 'ingebakken' in het betreffende dwangmiddel, zoals observatie en infiltratie en het vorderen van gegevens. Volgens de Ontwerp Memorie ligt dit anders in geval van onrechtmatig gebruik van deze dwangmiddelen.[134] Ik vrees dat ik op dit punt de Memorie niet goed kan volgen. Indien sprake is van onrechtmatigheid is toch sprake van een andere beoordeling, die niet gebaseerd is op het evenredigheid/égalité-beginsel? In dat geval gaat het helemaal niet meer over het vaststellen van het NMR: de geleden schade dient volledig te worden vergoed. Hoogstens kan de schadeplicht worden verminderd vanwege eigen schuld aan de schade.

Zegt de Memorie nu ten aanzien van schade bij rechtmatig overheidshandelen eigenlijk niet gewoon hetzelfde als eerder bijv. Brouns? Namelijk dat de betrokkene op wie rechtmatig dwangmiddelen zijn toegepast, zelf opdraait voor de schade. Het is mijns inziens inherent aan de toepassing van de meeste dwangmiddelen dat zij een inbreuk op een recht (eigendom, vrijheid, privacy) veroorzaken. Dat is inderdaad, bij rechtmatige toepassing, gelegitimeerd. Maar als dat dus betekent dat de wetgever meent dat bij rechtmatige toepassing alle schade steeds voor rekening blijft van de gelaedeerde, dan heeft een schadevergoedingsregeling weinig om het lijf. Dan zou misschien slechts de schade die niet voortvloeit uit de (rechtmatige) toepassing van dwangmiddelen voor vergoeding in aanmerking komen. Laten we een ander voorbeeld nemen: vrijheidsbeneming. Mits rechtmatig, is deze inbreuk op het recht op vrijheid (artikel 5 EVRM) gelegitimeerd. Betekent dit dat de wetgever meent dat alle schade ten gevolge van die vrijheidsbeneming voor rekening van de gewezen verdachte moet blijven, tenzij sprake is van onrechtmatige vrijheidsbeneming? Het lijkt mij niet dat de wetgever dit – gezien de huidige opvattingen en ontwikkelingen in literatuur en rechtspraak – bedoelt. We weten dat de wetgever zich heeft laten leiden door het stelsel van de projectgroep Sv 2001, wat nader is uitgewerkt door Kwakman. Laten we de mijns inziens enigszins verwarrende voorbeelden van de ontwerpwetgever daarom even laten voor wat ze zijn en terug keren naar Kwakman.

---

133 Aldus § 4.7.1. Zie kritisch over de mogelijke consequenties van het gebruik van deze factor in de systematiek van Kwakman (dubbele evenredigheidstoets i.p.v. toets aan égalité-beginsel), A-G Langemeijer bij HR 17 september 2004, NJ 2005, 392 sub 2.11, ook hiervoor besproken.

134 Aldus § 4.7.1.

7.4.3.4 NMR en evenredigheid

Kwakman bepleit dat per situatie in concreto bepaald moet worden welke schade door de betrokkene dient te worden geduld, waarbij ook andere criteria voor nadere invulling moeten zorgen, zodat op basis van vele factoren (zoals geen bagatelschade, aard en doel van de overheidshandeling, processuele schuld)[135] die bovengrens van wat betrokkene voor lief moet nemen kan worden vastgesteld. Hij bepleit dit vooral vanuit een principieel standpunt (égalité geen gedoodverfde grondslag).[136] Dat betekent dat de vraag over wat als 'NMR' of zelf te dragen schade/tempus modicum kan worden beschouwd, per geval moet worden beoordeeld. Dat raakt derhalve ook aan het onderscheid tussen enerzijds de vergelijkende toets (voorontwerp Nadeelcompensatie, de last in vergelijking tot de last van andere burgers) en anderzijds een ruim of individueel evenredigheidsvereiste (stelsel Sv 2001, Kwakman, ontwerp wet Schadecompensatie, het offer door klager te dragen in relatie tot de zwaarte van de algemene belangen).

Leidt Kwakman's oplossing, die door de ontwerp wetgever is gevolgd, nu tot een wenselijk resultaat? Zijn twee-stappenplan (evenredigheidstoets in abstracto tussen doel-middel en evenredigheidstoets in concreto tussen doel-middel inclusief de daarbij geleden schade) lijkt er in concreto toe te kunnen leiden dat naar gelang het doel van het dwangmiddel gewichtiger is, van de gedupeerde kan worden verwacht dat hij zelf een groter nadeel draagt.[137] Langemeijer is hierover kritisch als hij veronderstelt dat Kwakman's oplossing in de praktijk zou kunnen leiden tot de naar zijn mening moeilijk te verteren uitkomst dat bij een strafrechtelijk onderzoek naar moord voor de gewezen verdachte geen vergoeding plaats vindt voor de bij een huiszoeking aangerichte schade, maar bij een strafrechtelijk onderzoek naar een diefstal wel?[138]

Langemeijer legt mijns inziens bloot waar een meer proportionaliteitsgerichte afweging toe kan leiden. Kwakman en de ontwerp wetgever (expliciet) hebben zich inderdaad laten inspireren door de 'fair-balance'-toets van het Europese eigendombeschermingsrecht op grond van artikel 1 Eerste Protocol van het EVRM, waar het gaat om de verhouding tussen de verschillende tegengestelde belangen, d.w.z. het individuele offer dat moet worden gebracht in

135 Ook met het betrekken van processuele schuld (eigen schuld aan de schade) als factor bij de vaststelling wat de bovengrens van het NMR wil ik voorzichtiger zijn, omdat dat het gevaar met zich mee kan brengen dat daarmee de vragen over de aanspraak op vergoeding en de omvang van die vergoeding dooreen kunnen gaan lopen. Het zou niet zo moeten zijn dat bij de beoordeling van wat iemand op de koop toe moet nemen een bepaalde bovengrens wordt bepaald, waarbij al rekening is gehouden met processuele schuld aan de ontstane schade, en dat vervolgens op basis van processuele schuld de schade die boven dat NMR uitkomt niet voor vergoeding in aanmerking zou komen.

136 N.J.M. Kwakman 2003, p. 367-368.

137 Omdat hij stelt dat de vraag welke schade de burger dient te dulden mede zal afhangen van de aard en het doel van de desbetreffende handeling, N.J.M. Kwakman 2003, p. 367.

138 A-G Langemeijer bij HR 17 september 2004, NJ 2005, 392, sub 2.11.

relatie tot de zwaarte van de algemene belangen.[139] De nadruk ligt dan niet op het aspect van een gelijke lastenverdeling, maar de proportionaliteit en evenredigheid van het overheidshandelen staat centraal.[140]

Aard en doel van de overheidshandeling zijn daarmee vermoedelijk de meest bepalende factor aan de ene zijde van de belangenafweging, en de individueel geleden schade vertegenwoordigt dan de andere zijde. Een ontwikkeling op een ander rechtsgebied, of, in dit geval, internationale rechtsstelsels, kan zeker inspireren. Toch is het wel van belang om daarbij de eventuele achterliggende verschillen te onderkennen. De Europese ontwikkelingen op het eigendombeschermingsrecht, via de 'fair-balance'-toets, hebben namelijk te maken met (overigens alle) vormen van inbreuk op – slechts – het ongestoord recht op eigendom.

Daarentegen is bij strafvorderlijke schade niet alleen sprake van schade aan eigendom, maar ook van inbreuk op het recht op vrijheid en aantasting van persoonlijkheidsrechten. Dat zou een veel bepalender rol moeten spelen bij een belangenafweging op grond waarvan bepaald moet worden of de geleden schade voor iemands eigen risico moet blijven.[141] Het punt van de gelijke lastenverdeling kan hier niet zomaar verlaten worden omdat dat erop neerkomt dat in een individueel geval de legitieme inzet van zware opsporingsmethoden bij verdenking van een ernstig delict veelal voor rekening van dat individu zal blijven, aangezien het algemeen belang dan toch gauw zwaarder zal wegen dan het individuele belang. Daarbij moet bedacht worden dat dat individu wel degelijk geen enkele relatie kan hebben gehad met betrekking tot het feit waarvan hij werd verdacht. De in het ontwerp wet Schadecompensatie voor strafvorderlijk overheidsoptreden gekozen combinatie van individuele evenredigheid met de redelijkheidcorrectie kan niet voorkomen dat een en ander ertoe leidt dat sommige burgers ten opzichte van andere burgers (en sommige verdachten ten opzichte van andere verdachten) onevenredig zwaar belast worden omdat de overheid hen nu eenmaal verdacht van een zwaar delict, zelfs indien zij 'werkelijk' onschuldig zouden zijn. De paradox is dat die factor geen rol meer mag spelen (zie hiervoor en ook toelichting bij ontwerp wet zelf). Maar dat kan er wel toe leiden dat dit de facto een onverteerbare situatie oplevert. Dat gevaar lijkt minder aanwezig indien wordt uitgegaan van een gelijke lastenverdeling omdat dan niet aard en doel van de overheidshandeling de facto doorslaggevend zullen zijn bij de beoogde belangenafweging in geval sprake is van ernstige delicten, maar – in alle gevallen – de hoogte, de mate en impact van de geleden schade.

---

139 Hierover uitvoerig J.E. Hoitink 2006.

140 Bij 1 EP overigens integraal beoordeeld, waarbij dus ook de maatregel zelf weer ter discussie staat; daar blijft Kwakman vanzelfsprekend buiten met zijn twee stappen evenredigheid/proportionaliteit, omdat hij niet wil terugvallen in een integrale (on)rechtmatigheidtoets.

141 Zie hierna § 7.4.3.5.

7.4.3.5 Aantasting fundamentele rechten en NMR

Wellicht kan een andere optiek een uitweg bieden met betrekking tot de hiervoor geschetste nadelen die verbonden zijn aan een individuele bepaling van NMR. In dit verband kijk ik nogmaals naar het betoog van Ölçer en Schoep. Zij menen dat gezocht moet worden naar een op grond- en mensenrechten gebaseerde aanspreekbaarheidgrondslag, die [weliswaar, MD] is toegespitst op de aard van de strafvorderlijke handeling, maar waarbij de volgende vragen dienen te worden beantwoord: is de burger getroffen in een bepaald recht en wat voor recht is dat.[142]

Bij de strafvorderlijk optredende overheid gaat het dan om inbreuken op het recht op de persoonlijke levenssfeer, op lichamelijke integriteit, op het huisrecht, het briefgeheim/privacy, de eigendom en de vrijheid. Met name deze factor (de mate waarin fundamentele rechten worden aangetast door – overigens – legitiem overheidsoptreden) zou bepalend moeten zijn bij de vaststelling van wat als NMR geldt.[143] Zo betoogde bijv. Bloembergen dat persoonlijkheidsrechten hoger op de ladder van rechtens te beschermen belangen staan dan eigendom.[144] De Hoge Raad stelde echter dat – voor wat betreft de ontstane schade – het niet op voorhand zo is dat schade tengevolge van dwangmiddelen zwaarder zou zijn dan die tengevolge van (het bekend worden van) een strafvorderlijk onderzoek.[145] Met andere woorden de ervaren schade tengevolge van een ingreep op het recht op bijv. vrijheid (door vrijheidsbenemende dwangmiddelen) is niet op voorhand zwaarder dan de ervaren schade aan iemands privacy.

Afsluitend: de wijze waarop het NMR moet worden vastgesteld zou niet geheel individueel moet geschieden en niet met name gebaseerd moeten zijn op aard en doel van de overheidshandeling omdat dat er toe zal kunnen leiden dat de schade tengevolge van zware dwangmiddelen die ingezet zijn bij verdenkingen van ernstige delicten veelal ten laste van de betrokken burger blijven. Dat zou een onverteerbare situatie kunnen opleveren. In plaats daarvan dient met name de mate en zwaarte van aantasting van het fundamentele recht een rol te spelen, indachtig het uitgangspunt dat een burger bepaalde schade best kan dragen, maar sommige zwaardere schade, met grotere impact, niet geheel voor rekening van een individuele burger moet blijven. Hiermee wordt voor strafvorderlijke schade een domeinspecifieke invulling gegeven aan het NMR. Aangezien deze invulling van het NMR raakt aan de keuze voor de evenredigheidstoets, verdient daarmee gelijktijdig de vergelijkende evenredig-

142 F.P. Ölçer en G.K. Schoep 2006, p. 145-146.

143 Anders dan Ölçer en Schoep zie ik deze factor liever niet als bepalend voor de grondslag zelf, omdat daarmee wederom een geïsoleerde positie zou ontstaan voor het schadevergoedingsrecht voor strafvorderlijke schade.

144 Conclusie A.R. Bloembergen bij HR 26 jan 1990, NJ 1990, 794.

145 HR 14 januari 2005, NJ 2004, 346 r.o. 4.3.2 en HR 13 oktober 2006, NJ 2007, 432 (Begaclaim) r.o. 3.4).

heid de voorkeur, dus de evenredigheid zoals bedoeld in het kader van het égalité-beginsel, cf. het voorontwerp Nadeelcompensatie (en niet een individuele evenredigheidstoets zoals gekozen in het ontwerp wetsvoorstel Schadecompensatie).

7.4.3.6 NMR en tijdgeest

Overigens impliceert deze keuze uitdrukkelijk niet dat alle schade die een gewezen verdachte heeft geleden tengevolge van een legitiem ingrijpen op diens fundamentele rechten voor vergoeding in aanmerking hoeft te komen. Vanwege de noodzakelijke eliminatie van voorwaarden die gerelateerd zijn aan schuld of restverdenking, is namelijk de onderscheidende mogelijkheid om voor sommigen (namelijk aan wie nog een 'luchtje' kleeft) de vergoeding te kunnen beperken, weggevallen. Daarmee zouden de kosten van een schaderegeling die gebaseerd zou zijn op vergoeding van alle schade voor elke gewezen verdachte vermoedelijk onacceptabel hoog worden (economische rationaliteit). Dat zou ook niet in overeenstemming zijn met de tijdgeest (politieke rationaliteit). Als democratisch wordt bepaald dat het nodig is om de overheid ten behoeve van zijn taakuitvoering wat steviger (vroegtijdig) dwangmiddelen en bevoegdheden toe te kunnen laten passen, die wellicht vaker dan voorheen, maar in ieder geval eerder (vanaf een eerdere fase) ingezet kunnen worden,[146] veronderstelt dat de acceptatie van het vergroten van de kans op schade bij de burger, omdat de toepassing van dergelijke bevoegdheden, die fundamentele rechten inperken, steeds gepaard zal gaan met enige vorm van (materiële/immateriële) schade. Het ligt allang (sinds medio 19e eeuw) niet meer in de rede om het risico daarvoor geheel bij de individuele burger te laten (zie bestaansrecht regeling), maar het ligt ook niet in de rede om het risico daarvoor geheel bij de overheid te laten, zeker gezien het flink toenemend aantal schadevergoedingsverzoeken en een gestage groei in het aantal toekenningen (zie hoofdstuk 5 in § 5.6.2).[147] Nogmaals, dit geldt temeer nu de mogelijkheid tot beperking van die vergoeding wegens twijfel over restschuld of restverdenking geen acceptabele optie meer is. Deze 'facts and figures' spelen dus een rol bij het ontwikkelen van gedachten over toekomstige perspectieven. Hoe groot die rol moet zijn is de vraag en niet altijd is deze

146 Gebaseerd op de veronderstelling dat de wettelijke uitbreiding van dwangmiddelen en opsporingsbevoegdheden (bijv. Wet BOB en in het kader van terrorismebestrijding) leidt tot de mogelijkheid om eerder en in meer gevallen deze maatregelen en bevoegdheden toe te passen.

147 Het valt buiten het bestek van dit onderzoek om op basis van een concretere vergelijking van de statistische gegevens nauwkeuriger te kunnen concluderen, bijv. vanwege de verhouding over de jaren tussen het aantal verzoeken en toekenningen per jaar. Ook zou interessant zijn om te bezien hoe het over deze jaren staat met het aantal keren dat bijv. na toegepaste vrijheidsbeneming een strafzaak niet in veroordeling eindigde.

economische rationaliteit even expliciet.[148] De overheid heeft in dit verband de schijn tegen omdat de overheid geacht wordt zich rekenschap te geven van eventuele kosten van een voor te stellen regeling en dan kan een financieel argument zelfs een doorslaggevende reden zijn tot bepaalde beperkingen; dat is legitiem. Toch lijkt de wetgever zich in 1925 in mindere mate, althans niet expliciet,[149] te hebben laten leiden door financiële argumenten. Eerder spelen principiële argumenten een rol bij de keuze tot beperking van de reikwijdte van de regeling (zie hoofdstuk 1, § 1.8.3). De wetgever is zich in de herzieningsperiode (jaren '70) bewuster van de financiële aspecten; er zijn dan ook inmiddels voldoende gegevens voorhanden van de uitvoering van de schadevergoedingsregeling. In de late jaren '90 speelt het financiële argument (in de zin van onduidelijkheid daarover) zelfs een doorslaggevende rol om wetsaanpassing nog even aan te houden. De recente ontwerpwetgever houdt zich formeel op de vlakte, er wordt een ruime regeling voorgesteld en met betrekking tot de kosten wordt slechts opgemerkt dat het budgetneutraal kan. Wel wordt de mogelijkheid opengehouden om per Algemene maatregel van Bestuur forfaitaire bedragen vast te stellen en maxima in te stellen.[150] Moet daaruit worden afgeleid dat het voorstel dus met name gebaseerd is op kostenbeheersing?[151] Als dat de enige rationaliteit is die impliciet achter een wetsvoorstel schuilt is dat niet acceptabel. Maar indien dat een van de rationaliteiten is die een rol speelt bij een keuze voor een constructie is dat legitiem. Daarover dient dan wel inzichtelijkheid te bestaan.

Vanuit een economische en politieke rationaliteit (die van alle tijden is, zie bijv. de steun over de beschreven literatuurperiodes voor een tempus modicum) en juist vanuit de gedachte dat de lasten gelijkelijk verdeeld moeten zijn kan in het huidige tijdsbestek zeker geaccepteerd worden dat iedere burger een bepaald eigen risico heeft, een normaal maatschappelijk risico, eigenlijk als prijs voor het delen in de veiligheid van de maatschappij. Daarmee is de figuur van het normaal maatschappelijk risico '*een uniek criterium om te komen tot een optimale verdeling van lasten tussen de publieke rechtsgemeenschap (algemeen belang) en het individu (particulier belang). Dat is het hart van de publiekrechtelijke égalité-aansprakelijkheid (…)*'.[152] Dat impliceert dus niet dat alle schade tengevolge van legitiem overheidshandelen onder iemands normaal maatschappelijk risico valt. Omgekeerd zou ik niet willen bepleiten dat alle schade van de gewezen verdachte voor last van de overheid komt.

148 Bij de besproken wetenschappelijke auteurs komt niet naar voren dat het financiële argument erg relevant is voor de opvatting over een grondslag over schadevergoeding.

149 Diverse wetenschappelijke auteurs veronderstelden overigens wel dat de keuze voor de billijkheidsgrondslag was ingegeven vanuit financiële overwegingen, of dat de wetgever voorzichtig was met verdere uitbreiding van de regeling, zie hoofdstuk 4 in § 4.4.3.1 en § 4.5.3.2 en § 4.6.3.6).

150 Ontwerp MvT in § 4.9.3 sub 6.

151 F.P. Ölçer en G.K. Schoep 2006, p. 136, 138 en 148.

152 R.J.N. Schlössels 2002 (II), noot 71.

Ik kan mij – in overeenstemming met de ontwikkelingen in het bestuursschaderecht – en indachtig de nog zeer bruikbare opvattingen uit de 19e eeuw, waar het uitgangspunt van het tempus modicum breed werd gedragen – binnen de huidige tijdgeest wellicht het volgende model voorstellen: het stelsel van de standaard vergoeding (zoals thans gehanteerd bij vrijheidsbeneming) zou als het ware kunnen worden omgedraaid. Daarbij geldt voor elke inperking op een fundamenteel recht een daarbij (politiek maatschappelijk bepaald) passend eigen risico, hetzij via een forfaitair bedrag, hetzij via procentuele benadering, afhankelijk of sprake is van vergoeding van immateriële of materiële schade (zie hierna). Aangezien dat voor iedereen geldt, ontstaat daarmee gelijke lastenverdeling. Voor elke dag in vrijheidsbeneming draagt de gewezen verdachte bijv. de eerste € 95,- zelf. Slechts indien sprake is van schade die daarbovenuit komt (wat dan aannemelijk zal moeten worden,[153] en ik denk dan aan de situaties zoals beschreven in hoofdstuk 2, waar sprake was van extra groot nadeel; oftewel onevenredige schade, ofwel een speciale last – zie hiervoor) is de overheid aansprakelijk op basis van het égalité-beginsel, omdat slechts die schade uitgaat boven het NMR dat elke burger geacht kan worden te dragen en sprake is van een speciale last.

Dat betekent dat de vaststelling van forfaitaire bedragen met name betrekking zou moeten hebben op de NMR bedragen die voorzienbaar zouden moeten zijn vanuit de ervaring dat normale toepassing van bepaalde dwangmiddelen veelal bepaalde materiële en immateriële schade zal berokkenen. Men kan dan bijv. stellen dat bij doorzoeking een bepaald (evt. forfaitair of procentueel, zie hierna) bedrag aan materiële schade voor rekening van de eigenaar blijft (noem het bagatelschade, de kapotte deurkruk of wat gebroken ruiten) maar dat overige meerdere, aannemelijke (materiële en immateriële) schade aan eigendom buiten het NMR valt en voor vergoeding in aanmerking komt. In zoverre zou dat aansluiten bij de ontwikkelingen in het bestuursrecht, waar met percentages wordt gewerkt voor wat betreft de vaststelling van het NMR van bedrijven. Daar ziet men een ontwikkeling waarbij, slechts in geval de schade uitgaat boven 15% van de jaaromzet, geacht wordt dat deze schade niet meer valt aan te merken als vallend binnen het NMR van een bedrijf.[154] Deze gedachte zou ook nader verkend kunnen worden ten aanzien van de individuele burger; daarbij zou de keuze van de wetgever bij de nieuwe Wet Ruimtelijke ordening, waar een forfaitair bedrag (procentueel, namelijk 2% NMR, zie artikel 6.2, tweede lid) is vastgesteld voor indirecte schade, eveneens

153 Zoals ook bij nadeelscompensatie het uitgangspunt is: geen vergoeding, tenzij de benadeelde aannemelijk maakt dat hij onevenredig benadeeld wordt door het op zichzelf rechtmatige overheidshandelen, zie B.P.M. van Ravels 2005, p. 69. Bij vergoeding van planschade is het overigens omgekeerd: de schade moet worden vergoed, tenzij het bestuursorgaan deugdelijk motiveert dat de schade ten laste van de betrokkene moet blijven. Van Ravels ziet overigens geen voldoende rechtvaardiging voor deze verschillen, idem, p. 84.

154 J.E.M. Polak 2008, p. 114.

betrokken kunnen worden. Bij deze nadere verkenning zou het verzekeringsaspect meegenomen kunnen worden.

Het voordeel van een percentage is in dit geval dat enigszins met draagkracht rekening wordt gehouden. Over de vraag of (en hoe) dat een factor is die ook bij vergoeding van schade tengevolge van strafvorderlijk overheidshandelen moet meetellen, zie hierna in § 7.4.3.8.

7.4.3.7 NMR anders voor gewezen verdachten ten opzichte van derden?

Resteert de vraag of daarbij een onderscheid gemaakt moet worden tussen de gewezen verdachte en de derde – niet verdachte. Ja, meenden hiervoor de Hoge Raad en Langemeijer: de derde kan best zelf eventuele ongemakjes dragen, maar schade aan eigendom kan niet gezien worden als vallend binnen het NMR van een derde – niet verdachte. Mijns inziens is dat niet de oplossing.

Als de gedachte is dat alle burgers delen in de veiligheid van de maatschappij, dan kan ook voor al die burgers een relatief klein eigen risico worden geaccepteerd indien zij betrokken raken bij het door de overheid legitiem uitvoeren van haar taken die gericht zijn op de beveiliging van die maatschappij. Een principieel onderscheid tussen derden en gewezen verdachten kan vanuit die optiek niet gemaakt worden, tenzij dat onderscheid gebaseerd zou zijn op de – niet langer te accepteren – factoren die gerelateerd zijn aan (vermoedens over) schuld of restverdenking.

Geconcludeerd moet dan ook worden dat er in beginsel geen onderscheid gemaakt moet worden met betrekking tot het NMR tussen een gewezen verdachte en een derde, althans, voor wat betreft materiële schade.[155] Wellicht is een nuance nodig voor wat betreft immateriële schade. Hiervoor werd namelijk gesteld dat bovenop de schade die zowel gewezen verdachte als derde kunnen lijden, de gewezen verdachte ook extra schade kan ervaren vanwege de schande.

7.4.3.8 Draagkrachtbeginsel

Hiervoor (§ 7.4.3.6) werd al even verwezen naar de draagkracht en werd kort de vraag aangestipt of een NMR procentueel berekend zou moeten worden aangezien daarmee een draagkrachtaspect zou meetellen bij vergoeding van schade tengevolge van strafvorderlijk overheidshandelen. Los van beantwoording van deze principiële vraag is het van belang ten opzichte waarvan dat percentage dan zou moeten worden berekend. En hoe moet het met het onderscheid tussen materiële en immateriële schade. En de schande die – naast de schade – ook al op de gewezen verdachte rust? Hoewel het te ver voert hier

155 Hierna (bij omvang) ga ik in op het eventuele onderscheid in processuele schuld tussen gewezen verdachte en derde wat mogelijk wel tot een verschil kan leiden in de uiteindelijke tegemoetkoming.

in te gaan op al deze aspecten, kunnen wel enkele bemerkingen worden gedaan.

Volgens Kwakman kan het draagkrachtbeginsel wel degelijk een rol spelen als maatstaf bij het vaststellen van de schadecompensatie.[156] Nieuwenhuis meent daarentegen dat draagkracht geen rol zou moeten spelen bij nadeelcompensatie en hij beargumenteert dat vanuit zijn kritiek op het égalité-beginsel als grondslag voor deze compensatie. Hij stelt – kort gezegd – dat bij het égalité-beginsel, of de verdelende rechtvaardigheid, het uitgangspunt is dat sterke schouders de zwaarste lasten dragen speelt; het gaat om (her)verdeling van lusten en lasten over de leden van de samenleving. De vergeldende rechtvaardigheid bedoelt echter ontoelaatbare verschuivingen 'recht te zetten' zonder aanzien des persoons. Dat heeft Nieuwenhuis zijn voorkeur.[157] Hij bestrijdt mijns inziens dus niet dat draagkracht een rol speelt bij toepassing van het égalité-beginsel, maar hij bestrijdt de Nederlandse interpretatie van het égalité-beginsel als grondslag voor nadeelcompensatie. Van den Berk meent echter dat het égalité-beginsel anders moet worden opvat dan Nieuwenhuis suggereert.[158] Draagkracht als factor lijkt derhalve wel samen te hangen met de veronderstelde grondslag voor de vergoeding. Bij solidariteit als achterliggende grondslag (vgl. Van Maanen, hiervoor) lijkt het logisch om draagkracht een rol te laten spelen, evenals bij de grondslag door Kwakman voorgestaan (dubbele belangenafweging op basis van evenredigheid). En bij aanvaarding van het égalité-beginsel als grondslag? Volgens Nieuwenhuis is de gedachte van draagkracht daaraan inherent (hoewel hij deze grondslag dus afkeurt voor de hier besproken kwestie). Het is omstreden in hoeverre de draagkracht een rol mag spelen bij de bepaling van de abnormaliteit van de schade.[159] Ook Van Maanen/De Lange lijken te twijfelen, en koppelen deze twijfel aan hun twijfel over de bepaling van de referentiegroep in het bestuursrecht, het specialiteitcriterium (zie bespreking hiervoor).[160]

Indien gekozen wordt voor een standaard tempus modicum/NMR lijkt mij in ieder geval verdedigbaar dat daarbij enige vorm van draagkracht verwerkt moet worden door – op het terrein van vergoeding voor materiële schade – te werken met procentuele 'NMR' bedragen. Anders zou de situatie ontstaan dat armlastige gewezen verdachten relatief een groter deel van de ontstane schade zelf zouden dragen dan de bovenmodale gewezen verdachte. Maar

156 N.J.M. Kwakman 2003, p. 369 in noot 654.
157 J.H. Nieuwenhuis 1989, p. 123-124.
158 J.A.M. van den Berk 1997, p. 18, namelijk dat het égalité-beginsel in Frankrijk niet meer is dan dat publieke lasten gelijk moeten worden verdeeld, en draagkracht speelt daarbij geen rol.
159 B. Schueler 1999, p. 64, F.J. van Ommeren 1990, p. 80, R.J.N. Schlössels 1998, naar aanleiding van een uitspraak van de HR (3 april 1998, RvdW 1998, 82C, het zgn. Meiland-arrest) waar deze stelde dat de concrete vermogens- en inkomenssituatie van een gelaedeerde bij de bepaling van de (hoogte van) een nadeelcompensatieplicht géén rol mag spelen (p. 1384).
160 G.E. van Maanen en R. de Lange 2005, p. 162.

nogmaals, dat hangt dan samen met de 'moderne', want forfaitaire benadering van het NMR.[161]

7.5 ASPECTEN VAN OMVANG

7.5.1 Actieve en passieve risicoaanvaarding (processuele schuld)

Uit de literatuuranalyse kwam sterk naar voren dat bijna unaniem werd gemeend dat processuele schuld reden kan zijn tot vermindering van aanspraak op schadevergoeding.[162] In de vroegere literatuur lijkt 'processuele schuld' met name gezien te worden als een algehele belemmering voor schadevergoeding (Straatman 1870, Domela Nieuwenhuis 1878, Mom Visch 1882, Caudri 1898, Simons 1904, Binnerts 1907). Kritisch echter zijn Leyds (1884) en Noyon (1886), Marx (1931), Van Binsbergen (1965), Tak (1970) en Borsboom (1983). Later wordt 'processuele schuld' veelal meer als reden voor vermindering van de aangenomen aanspraak op vergoeding beschouwd (dus het verschuift naar de kwestie van de omvang.[163] Genuanceerder kijken Prakken (1989/1990), Bakels (1991) en Roef en De Roos (1996). Onder de echte voorstanders reken ik weer wel Doorenbos (1991), De Pree (1992), Van den Berg en Rozemond (1992 en 1993), Mevis (1992), Rozemond (1993), De Kok (1993), Brouns (1996), Spier (1996), Kwakman (2003) en Van Maanen en De Lange (2005).[164] Ook in de rechtspraak op de voet van de artikelen 89-93 Sv wordt processuele schuld eerst vooral beschouwd als een factor die schadevergoeding in de weg staat, maar later als een factor die leidt tot (procentuele) vermindering van de toegekende vergoeding (zie hoofdstuk 2). Ook de Hoge Raad vermindert op vergelijkbare wijze – via de mogelijkheid van artikel 6:101 BW – schadevergoeding op basis van eigen processuele schuld aan het ontstaan of voortbestaan van de schadeveroorzakende situatie. De Hoge Raad deed dat ook in de uitspraken waar op grond van het égalité-beginsel een aanspraak op vergoeding voor de niet-verdachte derde werd gefundeerd en gaat in dat verband ook in op de relatie tussen het NMR (bij bepaling aanspraak) en risicoaanvaarding (dat betrekking heeft op fase daarna, bij omvang).[165] Het gegeven dat eigen schuld aan de schade een schadevergoedingverminderende

161 Vergelijk de nieuwe Wet Ruimtelijke ordening (inwerking 1 juli 2008) met de 'forfaitaire' ondergrens van artikel 6.2, tweede lid voor wat betreft het zelf te dragen normaal maatschappelijk risico voor wat betreft indirecte schade (procentueel), zie daarover B.P.M. van Ravels 2008.

162 Over eigen schuld in het algemeen: L.J.A. Damen 1996, p. 34 e.v.

163 Kritisch daarover is overigens J.P.M. Borsboom 1983.

164 De behandeling van de literatuur sluit hierbij aan (processuele schuld wordt eerst besproken bij de voorwaarde, later bij de omvang.

165 Hoge Raad 17 september 2004, NJ 2005, 392, r.o. 3.3.

omstandigheid is, is derhalve aan alle rechtsgebieden eigen (civielrechtelijk, bestuursrechtelijk).

In het ontwerp wetsvoorstel 'Schadecompensatie strafvorderlijk overheidsoptreden' is (onder de bestuursrechtelijke term) actieve en passieve risicoaanvaarding in de regeling opgenomen als mogelijkheid tot vermindering van de vergoeding (voorgesteld artikel 597, eerste lid onder a en b). In de memorie wordt dit nader toegelicht met voorbeelden uit de rechtspraak, zoals dat door het afleggen van wisselende verklaringen de verdachte kennelijk het risico van het voortduren van het voorarrest heeft aanvaard.[166]

7.5.2 Het ontwerp wetsvoorstel behoeft nuancering tussen zwijgen en liegen bij verrekening van processuele schuld

In dit verband wil ik er nogmaals op wijzen dat het bij processuele schuld zuiver is onderscheid te maken omdat door zwijgen enerzijds en door liegen en misleiden anderzijds sprake is van verschillende situaties (in verband met het absolute zwijgrecht). Dat impliceert mijns inziens dat ook de gevolgen daarvan voor vermindering van schadevergoeding verschillend zouden moeten worden beoordeeld (zie uitvoerige bespreking hiervoor in § 6.6.6).
Bovenstaand onderscheid tussen zwijgen en liegen zou daarbij beter benadrukt moeten worden.

Met name in dit onderdeel (processuele schuld) kan (maar dat hoeft zeker niet zo te zijn) een onderscheid ontstaan tussen de gewezen verdachte en de derde – niet verdachte. Indien de gewezen verdachte langduriger in een rechtsrelatie met de overheid is geweest, heeft hij mogelijk meer momenten gehad om zijn eigen houding te bepalen. Alleen door die wellicht langduriger wederkerige relatie zou een verschil kunnen ontstaan tussen gewezen verdachte en derde. Voor beiden geldt namelijk dat indien eigen keuzen[167] hebben geleid tot schadevermeerdering, dat aanleiding kan geven dat deel van de schade voor eigen risico te laten. Hiermee wordt duidelijk dat processuele schuld als schadevergoedingbeperkende factor niet iets is wat alleen geldt voor een gewezen verdachte. Het heeft niets met voorafgaande verdenking of mogelijke schuld te maken. Het is een uitgangspunt dat ook geldt in het bestuursrecht en het civiele recht. En dus ook ten aanzien van de derde, niet gewezen verdachte die in contact is gekomen met de strafvorderlijke overheid als gevolg waarvan schade is ontstaan.

166 In § 4.7.1.
167 Voor zover niet volgend uit een absoluut recht, zie betoog hiervoor.

Samenvatting

OVERHEIDSAANSPRAKELIJKHEID VOOR SCHADE BIJ LEGITIEM STRAFVORDERLIJK HANDELEN

Toepassing van dwangmiddelen, waarbij sprake is van inbreuken/beperkingen op grondrechten, is slechts toegestaan op grond van de wet en in het kader van een specifieke overheidstaak, zoals strafvordering. Indien deze dwangmiddelen conform alle daaraan gestelde eisen op grond van geschreven en ongeschreven recht zijn uitgevoerd, kunnen ze in beginsel worden gekwalificeerd als rechtmatige overheidshandelingen. Dat neemt niet weg dat daarbij schade kan worden berokkend aan de verdachte die daarmee wordt geconfronteerd. Deze schade is door de overheid niet beoogd, maar is het bijkomstige gevolg van de overigens legitieme toepassing van een dwangmiddel.

Het is een interessante vraag of deze schade geheel of gedeeltelijk bij de gewezen verdachte moet blijven of terug op de Staat dient te worden afgewenteld. Deze vraag naar het bestaansrecht van een regeling die de mogelijkheid geeft tot herverdelen van de aldus geleden schade wordt al sinds het einde van de 19e eeuw gesteld. De wetgever creëerde in 1926 een beperkte mogelijkheid tot schadevergoeding voor de gewezen verdachte op grond van billijkheid voor schade tengevolge van rechtmatig toegepaste vrijheidsbenemende dwangmiddelen, de specifieke regeling in het Wetboek van Strafvordering in de artikelen 89-93. Hiermee werd de toenmalige tijdgeest ten aanzien van het sluitstuk van de verhouding tussen de legitiem optredende strafvorderlijke overheid en burger – voor wat betreft de binnen die verhouding ontstane schade – gereflecteerd in de wet. Daarmee was echter de discussie in de rechtspraktijk en de literatuur nog niet voorbij. De vraag naar het bestaansrecht van een dergelijke regeling was weliswaar beantwoord en door de keuze van de wetgever voor de billijkheid als grondslag was de politiek-maatschappelijke toon gezet. De ontwikkelingen op dit terrein zetten zich daarna echter voort via de rechtspraak, zowel door de strafrechter op de voet van deze regeling, als even later door de civiele rechter, die in deze gevallen onrechtmatigheid aannam in geval van achteraf gebleken onschuld. Inmiddels staan we aan de vooravond van een wetsvoorstel voor strafvorderlijke schade. Is sprake van een andere tijdgeest? Welke opvatting over dit thema dient thans gereflecteerd te worden in een wettelijke regeling? Het bestaansrecht van een dergelijke regeling wordt inmiddels niet meer betwist maar thans zal binnen de huidige maatschappelijke context wederom de vraag beantwoord moeten worden hoe

een dergelijke regeling eruit moet zien, dus op welke grondslag en onder welke voorwaarden de schade van de gewezen verdachte voor vergoeding in aanmerking kan, of dient, te komen. In hoeverre dient daarbij toenadering plaats te vinden tot het bestuursschaderecht[1] of staan daaraan domeinspecifieke aspecten in de weg?

Ter beantwoording van deze en andere vragen is dit boek opgesplitst in twee delen, voorafgegaan door een inleiding met leeswijzer. Het eerste deel bestaat uit de eerste vijf hoofdstukken en heeft een inventariserende functie. De historische ontwikkeling van de wettelijke regeling van de artikelen 89-93 Sv wordt gedetailleerd weergegeven in hoofdstuk 1, de rechtspraak op basis daarvan wordt uitvoerig besproken in hoofdstuk 2 en de civiele relevante rechtspraak in hoofdstuk 3. Ook wordt een gedetailleerd literatuuroverzicht gegeven in hoofdstuk 4. Deze hoofdstukken zijn vooral voor diegene van belang die nader inzicht wil in de politieke ontwikkeling van dit thema en de details wil kennen van de rechtspraktijk en de literatuur en deze hoofdstukken krijgen daarmee de functie van een handboek. Dit geheel wordt samengevat in hoofdstuk 5 dat fungeert als opmaat naar deel II. Deel II bestaat uit de afsluitende hoofdstukken 6 en 7 waar wordt getoetst en geconcludeerd en een toekomstig perspectief wordt geschetst. In het gehele boek wordt gewerkt volgens dezelfde structuur, namelijk door achtereenvolgens steeds in te gaan op de grondslag en de voorwaarden waaronder schade tengevolge van het ondergaan van rechtmatig toegepaste strafvorderlijke dwangmiddelen door de rechter vergoed kan worden aan de gewezen verdachte, waarbij ook aspecten van omvang worden besproken. Met de indeling van het boek in twee delen en via de steeds gehanteerde zelfde structuur is uitwerking gegeven aan de volgende drie hoofddoelstellingen, waarbij de eerste doelstelling in deel I tot uitdrukking komt en de tweede en derde doelstelling in deel II.

De eerste hoofddoelstelling van dit onderzoek is erop gericht om chronologisch de rechtsontwikkeling op dit rechtsterrein in kaart te brengen. Daarmee wordt een bijdrage geleverd aan overzicht en inzicht in de historische politieke, juridische en wetenschappelijke ontwikkeling en huidige stand van zaken op dit terrein. Dit is terug te vinden in deel I (hoofdstukken 1 t/m 5) van het onderzoek. Hoofdstuk 1 begint daartoe met het moment dat in politieke context de vraag naar het bestaansrecht van een wettelijke regeling voor vergoeding van schade voor de gewezen verdachte aan de orde wordt gesteld (1827) en beschrijft chronologisch de diverse wetshistorische stappen die vooraf gingen aan de totstandkoming van de regeling van de artikelen 89-93 Sv in 1926 en de daarna gemaakte aanpassingen daarop. De wetgever nam in deze (nog geldende) regeling geen recht op schadevergoeding op, maar creëerde een gunstensfeer, door het aan de rechter over te laten om op basis van een vage

1 Van de rechtspraktijk en in verband met het voorontwerp Nadeelcompensatie. Zie voor deze tekst Overheid en aansprakelijkheid, augustus 2007, nr. 4, p. 116-118 en de bijdragen in die aflevering.

grondslag (billijkheid) te bepalen of schade tengevolge van vrijheidsbenemende dwangmiddelen door de Staat moet worden vergoed in geval de zaak eindigt zonder straf of maatregel. De dominante teneur in de politieke discussie daarbij was dat men de gedachte van een recht op schadevergoeding bij in beginsel een rechtmatig handelende strafvorderlijke overheid niet kon steunen. Men leunde sterk op de gedachte dat alleen bij *on*rechtmatig handelen sprake kan zijn van een recht op vergoeding. Ook wilde men geen verplichting tot schadevergoeding, en wilde men eigenlijk alleen iets regelen voor de niet-schuldige. Hiervoor bood de billijkheid als grondslag een 'veilige' oplossing, omdat daarmee geen recht op vergoeding ontstond en de rechter per geval tot vergoeding kon besluiten. De regeling was beperkt tot schade tengevolge van vrijheidsbenemende hechtenis en gold alleen in geval de zaak eindigde zonder oplegging van straf of maatregel. Onschuld werd niet als wettelijke voorwaarde gesteld.

Hoe de rechter met deze schadevergoedingsregeling omging, wordt geanalyseerd in hoofdstuk 2. Uit deze rechtspraak blijkt vooral dat vermoedens over (on)schuld en restverdenking een doorslaggevende rol spelen bij de beslissing over schadevergoeding. De gekozen proceshouding speelt zowel bij de beslissing over schadevergoeding als bij de bepaling van de hoogte ervan een rol. De toegekende schadevergoeding wordt bepaald aan de hand van forfaitaire bedragen, waarbij slechts in geval van gebleken extra groot nadeel de rechter geneigd is daarvan af te wijken ten gunste van de gewezen verdachte.

Naast of na gebruik van de regeling van de artikelen 89-93 Sv wordt de aanvullende rechtsbescherming van de civiele rechter gezocht in het kader van de onrechtmatige overheidsdaad. Daarom is eveneens de relevante civielrechtelijke rechtspraak geanalyseerd in hoofdstuk 3. Daaruit komt naar voren dat de civiele rechter een categorie onrechtmatige dwangmiddelen heeft gedefinieerd waarbij de onrechtmatigheid wordt vastgesteld op basis van achteraf gebleken onschuld – in beginsel blijkend uit gedingstukken van de strafzaak – omdat daardoor volgens de Hoge Raad de aanvankelijke rechtvaardigingsgrond (de verdenking) voor het strafvorderlijk optreden vervalt. Deze constructie is geheel op andere leest geschoeid dan de omgang door de civiele rechter met schade tengevolge van legitiem bestuurlijk overheidsoptreden. Daarvoor werd namelijk het beginsel van de gelijkheid voor de openbare lasten ('égalité devant les charges publiques') zowel door bestuursrechter als civiele rechter geaccepteerd als norm waarvan schending een onrechtmatige daad oplevert, in geval sprake is van onevenredig nadeel. Bij schade door strafvorderlijk overheidsoptreden is deze redenering inmiddels ook gehanteerd maar dan slechts *voor derden* bij in beginsel rechtmatig toegepaste strafvorderlijke dwangmiddelen.

Schadevergoeding voor strafvorderlijk handelen heeft ook in de literatuur de nodige aandacht gekregen. In hoofdstuk 4 wordt deze chronologisch besproken met een indeling in tijdsblokken vanwege relevante veranderende omstandigheden, zoals de totstandkoming van de wettelijke regeling van de

artikelen 89-93, de aanpassing van deze regeling en de relevante civiele rechtspraak. Uit deze literatuuranalyse komt naar voren dat de billijkheid niet meer wordt gesteund en de civiele onrechtmatigheidconstructie om meerdere redenen niet wenselijk wordt geacht. De gedachte van een recht in de zin van een aanspraak op vergoeding bij rechtmatig handelen wordt namelijk inmiddels op dit terrein (strafvorderlijk handelen) bijna unaniem gesteund en velen roepen in dat verband op tot aanpassing van de wettelijke regeling van de artikelen 89-93 Sv, veelal op basis van, of gerelateerd aan het égalité-beginsel als grondslag, dan wel op basis van risicoaansprakelijkheid. Iedereen is het erover eens dat onschuld geen factor meer mag zijn, veelal wegens mogelijke strijd met artikel 6 EVRM of de onmogelijke bewijspositie. Een verwijzing naar de verdenking wordt door de meesten niet als strijdig met artikel 6 EVRM beschouwd. Over de gehele beschreven periode in de literatuur wordt gemeend dat sommige gekozen proceshoudingen in de weg staan aan (volledige) vergoeding. Er lijkt consensus te bestaan dat ook sprake dient te zijn van vergoeding van schade voor andere dan vrijheidsbenemende dwangmiddelen.

Het eerste deel van dit onderzoek wordt tot slot afgesloten in hoofdstuk 5, waar alle bevindingen van wetgeving, strafrechtelijke rechtspraak en relevante civiele rechtspraak op een rij worden gezet en de aandachtspunten uit de literatuur op hoofdlijnen wordt samengevat, als opmaat naar deel II van het onderzoek.

Het uiteindelijke beeld dat ontstaat over vergoeding van schade aan de gewezen verdachte voor legitiem toegepaste strafvorderlijke dwangmiddelen is inconsistent. Het rechtsterrein wordt parallel en gedeeltelijk overlappend, maar niet volledig gedekt door enerzijds een specifiek wettelijke regeling en anderzijds via de constructie van de Hoge Raad op basis van de algemene wettelijke schadevergoedingsregeling in verband met onrechtmatige daad. De grondslag waarop schadevergoeding mogelijk is in het kader van de specifiek wettelijke regeling heeft tot een invulling in de rechtspraak geleid die niet eenduidig is en geen rechtszekerheid geeft, waarbij sprake is van terugverwijzing naar nog bestaande verdenking, onjuiste proceshouding of restschuld: criteria die samenhangen met het strafrechtelijke voortraject. Er is sprake van grote diversiteit voor wat betreft de mogelijkheden tot schadevergoeding op dit terrein. De civiele restrechter heeft weliswaar gezorgd voor aanvullende rechtsbescherming maar daarmee is niet de situatie ontstaan dat voor een ieder die schade heeft geleden tengevolge van de legitieme toepassing van strafvorderlijke dwangmiddelen of strafvorderlijk handelen een vergelijkbare of gelijke mogelijkheid tot schadevergoeding bestaat.

De tweede hoofddoelstelling van dit onderzoek is, op basis van deze bevindingen en met behulp van een literatuuranalyse, gericht op beantwoording van de vraag in hoeverre dit rechtsterrein zich heeft ontwikkeld tot een wenselijke rechtspraktijk vanuit de betekenis van enkele fundamentele uitgangspunten van de rechtsstaat, met daarbij aandacht voor waardenrationaliteit (basisuitgangspunten over de relatie tussen overheid en burger) en een juridisch

systematische rationaliteit (systematische benadering van het strafprocesrecht, inclusief EVRM). In deel II van het onderzoek (dat uit de hoofdstukken 6 en 7 bestaat) is vanuit die optiek een toetskader opgesteld. Behalve dat in dit verband enkele algemene fundamentele uitgangspunten van de rechtsstaat als beoordelingskader worden benoemd (gelijkheidsbeginsel, rechtszekerheidsbeginsel en het beginsel van rechtseenheid), wordt in hoofdstuk 6 ingegaan op relevante overeenkomsten en verschillen in de aard van de relatie tussen strafvorderlijke overheid en burger en bestuurlijke overheid en burger waar het de legitieme toepassing van bevoegdheden betreft die tot schade kunnen leiden. De in haar kern vergelijkbare aard van de bestuurlijke en strafvorderlijke rechtsbetrekking veronderstelt dat er in beginsel geen reden is om de binnen die vergelijkbare relatie ontstane schade voor de burger op een verschillende grondslag voor vergoeding te stoelen. Bovenstaande zou slechts anders kunnen zijn indien er dwingende (domeinspecifieke) redenen zijn tot afwijking. Met andere woorden het zou zo kunnen zijn dat het 'eigene' van het strafrecht terecht dient te leiden tot een 'eigen' schadevergoedingsconstructie, waarbij het wel van belang is te verkennen in welk onderdeel van de uiteindelijke constructie dat dan naar voren zou moeten komen (bij de grondslag, de voorwaarden of bij aspecten van omvang).

Daartoe wordt apart ingegaan op dat 'eigene'. Er zijn namelijk ook verschillen tussen de strafvorderlijke en de bestuurlijke rechtsrelatie die te verklaren zijn vanuit domeinspecificiteit: voor het strafrecht geldt dat op het moment dat sprake is van een verdenking (en dat is een domeinspecifiek criterium) voor de overheid de bevoegdheid ontstaat om dwangmiddelen toe te passen, waarbij de overheid gebonden is aan een belangenafweging en diverse (ongeschreven en geschreven) normen, zoals het proportionaliteitsbeginsel en het subsidiariteitsbeginsel. Die algemene normen gelden overigens ook in de bestuursrechtelijke relatie. Maar in de strafvorderlijke rechtsrelatie gelden daarnaast nog enkele domeinspecifieke beginselen, zoals de onschuldpresumptie. Het meest domeinspecifieke in de aard van de strafrechtelijke rechtsbetrekking heeft echter vooral te maken met de verandering van de formeel strafrechtelijke rechtsbetrekking (die genormeerd wordt door de onschuldpresumptie) door de eenzijdige vaststelling van de materiële schuld door de strafrechter. Als die eenzijdige vaststelling niet plaatsvindt (het onderwerp van onderhavig onderzoek) blijft de formele norm waaraan de overheid is gebonden in de relatie met de burger van kracht. Daarmee is de kern, het 'eigene', van het strafproces gegeven. Nu kwam uit de rechtspraakanalyse naar voren dat juist de gestelde (aanvullende) voorwaarden zoals door de schadevergoedingsrechters gehanteerd – zowel op de voet van de regeling van de artikelen 89-93 Sv als door de civiele rechter via zijn specifieke onrechtmatige daadconstructie op basis van gebleken onschuld – samenhangen met dit 'eigene' van het strafproces. Aangezien het gebruik van begrippen zoals 'onschuld' en 'verdenking' in de schadevergoedingsprocedures veronderstelt dat het om dezelfde begrippen gaat als die binnen het strafproces, is het de vraag hoe het gebruik

van deze begrippen in een schadevergoedingsprocedure zich verhoudt met de betekenis die aan deze begrippen in het strafproces toekomt. Daartoe wordt nader ingegaan op de systematiek van het strafproces en betekenis en functie (en onderlinge samenhang) van enkele begrippen die in het strafrecht een domeinspecifieke betekenis hebben (onschuldbeginsel, materiële schuld, verdenking, verklaringsvrijheid en zwijgrecht), inclusief de betekenis die daaraan in EHRM rechtspraak is gegeven.

Dat geheel van algemene en domeinspecifieke uitgangspunten biedt een toetskader op basis waarvan de meest dominante bevindingen worden beoordeeld (hoofdstuk 6).

Voor wat betreft de grondslag wordt als volgt geconcludeerd: noch de bestuursrechtelijke wetgever, noch de bestuursrechter, noch de civiele rechter lijken thans nog moeite te hebben met de gedachte van een aanspraak op vergoeding bij schade tengevolge van legitiem overheidshandelen. Inmiddels wordt daar namelijk op basis van het égalité-beginsel aangenomen dat ook bij een legitiem handelende overheid onder voorwaarden sprake kan zijn van een aanspraak op vergoeding voor de daarbij ontstane schade. Daarmee lijkt voor wat betreft de bestuurlijke wetgever en de rechtspraak op dat terrein sprake te zijn van een verschuiving van de onderliggende norm omdat de onevenredigheid van de schade bepalend is geworden voor de veronderstelde aanspraak op vergoeding. Slechts de gewezen verdachte verkeert in vergelijking daarmee nog in een geïsoleerde positie omdat de vergoeding van zijn schade in de gunstensfeer ligt (billijkheid) en de civiele rechter alleen voor hem het égalité-beginsel niet als zelfstandige grondslag toepast voor een schadeclaim, maar gebleken onschuld eist. Aangezien de bestuurlijke en de strafvorderlijke rechtsrelatie in de kern niet verschillen van aard is de thans ontstane verbrokkelde rechtspraktijk voor wat betreft de mogelijkheden tot vergoeding van schade die in deze rechtsrelaties kunnen ontstaan daarmee in beginsel niet in overeenstemming, omdat beide ontstane pistes (voor strafvorderlijke schade en voor bestuurlijke schade) geen uitdrukking lijken te geven aan dezelfde onderliggende norm. Daarmee lijkt deze rechtspraktijk evenmin te voldoen aan de eisen van rechtseenheid. Ook kan de huidige situatie niet de toets van rechtszekerheid doorstaan. Hoewel de toenmalige keuze voor de billijkheidsgrondslag was ingegeven om flexibiliteit te behouden dient daarbij wel recht te worden gedaan aan de rechtszekerheid voor de burger. Gesteld wordt dat de regeling van de artikelen 89-93 Sv die rechtszekerheid op veel fronten niet heeft kunnen bieden. Ook in de literatuur werd dit meerdere malen aan de orde gesteld.

Voor wat betreft de wettelijke voorwaarden kan worden gesteld dat het thema zich niet meer kan beperken tot de vraag naar vergoeding van schade ten gevolge van vrijheidsbenemende dwangmiddelen alleen; deze beperking lijkt niet gebaseerd te zijn op enig principieel uitgangspunt. Inmiddels hebben veranderingen in het strafproces, zowel vanwege de ontwikkeling dat strafbaarheid is uitgebreid tot rechtspersonen als door de toegenomen mogelijkheden

voor de overheid om dwangmiddelen en overige ingrijpende bevoegdheden (eerder) toe te kunnen passen, tot meer ongelijkheid in mogelijkheden tot vergoeding van schade geleid. De civiele rechter meent expliciet dat er geen onderscheid meer is tussen schade tengevolge van dwangmiddelen of tengevolge van bijzondere bevoegdheden. De strafrechter gaat enigszins coulant om met deze wettelijke beperking en stelt diverse leemten aan de orde die met deze beperking samenhangen. In de literatuur steunt men deze beperking niet meer. Hieruit volgt dat gelijktrekking van de mogelijkheid tot vergoeding van schade, ongeacht of het schade betreft tengevolge van vrijheidsbenemende of andere dwangmiddelen of schade tengevolge van bijzondere bevoegdheden of schade tengevolge van (het bekend worden van) het strafproces, nodig is vanuit het oogpunt van rechtsgelijkheid. Het thema wordt vanaf hier in het onderzoek dus ruimer opgevat en strekt zich uit over schade tengevolge van strafvorderlijk handelen.

Voor wat betreft de aanvullende voorwaarden (onschuld, geen restverdenking) wordt op basis van rechtspraak van het EHRM geconcludeerd dat de wijze van beëindiging van een strafzaak bepalend is voor de discretionaire ruimte van de schadevergoedingsrechter; indien geen mogelijkheid heeft bestaan inhoudelijk verweer te voeren in de strafzaak (in geval van kennisgeving van niet verdere vervolging, sepot, niet ontvankelijkheid van het Openbaar Ministerie), mogen in de schadevergoedingsprocedure geen verwijzingen naar schuld (finding of guilt) worden tegengeworpen. Verwijzingen naar de verdenking (state of suspicion) worden niet aangemerkt als strijdig met artikel 6 lid 2 EVRM, tenzij na een onherroepelijke vrijspraak.

Hoewel uit de uitspraken van het EHRM niet een compleet verbod op verwijzingen naar 'feitelijke' schuld is af te leiden, volgt dat wel uit de systematiek van het strafproces. De schadevergoedingsrechter (civiele of andere) heeft namelijk te maken met de rechtsbetrekking zoals die is aangegaan, dus gebaseerd op een verdenking en indachtig de instructienorm (onschuldpresumptie), maar zonder de mogelijkheid om op welke wijze dan ook te verwijzen naar aspecten die gerelateerd zijn aan materiële schuld aan het feit waarvan betrokkene verdacht was. Daartoe is slechts de strafrechter bevoegd. Ook zijn er bewijsaspecten die de steun voor een dergelijke voorwaarde voor schadevergoeding niet kunnen dragen. Dat hangt vooral samen met de zogenaamde 'scheve waarheid': het strafproces is niet gericht op het vaststellen van onschuld, maar op het vaststellen van materiële schuld.

Ten aanzien van de verwijzingen naar de verdenking in schadevergoedingsprocedures – in aanvulling op de rechtspraak van het EHRM daarover – geeft de functie en de betekenis die de verdenking heeft binnen de loop en de systematiek van het strafproces nog een beperking, want op het moment dat aan vervolging een (feitelijk) definitief einde is gekomen, dus in alle situaties waar geen verdere vervolging meer zal plaatsvinden, komt namelijk ook een einde aan de functie van de verdenking. Ook de civielrechtelijke constructie waarbij de verdenking als rechtvaardigingsgrond voor strafvorderlijk optreden

wordt beschouwd is niet in overeenstemming met de functie van de verdenking in de systematiek van het strafproces.

Tot slot de proceshouding (zwijgen of liegen) als reden tot geen (of geen volledige) schadevergoeding. Daartoe wordt eerst vastgesteld dat het zwijgrecht en het recht om een verklaring te mogen afleggen iemand het recht geven om te zwijgen of te spreken, inclusief liegen, maar dat hier binnen de loop van het strafproces (dat eindigt met een veroordeling) zelf wel consequenties aan verbonden kunnen worden. Zo kan zwijgen een factor zijn bij de uiteindelijke bewijsoverweging en worden meegewogen bij de strafmaat. Dit volgt zowel uit rechtspraak van het EHRM (via nemo tenetur-rechtspraak) als uit rechtspraak van de Hoge Raad; ook volgt uit rechtspraak van de Hoge Raad dat een kennelijk leugenachtige verklaring – onder voorwaarden – voor het bewijs ten laste van de verdachte kan worden gebruikt. Voor wat betreft de consequenties die daaraan verbonden worden in schadevergoedingsprocedures die volgen op de situatie dat men *niet* wordt veroordeeld is daarop echter een nuancering aan te brengen voor wat betreft zwijgen. Dat volgt niet zozeer uit het EVRM maar uit de gedachte dat een absoluut recht bestaande uit de keuze om te zwijgen of te verklaren niet kan samengaan met negatieve consequenties verbonden aan die keuze in het geval men – wellicht dankzij dat zwijgen – niet wordt veroordeeld, vooral omdat in dat geval niet inzichtelijk meer zal kunnen worden of dat zwijgen onnodig was om hetzelfde eindresultaat te behalen. Daarin verschilt deze situatie van die waarbij wel sprake is van vaststelling van schuld aan een strafbaar feit omdat men dan namelijk achteraf kan stellen dat zwijgen niet nodig was geweest en daarom heeft bijgedragen aan de vergroting van de schade. Kortom: liegen mag eventueel consequenties hebben voor de hoogte van de vergoeding, maar zwijgen niet.

De derde hoofddoelstelling van dit onderzoek is om met behulp van de verkregen inzichten vooruit te kijken indachtig de huidige maatschappelijke context, waarbij ook het inmiddels ingezette traject voor een ontwerp wetsvoorstel Schadecompensatie strafvorderlijk optreden wordt beschouwd. Dat gebeurt in hoofdstuk 7 waar wordt geconcludeerd dat sommige door de rechtspraktijk ingeslagen richtingen – op basis van de beoordeling – niet verder vervolgd kunnen worden. Dat geldt voor de billijkheid als grondslag en voor vergoeding op basis van onrechtmatige daad. Dat impliceert dat andere wegen dienen te worden ingeslagen. Daarbij wordt ingezoomd op de vraag in hoeverre domeinspecifieke aspecten doorslaggevend dienen te zijn bij de keuze voor een grondslag en de invulling van eventuele voorwaarden. Geconcludeerd wordt dat vanuit de overeenkomst tussen de voorliggende rechtsrelaties een einde gemaakt dient te worden aan de geïsoleerde ontwikkeling van schadevergoeding voor een deel van het (i.c. strafvorderlijk) overheidsoptreden. Bovenstaande zou slechts anders kunnen zijn indien er dwingende (domeinspecifieke) redenen zijn tot afwijking. Het meest domeinspecifieke argument (waar de strafrechtelijke en bestuursrechtelijke rechtsbetrekking in ieder geval van elkaar verschillen) dat een mogelijke afwijking in grondslag had kunnen rechtvaar-

digen, is gerelateerd aan onschuld. Uit de eerdere conclusies volgt echter dat overwegingen gerelateerd aan (on)schuld geen rol meer mogen spelen in strafzaken die niet zijn geëindigd met de rechterlijke vaststelling van materiële schuld. Daarmee vervalt dit domeinspecifieke argument en daaruit vloeit voort dat aansluiting bij de grondslag die over het algemeen wordt beschouwd als grond voor aanspraak op vergoeding van schade tengevolge van rechtmatig bestuurlijk overheidshandelen, het meest voor de hand ligt. Dat is i.c. het égalité-beginsel zoals inmiddels uitgewerkt in de Nederlandse praktijk en zoals – in de toekomst beoogd – gecodificeerd door het Voorontwerp Wet nadeelcompensatie en schadevergoeding bij onrechtmatige besluiten. Het égalité-beginsel biedt tevens de benodigde flexibiliteit zonder daarmee afbreuk te hoeven doen aan de vereiste rechtszekerheid voor de burger. De flexibiliteit zal namelijk niet gevonden worden in de mogelijkheid om per zaak geen, of meer of minder vergoeding toe kunnen kennen (zoals de billijkheidsgrondslag dat bood), maar wel zal door politieke of maatschappelijke ontwikkelingen de invulling van wat als onevenredig wordt beschouwd of wat als buiten het normaal maatschappelijk risico (NMR) wordt beschouwd kunnen variëren. Dit geeft beduidend meer rechtszekerheid dan een geval-tot-geval-flexibiliteit. De ontwerpwetgever kiest echter voor een andere benadering, deels in navolging van de voorstellen van de onderzoeksgroep Sv 2001. Gekozen wordt namelijk voor een vergoeding op basis van evenredigheid, waardoor niet geheel wordt aangesloten bij de égalité-grondslag met zijn twee kenmerkende componenten (speciale last, abnormale last). Ook wordt een corrigerend redelijkheidcriterium toegevoegd, wat wederom ruimte laat voor geval–tot-geval-flexibiliteit. De motivering waarom in dit verband qua grondslag niet wordt aangesloten bij het voorontwerp Wet nadeelcompensatie schiet tekort. De wetgever zou in dit verband meer coherentie moeten nastreven op beide schadevergoedingswetgevingstrajecten.

Uit voorgaande vloeit overigens niet voort dat overige domeinspecifieke aspecten dienen te worden genegeerd. Binnen genoemde opvatting blijkt genoeg ruimte te zijn voor domeinspecifieke invulling, waarbij naast de 'leading' belangen van de rechtsstatelijke maatschappij aspecten van beleidseenheid en van financiële aard niet genegeerd worden. Via die optiek wordt ten eerste ingegaan op de speciale last en de referentiegroep. In het bestuursschaderecht bleek dat het vereiste van de speciale last ook niet of nauwelijks 'uit de verf komt'. Er zijn binnen de domeinspecifieke mogelijke referentiegroepen (de ene gewezen verdachte ten opzichte van de andere gewezen verdachte, de gewezen verdachte ten opzichte van de derde, niet-gewezen verdachte) echter wel degelijk speciale lasten te onderscheiden (schade en schande, aantasting van één privé-belang versus aantasting van meerdere belangen). Indien desondanks moet wordt vastgesteld dat op beide terreinen (bestuurlijk en strafvorderlijke overheidsschade) de vergelijking met een referentiegroep te weinig onderscheidend vermogen heeft, of tot politiek onwenselijke uitkomsten leidt, kan worden overwogen om af te zien van deze factor. Daarmee

wordt theoretisch de égalité-grondslag verlaten, aangezien het daar een van de twee bepalende factoren is. Dit vereist een meer gedegen afweging dan thans door de ontwerp wetgever gedaan en tenminste nadere afstemming met de toekomstige ontwerpwetgever Nadeelcompensatie.

Voor wat betreft de abnormaliteit van de geleden schade gaat het om de vraag welk deel van de schade geacht kan worden binnen het normaal maatschappelijk risico te vallen (NMR) en welk deel als onevenredig moet worden beschouwd. Ook al noemt niet iedereen het zo, vrijwel iedereen lijkt van opvatting dat het acceptabel is dat burgers een zeker nadeel te dulden hebben. Dat kan impliceren dat men een bepaald deel van de schade 'eigenlijk' onderdeel vindt van iemands normaal maatschappelijk risico. Dat is overigens ook een opvatting die al sinds de 19e eeuw in de literatuur terug is te vinden (zogenaamde 'tempus modicum', een deel van de schade dient zelf te worden gedragen). De Hoge Raad heeft inmiddels nader invulling gegeven aan wat onder normaal maatschappelijk risico moet worden begrepen voor zowel de derde als de gewezen verdachte. Voor de derde wordt enig ongemak acceptabel geacht, maar wordt schade aan eigendom niet geacht te vallen binnen iemands NMR. Voor de gewezen verdachte lijkt de Hoge Raad een ander uitgangspunt te hanteren door het tot het normale maatschappelijke risico van een verdachte te rekenen dat de feiten en omstandigheden die tot dat vermoeden aanleiding hebben gegeven in een strafrechtelijke procedure worden onderzocht en ook overigens tot optreden van politie en justitie leidt. Niet geheel duidelijk is wat hiermee wordt bedoeld, evenmin als de ontwerp wetgever hierin duidelijk wordt, die zich overigens op dit punt laat inspireren door de 'fair balance'-toets van het Eerste Protocol van het EVRM, maar daarbij ogenschijnlijk voorbij lijkt te gaan aan het feit dat het bij strafvorderlijke schade niet alleen gaat om schade aan eigendom, maar ook van inbreuk op het recht op vrijheid en aantasting van persoonlijkheidsrechten.

Juist dat aspect zou een alternatief perspectief kunnen bieden op een domeinspecifieke invulling van het NMR. Vaststelling van het NMR zou daarom niet geheel individueel moet geschieden en niet voornamelijk gebaseerd moet zijn op aard en doel van de overheidshandeling omdat dat er toe zal kunnen leiden dat de schade tengevolge van zware dwangmiddelen die ingezet zijn bij verdenkingen van ernstige delicten veelal ten laste van de betrokken burger blijven. In plaats daarvan dient vooral de mate en zwaarte van aantasting van het fundamentele recht een rol te spelen, indachtig het uitgangspunt dat een burger bepaalde schade best kan dragen, maar sommige zwaardere schade, met grotere impact, niet geheel voor rekening van een individuele burger moet blijven.

Afgesloten wordt met de notie dat het allang (sinds medio 19e eeuw) niet meer in de rede ligt om het risico daarvoor geheel bij de individuele burger te laten (zie bestaansrecht regeling), maar het ligt ook niet in de rede om het risico daarvoor geheel bij de overheid te laten, zeker gezien het flink toenemend aantal schadevergoedingsverzoeken en de gestage groei in het aantal

toekenningen. Dit geldt temeer nu de mogelijkheid tot beperking van die vergoeding wegens twijfel over restschuld of restverdenking geen acceptabele optie meer is. In overeenstemming met de ontwikkelingen in het bestuursschaderecht – en indachtig de nog zeer bruikbare opvattingen uit de 19e eeuw, waar het uitgangspunt van het tempus modicum breed werd gedragen – wordt daarom binnen de huidige tijdgeest voorgesteld het stelsel van de standaard vergoeding (zoals thans gehanteerd bij vrijheidsbeneming) om te draaien. Daarbij geldt voor elke inperking op een fundamenteel recht een daarbij (politiek maatschappelijk bepaald) passend eigen risico, hetzij via een forfaitair bedrag, hetzij via procentuele benadering, afhankelijk of sprake is van vergoeding van immateriële of materiële schade. Aangezien dat voor iedereen geldt, ontstaat daarmee gelijke lastenverdeling. De daarboven uitkomende schade wordt dan onevenredig geacht en daarop heeft men dan een aanspraak op vergoeding, tenzij een gekozen proceshouding eraan heeft bijgedragen dat de schade is vermeerderd. Vooral in dit onderdeel (processuele schuld) kan (maar dat hoeft zeker niet zo te zijn) een onderscheid ontstaan tussen de gewezen verdachte en de derde – niet verdachte. Indien de gewezen verdachte langduriger in een rechtsrelatie met de overheid is geweest, heeft hij mogelijk meer momenten gehad om zijn eigen houding te bepalen. Alleen door die wellicht langduriger wederkerige relatie zou een verschil kunnen ontstaan tussen gewezen verdachte en derde. Voor beiden geldt namelijk dat indien eigen keuzen hebben geleid tot schadevermeerdering, dat aanleiding kan geven dat deel van de schade voor eigen risico te laten. Voor het overige lijkt er geen reden nog principieel onderscheid te maken tussen derden en gewezen verdachten, tenzij dat onderscheid gebaseerd zou zijn op de – niet langer te accepteren – factoren die gerelateerd zijn aan (vermoedens over) schuld of restverdenking.

Summary

GOVERNMENT LIABILITY FOR DAMAGE IN LEGITIMATE CRIMINAL LAW ACTIONS

The use of coercive measures that involve infringements/restrictions of fundamental rights is permitted solely on the basis of the law and within the scope of a specific government task, such as criminal law enforcement. If such coercive measures are carried out in conformance with the relevant requirements based on written and unwritten law, they may in principle be qualified as lawful government action. Nevertheless, such action may incur damage to the defendant. The damage is not intended by the government, it is a side effect of the otherwise legitimate use of a coercive measure.

An interesting question is whether such damage must remain, either wholly or in part, with the former defendant or should be passed on to the State. The question regarding the raison d'être of a regulation that provides for redistribution of such damage hails back to the end of the 19th century. In 1926 the legislature created a limited opportunity for compensation of damage incurred by the defendant based on the fairness of damage resulting from lawfully applied custodial coercive measures, ie the specific provisions in the Dutch Code of Criminal Procedure in ss. 89-93. The law thus reflected the time spirit regarding the final element of the relationship between the legitimately acting government enforcing its criminal law and individual citizens – as to the damage incurred within the scope of that relationship -. This did not, however, signal the end of the discussion in legal practice and the literature. The question of the raison d'être of such provisions had nevertheless been answered and the legislature's choice for fairness as the legal basis set the tone in political and societal terms. However, subsequent progress in this field was made via case law, both by the criminal court based on these provisions and by the civil court assuming unlawfulness where innocence was subsequently proved. At present we are on the eve of a bill concerning criminal law damage. Has the spirit of the times changed? Which view must statutory provisions now reflect? The raison d'être of such provisions is no longer disputed, but the question must once again be answered, and this time within the context of our current society, what such provisions must look like, ie on what basis and under which conditions may or must the defendant be eligible for compensation of the

damage sustained. Should we look towards the administrative law provisions regarding damage[1] or do domain-specific aspects impede such alignment?

In order to answer these and other questions this book has been divided into two parts, preceded by an introduction with a reader's guide. The first part consists of the first five chapters and has an explorative function. Chapter 1 discusses in great detail the historical development of the statutory regulation of ss. 89-93 of the Dutch Code of Criminal Procedure. Chapter 2 discusses the related case law, while chapter 3 focuses on the relevant case law of civil courts. Chapter 4 provides a detailed list of the literature. These chapters are of particular interest to anyone wishing to know more about the political development of this issue and a detailed overview of the legal practice and the literature. Thus, these chapters act as a kind of manual. Chapter 5 summarises the preceding 4 chapters and acts as a prelude to part II. Part II consists of the closing chapters 6 and 7 that review and conclude and offer future prospects. The entire book operates according to the same structure, ie by first discussing the foundations and then the conditions under which damage resulting from legitimately used criminal coercive measures may be compensated by the court, also involving aspects of scope. By dividing the book into two parts and operating according to the same structure the following three principal objectives are attained, whereby the first objective is reflected in part I and the second and third objectives in part II.

The first principal objective of this study is to chronologically outline the legal developments in that area of the law. This contributes to the overview of and insight into the historical, political, legal and academic development and the current state of affairs in that area. This can be found in part I (Chps. 1-5) of the study. Chapter 1 starts at the time when the question of the raison d'être of a statutory provisions for compensating the former defendant for the damage he has sustained was raised in a political context (1827) and chronologically describes the various steps in legislative history preceding the adoption of ss. 89-93 of the Dutch Code of Criminal Procedure in 1926 and subsequent amendments. In these (still valid) provisions the legislature did not include any right to compensation, but instead created a system of favours leaving it up to the court to decide, based on a rather equivocal ground (ie, the principle of fairness) whether damage resulting from custodial coercive measures should be compensated by the State where the criminal proceedings end without punishment. Predominant in the political discussion was the lack of support for the idea of a right to compensation in the event of government action that was lawful as such. This view was based foremost on the idea that

1 Of the legal practice and in relation to the draft bill on compensation for damage resulting from administrative acts. For this text please refer to 'Overheid en aansprakelijkheid' (*Government and liability*), August 2007, no. 4, pp. 116-118 and the contribution in that issue.

a right to compensation would only come into play in the event of an *un*lawful act. Nor did the legislature wish to introduce an obligation to pay damages, but at most some kind of provision for the non-guilty. Thus, the principle of fairness was a safe option because it did not create any entitlement to compensation and the court could decide per individual case whether or not damages would be justified. The legal provision was limited to damage resulting from custodial punishment and solely applied if the criminal proceedings ended without punishment. The state of innocence was not a statutory prerequisite.

How the court dealt with this provision is analysed in chapter 2. What this case law shows in particular is that assumptions regarding the state of innocence, guilt and residual suspicion play a decisive part in the decision regarding compensation. The adopted course of action during the proceedings affects both the decision regarding compensation and the level of the actual damages. The awarded damages are determined based on fixed sums from which the court will only depart to the benefit of the former defendant if additional damage is proved.

Aside from or after the use of the provisions of ss. 89-93 of the Dutch Code of Criminal Procedure people sought the additional legal protection afforded by the civil court within the scope of unlawful government action. This is why the relevant case law of the civil court is also analysed in chapter 3. This case law shows that the civil court defined a category of unlawful coercive measures whereby unlawfulness is determined based on subsequently proved innocence – in principle evidenced by the court documents of the criminal case – because the Dutch Supreme Court found that this cancels the initial ground for justification (the state of suspicion) for the criminal action. The foundation underpinning this construction differs radically from how the civil court deals with damage resulting from legitimate administrative acts by the government. In the latter case both the administrative and the civil court accept the principle of equality for public charges (égalité devant les charges publiques) as the norm whose infringement amounts to an unlawful act in the event of disproportionate damage. This reasoning has also been used in the event of damage caused by criminal action, but only *for third parties* in the event of criminal coercive measures which, in principle, were lawfully applied.

Compensation for criminal action has also been discussed widely in the literature. Chapter 4 offers a chronological overview divided into time blocks based on the relevant changing circumstances, such as the adoption of the statutory provisions of ss. 89-93 of the Dutch Code of Criminal Procedure, the amendment to these provisions and the relevant case law of the civil court. It is evident from the analysis of the literature both that the principle of fairness no longer finds much support and that the civil unlawfulness construction is no longer favoured for different reasons. The fact is that the idea of a right

in the sense of a claim to compensation in the event of lawful action finds almost unanimous support in the field of criminal action and many have called for an amendment to the statutory provisions of ss. 89-93 of the Dutch Code of Criminal Procedure, often based on or related to the principle of égalité as the underlying justification, or based on risk liability. Everyone agrees that the state of innocence may no longer be a factor, often on account of possible infringement of article 6 of the ECHR or because it may be an impossible case to prove. Most people do not regard reference to the suspicions as a violation of art. 6 of the ECHR. During the entire period covered by this study the literature takes the view that some courses of action adopted during the proceedings preclude (full) compensation. There seems to be a consensus that compensation must also be available for damage caused by coercive measures other than custodial measures.

Chapter 5 concludes the first part of this study by listing all findings regarding legislation, criminal case law and relevant civil case law and summarising the points for special attention in the literature as a prelude to part II of the study.

The final picture that emerges as to damages paid to the former defendant for legitimately used criminal coercive measures is inconsistent. This legal area is parallel to and has some overlap with, but is not entirely covered by, on the one hand, specific statutory provisions and, on the other, the Dutch Supreme Court's construction based on the general statutory provisions regarding compensation within the context of an unlawful act. The basis on which compensation is possible within the context of specific statutory provisions has led to case law that is equivocal and fails to offer legal certainty, that refers back either to a continuing state of suspicion, incorrect course of actions adopted during the proceedings or residual guilt: criteria related to the preliminary stages of the criminal proceedings. There is wide diversity in terms of opportunities for compensation in this field. Although the ordinary court provided for additional legal protection, it has not led to a situation in which there is similar compensation or equal opportunity for anyone who has sustained damage as a result of the legitimate use of criminal coercive measures or criminal action.

The *second principal objective* of this study, based on these findings and by analysing the literature, is to answer the question to what degree this legal field has developed into the desired legal practice based on the significance of some fundamental principles of the rule of law, drawing attention to the rationality of values (basis tenets regarding the relationship between government and citizens) and the rationality of a legal system (systematic approach to criminal procedural law including the ECHR). In keeping with that, part II of this study (ie chapters 6 and 7) sets up a framework for review. Apart from

defining some general basic tenets of the rule of law as a framework for review (the principle of equality, principle of legal certainty and the principle of the unity of law), chapter 6 discusses relevant similarities and differences in the nature of the relationship between the government as a criminal law authority and citizens and the government as an administrative law authority and citizens in relation to the legitimate use of government powers that may cause damage. The essentially similar nature of the administrative and criminal legal relationship presumes that, in principle, there is no reason as to why the damage incurred by a citizen ought to be based on different grounds. This would only be different if there are mandatory (domain-specific) reasons to depart from a common ground. In other words, it might be that the 'particular' nature of criminal law rightly results in its own 'particular' compensation construction, whereby it is important to explore in which part of the final construction that would come to the fore (ie in the underlying grounds, the conditions or aspects of scope).

The idea of that 'particular' nature is discussed separately. The fact is that there are also differences between the criminal and administrative legal relationship that can be explained by domain specificity: in criminal law once there is a state of suspicion (and that is a domain-specific criterion) the government is entitled to use coercive measures, whereby the government is bound by the weighing up of interests and various (written and unwritten) norms, such as the principles of proportionality and subsidiarity. It should be noted that those general norms also apply in the administrative legal relationship. In the criminal legal relationship, however, some additional domain-specific principles also apply, eg the presumption of innocence. The clearest domain-specific norm in the criminal legal relationship is related to the change in the criminal procedural legal relationship (governed by the presumption of innocence) by the unilateral determination of actual guilt by the criminal court. In the absence of such unilateral determination of guilt (the subject of the present investigation) the procedural norm by which the government is bound in its relationship with citizens continues to apply. That, essentially, is the 'particular' nature of criminal proceedings. The analysis of the case law showed that it is especially the stipulated (additional) conditions as used by the compensation law judge – both based on the provisions of ss. 89-93 of the Dutch Code of Criminal Procedure and by the civil court via the specific unlawful act construction based on proved innocence – relate to this 'particular' nature of criminal proceedings. Given that the use of terms such as 'innocence' and 'suspicion' in compensation law proceedings presumes that they have the same meaning that they have in criminal proceedings, the question is how the use of those terms in compensation law proceedings relates to the meaning they have in criminal proceedings. The system of criminal proceedings is therefore discussed in more detail, as well as the meaning and function (and mutual relationship) of some terms that have a domain-specific meaning in criminal proceedings

(eg the principle of innocence, actual guilt, suspicion, freedom of statement and the right to remain silent), including a discussion of the meaning attached to it by the case law of the ECHR.

The whole of general and domain-specific basic tenets offers a framework for review by which the most dominant findings are assessed (chapter 6).

As to the ground for compensation, the following is concluded: the administrative legislature, the administrative court and the civil court no longer seem to have any trouble with the idea of a claim to compensation in the event of damage caused by legitimate government actions. By now it is presumed based on the ground of égalité that a legitimately acting government may also be liable, subject to conditions, to pay damages. This seems to indicate that the administrative legislature and the case law in that field witness a shift in the underlying norm given that the disproportional nature of the damage has become the overriding factor in the presumed claim to compensation. Thus, it is only the former defendant's position that continues to be isolated as the compensation of the damage sustained to such defendant depends on the principle of fairness and the civil court makes an exception by not availing itself of the principle of égalité as a separate ground for the claim to compensation, but requires proved innocence. Given that there is no essential difference in the nature of the administrative and criminal legal relationship, the current fragmented legal practice regarding the opportunities of compensation for damage that may arise in these legal relationships seems contradictory because both areas (for administrative compensation and administrative compensation) fail to reflect the same underlying norm. This also means that the legal practice fails to satisfy the requirements of the unity of law. Nor will the present situation pass the test of legal certainty. Although the former choice for the principle of fairness was prompted by the wish to maintain some kind of flexibility, the citizens' legal certainty must be duly observed. It is argued that the provisions of ss. 89 to 93 of the Dutch Code of Criminal Procedure have failed to offer such legal certainty in many ways. This has also been noted frequently in the literature.

As to the statutory conditions, it may be concluded that the subject may no longer be confined to the question of compensation of damage as a result of custodial coercive measures alone; this limitation does not seem to be based on any kind of principle. By now changes in criminal proceedings, both on account of the development of extending punishability to legal persons and the increased opportunities on the part of the government to use coercive measures and other radical powers or to use them sooner have led to more inequality in the opportunities for compensation. The civil court expressly takes the view that there is no longer a distinction between damage resulting from the use of coercive measures or from special powers. The criminal court uses

this statutory limitation somewhat loosely and draws attention to several gaps in this limitation. The literature no longer supports this limitation. This means that the opportunities for compensation for damage, irrespective of whether it is damage resulting from custodial or other coercive measures or damage resulting from special powers or damage resulting from (the publication of) criminal proceedings must be equalised bearing in mind the principle of equality before the law. Thus, in the subsequent part of this study, this subject is interpreted more broadly and covers any damage resulting from criminal action.

As to the additional conditions (state of innocence, no residual suspicions), it is, based on the case law of the ECHR, concluded that the way of ending a criminal case is of overriding importance to the scope of the court's discretion in compensation law proceedings; if there was no opportunity to put up a substantive defence in criminal proceedings (in case of a notification of discontinuation of the prosecution, decision not to prosecute, prosecution being barred) no references to the finding of guilt may be invoked in compensation law proceedings. References to the state of suspicion are not qualified as a violation of art. 6 (2) of the ECHR, unless they are made after a final and full acquittal.

Although no comprehensive ban on references to 'actual guilt' can be inferred from the judgments of the ECHR, this does follow from the system of criminal proceedings. The fact is that the compensation law court (either civil or otherwise) has to deal with the legal relationship as it was entered into, ie based on a state of suspicion and with due regard to the norm of instruction (presumption of innocence), but without the opportunity to refer in any way to aspects related to the actual guilt of the offence of which the person involved was suspected. Only the criminal court has jurisdiction to do so.

There are also aspects of evidence that are incompatible with such a condition being attached to compensation. This has, above all, to do with the so-called 'distorted truth': criminal proceedings don't focus on determining innocence, but rather on determining actual guilt.

As to the references to the state of suspicion in compensation law proceedings – in addition to the case law of the ECHR in that regard – the function and meaning attached to the state of suspicion within the course of and system of criminal proceedings adds another limitation, given that once the prosecution has come to a full stop, ie in all situations in which the prosecution is discontinued, the function of the state of suspicion also ends. Nor is the civil-law construction in which the state of suspicion is regarded as a ground of justification for criminal action in keeping with the function of the state of suspicion within the system of criminal proceedings.

Finally, the course of action adopted during the proceedings (ie to remain silent or to lie) as a reason to withhold damages, either fully or in part. To that end, it is first determined that the right to remain silent and the right to make a statement confers on someone the right to remain silent or to speak, including to lie, but that within the course of criminal proceedings (ending with a conviction) consequences may be attached to this. Silence may be a factor in the final consideration of the evidence and be included in determining the punishment. This follows both from the case law of the ECHR (via *nemo tenetur* case law) and from the case law of the Dutch Supreme Court; it also follows from the case law of the Dutch Supreme Court that a manifestly deceitful statement may – subject to conditions – be used as evidence against the defendant. As to the consequences that may be attached in compensation law proceedings following a situation in which the defendant is *not* convicted, these consequences may differ slightly where the former defendant relied on the right to remain silent. This does not follow so much from the case law of the ECHR but rather from the idea that an absolute right consisting of the choice to remain silent or to make a statement is incompatible with the negative consequences attached to such choice where one – perhaps due to the decision to remain silent – is not convicted, especially bearing in mind that in such a case it will remain unclear whether remaining silent was unnecessary to achieve the same end result. This situation is different from one in which guilt of a criminal offence has been established because in the latter case it is possible to conclude that remaining silent was unnecessary and thus contributed to increasing the damage. In short: lying may have consequences for the level of the damages, but remaining silent may not.

The third principal objective of this study is to look ahead, using the insights acquired by this study and with due regard to the societal context, also drawing attention to the initiated trajectory for a draft bill regarding compensation of damage incurred by criminal action. Chapter 7 will focus on this aspect of the study and conclude that some directions taken by the legal practice – based on the assessment – ought to be discontinued. This goes for the use of the principle of fairness as a ground for compensation and for compensation based on an unlawful act. That implies that other paths must be followed, zooming in on the question of how decisive the domain-specific aspects must be in the choice for the ground for and attachment of any conditions. It is concluded that, based on the agreement between the legal relationships involved, the development of compensation for part of the (in this case criminal) government action must no longer be as isolated. The above may only be different if mandatory (domain-specific) reasons so require. The most domain-specific argument (in any event denoting a difference between the criminal and administrative legal relationship) that might justify a difference in the ground for compensation is related to the state of innocence. It does, however, follow from earlier conclusions that considerations related to the

state of innocence or guilt may no longer play a part in criminal cases that did not end in a judicial assumption of actual guilt. This thus cancels the domain-specific argument, which in turn means that alignment with the ground for compensation generally regarded as a ground for compensation of damage resulting from legitimate administrative government action would seem obvious. That is in this case the principle of égalité as developed in the Dutch legal practice and as – intended for the future – codified by the draft bill on compensation for damage resulting from administrative acts and compensation for unlawful orders. The principle of égalité also offers the required legal certainty for citizens. The fact is that such flexibility is not te be found in the option to award more or less damages per individual case (as provided by the principle of fairness), but rather that what is regarded as disproportional or what is regarded as falling outside the scope of ordinary societal risk may vary depending on political and societal developments. This offers significantly more legal certainty than case-by-case flexibility. The draft bill legislature has however opted for a different approach, in part by implementing the proposals put forward by the research group of the Dutch Code of Criminal Procedure 2001. The legislature has opted for compensation based on proportionality, implying a partial alignment with the principle of égalité that has two characteristic components (special burden, abnormal burden). A correcting criterion of reasonableness has been added, leaving room for case-by-case flexibility. The reasons given for not linking up with the ground provided by the draft bill on compensation for damage resulting from administrative acts and compensation for unlawful orders are inadequate. In that regard the legislature ought to aim for more consistency in both compensation law trajectories.

It does, however, not follow from the foregoing that other domain-specific aspects should be ignored. The said view leaves ample room for domain-specific interpretation in which, aside from the leading interests of the rule of law, attention is drawn to aspects of policy unity as well as financial aspects. Based on that view the special burden and the reference group are first discussed. Within administrative compensation law it was evident that the requirement of the special burden does not or hardly receives its proper dues. Among the possible domain-specific reference groups (one former defendant compared to another former defendant, one former defendant compared to third parties) it is however possible to distinguish different special burdens (damage and disgrace, infringement of a private interest versus infringement of different interests). If it is nevertheless concluded that if in both areas (administrative and criminal government damage) the comparison with a reference group is insufficiently distinctive, or has a politically undesired outcome, one may consider disregarding this factor. In theory, that implies a departure from the principle of égalité, given that this is one of the two deciding factors. This requires a more thorough assessment than currently

made by the draft bill legislature and it requires at least further harmonisation with the future legislature of the draft bill compensation for damage resulting from administrative acts and compensation for unlawful orders.

As to the abnormality of the damage incurred, the question is which part of the damage must be considered to fall within the scope of ordinary societal risk and which part must be considered as abnormal. Although it is perhaps not often said in so many words, almost everyone seems to agree that it is acceptable for citizens to tolerate some damage. This may imply that to some extent damage is part of a person's ordinary societal risk. And this is also the view taken in the literature ever since the 19th century (the so-called 'tempus modicum', one must bear part of the damage). The Dutch Supreme Court has further interpreted what ordinary societal risk encompasses, both on the part of third parties and the former defendant. For third parties, some inconvenience is deemed acceptable, but damage to property does not fall within the scope of ordinary society risk. For the former defendant, the Dutch Supreme Court appears to use a different criterion by qualifying as the ordinary societal risk of a defendant that those facts and circumstances that caused the state of suspicion are investigated in criminal proceedings and also lead to police and judicial action. It is not entirely clear what this means, nor does the legislature's draft bill clarify this, in which regard it should also be noted that this part of the draft bill is inspired by the fair balance review of the First Protocol of the ECHR, but seemingly disregards the fact that criminal damage not only involves damage to property but also infringement of the right to freedom and violation of personality rights.

It is precisely that aspect which might provide an alternative perspective of the domain-specific interpretation of the ordinary societal risk. Thus, determining the ordinary societal risk should neither be wholly individual nor predominantly based on the nature and objective of the government action because this may lead to a situation in which the damage resulting from the use of severe coercive measures on suspicion of very serious offences will for the most part be borne by the citizen involved. Instead, the degree and severe nature of the infringement of the fundamental right ought to play a role, with due regard to the idea that a citizen may bear some damage, but certain severe damage, with a major impact, ought not to be borne by a citizen alone.

In closing, it is noted that for many years now (since the middle of the 19th century) it has been common ground that the risk for such damage ought not be borne fully be the individual citizen (see the raison d'être provisions), and at the same time it is common ground that the risk ought not to be fully passed on to the government, especially in view of the substantial increase in applications for damages and the steady growth in the number of awards. This is all the more relevant bearing in mind that the opportunity to limit the compen-

sation for reasons of doubt of the residual guilt or residual suspicion is no longer a viable option. In accordance with the developments in administrative compensation law – and with due regard to the still highly relevant and useful views from the 19th century at which time the principle of tempus modicum was broadly supported – it is therefore proposed, in accordance with the current spirit of the times, to reverse the system of standard compensation (as currently used in the event of custodial measures). Any restriction of a fundamental right is thereby linked to an appropriate (in political and societal terms) excess, either via fixed sum or via a percentage, depending on whether it is compensation for material or immaterial damage. Given that this applies to everyone, the burden is equally distributed. Any additional damage is deemed disproportionate and will entitle a person to a claim, unless the course of action adopted during the criminal proceedings contributed to the increase of the damage. This element in particular (ie the procedural guilt) may (but certainly does not have to) be open to a distinction between the former defendant and third parties – non-defendants. Should the former defendant have been tied up in a more long-term legal relationship with the government, he may possibly have had more opportunities to determine his own position. That perhaps more long-term mutual relationship is the sole reason for distinguishing between the former defendant and third parties. The fact is that, in both cases, if their own choices resulted in increased damage, this may be a reason to leave that part of the damage at their own risk. In all other respects, there appears to be no reason to make any basic distinction between third parties and former defendants, unless such distinction would be based on – no longer acceptable – factors related to guilt, suspicions of guilt or residual suspicion.

Literatuurlijst

N. Achterberg 1982
N. Achterberg, Die Rechtsordnung als Rechtsverhältnisordnung. Grundlegung der Rechtsverhältnistheorie, Berlijn: Duncker & Humblot GmbH 1982

G.P.A. Aler 1976
G.P.A. Aler, 'Sepot-mededeling, kennisgeving van niet-verdere vervolging en art. 36 Sv', *NJB* 1976, p. 639-641

J.A. Alting Bösken 1869
J.A. Alting Bösken 1869, Beantwoording van een paar vragen, ontstaande uit de praeventieve gevangenis, Themis, *Regtskundig Tijdschrift* 1869, p. 236-250

E. Andries 1892
E. Andries, *Schadeloosstelling van onschuldig veroordeelden* (diss), Amsterdam 1892

A.A. Ansmink 1981
A.A. Ansmink, 'Het meewerken van de verdachte aan zijn veroordeling en artikel 29 Sv', *RM Themis* 1981, p. 426-448

B.E. Asscher 1897
B.E. Asscher, 'Eenige opmerkingen over de preventieve hechtenis', *Themis* 1897, p. 545-582

Asser-Hartkamp 4-III 2006
A.S. Hartkamp (Asser-Hartkamp 4-III), *De verbintenis uit de wet*, Deventer: Kluwer, 2006

F.B. Bakels 1991
F.B. Bakels, 'Iets over de art. 89 en 90 Sv', *NJB* 1991, p. 287-294

F.B. Bakels 2006
F.B. Bakels, 'Schadevergoeding na een gestrande vervolging', in: *Variatie in cassatie* (Liber Amicorum H.A. Groen), Deventer: Kluwer 2006, p. 23-35

P.H. Bakker Schut 1997
P.H. Bakker Schut, 'Schadeclaims na "gestrande" strafvervolging', *NJB* 1997, p. 154-162

P. van Bemmelen 1864
P. van Bemmelen, 'Opmerkingen over het stelsel van het Wetboek van Strafvordering omtrent preventieve hechtenis' (met naschrift), *Nieuwe Bijdragen*, 1864, p. 194-215

H.A. van den Berg en K. Rozemond 1992
H.A. van den Berg en K. Rozemond, 'Civilisering van het strafrecht: schadevergoeding wegens toepassing van dwangmiddelen', *RM Themis* 1992, p. 51-62

H.A. van den Berg en K. Rozemond 1993
H.A. van den Berg en K. Rozemond, 'Dwangmiddelen en schadevergoeding: de rol van de onschuldpresumptie en van het civiele recht', *NJCM-Bulletin* 1993, p. 25-31

G. van den Bergh 1952
G. van den Bergh, 'De arresten van de Hoge Raad van 19 maart 1943 en 18 februari 1944 en het leerstuk van de onrechtmatige daad', *RM Themis* 1952, p. 498 e.v.
J.A.M. van den Berk 1991
J.A.M. van den Berk, *Schadevergoeding voor rechtmatig toegebrachte schade door de overheid* (diss.), Zwolle: H.D. Tjeenk Willink 1991
J.A.M. van den Berk 1997
J.A.M. van den Berk, *Bestuursschaderecht*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1997
W.J.J. 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
J. uit Beijerse 1998
J. uit Beijerse, *Op verdenking gevangengezet* (diss.), Ars Aequi Libri 1998
J. uit Beijerse en N.M. Dane 1996
J. uit Beijerse en N.M. Dane, 'Schadevergoeding voor strafvorderlijk overheidsoptreden: de rol van verdenking, verklaringsvrijheid en onschuldpresumptie', in: C.P.M. Cleiren e.a. (red), *Voor risico van de overheid,* Erasmus Universiteit Rotterdam: Gouda Quint 1996, p. 259-288
H. Binnerts 1907
H. Binnerts, 'Schadeloossteling van beklaagden', *Themis* 1907, p. 123-156
W.C. van Binsbergen 1965
W.C. van Binsbergen, 'Enige voorstellen tot wijziging der regeling van de voorlopige hechtenis', *TvS* 1965, p. 241-262
A.R. Bloembergen 1992
A.R. Bloembergen, 'Centauren in 6.3?- Iets over rechtmatige en onrechtmatige daden', in: *Als een goed huisvader* (J.H. Nieuwenhuis-bundel), Deventer: Kluwer 1992, p. 121-132
A.J. Blok en L. Ch. Besier 1925
A.J. Blok en L. Ch. Besier, *Het Nederlandsche strafproces*, Haarlem: H.D. Tjeenk Willink & Zoon 1925, deel 1, p. 276-298
J. Boksem en T. van der Groot 2000
J. Boksem en T. van der Groot, 'Geen eenduidige rechtspraak voor de gewezen verdachte', *Trema* 2000, p. 356-361
M. Boone en N.M. Dane 1999
M. Boone en N.M. Dane, 'De normatieve grondslag voor schadevergoeding aan TBS-passanten', in: M. Moerings e.a. (red.), *Morele kwesties in het strafrecht*, Deventer: Gouda Quint 1999, p. 319-339
R.J.B. Boonekamp
R.J.B. Boonekamp, 'Door de hond en de kat gebeten', in: *Als een goed huisvader* (J.H. Nieuwenhuis bundel), Kluwer: Deventer 1992, p. 99-104
J.P.M. Borsboom 1983
J.P.M. Borsboom, *Schadevergoeding voor voorlopige hechtenis*, Deventer: Kluwer 1983
M.H. Bregstein 1951
M.H. Bregstein, 'De arresten van de Hoge Raad van 19 maart 1943 en 18 februari 1944 en het leerstuk van de onrechtmatige daad', *RM Themis* 1951, p. 273-305

Th. W. van den Bosch 1955
Th. W. van den Bosch, 'Voorlopige hechtenis, de steen des aanstoots van ons strafproces', *TvS* 1955, p. 62-102
G.M. van den Broek 2007
G.M. van den Broek, Het voorontwerp voor een algemene nadeelcompensatieregeling in de Awb, *Overheid & Aansprakelijkheid* 2007, nr. 4, p. 119-128
P.J.H.M. Brouns 1991
P.J.H.M. Brouns, 'Dwangmiddelen en schadevergoeding', *NJB* 1991, p. 1372-1377
P.J.H.M. Brouns 1996
P.J.H.M. Brouns, 'Schadevergoeding na toepassing van strafvorderlijke maatregelen', in: C.P.M. Cleiren e.a. (red.) 1996, p. 207-232
P.W. Brouwer 1999
P.W. Brouwer, Zijn alle onrechtmatige daden onrechtmatig?, in: *Honderd jaar billijkheid*, N.F. van Manen en R.H. Stutterheim (red.) Nijmegen: Ars Aequi Libri 1999
G.W.J. Bruins 1906
G.W.J. Bruins, *Een onderzoek naar den rechtsgrond der schadevergoeding*, 's Gavenhage: Mouton & Co 1906
P.J.J. van Buuren 1995
P.J.J. Van Buuren, 'Awb notities (16): Nadeelcompensatie', *NJB* 1995, p. 637-638
P.J.J. van Buuren 2008
P.J.J. van Buuren, 'Nieuwe regels over planschadevergoedingen in de WRO', *TBR* 2008, p. 137-142

W.D. Caudri 1898
W.D. Caudri, *Het vraagstuk der schadevergoeding voor preventieve hechtenis* (diss.), Zaandam: P.M. Sombeek & Zoon 1898
C.P.M. Cleiren 1989
C.P.M. Cleiren, *Beginselen van een goede procesorde* (diss.), Arnhem: Gouda Quint BV 1989
C.P.M. Cleiren 1992
C.P.M. Cleiren, *De openheid van de wet, de geslotenheid van het recht* (oratie), Arnhem: Gouda Quint BV 1992
C.P.M. Cleiren e.a. (red.) 1996
C.P.M. Cleiren e.a. (red.), *Voor risico van de overheid, Vooruitzichten van de aansprakelijkheid in bestuurs-, straf- en civielrechtelijk perspectief*, Erasmus Universiteit Rotterdam: Gouda Quint 1996
C.P.M. Cleiren 1990
C.P.M. Cleiren, Een grensoverschrijdende verdachte? In: *Grensoverschrijdend strafrecht*, Arnhem: Gouda Quint BV 1990, p. 141-164
C.P.M. Cleiren 2003
C.P.M. Cleiren, 'De wetgever aan zet', in: C.H. Brants e.a. (red.), *Op zoek naar grondslagen, Strafvordering 2001 ter discussie*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2003, p. 55-79
C.P.M. Cleiren 2006
C.P.M. Cleiren, 'Zoeken naar samenhang en consistentie', in: C.P.M. Cleiren e.a. (red.), *Op zoek naar samenhang*, Deventer: Kluwer 2006, p. 13-37

Commissie Cremers (NVvR) 1994
Schadevergoeding na gebruik dwangmiddelen, Rapport van 15 december 1994 inzake schadevergoeding na voorlopige hechtenis en andere dwangmiddelen van de door de Nederlandse Vereniging voor Rechtspraak ingestelde werkgroep Cremers, bestaande uit mrs P.H.A.J. Cremers, voorzitter, P.J.H.M. Brouns, J.S.W. Holtrop, R.H.M. Jansen, H.G.F.M. de Kok, N.A.M. Schipper, leden en W.H.J. Stemker Köster, secretaris

F.B. Coninck Liefsting 1886
F.B. Coninck Liefsting, *Handelingen NJV 1886*, I, p. 335-368

J.H. Crijns 2006
J.H. Crijns, Rationaliteiten achter de Wet OM-afdoening, in: C.P.M. Cleiren e.a. (red.), *Op zoek naar samenhang,* Deventer: Kluwer 2006, p. 51-70

J.H.F.J. Cremers 1989
J.H.F.J. Cremers, 'Schadevergoeding na voorlopige hechtenis', *NJB* 1989, p. 705-708

B.J. Daalder 1993
B.J. Daalder, 'Vergoeding van schade tengevolge van justitieel optreden, enige recente ontwikkelingen', *Trema* 1993, p. 167-172

L.J.A. Damen 1993
L.J.A. Damen. 'Bestaat de Awb-mens?', in: L.J.A. Damen e.a. (red.), *Aantrekkelijke gedachten* (M. Scheltema-bundel), 1993, p. 109-129

L.J.A. Damen 1994
L.J.A. Damen, 'Een deal over bajesdagen of liever cash?', *Ars Aequi* 1994, p. 675-681

L.J.A. Damen 1996
L.J.A. Damen, Moet pech weg? Alle pech voor risico van de overheid? in: C.P.M. Cleiren e.a. (red), *Voor risico van de overheid,* Erasmus Universiteit Rotterdam: Gouda Quint 1996, p. 17-42

N.M. Dane 1996
N.M. Dane, Interventie op de Algemene Ledenvergadering van de Nederlandse Juristen Vereniging op 14 juni 1996 over de vraag: 'Is een vergoeding van schade geleden door strafvorderlijk optreden geboden i.g.v. niet vervolging of vrijspraak, ook indien de afwezigheid van schuld niet blijkt?', *Handelingen NJV* 1996-II, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink, p. 49-52

N.M. Dane 1997
N.M. Dane, reactie op Schadeclaims na 'gestrande' strafvervolging', *NJB* 1997, p. 727-728, met naschrift van mr. Pieter H. Bakker Schut

N.M. Dane 2003
N.M. Dane, 'Schadevergoeding na afloop van een strafzaak', in: T. Prakken en T. Spronken (red.), *Handboek Verdediging*, Deventer: Kluwer 2003, p. 711-768

N.M. Dane 2006
N.M. Dane, commentaar op art. 591a (suppl. 156, augustus 2006)), in: *Melai/Groenhuijsen e.a.*

J. Dekker 1995
J. Dekker, 'De overheidsaansprakelijkheid voor schade veroorzaakt door achteraf bezien ten onrechte toegepaste strafvorderlijke dwangmiddelen', *Ars Aequi* 1995, p. 748-754

P. van Dijk en G.J.H. van Hoof 1990
P. van Dijk en G.J.H. van Hoof, *De Europese Conventie in theorie en praktijk,* Nijmegen: Ars Aequi Libri, 1990
J. Domela Nieuwenhuis 1871
J. Domela Nieuwenhuis, *Handelingen NJV 1886*, I, p. 181-215
J. Domela Nieuwenhuis 1878
J. Domela Nieuwenhuis, 'De preventieve hechtenis', in: *Stemmen over Staatkundige en maatschappelijke vraagstukken*, 1878, nr. 11, 1e jrg., p. 281-350
J. Domela Nieuwenhuis 1885
J. Domela Nieuwenhuis, *Rechtsgeleerd Magazijn* 1885, p. 355-367
J. Domela Nieuwenhuis 1914
J. Domela Nieuwenhuis 1914, 'Het ontwerp-wetboek van strafvordering en de persoonlijke vrijheid', *TvS* 1914, p. 337
D.R.Doorenbos 1991
D.R. Doorenbos, 'Schadevergoeding na strafvorderlijk overheidsoptreden', *D&D* 1991, p. 453-464
W.H.B. Dreissen 2008
W.H.B. Dreissen, 'Promis. Over de nieuwe wijze van bewijsmotivering en de rol van de Hoge Raad', *D&D* 2008, p. 356 e.v.
J.H. Drenth, *Bijdrage tot de kennis der historische ontwikkeling van het accusatoire tot het inquisitoir strafproces*, Amsterdam: Noord-Hollandsche Uitgeversmaatschappij 1939
J. Drion 1947
J. Drion, 'Een nieuwe koers in 's Hoogen Raads jurisprudentie over de onrechtmatige daad', *WPNR* 23995 (1947), p. 269 e.v.
Th.G. Drupsteen 1991
Th.G. Drupsteen, 'Schadevergoeding na het binnentreden van woningen', Ars Aequi 1991, p. 328-334 en (in reactie op M.E. Franke 1991, nawoord in *Ars Aequi* 1991, p. 1032-1033)
J.M. van Dunné 1989
J.M. van Dunné, De historische ontwikkeling van het aansprakelijkheidsrecht. De grondslagkwestie: schuld of aansprakelijkheid, in: N.F. van Manen en R.H. Stutterheim (red.), *Wie draagt de schade*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 1998

A.P.Th. Eyssell 1862
A.P.Th. Eyssell, 'Opmerkingen omtrent het ontwerp van een Wetboek van Strafvordering', *Nieuwe Bijdragen* 1862, p. 545
A.P.Th. Eyssell 1871
A.P.Th. Eyssell, *Handelingen NJV 1871*, I, p. 163-181

M.E. Franke 1991
M.E. Franke, 'Schadevergoeding na het binnentreden van woningen: een reactie', *Ars Aequi* 1991, p. 1027-1032 (met nawoord Th.G. Drupsteen)

Gewin 1905
Mr. Gewin, 'Preventieve hechtenis', *Themis* 1905, p. 331-355

J. van Gigh 1886
J. van Gigh, 'Moet aan onschuldig veroordeelden, aan beklaagden, die vrijgesproken zijn of van verdere vervolging ontheven worden, van staatwege schadeloosstelling worden verleend?', *Themis* 1886, p. 440-449
J.F. Glastra van Loon 1980
J.F. Glastra van Loon, *De eenheid van het handelen. Opstellen over recht en filosofie*, Amsterdam/Meppel: Boom 1980
A.F.L. Gregory 1871
A.F.L. Gregory, *Handelingen NJV 1871*, I, p. 84-162
M.S. Groenhuijsen en J. Naeyé 1990
M.S. Groenhuijsen en J. Naeyé, 'De herstructurering van het voorbereidend onderzoek in strafzaken', in: *Scherp Toezicht, van boeventucht tot Samenleving en criminaliteit*, Cyrille Fijnaut en Peter Spierenburg (red), Arnhem: Qouda Quint, 1990, p. 249-252
M.S. Groenhuijsen en G. Knigge 2004
M.S. Groenhuijsen en G. Knigge (red.), *Afronding en verantwoording. Eindrapport van de onderzoeksgroep Strafvordering 2001*, Deventer: Kluwer 2004, p. 513-602
M.S. Groenhuijsen 2008
M.S. Groenhuijsen, 'De ene vrijspraak is de andere niet. Over schuld en onschuld in het systeem van het Nederlandse strafprocesrecht', *D&D* 2008, p. 201 e.v.
J.L.M. 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 in bestuurs-, straf- en civielrechtelijk perspectief*, Erasmus Universiteit Rotterdam: Gouda Quint 1996, p. 95-118

A.C. 't Hart 1993
A.C. 't Hart, 'Inquisitoir of accusatoir. Een maatstaf voor de positie van de bekennende verdachte', in: M. Hildebrandt, P.T.C. van Kampen, J.F. Nijboer, H. Wiersinga (red.), *Een afzonderlijke procedure voor de bekennende verdachte?* Arnhem: Gouda Quint BV, 1993, p. 41 e.v.
G.A. Van Hamel 1927
G.A. van Hamel, *Inleiding tot de studie van het strafrecht*, Haarlem: De Erven F. Bohn en 's Gravenhage: Gebr. Belinfante 1927
R.H. Hartog 1971
R.H. Hartog, *Onrechtmatige overheidsdaden in de Republiek der Verenigde Nederlanden*, Deventer: Kluwer 1971
H.Ph.J.A.M. Hennekens 2000
H.Ph.J.A.M. Hennekens, 'Nadeelcompenasatie: wanneer en waarom?', in: *Gemeentestem* 2000-7130, p. 569-575
H.Ph.J.A.M. Hennekens 2001
H.Ph.J.A.M. Hennekens, *Overheidsaansprakelijkheid op de weegschaal* (afscheidsrede KUN), Deventer: Tjeenk Willink 2001
I. Henri Hijmans 1913
I. Henri Hijmans, Handelingen NJV 1913, I, p. 201-292
S.J. Hingst 1876
S.J. Hingst, 'Iets over de preventieve gevangenis', *Nieuwe Bijdragen voor Regtsgeleerdheid en Wetgeving* 1876, p. 220-276

E.M.H. Hirsch Ballin 1989
E.M.H. Hirsch Ballin, 'Wederkerig bestuursrecht', *RMThemis* 1989, p. 1-4
E.M.H. Hirsch Ballin 1991
E.M.H. Hirsch Ballin, *Rechtsstaat & Beleid*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1991
J.E. Hoitink 2006
J.E. Hoitink, *De ontbrekende schakel* (oratie), Den Haag: Boom juridische uitgevers, 2006
J.E. Hoitink en M.B. Koetser 2007
J.E. Hoitink en M.B. Koetser, 'Nadeelcompensatie: waarom, wanneer en hoeveel?', *NTB* 2007, p. 334-343
J.E. Hoitink e.a. 2008
J.E. Hoitink, W.H. van Boom, S.D. Lindenbergh, P.A.M. Mevis, L.J.J. Rogier, 'Schadecompensatie strafvorderlijk optreden', *NJB* 2008, p. 870-877
A. Holleman 1985
A. Holleman, *Schadevergoeding bij rechtmatige bestuurshandelingen van de overheid* (diss), Deventer: Kluwer 1985

S.L.J. Janssen 2008
S.L.J. Janssen, 'Het gaat hier niet om rechtvaardigheid', *NJB* 2008, p. 276-280
J.I.M.G. Jahae en L.A.H.A. van Maarseveen 2008
J.I.M.G. Jahae en L.A.H.A. van Maarseveen, 'Wetsvoorstel schadecompensatie in verband met strafvorderlijk overheidsoptreden: l'addition s.v.p.', *Overheid & Aansprakelijkheid* 2008, p. 12-19
D.H.W. de Jong 1973
D.H.W. de Jong, 'De door het buitenland uitgeleverde verdachte: een leemte in de wet', *NJB* 1973, p. 45-47
B.F. de Jong 2006
B.F. de Jong, 'Ontwikkelingen op het gebied van onrechtmatige rechtspraak: een beknopt overzicht van de rechtspraak', *Overheid & Aansprakelijkheid* 2006, p. 138-147

H.G.F.M. de Kok 1993
H.G.F.M. de Kok, 'Haalt art 89 Sv '99? Schadevergoeding wegens gebruik van dwangmiddelen bij strafvordering', *RM Themis* 1993, p. 435-452
N. Keijzer 1987
N. Keijzer, 'Enkele opmerkingen omtrent de praesumptio innocentiae in strafzaken', in: *Naar eer en geweten*, Liber Amicorum J. Remmelink, Arnhem: Gouda Quint BV, 1987, p. 235-253
G. Knigge 2000
G. Knigge, De verkalking voorbij. Over de verhouding van het strafrecht tot het bestuursrecht, *RM Themis* 2000, p. 90-91
C.J.J. Kortmann 2006
C.J.J. Kortmann, *Onrechtmatige overheidsbesluiten* (diss.), Deventer: Kluwer 2006
J. Kruseman 1913
J. Kruseman, Handelingen NJV 1913, I, p. 1-200
N.J.M. Kwakman 2003
N.J.M. Kwakman, *Schadecompensatie in het strafprocesrecht* (diss.), Groningen: Rijksuniversiteit Groningen 2003

N.J.M. Kwakman 2004
N.J.M. Kwakman, 'Schadevergoeding in het strafproces', in: M.S Groenhuijsen en G. Knigge (red.), *Afronding en verantwoording. Eindrapport onderzoeksproject Strafvordering 2001*, Deventer: Kluwer 2004, p. 513 e.v.
N.J.M. Kwakman 2006
N.J.M Kwakman, 'Een algemene schadevergoedingsregeling in het strafprocesrecht. Haast geboden?', *D&D* 2006, p. 1127 e.v.
N.J.M. Kwakman 2008
N.J.M. Kwakman, Het ontwerp wetsvoorstel 'Schadecompensatie strafvorderlijk overheidsoptreden', *Strafblad* nr. 1, 2008, p. 5-13

G.E Langemeyer 1931
G.E Langemeyer, 'Preventieve hechtenis en schadevergoeding', *NJB* 1931, p. 158-159
P. Langeveld 1931
P. Langeveld, 'Preventieve hechtenis en schadevergoeding', *NJB 1931*, p. 125-134
J.J. Van Leeuwen 1843
J.J. van Leeuwen, D*e damno reo absoluto illato, cum privatim tum publice resarciendo* (diss), Utrecht 1843
W.J. Leijds 1884
W.J. Leyds, *De rechtsgrond der schadevergoeding voor preventieve hechtenis* (diss.), Amsterdam: Allert de Lange 1884
J.A.W. Lensing 1988
J.A.W. Lensing, *Het verhoor van de verdachte in strafzaken*, Arnhem: Gouda Quint BV, 1988
E.C.H.J. van der Linden en A.Q.C. 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

G.E. van Maanen 1986
G.E. van Maanen, *Onrechtmatige daad. Aspekten van de ontwikkeling en structuur van een omstreden leerstuk*, Deventer: Kluwer 1986
G.E. van Maanen 1996
G.E. van Maanen, *De wonderbaarlijke geschiedenis van de onrechtmatige overheidsdaad in de 19e en 20e eeuw*, Ars Aequi Libri: Nijmegen 1996
G.E. van Maanen 2002
G.E. van Maanen, 'De onrechtmatige rechtmatige overheidsdaad bij de burgerlijke rechter: zoektocht naar de kwadratuur van de cirkel,' in: *Schadevergoeding bij rechtmatige overheidsdaad* (preadvies VAR), Den Haag: Boom juridische uitgevers 2002, p. 7-89
G.E. van Maanen en R. de Lange 2005
G.E. van Maanen en R. de Lange, *Onrechtmatige overheidsdaad*, Deventer: Kluwer 2005, p. 135-156
H.Th.J.F. van Maarseveen 1954
H.Th.J.F. van Maarseveen, 'Een opmerking over de onrechtmatige overheidsdaad', *NJB* 1954, p. 914-920
R.M. van Male 1993
R.M. van Male, *Onvoltooid recht* (oratie), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1993

R.M. van Male en B.P.M. van Ravels 1995
R.M. van Male en B.P.M. van Ravels, *Redelijkheid in het nadeelcompensatierecht*, Den Haag: VUGA uitgeverij BV 1995
H.G.C. Marcus 1885
H.G.C. Marcus, *Opmerkingen over de preventieve hechtenis en hare toerekening*, (diss.), Utrecht: J. Bijleveld 1885
A.J. Marx 1931
A.J. Marx, 'Preventieve hechtenis en schadevergoeding', *NJB* 1931, p. 157-158
E.M. Meijers 1948
E.M. Meijers, *De algemene begrippen van het Burgerlijk Recht*, Leiden: Universitaire Pers 1948
A.L. Melai 1980
A.L. Melai, De positie van de verdachte in het strafgeding, *D&D* 1980, p. 537
A.L. Melai 1988
A.L. Melai, 'Schadevergoeding voor voorlopige hechtenis', *D&D* 1988, p. 803-808
P.A.M. Mevis 1992
P.A.M. Mevis, 'Ombudsman, dwangmiddelen en schadevergoeding', *NJCM-Bulletin* 1992, p. 748-758
P.A.M. Mevis 1993
P.A.M. Mevis, 'Schadevergoeding: liever langs rechtmatige weg', *NJCM-Bulletin* 1993, p. 32-35
P.A.M. Mevis 1994
P.A.M. Mevis, Commentaar op de artikelen 89-93 Sv (oktober 1994), in: *Melai/Groenhuijsen* e.a.
D.J. Mom Visch 1870
D.J. Mom Visch, 'Preventieve gevangenis', *De Gids* 1870, p. 1-36 (en *WvhR* 1870, 3252, p. 5-6)
D.J. Mom Visch 1882
D. J. Mom Visch, bespreking 'Die Untersuchungshaft vom Standpunkte der Oesterreichischen Strafprocessgebung von Dr. ALois Zucker, Praag 1873,1876 en 1879' in *Themis*, Regtskundig Tijdschrift 1882, p. 231-279
D.J. Mom Visch 1885
D.J. Mom Visch, *Themis* 1885, p. 481-504 (recensie dissertatie Leyds 1884)
A. Mulder en Ch.M.J. A. Moons 1962
A. Mulder en Ch.M.J.A. Moons, 'De bescherming van de rechten van de mens en de grondslagen van het strafrechtelijk vooronderzoek', *TvS* 1962, p. 1-26
E.R. Muller e.a. 2006
E.R. Muller e.a., *Aansprakelijkheidsmanagement politie*, Den Haag: Elsevier Overheid 2006
E. Myjer 1978
E. Myjer, *Van duimschroef naar bloedproef. Beschouwingen over de regel dat niemand gedwongen mag worden zichzelf te belasten*, Preadvies uitgebracht voor de Nederlandse Vereniging voor Rechtsvergelijking no.27, Deventer (Kluwer) 1978
E. Myjer 1992
E. Myjer, 'Sanctie op overschrijding van de redelijke termijn', *NJCM-Bulletin* 1992, p. 43-46
E. Myjer 1994
E. Myjer, 'De vrijspraak zonder schadevergoeding', *NJCM-Bulletin* 1994, p. 133-139

J.H. Nieuwenhuis 1989
J.H. Nieuwenhuis, 'Redactionele kanttekeningen; de kunst van het gelijke', in: *RM Themis* 1989, p. 123-124
J.F. Nijboer 1989
J.F. Nijboer, 'Schuldbegrip en schuldbeginsel als oriëntatiepunt in het strafrecht', *Recht en kritiek* 1989, p. 381 e.v.
J.F. Nijboer 2000
J.F. Nijboer, *Strafrechtelijk bewijsrecht*, Nijmegen: Ars Aequi 2000,
T.J. Noyon 1886
T.J. Noyon, 'Strafvervolging en schadeloosstelling', *Rechtsgeleerd Magazijn*, 1886, p. 419-432

F.P. Ölçer en G.K. Schoep 2006
F.P. Ölçer en G.K. Schoep 2006, 'Strafvorderlijke schadevergoeding', in: C.P.M. Cleiren e.a. (red.), *Op zoek naar samenhang*, Deventer: Kluwer 2006, p. 123-149
F.P. Ölcer 2008
F.P. Ölcer, in: C.P.M. Cleiren e.a. (red.), *Jurisprudentie Strafrecht Select*, Den Haag: Sdu uitgevers 2008, p. 249-281
F.J. van Ommeren 1990
F.J. van Ommeren, 'Bestuurscompensatie, draagkracht en rechtseconomie', *Ars Aequi* 1990, p. 682 e.v.

Parl. Gesch. Boek 6, Verb. 1981
Parlementaire geschiedenis van het Nieuwe Burgerlijk Wetboek, Boek 6, Algemeen gedeelte van het verbintenissenrecht, Deventer: Kluwer 1981
A. De Pinto 1852
A. de Pinto, *Weekblad van het Regt* 1852, no. 1374
A. De Pinto 1862 (a)
A. de Pinto, 'Strafregt en strafvordering. Het ontwerp wetboek van strafvordering', *Themis* 1862, p. 184-212
A. De Pinto 1862 (b)
A. de Pinto, *Weekblad van het Regt* 1862, no. 2370
A. De Pinto 1864
A. de Pinto, 'recensie van Quelques réflexions sur la détention préventive, la mise au secret, et la réparation des erreurs judiciares, J. Dessalles, avocat à la cour impériale de Limoges, Paris, Cotellin, 1863', in *Themis*, 1864, p. 322-326
A. de Pinto 1870
A. de Pinto, 'recensie over Réforme de l 'instruction préparatoire en Belgique', *Themis* 1870, p. 680-686
A.A. De Pinto 1886
A.A. de Pinto, *Het herziene Wetboek van Strafvordering*, Eerste deel, Zwolle: Tjeenk Willink 1886
A. van der Plas 1981
A. van der Plas, 'Een machtsnormerende en een instrumentele betekenis van schuld', *D&D* 1981, p. 85-102
J.E.M. Polak e.a. 2002
J.E.M. Polak e.a., 'Overheidsaansprakelijkheid anno 2002: de stand van de rechtsontwikkeling', *Overheid & Aansprakelijkheid*, mei 2002, nr. 1

J.E.M. Polak e.a. 2008
J.E.M. Polak e.a., 'Overheidsaansprakelijkheid anno 2008: de stand van de rechtsontwikkeling', *Overheid & Aansprakelijkheid*, april 2008, nr. 2A
S.I. Politoff en F.A.J. Koopmans 1991
S.I. Politoff en F.A.J. Koopmans, *Schuld,* Arnhem: Gouda Quint BV, 1991
T. Prakken 1989/90
T. Prakken, 'Schadevergoeding na voorlopige hechtenis', *NJB* 1989, p. 1575-1577 en vervolg in *NJB* 1990, p. 350 (rubriek O&M) met aanvulling rechtspraak
J.K. de Pree 1992
J.K. de Pree, 'Algemeen belang en ongefundeerde rechtvaardigingsgronden', *WPNR* 6031 (1992), p. 4-11

Jos. van Raalte 1897
Jos. van Raalte, *Handelingen NJV* 1897, I, p. 103-135
B.P.M. van Ravels 2005
B.P.M. van Ravels, *Grenzen van voorzienbaarheid*, Deventer: Kluwer 2005
B.P.M. van Ravels 2008
B.P.M. van Ravels, De nieuwe redelijkheid bij tegemoetkoming in planschade, *Overheid & Aansprakelijkheid* 2008, nr. 3, p. 128-145
J.M. Reijntjes
J.M. Reijntjes, commentaar op art. 167 (augustus 2002)), in: *Melai/Groenhuijsen e.a*
D. Roef en Th. De Roos 1996
D. Roef en Th. de Roos, 'Het verhaalsrecht van de gewezen verdachte', in: C.P.M. Cleiren e.a. (red), *Voor risico van de overheid. Vooruitzichten van de aansprakelijkheid in bestuurs-, straf- en civielrechtelijk perspectief,* Erasmus Universiteit Rotterdam: Gouda Quint 1996, p. 233-258
K. Rogall 1977
K. Rogall, *Der beschuldigte als Beweismittel gegen sich selbst. Ein Beitrag zur Geltung des Satzes 'Nemo tenetur seipsum prodere' im Strafprozess,* Berlin: Duncker & Humblot 1977
Th. de Roos 1991
Th. A. de Roos, *Verdediging van belangen; het belang van de verdediging*, Arnhem: Gouda Quint BV, 1991
A.A. van Rossum 1990
A.A. van Rossum, *Aansprakelijkheid voor de tenuitvoerlegging van vernietigde of terzijde gestelde rechterlijke beslissingen* (diss.), Deventer: Kluwer 1990
A.J. Royaards 1897
A.J. Royaards, *Handelingen NJV* 1897, I, p. 1-62
K. Rozemond 1993
K. Rozemond, 'Schadevergoeding na strafvorderlijk overheidsoptreden', *NJB* 28 januari 1993, p. 129-132

T.M. Schalken 1987
T.M. Schalken, *Strafrecht als systeem van rechtsbetrekkingen. Een ontwikkeling naar evenwicht?* (oratie), Arnhem: Gouda Quint bv 1987
R.J.N. Schlössels 1998
R.J.N. Schlössels, 'De Achilleshiel van de égalité'nadeelcompensatie en het draagkrachtbeginsel', *NJB* 1998, p. 1383-1390

R.J.N, Schlössels 2002 (I en II)
R.J.N. Schlössels, 'Nadeelcompensatie en het egalitébeginsel: chaos of ius commune?' (I), *Gemeentestem*, 2002-7160 en idem (II), *Gemeentestem* 2002-7161

R.J.N. Schlössels 2007
R.J.N. Schlössels, 'Het voorontwerp Nadeelcompensatie en schadevergoeding wegens onrechtmatige besluiten', *Gemeentestem* 2007-113

P. Scholten 1899
P. Scholten, *Schadevergoeding buiten overeenkomst en onrechtmatige daad* (diss.), Amsterdam: Scheltema en Holkema's boekhandel

B. Schueler 1999
B. Schueler, 'Onvermijdelijke schade bij rechtmatige overheidsdaad', in: N.F. van Manen en R.H. Stutterheim (red.), *Honderd jaar billijkheid*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 1999, p. 57-68

G.H.A. Schut 1997
G.H.A. Schut, *Onrechtmatige daad*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1997

C.H. Sieburgh 2002
C.H. Sieburgh, 'Wat maakt strafrechtelijk gerechtvaardigd overheidsoptreden onrechtmatig?' *WPNR* 2002/6473, p. 95-98

D. Simons 1886/1887
D. Simons, 'Een paar opmerkingen naar aanleiding van de artikelen 26 en 27 Wetboek van Strafrecht', *TvS* 1886/1887, p. 357-368

D. Simons 1899
D. Simons, *Themis* 1899, 60e deel, p. 334-339 (recensie proefschrift Caudri)

D. Simons 1902
D. Simons, 'Ons burgerlijk delictsrecht', *Themis* 1902, deel 63, p. 6-92

D. Simons 1904
D. Simons, 'Preventieve hechtenis en schadevergoeding', *TvS* dl. XVI, 1904, p. 482-495

W.J. Slagter 1952
W.J. Slagter, *De rechtsgrond van de schadevergoeding bij onrechtmatige daad* (diss.), Leiden: Drukkerij 'Luctor et emergo' 1952

A. Slotemaker 1882
Adrianus Slotemaker, *Een en ander over preventieve hechtenis en hare toerekening op de hoofdstraf* (diss.), Leiden: S.C. van Doesburgh, 1882

H.J. Smidt 1892
H.J. Smidt, *Geschiedenis van het wetboek van strafrecht*, derde deel, Haarlem: Tjeenk Willink 1892

P.H, Smits 1938
P.H. Smits, *WPNR* 3586-3591 (1938)

I.Th.M Snellen 1987
I.Th.M Snellen, *Boeiend en geboeid* (oratie), Alphen aan den Rijn: Samsom H.D. Tjeenk Willink 1987

J. Spier
J. Spier, *Onrechtmatige overheidsdaad*, W.E.J. Tjeenk Willink: Zwolle 1987,

J. Spier 1996
J. Spier, in: De uitdijende reikwijdte van de aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad, preadvies NJV 1996, *Handelingen NJV 1996*, I, p. 266-303

J. Spier, T. Hartlief e.a 2006
J. Spier, T. Hartlief e.a., *Verbintenissen uit de wet en schadevergoeding*, Deventer: Kluwer 2006
C.H.W.M. Sterk en C.R.L.R.M. Ficq 2008
C.H.W.M. Sterk en C.R.L.R.M. Ficq, 'Promis: inzicht in de gedachtegang van de rechter', *NJB* 2008, p. 153-157
L. Stevens 2007
L. Stevens, 'Een beschouwing van de koers van het EHRM naar aanleiding van het Jalloh-arrest', *D&D* 2007, p. 682 e.v.
J.M. Van Stipriaan 1891
J.M. van Stipriaan Luïscius, 'De rechten des verdachten', *Themis* 1891, p. 285-309
S.A.M. Stolwijk 2007
S.A.M. Stolwijk, *Onschuld, vrijspraak en de preasumptio innocentiae (* Afscheidsrede UvA 12 januari 2007), Amsterdam 2007
Z.W. Straatman 1877
Z.W. Straatman, *Iets over preventieve hechtenis en schadevergoeding* (diss.), Amsterdam: M.M. Olivier 1877
G.A.M. Strijards 1989
G.A.M. Strijards, *Revisie. Inbreuken en executiegeschillen betreffende het strafgewijsde*, Arnhem: Gouda Quint BV, 1989, p. 52-53

A.Q.C. Tak 1987
A.Q.C. Tak, *Overheidsbestuur en privaatrecht*, Alphen a/d Rijn: Samsom 1987
P.J.P. Tak 1970
P.J.P. Tak, 'Schadevergoeding voor ondergane voorlopige hechtenis en straf', in *TvS* 1970, p. 1-27
J.M.H.F. Teunissen 1994
J.M.H.F. Teunissen, 'Schadevergoeding wegens relatief onrechtmatige overheidsdaad', *NJB* 1994, nr. 5, p. 163-164
M.K.G. Tjepkema 2004
M.K.G. Tjepkema, 'Het referentiekader van het egalitébeginsel. Over de vergelijking met andere burgers in egalitesituaties', *Overheid & Aansprakelijkheid* 2004, nr. 1, p. 12-22
R.P.J.L. Tjittes 1996
R.P.J.L. Tjittes, *Herbezinning op de grondslagen van overheidsaansprakelijkheid*, preadvies uitgebracht voor de Vereniging voor Burgerlijk Recht, Lelystad: Koninklijke Vermande B.V. 1996

Th.W. van Veen 1976
Th.W. van Veen, 'Wetsontwerp schadevergoeding voor ondergane voorlopige hechtenis (art 89 Sv e.v.)', *D&D* 1976, p. 71-81
Th.W. van Veen 1979
Th.W. van Veen, 'Van plicht tot spreken en recht tot zwijgen', *D&D* 1979, p. 687-693
Th.W. van Veen 1984
Th.W. van Veen, boekbespreking J.P.M. Borsboom, *D&D* 1984, p. 442-445
Th.W. van Veen en J.P. Balkema 1982
Th.W. van Veen en J.P. Balkema, *Voorarrest. Strafprocessuele en sociaalrechtelijke aspecten*, Alphen aan den Rijn: H.D. Tjeenk Willink, 1982

N. Verhey 2002
N. Verhey, 'Overheidsaansprakelijkheid in de Awb; vragen voor de wetgever', in *Overheid & Aansprakelijkheid* nr. 4, november 2002, p. 117-126
F. Vellinga-Schootstra 2008
F. Vellinga-Schootstra, 'Promis (e) voor de burger?', *NJB* 2008, p. 161-162
M.L.W.M. Viering 1989
M.L.W.M. Viering, 'Van vrijheidsberoving, vervolging en vergoeding van schade', in: L. Heyde e.a. (red.), *Begrensde vrijheid*. (Scheltens-bundel), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1989, p. 279-287
M.L.W.M. Viering 1994
M.L.W.M. Viering, *Het toepassingsgebied van artikel 6 EVRM*, Zwolle: Tjeenk Willink, 1994
J.C. Voorduin deel VII 1840
J.C. Voorduin, *Geschiedenis en beginselen der Nederlandse Wetboeken*, deel VII, Wetboek van Strafvordering, II deel, Utrecht: Robert Natan 1840

H.D. van Wijk, W. Konijnenbelt en R.M. van Male 2005
H.D. van Wijk, W. Konijnenbelt en R.M. van Male, *Hoofdstukken van bestuursrecht*, Den Haag: Elsevier Bedrijfsinformatie bv 2005
J.L. de Wijkerslooth 1993
J.L. de Wijkerslooth, 'Het recht gaat aan constructies ten onder', *RM Themis* 1993, p. 316-324

Bijlage 1

Wijziging van het Wetboek van Strafvordering en enige andere wetten ter regeling van de schadecompensatie in verband met strafvorderlijk overheidsoptreden (Wet schadecompensatie strafvorderlijk overheidsoptreden)

VOORSTEL VAN WET *(Consultatieversie 16 oktober 2007)*

Wij Beatrix, bij de gratie Gods, Koningin der Nederlanden, Prinses van Oranje-Nassau, enz. enz. enz.

Allen, die deze zullen zien of horen, saluut! doen te weten:

Alzo Wij in overweging genomen hebben, dat het wenselijk is een regeling te treffen betreffende de schadecompensatie in verband met strafvorderlijk overheidsoptreden en daartoe het Wetboek van Strafvordering en enige andere wetten te wijzigen;

Zo is het dat Wij, de Raad van State gehoord, en met gemeen overleg der Staten-Generaal, hebben goedgevonden en verstaan, gelijk Wij goedvinden en verstaan bij deze:

ARTIKEL I

Het Wetboek van Strafvordering wordt als volgt gewijzigd:

A

De tweede afdeling A van Titel IV van het Eerste boek vervalt.

B

Na artikel 135 wordt een artikel ingevoegd, luidend:

Artikel 135a

1. De Algemene termijnenwet is niet van toepassing op de termijnen, gesteld in de artikelen 50, tweede lid, tweede volzin, 345, 379 en 396.
2. Voor de toepassing van de Algemene termijnenwet worden de termijnen, gesteld in de artikelen 265, eerste lid, 370, eerste lid, en 398, sub 1°, als termijnen in de zin van artikel 1, tweede lid, van die wet aangemerkt.

C

In artikel 457, tweede lid, vervalt ‘, met dien verstande dat het eerste lid van artikel 481 geene toepassing vindt’.

D

Artikel 481 vervalt.

E

In artikel 550, eerste lid, wordt 'de artikelen 89-93 ' vervangen door: de artikelen 593 tot en met 594 en 596 tot en met 600.

F

In artikel 552ff wordt 'De artikelen 52-93 zijn van overeenkomstige toepassing' vervangen door: de artikelen 52 tot en met 88 en 593 tot en met 600 zijn van overeenkomstige toepassing.

G

Het opschrift van Titel II van het Vijfde boek komt te luiden:

TITEL II PROCESKOSTEN EN ANDERE BIJZONDERE KOSTEN

H

Artikel 591 wordt als volgt gewijzigd:
1. In artikel 591, eerste lid, wordt 'voor zover de aanwending dier kosten' vervangen door: voor zover de aanwending van die kosten.
2. Het tweede lid komt te luiden:
2. Het verzoek wordt ingediend bij het College van procureurs-generaal. De artikelen 594, derde tot en met zevende lid, 596, 598, tweede tot en met vierde lid, 599 en 600 zijn van overeenkomstige toepassing.
3. Het derde en vierde lid vervallen.
3. Onder vernummering van het vijfde tot het derde lid wordt na 'artikelen 552a tot en met 552b' ingevoegd: alsmede het beroep bedoeld in de artikelen 552d, tweede lid, en 552f, zesde lid.

I

Artikel 591a wordt als volgt gewijzigd:
1. In de eerste zin van het eerste lid wordt de zinsnede 'Indien de zaak eindigt zonder oplegging van straf of maatregel en zonder dat toepassing is gegeven aan artikel 9a van het Wetboek van Strafrecht' vervangen door: In het geval als bedoeld in artikel 594, eerste lid, onder a.
2. In de eerste zin van het tweede lid wordt de zinsnede 'Indien de zaak eindigt zonder oplegging van straf of maatregel en zonder dat toepassing is gegeven aan artikel 9a van het Wetboek van Strafrecht' vervangen door: In het geval als bedoeld in artikel 594, eerste lid, onder a.
3. Het vierde lid komt te luiden:
4. De toekenning van een vergoeding heeft steeds plaats indien en voorzover daartoe alle omstandigheden in aanmerking genomen, gronden van billijkheid aanwezig zijn.
4. Er wordt een lid toegevoegd, luidende:
6. Het verzoek wordt ingediend bij het College van procureurs-generaal. De artikelen 594, derde tot en met zevende lid, 596, 598, tweede tot en met vierde lid, 599 en 600 zijn van overeenkomstige toepassing.

J

In artikel 592, eerste lid, vervalt: op de begroting van de rechter-commissaris of van de officier van justitie.

K

Artikel 593 vervalt

L

Na artikel 592a wordt een nieuwe titel ingevoegd, luidende:

TITEL III SCHADECOMPENSATIE

Artikel 593 [toepassingsbereik/terminologie]

1. Schadecompensatie in gevolge deze titel is mogelijk voor zover bij of krachtens wettelijk voorschrift of op grond van een verdrag of een besluit van een volkenrechtelijke organisatie niet anders is bepaald.
2. Indien de gewezen verdachte dan wel andere rechtstreeks belanghebbende in de zin van artikel 595, eerste lid, is overleden, kan een verzoek om vergoeding ook door diens erfgenamen worden gedaan. Tenzij anders is bepaald worden in dat geval met de verzoeker gelijkgesteld de erfgenamen van deze verzoeker

Artikel 594 [verzoeken van gewezen verdachten]

1. Een gewezen verdachte die rechtstreeks schade lijdt ten gevolge van strafvorderlijk handelen van een overheidsorgaan, kan een schriftelijk verzoek tot schadecompensatie indienen bij het College van procureurs-generaal, indien:
a. de zaak is geëindigd zonder oplegging van een straf of maatregel en zonder dat toepassing is gegeven aan artikel 9a van het Wetboek van Strafrecht of de in artikel 36b van het Wetboek van Strafrecht bedoelde maatregel is opgelegd, of
b. het strafvorderlijk handelen onrechtmatig was in de zin van artikel 597, derde lid, of
c. de gewezen verdachte vóór de tenuitvoerlegging van de uitspraak tijd in verzekering, voorlopige hechtenis of klinische observatie heeft doorgebracht, terwijl er geen aftrek van deze tijd mogelijk is op grond van artikel 27 van het Wetboek van Strafrecht.
2. Voor een vergoeding kan tevens in aanmerking komen de schade die een gewezen verdachte heeft geleden ten gevolge van klinische observatie dan wel ten gevolge van een vrijheidsbeneming die hij in het buitenland heeft ondergaan in verband met een door Nederlandse autoriteiten gedaan verzoek om uitlevering dan wel overlevering. Het in het eerste lid onder c bepaalde is van overeenkomstige toepassing op de tijd die de gewezen verdachte ingevolge een Nederlands verzoek om uitlevering dan wel overlevering in detentie in het buitenland heeft doorgebracht.
3. Het verzoek kan slechts worden ingediend na de beëindiging van de zaak.
4. Indien meer feiten gevoegd worden behandeld, worden deze voor de toepassing van deze bepaling als één zaak aangemerkt, tenzij tussen deze feiten geen relevant verband bestaat.
5. Het verzoekschrift wordt ondertekend en bevat ten minste:
a. de naam en het adres van de verzoeker;
b. de dagtekening;
c. een omschrijving van de geleden of de te lijden schade;
d. de gronden van het verzoek.
6. Indien een verzoek om vergoeding door een erfgenaam van de gewezen verdachte is gedaan, blijft een vergoeding van het door de gewezen verdachte geleden nadeel dat niet in vermogensschade bestaat achterwege. Indien de gewezen verdachte na het

indienen van zijn verzoek of na instelling van hoger beroep is overleden, geschiedt de toekenning ten behoeve van zijn erfgenamen.
7. Indien het College van procureurs-generaal oordeelt dat de zaak niet van eenvoudige aard is en door de rechtbank dient te worden behandeld, verwijst hij de zaak naar het gerecht in feitelijke aanleg, waarvoor de zaak tijdens de beëindiging daarvan werd of zou worden vervolgd of anders het laatst werd vervolgd. Artikel 599 is van overeenkomstige toepassing.

Artikel 595 [verzoeken van derden]
1. Andere rechtstreeks belanghebbenden dan de verdachte of gewezen verdachte kunnen een schriftelijk verzoek indienen ter vergoeding van de schade die zij hebben geleden ten gevolge van strafvorderlijk handelen door een overheidsorgaan.
2. Het verzoek kan tevens worden ingediend door de verzekeraar ten aanzien van een vordering waarin hij is gesubrogeerd of die hij door overdracht heeft verkregen.
3. Het verzoek kan worden ingediend zodra de verzoeker met de geleden of te lijden schade bekend is geworden.
4. Artikel 594, vijfde lid tot en met zevende lid, is van overeenkomstige toepassing.

Artikel 596 [afdoening door het College van procureurs-generaal]
1. Het College van procureurs-generaal beslist binnen acht weken na de ontvangst van het verzoekschrift en wijst daarbij de draagplichtige rechtspersoon aan. Indien het belang van het onderzoek naar de gegrondheid van het verzoek dan wel de wijze van schadecompensatie dit vordert, kan het College van procureurs-generaal de beslissing omtrent het verzoek uitstellen.
2. De beslissing wordt onverwijld aan de verzoeker betekend, met de vermelding van de mogelijkheid en de termijn van het instellen van beroep.
3. Hoofdstuk 7 van de Algemene wet bestuursrecht is niet van toepassing.
4. Bij ministeriële regeling worden regels gesteld met betrekking tot de behandeling van het verzoek.

Artikel 597 [Maatstaf schadecompensatie en criteria voor schadecompensatie]
1. Indien de schadeveroorzakende gedraging rechtmatig was, kan aan de verzoeker een schadecompensatie worden toegekend in geval de rechtstreeks benadeelde onevenredig is getroffen door het besluit of de handeling en de schade die hierdoor is veroorzaakt uitgaat boven het normaal maatschappelijk risico. Een verzoek tot schadevergoeding kan worden afgewezen indien en voor zover :
a. de benadeelde het risico van het ontstaan van de schade heeft aanvaard, of
b. de benadeelde heeft nagelaten redelijke maatregelen ter voorkoming of beperking van schade te nemen, of
c. de benadeelde een vergoeding daarvan langs andere weg heeft verkregen of kan verkrijgen, of
d. de schade anderszins redelijkerwijs geheel of ten dele ten laste van de benadeelde behoort te blijven. 2. Indien de schadeveroorzakende gedraging onrechtmatig was, wordt aan de verzoeker een schadecompensatie toegekend, tenzij de schade naar de maatstaven van het civiele recht redelijkerwijze voor zijn rekening behoort te blijven.
3. De rechtmatigheid dan wel onrechtmatigheid van de schadeveroorzakende handeling wordt beoordeeld naar het tijdstip waarop deze handeling plaatsvond.

Artikel 598 [schade en wijze van schadecompensatie]
1. Onder schade is mede begrepen het nadeel dat niet uit vermogensschade bestaat. Artikel 106 van Boek 6 van het Burgerlijk Wetboek is van overeenkomstige toepassing.
2. Bij algemene maatregel van bestuur kunnen regels worden gesteld met betrekking tot de hoogte alsmede de wijze van schadecompensatie
3. Indien een schadevergoeding wordt toegekend aan een gewezen verdachte, wordt het uit te keren bedrag verrekend met geldboeten en andere aan de Staat verschuldigde geldsommen, tot betaling waarvan de verzoeker bij onherroepelijk geworden vonnis of arrest in een strafzaak is veroordeeld of tot betaling waartoe de verzoeker op grond van een jegens hem uitgevaardigde, onherroepelijk geworden strafbeschikking verplicht is, een en ander voor zover die nog niet door hem zijn voldaan.
4. De artikelen 81 tot en met 89, 119 en 120 van Boek 6 van het Burgerlijk Wetboek zijn van overeenkomstige toepassing.
5. Een compensatie voor de schade die door een gewezen verdachte is geleden, kan hieruit bestaan dat de dagen die de gewezen verdachte op grond van een bevel tot inverzekeringstelling en voorlopige hechtenis in detentie heeft doorgebracht – geheel of gedeeltelijk – in mindering worden gebracht op de tenuitvoerlegging van een uit anderen hoofde opgelegde onherroepelijke vrijheidsstraf.
6. Een compensatie kan tevens bestaan uit een openbaarmaking van de beschikking, indien hierom is verzocht door verzoeker.
7. Artikel 310, 313 en 316 tot en met 321 van Boek 3 van het Burgerlijk Wetboek zijn van overeenkomstige toepassing, met dien verstande dat de termijn van verjaring van een rechtsvordering van een gewezen verdachte of diens erfgenaam eerst aanvangt op de dag, volgende op die waarop de strafzaak tegen de gewezen verdachte beëindigd is.

Artikel 599 [beroep]
1. Tegen de door het College van procureurs-generaal genomen beslissing staat de verzoeker of zijn erfgenamen binnen veertien dagen nadat de beschikking in persoon aan hen is uitgereikt, dan wel zich anderszins een omstandigheid heeft voorgedaan waaruit voortvloeit dat de beschikking hen bekend is, beroep open bij het gerechtshof binnen het rechtsgebied waarvan de zaak die aanleiding was tot het strafvorderlijk optreden werd of zou worden vervolgd of anders het laatst werd vervolgd. De behandeling door de raadkamer vindt in het openbaar plaats.
2. De verzoeker is niet-ontvankelijk indien terzake van dezelfde schade eerder uitspraak is gedaan, tenzij door de verzoeker nieuwe omstandigheden zijn aangevoerd die, waren zij de raadkamer bekend geweest, tot een andere beslissing omtrent dat eerdere verzoek hadden kunnen leiden.
3. Is de verzoeker kennelijk niet-ontvankelijk of het verzoek kennelijk ongegrond, dan kan het gerechtshof zonder nader onderzoek de verzoeker niet-ontvankelijk of het verzoek ongegrond verklaren.
4. Behoudens in het geval bedoeld in het derde lid wordt de verzoeker gehoord, althans behoorlijk daartoe opgeroepen.
5. Indien de raadkamer zulks met het oog op het in te stellen onderzoek noodzakelijk acht, gelast zij – zo nodig onder bijvoeging van een bevel tot medebrenging – tegen een door haar te bepalen tijdstip de dagvaarding of schriftelijke oproeping van getuigen of deskundigen. De artikelen 260, eerste lid, 263, 264, 274, 275 en 276, eerste tot en met derde lid, zijn van overeenkomstige toepassing.

6. Indien het belang van het onderzoek naar de gegrondheid van het verzoek dan wel de hoogte of wijze van schadecompensatie dit vordert, kan de raadkamer de beslissing omtrent het verzoek uitstellen.
7. Ten aanzien van de verzoeker vinden de artikelen 447, eerste en zevende lid, 448, eerste lid, 449, eerste lid, 450 tot en met 451a, en artikel 452 tot en met 455 overeenkomstige toepassing, met dien verstande dat de in artikel 449, eerste lid bedoelde verklaring dient te worden afgelegd bij het College van procureurs-generaal.
8. De beschikking wordt onverwijld aan de verzoeker betekend.

Artikel 600 cassatie
1. Tegen de beschikking ingevolge artikel 599 kan het openbaar ministerie binnen veertien dagen na de dagtekening van de beschikking en kunnen de verzoeker of zijn erfgenamen binnen veertien dagen nadat de beschikking in persoon aan hen is uitgereikt, dan wel zich anderszins een omstandigheid heeft voorgedaan waaruit voortvloeit dat de beschikking hen bekend is, beroep in cassatie instellen.
2. Het eerste lid is niet van toepassing voor zover de verzochte vergoeding ten hoogste € 500 bedraagt, afgezien van de gevorderde wettelijke rente.

ARTIKEL II
In de bij artikel 8:5 van de Algemene wet bestuursrecht behorende bijlage wordt in paragraaf A na onderdeel 7 een onderdeel toegevoegd, luidende:
8. De artikelen 591a, 594 en 595 van het Wetboek van Strafvordering.

ARTIKEL III
Artikel 67, eerste lid, van de Overleveringswet komt te luiden:
1. In gevallen waarin de overlevering is geweigerd, kan de opgeëiste persoon een schriftelijk verzoek tot schadecompensatie indienen bij het College van procureurs-generaal voor schade die hij heeft geleden ten gevolge van vrijheidsbeneming, bevolen krachtens deze wet. De artikelen 593, tweede lid, 594 en 596 tot en met 600 van het Wetboek van Strafvordering zijn van overeenkomstige toepassing

ARTIKEL IV
Artikel 59, eerste lid, van de Uitleveringswet komt te luiden:
1. In gevallen waarin de uitlevering bij onherroepelijk rechterlijk gewijsde ontoelaatbaar is verklaard, kan de opgeëiste persoon een schriftelijk verzoek tot schadecompensatie indienen bij het College van procureurs-generaal voor schade die hij heeft geleden ten gevolge van vrijheidsbeneming, bevolen krachtens deze wet. De artikelen 593, tweede lid, 594 en 596 tot en met 600 van het Wetboek van Strafvordering zijn van overeenkomstige toepassing.

ARTIKEL V
Artikel 44, eerste lid, van de Uitvoeringswet Internationaal Strafhof komt te luiden:
1. In gevallen waarin de overlevering bij onherroepelijk rechterlijk gewijsde ontoelaatbaar is verklaard, kan de opgeëiste persoon een schriftelijk verzoek tot schadecompensatie indienen bij het College van procureurs-generaal voor schade die hij heeft geleden ten gevolge van de vrijheidsbeneming, bevolen krachtens deze wet. De artikelen 593, tweede lid, 594 en 596 tot en met 600 van het Wetboek van Strafvordering zijn van overeenkomstige toepassing

ARTIKEL VI
In artikel 106, eerste lid van de Vreemdelingenwet 2000 wordt 'Onder schade is begrepen het nadeel dat niet in vermogensschade bestaat. De artikelen 90 en 93' vervangen door: De artikelen 597 en 598.

ARTIKEL VII
Artikel 164, negende lid van de Wegenverkeerswet 1994 komt te luiden:
9. Indien de zaak eindigt zonder oplegging van straf of maatregel of met zodanige oplegging, doch op grond van een feit waarvoor de toepassing van het eerste of vierde lid niet is toegelaten, kan de verdachte een schriftelijk verzoek tot schadecompensatie indienen bij het College van procureurs-generaal voor schade die hij ten gevolge van die toepassing heeft geleden.
De artikelen 593, tweede lid, 594 en 596 tot en met 600 van het Wetboek van Strafvordering zijn van overeenkomstige toepassing.

ARTIKEL VIII
Artikel 11.7, zesde lid van de Wet luchtvaart komt te luiden:
6. Indien de zaak eindigt zonder oplegging van straf of maatregel of met zodanige oplegging, doch op grond van een feit waarvoor toepassing van het eerste of tweede lid niet is toegelaten, kan de gewezen verdachte een schriftelijk verzoek tot schadecompensatie indienen bij het College van procureurs-generaal voor schade die hij die hij ten gevolge van die toepassing heeft geleden. De artikelen 593,tweede lid, 594 en 596 tot en met 600 van het Wetboek van Strafvordering zijn van overeenkomstige toepassing

ARTIKEL IX
Artikel 32 van de Wet op de economische delicten komt te luiden:

Artikel 32
1. Indien de zaak eindigt hetzij zonder oplegging van straf of maatregel, hetzij met oplegging van een zodanige straf of maatregel, dat de opgelegde voorlopige maatregel als onevenredig hard moet worden beschouwd, kan de verdachte een schriftelijk verzoek tot schadecompensatie indienen bij het College van procureurs-generaal voor schade die hij heeft geleden hij ten gevolge van de opgelegde voorlopige maatregel.
2. De artikelen 593, tweede lid, 594 en 596 tot en met 600 van het Wetboek van Strafvordering zijn van overeenkomstige toepassing.

ARTIKEL X
Artikel 67 van de Wet overdracht tenuitvoerlegging strafvonnissen komt te luiden:

Artikel 67
1. In gevallen waarin onherroepelijk is vastgesteld dat tenuitvoerlegging van een buitenlandse rechterlijke beslissing in Nederland niet behoort plaats te vinden kan de veroordeelde een schriftelijk verzoek tot schadecompensatie indienen bij het College van procureurs-generaal voor schade die hij heeft geleden en kosten die hij heeft gemaakt ten gevolge van voorlopige vrijheidsbeneming bevolen krachtens deze wet. Onder schade is begrepen het nadeel dat niet in vermogensschade bestaat.
2. De artikelen 591, 591a, 593, tweede lid, 594 en 596 tot en met 600 van het Wetboek van Strafvordering zijn van overeenkomstige toepassing.

ARTIKEL XI
In artikel 21, eerste lid Wet overgang bijzondere rechtspleging wordt : 'De artikelen 57-69, 73, 77-86, 88-90, 92 en 93 van het Wetboek van Strafvordering zijn van overeenkomstige toepassing' vervangen door: De artikelen 57 tot en met 69, 73 en 77 tot en met 86 en 88 zijn van overeenkomstige toepassing.

ARTIKEL XII
Artikel 15d van het Wetboek van Strafrecht komt te luiden:

Artikel 15d
In gevallen waarin het gerechtshof een vordering geheel of gedeeltelijk afwijst kan de veroordeelde een schriftelijk verzoek tot schadecompensatie indienen bij de het College van procureurs-generaal voor de schade die hij heeft geleden ten gevolge van vrijheidsbeneming, ondergaan uit hoofde van het tweede lid van artikel 15*b*. De artikelen 593, tweede lid, 594, derde tot en met zevende lid, 596 tot en met 600 zijn van overeenkomstige toepassing .

ARTIKEL XIII
Indien het bij koninklijke boodschap van 5 april 2006 ingediende voorstel van wet tot Wijziging van het Wetboek van Strafrecht en enige andere wetten in verband met de wijziging van de vervroegde invrijheidstelling in een voorwaardelijke invrijheidstelling (30 513) tot wet is verheven en die wet in werking getreden is op het tijdstip waarop deze wet in werking treedt, wordt deze wet als volgt gewijzigd:

A
Onderdeel XII vervalt

B
Artikel 15k van het Wetboek van Strafrecht komt te luiden:

Artikel 15k
In de gevallen waarin een vordering tot herroeping van de voorwaardelijke invrijheidstelling wordt afgewezen of het openbaar ministerie in zijn vordering niet ontvankelijk wordt verklaard, kan de veroordeelde een schriftelijk verzoek tot schadecompensatie indienen bij het College van procureurs-generaal voor de schade die hij heeft geleden ten gevolge van vrijheidsbeneming, ondergaan uit hoofde van artikel 15h, vijfde lid. De artikelen 593, tweede lid, 594, derde tot en met zevende lid, 596 tot en met 600 zijn van overeenkomstige toepassing .

ARTIKEL XIV
Indien het bij koninklijke boodschap van 6 februari 2003 ingediende voorstel van wet tot aanpassing van het Burgerlijk Wetboek, het Wetboek van Strafvordering en de Wet schadefonds geweldsmisdrijven in verband met de vergoedbaarheid van schade als gevolg van het overlijden of ernstig en blijvend letsel van naasten (28 781) tot wet is verheven en die wet in werking is getreden, wordt deze wet als volgt gewijzigd.

A
In artikel I onderdeel I wordt aan het voorgestelde artikel 594 een lid toegevoegd luidende

8. Indien de gewezen verdachte ten gevolge van de uitoefening van een strafvorderlijke bevoegdheid ernstig en blijvend letsel heeft opgelopen, kan het verzoek tevens worden ingediend door de personen, bedoeld in artikel 107, tweede lid, van Boek 6 van het Burgerlijk Wetboek ter zake van de in het eerste lid, onder b, van dat artikel bedoelde vordering. Indien de gewezen verdachte ten gevolge van de uitoefening van een strafvorderlijke bevoegdheid is overleden, kan het verzoek tevens worden gedaan door de personen, bedoeld in artikel 108, eerste tot en met vierde lid, van Boek 6 van het Burgerlijk Wetboek ter zake van de daar bedoelde vorderingen.

B

In artikel I onderdeel I wordt in het voorgestelde artikel 595, vierde lid, de zinsnede 'Artikel 594, vijfde lid tot en met zevende lid', vervangen door: Artikel 594, vijfde lid tot en met het achtste lid.

ARTIKEL XV

De artikelen van deze wet zijn niet van toepassing op verzoeken tot schadecompensatie die zijn ingediend vóór het tijdstip van de inwerkingtreding van de wet.

ARTIKEL XVI

Deze wet treedt in werking op een bij koninklijk besluit te bepalen tijdstip.

ARTIKEL XVII

Deze wet wordt aangehaald als: Wet schadecompensatie strafvorderlijk overheidsoptreden.

Lasten en bevelen dat deze in het Staatsblad zal worden geplaatst en dat alle ministeries, autoriteiten, colleges en ambtenaren wie zulks aangaat, aan de nauwkeurige uitvoering de hand zullen houden.

Gegeven

De Minister van Justitie,

Bijlage 2

Wijziging van het Wetboek van Strafvordering en enige andere wetten ter regeling van de schadecompensatie in verband met strafvorderlijk overheidsoptreden (Wet schadecompensatie strafvorderlijk overheidsoptreden)

MEMORIE VAN TOELICHTING

Algemeen deel

1. Inleiding

Dit wetsvoorstel voorziet in een algemene regeling betreffende de toekenning van schadevergoedingen in verband met strafvorderlijk overheidsoptreden. De regeling is onder meer aangekondigd in de voortgangsberichten over de uitvoering van de herziening van het Wetboek van Strafvordering (Kamerstukken II 2005/06, 29 271, nr. 3 en Kamerstukken II 2006/07, 29 271, nr. 5). Tevens heeft de Tweede Kamer, bij de behandeling van het wetsvoorstel betreffende de opsporing en vervolging van terroristische misdrijven, met brede steun de motie-Weekers c.s aanvaard waarin wordt aangedrongen op een spoedige totstandkoming van een 'algehele en brede' regeling voor een 'tegemoetkoming bij schade ten gevolge van strafvorderlijk overheids-optreden.' (Kamerstukken II 2005/06, 30 164, nr. 19). Dit wetsvoorstel strekt tot uitvoering van deze motie.

Kern van het voorstel is dat er een specifieke, laagdrempelige, procedure wordt ingevoerd voor de beoordeling van verzoeken tot schadecompensatie als gevolg van strafvorderlijk handelen. Deze procedure staat niet alleen open voor gewezen verdachten, maar ook voor derden. Bijvoorbeeld de toevallige voorbijganger die gewond raakt door een verdwaalde politiekogel bij de aanhouding van een verdachte. Door een eenvoudige en snelle afdoening van schadeclaims wordt de rechtsbescherming van burgers verbeterd.

De regeling heeft niet alleen betrekking op schade die is veroorzaakt door de toepassing van dwangmiddelen. Ook andere vormen van schade vallen onder de regeling, bijvoorbeeld reputatieschade. Zo kan een gewezen verdachte schade oplopen door (achteraf onjuiste) persberichten van het openbaar ministerie in verband met de opsporing van een strafbaar feit.

Bij het opstellen van de regeling zijn verschillende belangen tegen elkaar afgewogen. Aan de ene kant dient de overheid ervoor te waken dat burgers ten onrechte met de rekening van schadeveroorzakend overheidsoptreden achterblijven. Daarbij heeft de overheid een bijzondere verantwoordelijkheid in verband met het waarborgen van fundamentele rechten die voortvloeien uit de internationale mensenrechtenverdragen.

Anderzijds dient recht te worden gedaan aan de belangen van opsporing. Het mag niet zo zijn dat noodzakelijke opsporingshandelingen achterwege blijven uit vrees voor mogelijke acties tot schadevergoeding (vgl. ook de nota Strafvordering in Balans, Kamerstukken II 1993/94, 23 672, p. 23). In verband hiermee voorziet het wetsvoorstel in de mogelijkheid om bij algemene maatregel van bestuur nadere regels te stellen met betrekking tot de hoogte van de schadecompensatie.

In grote lijnen stemt het wetsvoorstel overeen met de aanbevelingen die zijn gedaan in het kader van het onderzoeksproject Strafvordering 2001, onder leiding van prof. mr. G. Knigge en prof. mr M.S. Groenhuijsen (zie i.h.b. N.J.M. 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 e.v.).

De gebruikte terminologie is als volgt. Daar waar in de memorie van toelichting wordt gesproken over onrechtmatig strafvorderlijk overheidsoptreden doel ik op gedragingen die, beoordeeld naar het tijdstip van optreden, onrechtmatig waren. Het betreft hier de zogeheten onrechtmatigheid ex tunc, waarop in de toelichting op het voorgestelde artikel 597, derde lid nader zal worden ingegaan.
Voor zover niet uitdrukkelijk anders is vermeld, hebben alle genoemde artikelen betrekking op het Wetboek van Strafvordering

1.1. Inhoudsopgave

De opbouw van deze toelichting is als volgt. In § 2 geef ik een samenvatting van de hoofdlijnen van de regeling. Vervolgens bespreek ik in § 3 de achtergronden van het wetsvoorstel. In § 4 worden de voorstellen op hoofdlijnen nader toegelicht. In § 5 komt de verhouding van de voorgestelde algemene regeling tot specifieke schade-vergoedingsregelingen aan de orde. Daarna ga ik in op de financiële aspecten van de regeling (§ 6) en op de voorbereiding en consultatie (§ 7). Tot slot geef ik in § 8 waar nodig, in aanvulling op hetgeen in de eerste zeven paragrafen is toegelicht, een toelichting op de afzonderlijke artikelen van het wetsvoorstel.

2. Hoofdlijnen van de regeling

De hoofdlijnen van het wetvoorstel zijn als volgt:

- De vergoeding van schade die is veroorzaakt door strafvorderlijk overheidshandelen, vindt in het algemeen plaats langs strafrechtelijke weg. In dat verband stel ik voor te voorzien in een algemene regeling op dit punt, in boek V van het Wetboek van Strafvordering (§ 4.1).
- De regeling voorziet zoveel mogelijk in één procedure voor schade die is ontstaan door strafvorderlijk optreden. De regeling heeft daarom een ruim toepassingsbereik. Hieronder valt in beginsel alle schade die is ontstaan naar aanleiding van de opsporing en vervolging van strafbare feiten alsmede de tenuitvoerlegging van strafrechtelijke beslissingen (§ 4.2).
- De regeling heeft zowel betrekking op rechtmatig als op onrechtmatig overheidsoptreden. (§ 4.3).
- De strafvorderlijke voorzieningen beogen in de plaats te komen van de huidige civielrechtelijke voorzieningen (§ 4.4).
- De schadevergoedingsprocedure staat niet alleen open voor gewezen verdachten en derden die schade hebben geleden door het strafvorderlijk overheidsoptreden.

Onder omstandigheden kunnen tevens de erfgenamen dan wel naasten van de voornoemde personen een verzoek tot schadecompensatie indienen (§ 4.5).

- Voor gewezen verdachten geldt als hoofdregel, dat deze alleen ontvankelijk zijn in het verzoek tot schadecompensatie indien zij niet zijn veroordeeld. Daarop bestaan wel uitzonderingen, onder meer wanneer het voorarrest langer heeft geduurd dan de uiteindelijk opgelegde straf (§ 4.6).
- Het wetsvoorstel voorziet in een vergoeding van materiële én immateriële schade. In geval van rechtmatig strafvorderlijk overheidsoptreden sluit het wetsvoorstel voor een belangrijk deel aan bij criteria voor schadecompensatie uit het voorontwerp van de Wet nadeelcompensatie en schadevergoeding wegens onrechtmatige besluiten. Voor bepaalde vormen van schade kunnen bij algemene maatregel van bestuur forfaitaire bedragen worden vastgesteld (§ 4.7).
- De schadecompensatie hoeft niet noodzakelijkerwijs uit een financiële compensatie te bestaan. Deze kan ook plaatsvinden in een andere vorm, bijvoorbeeld door de publicatie van de beschikking waarin een verzoek tot schadecompensatie wordt toegewezen (§ 4.8).
- Aan de strafvorderlijke schadevergoedingsprocedure gaat een verzoekschriftprocedure vooraf bij het College van procureurs-generaal met bestuursrechtelijke componenten. Feitelijk zal deze procedure door het parket-generaal worden uitgevoerd. Dit onderdeel van het openbaar ministerie heeft nu al ervaring met de behandeling van strafvorderlijke schadeclaims (§ 3.1. en § 4.9)
- De verzoeker kan in het algemeen tegen een afwijzende beslissing van het College van procureurs-generaal (feitelijk dus het parket-generaal) beroep instellen bij een specifieke raadkamer van het gerechtshof. Deze raadkamer is samengesteld uit civilisten en strafrechtjuristen. Tegen de beslissing op dat beroep kan onder omstandigheden cassatie worden ingesteld (§ 4.9).
- Ingewikkelde schadeclaims kunnen al meteen aan de rechter worden voorgelegd, waarna beroep en cassatie open staan (§ 4.9).
- De schadecompensatieregeling is aldus ingekleed dat deze zowel in procedureel opzicht als voor wat betreft de te hanteren schadevergoedingscriteria een effectieve en met voldoende waarborgen omklede rechtsgang is. De burgerlijke rechter hoeft daardoor niet meer op te treden als restrechter wanneer een gewezen verdachte of derde schade vordert wegens strafvorderlijk overheidshandelen (§ 4.4, § 4.7.3 en § 4.9).

3. Achtergronden

3.1. De bestaande situatie

Ook nu al keren verschillende instanties schadevergoedingen uit naar aanleiding van strafvorderlijk overheidsoptreden. De bestaande voorzieningen zijn echter nogal verbrokkeld. Voor sommige claims dient men zich tot de strafrechter te wenden, voor andere tot de burgerlijke rechter. Ook worden er schadevergoedingen uitgekeerd door politiekorpsen, het parket-generaal, het Centraal Justitieel Incasso-bureau (hierna: CJIB), en nog meer overheidsinstanties.

Deze situatie is historisch zo gegroeid vanwege het ontbreken van een algemene regeling op dit punt. Weliswaar bevat het Wetboek van Strafvordering enkele bijzondere regelingen omtrent de schadevergoeding, waaronder de schadevergoeding in verband

met de inverzekeringstelling en voorlopige hechtenis (artikel 89 e.v.), de proceskostenvergoedingsregeling (in de artikelen 591 en 591a) en de regeling betreffende de vergoeding van kosten van de uitlevering van voorwerpen of gegevens (artikel 592). De reikwijdte van deze regelingen is echter nogal beperkt, omdat deze alleen van toepassing zijn op bepaalde vormen van schade. Buiten de bestaande regelingen valt bijvoorbeeld de schade die is ontstaan door de inbeslagneming van voorwerpen of de doorzoeking van woningen. Toch kan ook bij de toepassing van dit soort dwangmiddelen een schadevergoeding op zijn plaats zijn. Dit is bijvoorbeeld het geval wanneer een arrestatieteam per vergissing een verkeerde woning binnenvalt. Het arrestatieteam kan dan aanzienlijke financiële schade veroorzaken voor de bewoner door het forceren van deuren e.d.

Om te voorkomen dat burgers in dit soort situaties in de kou komen te staan, keren verschillende instanties buiten het verband van het Wetboek van Strafvordering schadevergoedingen uit. Zo kennen regionale politiekorpsen wel beleidsmatige schadevergoedingen toe, vaak naar aanleiding van een klacht over het politieoptreden. Probleem daarbij is wel dat de desbetreffende wetgeving geen normen bevat betreffende de schadevergoeding en er regelmatig geschillen zijn over de hoogte van de schadevergoeding. De Nationale Ombudsman verklaart geregeld klachten gegrond over de afwijzing van een schadeclaim. Vanwege geconstateerde manco's in de rechtsbescherming dringt de Nationale Ombudsman al sinds 1994 aan op de totstandkoming van een wettelijke regeling betreffende de schadevergoeding naar aanleiding van strafvorderlijk overheidsoptreden (zie o.a. het Jaarverslag Nationale ombudsman 1994, Kamerstukken II 1994/95, 24 125, nr. 1-2, p. 152.)

Ook andere overheidsinstanties behandelen schadeclaims, waaronder het parketgeneraal (gemiddeld zo'n 300 per jaar). Deze instantie oordeelt over schadeverzoeken van gewezen verdachten als van derden, naar aanleiding van het optreden van het Openbaar Ministerie. Vaak gaat het daarbij om schade door de toepassing van dwangmiddelen, zoals de inbeslagneming. Bijvoorbeeld omdat er in beslag genomen goederen zijn beschadigd of aan de verkeerde persoon zijn teruggegeven.
In het algemeen hanteert het parket-generaal de civielrechtelijke criteria betreffende de schadevergoeding naar aanleiding van de onrechtmatige overheidsdaad. Zoals hierna in § 4.1.1 aan de orde komt, zijn er echter bezwaren verbonden aan de toepassing van deze criteria in een strafvorderlijke context.

Aan de lijst met instanties kunnen nog verschillende andere worden toegevoegd. Zo kunnen er op grond van de Penitentiaire beginselenwet schadevergoedingen worden toegekend aan gedetineerden door de zogenaamde beklagcommissies dan wel door de Raad voor strafrechtstoepassing en jeugdbescherming (zie o.a. artikel 60 e.v. van de Penitentiaire Beginselenwet). Deze instanties kennen bijvoorbeeld schadevergoedingen toe wanneer zij van oordeel zijn dat ten onrechte aan een gedetineerde de disciplinaire straf van plaatsing in een strafcel is opgelegd.
Heeft de gedetineerde te lang gevangenisstraf ondergaan door een rekenfout van het CJIB bij de berekening van de datum van de vervroegde invrijheidsstelling, dan kan hij bij deze laatste instantie een schadeclaim indienen.

Tenslotte kan een burger soms langs civielrechtelijke weg een schadevergoeding krijgen. Hiervoor is echter wel vereist dat er naar het oordeel van de burgerlijke rechter sprake is van een onrechtmatige overheidsdaad. Ik kom hierop terug in § 4.1.1

3.2. Overlappingen

Voor een deel overlappen de zojuist in vogelvlucht genoemde schadevergoedingsvoorzieningen elkaar. In geval van een onrechtmatig voorarrest kan de gewezen verdachte bijvoorbeeld een schadevergoeding vorderen bij de strafrechter op grond van de artikelen 89 e.v. De Hoge Raad heeft namelijk beslist dat deze schadevoorziening niet alleen van toepassing is op rechtmatige, maar ook op onrechtmatige vrijheidsbenemingen (HR 2 februari 1993, NJ 1993, 552). De burgerlijke rechter heeft zich echter ook bevoegd verklaard deze schadeclaims te behandelen (HR 7 april 1989, NJ 1989, 532). In latere rechtspraak is bovendien beslist dat de strafvorderlijke en civielrechtelijke acties ook na, en in aanvulling op elkaar, kunnen worden ingesteld (Rb Amsterdam 17 april 1991, NJ 1992, 433; vgl. ook HR 3 februari 2006, LJN AU6091).

Deze situatie is onwenselijk, omdat er verschillende rechters over eenzelfde soort overheidshandeling kunnen oordelen, waardoor de rechtseenheid in het gedrang kan komen. Bovendien kan een burger gaan 'forumshoppen': als het oordeel van de strafrechter niet naar zijn zin is, kan hij het nog eens bij de burgerlijke rechter proberen. In het bovengenoemde voorbeeld kan de gewezen verdachte bovendien een schadeclaim indienen bij het parket-generaal. Het is zelfs niet uitgesloten dat een calculerende burger zal proberen een dubbele of zelfs driedubbele schadevergoeding in de wacht te slepen: bij de strafrechter, bij de burgerlijke rechter en via het parket-generaal.

3.3. Lacunes

Doordat de bestaande schadevoorzieningen niet goed op elkaar afgestemd zijn, bestaan er bovendien lacunes in de rechtsbescherming (zie § 4.1.1). Dit is onder meer problematisch omdat het laatste decennium de strafvorderlijke bevoegdheden behoorlijk zijn uitgebreid (o.a. ten behoeve van de bestrijding van de georganiseerde criminaliteit en de terrorismebestrijding). 'Naarmate meer aandacht en inzet wordt gericht op het voorkomen van terroristische en andere misdrijven, neemt de kans toe dat achteraf wordt vastgesteld dat er niet terecht bepaalde dwangmiddelen zijn toegepast.' (Algemeen kader herziening Wetboek van Strafvordering, Kamerstukken II 2005/06, 29 271, nr. 3). 'De actievere en ruimere toepassing van dwangmiddelen impliceert een regeling voor de toekenning van schadevergoeding na de uitoefening van die dwangmiddelen, die recht doet aan de belangen van de betrokken burger en de belangen van de opsporing' (Nota Strafvordering in Balans, Kamerstukken II 1993/94, 23 672, nr. 1, p. 23).

3.4. Het voordeel van één algemene regeling

Gelet op de bovenaangegeven lacunes in de rechtsbescherming is een verbetering van de bestaande schadevoorzieningen gewenst. Bovendien is er sprake van een onoverzichtelijke en ondoorzichtige situatie, vanwege de vele schadevoorzieningen die thans op strafvorderlijk terrein bestaan. Voordeel van de totstandkoming van één algemene regeling is, dat kan worden voorzien in 'één loket' voor schade die is ontstaan ten gevolge van strafvorderlijk overheidsoptreden. Dit komt de eenvoud en overzichtelijkheid van ons rechtsstelsel ten goede.

4. De voorgestelde regeling

4.1. De keuze voor een algemene regeling in het Wetboek van Strafvordering

4.1.1 Waarom de strafrechtelijke en niet de civielrechtelijke weg?

Een overzicht van de uitgangspunten van de voorgestelde regeling heb ik hierboven reeds gegeven in § 2. Deze houden onder meer een keuze voor de strafrechtelijke weg in. Waarom niet een schadevergoeding langs civielrechtelijke weg?

In de eerste plaats kan de strafrechter de strafvorderlijke context van het overheidsoptreden beter beoordelen dan de burgerlijke rechter.
In de tweede plaats is de strafvorderlijke raadkamerprocedure meer laagdrempelig dan de huidige civielrechtelijke schadevergoedingsprocedure.
In de derde plaats heeft de civielrechtelijke dogmatiek ongewenste gevolgen voor de beoordeling van strafvorderlijke schadeclaims. De burgerlijke rechter is namelijk gebonden aan het semi-gesloten stelsel van verbintenissen. Dit houdt in dat er in het algemeen alleen een schadevergoeding mogelijk is wanneer er sprake is van een onrechtmatige daad. Dit levert problemen op wanneer het overheidsoptreden vanuit strafvorderlijk oogpunt rechtmatig was.

Te denken valt aan de bekende zaak Staat/B waarin een arrestatieteam met geweld de woning van een zekere B. binnendrong (HR 26 januari 1990, NJ 1990, 794). Deze B. werd er namelijk van verdacht één of meer van de voortvluchtige ontvoerders van mevrouw Van der Valk en een deel van het losgeld te verbergen. Op het moment zelf handelde de politie volgens de regels van het ongeschreven en geschreven procesrecht en was het politieoptreden vanuit strafrechtelijk oogpunt rechtmatig. Later bleek echter de verdenking ongegrond te zijn. Er was veel schade. Het Wetboek van Strafvordering bood geen mogelijkheid tot schadevergoeding. Om te voorkomen dat burgers in dit soort situaties met lege handen achterblijven, heeft de Hoge Raad noodconstructies gecreëerd om, ondanks de bestaande wettelijke lacune op dit terrein, toch een schadevergoeding mogelijk te maken. Daarbij worden aan de hand van een soort van U-bocht rechtmatige overheidsdaden in de sleutel van de onrechtmatige daad gezet. Aan het gebruik van dit soort constructies zijn echter nadelen verbonden. Hierna licht ik dit nader toe, waarbij ik achtereenvolgens inga op schadevergoeding aan (gewezen) verdachten en aan derden.

Civielrechtelijke rechtspraak betreffende gewezen verdachten

Naar geldend civiel recht kan een gewezen verdachte alleen aanspraak maken op een schadevergoeding wegens *rechtmatig* strafvorderlijk overheidsoptreden, wanneer er sprake is van zgn. 'onrechtmatigheid ex post'. Dit houdt in dat aan een gewezen verdachte een schadevergoeding toe komt, wanneer het optreden van de overheid achteraf bezien onrechtmatig is vanwege de gebleken onschuld van deze verdachte. Van gebleken onschuld is echter alleen sprake indien:

> 'uit de uitspraak van de strafrechter of anderszins uit de stukken betreffende de niet met een bewezenverklaring geëindigde strafzaak blijkt van de onschuld van de verdachte en van het ongefundeerd zijn van de verdenking waarop het optreden van politie of justitie berustte' (HR 13 oktober 2006, RvdW 2006, 944, LJN AV6956).

Blijkt uit die stukken niet dat de betrokkene onschuldig was dan moet er – zo is vaste rechtspraak – van worden uitgegaan dat de verdenking tegen de betrokkene aan de in artikel 27 neergelegde maatstaf beantwoordde, dat strafvorderlijke maatregelen op grond van die verdenking niet onrechtmatig waren en dat de verdachte dan voor het verkrijgen van schadevergoeding is aangewezen op de mogelijkheden die de artikelen 89-93, 591 en 591a hem bieden (zie o.a. HR 13 oktober 2006, RvdW 2006, 944, LJN AV6956). Dit geldt ook voor die gevallen waarin de verdachte is vrijgesproken, omdat een vrijspraak niet altijd hoeft te betekenen dat een verdachte onschuldig was. In sommige gevallen kan namelijk tijdens het strafproces niet meer worden achterhaald wat er precies gebeurd is. Bijvoorbeeld omdat getuigen elkaar op wezenlijke punten tegenspreken en de ontkennende verklaring van de verdachte door andere verklaringen wordt ondersteund. Dan kan de verdachte wegens gebrek aan bewijs worden vrijgesproken terwijl het onduidelijk blijft of de verdachte het feit heeft gepleegd.

Van diverse zijden zijn er zowel principiële als praktische bezwaren tegen de constructie van de onrechtmatigheid ex post aangevoerd (zie o.a. de noot van prof. Mr J.B.M. Vranken onder HR 13 oktober 2006, NJ 2007, 432, met uitgebreide literatuurverwijzingen). Als kritiekpunt is onder meer aangevoerd dat het onwenselijk is dat overigens legitiem overheidsoptreden achteraf toch bestempeld wordt tot onrechtmatige daad. Sommigen vrezen dat de slagvaardigheid van de politie onder druk komt te staan vanwege het diffamerende effect dat deze rechtspraak kan hebben (zie Kwakman a.w. p. 530).

Een ander nadeel is, dat de verdachte voor de zware taak wordt gesteld zijn onschuld aan te tonen aan de hand van de uitspraak van de strafrechter en/of uit de stukken van de strafzaak. Uit deze documenten blijkt immers meestal niet (positief) dat de verdachte onschuldig was, maar alleen dat diens schuld niet bewezen kon worden. Nog moeilijker is de bewijspositie van de verdachte wiens zaak al snel na aanvang van een strafrechtelijk onderzoek vanwege een gebrek aan bewijs wordt geseponeerd. Omdat er in dat geval vaak nauwelijks een dossier is, is het uitermate moeilijk voor deze verdachte om aan de hand van dat dossier zijn onschuld aan te tonen. Een feitelijk onschuldige verdachte kan hierdoor met lege handen blijven staan. Door de Hoge Raad wordt dit bezwaar tegen het criterium van de gebleken onschuld wel onderkend (zie i.h.b. HR 13 oktober 2006, LJN AV6956). De Hoge Raad houdt echter toch vast aan dit criterium (onder meer) vanwege: 'de onwenselijkheid dat de burgerlijke rechter zich anders in de regel ertoe genoopt zou zien in een daarop niet toegesneden procedure vragen onder ogen te zien tot het beantwoorden waarvan bij uitstek de strafrechter is toegerust en geroepen, en die deze, in geval van vrijspraak, veelal reeds bij gewijsde heeft beantwoord (…).'

Voorts overweegt de Hoge Raad dat er des te minder aanleiding is om terug te komen op de rechtspraak betreffende de gebleken onschuld, omdat: 'de Minister van Justitie heeft aangekondigd (brief van 9 november 2005, Kamerstukken II 2005-2006, 29 271, nr. 3) prioriteit toe te kennen aan het onderwerp schadevergoeding wegens toepassing van dwangmiddelen. Blijkens het verslag van een schriftelijk overleg (vastgesteld op 21 maart 2006, Kamerstukken II 2005-2006, 29 271, nr. 4, p. 3 en 5) kan deze prioriteitstelling op brede steun in de Tweede Kamer rekenen (..).'

Civielrechtelijke rechtspraak betreffende de schadevergoeding aan derden

Hierboven sprak ik over de schadevergoeding aan gewezen verdachten. Gaat het om een derde die schade heeft geleden ten gevolge van rechtmatig overheidsoptreden, dan wordt de schadevergoeding in het civiele recht gebaseerd op het beginsel van gelijkheid voor de publieke lasten. Dit beginsel heeft zijn oorsprong in het Franse recht en wordt daar aangeduid met de "égalité des individus devant les charges publiques" (hierna: égalitébeginsel). In het standaard-arrest Staat-Lavrijsen, betreffende een op zichzelf rechtmatige huiszoeking bij een niet-verdachte, werd het beginsel als volgt verwoord: 'Een van de verschijningsvormen van het gelijkheidsbeginsel is de regel dat de onevenredig nadelige, – dat wil zeggen: buiten het normale maatschappelijke risico of het normale bedrijfsrisico vallende, en op een beperkte groep burgers of instellingen drukkende – gevolgen van een overheidshandeling of overheidsbesluit niet ten laste van die beperkte groep behoren te komen, maar gelijkelijk over de gemeenschap dienen te worden verdeeld (..). Uit deze regel vloeit voort dat het toebrengen van zodanige onevenredige schade bij een op zich zelf rechtmatige overheidshandeling als de onderhavige huiszoeking jegens de getroffene onrechtmatig is.' (HR 30 maart 2001, RvdW 2001, 71)'

De Hoge Raad sluit in dit verband aan bij bestuursrechtelijke rechtspraak betreffende de rechtmatig overheidsoptreden. Anders dan de bestuursrechter is de burgerlijke rechter echter naar geldend recht gebonden aan het leerstuk van de onrechtmatige daad. Dit kan tot gewrongen constructies leiden, omdat op zichzelf legitiem strafvorderlijk optreden toch in de sleutel wordt geplaatst van een onrechtmatige daad.

4.1.2. Voordelen van een specifieke strafvorderlijke regeling

Behalve het hierboven genoemde voordeel betreffende de laagdrempeligheid, is een voordeel van een specifieke strafvorderlijke regeling bovendien, dat deze kan worden toegesneden op de strafprocesrechtelijke context. Bij het strafvorderlijk overheidsoptreden is immers de kwestie van de schadevergoeding nauw verweven met de vraag naar de rechtmatigheid van dit optreden en de strafvorderlijke belangenafwegingen die daarbij een rol spelen (zie Kwakman a.w., p. 587). Daarbij bestaat de ruimte om in verband met de betaalbaarheid van de opsporing nadere richtlijnen op te stellen betreffende de hoogte van de schadevergoedingen in geval van rechtmatig handelen, in aansluiting op de forfaitaire bedragen die nu al in de praktijk worden uitbetaald (zie hierna § 4.7.1.).

Er is niet gekozen voor de invoering van één schadevergoedingsregeling op het publiekrechtelijke terrein, omdat de strafrechter beter toegerust is voor een beoordeling van de toepassing van strafvorderlijke bevoegdheden dan de bestuursrechter. Wel is voor wat betreft de criteria voor schadevergoeding voor een belangrijk deel aangesloten op het voorontwerp betreffende de wet nadeelcompensatie (Zie § 4.7.1).

4.2. Het soort overheidshandelen waarop de regeling betrekking heeft

4.2.1 Eén procedure voor schade naar aanleiding van strafvorderlijk overheidsoptreden

De voorgestelde regeling ziet in beginsel op alle schade die is ontstaan naar aanleiding van de opsporing, de vervolging of de tenuitvoerlegging. Anders dan bij de huidige

regeling in artikel 89 e.v. is er dus niet voor gekozen het toepassingsbereik te beperken tot bepaalde, nader te noemen dwangmiddelen. Op zichzelf is het ene dwangmiddel wel ingrijpender dan het andere. Voor zover er reden is om een onderscheid te maken tussen verschillende dwangmiddelen, dient dat echter niet te geschieden door het ene dwangmiddel wél en het andere niet onder de werkingssfeer van de wet te brengen. Dit onderscheid kan worden verdisconteerd in de hoogte van de schadevergoeding die wordt toegekend, terwijl in sommige situaties een schadevergoeding in zijn geheel achterwege kan blijven (zie voor voorbeelden § 4.7.1.). Op deze wijze wordt zoveel mogelijk voorzien in één procedure voor schade die is ontstaan door strafvorderlijk optreden.

Een beperking tot enkele specifieke dwangmiddelen is voorts onwenselijk, omdat er ook schade kan ontstaan door opsporing en vervolging zonder dat er een dwangmiddel is toegepast. Te denken valt aan de reputatieschade die kan ontstaan wanneer er op verzoek van het OM foto's van verdachten worden getoond tijdens televisie-programma's, of door persberichten van het OM. Dergelijke reputatieschade kan minstens even groot zijn als de schade door de toepassing van een strafvorderlijk dwangmiddel. Ook al is het OM gerechtigd tot het tonen van de foto's en het uitvaardigen van de persberichten, toch kan een schadevergoeding achteraf geïndiceerd zijn.

Bij schadevergoedingen in verband met de tenuitvoerlegging valt bijvoorbeeld te denken aan fouten die overheidsinstanties hebben gemaakt bij de berekening van de datum voor vervroegde invrijheidstelling. Een ander voorbeeld is de executie van een vonnis dat nog niet onherroepelijk blijkt te zijn en waarbij ook achteraf geen grondslag voor de tenuitvoerlegging blijkt te zijn. Zo is het voorgekomen dat iemand door een administratieve fout ruim twee weken gevangenisstraf heeft ondergaan, terwijl nog hoger beroep open stond. In hoger beroep werd het vonnis vernietigd en werd het OM niet-ontvankelijk verklaard in de vervolging. Het hof Amsterdam signaleerde in dit geval een lacune in de wetgeving, maar kende wel een schadevergoeding toe door artikel 89 analogisch toe te passen. (Hof Amsterdam 19 februari 2001, NJ 2001, 355). Deze lacune wordt met de in dit wetsvoorstel opgenomen regeling opgevuld.

De voorgestelde regeling heeft dus, in lijn met de in het begin van deze memorie genoemde motie Weekers c.s., een ruim toepassingsbereik. Hiervoor pleiten verschillende argumenten.

1) Allereerst is het vanuit het oogpunt van de rechtsbescherming wenselijk dat een burger in het algemeen in één procedure alle schade kan vorderen die naar aanleiding van justitieel ingrijpen is veroorzaakt. In de huidige situatie is dat niet altijd mogelijk. Het komt bijvoorbeeld geregeld voor dat een verdachte die rechtmatig in voorlopige hechtenis heeft gezeten, achteraf toch onschuldig blijkt te zijn. Wil deze verdachte aanspraak maken op een schadevergoeding, dan dient hij de strafrechtelijke weg te volgen in verband met de schade die is ontstaan door de voorlopige hechtenis. Hij dient bovendien nog eens een civielrechtelijke procedure aan te spannen in verband met overige schade (zoals de reputatieschade, of schade door een huiszoeking). Dit leidt niet alleen tot onnodige proceskosten. Probleem is ook dat het niet altijd goed mogelijk is om bij de beoordeling van de vordering tot schadevergoeding, een onderscheid te maken tussen schade die het gevolg is van toepassing van dwangmiddelen en schade die het gevolg is van ander optreden van politie en justitie in het kader van de strafvervolging (zie HR 13 oktober 2006, LJN AV6956).

2) Een tweede argument is dat bij een beperkte reikwijdte de gesignaleerde knelpunten blijven bestaan bij die vormen van schade, die niet onder de regeling vallen.
3) Voorts zou er bij een meer beperkte reikwijdte nog steeds sprake zijn van een verbrokkeling van de bestaande schadevergoedingsvoorzieningen over verschillende rechtsgebieden. Eén algemene regeling komt de rechtseenheid ten goede.

Wel wordt er op het één loket-beginsel een uitzondering gemaakt voor de specifieke schadevergoedingsvoorzieningen op het gebied van het penitentiair recht die nu bestaan in verband met de tenuitvoerlegging van vrijheidsbenemende straffen en maatregelen. De in § 4.1.1 genoemde beklagcommissies en de Raad voor strafrechtstoepassing en jeugdbescherming hebben specifieke expertise op dit terrein. Daarom is het niet gewenst die vormen van schade die op grond van artikel 68 van de Penitentiaire Beginselenwet en Artikel 66 van de Beginselenwet Verpleging ter beschikkinggestelden kunnen worden vergoed, onder te brengen in de algemene schadevergoedingsregeling, waarop dit wetsvoorstel ziet.

Daar komt bij dat het hier gaat om schade die min of meer los staat van de oorspronkelijke strafzaak tegen de verdachte. Bij de regelingen op het gebied van het penitentiair recht is immers niet de strafzaak zelf de aanleiding van het beklag, maar de beslissing die de directeur van een (penitentiaire) inrichting heeft genomen (bijvoorbeeld door aan een gedetineerde een disciplinaire maatregel op te leggen).

Buiten de algemene regeling vallen voorts andere vormen van schade waarvoor specifieke schadevoorzieningen bestaan, zoals de schadevergoeding in verband met de oplegging van een voorlopige maatregel krachtens de Wet economische delicten (WED). De huidige schadevergoedingsregeling in artikel 32 WED is afgestemd op het specifieke karakter van de voorlopige maatregelen. Daarom is het niet gewenst de desbetreffende vorm van schade onder te brengen in de algemene schadevergoedingsregeling.

Hetzelfde geldt voor de schade die is ontstaan door de uitoefening van toezichthoudende bevoegdheden door de overheid. Dit is een van de vormen van schade waarop de schaderegelingen uit de Awb van toepassing zal zijn. Ik verwijs in dit verband naar het reeds genoemde voorontwerp nadeelcompensatie.

Afgezien van de bovenstaande uitzonderingen is de hoofdregel dat onder de regeling in beginsel alle schade valt, die is ontstaan door de opsporing of vervolging van strafbare feiten, of bij de tenuitvoerlegging van straffen door een overheidsorgaan. Met het begrip 'overheidsorgaan' wordt in dit verband gedoeld op alle personen en diensten die op grond van het Wetboek van Strafvordering dan wel een bijzondere wet belast zijn met een strafvorderlijke taak. Buiten de regeling valt dus schade die is ontstaan in geval van particuliere opsporing.

Op zichzelf zou men als argument tegen het ruime toepassingsbereik van de voorgestelde regeling kunnen inbrengen, dat er een overbelasting dreigt van de strafrechter. De laagdrempeligheid van de voorgestelde procedure zou immers een toename van het aantal schadevergoedingsverzoeken kunnen veroorzaken. Bovendien moet, uitgaande van de voorgestelde regeling, de strafrechter zaken behandelen, die voorheen door andere instanties werden afgedaan, zoals de burgerlijke rechter. Dit probleem is ondervangen door schadeclaims in eerste instantie af te laten doen door het College van procureurs-generaal, met de mogelijkheid van beroep bij het gerechtshof. Feitelijk zal deze bevoegdheid worden gemandateerd aan het parket-generaal. Deze instantie

fungeert in de voorgestelde regeling als 'eerste zeef'. Hierop wordt hieronder in § 4.9. nader ingegaan.

4.2.2. Optreden door buitenlandse opsporingsambtenaren

De laatste decennia zijn staten steeds meer met elkaar gaan samenwerken bij de bestrijding van criminaliteit. Ook dan kan er schade ontstaan door strafvorderlijk overheidsoptreden. Bijvoorbeeld wanneer buitenlandse opsporingsambtenaren optreden op Nederlands territoir bij een grensoverschrijdende achtervolging op grond van artikel 41 Uitvoeringsovereenkomst van Schengen (SUO). Zo kan tijdens die achtervolging een verkeersongeluk ontstaan, waarbij een onschuldige voorbijganger wordt betrokken. Niet uitgesloten is, dat deze benadeelde een beroep kan doen op de voorgestelde regeling, ook al is de schade veroorzaakt door buitenlandse opsporingsambtenaren.

Voor de vergoedingen van dit soort vormen van schade bestaan nu al verdragsrechtelijke regelingen . Voorbeelden van dergelijke regelingen zijn:

- artikel 43 SUO en
- artikel 16 van de Overeenkomst betreffende de wederzijdse rechtshulp in strafzaken tussen de lidstaten van de Europese Unie van 29 mei 2000, Trb. 2000, 96.

Op grond van deze verdragsrechtelijke regelingen kan Nederland onder omstandigheden gehouden zijn tot een vergoeding van de schade die is veroorzaakt door strafvorderlijk optreden van buitenlandse opsporingsambtenaren op Nederlands grondgebied. De in dit wetsvoorstel voorgestelde regeling ziet mede op deze schade.

Dit betekent niet dat Nederland steeds de kosten moet dragen van de schade die door de buitenlandse opsporingsambtenaren is veroorzaakt. Op grond van de voornoemde verdragen kan namelijk de Nederlandse Staat onder omstandigheden de schade verhalen op een buitenlandse staat, indien een schadeclaim wordt toegewezen (vgl. artikel 16 lid 3 van de laatstgenoemde overeenkomst).

4.3. Rechtmatig dan wel onrechtmatig handelen

Het huidige civielrechtelijke stelsel levert vooral problemen op in geval van rechtmatig overheidsoptreden. Juist dan zijn immers, in het geval dat er een schadevergoeding geïndiceerd is, noodconstructies nodig om een rechtmatige overheidsdaad 'om te bouwen' tot een onrechtmatige daad. In geval van optreden dat reeds op het moment zelf onrechtmatig was ligt dat anders. Dan kan immers de civielrechtelijke onrechtmatige daadactie wel als de geëigende weg worden beschouwd.

Toch is er niet voor gekozen alleen *rechtmatig* strafvorderlijk overheidsoptreden onder de regeling te brengen. Deze keuze houdt onder meer verband met de laagdrempeligheid van de strafvorderlijke schadevergoedingsvoorziening. Het zou namelijk niet billijk zijn degenen die schade hebben ondervonden door rechtmatig overheidsoptreden wél kunnen profiteren van deze laagdrempelige voorziening, en degenen die slachtoffer zijn van onrechtmatig overheidsoptreden niet.

Een beperking tot rechtmatig overheidsoptreden zou in de tweede plaats tot gevolg hebben dat de strafrechter de verzoeker alsnog niet-ontvankelijk dient te verklaren, wanneer gaande het onderzoek naar de gegrondheid van het verzoek alsnog zou blijken dat het desbetreffende overheidsoptreden onrechtmatig was. Dit zou inefficiënt zijn. Bovendien speelt ook hier het argument van de rechtseenheid voor wat betreft de normering van strafvorderlijk overheidsoptreden. Vanuit die optiek verdient het de

voorkeur schadeclaims naar aanleiding van strafvorderlijk optreden zoveel mogelijk door één instantie te laten afdoen.

Daar komt bij dat zich anders de situatie kan voordoen dat een burger naar aanleiding van één strafzaak, waarin zowel sprake was van rechtmatig áls van onrechtmatig strafvorderlijk handelen, verschillende procedures moet voeren. Hij zou zich dan bijvoorbeeld een schadeclaim bij de strafrechter moeten indienen in verband met de schade die hij heeft geleden ten gevolge van een (rechtmatig) voorarrest. Daarnaast zou hij zich tot de burgerlijke rechter moeten wenden voor een vergoeding van de schade na een onrechtmatige huiszoeking.

Op dit punt zal de voorgestelde regeling dus niet afwijken van de bestaande regeling in artikel 89. Zowel de oude als de nieuwe regeling heeft betrekking op rechtmatig én onrechtmatig overheidshandelen.

Waarom niet één snel en één gewoon schadevergoedingsloket?

In dit wetsvoorstel is gekozen voor één procedure voor (bijna alle) strafvorderlijke schadevergoedingsverzoeken, ongeacht of dit handelen rechtmatig dan wel onrechtmatig was.

Denkbaar zou zijn geweest te kiezen voor een systeem met twee loketten, waarbij de benadeelde bij het strafvorderlijke loket alleen schade kan claimen wegens rechtmatig strafvorderlijk optreden. Het civielrechtelijke loket zou dan open staan voor schade naar aanleiding van *onrechtmatig* strafvorderlijk handelen.

Een dergelijk systeem is recentelijk uitgewerkt door mr N.J.M. Kwakman in zijn artikel *Een algemene schadevergoedingsregeling in het strafprocesrecht. Haast geboden?*, Delikt en Delinkwent 2006, blz.1127-1136. Heeft iemand schade geleden door onrechtmatig strafvorderlijk overheidshandelen, dan heeft hij uitgaande van het door deze auteur bepleite 'tweeloketten-systeem' twee opties. In de eerste plaats kan hij een schadevergoeding wegens onrechtmatige overheidsdaad claimen bij de burgerlijke rechter. Zoals in § 4.7. aan de orde komt heeft hij, indien de civiele rechter van oordeel is dat het overheidshandelen inderdaad onrechtmatig was, in beginsel recht op een volledige schadevergoeding, tenzij de schade (bijvoorbeeld vanwege eigen schuld) gedeeltelijk voor rekening van de burger dient te blijven.

Ziet deze burger op tegen de rompslomp van een civielrechtelijke procedure en de wellicht hoge kosten van een niet gehonoreerde vordering, dan zou hij ook kunnen kiezen voor de snelle en laagdrempelige strafvorderlijke procedure. In dat geval dient naar de mening van de auteur echter te worden uitgegaan van '*de fictie van rechtmatig overheidsoptreden*'. Gevolg hiervan is dat de burger geen aanspraak kan maken op een volledige schadevergoeding, maar dat kan volstaan worden met een gedeeltelijke vergoeding aan de hand van een speciaal daarvoor ontwikkelde set van criteria.

Voor dit systeem is vanwege verschillende redenen niet gekozen. Eén bezwaar is, dat de grens tussen *rechtmatig* en *on*rechtmatig strafvorderlijk overheidshandelen niet altijd eenvoudig te trekken is. Nadeel van het voorstel van de auteur is, dat wanneer de burger kiest voor de civielrechtelijke weg, de burgerlijke rechter een oordeel moet geven over de rechtmatigheid van het strafvorderlijk overheidshandelen. Op zichzelf wordt de burgerlijke rechter ook al in het geldende recht belast met dit soort oordelen. Nadeel hiervan is echter dat de burgerlijke rechter zich genoodzaakt ziet 'vragen onder ogen te zien tot het beantwoorden waarvan bij uitstek de strafrechter is toegerust en geroepen' (vgl. HR 13 oktober 2006, LJN AV6956).

Beslist de burgerlijke rechter dat het strafvorderlijk handelen wél rechtmatig is, dan is deze in de visie van de auteur niet bevoegd over de schadeclaim te oordelen. Kwakman gaat er immers van uit dat de burgerlijke rechter alleen kan oordelen over onrechtmatig strafvorderlijk overheidshandelen. De burger zou dan alsnog een strafvorderlijke schadevergoedingsprocedure moeten entameren. Daarbij is echter de kans reëel dat, door het verstrijken van de tijd die gemoeid was met de civielrechtelijke procedure, de beklagtermijn van de strafvorderlijke raadkamerprocedure al verstreken is. In het bovenstaande voorbeeld komt de burger dan met lege handen te staan.

Kiest de burger voor de strafrechtelijke, in plaats van de civielrechtelijke weg dan loopt hij, uitgaande van het voorstel van de auteur, de kans een lagere schadevergoeding te krijgen dan waarop hij recht heeft. Hij heeft dan immers geen aanspraak op een volledige schadevergoeding wanneer het overheidshandelen de facto onrechtmatig was. Dit is van uit een oogpunt van rechtsbescherming onwenselijk. Juist in gevallen van onrechtmatig overheidshandelen is het belangrijk dat voor de getroffen burger een goed functionerende schadevoorziening open staat, waarin hij op een zo snel mogelijke en effectieve wijze datgene krijgt waarop hij recht heeft.

Nadeel van het door de auteur bepleite twee lokettensysteem is bovendien, dat de kans reëel is dat burgers zich eerst tot het strafrechtelijke loket zullen wenden, om vervolgens ook nog een schadeclaim in te dienen bij het civielrechtelijke loket. Het zal duidelijk zijn dat een dergelijke cumulatie bijzonder inefficiënt is. Bovendien kan dit leiden tot een overbelasting van het rechterlijk apparaat en wordt het systeem nodeloos gecompliceerd. De keuze van één loket voor zowel rechtmatig áls onrechtmatig overheidshandelen heeft als voordeel dat cumulaties worden voorkomen en de rechtsgang zo eenvoudig mogelijk is.

4.4. Verhouding tot het civiele recht

De voorgestelde strafvorderlijke schadevergoedingsvoorziening beoogt in de plaats te komen van de huidige civielrechtelijke voorzieningen op dit gebied. In verband daarmee is de voorgestelde schadevergoedingsregeling aldus ingekleed dat deze zowel in procedureel opzicht als voor wat betreft de te hanteren schadevergoedingscriteria als een effectieve en met voldoende waarborgen omklede rechtsgang kan worden beschouwd (zie hierover nader § 4.3, § 4.7 en § 4.9). Dit is niet alleen van uit het perspectief van de rechtsbescherming wenselijk, maar komt ook de doelmatigheid ten goede. De burgerlijke rechter hoeft dan namelijk niet als restrechter op te treden, waardoor cumulatie van procedures worden voorkomen (vgl. § 4.3.). Ook wordt op deze wijze bewerkstelligd dat het oordeel over de rechtmatigheid van het strafvorderlijk handelen wordt gegeven door de strafrechter, hetgeen de rechtseenheid op dit punt ten goede komt.

4.5. Wie kunnen een beroep op de regeling doen?

Evenals bij de huidige schadevergoedingsregeling, neergelegd in artikel 89 e.v. kunnen gewezen verdachten binnen drie maanden nadat hun zaak is beëindigd een verzoek tot schadevergoeding doen.

Nieuw is, dat bovendien ook derden langs strafvorderlijke weg schade kunnen claimen die is veroorzaakt door strafvorderlijk optreden. Wel moet er dan naar de regels van het civiele recht een causaal verband zijn tussen de gestelde schade en het strafvor-

derlijk overheidsoptreden. Tot de derden kunnen ook de gesubrogeerde verzekeraars behoren. Ook is het denkbaar dat een vereniging van huiseigenaren dan wel een andere rechtspersoon een schadeclaim indient naar aanleiding van strafvorderlijk overheidsoptreden, bijvoorbeeld wanneer er schade is toegebracht aan de gemeenschappelijke ruimten binnen een pand.

De beoogde schadevergoedingsvoorziening staat bovendien open voor de erfgenamen van de gewezen verdachte of van de derde. Bijvoorbeeld wanneer een onschuldige voorbijganger is overleden aan de verwondingen die door de politiekogels zijn veroorzaakt.

Indien het wetsvoorstel betreffende de vergoedbaarheid van schade als gevolg van het overlijden of ernstig en blijvend letsel van naasten (Kamerstukken I 2004/05, 28 781, nr. A en Handelingen I 2005/06, nr. 38, 28 781, p. 1798-1804 en blz.1852-1854) in werking is getreden, bestaat bovendien de mogelijkheid affectieschade te vergoeden. Voor de praktijk kan dit van belang zijn wanneer het strafvorderlijk overheidsoptreden ernstig en blijvend letsel tot gevolg heeft gehad. In dat geval kunnen de 'naasten' in de zin van artikel 107, tweede lid, van Boek 6 BW die in een nauwe gezinsrelatie of daarmee op een lijn te stellen relatie tot het slachtoffer staan op grond van de voorgestelde regeling een verzoek tot schadevergoeding indienen. De criteria voor schadevergoeding die in artikel 597 zijn opgenomen, zullen ook in dat geval gelden.

Voor alle verzoekers (gewezen verdachte, derden, erfgenamen of de hiervoor genoemde naasten) geldt wel dat deze reële schade hebben moeten geleden, die verder gaat dan alleen enig ongemak. Bij toepassing van een groot aantal bevoegdheden zoals de fouillering en de observatie zal de desbetreffende schade in veel gevallen niet voor vergoeding in aanmerking komen, omdat deze niet ernstig genoeg is en tot het maatschappelijke risico van de burger behoort (vgl. § 4.7). Bovendien zal de toepassing van een bijzondere opsporingsbevoegdheid, ook wanneer deze onrechtmatig is, veelal niet tot concrete schade leiden.

Voor de verdachte gelden voorts specifieke eisen betreffende de ontvankelijkheid van het verzoek tot schadevergoeding. Deze komen hierna aan de orde.

4.6 Voorwaarden voor de ontvankelijkheid van het verzoek van (gewezen) verdachten

Voor een (gewezen) verdachte staat in beginsel alleen de voorgestelde verzoekschriftprocedure open, wanneer hij niet is veroordeeld wegens het feit dat aanleiding was tot het strafvorderlijk optreden. Is hij wel veroordeeld dan heeft de verdachte het immers in het algemeen aan zichzelf te wijten, dat hij voorwerp was van strafvorderlijk overheidsoptreden. Hetzelfde geldt wanneer er weliswaar geen straf is opgelegd, maar de rechter wel artikel 9a Wetboek van Strafrecht heeft toegepast (het rechterlijk pardon). Er is derhalve in zulke gevallen in beginsel geen grond tot vergoeding van de schade die door rechtmatig strafvorderlijk overheidsoptreden is ontstaan. De schade komt in het algemeen voor risico van de verdachte.

Op deze hoofdregel dat er geen veroordeling dient te zijn gevolgd wegens het feit dat aanleiding was tot het strafvorderlijk overheidsoptreden en er ook geen sprake dient te zijn van een rechterlijk pardon, zijn in het voorstel twee uitzonderingen gemaakt.

Uitzondering 1: onrechtmatig strafvorderlijk optreden

De eerste uitzondering betreft gevallen waarin er sprake is van onrechtmatig strafvorderlijk overheidsoptreden. Ook al is een verdachte veroordeeld, dan heeft dat namelijk nog niet zonder meer tot gevolg dat de overheid is ontheven van de verplichting schade te vergoeden die is ontstaan door een onrechtmatige overheidsdaad. Dit kan zich bijvoorbeeld voordoen wanneer er sprake is van buitensporig optreden van de politie, waarbij onnodig veel schade wordt aangericht. Wordt de verdachte in de desbetreffende strafzaak veroordeeld, dan hoeft dat nog niet in te houden dat schade te wijten is aan diens eigen schuld (vgl. artikel 6: 101 BW waarin een causaal verband wordt vereist tussen de schuld en de schade). Er kan dus civielrechtelijk een verplichting tot schadevergoeding bestaan. Het verdient dan, vanwege de voornoemde één loket-gedachte de voorkeur om een schadevergoeding op de voet van de voorgestelde regeling mogelijk te maken, tenzij de schade voor rekening van de verdachte dient te blijven (vgl. § 4.7.1). In dit soort gevallen van onrechtmatig overheidsoptreden vervalt derhalve de eis dat er geen sprake is van een strafrechtelijke veroordeling.

Uitzondering 2: sanctie korter dan voorarrest (het zitten voor de prins)

De tweede uitzondering betreft gevallen waarin het voorarrest langer heeft geduurd dan de uiteindelijk opgelegde vrijheidsstraf. Dit kan onder meer gebeuren wanneer de verdenking aanvankelijk gericht was op een zeer ernstig feit (bijvoorbeeld zware mishandeling met voorbedachte raad), maar tijdens het proces blijkt dat de verdachte slechts een tamelijk licht feit heeft gepleegd (bijvoorbeeld eenvoudige mishandeling). Naar geldend recht is in dit soort gevallen, waarin de verdachte 'voor de prins heeft gezeten' geen nadeelcompensatie mogelijk. In verband daarmee overwoog het Hof Den Haag: 'Naar het oordeel van het hof is geen objectieve rechtvaardiging te vinden voor een regeling, die inhoudt dat schadevergoeding tengevolge van reeds ondergane verzekering en voorlopige hechtenis alleen kan worden toegekend indien de gewezen verdachte is veroordeeld ter zake van een feit waarvoor geen voorlopige hechtenis is toegelaten en wordt uitgesloten in het geval dat de duur van de reeds ondergane verzekering en voorlopige hechtenis langer is geweest dan die van de opgelegde vrijheidsstraf.' (Hof Den Haag 11 december 1997, LJN: AC2279).

Op zichzelf is het bovenstaande voorbeeld de ondergane voorlopige hechtenis wel rechtmatig. Een civielrechtelijke vordering wegens onrechtmatige daad biedt daarom aan de veroordeelde geen soelaas vanwege het gebleken onschuld-vereiste (zie § 4.1.1). Toch bestaat er in dit soort gevallen wel de behoefte om in schrijnende gevallen een schadevergoeding mogelijk te maken (vgl *zie rapport van 15 december 1994 van de door de Nederlandse Vereniging van Rechtspraak ingestelde werkgroep-Cremers inzake schadevergoeding na voorlopige hechtenis en andere dwangmiddelen, Den Haag 1994, blz 5*; zie voorts o.m. A.M. van Woensel, Handboek Strafzaken, hoofdstuk 82, par 82.3.1.d). Er is daarom voor gekozen om gevallen waarin de opgelegde sanctie korter duurt dan het ondergane voorarrest onder de regeling te laten vallen. In dat geval staat een veroordeling dus niet in de weg aan de ontvankelijkheid van de gewezen verdachte in het verzoek tot schadevergoeding.

4.7. Vormen van schade en criteria voor schadevergoeding

Evenals bij de huidige regeling in artikel 89 e.v. voorziet het wetsvoorstel in een vergoeding van materiële én immateriële schade. In het wetsvoorstel wordt in dit verband artikel 6:106 BW van overeenkomstige toepassing verklaard, waarin een regeling is gegeven van de immateriële schade. Voor een dergelijke vergoeding is – zo blijkt uit deze bepaling – onder meer plaats wanneer de benadeelde 'in zijn persoon is aangetast'. Naar geldend recht kan hiervan onder meer sprake zijn in geval van vrijheidsbenemingen en van aantastingen van de persoonlijke levenssfeer van een zekere ernst (zie S.D. Lindenbergh, *Smartengeld*, Deventer, Kluwer 1998, p. 162 e.v. en 166 e.v.). In verband met de vaststelling van de omvang van het smartengeld bestaat de mogelijkheid om bij een algemene maatregel van bestuur forfaitaire bedragen vast te stellen (ik kom hierop nog terug).

Voor alle vormen van schade geldt wel als minimumvoorwaarde dat er sprake is van een causaal verband tussen het overheidsoptreden en de schade. Is aan deze minimumvoorwaarde voldaan, dan hangt het van de omstandigheden van het geval af, in hoeverre er een schadevergoeding dient te volgen. Daarbij is het met name relevant, of het gaat om rechtmatig dan wel onrechtmatig strafvorderlijk overheidsoptreden. Dit werk ik hieronder uit.

4.7.1. Rechtmatig overheidsoptreden

Uitgangspunten

In geval van rechtmatig overheidsoptreden geldt in het algemeen de civielrechtelijke hoofdregel, dat ieder zijn eigen schade dient te dragen. Wat dat betreft brengt het wetsvoorstel geen verandering in de bestaande situatie.

Er kan echter wel een grond zijn tot vergoeding van de schade wanneer de aan het overheidsoptreden inherente schade voor een individuele burger disproportioneel is (aldus ook het hierboven reeds genoemde standaard-arrest Staat-Lavrijsen, HR 30 maart 2001, RvdW 2001, 71). Of inderdaad een compensatie behoort plaats te vinden hangt echter af van de omstandigheden van het geval.

Uitgangspunt is dat bestrijding van de criminaliteit zowel op een effectieve, als op een behoorlijke manier dient plaats te vinden, waarbij een verantwoorde afweging plaatsvindt van de in het geding zijnde belangen. Tot op zekere hoogte valt het niet te vermijden dat burgers schade lijden door strafvorderlijk overheidsoptreden. Een dergelijke schade kan behoren tot het maatschappelijke risico van de burger. Bestaat de schade bijvoorbeeld alleen uit geringe overlast, dan is een schadevergoeding niet gerechtvaardigd. Dergelijke schade dient iedere burger zelf te dragen om een effectieve bestrijding van criminaliteit mogelijk te maken. Een vergoeding van de genoemde schade zou deze bestrijding onbetaalbaar maken.

Dit kan echter anders liggen bij onevenredige schade. De vergoeding van dergelijke schade kan uitvloeisel zijn van de eis van een eerlijke en behoorlijke strafrechtspleging.

Dit criterium van de onevenredigheid speelt tevens een belangrijke rol in de bestuursrechtelijke en civielrechtelijke rechtspraak betreffende het égalitébeginsel (zie 4.1.2). In die rechtsgebieden wordt het égalitébeginsel veelal als fundament beschouwd voor de nadeelcompensatie na rechtmatig overheidsoptreden.

Dit ligt anders op het terrein van het strafprocesrecht, waarin de gelding en reikwijdte van dit beginsel ter discussie staat. Zo is de toepassing van het égalitébeginsel ten aanzien van (gewezen) verdachten omstreden. De Hoge Raad stelt dat het égalitébeginsel niet zo ver strekt dat de gewezen verdachte, van wie de onschuld niet uit het strafdossier blijkt, op het punt van schadevergoeding op dezelfde wijze dient te worden behandeld als willekeurige andere burgers. (HR 13 oktober 2006, LJN AV6956, overweging 3.5.6; zie ook de noot van B.P.M. van Ravels bij HR 18 november 2005, AB 2006, 57).

Hoewel er over de toepasselijkheid van het égalitébeginsel geen overeenstemming bestaat, wordt in de doctrine echter wel aangenomen dat wanneer een persoon *onevenredige schade* heeft geleden door strafvorderlijk overheidshandelen, de overheid in beginsel gehouden is tot een schadecompensatie.

Dit wetsvoorstel bouwt in dit verband voort op de voorstellen die zijn gedaan door de onderzoeksgroep Strafvordering 2001. Hierin wordt een specifieke invulling gegeven aan het leerstuk van de rechtmatige overheidsdaad voor het terrein van het strafprocesrecht.

Daarbij wordt de (on)rechtmatigheidstoets beperkt tot de vraag of een schadeveroorzakende overheidshandeling als zodanig rechtens toelaatbaar was, gegeven alle betrokken belangen en de omstandigheden van het geval (Kwakman, a.w., p. 556). Bovenop deze belangenafweging komt nog een tweede afweging, waarbij wordt getoetst of de schade voor een individuele gedupeerde zo 'disproportioneel' is, dat deze schade (deels) behoort te worden gecompenseerd.' (Kwakman, a.w., p. 586 en 601).
Aangezien ook in de benadering van de onderzoeksgroep Strafvordering 2001 de (on)evenredigheid van de schade een belangrijk schadevergoedingscriterium is, is deze benadering verwant aan de heersende bestuursrechtelijke leer betreffende de rechtmatige overheidsdaad.

Bij de invulling van het onevenredigheidscriterium kan in belangrijke mate worden aangeknoopt bij de schadevergoedingscriteria die zijn ontwikkeld in het bestuursrecht, en die zijn neergelegd in het voorontwerp nadeelcompensatie. Wel zijn deze criteria in de voorgestelde regeling aangepast aan de specifieke strafvorderlijke context.

Aansluiting bij schadevergoedingscriteria uit het voorontwerp nadeelcompensatie

De criteria uit het voorontwerp nadeelcompensatie geven antwoord op twee vragen:
1) Is er sprake van een geval waarin een schadevergoeding op zijn plaats kan zijn?
2) Zo ja, wat is dan de omvang van de verplichting tot schadevergoeding?

Ad 1) Hierbij is beslissend of de benadeelde onevenredig is getroffen door het strafvorderlijk optreden en hierdoor schade heeft geleden die uitgaat boven het normaal maatschappelijk risico. Dit criterium ligt in de lijn van de rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (hierna: EHRM) betreffende het recht op eigendom, zoals vervat in artikel 1 van het Eerste Protocol van het EVRM. Volgens deze rechtspraak kan de overheid, ook in het geval van een rechtmatige overheidsdaad, onder omstandigheden gehouden zijn tot een schadevergoeding, wanneer er sprake is van een 'excessive burden' (onevenredige last; zie o.a. EHRM 26 september 2006, appl. 48983/99 Mürvet Fidan e.a. vs Turkije). Het criterium betreffende de onevenredige schade komt bovendien terug in de jurisprudentie van het Hof van Justitie over de nadeelcompensatie in verband met rechtmatig handelen door EG-organen (zie o.a. het

arrest Hof van Justitie van 29 september 1987 (De Boer Buizen/Raad en Commissie)). Het voorgestelde criterium sluit dus goed aan bij schadevergoedingscriteria uit de internationale rechtspraak.

Ad 2) Wat betreft de omvang van de verplichting tot schadevergoeding zijn voorts de volgende criteria van belang:
a. Heeft de benadeelde het risico aanvaard van het ontstaan van de schade?
b. Heeft de benadeelde nagelaten redelijke maatregelen ter voorkoming of beperking van schade te nemen?
c. Heeft de benadeelde langs andere weg een vergoeding van de schade verkregen of kan de benadeelde deze verkrijgen, of
d. Behoort de schade anderszins redelijkerwijs geheel of ten dele ten laste van de benadeelde te blijven?

Gezien deze laatste criteria is het mogelijk de schadevergoeding te matigen, dan wel geheel af te zien van een schadevergoeding. Dat er in abstracto sprake is van een geval waarin een schadevergoeding op zijn plaats kan zijn, wil dus niet zeggen dat er ook in concreto een schadevergoeding moet worden uitgekeerd (er is dus sprake van een specifieke inkleuring).

Deze criteria zijn niet alleen toepasbaar op derden, maar ook op gewezen verdachten. Op zichzelf is het wel zo dat het veelal tot het normale maatschappelijke risico van een verdachte moet worden gerekend dat de feiten en omstandigheden die tot de verdenking aanleiding hebben gegeven in een strafrechtelijke procedure worden onderzocht en ook overigens tot optreden van politie en justitie leidt (vgl. HR 13 oktober 2005, AB 2006, 57). Daarmee is echter niet gezegd dat alle door dit optreden veroorzaakte schade tot het normale maatschappelijke risico behoort. Of dat inderdaad het geval is, hangt onder meer af van de aard van de overheidshandeling en de aard en omvang van de schade. Dit werk ik hieronder nader uit.

De criteria nader toegelicht

Of er sprake is van onevenredig nadeel dat uitgaat boven het normaal maatschappelijk risico, hangt onder meer af van de aard van de overheidshandeling. Een telefoontap kan bijvoorbeeld immateriële schade veroorzaken, doordat er sprake is van een schending van de privacy. Een rechtmatig gebruik van dit dwangmiddel is echter een schending van de privacy die bij de wet is voorzien in de zin van artikel 8 EVRM. Immateriële schade die door de desbetreffende privacyschending is veroorzaakt behoort tot het maatschappelijke risico dat de getapte persoon in zijn telefonische contacten dient te dragen, omdat anders een effectieve opsporing niet meer mogelijk is. Zo zou de opsporing van strafbare feiten wel erg worden belemmerd wanneer ook na een rechtmatige telefoontap derden die hebben getelefoneerd met een gewezen verdachte, immateriële schade zou kunnen claimen vanwege de privacyschending die de tap tot gevolg heeft gehad.

Dit laatste geldt ook voor andere dwangmiddelen, waarin de schending van de privacy als het ware is 'ingebakken' in het desbetreffende dwangmiddel, zoals de observatie en de infiltratie en de vordering van gegevens.
Dit kan echter anders liggen in geval van onrechtmatig gebruik van deze dwangmiddelen. Dan kan er namelijk een verdragsrechtelijke verplichting tot schadevergoeding

bestaan en kan er bovendien sprake kan zijn van een onrechtmatige overheidsdaad (vgl. § 4.7.1).

Behalve de aard van de overheidshandeling zijn voorts de aard en omvang van de schade van belang. Daarbij dient niet alleen rekening te worden met de materiële schade (bijvoorbeeld de financiële schade die is ontstaan doordat bij een huiszoeking goederen zijn beschadigd). Ook immateriële schade dient te worden meegewogen. Dit kan bijvoorbeeld van belang zijn wanneer het strafvorderlijk overheidsoptreden heeft geleid tot lichamelijk letsel, of wanneer een burger enige tijd van zijn vrijheid is beroofd. Ook bij een omvangrijke materiële of immateriële schade, hangt het echter van de omstandigheden van het geval af, of er schadevergoeding dient te volgen.

Zo komt de schade doorgaans niet voor vergoeding in aanmerking wanneer de gedupeerde, door actief te handelen of door stil te zitten de schade over zichzelf heeft afgeroepen. Dit betreft het criterium van de risico-aanvaarding (zie ook Kwakman, a.w., p. 589). Dit criterium sluit nauw aan bij de bestaande rechtspraak over schadevergoedingen op grond van artikel 89 e.v.

In dit verband valt bijvoorbeeld te denken aan iemand die tijdens het voorarrest telkens wisselende verklaringen aflegt. In dat geval zal, net als in de huidige praktijk, uitgaande van de voorgestelde regeling een schadevergoeding doorgaans achterwege blijven. De betrokkene heeft immers zelf (kennelijk) het risico van het voortduren van het voorarrest aanvaard.

Ook kan er sprake zijn van een aanvaarding van de schade wanneer een verdachte weigert een verklaring te geven voor belastende omstandigheden, zoals de aanwezigheid van gestolen goederen in diens woning (Rb Den Haag 9 september 2002, Nieuwsbrief Strafrecht 2003, 82).

Een ander voorbeeld. Wie tegen een politieambtenaar zegt dat hij een bom in zijn tas heeft, moet er serieus rekening mee houden dat hij wordt aangehouden, ook al blijkt het later om een misplaatste grap te gaan. Ontstaat bij deze aanhouding letsel dan zal, ook wanneer onevenredig nadeel zou worden aangenomen, doorgaans een schadevergoeding achterwege blijven gezien het criterium van de risico-aanvaarding.

Het bovenstaande criterium betreffende de schadebeperking wordt ook nu al gehanteerd in de rechtspraak over schadevergoedingen op grond van de artikelen 89 e.v. (zie bijvoorbeeld Gerechtshof 's-Hertogenbosch 9 mei 2003, Nieuwsbrief Strafrecht 2003, p. 296). Gezien dit criterium is er geen reden tot schadevergoeding door de staat, wanneer redelijkerwijs van de benadeelde kon worden verwacht dat deze maatregelen had genomen ter voorkoming of beperking van de schade.

Ook kan een schadevergoeding achterwege blijven wanneer de schade langs andere weg is gecompenseerd. Bijvoorbeeld wanneer er in de strafzaak tegen een verdachte is geconstateerd dat er sprake is geweest van een vormverzuim en dit verzuim op grond van artikel 359a is gecompenseerd door aan de verdachte een lagere straf op te leggen.

Tenslotte kan een vergoeding van de schade ook achterwege blijven indien en voor zover de schade anderszins redelijkerwijs geheel of ten dele ten laste van de benadeelde behoort te blijven.

Dit laatste criterium sluit aan bij het redelijkheidscriterium dat is vervat in het huidige artikel 90. Zoals hierna in § 4.7.3. aan de orde komt is er om verschillende redenen niet voor gekozen dit criterium als enige schadecriterium te hanteren. In combinatie met de overige schadevergoedingscriteria biedt het redelijkheidscriterium echter de ruimte om rekening te houden met de specifieke omstandigheden van het geval. Bovendien geeft het criterium aan dat, ook wanneer aan de overige voorwaarden

voor schadevergoeding is voldaan, niet altijd een (complete) vergoeding hoeft plaats te vinden. Voor bepaalde vormen van schade zullen bijvoorbeeld forfaitaire bedragen kunnen worden vastgesteld.

Voor alle in artikel 597 vervatte schadevergoedingscriteria geldt, dat deze zowel van toepassing zijn in geval van afdoening door het College van procureurs-generaal (feitelijk het parket-generaal) als bij de beoordeling van het verzoek in beroep en in cassatie.

De voorgestelde schadevergoedingscriteria sluiten voor een belangrijk deel aan bij de criteria die nu al in het civiele recht worden gehanteerd in gevallen dat er door derden een schadevergoeding wordt gevorderd door een rechtmatige dan wel onrechtmatige overheidsdaad. Anders dan in het civiele recht hoeven er in het strafrecht echter geen noodconstructies te worden gebruikt om rechtmatige overheidsdaden in de sleutel van de onrechtmatige daad te zetten. In § 4.1. hierboven ben ik reeds ingegaan op deze noodconstructies.

De verenigbaarheid van de criteria met de onschuldpresumptie

Voordeel van de bovenstaande criteria is, dat deze geen vaststelling van de strafrechtelijke schuld of verdenking inhouden. Zij zijn daarom goed te verenigen met de presumptie van onschuld. Vaste rechtspraak van het EHRM is namelijk, dat een afwijzing van een schadeclaim van een gewezen verdachte in strijd is met de onschuldpresumptie indien: de motivering van de beslissing tot afwijzing neerkomt op een vaststelling van de schuld van de verdachte, zonder dat hij eerder schuldig is bevonden in een strafrechtelijke procedure en zonder dat hij zijn recht op verdediging heeft kunnen uitoefenen.' (A.L. vs. Duitsland (EHRM 28 april 2005, NJ 2005, 569)).

Is de gewezen verdachte onherroepelijk vrijgesproken, dan betekent dit dat bij de beoordeling van een verzoek tot schadevergoeding 'even the voicing of suspicions regarding an accused's innocence is no longer admissible.' (Sekanina vs Oostenrijk (EHRM 25 augustus 1993, NJ 1994, 1)). Ook is het niet toegestaan de gewezen verdachte in verband met een schadevergoedingsprocedure te belasten met het bewijs van diens onschuld (zie de jurisprudentie vermeld in de conclusie van Langemeijer vóór HR 16 juni 2006, LJN AV6967). Zelfs wanneer er formeel bij de beoordeling van een verzoek tot schadevergoeding geen uitspraken zijn gedaan over de schuld van de (gewezen) verdachte, maar er redenen zijn om aan te nemen dat de rechter (in feite) wel van diens schuld uitgaat, kan de onschuldpresumptie al geschonden zijn (Panteleyenko vs de Ukraine (EHRM 29 juni 2006, Delikt en Delinkwent 2006, p. 1149; vgl. ook Geerings vs Nederland, EHRM 1 maart 2007, LJN BA1112, Nieuwsbrief Strafrecht 2007, 118)).

In onze nationale rechtspraak wordt dit niet altijd onderkend. Het komt geregeld voor dat rechters een verzoek tot schadevergoeding afwijzen met de overweging dat er ondanks de vrijspraak toch een verdenking tegen de verdachte is blijven bestaan (zie S.A.M. Stolwijk, Onschuld, vrijspraak en de presumpio innocentiae, Universiteit Amsterdam 2007, blz 27). In het geldende recht vormen verzoeken tot schadevergoeding daardoor – in de woorden van Knigge – 'een mijnenveld' (zie diens noot bij EHRM 28 april 2005, NJ 2005, 569).

In verband met de onschuldpresumptie heeft de NVVR aanbevolen, om bij de afwijzing van verzoeken tot schadevergoeding motiveringen te vermijden die een bevestiging of vaststelling van strafrechtelijke schuld of verdenking inhouden (zie het

eerder genoemde rapport van de commissie-Cremers p. 4). De voorgestelde schadevergoedingscriteria sluiten bij deze aanbeveling aan.

Voorschriften over de hoogte van de schadevergoeding

Is aan de hand van de bovenstaande criteria vastgesteld dat er aanleiding is tot een (gedeeltelijke) schadecompensatie, dan moet worden vastgesteld wat de omvang is van de schade. Het wetsvoorstel voorziet in de mogelijkheid bij algemene maatregel van bestuur regels te stellen over de hoogte van de vergoeding. Zo is het mogelijk om maximum tarieven vast te stellen voor de schadevergoeding bij rechtmatig overheidsoptreden. Op deze wijze worden de kosten van de vergoedingen beheersbaar gehouden. Ook kunnen bij algemene maatregel van bestuur forfaitaire bedragen worden vastgesteld betreffende bepaalde vormen van immateriële schade. Dit kan bijdragen tot rechtseenheid omdat de omvang van de materiële schade vaak moeilijk vast te stellen is. In dit verband kan worden aangesloten bij de praktijk van de vaststelling van letselschade.

Met dit soort forfaitaire bedragen wordt nu ook al in de strafrechtelijke praktijk gewerkt. Bijvoorbeeld bij de vaststelling van immateriële schade ten gevolge van ondergaan voorarrest. Zo is op dit moment hoofdregel dat de verdachte aanspraak kan maken op een vergoeding van € 70 voor elke detentiedag. Heeft de gewezen verdachte het voorarrest in een politiecel ondergaan of heeft deze in beperkingen gezeten, dan wordt in beginsel € 95 per dag vergoed.

Van de voorgestelde forfaitaire bedragen kan in concrete gevallen wel worden afgeweken. Op dit punt verschilt de voorgestelde regeling niet van het geldende recht. Heeft het voorarrest bijvoorbeeld grote publiciteit gekregen, dan kan dat aanleiding zijn voor de toekenning van een hogere schadevergoeding. Daarentegen kan de schadevergoeding lager uitvallen (of zelfs achterwege blijven) wanneer de benadeelde zelf door zijn gedrag (kennelijk) het risico op schade heeft aanvaard of wanneer de schade vanwege andere redenen redelijkerwijs geheel of ten dele ten laste van de benadeelde behoort te blijven.

In de huidige situatie zijn er forfaitaire bedragen betreffende het voorarrest vastgesteld door Landelijk overleg van voorzitters van de strafsectoren (LOVS). Voorts werken ook andere instanties met forfaitaire bedragen. Zo kent het parket-generaal doorgaans een immateriële schadevergoeding toe van € 1000 per persoon die aanwezig was bij de inval van een arrestatie team.

Eén optie was, om ook bij de nieuwe regeling de vaststelling van de desbetreffende bedragen aan de rechtspraktijk over te laten. Gezien de ruime reikwijdte van de regeling en de grote belangen die op het spel staan, wordt echter de mogelijkheid gecreëerd van een regeling bij algemene maatregel van bestuur.

4.7.2. Onrechtmatig strafvorderlijk overheidsoptreden

Uitgangspunt in het strafproces is, dat de strafrechter in het algemeen mag uitgaan van de rechtmatigheid van het strafvorderlijke overheidsoptreden Dit ligt slechts anders, wanneer er gegevens aannemelijk zijn die het 'rechtstreeks en ernstig vermoeden' doen rijzen, dat er onrechtmatig is gehandeld, of wanneer er een voldoende onderbouwd verweer op dit punt wordt gevoerd (vgl. HR 22 februari 1977, NJ 1977, 352 en HR 22 september 1992, NJ 1993, 57). Blijkt in dat geval uit nader onderzoek dat het overheidsoptreden onrechtmatig was, dan is de overheid in beginsel gehouden de daaruit

voortvloeiende schade te vergoeden. Dit vloeit onder meer voort uit de civielrechtelijke regels betreffende de onrechtmatige daad (zie o.a. artikel 6:162 BW).

Bovendien kan er op grond van een mensenrechtenverdrag een verplichting tot schadevergoeding bestaan. Zo kunnen er fouten zijn gemaakt bij het voorarrest, waardoor er een inbreuk is gemaakt op artikel 5 EVRM (betreffende het recht op bescherming van persoonlijke vrijheid). In dat geval komt de (gewezen) verdachte op grond van artikel 5, vijfde lid, EVRM een recht op schadeloosstelling toe (zie o.a. EHRM 29 november 1988, NJ 1989, 815; vgl. ook artikel 9 lid 5 IVBP).

Een verplichting tot schadevergoeding kan bovendien aanwezig zijn wanneer door persberichten van het Openbaar Ministerie de onschuldpresumptie als bedoeld in artikel 6, tweede lid EVRM is geschonden (zie bijvoorbeeld HR 13 juli 2007, LJN BA3161 (Clickfondszaak)).

Ook kan er een verplichting tot schadevergoeding voortvloeien uit artikel 13 EVRM, betreffende het recht op een effectief rechtsmiddel bij schendingen van het EVRM (vgl. de zaak Keegan, EHRM 18 juli 2006, nr 28867/03).

De verplichting tot schadevergoeding kan wel (gedeeltelijk) vervallen wanneer er sprake is van de 'eigen schuld' van de gedupeerde (vgl. artikel 6:101 BW). Hierbij valt bijvoorbeeld te denken aan gevallen waarin een gewezen verdachte aan zichzelf te wijten heeft dat hij gedurende langere tijd voorarrest moest ondergaan, omdat hij telkens wisselende verklaringen aflegde of bewust naliet essentiële disculperende informatie (zoals een alibi) te verschaffen.

Ook kan er sprake zijn van een andere bijzondere omstandigheid, waardoor de schade geheel of gedeeltelijk voor rekening van de gedupeerde dient te komen (zie artikel 6:109 BW). Om deze reden stel ik voor in het ontwerp geen absolute verplichting tot schadevergoeding neer te leggen, maar aan het College van procureurs-generaal) en aan de rechter de ruimte te geven af te zien van een schadevergoeding.

Uitgangspunt daarbij is wel dat de verdachte in geval van onrechtmatig strafvorderlijk overheidsoptreden recht heeft op een schadevergoeding, tenzij de schade naar de maatstaven van het civiele recht redelijkerwijs voor zijn rekening behoort te blijven. In feite wordt op dit punt niet afgeweken van het geldende recht. Weliswaar gaat het huidige artikel 90 uit van een schadevergoeding 'naar billijkheid'. Deze maatstaf wordt echter zo uitgelegd, dat de rechter in geval van onrechtmatig strafvorderlijk overheidsoptreden verplicht is tot een schadevergoeding, tenzij er sprake is van een bijzondere omstandigheid (vgl. Cleiren & Nijboer, Tekst & Commentaar Strafvordering, aant. 1 bij artikel 90).

Zoals gezegd is van een dergelijk onrechtmatig overheidsoptreden sprake wanneer de desbetreffende handelingen, beoordeeld naar het tijdstip van optreden, onrechtmatig waren (onrechtmatigheid ex tunc). Deze onrechtmatigheid kan bestaan uit een schending van een wettelijk voorschrift. Maar ook wanneer er in strijd met ongeschreven publiekrechtelijke rechtsnorm is gehandeld, bijvoorbeeld wanneer het toegepaste politiegeweld buitensporig was.

Is er al in een strafzaak tegen de verzoeker een oordeel gegeven over de (on)rechtmatigheid van het schadeveroorzakende overheidsoptreden, dan is de raadkamer in het algemeen aan dit oordeel gebonden vanwege het gesloten stelsel van rechtsmiddelen.

4.7.3. Waarom geen overname van het huidige artikel 90?

Denkbaar zou zijn geweest om alleen één schadevergoedingscriterium te hanteren, in plaats van de voorgestelde criteria. Zo was het mogelijk geweest de tekst van het huidige artikel 90, eerste lid, over te nemen in de voorgestelde regeling. Volgens deze laatste bepaling dient de toekenning van een schadevergoeding 'steeds' plaats dient te vinden: 'indien en voorzover daartoe, naar het oordeel van de rechter, alle omstandigheden in aanmerking genomen, gronden van billijkheid aanwezig zijn.'

Nadeel van een overname van het huidige artikel 90, eerste lid, is echter dat deze bepaling niet met zoveel woorden voorziet in een volledige schadevergoeding in geval van onrechtmatig strafvorderlijk overheidsoptreden. Zoals hierboven in § 4.3. aan de orde is gekomen heeft de civiele rechter op grond hiervan geoordeeld dat de strafvorderlijke schadevergoedingsprocedure niet met voldoende waarborgen is omkleed, hetgeen in de praktijk tot complicaties kan leiden.

Bovendien is een voordeel van het voorgestelde artikel 597, dat het wat vage criterium van de 'billijkheid' wordt aangevuld met een set van meer concrete criteria, hetgeen bevorderlijk is voor de rechtszekerheid.

4.8. Vormen van schadevergoeding

Doorgaans zal de schadevergoeding uit een financiële tegemoetkoming bestaan. Overeenkomstig de huidige regeling in artikel 90, derde en vierde lid zijn echter ook andere vormen van schadevergoeding mogelijk. Zo kan het reeds ondergane voorarrest worden verrekend met een vrijheidsstraf die een verdachte nog geheel of gedeeltelijk moet ondergaan. Ook is een verrekening mogelijk van de financiële tegemoetkoming met nog openstaande aan de Staat verschuldigde bedragen (vgl. het huidige artikel 90, derde lid). Dit geldt niet alleen voor gevallen waarin er door een rechter aan de veroordeelde een geldboete is opgelegd, of de ontnemingsmaatregel dan wel de schadevergoedingsmaatregel is toegepast. Verrekening is ook mogelijk met bij onherroepelijke strafbeschikking opgelegde geldboeten en geldsommen ten behoeve van het slachtoffer tot betaling waarvan de verzoeker in die strafbeschikking is verplicht (zie voor dat laatste artikel 257a, tweede lid, onderdeel d). Opmerking verdient dat onder deze geldsommen niet begrepen zijn de geldsommen waartoe de verzoeker in een strafbeschikking de aanwijzing is gegeven deze te voldoen (artikel 257a, derde lid). Aanwijzingen kunnen namelijk niet tegen de wil van degene jegens wie de strafbeschikking is uitgevaardigd, ten uitvoer worden gelegd.

Nieuw is voorts de mogelijkheid van een schadevergoeding in de vorm van de publicatie van (een gedeelte van) de rechterlijke uitspraak betreffende schadevergoeding. Hierdoor kan immers reputatieschade, die ook onder de regeling valt, zoveel mogelijk ongedaan worden gemaakt. In de praktijk blijkt de behoefte te bestaan aan deze vorm van schadevergoeding (vgl. aant. 3 bij artikel 90 in Cleiren en Nijboer, Tekst en Commentaar Strafvordering, 2005).

4.9. De gang van de procedure

4.9.1. Het systeem van de 'eerste zeef'

Nadeel van de huidige situatie is onder meer, dat het voor de burgers lang niet altijd duidelijk is tot welke instantie zij zich dienen te wenden wanneer zij schade hebben geleden in verband met strafvorderlijk overheidsoptreden. Het wetsvoorstel neemt dit knelpunt weg door een stroomlijning van de bestaande schadevergoedingsprocedures. Uitgangspunt daarbij is dat er één centraal loket komt, waar burgers hun schadeclaims kunnen indienen.

Overwogen is om de raadkamer van de rechtbank als 'centraal loket'aan te wijzen. Uiteindelijk is echter niet voor deze optie gekozen om een te zware belasting van de rechterlijke macht te voorkomen. Hierbij moet worden bedacht dat veel schadeclaims eenvoudig van aard zijn. Bij dit soort zaken is een behandeling in de raadkamer een onnodig zware procedure. Er is daarom gekozen voor een systeem waarbij het College van procureurs-generaal als 'eerste zeef' optreedt. Zoals hierna in § 4.9.2 aan de orde komt zullen feitelijk de schadeclaims worden behandeld door het parket-generaal.

Het is de bedoeling dat het parket-generaal de meeste claims zelf zal afdoen. De voorgestelde regeling voorziet echter wel in de mogelijkheid om 'ingewikkelde claims' al meteen door te verwijzen naar de rechtbank. Hierbij valt onder meer te denken aan:

- Zaken waarbij het niet op voorhand duidelijk is welk overheidsorgaan verantwoordelijk is voor de schade (dient de schade bijvoorbeeld te worden vergoed door een politiekorps of door het OM?)
- Zaken waarbij onduidelijkheid bestaat over de rechtmatigheid van het overheidsoptreden;
- Zaken waarbij de omvang van de schade moeilijk vast te stellen valt.

Om dit soort vragen adequaat te beantwoorden is specifieke juridische expertise vereist, waardoor het beter is dat deze zaken wel door een rechtbank worden afgedaan in plaats van het parket-generaal.

Ging het hierboven om complexe zaken, de meeste zaken zullen wel eenvoudig van aard zijn. In veel gevallen zal een schriftelijke afdoening door de aangewezen instantie voldoende zijn. De voorgestelde regeling voorziet echter ook in de mogelijkheid van het horen van de verzoeker.

De verzoeker kan tegen de beslissing van de instantie hoger beroep instellen bij het gerechtshof.

Op deze wijze is aan de ene kant voorzien in een adequate rechtsbescherming van de verzoeker. Aan de andere kant wordt, door te kiezen voor een systeem waarin een instantie als 'eerste zeef' optreedt, maar het wel mogelijk is om ingewikkelde zaken al meteen naar de rechter door te verwijzen, de schaarse rechterlijke capaciteit alleen daar ingezet waar dat noodzakelijk is.

4.9.2. Het centrale loket

Er is om verschillende redenen voor gekozen om het parket-generaal als centraal loket aan te wijzen. In de eerste plaats heeft het parket-generaal ook nu al ruime ervaringen met de behandelingen van verzoeken tot schadevergoeding. Zoals hiervoor onder § 3.1. aan de orde is gekomen behandelt deze instantie zo'n driehonderd verzoeken per jaar.

Bij het parket-generaal is zowel expertise op civielrechtelijk als op strafvorderlijk terrein aanwezig.

Bovendien gaat het bij grootste deel van de verzoeken om strafvorderlijke gedragingen waarvoor het Openbaar Ministerie verantwoordelijk is. De behandeling van de schadevergoedingen door het parket-generaal kan dan een zeker leereffect hebben, omdat knelpunten uit de praktijk zichtbaar worden en het Openbaar Ministerie geconfronteerd wordt met de onder zijn verantwoordelijkheid veroorzaakte schade.

Voorts is de bezwaarschriftprocedure een bekende figuur in het bestuursrecht: een bestuursorgaan handelt in eerste instantie zelf een juridisch geschil af, waarna eventueel beroep kan worden ingesteld bij de rechter.

Doordat het parket-generaal als 'eerste zeef' optreedt, wordt tevens een overbelasting van de rechterlijke macht voorkomen. Dit heeft ook vanuit budgettair oogpunt voordelen.

Incidenteel kan evenwel een afdoening door het parket-generaal minder wenselijk zijn. Er kan namelijk verschil van mening bestaan over de vraag welke rechtspersoon de schade dient te betalen. Uitgangspunt van het wetsvoorstel is immers, dat de schadevergoeding wordt betaald door die overheidsdienst die verantwoordelijk is voor de schade (de 'vervuiler betaalt'). Het parket-generaal dient hierdoor mede te oordelen over claims die door een andere instantie (bijvoorbeeld een van de politiekorpsen) dient te worden betaald. Het is goed mogelijk dat deze instantie het niet eens is met de oplegging van een verplichting tot schadevergoeding. Bijvoorbeeld omdat de instantie meent niet zelf verantwoordelijk te zijn voor de schade, omdat het OM een fout heeft gemaakt. Om te voorkomen dat door dit soort conflicten de verhouding tussen het parket-generaal en andere overheidsinstanties met een strafvorderlijke taak (zoals de politiekorpsen) onnodig op scherp komt te staan, is voorzien in de mogelijkheid om bepaalde claims al meteen door de rechtbank af te laten doen (zie hierboven onder § 4.9.1). Naar verwachting zal alleen in beperkte mate van deze speciale procedure gebruik worden gemaakt. Het parket-generaal kan het merendeel van de claims zelf afdoen.

4.9.3 De procedure in hoofdlijnen

Zoals uit het voorgaande blijkt kan het College van procureurs-generaal (feitelijk het parket-generaal) ingewikkelde zaken als meteen naar de strafvorderlijke raadkamer van de rechtbank verwijzen. In grote lijnen gelden bij deze raadkamerprocedure de voorschriften uit artikel 21 en 89. Zoals hieronder nog aan de orde zal komen, gelden er echter een aantal specifieke voorschriften.

Wordt de zaak doorverwezen naar de rechtbank, dan staat vervolgens voor de verzoeker of diens erfgenaam hoger beroep en cassatie open (zie het voorgestelde artikel 594, zevende lid j° artikel 599).

De meeste zaken zullen niet ingewikkeld van aard zijn, waardoor ze al meteen kunnen worden afgedaan door onze het College van procureurs-generaal (feitelijk het parket-generaal). Tenzij het verzoek niet-ontvankelijk of kennelijk ongegrond is wint het parket-generaal ambtsberichten in. Het parket-generaal neemt niet alleen een beslissing over de gegrondheid van het schadeverzoek, maar beslist ook welke rechtspersoon draagplichtig is. De ratio van dit laatste voorschrift is, dat verschillende justitiële instanties verantwoordelijk kunnen zijn voor de ontstane schade. Zeker in het geval van onrechtmatig strafvorderlijk overheidsoptreden is het van belang dat

de daarvoor verantwoordelijke instantie ook de schade draagt. Is bijvoorbeeld door de politie buitensporig geweld toegepast bij de arrestatie van een verdachte, dan is het mede in verband met het leereffect van belang dat deze instantie de desbetreffende schade draagt.

Tegen de beslissing van het College van procureurs-generaal staat voor de verzoeker of diens erfgenaam hoger beroep open bij de strafvorderlijke raadkamer van het gerechtshof (zie het voorgestelde artikel 594, zevende lid j° artikel 599). Het hof beoordeelt daarbij de schadeclaim integraal. Het gaat dus niet alleen om een toetsing van de beslissing van het College van procureurs-generaal (feitelijk het parket-generaal)Tijdens de raadkamerprocedure bij de rechtbank en bij de hoven gelden in grote lijnen gelden de huidige voorschriften uit artikel 21 en artikel 89 e.v. Op enkele punten wordt afgeweken van het geldende recht:

- Net als bij het beklag over het niet-verder vervolgen (zie i.h.b. artikel 12c) is een schriftelijke afhandeling zonder nader onderzoek mogelijk, wanneer de verzoeker kennelijk niet-ontvankelijk of het verzoek kennelijk ongegrond is.
- Ook wordt, naar model van artikel 12d, bepaald dat een oproeping van de verzoeker onder omstandigheden achterwege kan blijven wanneer er door hem terzake van dezelfde schade reeds eerder een verzoek tot schadevergoeding is gedaan. Het verzoek is dan namelijk niet-ontvankelijk.

  Door op deze wijze aan te haken bij de regeling uit artikel 12c e.v. wordt voorkomen dat onevenredig veel zittingscapaciteit verloren gaat met de behandeling van kansloze schadevergoedingsverzoeken.
- Om te bewerkstelligen dat de regeling een met voldoende waarborgen omklede rechtsingang is, is voorzien in de mogelijkheid getuigen en deskundigen te horen.

Bij dit laatste punt moet worden bedacht dat in de voorgestelde strafvorderlijke schadevergoedingsprocedure burgerlijke rechten kunnen worden vastgesteld (vgl. P.A.M. Mevis, aantekening 24 bij de artikelen 89-93 (suppl. 90, oktober 1994, in: A.L. Melai & M.S. Groenhuijsen e.a., Het wetboek van strafvordering, Deventer (losbladig)). Deze regeling dient derhalve te voldoen aan de procedurele waarborgen die in artikel 6 EVRM en artikel 14 van het IVBPR zijn vervat.

Vanwege de benodigde expertise is het wenselijk dat de raadkamers van de gerechtshoven worden samengesteld uit civilisten en strafrechtjuristen.

In beginsel kan cassatie worden ingesteld tegen de beslissing van de raadkamer. Aldus wordt voorzien in een beoordeling van het verzoek door twee rechterlijke instanties. Nu echter aan de toetsing door de strafrechter een beoordeling van het beklag door het College van procureurs-generaal vooraf gaat, is ervoor gekozen cassatie uit te sluiten bij 'lichte schadezaken', waarbij het gevorderde bedrag (exclusief de wettelijke rente) minder dan € 500 is. Deze grens is gesteld om een overbelasting van de Hoge Raad te voorkomen, in verband met een te verwachten toename van het aantal te verwachten schadeclaims.

Hierbij dient te worden opgemerkt dat in de huidige schadevergoedingsregeling in artikel 89 e.v. cassatie is uitgesloten, terwijl bovendien in een aanmerkelijk deel van de gevallen het verzoek slechts door één instantie wordt beoordeeld. Veel strafvorderlijke schadezaken worden namelijk in eerste aanleg door het gerechtshof afgedaan (vgl. artikel 89, vijfde lid). Tegen de beslissingen die door het gerechtshof zijn genomen kan *in de huidige situatie* geen rechtsmiddel worden ingesteld. Hierin wordt met dit wetsvoorstel verandering gebracht.

5. Verhouding tot specifieke (schade)vergoedingsregelingen

Ondanks de invoering van een algemene schadevergoedingsregeling is ervoor gekozen een deel van de specifieke schadevergoedingsregelingen uit het Wetboek van Strafvordering te handhaven.

Dit geldt onder meer voor de regelingen betreffende de vergoeding van (proces)kosten in artikel 591 en 591a. Deze bepalingen hebben namelijk een specifieke ratio.

Zo is doel van de vergoedingsregeling in artikel 591 (onder meer) om te waarborgen dat ook minder draagkrachtige verdachten zich adequaat kunnen verdedigen. Hierdoor kunnen zij gebruik maken van de procedurele rechten die zijn vervat in artikel 6 EVRM en artikel 14 van het IVPR. Gezien deze specifieke grondslag en de samenhang met de laatstgenoemde procedurele rechten is het gewenst vast te houden aan de huidige vergoedingsmaatstaf. Dit houdt in dat onder meer beslissend is of de aanwending van de kosten het belang van het onderzoek heeft gediend.

Ook artikel 591a heeft een specifieke ratio. In deze bepaling wordt onder meer voorzien in een vergoeding van de kosten van de raadsman, omdat 'hierdoor een financiële belemmering wegvalt voor het zelf kiezen van een raadsman en geen gebruik te maken van de toevoeging' (Kamerstukken II 1961/62, 6647, nr. 3, p. 9). Deze voorziening hangt derhalve nauw samen met het beginsel van de vrije advocatenkeuze, onder meer vervat in artikel 6 lid 3 sub c van het EVRM.

Gezien de specifieke ratio is het gewenst de huidige schadevergoedingsregelingen uit artikel 591 en 591a te handhaven, ook voor wat betreft de vergoedingsmaatstaf. Wel worden enkele technische wijzigingen voorgesteld. Zo is ervoor gekozen om voor wat betreft de toepasselijke procedure wel aan te sluiten bij de voorgestelde algemene schadevergoedingsregeling. Anders doet zich de onwenselijke situatie voor dat een justitiabele verschillende procedures tegelijkertijd dient aan te spannen om de kosten en schade die voortvloeien uit één strafzaak vergoed te krijgen.

Ook wordt voorgesteld de regeling uit artikel 592 betreffende kosten van derden te handhaven. Het gaat bij deze bepaling namelijk om een specifieke situatie waarbij aan derden wordt gevraagd een actieve bijdrage te leveren aan het opsporingsonderzoek tegen een verdachte. Bijvoorbeeld omdat er een vordering is gedaan tot het verstrekken van gegevens of tot het medewerking verlenen aan het ontsleutelen van gegevens.

De kostenvergoeding berust op het uitgangspunt dat kosten die derden redelijkerwijs moeten maken ten behoeve van justitie in het algemeen worden vergoed (vgl. Kamerstukken II 1989/90, 21 551, nr. 3, p. 29). Gezien deze specifieke ratio zijn de voorgestelde algemene schadevergoedingscriteria niet zonder meer toepasbaar op de kosten als bedoeld in artikel 592.

6. Budgettaire aspecten

Ook in de huidige situatie zijn er tal van instanties die schadevergoedingen uitkeren naar aanleiding van strafvorderlijk overheidsoptreden.

- Zo behandelen de raadkamers van de rechtbanken en de gerechtshoven een kleine 6000 verzoeken per jaar, in verband met de schadevergoeding wegens ondergaan voorarrest en de vergoeding van gerechtskosten.[1]
- Zoals in § 3.1. aan de orde is gekomen behandelt het parket-generaal jaarlijks ongeveer 300 schadeclaims in verband met strafvorderlijk overheidsoptreden.
- Daar komen nog de strafvorderlijke schadeclaims bij die op dit moment worden behandeld door de civiele rechter, de regionale politiekorpsen, de bijzondere opsporingsdiensten en andere overheidsdiensten, zoals het CJIB.

Bij het onderhavige concept-wetsvoorstel gaat het voor een groot deel om een stroomlijning van de bestaande schadevergoedingsprocedures, waarbij er budgettaire verschuivingen dienen plaats te vinden tussen de verschillende overheidsdiensten. Zoals hierboven aan de orde is gekomen, is daarbij als uitgangspunt genomen dat die overheidsdienst schadevergoedingen betaalt, die ook verantwoordelijk kan worden geacht voor de schade (kortom: de 'vervuiler' betaalt).

Door de efficiëntiewinst die in de uitvoering wordt behaald door de stroomlijning van de bestaande procedures, kan het wetsvoorstel budgetneutraal worden ingevoerd, met dien verstande dat de uitbreiding van de taken van het parket-generaal kosten met zich mee zal brengen. Deze kosten kunnen echter worden gefinancierd door een herschikking van de huidige gelden, waardoor de financiële gevolgen van het 'centrale loket' per saldo nihil zijn.

7. Voorbereiding en consultatie

Het concept wetsvoorstel is ter consultatie voorgelegd aan het Openbaar Ministerie (OM), de Raad voor de Rechtspraak, de Nederlandse Vereniging voor Rechtspraak (hierna NVVR), het College van procureurs-generaal, de Nederlandse Orde van Advocaten (hierna de NOvA), het Korpsbeheerdersberaad en de Raad van Hoofdcommissarissen.

De uitkomst van deze consultatie is geweest dat [*P.M.*].

§ 8 ARTIKELSGEWIJZE TOELICHTING

Artikel I

Onderdeel A (het doen vervallen van de tweede afdeling A van Titel IV)
Plaatsing van de voorgestelde regeling in de titel over bijzondere dwangmiddelen is niet wenselijk, gezien de verruimde reikwijdte van deze regeling. Deze ziet immers, anders dan de huidige regeling, niet alleen op schade die is ontstaan door bepaalde (vrijheidsbenemende) dwangmiddelen. Er vallen ook andere vormen van strafvorderlijk optreden onder de regeling. Nu er in het vijfde boek al regelingen zijn opgenomen betreffende de vergoeding van proceskosten en andere kosten (zie bijvoorbeeld artikel 590 en 590a), ligt de opname van de voorgestelde regeling in dat boek meer voor de hand.

---

1 Zie het overzicht van de schadevergoedingen aan ex-verdachten van het Centraal Bureau voor de Statistiek, gepubliceerd op Webmagazine, aflevering 24 juli 2006, te raadplegen op: http://www.cbs.nl

Onderdeel B (de vernummering van artikel 593 tot artikel 135a)
Het betreft hier een louter technische wijziging in verband met de verplaatsing van het huidige artikel 593, betreffende de toepasselijkheid van de Algemene Termijnenwet, naar de betekenistitel in boek 1 van het Wetboek van Strafvordering.

Aangezien Titel II van het Vijfde Boek betrekking heeft op proceskosten en andere bijzondere kosten, past het huidige artikel 593 niet (meer) goed in die titel. Een plaatsing vóór artikel 136, dat ook betrekking heeft op de uitleg van bepaalde termijnvoorschriften, ligt meer voor de hand. De tekst van het voorgestelde artikel 135a luidt gelijk aan de tekst van het huidige artikel 593.

Onderdeel C (aanpassing van artikel 457).
Deze aanpassing houdt verband met het doen vervallen van artikel 481 (zie onderdeel D)

Onderdeel D (het doen vervallen van artikel 481)
De voorgestelde algemene schadevergoedingsregeling in artikel 594 en verder, maakt de huidige specifieke schadebepaling in artikel 481 overbodig. De schade ter zake van een ondergane straf na een herziening valt namelijk onder de voornoemde algemene regeling. Ook overigens is er geen grond tot een afwijkende regeling betreffende de schadevergoeding na een herziening.

Onderdeel E (wijziging van 550)
Artikel 550 bevat een specifieke schaderegeling voor gevallen waarin iemand in verzekering is gesteld in gevolge een rechterlijk bevel tot openbare orde. De voorgestelde wijziging heeft tot doel de bepaling in overeenstemming te brengen met de algemene schadevergoedingsregeling in artikel 592 e.v.

Onderdeel F (wijziging van artikel 552ff).
Het huidige artikel 552ff Sv voorziet in de mogelijkheid voorlopige maatregelen te nemen, zoals de aanhouding van een verdachte, in afwachting van een voorgenomen dan wel reeds gedaan verzoek tot strafvordering. Voor wat betreft de vrijheidsbenemende maatregelen sluit de bepaling aan bij de nationale regelingen in het Wetboek van Strafvordering, met dat verschil dat wordt voorzien in de mogelijkheid van vrijheidsbeneming wanneer Nederland zelf geen rechtsmacht heeft.

De voorgestelde wijziging houdt verband met het vervallen van de artikelen 89 tot en met 93 en de invoering van een algemene schadevergoedingsregeling in artikel 593 e.v. Gezien de ruime reikwijdte van deze regeling, die in beginsel van toepassing is op alle vormen van strafvorderlijk overheidsoptreden door een overheidsorgaan, is het niet nodig in artikel 552ff een aparte voorziening op te nemen betreffende de schadevergoeding.

Onderdeel G (wijziging van het opschrift van titel II van het Vijfde Boek)
Om aan te geven dat het bij de tweede titel van het Vijfde Boek om een aantal specifieke kosten gaat, stel ik voor om het opschrift van deze titel te wijzigen in 'proceskosten en andere bijzondere kosten'. Het toepassingsbereik van deze titel wordt niet gewijzigd. De voorgestelde derde titel van het Vijfde Boek bevat algemene regels betreffende de schadevergoeding, voor zover daarin niet in een specifieke regeling is voorzien.

Onderdeel H (wijziging van artikel 591)
In het huidige vijfde lid van artikel 591 wordt de vergoedingsregeling van dat artikel van toepassing verklaard op een aantal andere procedures. Dit geldt onder meer voor de klaagschriften zoals bedoeld in artikel 552a betreffende het beklag over de inbeslagneming, de verbeurdverklaring en de onttrekking aan het verkeer. Een lacune in de huidige wetstekst is, dat niet wordt verwezen naar artikel 552d, tweede lid en 552f, zesde lid betreffende de behandeling van het beklag in cassatie. Toch wordt in de literatuur algemeen aangenomen dat de vergoedingsregeling ook van toepassing is op deze cassatieprocedures (zie o.a. Handboek Strafzaken 55.4.3.f.). Om eventuele onduidelijkheden op dat punt weg te nemen, stel ik voor de genoemde verwijzing toe te voegen aan het vijfde lid van artikel 591. Er zijn namelijk geen goede gronden om de voornoemde cassatieprocedures uit te sluiten van de vergoedingsregeling, terwijl deze regeling wel van toepassing is op de desbetreffende feitelijke behandeling. Ook in de cassatiefase dienen immers procedurele rechten, zoals het recht op rechtsbijstand, te worden gewaarborgd.

De overige wijzigingen betreffende de vergoedingsprocedure. Vanwege de in § 4.2.1. genoemde één-loket gedachte is ervoor gekozen in dit opzicht aan te sluiten bij de algemene schadevergoedingsregeling, waarop ik nader ben ingegaan in § 5.

Onderdeel I (wijziging van artikel 591a)
Zoals in § 5 aan de orde is gekomen, is ervoor gekozen de regeling van artikel 591a te handhaven. Wel wordt voorgesteld de regeling op drie punten te wijzigen.

Een van deze wijzigingen betreft de afgrenzing van het begrip 'zaak' in artikel 591a. Deze afgrenzing is van belang omdat bij artikel 591a de mogelijkheid van een kostenvergoeding afhankelijk is van de uitkomst van de 'zaak'. Is 'de zaak' geëindigd met oplegging van een straf of maatregel dan wel met een rechterlijk pardon, dan is een gewezen verdachte in het algemeen niet-ontvankelijk in zijn verzoek tot een kostenvergoeding (zie artikel 591a, eerste en tweede lid).

Zoals bij onderdeel L aan de orde komt, levert in het geldende recht de uitleg van het begrip 'zaak' in artikel 89 en 591a problemen op indien er feiten gevoegd zijn behandeld die geen verband met elkaar houden. Daarom stel ik voor het begrip 'zaak' nader af te bakenen en feiten waartussen geen relevant verband bestaat niet als één zaak te beschouwen (zie hierover onder onderdeel L en het voorgestelde artikel 594, vierde lid).

In de tweede plaats wordt een vergoeding van proceskosten mogelijk, indien de maatregel van onttrekking aan het verkeer is opgelegd, vanwege de redenen als vermeld bij onderdeel L.

In de derde plaats wordt, vanwege de in § 4.2.1. genoemde één-loket gedachte, voorgesteld de regeling van artikel 591a in procedureel opzicht gelijk op te laten lopen met de vergoeding van de schade op grond van de algemene schadevergoedingsregeling (vgl. onderdeel H). Om deze redenen wordt in het voorgestelde zesde lid van artikel 591 verwezen naar de procedurevoorschriften in artikel 593.

Onderdeel J (wijziging van artikel 592)
Dit betreft een technische wijziging, waarbij artikel 592 wordt aangepast aan de huidige tijd. Tegenwoordig komt het namelijk niet meer voor dat er specifieke begrotingen zijn van de rechter-commissaris of de Officier van Justitie, waaruit de in artikel 592

genoemde kosten worden betaald. Daarom is bepaald dat de kosten uit 's Rijks kas dienen te worden vergoed.

Op dit moment vindt nader onderzoek plaats over de werking van artikel 592 in de praktijk.

Onderdeel K (verplaatsing van het huidige artikel 593)
Het huidige artikel 593 heeft betrekking op de toepasselijkheid van de Algemene Termijnenwet. Aangezien Titel II van het Vijfde Boek betrekking heeft op proceskosten en andere bijzondere kosten, past het huidige artikel 593 niet (meer) goed in die titel. Een plaatsing vóór artikel 136, dat ook betrekking heeft op de uitleg van bepaalde termijnvoorschriften, ligt meer voor de hand (zie ook onderdeel B).

Onderdeel L (de voorgestelde algemene schadevergoedingsregeling)
De invoering van de Titel III van het Vijfde Boek betreft de kern van het wetsvoorstel, namelijk de totstandkoming van een algemene schadevergoedingsregeling in het Wetboek van Strafvordering. Voor een toelichting van deze regeling verwijs ik naar het algemene deel van de memorie van toelichting. In aanvulling daarop merk ik het volgende op.

Artikel 593
Deze bepaling betreft het toepassingsbereik van de regeling. Uit de samenhang met de artikelen 594 en 595 blijkt, dat de voorgestelde regeling in beginsel van toepassing is op alle schade die is veroorzaakt door strafvorderlijk optreden van de overheid. In § 4.2 ben ik daarop uitgebreid ingegaan. Met de term 'strafvorderlijk' wordt daarbij gedoeld op de strafvordering in ruime zin. Deze term omvat, net als bij artikel 1, alle fasen van het strafproces, vanaf de opsporing tot en met de tenuitvoerlegging.

Zoals in § 4.2.1. is aangegeven valt schade die is ontstaan bij het uitoefenen van toezicht in de zin van de Awb door de overheid niet onder de in dit wetsvoorstel voorgestelde regeling. Op deze laatste schade zijn namelijk de voorgestelde bepalingen van de komende Wet nadeelcompensatie van toepassing.

Hetzelfde geldt ingevolge artikel 593, eerste lid voor andere schade waarvoor specifieke voorzieningen bestaan. In dat verband valt allereerst te denken aan de bijzondere vergoedingsregelingen uit het Wetboek van Strafvordering, namelijk artikel 591, 591a en 592 (zie hierover § 5). Voorts is de algemene vergoedingsregeling ook niet van toepassing in gevallen waarin in een bijzondere wet een specifieke schadevergoedingsregeling is opgenomen. Het betreft hier onder meer de schade zoals bedoeld in:
- artikel 59 van de Uitleveringswet;
- artikel 67 van de Wet overdracht tenuitvoerlegging strafvonnissen
- artikel 32 van de Wet op de economische delicten;
- artikel 164 van de Wegenverkeerswet 1994;

Deze laatste specifieke bepalingen komen aan de orde in de artikelen IV, VII, IX en X.

Voorts is de schadevergoedingsregeling, ingevolge artikel 593, eerste lid voor zover het de executiefase betreft, tevens niet van toepassing in gevallen zoals bedoeld in artikel 60 van de Penitentiaire Beginselenwet. Daarop ben ik nader ingegaan in § 4.2.1.

Artikel 594, verzoeken van gewezen verdachten

Algemeen

Artikel 594 ziet op verzoeken tot schadevergoeding door gewezen verdachten, dan wel hun erfgenamen. Voor derden, dan wel hun erfgenamen, is er een voorziening opgenomen in het voorgestelde artikel 595. Beide artikelen moeten in samenhang worden gelezen met het voorgestelde artikel 597, waarin criteria voor de schadevergoeding zijn vervat.

Voor een toelichting op het voorgestelde artikel 594 kan in de eerste plaats worden verwezen naar § 4.6 van deze memorie van toelichting, waarin uitgebreid is ingegaan op de voorwaarden voor de ontvankelijkheid van een verzoek tot schadevergoeding van een gewezen verdachte. In aanvulling daarvan kan nog het volgende worden opgemerkt.

Het eerste lid van artikel 594 zijn voorwaarden voor de ontvankelijkheid opgenomen. Deze zal ik hieronder nader toelichten. De bepaling bevat voorts de clausule dat er sprake moet zijn van 'rechtstreekse schade'. Dit vereiste ziet op het causale verband dat aanwezig dient te zijn tussen de uitoefening van een strafvorderlijke bevoegdheid en de schade die hierdoor is ontstaan.

Het eerste lid dient voorts in samenhang met artikel 593, eerste lid te worden gelezen, omdat in deze laatste bepaling het toepassingsbereik van de regeling nader wordt ingeperkt (zie hierboven bij de toelichting op artikel 593). Voor het toepassingsbereik is verder artikel 594, tweede lid van belang. Dit onderdeel is overgenomen uit het huidige artikel 89, tweede lid en maakt het mogelijk een vergoeding te geven ter zake van schade die is ontstaan door vrijheidsbeneming in het buitenland in verband met een door Nederlandse autoriteiten gedaan verzoek om uitlevering.

Het verzoek kan pas na het beëindigen van de zaak te zijn ingediend bij het College van procureurs-generaal (feitelijk het parket-generaal), omdat de ontvankelijkheid van het verzoek mede afhankelijk is van de uitkomst van de strafzaak (zie artikel 594, eerste lid j° artikel 594, derde lid). Niet gehandhaafd is de termijn van drie maanden, die nu is neergelegd in de artikelen 89 en 591. De voorgestelde regeling heeft namelijk betrekking op veel vormen van schade. Het is niet altijd zo dat een gewezen verdachte al binnen drie maanden na het einde van deze strafzaak op de hoogte is van deze schade. Zo is het mogelijk dat een gewezen verdachte die in het buitenland verblijft, pas geruime tijd na het einde van de strafzaak ervan op de hoogte raakt dat zijn woning is doorzocht en dat daarbij schade is ontstaan.

De mogelijkheid van uitstel van de behandeling van het verzoek is mede opgenomen, omdat bij complexe schadeclaims een nader onderzoek naar de omvang van de schade noodzakelijk kan zijn.

In het vijfde lid van deze bepaling worden nadere voorschriften gegeven over de inhoud het verzoekschrift. Dat deze voorschriften zijn opgenomen heeft te maken met de laagdrempeligheid van de procedure, waarbij de verzoeker lang niet altijd zal worden bijgestaan door een raadsman. Artikel 594, vijfde lid dient daarbij als handvat voor de verzoeker bij het opstellen van een verzoekschrift.

In het zesde lid worden voorschriften gegeven over de termijn waarbinnen het College van procureurs-generaal (feitelijk het parket-generaal)moet beslissen. Het zevende lid, betreffende verzoeken van erfgenamen, is overgenomen van het huidige artikel 89, zesde lid.

In twee opzichten is de voorgestelde regeling 'ruimer' van aard dan de huidige regeling in artikel 89. Het eerste opzicht betreft het toepassingsbereik, dat niet meer beperkt is tot bepaalde vrijheidsbenemende dwangmiddelen. Het tweede betreft de voorwaarden voor de ontvankelijkheid, die in sommige opzichten minder stringent zijn dan bij het huidige artikel 89. Dit laatste licht ik hieronder toe.

Hoofdregel: geen straf of maatregel dan wel toepassing van artikel 9a Sr

Hoofdregel is dat een verzoek van een gewezen verdachte alleen ontvankelijk is, indien geen straf of maatregel is opgelegd dan wel toepassing is gegeven aan artikel 9a Sr. Met de term 'straf' in artikel 594, eerste lid, sub a wordt tevens gedoeld op sancties die aan een verdachte op de voet van artikel 257a bij een strafbeschikking zijn opgelegd.

De bovenstaande voorwaarde wordt gesteld om een toevloed van kansloze zaken te voorkomen. Zoals in § 4.6. aan de orde is gekomen is er namelijk in het algemeen geen grond voor de toekenning van een schadevergoeding, indien de verdachte terzake is veroordeeld. De verdachte heeft het dan immers aan zichzelf te wijten, dat hij voorwerp was van strafvorderlijk overheidsoptreden. Deze schade die hierdoor is veroorzaakt komt in het algemeen voor risico van de verdachte.

Hetzelfde geldt wanneer er weliswaar geen straf is opgelegd, maar de rechter wel artikel 9a Sr heeft toegepast (het rechterlijk pardon). Ook dan staat immers vast dat de verdachte zich schuldig heeft gemaakt aan één of meer strafbare feiten, waarmee hij zelf het risico van eventuele daaruit voortkomende schade heeft aanvaard.

Voor wat betreft deze voorwaarde van ontvankelijkheid sluit de voorgestelde regeling aan bij de huidige regeling in artikel 89. Wel is tegemoet gekomen aan een drietal bezwaren van de laatstgenoemde regeling.

1. Eén knelpunt bij de huidige schadevergoedingsregeling in artikel 89 is, dat deze in alle gevallen een schadevergoeding uitsluit wanneer de zaak is geëindigd met de oplegging van een maatregel. Deze voorwaarde kan onder meer leiden tot maatschappelijk onwenselijke resultaten wanneer er slechts een onttrekking aan het verkeer heeft plaatsgevonden. Zo stelt prof. mr. G.J.M. Corstens in zijn handboek 'Het Nederlands strafprocesrecht' dat het 'merkwaardig' is dat er geen schadevergoeding krachtens artikel 89 mogelijk is, indien de verdachte weliswaar is vrijgesproken, maar er wel de maatregel van onttrekking aan het verkeer is uitgesproken. Van belang daarbij is, dat er in een strafzaak tegen een verdachte ook een onttrekking aan het verkeer kan plaatsvinden, wanneer vast is komen te staan dat de verdachte zelf niet betrokken is bij een strafbaar feit, maar dat iemand anders – met wie de verdachte niets te maken hoeft te hebben – wel een strafbaar feit heeft gepleegd. Corstens schrijft in dit verband: 'Ook al is vastgesteld dat een strafbaar feit is begaan of ook al is een onttrekking bij afzonderlijke beschikking uitgesproken, daarmee staat nog niet vast dat er een strafbaar feit door de betrokkene is gepleegd.' (G.J.M. Corstens, a.w., p. 417.) In het voorgestelde artikel 594, eerste lid sub a wordt daarom een schadevergoeding mede mogelijk gemaakt in gevallen waarin, ondanks een vrijspraak, een onttrekking aan het verkeer heeft plaatsgevonden In dat geval kan bijvoorbeeld schade worden vergoed die is ontstaan door de toepassing van dwangmiddelen.

2. Bij de huidige regeling bestaat voorts onduidelijkheid over het rechterlijk pardon (artikel 9a Sr). Er is sprake van een incongruentie tussen a) artikel 591a dat wél een schadevergoeding uitsluit bij een rechterlijk pardon en b) artikel 89 dat deze clausule niet bevat. Toch wordt ook bij de regeling van artikel 89 algemeen aangenomen dat

in beginsel geen plaats is voor een schadevergoeding bij een rechterlijk pardon. Er staat dan immers wel vast dat de verdachte een strafbaar feit heeft gepleegd. Om eventuele onduidelijkheden op dit punt weg te nemen wordt in de voorgestelde regeling expliciet als voorwaarde gesteld dat er geen sprake is van een rechterlijk pardon.

3. Het derde bezwaar tegen de huidige regeling dat in het wetsvoorstel wordt weggenomen, houdt verband met de afbakening van het begrip 'zaak' in artikel 89 en 591a. Volgens vaste jurisprudentie van de Hoge Raad vormen namelijk feiten die op een dagvaarding staan één zaak, ook al bestaat er in het geheel geen verband tussen deze feiten (Zie o.a. HR 8 mei 2001, NJ 2001, 508/509). Wordt bijvoorbeeld iemand vrijgesproken van een moord, maar veroordeeld wegens een niet met deze moord verband houdende eenvoudige mishandeling, dan is geen schadevergoeding op grond van artikel 89 dan wel artikel 591a mogelijk, wanneer beide feiten op één dagvaarding stonden. Op dit aspect van de huidige regeling is in de rechtsliteratuur ook veel kritiek geleverd. Het hangt er maar net van af welke keuzen er worden gemaakt bij de opstelling van de tenlastelegging (gevoegd of niet) of de verdachte ontvankelijk is in diens verzoek tot een vergoeding op de voet van artikel 89 of artikel 591a. Het gehanteerde systeem wordt 'te grof' gevonden, nu de ene verdachte vanwege een voeging van strafzaken in het geheel geen aanspraak kan maken op een schadevergoeding. Dit terwijl een andere verdachte in een vergelijkbaar geval, waarin afgezien is van een voeging, wél een aanspraak kan doen op een schadevergoeding.

De Hoge Raad onderkende in het bovenstaande arrest deze bezwaren, maar zag geen ruimte voor een herinterpretatie van het begrip zaak, omdat een uitleg 'die aan de in de praktijk gevoelde bezwaren het meest tegemoet komt zonder dat zij op haar beurt weer tot onbillijkheden leidt, vragen van afgrenzing oproept. De beantwoording daarvan dient aan de wetgever te worden gelaten, omdat daarbij verschillende keuzes denkbaar zijn (…)'.

Eén keuzemogelijkheid is in dit verband om per ten laste gelegd feit te beoordelen of er een vergoeding van schade en/of proceskosten dient plaats te vinden. Voor deze optie is niet gekozen omdat de regeling dan moeilijk werkbaar wordt. Bij samenhangende feiten is het immers moeilijk kosten en/of schade per feit uit te splitsen.
In plaats daarvan is, in aansluiting op de regeling in artikel 285 betreffende de voeging en splitsing van zaken, in het voorgestelde artikel 594, vierde lid bepaald dat gevoegde feiten in beginsel als één zaak worden aangemerkt, tenzij er tussen de ten laste gelegde feiten *geen* relevant verband bestaat.

Bij het voornoemde 'relevant verband' kan het gaan om een juridische samenhang, gezien het schuldverwijt. Het kan echter ook gaan om een feitelijke samenhang gezien de feitelijke verwevenheid van de gedragingen waarvan een verdachte wordt beschuldigd. Zo is – in afwijking op de bovengenoemde rechtspraak van de Hoge Raad– in lagere rechtspraak beslist dat er sprake is van verschillende 'zaken' wanneer gevoegd zijn ten laste gelegd:

- een poging tot doodslag en een los daarvan staande opzetheling (Hof Amsterdam 2 juni 1995, NJ 1995, 521);
- verschillende diefstallen, waartussen feitelijk geen samenhang bestaat en die op verschillende data zijn gepleegd (vgl. Gerechtshof te 's-Gravenhage 20 juni 2000, NJ 2000, 267);

Daarentegen kan er, gezien de feitelijke verwevenheid, wel sprake zijn van één zaak wanneer de tenlastelegging betrekking heeft op een diefstal met geweld en op het bezit van een vuurwapen, dat bij die diefstal is gebruikt.

Voornoemde uitleg van het begrip 'zaak' is tevens van belang voor de indieningtermijn van het verzoek. Gevolg van de bepleite afgrenzing kan zijn dat een verzoek tot schadevergoeding reeds in behandeling moet worden genomen terwijl de strafrechter nog geen onherroepelijke beslissing heeft genomen over alle strafbare feiten die onderdeel uitmaken van het rechtsgeding. In het algemeen zal dat echter niet bezwaarlijk zijn, aangezien het doorgaans goed mogelijk zal zijn wat betreft de kosten een uitsplitsing te maken per zaak (in de zin van artikel 594). Mocht een dergelijke uitsplitsing niet goed mogelijk zijn dan kan de behandeling van het verzoek worden aangehouden op grond van artikel 591a, zesde lid en artikel 594, zesde lid, totdat het bovengenoemde rechtsgeding in geheel is afgerond.

Uitzonderingen op de hoofdregel

Zoals in § 4.6 aan de orde is gekomen zijn er in het voorstel twee uitzonderingen gemaakt op de hoofdregel, dat er geen veroordeling dient te zijn gevolgd en er ook geen sprake dient te zijn van een rechterlijk pardon. Het gaat hierbij in de eerste plaats om gevallen waarin het schadeveroorzakende besluit of de schadeveroorzakende handeling onrechtmatig was.

In de tweede plaats gaat het om gevallen waarin het voorarrest langer heeft geduurd dan de uiteindelijk opgelegde vrijheidsstraf, dan wel indien er ondanks het voorarrest in het geheel geen vrijheidsstraf wordt opgelegd (het 'zitten voor de prins', zie § 4.6). Op die gevallen, die zijn toegelicht in § 4.6, ziet het voorgestelde artikel 594, eerste lid, sub c.

De veroordeling wegens een feit waarvoor voorlopige hechtenis niet is toegestaan, wordt niet langer expliciet genoemd in de ontwerpregeling. Een speciale voorziening voor dit soort gevallen is niet langer nodig. Er zijn immers bij een dergelijke veroordeling twee mogelijkheden.

a) Ofwel is er geen vrijheidsstraf opgelegd, dan wel een vrijheidsstraf die korter is dan de duur van het ondergane voorarrest (het 'zitten voor de prins'). Zoals hiervoor aan de orde is gekomen is er dan een schadevergoeding mogelijk op grond van artikel 594, eerste lid, onder c.
b) Ófwel er is wél een vrijheidsstraf opgelegd die ten minste gelijk is aan het ondergane voorarrest. In dat geval wordt het voorarrest op grond van artikel 27 Sr verrekend met de opgelegde vrijheidsstraf. Het is dan in redelijkheid niet meer nodig ook nog eens te voorzien in de mogelijkheid van een schadevergoeding.

Artikel 595

Deze bepaling betreft de schade die door derden is geleden. Ook ten aanzien van deze laatste schade geldt het vereiste van het rechtstreekse verband. Zo is reputatieschade die ouders hebben geleden doordat hun kind voorlopige hechtenis heeft ondergaan, geen rechtstreekse schade.

Het tweede lid betreft de termijn van de indiening van de klacht en de verjaring van de vordering. Anders dan de gewezen verdachten hoeven derden niet met het indienen van een verzoek te wachten tot de zaak is geëindigd. Bij hen is immers de ontvankelijkheid van het verzoek niet afhankelijk van de uitkomst van deze strafzaak. Aangezien het hier een civielrechtelijk getinte regeling betreft, is voor wat betreft de verjaring van de aan het verzoek ten grondslag liggende vordering aangesloten bij de verjaringsregeling in titel 11 van boek 3 van het BW.

Het derde lid geeft de mogelijkheid de behandeling van het verzoek uit te stellen indien het belang van het onderzoek dit vordert. Dit kan bijvoorbeeld van belang zijn wanneer in de strafzaak tegen de verdachte discussie bestaat over de rechtmatigheid van het strafvorderlijke overheidsoptreden in de desbetreffende strafzaak en deze discussie ook relevant is in verband met de schadeclaim die de 'derde' heeft ingediend.

In het vierde lid wordt aangehaakt bij de procedurele voorschriften betreffende verzoeken van gewezen verdachten in artikel 594, vijfde en zesde lid en bij de bepaling betreffende erfgenamen in artikel 594, zevende lid.

Artikel 596

Deze bepaling betreft de afhandeling van de verzoeken door het College van Procureurs-generaal In een ministeriële regeling zal worden opgenomen welke procedure bij de behandeling van de verzoeken zal worden gevolgd.

Om verwarring over de toepasselijke procedureregels te voorkomen, is de toepasselijkheid van hoofdstuk 7 van de Algemene wet bestuursrecht (betreffende administratiefrechtelijke procedures) uitgesloten.

Artikel 597

Deze bepaling betreft de maatstaf van de schadevergoeding en de te hanteren criteria. Zoals uit het algemene deel van deze toelichting blijkt, is hierbij onder meer aangesloten bij de bepaling over de nadeelcompensatie in het Voorontwerp nadeelcompensatie. Anders dan bij het bestuursrecht bestaat de onevenredigheid er niet zozeer in dat en (rechts) persoon ten opzichte van andere personen is benadeeld. Het gaat erom dat de desbetreffende schade zodanig is dat het, gezien de in het geding zijnde belangen, onwenselijk is dat de deze schade voor rekening van de gedupeerde komt.

Voor een toelichting op deze bepaling verwijs ik voorts naar § 4.7, waarin de voornoemde criteria aan de hand van voorbeelden zijn toegelicht.

Artikel 598

Net als de huidige schadevoorziening in artikel 89 voorziet het wetsvoorstel niet alleen in een vergoeding van materiële, maar ook van immateriële schade. Voor zover het gaat om schade door een rechtmatige overheidsdaad, bestaat wel de mogelijkheid alleen een deel van de daadwerkelijk geleden schade te vergoeden, namelijk dat deel van de schade waardoor de verzoeker onevenredig is getroffen. Zoals in § 4.7.1. aan de orde is gekomen speelt daarbij de strafvorderlijke context een belangrijke rol. Er dient immers voorkomen te worden dat de opsporing van strafbare feiten vrijwel onbetaalbaar wordt door een toevloed van schadeclaims naar aanleiding van rechtmatig overheidsoptreden.

Om de financiële kosten beheersbaar te houden is daarom in artikel 598, tweede lid, de mogelijkheid opgenomen van het vaststellen van forfaitaire bedragen bij AMvB. Deze forfaitaire bedragen zijn in de eerste plaats van belang in verband met de immateriële schade. Bij deze vorm van schade valt immers de hoogte van de schadevergoeding niet altijd eenvoudig te bepalen. Een forfaitair tarief heeft het voordeel, dat het eenvoudig kan worden toegepast en discussies over de hoogte van de vergoeding zoveel mogelijk worden vermeden.

In de tweede plaats kunnen aan de hand van de forfaitaire bedragen ook beperkingen worden gesteld aan de vergoeding van de materiële schade. Dit laatste geldt echter alleen voor schade die veroorzaakt is door rechtmatig overheidsoptreden. Bij onrecht-

matig overheidsoptreden is uitgangspunt dat in beginsel de gehele materiële schade dient te worden vergoed.

Bij de bepaling van de hoogte van de forfaitaire bedragen kan worden aangesloten bij de bedragen die in de praktijk worden gehanteerd, waaronder de in § 4.7.1. genoemde dagvergoedingen. Net als in de huidige situatie kan in bijzondere situaties worden afgeweken van de vastgestelde standaardtarieven.

Artikel 598, derde tot en met vijfde lid, betreft de wijzen waarop de schadevergoeding plaats kan hebben. Meestal zal het daarbij om een geldelijke tegemoetkoming gaan. Deze kan eventueel worden verrekend met openstaande boetes dan wel andere aan de staat verschuldigde geldsommen.

Net als bij de huidige regeling in artikel 90, vierde lid, bestaat voorts de mogelijkheid om reeds ondergane inverzekeringstelling of voorlopige hechtenis in mindering te brengen op een vrijheidsstraf die nog ten uitvoer moet worden gelegd.

Nieuw is de mogelijkheid die artikel 598, vijfde lid biedt tot openbaarmaking van (delen van) de beschikking betreffende het verzoek. Deze mogelijkheid kan bijvoorbeeld van belang zijn in verband met reputatieschade die is ontstaan door persberichten van het OM of de politie. Wel dient te worden voorkomen dat de publicatie van de beschikking weer tot nieuwe reputatieschade leidt. Deze publicatie is immers juist als compensatiemiddel bedoeld. Daarom wordt in artikel 598, vijfde lid, anders dan bij andere vormen van publicatie het geval is, de voorwaarde gesteld dat de verzoeker om de publicatie heeft verzocht. Zie voorts over de openbaarmaking § 4.8.

Artikel 599

Dit artikel voorziet in een regeling van het beroep dat kan worden ingesteld tegen de beschikking van het College van procureurs-generaal. Voor een belangrijk deel wordt daarbij aangesloten bij de huidige raadkamer-procedure betreffende schadevergoedingsverzoeken. Zoals in § 4.9. aan de orde is gekomen wordt echter op sommige punten afgeweken van de bestaande raadkamerprocedures. Eén van deze afwijkingen betreft de mogelijkheid van het horen van getuigen en deskundigen. Hiervoor is een voorziening gecreëerd in artikel 599, vijfde lid. Deze voorziening is reeds toegelicht in § 4.9.

Artikel 600

Deze bepaling betreft de mogelijkheid van de verzoeker of diens erfgenaam om cassatie in te stellen. Zie daarover nader § 4.9.

ARTIKEL II (wijziging van de Algemene wet bestuursrecht)

De wijziging van de bijlage behorende bij artikel 8:5 van de Algemene wet bestuursrecht heeft tot doel om uit te sluiten dat een beslissing die het College van procureurs-generaal heeft genomen op een verzoek in de zin van artikel 591a, 594 of 595 voorwerp wordt van een bestuursrechtelijke procedure. Krachtens het voorgestelde artikel 599 kan wel een strafvorderlijk rechtsmiddel tegen deze beslissing worden ingesteld.

ARTIKEL III (wijziging van de Overleveringswet)

De voorgestelde wijzigingen van de Overleveringswet hebben een technisch karakter. Zij hangen samen met de invoering van de nieuwe schadevergoedingsregeling in titel III van het Vijfde boek. Zowel voor wat betreft de schadevergoedingsprocedure als in materieel opzicht wordt aangesloten bij de voorgestelde algemene schadevergoedingsregeling in de artikelen 593 e.v. De voorgestelde criteria voor schadevergoeding uit

artikel 597 zijn dus ook van toepassing indien op grond van artikel 67 van de Overleveringswet een schadevergoeding wordt verzocht.

ARTIKEL IV (wijziging van de Uitleveringswet)
In artikel 594, tweede lid wordt een specifieke regeling gegeven voor de gevallen waarin een verdachte in het buitenland vrijheidsbeneming ondergaat in verband met een door Nederlandse autoriteiten gedaan verzoek om uitlevering. Voor de omgekeerde situatie, waarin een opgeëiste persoon in Nederland uitleveringsdetentie ondergaat op verzoek van een buitenlandse staat bestaat er een regeling in artikel 59 van de Uitleveringswet. Deze bepaling maakt een schadevergoeding mogelijk indien bij rechterlijk gewijsde de uitlevering ontoelaatbaar is verklaard. Ook bij deze regeling wordt, net als bij artikel 67 van de Wet overdracht tenuitvoerlegging strafvonnissen, in de huidige tekst aangesloten bij de schadevergoedingsregeling in de artikelen 89 t/m 93. Strekking van de voorgestelde wijziging is om de schadevergoedingsregeling uit de Uitleveringswet in overeenstemming te brengen met de voorgestelde regeling in de artikelen 593 e.v.

ARTIKEL V (wijziging van de Uitvoeringswet Internationaal Strafhof)
Ten aanzien van de wijzigingen van de Uitvoeringswet Internationaal Strafhof geldt, mutatis mutandis, hetzelfde als hiervoor bij artikel III betreffende de Overleveringswet is gesteld.

ARTIKEL VI (wijziging van de Vreemdelingenwet)
De wijziging van de Vreemdelingenwet houdt verband met het vervallen van de artikelen 90 en 93. De zinsnede in het huidige artikel 106, eerste lid van de Vreemdelingenwet 2000 over het nadeel dat niet uit vermogensschade bestaat kan worden geschrapt, nu dit reeds geregeld is in artikel 598, dat van overeenkomstige toepassing is verklaard.

ARTIKEL VII (wijziging van de Wegenverkeerswet)
Artikel 164, negende lid, van de Wegenverkeerswet 1994 bevat een specifieke schadevergoedingsregeling voor schade die is geleden door de invordering van een rijbewijs. Deze regeling is niet alleen van toepassing indien de zaak is geëindigd zonder oplegging van een straf of maatregel. Er kan ook een schadevergoeding plaatsvinden wanneer een dergelijke oplegging wél heeft plaatsgevonden echter terzake van een feit waarbij een invordering of inhouding van het rijbewijs niet is toegelaten. De voorgestelde wijziging heeft tot doel de voornoemde specifieke schadevergoedingsregeling in overeenstemming te brengen met de algemene regeling in de artikelen 593 e.v.

ARTIKEL VIII (wijziging van de Wet Luchtvaart)
Artikel 11.7, zesde lid van de Wet Luchtvaart heeft betrekking op schadevergoedingen in verband met een invordering of inhouding van een bewijs van bevoegdheid of bewijs van gelijkstelling van het boordpersoneel. De voorgestelde wijzigingen houden verband met het vervallen van artikel 89 tot en met 93. Daarbij wordt, zowel voor wat betreft de te volgen procedure als voor wat betreft de criteria voor schadevergoeding aangesloten bij de voorgestelde schadevergoedingsregeling in de artikelen 593 e.v.

ARTIKEL IX (wijziging van de Wet economische delicten)
Artikel 32 van de Wet economische delicten (WED) bevat een specifieke schadevergoedingsregeling voor de gevallen waarin er een voorlopige maatregel is opgelegd. Er is dan een uitzondering mogelijk op de hoofdregel, dat er in geval van veroordeling geen plaats is voor een schadevergoeding. Deze uitzondering is van toepassing wanneer de opgelegde voorlopige maatregel als onevenredig hard moet worden beschouwd. In het huidige artikel 32 van de WED wordt de regeling in artikel 89 t/m 93 grotendeels van toepassing verklaard. De voorgestelde wijziging van het voornoemde artikel sluit aan bij de voorgestelde schadevergoedingsregeling in de artikelen 593 e.v. Nu in die regeling al voorzieningen zijn getroffen voor schade die door erfgenamen is geleden, is het derde lid van artikel 32 WED overbodig geworden.

ARTIKEL X (wijziging van de Wet overdracht tenuitvoerlegging strafvonnissen)
Artikel 67 van de Wet overdracht tenuitvoerlegging strafvonnissen (WOTS) bevat een specifieke schadevergoedingsregeling voor die gevallen waarin onherroepelijk is vastgesteld dat de tenuitvoerlegging van een buitenlandse rechterlijke beslissing niet in Nederland behoort plaats te vinden. De huidige regeling sluit, onder meer voor wat betreft de te hanteren criteria, aan bij de schadevergoedingsregeling in de artikelen 89 tot en met 93. Strekking van de voorgestelde wijziging is, om de schadevergoedingsregeling uit de WOTS in overeenstemming te brengen met de voorgestelde regeling in de artikelen 593 e.v.

ARTIKEL XI (Wijziging van de Wet overgang bijzondere rechtspleging)
Dit betreft een louter technische wijziging die verband houdt met de ruime reikwijdte van de voorgestelde schadevergoedingsregeling. Nu deze regeling in beginsel ziet op alle vormen van strafvorderlijk optreden van de overheid, is het niet langer noodzakelijk in de Wet overgang bijzondere rechtspleging te verwijzen naar bepalingen betreffende de schadevergoeding.

ARTIKEL XII (Wijziging van artikel 15d Wetboek van Strafrecht)
De voorgestelde wijziging heeft tot doel de schadevergoedingsregeling in artikel 15d van het Wetboek van Strafrecht in overeenstemming te brengen met de voorgestelde schadevergoedingsregeling in artikel 592 e.v.

ARTIKEL XIII
Het onderhavige artikel ziet op de situatie waarin het wetsvoorstel tot wijziging van het Wetboek van Strafrecht en enige andere wetten in verband met de wijziging van de vervroegde invrijheidstelling in een voorwaardelijke invrijheidstelling in werking is getreden op het tijdstip waarop deze wet in werking treedt. In dat wetsvoorstel is in artikel 15k van het Wetboek van strafrecht een soortgelijke regeling opgenomen als in het huidige artikel 15d van het Wetboek van Strafrecht. De voorgestelde wijziging heeft tot doel de schadevergoedingsregeling in artikel 15k van het Wetboek van Strafrecht in overeenstemming te brengen met de voorgestelde schadevergoedingsregeling in artikel 592 e.v.

ARTIKEL XIV (vergoeding van affectieschade)
In dit artikel wordt voorzien in de mogelijkheid van een vergoeding van affectieschade indien het ingediende voorstel van wet tot aanpassing van het Burgerlijk Wetboek,

het Wetboek van Strafvordering en de Wet schadefonds geweldsmisdrijven in verband met de vergoedbaarheid van schade als gevolg van het overlijden of ernstig en blijvend letsel van naasten (Kamerstukken I 2004/05, 28 781, nr A) wordt ingevoerd. In § 4.5 ben ik nader ingegaan op de vergoeding van affectieschade.

ARTIKEL XV
Deze bepaling betreft het overgangsrecht. Om reeds in gang gezette procedures niet onnodig te compliceren is gekozen voor eerbiedigende werking. Dit betekent dat op de reeds ingediende vorderingen het oude (proces)recht van toepassing blijft, zowel in eerste aanleg als in verdere instanties.

ARTIKEL XVI
Bij de datum van inwerkingtreding zal rekening worden gehouden met de tijd die organen van de strafrechtspleging nodig zullen hebben om zich op de uitvoering van de wet voor te bereiden.

De Minister van Justitie,

Curriculum vitae

Nicole Marlèn Dane (geboren 26 april 1966 te Rotterdam) behaalde in 1985 haar Gymnasium β diploma aan het Marnix Gymnasium te Rotterdam. Zij studeerde Nederlands Recht aan de Erasmus Universiteit Rotterdam (1986-1993) en was in die periode onder andere werkzaam als buitengriffier bij de Rechtbank Rotterdam en als student-assistent bij de sectie statistiek en bij de vakgroep strafrecht aan de Erasmus Universiteit. Na haar afstuderen begon zij als assistent in opleiding aan de Erasmus Universiteit met onderhavig onderzoek (1993-1997) en dat zette zij voort in de periode dat zij werkzaam was als universitair docent straf- en strafprocesrecht aan de Universiteit Utrecht (Willem Pompe Instituut, 1997-2001). Vervolgens werkte zij een jaar bij de beleidsafdeling van het Landelijk Parket (team internationaal). In 2002 werd zij beleidsambtenaar op het Ministerie van Justitie te Den Haag (internationale dossiers) en daar is zij thans wnd. hoofd van de afdeling Europese Unie in de Directie Europese en Internationale Aangelegenheden (DEIA).

In de boekenreeks van het E.M. Meijers Instituut voor Rechtswetenschappelijk Onderzoek van de Faculteit der Rechtsgeleerdheid, Universiteit Leiden, zijn in 2007 en 2008 verschenen:

MI-117 H.J.Th.M. van Roosmalen, *Overheidsaansprakelijkheid in Engeland en Nederland*, (diss. Leiden), Den Haag: Sdu 2007, ISBN 978 90 12 11846 0

MI-118 R.W.J. Crommelin, *Het aanvullen van de rechtsgronden*, (diss. Leiden), Alphen aan den Rijn: Kluwer 2007, ISBN 978 90 13 04635 9

MI-119 L.A.R. Siemerink, *De overeenkomst van Internet Service Providers met consumenten*, (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2007, ISBN 90 13 04357 7

MI-120 I.S.J. Houben, K.J.O. Jansen, P. Memelink, J.H. Nieuwenhuis & L. Reurich (red.), *Europees contractenrecht. Techniek en moraal*, Deventer: Kluwer 2007, ISBN 90 13 04036 5

MI-121 S. Hillebrink, *Political Decolonization and Self-Determination. The Case of the Netherlands Antilles and Aruba*, (diss. Leiden) 2007, ISBN 978 90 9021470 2

MI-122 B.W. Schermer, *Software agents, surveillance, and the right to privacy: a legislative framework for agent-enabled surveillance*, (diss. Leiden) 2007, Leiden: Leiden University Press 2007, ISBN 978 90 8728 021 5

MI-123 C.G. Breedveld-de Voogd, *Vorm, vrijheid en gebondenheid bij de koop van een woning*, (diss. Leiden), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2007, ISBN 978 90 5454 412 8

MI-124 T. Barkhuysen, W. den Ouden & E. Steyger (red.), *Europees recht effectueren. Algemeen bestuursrecht als instrument voor de effectieve uitvoering van EG-recht*, Alpen aan den Rijn: Kluwer 2007, ISBN 978 90 13046 28 1

MI-125 A.C. Beunen, *Protection for databases, The European Database Directive and its effects in the Netherlands, France and the United Kingdom*, (diss. Leiden), Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2007, ISBN 978 90 5850 267 4

MI-126 Z. Deen-Racsmány, *Active Personality and Non-extradition of Nationals in International Criminal Law at the Dawn of the Twenty-first Century: Adapting Key Functions of Nationality to the Requirements of International Criminal Justice,* (diss. Leiden), Leiden: Leiden University Press.

MI-127 C.P.L. van Woensel, *MERK, GOD EN VERBOD, Oneigenlijk gebruik en monopolisering van tekens met een grote symbolische waarde*, (diss. Leiden), Amstelveen: Uitgeverij deLex BV 2007, ISBN 978 90 8692 010 5

MI-128 J.A.J. Peter, *Levering van roerende zaken*, (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2007, ISBN 978 90 13043 81 5

MI-129 A.C. Hendriks & H.-M.Th.D. ten Napel (red.), *Volksgezondheid in een veellagige rechtsorde. Eenheid en verscheidenheid van norm en praktijk*, Alphen a/d Rijn: Kluwer 2007, ISBN 978 90 13 04720 2

MI-130 H.R. Kranenborg, *Toegang tot documenten en bescherming van persoonsgegevens in de Europese Unie. Over de openbaarheid van persoonsgegevens*, (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2007, ISBN 978-90-13-04886-5

MI-132 S. van Wingerden, M. Moerings & J. van Wilsem, *De praktijk van schadevergoeding voor slachtoffers van misdrijven*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2007, ISBN 978 90 5454 948 2

MI-133 Jubileumbundel Meijers Instituut, *Ik zou het zo weer doen. Terugblikken op proefschriften uit het 10-jarig bestaan van het Meijers Instituut*, Leiden: Leiden University Press

MI-134 C.L.J. Caminada, A.M. Haberham, J.H. Hoogteijling en H. Vording (red.), *Belasting met beleid*, Den Haag: Sdu 2007, ISBN 978 90 12 12470 6

MI-135 A. Vermeer-Künzli, *The Protection of Individuals by means of Diplomatic Protection. Diplomatic Protection as a Human Rights Instrument,* (diss. Leiden) 2007, ISBN 978 90 9022 487 9

MI-136 I.S.J. Houben, K.J.O. Jansen, P. Memelink, J.H. Nieuwenhuis & L. Reurich (red.), *Samenloop,* Deventer: Kluwer 2007, ISBN 978 90 13 05033 2

MI-137 T.C. Leemans, *De toetsing door de bestuursrechter in milieugeschillen. Over rechterlijke toetsingsintensiteit, bestuurlijke beslissingsruimte en deskundigenadvisering* (diss. Leiden), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2008, ISBN 978 90 5454 986 4

MI-138 P. Kuypers, *Forumkeuze in het Nederlands internationaal privaatrecht* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2008, ISBN 978 90 13 04797 4

MI-139 A. Meuwese, *Impact Assessment in EU Lawmaking* (diss. Leiden), Zutphen: Wöhrmann Printing Service 2008

MI-140 P.C. Adriaanse e.a., *Implementatie van EU-handhavingsvoorschriften*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2008, ISBN 978 90 5454 862 1

MI-141 S.D. Dikker Hupkes, *What Constitutes Occupation? Israel as the occupying power in the Gaza Strip after the Disengagement,* Leiden: Jongbloed 2008

MI-142 R.A. Visser, E. van Gemerden, P.A. More & R.C.J. de Roon, *Sturing en samenwerking in handhavingsprojecten*, Leiden: Leiden University Press, ISBN 978 90 8728 0383

MI-143 B.M. Dijksterhuis, *Rechters normeren de alimentatiehoogte. Een empirisch onderzoek naar rechterlijke samenwerking in de Werkgroep Alimentatienormen (1975-2007)*, Leiden: Leiden University Press, ISBN 978 90 8728 045 1

MI-144 F.P. Ölçer, *Eerlijk proces en bijzondere opsporing*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2007, ISBN 978 90 5850 376 3

MI-145 J.H. Crijns, P.P.J. van der Meij & J.M. ten Voorde, *De waarde van waarheid. Opstellen over waarheid en waarheidsvinding in het strafrecht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2008, ISBN 978 90 8974 020 5

MI-146 G.K. Schoep, *Straftoemetingsrecht en strafvorming* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2008, ISBN 978 90 1306 018 8

MI-147 A.R. Spanjer, *Structural and regulatory reform of the European natural gas market - Does the current approach secure the public service obligations?* (diss. Leiden), Amsterdam: Ponsen en Looijen bv, ISBN 978 90 6464 300 2

MI-148 E.-J. Zippro, *Privaatrechtelijke handhaving van mededingingsrecht* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2008, ISBN 978 90 13 05895 6

MI-149 G. Suurmond, *Enforcing fire safety in the catering industry. An economic analysis*, Leiden: Leiden University Press 2008, ISBN 978 90 8728 061 1

MI-150 J.P. Loof (red.), *Juridische ruimte voor gewetensbezwaren?*, Leiden: NJCM-Boekerij 2008, ISBN 978 90 6750 048 7

MI-151 A.G. Castermans, I.S.J. Houben, K.J.O. Jansen, P. Memelink, J.H. Nieuwenhuis & L. Reurich (red.), *De maatman in het burgerlijk recht*, Deventer: Kluwer 2008, ISBN 978 90 13 05051 6

MI-152 P. Memelink, *De verkeersopvatting* (diss. Leiden), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2009, ISBN 978 90 8974 056 4

MI-153 W. den Ouden, *De terugvordering van Europese subsidies in Nederland: Over legaliteit, rechtszekerheid en het vertrouwensbeginsel*, (oratie Leiden), Kluwer: Alphen aan den Rijn 2008, ISBN 978 90 1306 247 2

MI-154 J. Arnscheidt, *Debating' Nature Conservation: Policy, Law and Practice in Indonesia*, (diss. Leiden), Leiden: Leiden University Press 2009, ISBN 978 90 8728 062 8

MI-155 C. Noichim, *The Asean Space Organization. Legal Aspects and Feasibility*, (diss. Leiden), Leiden: UFB Grafi-Media 2008

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

Zie voor de volledige lijst van publicaties: www.law.leidenuniv.nl/onderzoek