



Universiteit
Leiden
The Netherlands

Binding van rechters aan elkaars uitspraken in bestuursrechterlijk perspectief

Loon, O. van

Citation

Loon, O. van. (2014, December 4). *Binding van rechters aan elkaars uitspraken in bestuursrechterlijk perspectief*. Meijers-reeks. Boom Juridische Uitgevers, Den Haag. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/29936>

Version: Corrected Publisher's Version

License: [Licence agreement concerning inclusion of doctoral thesis in the Institutional Repository of the University of Leiden](#)

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/29936>

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

Cover Page



Universiteit Leiden



The handle <http://hdl.handle.net/1887/29936> holds various files of this Leiden University dissertation

Author: Loon, Olaf van

Title: Binding van rechters aan elkaars uitspraken in bestuursrechterlijk perspectief

Issue Date: 2014-12-04

4.1 ALGEMEEN

4.1.1 *Inleidende opmerkingen*

In het vorige hoofdstuk besprak ik de verhouding tussen de bestuursrechter en de Hoge Raad als civiele rechter. Beter is het overigens te spreken over de verhouding tussen de civiele rechter en de bestuursrechter. Het is immers vooral de civiele rechter die een balans probeert te vinden tussen enerzijds de hem door de grondwetgever toegekende algemene rechtsmacht en anderzijds het respecteren van de door de wetgever in formele zin aan de verschillende hoogste bestuursrechterlijke instanties toegekende exclusieve bevoegdheid op specifieke terreinen. Anders dan de bestuursrechter is de civiele rechter te allen tijde bevoegd kennis te nemen van een bij hem ingestelde vordering, mits de rechtzoekende een civielrechtelijk belang stelt. Het streven van de Hoge Raad lijkt daarbij in elk geval de laatste jaren erop te zijn gericht te komen tot een doelmatige rechtsmachtverdeling tussen de civiele en de bestuursrechter, waarbij het beginsel van de formele rechtskracht, de verzamelterm is voor – onder meer – de leer van de formele rechtskracht en de leer van de bindende kracht van uitspraken van de bestuursrechter, de centrale term is.

In die gevallen waarin de civiele rechter niet zozeer optreedt als rest-rechter maar naast de bestuursrechter een eigen bevoegdheid uitoefent, is het streven van zowel de civiele rechter als de bestuursrechter erop gericht uiteenlopende jurisprudentie zoveel mogelijk te voorkomen. De leer van de meest gerede rechter, op grond waarvan de civiele rechter zijn bestuursrechtelijke collega het voortouw gunt, indien de te beantwoorden rechtsvraag bestuursrechtelijk van aard is, dan wel daarmee de meeste aanknopingspunten heeft (of vice versa), lijkt daarbij het uitgangspunt te vormen.

4.1.1.1 Van bestuursrecht(er) naar strafrecht(er)

In dit hoofdstuk staat de verhouding tussen de bestuursrechter en de Hoge Raad als strafrechter centraal. Tussen de rechterlijke instanties belast met bestuursrechtspraak en strafrechtspraak bestaat al jaren een bijzondere relatie; een relatie waarvan de oorsprong in belangrijke mate is gelegen in de wens van de wetgever om verhoudingen die eigenlijk bestuursrechtelijk van aard zijn of zouden moeten zijn, niet alleen door middel van bestuursrechtelijke middelen te handhaven, maar ook – en soms zelfs uitsluitend – door

middel van het strafrechtelijk instrumentarium. Hieraan ligt de gedachte ten grondslag dat van strafrechtelijke handhaving doorgaans een effectievere prikkel voor de burger tot normconform handelen uitgaat dan van het inzetten van bestuursrechtelijke middelen; bovendien is er een volledig ingerichte en van dwangmiddelen voorziene handhavingsorganisatie voorhanden.¹ Anders dan bij de berechting van bijvoorbeeld levens- of vermogensdelicten vormt de strafrechter bij de berechting van strafbare feiten die hun oorsprong vinden in het bestuursrecht slechts een onderdeel of wellicht zelfs het sluitstuk van de bestuursrechtelijke (handhavings)keten.²

Een voorbeeld van gevallen waarin de strafrechter door de wetgever mede geroepen is tot handhaving van bestuursrechtelijke verhoudingen zijn de strafbaarstelling van het ten onrechte ontvangen van huursubsidie en bijstand. Die strafbaarstelling heeft tot gevolg dat de burger niet alleen kan worden geconfronteerd met een terugvordering van de ten onrechte ontvangen bedragen door de uitkerende instantie, maar evenzeer met vervolging wegens fraude. In deze categorie zaken komt relatief vaak de vraag aan de orde welke betekenis de feitenvaststelling in de bestuursrechtelijke fase voor de strafrechter heeft (en vice versa), bijvoorbeeld bij het bekende tellen van de tandenborstels (lees: het al dan niet op één adres woonachtig zijn van meerdere personen).

4.1.1.2 En andersom

Deze effectiviteitsgedachte kan andersom ook leiden tot een verschuiving van strafrechtelijke naar bestuursrechtelijke handhaving.³ Een duidelijk voorbeeld hiervan is de overheveling van de berechting van bepaalde soorten verkeersovertredingen van de strafrechtketen naar het bestuursrecht met de inwerkingtreding van de Wet administratiefrechtelijke handhaving verkeersvoorschriften (de Wet Mulder). Aan de invoering daarvan lag niet alleen het ontlasten van de strafrechtketen ten grondslag, maar ook dat de strafrechtelijke procedure voor dergelijke lichte vergrijpen te zwaar werd geacht (lees: van te veel procedurele waarborgen voorzien).⁴ Dagvaardingsperikelen zijn het bestuursrecht immers vreemd. Voor het opleggen (of in rechte handhaven) van een sanctie op grond van de Wet Mulder is zelfs voldoende dat vaststaat dát de verweten gedraging is gepleegd; het wanneer, het waar en als gevolg van de zogenoemde kentekenaansprakelijkheid onder omstandigheden zelfs het door wie, zijn niet van belang en – anders

1 Zie hierover ook: Schlössels & Zijlstra, p. 1024-1028, en Albers 2014, p. 13-14.

2 Zie hierover: Corstens 1998, p. 297-302.

3 Zie voor een historische schets van deze ontwikkeling: Verhey & Verheij, p. 254-258. Zie voor een beknopte beschrijving van recente ontwikkelingen: Hartmann & Sackers.

4 Zie ook: Kwakman.

dan in het strafrecht – kan een bekennende *slip of the tongue* de betrokken burger fataal zijn, ook als verder bewijs ontbreekt.⁵

4.1.2 Bestuursrechtelijk gelegitimeerde strafrechtelijke handhaving

4.1.2.1 Inleidende opmerkingen

Er zijn ook maatregelen die uitsluitend strafrechtelijk worden gehandhaafd, maar waarbij een vereiste voor strafrechtelijk optreden is dat een besluit is genomen, als bedoeld in artikel 1:3, eerste lid, van de Algemene wet bestuursrecht. Voorbeelden daarvan zijn (tijdelijke) gebiedsverboden, het (tijdelijk) huisverbod en het inreisverbod. Omdat de rechtmatigheid van het opgelegde gebieds-, huis- of inreisverbod ofwel bestanddeel is van de ten-lastelegging (bij gebiedsverboden), ofwel het strafbare gedrag juist bestaat uit het in strijd handelen met het gegeven huis- of inreisverbod (artikel 11, eerste lid, van de Wet tijdelijk huisverbod respectievelijk artikel 108, eerste en zesde lid, van de Vreemdelingenwet 2000) zal de strafrechter zich daarover moeten uitlaten om tot een veroordeling te kunnen komen. Tegen het besluit waarbij het gebied is aangewezen, dan wel het huis- of inreisverbod is opgelegd, staat daarnaast ook beroep bij de bestuursrechter open. Daarbij past de kanttekening dat wat betreft het huisverbod de familierechters van de rechtbanken, die organisatorisch doorgaans deel uitmaken van de sector civiel, optreden als bestuursrechter; hoger beroep moet vervolgens wel bij de Afdeling bestuursrechtspraak worden ingesteld.⁶

In dit soort zaken dringt zich de vraag op naar de betekenis van uitspraken van de bestuursrechter over de rechtmatigheid van het huis- of gebiedsverbod voor de oordeelsvorming van de strafrechter (en vice versa, indien de strafrechtelijke procedure voorloopt op de bestuursrechtelijke). Een vraag die strafrechtjuristen, zich beroepend (of is het beroemend?) op de, op het eigen karakter van het strafrecht gebaseerde, autonomie van de strafrechter, aldus plegen te beantwoorden dat aan uitspraken van een bestuursrechter weliswaar niet elke betekenis kan worden ontzegd, maar dat het laatste woord steeds aan de strafrechter is.⁷ Ik ga overigens niet afzonderlijk in op de betekenis van een vernietiging van een besluit door de hoogste bestuursrechter, anders dan wegens onverbindendheid van het onderliggende algemeen verbindende voorschrift, en het daarbij gemaakte verschil tussen

5 Ook wordt wel betoogd dat het bestuurs(proces)recht meer waarborgen biedt dan het straf(proces)recht. Zie bijvoorbeeld: Bröring & Jurgens. Zie voor een uitgebreide beschrijving van de opkomst van het bestraffend bestuur(srecht): Albers, p. 13-22, en p. 66-96 voor een beschrijving van de verschillen en overeenkomsten tussen het strafrecht en het bestraffend bestuursrecht.

6 Zie hierover nader: Van Meegen, die ook ingaat op de wijze waarop de familierechter omgaat met het bestuursrechtelijk instrumentarium.

7 Zie bijvoorbeeld: Hendriks, p. 55 e.v.

begunstigende en belastende besluiten.⁸ Waar het voor het onderzoek relevant is, zal ik bij dit onderscheid stilstaan.

4.1.2.2 Handelen is strafbaar, tenzij bestuursrechtelijk gelegitimeerd

Aan de hiervoor besproken categorie verwant zijn de gevallen waarin het verrichten van bepaalde handelingen slechts is toegestaan met een door een bestuursorgaan verleende vergunning of ontheffing. Handelen zonder zodanige vergunning of ontheffing zal in de bestuursrechtelijke kolom tot handhavend optreden (opleggen van een dwangsom of aanzeggen van bestuursdwang) aanleiding kunnen geven; evenzeer is mogelijk dat handelen zonder, of in strijd met, een verleende vergunning of ontheffing zelfstandig strafbaar is gesteld.⁹ Dit kan er derhalve toe leiden dat zowel de bestuursrechter in het kader van een beroep tegen een handhavingsbesluit, als de strafrechter in het kader van een vervolging van overtreding van het desbetreffende voorschrift, geroepen wordt tot beantwoording van de vraag of een vergunning vereist is en tot uitleg van vergunning(voorschriften) of dezelfde wettelijke termen.¹⁰

4.1.2.3 Samenloop bestuursrechtelijke en strafrechtelijke handhaving

Evenzeer is denkbaar dat in het bestuursrecht gebruik wordt gemaakt van begrippen die oorspronkelijk strafrechtelijk van aard zijn, dan wel dat in bestuurswetgeving wordt verwezen naar bepalingen uit – bijvoorbeeld – het Wetboek van Strafrecht. De Vierde Tranche van de Algemene wet bestuursrecht heeft geleid tot een toename in de laatste categorie. Met de inwerkingtreding daarvan per 1 april 2009 zijn in de Algemene wet bestuursrecht immers – onder meer – algemene regels opgenomen voor bestuursrechtelijke handhaving (inclusief boetes), waar voordien deze regels waren neergelegd in – al dan niet op het strafrecht gebaseerde, dan wel daardoor geïnspireerde – bijzondere wetten.¹¹

De uitleg van voorschriften en de vaststelling van de feiten kunnen deels samenvallen. Het is immers niet altijd mogelijk een geheel van de feiten geabstraheerde uitleg van een wettelijk voorschrift te geven, terwijl voor-

8 Zie hierover bijvoorbeeld: Sillen 2009.

9 Zo is ingevolge artikel 1, sub 4, van de Wet economische delicten het overtreden van voorschriften gesteld bij of krachtens daar genoemde artikelen van de Tabakswet een economisch delict. Artikel 1a, sub 1, van de Wet economische delicten regelt hetzelfde voor het overtreden van voorschriften gesteld bij of krachtens de Wet milieubeheer.

10 Zie hierover nader: Bakker e.a., p. 24-27.

11 Zie over de Vierde Tranche nader: Bakker e.a., en Corstens 2000. De criteria aan de hand waarvan in het wetgevingsproces gekozen wordt voor strafrechtelijke of bestuursrechtelijke handhaving zijn neergelegd in de kabinetsnota van 31 oktober 2008 (*Kamerstukken II* 2008/09, 31 700 VI D).

waarde voor waardering van de feiten is dat van een bepaalde uitleg van het wettelijk voorschrift kan worden uitgegaan.

Nu dit onderzoek de verhouding tussen de hoogste rechterlijke instanties betreft, beperk ik mij tot de jurisprudentie van de Hoge Raad enerzijds en de Afdeling bestuursrechtspraak, de Centrale Raad van Beroep en het College van Beroep voor het bedrijfsleven anderzijds.

4.2 BESTAAT BINDING AAN EEN EERDER OORDEEL OVER DE VERBINDENDHEID VAN ALGEMEEN VERBINDENDE VOORSCHRIFTEN?

4.2.1 *Inleidende opmerkingen*

In hoofdstuk 2 en 3 stond ik al stil bij de (on)mogelijkheden van de bestuursrechter zich in abstracto uit te laten over de verbindendheid van een algemeen verbindend voorschrift. Ik gaf daarbij aan wat naar mijn mening moet worden verstaan onder onverbindendheid van een algemeen verbindend voorschrift. De slotsom was dat de bestuursrechter zich weliswaar kan uitlaten over de verbindendheid van algemeen verbindende voorschriften en zich daarover zal moeten uitlaten, indien hij van oordeel is dat het desbetreffende algemeen verbindend voorschrift onverbindend is, dan wel de verbindendheid daarvan bij wege van exceptief verweer aan de orde wordt gesteld. Dit zal echter steeds moeten geschieden in het kader van een besluit dat is genomen ter uitvoering van of op basis van het desbetreffende algemeen verbindende voorschrift.

Zoals eerder opgemerkt staat artikel 8:3, eerste lid, aanhef en onder a, van de Algemene wet bestuursrecht er aan in de weg dat tegen het algemeen verbindend voorschrift zelf beroep bij de bestuursrechter openstaat.¹² Het geldende bestuursprocesrecht kent ook niet de mogelijkheid dat de bestuursrechter een verklaring voor recht geeft over de verbindendheid van een algemeen verbindend voorschrift. Een oordeel van de bestuursrechter over de verbindendheid van een algemeen verbindend voorschrift zal dan ook steeds effect moeten sorteren over de band van een besluit: indien de bestuursrechter van oordeel is dat het algemeen verbindend voorschrift waarop het beroepen besluit is gebaseerd (of ter uitvoering waarvan dat besluit is genomen) onverbindend is, bijvoorbeeld omdat het in strijd is met een hogere regeling, dan zal dat ertoe leiden dat hij dat besluit vernietigt.

Voor de strafrechter geldt hetzelfde. Hoewel de wet het ook hem niet uitdrukkelijk verbiedt zich in algemene zin over de verbindendheid van een algemeen verbindend voorschrift uit te laten, volgt dit wel uit de door de grondwetgever aan hem opgedragen taak: het berechten van gepleegde strafbare feiten (artikel 113, eerste lid, van de Grondwet). In lijn hiermee

12 Zie hierover nader: Schuurmans & Voermans, p. 809-815, en de daar vermelde literatuur. Zie ook: Schuurmans 2013, p. 1315.

heeft de wetgever ook hem niet de bevoegdheid toegekend verklaringen voor recht af te geven. Ook de strafrechter ziet – mede in het licht van artikel 1 van het Wetboek van Strafrecht – toch ruimte om zich uit te laten over de verbindendheid van algemeen verbindende voorschriften, namelijk indien de rechtmatigheid van de bevoegdheidsuitoefening direct of indirect een bestanddeel is van de delictsomschrijving. Zo is een vereiste voor veroordeling wegens het niet naleven van een ambtelijk bevel dat het bevel wordt gedaan krachtens wettelijk voorschrift.¹³ Voor vervolging wegens het handelen zonder of in strijd met aan een vergunning verbonden voorschriften, is vereist dat een vergunning noodzakelijk is, dan wel dat de desbetreffende voorschriften aan de vergunning mochten worden verbonden.

4.2.2 *Verhouding strafrechter – bestuursrechter*

4.2.2.1 Inleidende opmerkingen

Ik ken geen jurisprudentie van één van de hoogste, met bestuursrechtspraak belaste instanties, waarin deze zich expliciet uitlaat over het al dan niet gebonden zijn van de bestuursrechter aan eerdere oordelen van de Hoge Raad, als hoogste strafrechter, over de verbindendheid van een algemeen verbindend voorschrift.¹⁴ Niet ondenkbaar is dat deze instanties – zich beroepend op het bestuursrechtelijk primaat – zodanige binding zonder meer uitsluiten.¹⁵ Evenzeer is echter denkbaar dat de bestuursrechtelijke procedure doorgaans zal zijn afgerond voordat de Hoge Raad een punt achter de strafrechtelijke procedure (heeft ge)zet. Dat zou passen bij mijn constatering dat er wel veel jurisprudentie van de Hoge Raad bestaat waarin deze zich uitlaat over de vraag of en hoe de strafrechter gebonden is aan een oordeel van de bestuursrechter over de verbindendheid van een algemeen verbindend voorschrift.

13 Ingevolge artikel 184, eerste lid, van het Wetboek van Strafrecht wordt – voor zover thans van belang – hij die opzettelijk niet voldoet aan een bevel of vordering, krachtens wettelijk voorschrift gedaan door een ambtenaar met de uitoefening van enig toezicht belast of door een ambtenaar belast met of bevoegd verklaard tot het opsporen of onderzoeken van strafbare feiten gestraft met gevangenisstraf van ten hoogste drie maanden of geldboete van de tweede categorie. Onder ‘krachtens wettelijk voorschrift gegeven bevel’ moet volgens vaste jurisprudentie (onder andere HR 20 februari 2007, NJ 2007/329) worden verstaan dat het wettelijk voorschrift verbindend is en dat het bevel rechtmatig is gegeven.

14 Zie ook: Schutgens 2009, p. 234.

15 Zie in dit verband ook het vorige hoofdstuk, wat betreft de verhouding tussen de bestuurs- en civiele rechter ten aanzien van de uitleg van wettelijke voorschriften die bestuursrechtelijk van aard zijn.

4.2.2.2 Varkensmester-arrest: de strafrechter volgt de hoogste bestuursrechter

Een voorbeeld daarvan is het arrest van 26 november 2002.¹⁶ In deze zaak werd een varkenshouder vervolgd wegens overtreding van een voorschrift gesteld bij of krachtens artikel 17, eerste lid, van de Gezondheids- en welzijnswet voor dieren. Hij had op 6 december 1997 op zijn varkenshouderij een drachtige zeug gehouden, hoewel de varkenshouderij was gelegen in een gebied waarin dat ingevolge de Regeling fokverbod Varkens II 1997 niet was toegestaan (en hij kon niet aannemelijk maken dat de drachtigheid was ontstaan vóór de datum van inwerkingtreding van de Regeling).

Nu had de Regeling fokverbod Varkens II 1997 inmiddels geleid tot een aantal procedures als gevolg van de weigering van de staatssecretaris van Landbouw, Natuurbeheer en Visserij om ontheffing van het fokverbod te verlenen, dan wel een schadevergoeding toe te kennen. In een reeks uitspraken uit de tweede helft van 2001 had de ter zake bevoegde bestuursrechter, het College van Beroep voor het bedrijfsleven, overwogen dat ten tijde van belang geen algemeen verbindend voorschrift gold waarvan ontheffing kon worden verleend. Daaraan lag ten grondslag dat de Gezondheids- en welzijnswet voor dieren geen grondslag bood voor het vaststellen van de Regeling fokverbod Varkens II 1997. De slotsom was dan ook dat op het verzoek om ontheffing ten onrechte een inhoudelijk besluit was genomen (en dit besluit in bezwaar ten onrechte was gehandhaafd), aangezien de betrokken varkenshouder geacht moet worden geen belang te hebben bij een beslissing op een verzoek om ontheffing van een verbod dat niet geldt, omdat het is neergelegd in een regeling waaraan hij niet gebonden was.¹⁷

In cassatie nam de varkenshouder het standpunt in dat – gelet op de jurisprudentie van het College van Beroep voor het bedrijfsleven – het bewezenverklaarde geen strafbaar feit opleverde, zodat hij ontslagen had moeten worden van alle rechtsvervolging. Mede naar aanleiding van dit middel wierp de Advocaat-Generaal in zijn conclusie de vraag op of de omstandigheid dat het College van Beroep voor het bedrijfsleven de regeling onverbindend heeft geacht tot gevolg moet hebben dat de Hoge Raad zich (in beginsel) aan dat oordeel gebonden acht, waarbij hij fijntjes opmerkte dat ‘van formele binding [...] vanzelfsprekend geen sprake [is, OvL]’. Deze vraag werd door hem ontkennend beantwoord en hij concludeerde dat – anders dan het College van Beroep voor het bedrijfsleven had overwogen – de Gezondheids- en welzijnswet voor dieren wel als grondslag voor de Regeling fokverbod Varkens II 1997 kon dienen. De Hoge Raad volgde de Advocaat-Generaal echter niet en overwoog:

16 HR 26 november 2002, NJ 2003/81. Zie voor een recenter voorbeeld: HR 22 september 2009, NJ 2010/142, m.nt. P.A.M. Mevis.

17 Onder andere: CBb 3 augustus 2001, AB 2001/387, m.nt. J.H. van der Veen, CBb 3 augustus 2001, ECLI:NL:CBB:2001:AB5295, CBb 3 augustus 2001, ECLI:NL:CBB:2001:AB5288, en CBb 19 september 2001, ECLI:NL:CBB:2001:AD3785.

‘Een behoorlijke taakverdeling tussen de strafrechter en bestuursrechter brengt, mede met het oog op het voorkomen van tegenstrijdige uitspraken, mee dat in het geval de daartoe bij uitstek aangewezen hoogste bestuursrechter in een met voldoende waarborgen omklede bestuursrechtelijke rechtsgang onherroepelijk de onverbindendheid van een algemeen verbindend voorschrift heeft uitgesproken, de strafrechter – behoudens bijzondere omstandigheden – in beginsel van dat oordeel van deze bestuursrechter dient uit te gaan en zich niet opnieuw zelfstandig een oordeel over de onverbindendheid van het desbetreffende voorschrift vormt.’

De opmerkzame lezer ziet ongetwijfeld de gelijkenis met het in het vorige hoofdstuk besproken arrest Heesch-Van de Akker.¹⁸ De Hoge Raad gaat ook als strafrechter derhalve uit van de leer van de bindende kracht van uitspraken van de bestuursrechter, althans waar het de onverbindendheid van algemeen verbindende voorschriften betreft.¹⁹

Aangezien de onverbindendheid van de Regeling fokverbod Varkens II 1997 door het College van Beroep voor het bedrijfsleven niet ook is vastgesteld in een door de varkenshouder in kwestie aanhangig gemaakte beroepsprocedure en hij derhalve een derde was, betekent dit dat de Hoge Raad aan een door de ‘aangewezen hoogste bestuursrechter’ uitgesproken oordeel dat een algemeen verbindend voorschrift onverbindend is zogenoemde werking *erga omnes* toekent. Dat wil zeggen, dat deze uitspraak in zoverre niet – zoals gebruikelijk – uitsluitend bindende kracht heeft tussen de bij de procedure betrokken partijen (*inter partes*), maar ten opzichte van eenieder, althans eenieder die ter zake van overtreding van het voorschrift strafrechtelijk wordt vervolgd. Dat is inherent aan het soort oordeel: indien een algemeen verbindend voorschrift wegens strijd met een hogere regeling, waartoe ik ook het ontbreken van de bevoegdheid tot vaststelling ervan reken, als zijnde onverbindend is geoordeeld, wordt dat niet anders, indien de partijconstellatie verandert.²⁰ Het behoeft mijns inziens dan ook geen toelichting dat het onaanvaardbaar is iemand strafrechtelijk te veroordelen voor overtreding van een voorschrift waarvan de ‘bij uitstek aangewezen’ hoogste bestuursrechter heeft vastgesteld dat het onverbindend is, zij het in een op een ander betrekking hebbende procedure.

4.2.2.3 Uitzondering?

De hiervoor geciteerde overweging heeft de Hoge Raad nadien meermalen herhaald, zij het in wisselende bewoordingen.²¹ De gemaakte voorbehouden (in beginsel, behoudens bijzondere omstandigheden) moeten daarbij mijns inziens niet zo worden verstaan dat de Hoge Raad met het opnemen ervan

18 HR 16 mei 1986, *NJ* 1986/723, m.nt. M. Scheltema.

19 Zie ook: Sillen 2010, p. 118-121.

20 Zie ook: CRvB 15 november 2005, *Gst.* 2006/105, m.nt. J.J.J. Sillen.

21 Zie bijvoorbeeld: HR 24 september 2002, *NJ* 2003/80, m.nt. Y. Buruma, HR 11 oktober 2005, *NJ* 2008/207, m.nt. P.A.M. Mevis, en HR 22 december 2009, *JB* 2010/41, m.nt. R.J.B. Schutgens.

heeft beoogd een principiële uitzondering aan te nemen op de hoofdregel dat de strafrechter gebonden is aan het oordeel van de hoogste bestuursrechter over de onverbindendheid van een algemeen verbindend voorschrift. De Hoge Raad lijkt eerder een noodrem te hebben willen bieden die de strafrechter in staat stelt in een zeer uitzonderlijk geval ten voordele van de rechtzoekende tot een van de bestuursrechter afwijkend oordeel te komen. Dat de uitzondering geen toepassing heeft gevonden, vormt hiervoor een bevestiging.

In zijn noot onder het arrest van 24 september 2002 oppert Buruma nog dat de bijzondere omstandigheden waarin de strafrechter wel van het oordeel van de bestuursrechter kan afwijken zich vooral zullen voordoen, indien strafrechtelijke verbindendverklaring van het voorschrift voor de verdachte gunstig uitpakt, waaraan hij overigens vooraf laat gaan dat deze conclusie niet dwingend uit het arrest voortvloeit. Eigenheden van de strafrechtelijke procedure kunnen naar mijn mening echter niet als bijzondere omstandigheden worden aangemerkt, aangezien moet worden aangenomen dat de Hoge Raad dit al bij het formuleren van de hoofdregel heeft betrokken. Met Schutgens en Sillen ben ik van mening dat, indien het oordeel van de bestuursrechter over de onverbindendheid van het aan de strafvervolgung ten grondslag liggende algemeen verbindende voorschrift uit een oogpunt van goede strafvordering onwenselijke gevolgen heeft, daarvoor een oplossing moet worden gevonden in het strafrechtelijke of strafvorderlijke stelsel en niet in een herbeoordeling van de verbindendheid van het algemeen verbindend voorschrift door de strafrechter. Een verdachte die heeft vertrouwd op de verbindendheid van een algemeen verbindend voorschrift en zijn handelen daarnaar heeft gericht, kan zich ook mijns inziens beroepen op rechtsdwaling of de schulduitsluitingsgrond afwezigheid van alle schuld.²²

4.2.2.4 Waarom neemt de Hoge Raad gebondenheid aan?

Hoewel de Hoge Raad steeds overweegt dat de gebondenheid van de strafrechter aan oordelen van de bestuursrechter *mede* is gegrond op de wens om tegenstrijdige uitspraken te voorkomen, kan ik mij – gelet ook op de beperking dat het moet gaan om oordelen van de hoogste bestuursrechter – niet aan de indruk onttrekken dat dat bij oordelen over de onverbindendheid van algemeen verbindende voorschriften de enige reden is. Omdat bij de bestuursrechter geen beroep openstaat tegen besluiten houdende de vaststelling van algemeen verbindende voorschriften, kan men zich immers met recht afvragen of de bestuursrechter wel de meest gerede rechter is. Dat de Hoge Raad zich in zijn hoedanigheid van strafrechter terughoudend opstelt en het primaat aan de bestuursrechter laat, zou hierdoor verklaard kunnen worden, dat de strafrechter – zoals hiervoor al aan de orde kwam – hier

22 Schutgens 2009, p. 233-234, en Sillen 2010, p. 120-121. Zie ook: Sillen 2009, p. 367-368.

doorgaans optreedt als het sluitstuk van het bestuursrechtelijke handhavingstraject.

Indien de Hoge Raad voor de gebondenheid dogmatische redenen zou hebben, dan ligt de beperking tot oordelen van de hoogste bestuursrechter minder voor de hand. Ook een oordeel van een lagere rechter dat een bepaald algemeen verbindend voorschrift onverbindend is, omdat het bijvoorbeeld in strijd is met een hogere regeling, bindt immers de uitvoerende macht totdat het door een hogere rechter is vernietigd. Het lijkt mij onjuist dat een bestuursorgaan of het Openbaar Ministerie voortgaat met belastende besluitvorming/strafvervolgning, terwijl het weet (of had moeten weten) dat een rechter aan het onderliggende algemeen verbindende voorschrift verbindende kracht heeft onzegd, daarmee de uitspraak negerend.²³ Indien een algemeen verbindend voorschrift door een eerstelijnsrechter onverbindend wordt geacht, ligt het in de rede dat het bestuursorgaan hoger beroep instelt (en in dat kader om schorsing van de werking van de uitspraak verzoekt), dan wel de regeling aanpast of intrekt.²⁴ Het vorenstaande geldt evenwel niet zonder meer voor andere rechters/rechterlijke instanties. Indien dit anders zou zijn, dan zou dit ertoe leiden dat tussen eerstelijnsrechters uit dezelfde kolom, dan wel de bestuurs- en strafrechter feitelijk een hiërarchische relatie ontstaat. Daarin heeft de (grond)wetgever niet voorzien en een dergelijke relatie zou afbreuk doen aan de doelmatigheidsgedachte.

Aannemende dat de Hoge Raad voor de gebondenheid van de strafrechter aan oordelen van de bestuursrechter praktische redenen (naast het voorkomen van tegenstrijdige uitspraken kan in dit verband ook de in de verhouding tussen de civiele en de bestuursrechter al besproken speciali-

23 Zie hierover ook, zij het in het kader van de betekenis voor het bestuursorgaan van een onverbindendverklaring door de civiele rechter: Schutgens 2009, p. 78-81 en 228-230.

24 Zie ook: r.o. 3.5 van het hiervoor besproken arrest van de HR van 18 februari 2005, NJ 2005/283, m.nt. M.R. Mok. Ook de gemeente Nijmegen heeft in de zaak die heeft geleid tot HR 11 oktober 2005, NJ 2008/207, m.nt. P.A.M. Mevis, gekozen voor aanpassing van de regeling. In die zaak was in cassatie uitdrukkelijk betoogd dat: 'bij de door Uw Raad aangehaalde "behoorlijke taakverdeling tussen strafrechter en bestuursrechter" niet doorslaggevend [kan, OvL] worden geacht dat niet de Raad van State, doch "slechts" een lagere bestuursrechter onherroepelijk de onverbindendheid van een algemeen verbindend voorschrift heeft uitgesproken. In dat geval zou immers de strafrechter (wederom) alle vrijheid krijgen om met bestuursrechtelijke uitspraken onverenigbare beslissingen te nemen, hetgeen slechts tot onbegrip in de samenleving kan leiden. Ook in gevallen waarin partijen berusten in het rechterlijk oordeel, inhoudende dat een algemeen verbindend voorschrift onverbindend is, dient de strafrechter zich in beginsel aan dat rechterlijk oordeel te conformeren. Zo ook in een zaak als onderhavige, waarin door de proceshouding van de gemeente (niet appelleren, maar de verordening in lijn brengen met de rechterlijke uitspraak) de bestuursrechtelijke vaststelling van onverbindendheid welhaast in confesso lijkt.' De Hoge Raad toonde zich ongevoelig voor deze hartenkreet. Na aanhaling van de hiervoor geciteerde overweging uit het arrest van 24 september 2002 overwoog hij: 'Een dergelijk geval doet zich hier niet voor, nu de in verweer en middel bedoelde uitspraken niet zodanige beslissingen van de hoogste bestuursrechter betreffen. Het Hof behoefde daarom niet van de in die uitspraken vervatte oordelen omtrent de onverbindendheid van het overtreden voorschrift uit te gaan.'

satiegedachte worden genoemd) heeft, is het begrijpelijk dat de Hoge Raad deze gebondenheid beperkt tot oordelen van de hoogste bestuursrechter. Een andere benadering zou uitermate onpraktisch zijn, aangezien dit ertoe zou leiden dat de strafrechter niet alleen gehouden is rekening te houden met uitspraken van de verschillende rechtbanken, maar met uitspraken van alle eerstelijnsbestuursrechters, ook in het niet ondenkbare geval dat binnen de rechtbanken of tussen rechtbanken geen overeenstemming over het juiste oordeel bestaat.

Hoogste bestuursrechter is in dit verband overigens een *organieke term*: het gaat de Hoge Raad om de hiërarchisch hoogste bestuursrechter en niet om de rechter die in een concreet geval in laatste instantie heeft geoordeeld, omdat geen hoger beroep is ingesteld²⁵ of mogelijk is,²⁶ of wiens oordelen weliswaar niet voor hoger beroep vatbaar zijn, maar naar hun aard voorlopig, zoals uitspraken van de voorzieningenrechter. De Hoge Raad acht de strafrechter kortom uitsluitend gebonden aan uitspraken van een bestuursrechter, waarin de onverbindendheid van een algemeen verbindend voorschrift hoogst rechterlijk wordt vastgesteld, derhalve aan uitspraken van de Afdeling bestuursrechtspraak, de Centrale Raad van beroep, het College van Beroep voor het bedrijfsleven en aan arresten van de Hoge Raad, indien deze zelf optreedt als hoogste bestuursrechter.

4.2.2.5 Zonder oordeel van de hoogste bestuursrechter zoekt de strafrechter zijn eigen weg

Indien de hoogste bestuursrechter zich niet over de verbindendheid van een algemeen verbindend voorschrift heeft uitgelaten, dient de strafrechter zich zelfstandig en ambtshalve een oordeel over de verbindendheid te vormen, ook indien de verdachte – al dan niet bewust – heeft nagelaten de bestuursrechtelijke rechtsbeschermingsweg te bewandelen. Waar het niet aanwenden van openstaande bestuursrechtelijke rechtsmiddelen er in een civiele procedure – doorgaans met fatale gevolgen voor de succesansen – toe leidt dat de rechter de rechtzoekende de formele rechtskracht van het besluit tegenwerpt, is dat in de strafrechtelijke procedure niet het geval. De standaardoverweging van de Hoge Raad luidt als volgt:

‘Bij een strafrechtelijke vervolging ter zake van artikel 184 Sr dient de rechter [...] te onderzoeken of het in de tenlastelegging genoemde wettelijk voorschrift verbindend is en of het bevel rechtmatig is gegeven alsmede, indien ter zake verweer is gevoerd van dat onderzoek te doen blijken en gemotiveerd op dat verweer te beslissen. Het gaat immers om

25 Zie: HR 11 oktober 2005, NJ 2008/207, m.nt. P.A.M. Mevis.

26 Indien de bestuursrechter met toepassing van artikel 8:54 van de Awb op het beroep beslist, staat tegen deze uitspraak ingevolge artikel 8:104, tweede lid, van de Awb geen hoger beroep open. Tot de inwerkingtreding van de Wet aanpassing bestuursprocesrecht kenden de Wet op de Raad van State, de Beroepswet en de Wet bestuursrechtspraak bedrijfsorganisatie vergelijkbare regelingen.

bestanddelen van het in artikel 184 Sr opgenomen misdrijf, terwijl daarop betrekking hebbende verweren bij een tenlastelegging als hier aan de orde is, zich weliswaar tegen de tenlastelegging richten en strekken tot vrijspraak, doch niet van louter feitelijke aard zijn maar een of meer rechtsvragen aan de orde stellen. Het voorgaande geldt ook indien tegen het desbetreffende bevel een met voldoende waarborgen omklede bestuursrechtelijke rechtsgang open staat of heeft opengestaan en de verdachte van deze rechtsgang geen gebruik heeft gemaakt door een beroep op de bestuursrechter te doen. Voor een veroordeling is immers vereist dat komt vast te staan dat van een rechtmatig bevel sprake is. Daarom kan niet worden aanvaard dat, bij gebreke van het benutten door de verdachte van de bestuursrechtelijke rechtsgang, een verweer als hiervoor bedoeld kan worden verworpen op de grond dat, nu geen gebruik is gemaakt van de bestuursrechtelijke rechtsgang, ervan moet worden uitgegaan dat het bevel zowel wat de wijze van totstandkomen als wat zijn inhoud betreft in overeenstemming is met de desbetreffende voorschriften en algemene rechtsbeginselen.²⁷

Het vorenstaande geldt evenzeer, indien de vraag naar de verbindendheid van het algemeen verbindend voorschrift weliswaar ter beantwoording aan de hoogste bestuursrechter is voorgelegd, maar deze nog geen uitspraak heeft gedaan.²⁸ Het in rechte onaantastbaar worden van een besluit als gevolg van het niet gebruiken van een openstaande bestuursrechtelijke rechtsgang, en daarmee van het daarin besloten liggende oordeel over de verbindendheid van het algemeen verbindend voorschrift op grond waarvan het besluit is genomen, in het vorige hoofdstuk aangeduid als de leer van de formele rechtskracht, werpt de strafrechter een verdachte derhalve niet tegen.²⁹ Dat was overigens niet altijd het geval. Zo wijst Sillen op een arrest van de Hoge Raad van 23 november 1965 (NJ 1966, 331), waarin een rechtzoekende werd tegengeworpen dat hij geen gebruik had gemaakt van een voor hem openstaande en met voldoende(!) waarborgen omklede administratieve rechtsgang bij Gedeputeerde Staten van Zuid-Holland.³⁰

4.2.2.6 Bindt een verbindendheidsoordeel van de hoogste bestuursrechter de strafrechter ook?

Ik zie niet in waarom de redenen die voor de Hoge Raad aanleiding waren *erga-omnes*gebondenheid van de strafrechter aan een uitspraak van de hoogste bestuursrechter aan te nemen, derhalve ook in gevallen waarin de verdachte geen partij was in de bestuursrechtelijke procedure, niet evenzeer gelden in het geval dat de hoogste bestuursrechter een algemeen verbindend

27 Onder andere: HR 24 september 2002, NJ 2003/80, m.nt. Y. Buruma.

28 HR 27 maart 2007, NJ 2007/193.

29 Zie ook: Buruma & Daalder, die het standpunt innemen dat de strafrechter de leer van de formele rechtskracht (in de door mij bedoelde betekenis) aan een verdachte kan tegenwerpen (en derhalve tot een veroordeling kan komen wegens handelen in strijd met een na dat handelen door de bestuursrechter vernietigd besluit). In zijn noot bij HR 24 september 2002, NJ 2003/80, neemt Buruma overigens een genuanceerder standpunt in.

30 Sillen 2009, p. 363.

voorschrift uitdrukkelijk wél verbindend heeft geacht.³¹ Anders dan Schutgens in zijn noot onder het arrest van de Hoge Raad van 27 maart 2007³² lijkt te betogen, kan de reden daarvoor mijns inziens niet zijn dat een andere verdachte in hoger beroep wellicht gronden aanvoert op grond waarvan een eerder door de hoogste bestuursrechter als verbindend aangemerkt algemeen verbindend voorschrift alsnog als onverbindend moet worden aangemerkt.

Zoals al eerder aan de orde kwam, dient de bestuursrechter de vraag naar de verbindendheid van algemeen verbindende voorschriften over de band van de aanvulling van de rechtsgronden (artikel 8:69, tweede lid, van de Algemene wet bestuursrecht) ambtshalve te beantwoorden. Een ambtshalve oordeel over de verbindendheid van een algemeen verbindend voorschrift impliceert dat de rechter alle hogere regelingen daarbij in aanmerking heeft genomen en, wat betreft niet van de wetgever in formele zin afkomstige algemeen verbindende voorschriften, evenzeer heeft beoordeeld of het desbetreffende voorschrift wellicht in strijd is met enig algemeen rechtsbeginsel. Aangenomen moet worden dat de bestuursrechter alle denkbare gronden die afbreuk zouden kunnen doen aan de verbindendheid van het algemeen verbindend voorschrift in de beoordeling heeft betrokken.³³ Zo de bestuursrechter (nog) fuiken of trechters toepast, dan zien deze niet op door hem ambtshalve te beoordelen of te toetsen aspecten; daarvoor is slechts een ontvankelijk (hoger) beroep vereist.³⁴

Uiteraard is dit een fictie. Indien de bestuursrechter – al dan niet geïnspireerd door nieuw aangevoerde beroepsgronden – tot de slotsom komt dat hij bij zijn eerdere oordeel iets gemist heeft, dan wel concludeert dat bij nadere beschouwing mogelijk een en ander valt af te dingen op zijn eerdere oordeel over de verbindendheid van een algemeen verbindend voorschrift, zal hij dit moeten afwegen tegen de inbreuk op de rechtszekerheid die omgaan maakt. Anders dan Sillen en Schutgens acht ik het dan ook onjuist als de strafrechter zich – al dan niet met een beroep op het eigen karakter van het strafrecht – de bevoegdheid zou aanmeten zich opnieuw over de verbindendheid van een algemeen verbindend voorschrift uit te laten, indien de (on)verbindendheid daarvan reeds door de aangewezen hoogste bestuursrechter uitdrukkelijk is beoordeeld.

Mij is geen jurisprudentie van de Hoge Raad bekend, waarin hij zich expliciet uitspreekt over de vraag of de strafrechter *erga omnes* gebonden is aan een uitspraak van een hoogste bestuursrechter waarin deze een algemeen verbindend voorschrift expliciet als *verbindend* aanmerkt. Het eerder besproken Varkensmester-arrest betreft de vraag naar de gebondenheid aan

31 Ook Van Kreveld lijkt zich – onder verwijzing naar HR 17 december 2004, NJ 2005/152, m.nt. T. Koopmans – op dat standpunt te stellen.

32 HR 27 maart 2007, JB 2007/83, m.nt. R.J.B. Schutgens.

33 Anders (zij het in de verhouding tussen de civiele rechter en de bestuursrechter): Schutgens 2009, p. 226-227.

34 Zie over ambtshalve beoordeling/toetsing nader: Schreuder-Vlasblom 2013, p. 636-648. Zie over fuiken en trechters nader: Schlössels & Zijlstra, p. 1129-1135.

een uitspraak van een hoogste bestuursrechter over de onverbindendheid van een algemeen verbindend voorschrift. De eerder geciteerde overweging van de Hoge Raad wijst evenwel in de richting dat hij als strafrechter evenmin als civiele rechter *erga-omnes*gebondenheid aanneemt, indien de bestuursrechter een algemeen verbindend voorschrift verbindend acht.³⁵ Dit laat uiteraard onverlet dat de strafrechter op dezelfde gronden als de bestuursrechter – of wellicht zelfs met verwijzing naar de uitspraak van de bestuursrechter – tot dezelfde slotsom kan komen. Dit zou kunnen worden aangeduid als *de-factogebondenheid*.

Indien de bestuursrechter het hoger beroep niet-ontvankelijk verklaart omdat niet is voldaan aan de formaliteiten die de wet aan het in behandeling nemen ervan stelt (bijvoorbeeld als het hoger beroep niet binnen de gestelde termijn is ingediend of geen griffierecht is betaald) of als – in vreemdelingen-zaken – het hoger beroep geen grieven bevat, kan niet worden gesproken van een oordeel van de hoogste bestuursrechter over de (on)verbindendheid van een algemeen verbindend voorschrift.³⁶ Ontvankelijkheidsvragen gaan immers – evenals vragen over de rechterlijke bevoegdheid – vooraf aan toetsing van een besluit. Zoals ik eerder opmerkte, kan de verbindendheid van een algemeen verbindend voorschrift over de band van het desbetreffende besluit worden beoordeeld. Dat is dan ook geen reden een uitzonderlijke situatie aan te nemen, als door de Hoge Raad bedoeld.

4.2.2.7 Bindt een verbindendheidsoordeel van de bestuursrechter de strafrechter dan helemaal niet?

Dat de Hoge Raad geen *erga-omnes*gebondenheid van de strafrechter aan een verbindendheidsoordeel van de bestuursrechter aanneemt, laat onverlet dat een oordeel van de bestuursrechter dat een algemeen verbindend voorschrift verbindend is wel *inter-partes*werking heeft en de strafrechter wél bindt, indien een verdachte, die tevergeefs heeft getracht een besluit vernietigd te krijgen, vervolgens wordt vervolgd wegens – bijvoorbeeld – het handelen in strijd met het door de bestuursrechter niet onverbindend geachte algemeen verbindend voorschrift. Tenzij de exceptie van onverbindendheid bij de bestuursrechter wordt opgeworpen, zal hij in de uitspraak doorgaans geen overwegingen wijden aan de verbindendheid van het algemeen verbindend voorschrift, indien de slotsom is dat het verbindend is.³⁷ Dit blijkt uit het hiervoor aangehaalde arrest van 24 september 2002. De Hoge Raad overwoog voor het geval dat een verdachte de bestuursrechtelijke rechtsgang heeft gevolgd:

35 Zoals in het vorige hoofdstuk bleek, volgt uit HR 18 februari 2005, NJ 2005/283, m.nt. M.R. Mok, dat de Hoge Raad in een dergelijk geval in de verhouding tussen de civiele rechter en bestuursrechter ten opzichte van een derde zodanige binding niet aanneemt.

36 Zie ook: Sillen 2009, p. 366-367.

37 Aldus ook: Schreuder-Vlasblom 2013, p. 644.

‘Is het desbetreffende bevel onherroepelijk door de bestuursrechter vernietigd, dan dient de strafrechter van die beslissing van de bestuursrechter uit te gaan. Is het desbetreffende bevel door de bestuursrechter bij onherroepelijke uitspraak in stand gelaten, dan staat zulks er in beginsel aan in de weg dat de strafrechter het verweer dat het wettelijk voorschrift niet verbindend is of het bevel anderszins onrechtmatig is, zelfstandig onderzoekt en daarop beslist. Onder bijzondere omstandigheden kan aanleiding bestaan hierop een uitzondering te maken.’

In deze overweging herkennen we de benaderingswijze die de Hoge Raad als civiele rechter hanteert, indien een rechtzoekende gebruik heeft gemaakt van een voor hem openstaande rechtsgang, in het vorige hoofdstuk aangeduid als de leer van de bindende kracht van uitspraken van de bestuursrechter.³⁸ De Hoge Raad maakt geen verschil tussen de redenen van de bestuursrechtelijke vernietiging: een vernietiging op formele gronden, bijvoorbeeld omdat het bestuursorgaan ten onrechte van horen heeft afgezien, bindt de strafrechter derhalve evenzeer als een vernietiging op materiële gronden.

Bij dit laatste kan worden gedacht aan een onjuiste toepassing van het wettelijk voorschrift waaraan de rechtzoekende een aanspraak stelt te ontleen. Indien het besluit in de bestuursrechtelijke procedure in stand is gebleven omdat de bestuursrechter het beroep niet-ontvankelijk heeft verklaard wegens – bijvoorbeeld – het niet betalen van het griffierecht, is het besluit voor de strafrechter behoudens bijzondere omstandigheden evenzeer een gegeven. Niet valt in te zien waarom de rechtzoekende die bestuursrechtelijk zijn billen brandde niet zelf strafrechtelijk op de blaren zou mogen zitten.³⁹ Dit is wezenlijk anders dan de situatie dat een exceptief verweer onbeoordeeld is gebleven, omdat de rechtzoekende in die zaak niet-ontvankelijk is verklaard en dit er niet toe kan leiden dat de verbindendheid van het desbetreffende algemeen verbindend voorschrift *erga omnes* vaststaat.

Waar de strafrechter anders dan de civiele rechter een zelfstandige opdracht tot waarheidsvinding heeft, zou betoogd kunnen worden dat een oordeel van de bestuursrechter de strafrechter slechts bindt, voor zover bij de bestuursrechter dezelfde gronden zijn aangevoerd, en de verdachte de strafrechtelijke procedure derhalve ziet als een – zij dit keer het onvrijwillige – herkansing van de bestuursrechtelijke procedure. Rogier merkt in dit verband in zijn noot onder het arrest van het gerechtshof Den Haag van 21 maart 2006 op dat de bestuursrechter – behoudens ambtshalve te beoordelen punten – gebonden is aan de omvang van het geding, zoals partijen dat aan hem voorleggen. Het is daarom denkbaar dat in de strafrechtelijke procedure verweren worden gevoerd, waarover de bestuursrechter zich niet heeft kunnen uitlaten, omdat partijen daarover geen beroepsgronden hadden aangevoerd.⁴⁰ Dat is juist, maar dat is mijns inziens geen vrijbrief voor de strafrechter om tot een hertoetsing van het besluit over te gaan, althans niet

38 Zie ook: HR 22 september 2009, NJ 2010/142, m.nt. P.A.M. Mevis.

39 Zie in deze zin ook: A-G Jörg bij HR 22 februari 2011, NJ 2011/108.

40 Hof Den Haag 21 maart 2006, *Gst.* 2006, 102. Zie ook: Rogier 2011.

ten gunste van degenen die tevergeefs aan de bestuursrechtelijke procedure hebben deelgenomen, of daaraan hadden kunnen deelnemen, maar ervoor hebben gekozen dat niet te doen. Hen kan immers worden tegengeworpen dat zij het punt eerder naar voren hadden kunnen en dus moeten brengen.

Een bijzondere omstandigheid als door de Hoge Raad benoemd, kan mijns inziens worden aangenomen, indien de grondslag van het verweer pas is ontstaan ná afronding van de bestuursrechtelijke procedure en derhalve niet al daar had kunnen worden gevoerd. In zijn noot onder het arrest van 22 september 2009 oppert ook Mevis dat de Hoge Raad mogelijk het oog heeft op de situatie waarin, nadat de bestuursrechter uitspraak heeft gedaan, nieuwe feiten en omstandigheden aan het licht zijn gekomen die de bestuursrechter niet in zijn oordeel heeft meegenomen.⁴¹

Ook zou kunnen worden gedacht aan de situatie waarin het oordeel van de bestuursrechter gelet op recentere jurisprudentie van het EHRM of het Hof van Justitie evident onjuist is. Steun hiervoor kan worden gevonden in de jurisprudentie van de Hoge Raad over (de herziening van) veroordelingen van ongewenstverkleerde unieburgers wegens handelen in strijd met artikel 197 van het Wetboek van Strafrecht en waarin de desbetreffende vreemdeling betoogt dat (handhaving van) de ongewenstverklaring in strijd is met rechtstreeks werkende bepalingen van unierecht. Indien dat verweer doel treft, is de ongewenstverklaring – bij nadere beschouwing – niet op grond van een wettelijk voorschrift gegeven. Daarvoor is immers een rechtmatige toepassing van het wettelijk voorschrift, in dit geval artikel 67 van de Vreemdelingenwet 2000 en de bij of krachtens deze bepaling vastgestelde uitvoeringsregels, vereist. In het arrest van 13 juli 2010 overwoog de Hoge Raad:

'In het zich hier niet voordoende geval dat de verdachte de bestuursrechtelijke rechtsgang heeft gevolgd, geldt in verband met een behoorlijke taakverdeling tussen de strafrechter en de bestuursrechter en met het oog op het voorkomen van tegenstrijdige uitspraken in een situatie als de onderhavige het volgende. Is de desbetreffende beschikking door de bestuursrechter bij onherroepelijke uitspraak in stand gelaten, dan staat zulks er niet aan in de weg dat de strafrechter het verweer dat de ongewenstverklaring in strijd is met het Europees gemeenschapsrecht onderzoekt en daarop beslist indien die ongewenstverklaring evident in strijd is met dat recht.'⁴²

Deze benadering is opvallend. De vraag aan welk openbare-ordecriterium getoetst moet worden bij de beoordeling of de strafrechtelijke antecedenten van de desbetreffende vreemdeling van voldoende gewicht zijn om ongewenstverklaring te rechtvaardigen, kan de vreemdeling immers ten volle aan de orde stellen in het kader van de bestuursrechtelijke procedure tegen de ongewenstverklaring, dan wel in een procedure om deze op te heffen. Deze benadering bevordert wat de Hoge Raad eigenlijk had willen voorko-

41 HR 22 september 2009, NJ 2010/142.

42 HR 13 juli 2010, AB 2010/286, m.nt. R. Stijnen, en NJ 2010/57, m.nt. A.H. Klip.

men, namelijk tegenstrijdige uitspraken. De uitspraak van de strafrechter heeft immers geen, althans geen directe, betekenis voor de rechtmatigheid van de ongewenstverklaring en noopt de voor vreemdelingenzaken verantwoordelijke bewindspersoon niet tot opheffing daarvan. Het bestuursrecht voorziet voor een vreemdeling ook in een mogelijkheid een onterechte ongewenstverklaring te redresseren, namelijk door krachtens artikel 68 van de Vreemdelingenwet 2000 om opheffing van de ongewenstverklaring te verzoeken.⁴³ In elk geval voor een eerste verzoek om opheffing is niet vereist dat sprake is van feitelijke of rechtelijke nova.⁴⁴ Tegen een afwijzing van het verzoek staat voor de vreemdeling bezwaar, beroep en hoger beroep open. De strafrechter zou de strafprocedure kunnen aanhouden totdat het besluit op het opheffingsverzoek in rechte onaantastbaar is geworden. Het streven te komen tot een behoorlijke taakverdeling tussen strafrechter en bestuursrechter en het voorkomen van tegenstrijdige uitspraken tussen beide rechters zou er mijns inziens meer mee gediend zijn (geweest) als de Hoge Raad de beoordeling of een ongewenstverklaring al dan niet in strijd is met het unierecht, had gelaten bij de rechter die daartoe specifiek door de wetgever is aangewezen en bij uitstek over deskundigheid op dat gebied beschikt, namelijk de bestuursrechter.

Ik vraag mij af of de hoogste bestuursrechter in het kader van een verzoek om opheffing van de ongewenstverklaring tot hetzelfde oordeel zou zijn gekomen als de Hoge Raad in het arrest van 13 juli 2010, namelijk dat – gegeven de criminele antecedenten van de vreemdeling – de ongewenstverklaring niet in evidente strijd is met het unierecht. Indien in aanmerking wordt genomen dat de laatste veroordeling van die vreemdeling dateerde van 16 april 1996 is het – anders dan de Hoge Raad overweegt – maar de vraag of de vreemdeling op 3 december 2008 (datum arrest gerechtshof), dan wel 13 juli 2010 nog een ‘actuele, werkelijke en voldoende ernstige bedreiging voor een fundamenteel belang van de samenleving’ vormde, zoals artikel 27, tweede lid, van Richtlijn 2004/38/EG vereist.⁴⁵ Onder meer gelet op de laatste volzin van deze bepaling, dient deze beoordeling immers

43 Zie voor een voorbeeld waarin de ongewenstverklaring van een vreemdeling werd opgeheven in verband met het toepasselijk worden van het unierechtelijke openbare-ordecriterium: ABRvS 16 november 2011, JV 2012/22. De vreemdeling werd vervolgd wegens overtreding van artikel 197 van het Wetboek van Strafrecht. Bij arrest van 10 april 2012 heeft de Hoge Raad de vreemdeling onder verwijzing naar de uitspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak daarvan vrijgesproken.

44 Onder meer: ABRvS 6 juni 2012 in zaak nr. 201111282/1/V4, en ABRvS 31 maart 2009 in zaak nr. 200808701/1/V2 voor een voorbeeld waarop het *ne-bis*beoordelingskader wél van toepassing is.

45 Richtlijn 2004/38/EG van het Europees Parlement en de Raad van de Europese Unie van 29 april 2004 betreffende het recht van vrij verkeer en verblijf op het grondgebied van de lidstaten voor de burgers van de unie en hun familieleden, tot wijziging van verordening (EEG) nr. 1612/68 en tot intrekking van de richtlijnen 64/221/EEG, 68/360/EEG, 72/194/EEG, 73/148/EEG, 75/34/EEG, 75/35/EEG, 90/364/EEG, 90/365/EEG en 93/96/EEG (PbEG L 158).

te geschieden aan de hand van de individuele omstandigheden van het geval, waarbij ook rekening moet worden gehouden met het gedrag van de vreemdeling sindsdien (inclusief de tijd in detentie) en de persoonlijke ontwikkeling die hij heeft doorgemaakt. Met Advocaat-Generaal Knigge in zijn conclusie ben ik van mening dat de enkele verwijzing in het besluit tot ongewenstverklaring naar de inhoud van het strafblad daarvoor onvoldoende is en dat een nadere motivering vereist is, die in dit geval ontbrak.⁴⁶

Wat betreft het door de Hoge Raad gemaakte voorbehoud merkt Rogier in zijn noot onder het arrest van het gerechtshof Den Haag van 21 maart 2006 over de strafrechtelijke handhaving van een gebiedsontzegging in dit verband terecht op dat – behoudens ambtshalve te beoordelen aspecten – de bestuursrechter is gebonden aan de omvang van het geding, zoals partijen dat aan hem voorleggen.⁴⁷ Hij verbindt daaraan de conclusie dat het de strafrechter vrijstaat in de bestuursrechtelijke procedure(s) niet naar voren gebrachte verweren zelfstandig te onderzoeken, of daartoe wellicht zelfs gehouden is. Ik begrijp dit aldus, dat Rogier van mening is dat, indien één van deze verweren naar het oordeel van de strafrechter doel treft, hij niet langer gebonden is aan het verbindendheidsoordeel van de hoogste bestuursrechter. De vraag naar de verbindendheid van een algemeen voorschrift waarop het besluit is gebaseerd, is evenwel juist een – over de band van de aanvulling van de rechtsgronden – ambtshalve te beoordelen aspect, zoals ik eerder opmerkte. In het door Rogier gemaakte voorbehoud kan de strafrechter volgens mij dan ook geen vrijbrief vinden om van het oordeel van de bestuursrechter af te wijken, ook niet als dat in een concreet geval beter uitkomt. De aard van een onverbindendheidsoordeel noopt tot strikte toepassing daarvan. Dit ligt, zoals hierna zal worden uitgewerkt, anders bij de vraag of de strafrechter gebonden is aan een oordeel van de bestuursrechter over de rechtmatigheid van het – op dat algemeen verbindend voorschrift gebaseerde – besluit.

In het vorige hoofdstuk kwam aan de orde dat de Hoge Raad als civiele rechter de formele rechtskracht van een besluit niet tegenwerpt aan een rechtzoekende die geen toegang had tot het stelsel van bestuursrechtelijke rechtsbescherming, omdat hij geen (processueel)belanghebbende is. Ik plaatste daarbij de kanttekening dat evenzeer denkbaar is dat, indien de wetgever een rechtzoekende de toegang tot de bestuursrechtelijke procedure heeft onthouden, ook eventuele aanpalende procedures voor hem niet toegankelijk zouden moeten zijn. De Hoge Raad hanteert als strafrechter dezelfde lijn. Ik zie echter geen grond mijn kanttekening ook hier te plaatsen. Anders dan bij een procedure voor de civiele rechter kiest de rechtzoekende er doorgaans immers niet voor strafrechtelijk te worden vervolgd. Ik ken geen voorbeelden waarin iemand wél strafrechtelijk wordt vervolgd

46 ECLI:NL:PHR:2010:BL2854.

47 Hof Den Haag 21 maart 2006, *Gst.* 2006, 102.

wegens handelen in strijd met of zonder – bijvoorbeeld – een vergunning, maar bestuursrechtelijk geen (processueel) belanghebbende is.

4.2.2.8 Stelt de Hoge Raad terecht een oordeel van de hoogste bestuursrechter als vereiste?

Dat een uitspraak van de hoogste bestuursrechter vereist is, lijkt onbevredigend voor de strafrechtelijk vervolgte persoon die van de eerstelijnsrechter te horen heeft gekregen dat het aan het door hem bestreden besluit ten grondslag liggende algemeen verbindend voorschrift onverbindend is en dit besluit hierom vernietigd moet worden. Loopt deze persoon het risico om ondanks het oordeel van de eerstelijnsbestuursrechter strafrechtelijk veroordeeld te worden, bijvoorbeeld voor het niet naleven van een ambtelijk bevel of het handelen zonder (of in strijd met een verleende) vergunning? Uit de hiervoor aangehaalde passage uit het arrest van 24 september 2002 kan worden afgeleid dat dat wel meevalt. Dit betreft alleen degene op wiens beroep de eerstelijnsbestuursrechter uitspraak deed. De rechtzoekende die erop vertrouwde dat het oordeel van de eerstelijnsrechter door bevestiging van de uitspraak door één van de hoogste bestuursrechterlijke instanties *erga-omnes*werking zou verkrijgen en daarom naliet ook zelf tegen het besluit in rechte op te komen, blijft op de strafrechtelijke blaren zitten als de door hem verwachte uitspraak van de hoogste bestuursrechter uitblijft.⁴⁸

Dat onherroepelijk geen organieke betekenis heeft, maar betrekking heeft op de status van de uitspraak, kan worden afgeleid uit een arrest van 27 maart 2007. Ook in dit arrest was de vraag aan de orde of en, zo ja, in hoeverre de strafrechter gebonden was aan de uitkomst van een bestuursrechtelijke procedure. De Hoge Raad overweegt dat de strafrechter zich ook een zelfstandig oordeel moet vormen over de vraag of het in de tenlastelegging genoemde wettelijk voorschrift verbindend is en of het bevel rechtmatig is gegeven, indien van de bestuursrechtelijke rechtsgang gebruik is gemaakt, maar nog geen sprake is van een onherroepelijke uitspraak van de (hoogste) bestuursrechter.⁴⁹ Evenals Schutgens in zijn noot onder dit arrest, lees ik deze overweging door het tussen haakjes plaatsen van hoogste aldus, dat voor gebondenheid van de strafrechter aan een oordeel over de verbindendheid van een algemeen verbindend voorschrift een oordeel van een hoogste bestuursrechter vereist is, maar dat voor gebondenheid aan een oordeel over de rechtmatigheid van *het besluit*, slechts vereist is dat de desbetreffende uitspraak onherroepelijk is. Met andere woorden: dat tegen de uitspraak van de bestuursrechter geen hoger beroep openstaat⁵⁰ of, indien dat wel het geval is, de hogerberoepstermijn ongebruikt is verstreken. Dat ligt zeker bij

48 Zie ook: Stijnen, p. 536-540.

49 HR 27 maart 2007, *JB* 2007/83, m.nt. R.J.B. Schutgens.

50 Bijvoorbeeld omdat krachtens artikel 8:54 van de Awb is gedaan, dan wel een bijzondere wet de mogelijkheid van hoger beroep uitsluit.

een vernietiging van het besluit voor de hand: de vernietiging van het besluit door de bestuursrechter heeft terugwerkende kracht, zodat in retrospectief van een handelen in strijd met het besluit geen sprake meer kan zijn. Het is daarbij mijns inziens zonder betekenis of de vernietiging is ingegeven door formele of materiële gronden: vernietigd is vernietigd.⁵¹

4.2.2.9 Wel een oordeel van de bestuursrechter, maar nog geen onherroepelijk oordeel

Uit de jurisprudentie kan worden afgeleid dat een niet-onherroepelijke uitspraak van een bestuursrechter over een besluit de strafrechter niet bindt en dat de strafrechter zich in dat geval een zelfstandig oordeel moet vormen over de rechtmatigheid van dat besluit. Daarbij zal hij aansluiting moeten zoeken bij de wijze waarop de bestuursrechter zich van deze taak kwijt, aldus de Hoge Raad in zijn arrest van 20 februari 2007.⁵² Zoals Michiels in zijn noot onder dit arrest terecht opmerkt, is de toetsing door de strafrechter derhalve niet beperkt tot formaliteiten. Het betreft een toetsing van de wijze waarop het bestuursorgaan gebruik heeft gemaakt van zijn bevoegdheid, vergelijkbaar met de toetsing die door de bestuursrechter wordt verricht en waarbij derhalve ook de strafrechter een aan het bestuursorgaan toekomende beleids- en beoordelingsvrijheid dient te respecteren. De toetsing door de strafrechter zal dan ook geen objectieve rechtmatigheidstoetsing inhouden, zoals in het pre-Awb-tijdperk gebruikelijk was in het bestuursrecht.

Ik voel dan ook wel voor de door Rogier in zijn noot onder het arrest van het gerechtshof Den Haag van 21 maart 2006 geformuleerde maatstaf dat de strafrechter zich – evenals de bestuursrechter – bij een ambtshalve beoordeling van het besluit dient te beperken tot bepalingen van openbare orde, zoals de vraag of voor de bestuurlijke bevoegdheid een wettelijke grondslag aanwezig was, en dat hij zich dient te onthouden van een ambtshalve oordeel over de wijze waarop van die bestuurlijke bevoegdheid gebruik is gemaakt. De strafrechter dient derhalve niet te toetsen aan beginselen als motivering, proportionaliteit en subsidiariteit, wanneer die in de strafprocedure niet als verweer zijn opgeworpen.⁵³

Op de benaderingswijze van de Hoge Raad dat er een onherroepelijke uitspraak moet zijn, valt overigens wel iets af te dingen. Ingevolge artikel 6:16 gelezen in samenhang met artikel 6:24 van de Algemene wet bestuursrecht,

51 Zie ook HR 6 februari 2001, *NJ* 2001/669, m.nt. T.M. Schalken, HR 17 juni 2003, *AB* 2005/83, m.nt. P.J.J. van Buuren bij HR 17 december 2004, *AB* 2005/82, en Doorenbos. In zijn noot bij HR 24 september 2002, *NJ* 2003/80, merkt Buruma op dat weliswaar niet is uitgesloten dat na een vernietiging van een besluit op formele gronden nog tot vervolging wordt overgegaan, bijvoorbeeld voor het handelen zonder in plaats van in strijd met een vergunning, maar dat dan wel enkele strafrechtelijke hindernissen moeten overwonnen, zoals het *una via-/ne bis in-idem* beginsel.

52 HR 20 februari 2007, *NJ* 2007/379, m.nt. F.C.M.A. Michiels.

53 Hof Den Haag 21 maart 2006, *Gst.* 2006, 102.

heeft het instellen van hoger beroep geen schorsende werking, tenzij bij of krachtens wettelijk voorschrift anders is bepaald, dan wel de hogerberoepsrechter bij wijze van voorlopige voorziening de werking van de uitspraak van de eerstelijnsrechter heeft geschorst. Een vernietiging van een besluit door de eerstelijnsrechter heeft derhalve als hoofdregel tot gevolg dat het besluit geacht wordt nimmer te hebben bestaan, zij het dat het besluit door een uitspraak van de hogerberoepsrechter met terugwerkende kracht kan herleven. In de tussenliggende periode bestaat het besluit niet (meer), zodat ik niet goed inzie hoe iemand strafrechtelijk kan worden veroordeeld wegens handelen in strijd met dat besluit.⁵⁴ Als zich ergens een noodzaak tot het voorkomen van tegenstrijdige uitspraken doet gevoelen, is het in dit geval. Het zou mijns inziens dan ook voor de hand liggen dat de strafrechter in een dergelijk geval de behandeling van de strafzaak aanhoudt totdat de hoogste bestuursrechter uitspraak heeft gedaan dan wel, indien dat niet mogelijk is omdat het zou leiden tot een overschrijding van de redelijke termijn, uitgaat van de vernietiging van het besluit door de bestuursrechter. *In dubio pro reo!*⁵⁵ Het zou natuurlijk beter zijn als het Openbaar Ministerie de vraag of het tot vervolging moet overgaan laat afhangen van de uitkomst van de bestuursrechtelijke procedure.⁵⁶ Dit laatste is in elk geval niet in strijd met de letter van de jurisprudentie van de Hoge Raad: deze vergt van de strafrechter immers slechts dát hij zich een zelfstandig oordeel vormt over het besluit (en zich derhalve niet mag beroepen op de formele rechtskracht ervan), maar dat staat er niet aan de in weg dat hij het oordeel van de eerstelijnsbestuursrechter zonder meer overneemt. Ik sluit dan niet uit dat de spreekwoordelijke soep ook in dit geval niet zo heet wordt gegeten als zij wordt opgediend en een burger niet strafrechtelijk zal worden veroordeeld voor het handelen in strijd met een besluit dat weliswaar door de bestuursrechter is vernietigd, maar die vernietiging nog niet onherroepelijk is geworden.

54 In zijn noot bij HR 17 september 2004, AB 2005/82, citeert Van Buuren in dit verband A-G Wortel in zijn conclusie bij HR 17 juni 2003, waar hij opmerkt: 'In het strafrecht vergt het legaliteitsvereiste evenwel dat er niet alleen op het moment van begaan van het feit, maar ook ten tijde van de berechting daarvan een wettelijke grondslag is om het feit strafbaar te noemen. Dat brengt in het orderingsstrafrecht mee dat strafrechtelijk ingrijpen niet langer mogelijk is indien in de keten van (algemeen verbindende en op het individuele geval toegesneden) voorschriften die tezamen de gedraging als een strafbare definiëren een schakel blijkt te zijn weggevallen'.

55 Doorenbos heeft in dit verband wel gepleit voor een aanpassing van artikel 14, eerste lid, van het Wetboek van Strafvordering, in die zin dat de daarin opgenomen mogelijkheid van schorsing van de vervolging ook ziet op geschilpunten van bestuursrechtelijke aard (eindnoot 48).

56 Dezelfde benaderingswijze derhalve als door de Hoge Raad voorgeschreven bij strafrechtelijke vervolging van vreemdelingen die stellen vluchteling te zijn en waarbij het Openbaar Ministerie op straffe van niet-ontvankelijkheid de statusdeterminatie in de bestuursrechtelijke keten moet afwachten. Zie onder meer HR 8 maart 2011, ECLI:NL:HR:2011:BO2915. Zie ook: HR 28 mei 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY4310.

Iets complexer ligt het, indien de eerstelijnsbestuursrechter het besluit niet heeft vernietigd, maar in stand heeft gelaten. Zoals hiervoor is opgemerkt, geldt ook dan dat de strafrechter in het concrete geval aan dat oordeel gebonden is. Dat kan problematisch zijn als door de hoogste bestuursrechter nadien in een andere procedure is vastgesteld dat een algemeen verbindend voorschrift waarop het besluit gebaseerd is verbindende kracht mist. Indien de strafrechter toch aan het eerdere oordeel van de eerstelijnsbestuursrechter gebonden zou zijn, zou hij de betrokken burger moeten veroordelen, hoewel de onverbindendheid van het onderliggende algemeen verbindend voorschrift inmiddels *erga omnes* vaststaat. Dat kan niet worden aanvaard. De strafrechter dient in dat geval in overeenstemming met de hoofdregel te handelen en – hoewel het besluit in het voorliggende geval in rechte onaanvaardbaar is geworden – uitgaan van de onverbindendheid van het onderliggende algemeen verbindend voorschrift. Met Schutgens in voormelde noot onder het arrest van 27 maart 2007 ben ik van mening dat het latere oordeel van de hoogste bestuursrechter toepassing van het door de Hoge Raad gemaakte voorbehoud rechtvaardigt.⁵⁷

4.2.3 Tussenconclusies

In deze paragraaf hebben we gezien dat de strafrechter, bij de beoordeling of hij zich gebonden acht aan een – eerder – oordeel van de bestuursrechter over de verbindendheid van algemeen verbindende voorschriften, twee situaties moet onderscheiden. Indien de bestuursrechter een algemeen verbindend voorschrift als *onverbindend* heeft aangemerkt, acht de Hoge Raad de strafrechter daaraan *erga omnes* gebonden en is een strafrechtelijke veroordeling voor het handelen in strijd met het door de bestuursrechter onverbindend geachte algemeen verbindend voorschrift niet meer mogelijk. Als aanvullend vereiste geldt dat het onverbindendheidsoordeel moet zijn uitgesproken door één van de hoogste bestuursrechterlijke instanties, waarbij ‘hoogste’ een organieke betekenis heeft.

Een door een eerstelijnsbestuursrechter uitgesproken onverbindendheidsoordeel bindt de strafrechter niet *erga omnes*, ook niet, indien dat oordeel onherroepelijk is doordat daartegen geen hoger beroep openstaat, bijvoorbeeld omdat de uitspraak met toepassing van artikel 8:54 van de Algemene wet bestuursrecht is gedaan, dan wel omdat wel hoger beroep openstaat, maar daarvan geen gebruik is gemaakt. De strafrechter is in dat geval wel gebonden aan het oordeel van de bestuursrechter over de rechtmatigheid van het besluit dat op het onverbindend geachte algemeen verbindend voorschrift is gebaseerd. Aan een oordeel van een lagere bestuursrechter over de verbindendheid van een algemeen verbindend voorschrift komt over de band van

57 Zie over de gevolgen die de strafrechter aan een vernietiging van een besluit of ongegrondverklaring van een besluit door de (hoogste) bestuursrechter moet verbinden: Sillen 2009.

het besluit derhalve wel *inter partes* werking toe. Daarvoor geldt als aanvullend vereiste slechts dat de uitspraak van de bestuursrechter onherroepelijk is.

Mijns inziens bestaat geen grond een onderscheid te maken tussen het geval waarin de hoogste bestuursrechter een algemeen verbindend voorschrift als onverbindend heeft aangemerkt, dan wel juist – impliciet of expliciet – de verbindendheid ervan heeft vastgesteld, al dan niet in een afwijkende partijconstellatie. Hoezeer wellicht ook een fictie, de bestuursrechter moet worden geacht alle redenen voor (on)verbindendheid van het algemeen verbindend voorschrift in de beoordeling te hebben betrokken. Zoals uiteengezet in hoofdstuk 2 kan onverbindendheid van een algemeen verbindend voorschrift niet op één lijn worden gesteld met het in het concrete geval buiten toepassing laten ervan. Onverbindendheid kan *in abstracto* worden vastgesteld, terwijl aan het buiten toepassing laten in het concrete geval de specifieke omstandigheden van dat geval bepalend zijn.

De Hoge Raad acht de strafrechter evenwel niet *erga omnes* gebonden aan een oordeel van de hoogste bestuursrechter dat een algemeen verbindend voorschrift *verbindend* is. De strafrechter zal zich in een voorkomend geval zelf een oordeel moeten vormen over de verbindendheid van een algemeen verbindend voorschrift. Daarbij is het uiteraard denkbaar dat hij tot hetzelfde oordeel komt als eerder de bestuursrechter. In het bijzonder wanneer voor de strafrechter geen andere argumenten worden aangevoerd dan eerder bij de bestuursrechter, lijkt mij dat zelfs aangewezen. In dat geval zou gesproken kunnen worden over *de-factogebondenheid*.

Indien een rechtzoekende evenwel tevergeefs de bestuursrechtelijke rechtsbeschermingsweg heeft bewandeld en vervolgens strafrechtelijk wordt vervolgd, acht de Hoge Raad de strafrechter op grond van de leer van de bindende kracht van uitspraken van de bestuursrechter wél aan een onherroepelijk oordeel van de bestuursrechter over de rechtmatigheid van het besluit gebonden.

Indien de strafrechter wordt geconfronteerd met een nog niet onherroepelijk oordeel van de bestuursrechter is hij daaraan op grond van de jurisprudentie van de Hoge Raad weliswaar niet gebonden, maar zou hij van de juistheid van de uitspraak van de eerstelijnsbestuursrechter moeten uitgaan totdat deze door de hogerberoepsrechter is vernietigd, dan wel de hogerberoepstermijn ongebruikt is verstreken. Van het Openbaar Ministerie, maar ook van de strafrechter zou mogen worden verwacht dat hij de strafrechtelijke procedure aanhoudt, totdat de uitspraak van de bestuursrechter onherroepelijk is.

In de hiervoor bedoelde gevallen waarin de Hoge Raad gebondenheid van de strafrechter heeft aangenomen, was steeds sprake van een oordeel van de bestuursrechter en derhalve van toepassing van de in het vorige hoofdstuk genoemde leer van de bindende kracht van uitspraken van de bestuursrechter. Het niet benutten van een openstaande bestuursrechtelijke rechtsgang, waardoor een in een besluit vervatte bestuurlijke rechtsvaststelling in rechte onaantastbaar wordt, werpt de Hoge Raad een verdachte in een strafrechtelijke procedure niet tegen. De leer van de formele rechtskracht vindt in de verhouding straf- en bestuursrechter derhalve geen toepassing.

Hoe moeten eerstelijnsrechters nu handelen in de gevallen waarin de straf- en bestuursrechter zich ervan bewust zijn dat zij rechtsmacht delen. Moet indachtig het spreekwoord wie het eerst komt, het eerst maalt worden aangenomen dat de rechter (strafrechter of bestuursrechter) die het eerst de vraag naar de rechtmatigheid van de onderliggende bestuurshandeling beantwoordt de ander bindt of moet de strafrechter met de berechting van een verdachte wachten op het oordeel van zijn bestuursrechtelijke collega, indien hij weet dat tegen de bestuurshandeling beroep is ingesteld?⁵⁸ Een laatste optie is dat beiden geheel onafhankelijk en zonder oog te hebben voor elkaars uitspraken kunnen handelen en hopen dat de hogerberoepsinstanties eventuele plooiën weer glad weten te strijken, met als complicerende factor dat de hogerberoepsinstanties voor de straf- en bestuursrechtelijke keten niet dezelfde zijn. De laatste optie is de enige, indien de strafrechter en bestuursrechter zich er niet van bewust zijn dat sprake is van gedeelde rechtsmacht.

Indien degene die beroep bij de bestuursrechter heeft ingesteld dezelfde is als degene die strafrechtelijk wordt vervolgd, lijkt het mij het meest voor de hand te liggen de oplossing te zoeken op het organisatorische vlak door ervoor te zorgen dat de bestuursrechter – zo nodig met voorrang – uitspraak doet op het beroep voordat de strafzaak wordt behandeld. Los van de vraag of de strafrechter zonder meer aan het oordeel van de bestuursrechter gebonden is, waarop ik hierna zal ingaan, wordt daarmee in elk geval voorkomen dat bij de burger de indruk ontstaat dat beide rechters volkomen geïsoleerd opereren. Ook kan niet worden uitgesloten dat de gemiddelde burger geen onderscheid weet te maken tussen de rechter uit de sector strafrecht en die uit de sector bestuursrecht en beiden vereenzelvigt met ‘de rechtbank’. Als de strafrechter vervolgens van oordeel is dat hij – gelet op het bijzondere karakter van het strafrecht – tot een ander oordeel moet komen dan zijn bestuursrechtelijke collega, mag van hem vervolgens op zijn minst worden verwacht dat hij motiveert waarom hij van dat oordeel afwijkt. In hoger beroep is de pragmatische oplossing niet mogelijk: tegen het oordeel van de strafrechter moet hoger beroep worden ingesteld bij het gerechtshof (gevolgd door beroep in cassatie op de Hoge Raad), terwijl voor het bestuursrechtelijke traject sprake is van verschillende hoogste instanties.

4.3 BESTAAT BINDING AAN EEN EERDERE UITLEG VAN EEN WETTELIJK VOORSCHRIFT?

4.3.1 *Inleidende opmerkingen*

Zoals ik hiervoor opmerkte, treedt de strafrechter steeds vaker op als het sluitstuk van een bestuurlijk handhavingstraject. Waar handelen zonder vergunning of het overtreden van aan een vergunning verbonden voorschriften

58 Zie hierover: Corstens 1998, p. 302.

onder omstandigheden strafbaar is gesteld, ontkomt hij ook niet aan uitleg van wettelijke voorschriften die naar hun aard bestuursrechtelijk van aard zijn, aangezien deze deel uitmaken van de delictsomschrijving.⁵⁹ Onder wettelijke voorschriften kunnen in dit verband niet alleen algemeen verbindende voorschriften worden begrepen; strafbaar is immers niet alleen het handelen zonder de door de wet in formele zin vereiste vergunning, maar evenzeer het handelen in strijd met aan een verleende vergunning verbonden voorschriften.⁶⁰

4.3.2 *Geen taak voor de Hoge Raad bij uitleg van vergunningvoorschriften*

Bij het onderzoek naar gebondenheid van de strafrechter aan uitspraken van de bestuursrechter (en vice versa) over de uitleg van voorschriften, moet een onderscheid worden gemaakt tussen voorschriften, neergelegd in algemeen verbindende voorschriften en vergunningvoorschriften, ook wel aangeduid als *Gesetzgebung für den Einzelfall*.⁶¹ Mede door het gebruik van standaardvoorschriften en/of de noodzaak in vergunningvoorschriften algemene begrippen op te nemen, kan de wijze waarop de voorschriften (moeten) worden uitgelegd een de individuele vergunning overstijgende betekenis hebben. De Hoge Raad ziet om cassatie-technische redenen bij de uitleg van vergunningvoorschriften evenwel geen inhoudelijke taak voor zichzelf weggelegd, zoals onder meer al bleek uit het arrest van 23 mei 1995.⁶²

De zaak betreft de uitleg van voorschriften verbonden aan een op grond van de Afvalstoffenwet verleende vergunning tot het bewaren en verwerken van autowrakken. Op een zeker moment constateert het bevoegd gezag dat vergunninghouder in strijd met aan deze vergunning verbonden voorschriften handelt. Dit leidt er uiteindelijk toe dat het bevoegd gezag besluit om tot handhaving over te gaan en vergunninghouder daarnaast strafrechtelijk te vervolgen. Nadat het gerechtshof bij arrest van 15 maart 1994 in de strafzaak op voor vergunninghouder ongunstige wijze heeft beslist, doet de Afdeling bestuursrechtspraak op 11 november 1994 uitspraak op het door vergunninghouder tegen het handhavingsbesluit ingestelde beroep. Vergunninghouder stelt tegen het arrest van het gerechtshof beroep in cassatie in en verwijst in de middelen onder andere naar de uitspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak, omdat:

‘deze administratief rechtelijke uitspraak [...] van groot belang [is, OvL] voor deze strafzaak omdat er een heldere interpretatie wordt gegeven van een aantal voorschriften die ook in de strafzaak in het geding zijn. Van belang is daarbij ook dat de uitspraak van de administratieve rechter betrekkelijk bindend is voor de strafrechter.’

59 Zie hierover: Corstens 1998, p. 301-302, en Hendriks, p. 55-78.

60 Zie de conclusie van de A-G voor HR 27 juni 1995, NJ 1995/722.
Van Wijk/Konijnenbelt & Van Male, p. 197-198..

62 HR 23 mei 1995, NJ 1995/695, m.nt. M. Scheltema.

Een – op het eerste gezicht wellicht – complicerende factor zou kunnen zijn dat de uitspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak dateert van ná het arrest van het gerechtshof, zodat het gerechtshof daarmee bij het wijzen van het arrest hoe dan ook geen rekening had kunnen houden. Een uitleg door een rechter van een wettelijk voorschrift wordt evenwel geacht terugwerkende kracht te hebben tot de datum van inwerkingtreding daarvan.⁶³ Vergunninghouder lijkt zich derhalve op het standpunt te stellen dat het gerechtshof het in retrospectief niet bij het juiste eind had. De Hoge Raad wil er niet van weten en overweegt:

‘Het middel berust op de stelling dat de bewezenverklaring niet naar eis der wet met redenen is omkleed, omdat het Hof de in de bewezenverklaring bedoelde voorschriften niet op een andere wijze had mogen uitleggen, zoals het heeft gedaan, dan de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State heeft gedaan in haar op 11 november 1994, en derhalve na de bestreden uitspraak, gedane uitspraak.

Deze stelling kan in haar algemeenheid niet als juist worden aanvaard. De uitleg van de in het middel bedoelde vergunningvoorschriften is van feitelijke aard en dient te geschieden naar aanleiding van het onderzoek op de terechtzitting. Het stond het Hof vrij om tot zijn uitleg van de meerbedoelde vergunningvoorschriften te komen, ook al zou deze afwijken van een later door de Afdeling bestuursrechtspraak gegeven uitleg.’

Na de constatering dat de door het gerechtshof gegeven uitleg van de vergunningvoorschriften niet onbegrijpelijk is, is daarmee voor de Hoge Raad de kous af. Het oordeel van de Hoge Raad over het feitelijke karakter van vergunningvoorschriften is overigens niet uniek: een op 12 mei 2009 gewezen arrest bevat een overweging van dezelfde strekking.⁶⁴ Dat de uitleg van vergunningvoorschriften naar het oordeel van de Hoge Raad van feitelijke aard is, is niet zonder kritiek gebleven. Hendriks merkt op dat:

‘de materiële norm van het verbod vergunningvoorschriften te overtreden in een concrete situatie in feite wordt bepaald door de inhoud van het vergunningvoorschrift. Die inhoud bepaalt uiteindelijk wat de vergunninghouder wel of niet mag of moet, waarmee de uitleg van het desbetreffende vergunningvoorschrift derhalve direct van belang is voor de vaststelling van het onderscheid tussen verboden en niet-verboden gedrag. Om die reden kan naar ons oordeel niet goed worden volgehouden dat de uitleg van vergunningvoorschriften, zeker niet indien er een beroep op wordt gedaan dat de formulering van het voorschrift in strijd is met artikel 1, eerste lid, van het Wetboek van strafrecht, een feitelijke kwestie is.’⁶⁵

63 Zie onder meer: Van Kreveld, paragraaf 5. Rechterlijke interpretatie van een wettelijk voorschrift is als zodanig geen recht (in de zin van artikel 99 (thans: 79)) van de Wet op de rechterlijke organisatie); zie de conclusie van de A-G voor HR 28 mei 1982, NJ 1984/34.

64 ECLI:NL:HR:2009: BH0185; zie ook HR 14 december 2004, ECLI:NL:HR:2004:AR4900. Een verrassing kan dit arrest niet zijn: dat uitleg van een vergunningvoorschrift van feitelijke aard is, overwoog de Hoge Raad al eerder: HR 19 februari 1985, *MenR* 1985, nr. 80.

65 Hendriks, p. 78.

Ik vraag mij af of hij met de typering van ‘als van feitelijke aard’ als een ‘feitelijke kwestie’ de Hoge Raad en cassatierechtspraak recht doet. Duidelijk moge zijn dat de uitleg van een vergunningvoorschrift niet op één lijn kan worden gesteld met de vaststelling van feiten, waarover ik hierna nog te spreken kom. De Hoge Raad neemt in het arrest als welhaast vanzelfsprekend aan dat de uitleg van een vergunningvoorschrift van feitelijke aard is en motiveert dit niet nader. De gedachte ligt evenwel voor de hand dat hij hiermee bedoelt te zeggen dat een vergunningvoorschrift geen recht is in de zin van – thans – artikel 79, eerste lid, aanhef en onder b, van de Wet op de rechterlijke organisatie. De conclusie van de Advocaat-Generaal bij het arrest, in het bijzonder diens verwijzing naar voorbeelden uit de oude doos, die de uitleg van het toenmalige artikel 99 van de Wet op de rechterlijke organisatie betreffen, ondersteunt dit vermoeden.⁶⁶

Wat hiervan ook zij, het gevolg van deze jurisprudentie is dat de vraag of de Hoge Raad zich gebonden acht aan uitspraken van een hoogste bestuursrechter over de uitleg van een vergunningvoorschrift op deze plaats geen nadere bespreking behoeft. Nu in dit proefschrift de verhouding tussen organiek hoogste rechterlijke instanties centraal staat, zal ik ook niet nader ingaan op de vraag of en, zo ja, in welke mate, gerechtshoven gebondenheid aannemen aan eerdere interpretaties van vergunningvoorschriften door de hoogste bestuursrechterlijke instanties. Ik merk nog wel op dat op basis van het arrest van 23 mei 1995 duidelijk is dat de Hoge Raad geen gebondenheid van de feitenrechter aanneemt aan uitspraken van de bestuursrechter over de uitleg van vergunningvoorschriften. Dat kan tot voor de burger minder goed begrijpelijke uitkomsten leiden, indien naar aanleiding van zijn handelen het bestuursorgaan besluit tot handhavend optreden en het Openbaar Ministerie tot strafvervolging, waarna de bestuursrechter op basis van uitleg x tot de slotsom komt dat sprake is van een overtreding van de vergunningvoorschriften en de strafrechter op basis van uitleg y dat daarvan geen sprake is. Scheltema merkt in zijn noot onder het arrest op dat juridisch gezien een verschil in uitkomst tussen de bestuurs- en strafrechtelijke procedure goed te verklaren valt, aangezien het procedures voor verschillende rechters betreffen en de partijen ook niet identiek zijn (het bevoegde bestuursorgaan bij de bestuursrechtelijke procedure en het Openbaar Ministerie bij de strafrechtelijke). Daarmee gaat hij evenwel voorbij aan de vraag of deze omstandigheden zodanig verschil ook – zonder meer – kunnen rechtvaardigen.

66 De A-G verwijst naar HR 1 maart 1918, *NJ* 1918, p. 440, HR 10 juni 1919, *NJ* 1919, p. 647, HR 10 juni 1919, *NJ* 1919, p. 650. In het arrest van 1 maart 1918 overweegt de Hoge Raad in verband met de uitleg van het oude artikel 99 van de Wet op de rechterlijke organisatie: ‘dat in verband met den aard der taak aan den Hoogen Raad bij voormelde wetsbepalingen bij de rechtspraak toegedacht onder “Wet” in den zin dier bepalingen, alleen kunnen worden begrepen naar buiten werkende algemeene regelingen van het openbaar gezag, derhalve regelingen gericht tot een ieder, doch niet regelingen of beschikkingen ten aanzien van bepaald aangewezen personen’.

4.3.3 *Leer van de meest gerede rechter revisited*

4.3.3.1 Inleidende opmerkingen

Hiervoor kwam ik tot de slotsom dat aan een rechterlijk oordeel over de verbindendheid van een algemeen verbindend voorschrift inherent is dat dat oordeel effect sorteert buiten de procedure waarin het is uitgesproken; ondenkbaar is immers dat een algemeen verbindend voorschrift in de ene procedure wel verbindend is en in de andere niet. Hetzelfde geldt voor de rechtmatigheid van besluiten. Als het uitgangpunt is dat tegenstrijdige rechterlijke uitspraken moeten worden voorkomen, gaat het er vervolgens om welke rechterlijke instantie het primaat heeft, dan wel als meest gerede rechter moet worden beschouwd. Mede door de keuze van de wetgever om tegen besluiten beroep open te stellen bij de bestuursrechter, in welk kader tevens – zij het bij wijze van exceptieve toetsing – de verbindendheid van aan het besluit ten grondslag liggende algemeen verbindende voorschriften aan de orde kan komen, is deze vraag in de verhouding tussen de bestuurs- en strafrechter relatief eenvoudig te beantwoorden. Dat heeft de Hoge Raad ten gunste van de bestuursrechter ook gedaan.

Ook voor de uitleg van wettelijke voorschriften die naar hun aard eenduidig op het terrein van de bestuursrechter of strafrechter liggen, biedt deze specialisatiegedachte, die – in elk geval mede – ten grondslag ligt aan voormelde keuze van de Hoge Raad, een oplossing. Indien bijvoorbeeld in een wettelijk voorschrift dat eenduidig bestuursrechtelijk van aard is wordt verwezen naar begrippen uit het strafrecht, ligt het voor de hand dat de bestuursrechter aansluiting zoekt bij de uitleg die de strafrechter aan dat begrip geeft.⁶⁷ Dat blijkt in de praktijk ook het geval. Indien evenwel nog geen hoogst rechterlijke uitleg voorhanden is van de rechterlijke instantie dat het interpretatieprimaat heeft, zullen andere rechterlijke instanties er niet aan ontkomen zelf een uitleg te geven, zoals Scheltema in zijn noot onder het in paragraaf 4.3.2 genoemde arrest van 23 mei 1995 terecht opmerkt. Het ligt in dat geval mijns inziens in de rede dat geanticipeerd wordt op de uitleg door de meest gerede rechter die – gelet op diens jurisprudentie in gelijksoortige zaken – in de lijn der verwachting ligt.

De specialisatiegedachte noopt echter slechts tot volgzzaamheid, indien duidelijk is tot wiens rechtsterrein het te interpreteren voorschrift behoort. Zoals hiervoor al besproken, kan dat tot afbakeningsproblemen aanleiding geven, indien dat niet het geval is. In de verhouding tussen de strafrechter en bestuursrechter zullen dergelijke problemen zich niet snel voordoen, aangezien tussen beiden een op zichzelf eenduidige taakverdeling bestaat. Zo er al sprake is van afbakeningsvragen, ligt de oorzaak ervan eerder in het door

67 In die zin ook: N.S.J. Koeman bij HR 25 september 2001, *NJ* 2002/229. Zie ook: Rogier 2003.

de strafrechter beleden bijzondere karakter van het strafrecht dan in verschil van inzicht over de vraag tot wiens rechtsterrein het te handhaven voorschrift in wezen behoort.

4.3.3.2 Bestuursrechter – strafrechter

Voorbeelden waarin de bestuursrechter genoodzaakt is tot uitleg van strafrechtelijke bepalingen over te gaan zijn relatief zeldzaam. Dit verklaart wellicht waarom de hoogste bestuursrechters tot nu toe geen aanleiding hebben gezien zich dogmatisch uit te laten over het al dan niet bestaan van binding van de bestuursrechter aan een door de strafrechter gegeven uitleg van een wettelijk voorschrift. Omdat de wetgever voor de vormgeving van de Vierde Tranche van de Algemene wet bestuursrecht inspiratie heeft gezocht én gevonden in het strafrechtelijk instrumentarium zal het, nu deze tranche op 1 juli 2009 in werking is getreden, vaker voorkomen dat de bestuursrechter geroepen wordt zich in het kader van een op het eerste gezicht zuiver bestuursrechtelijke procedure uit te laten over begrippen die een strafrechtelijke oorsprong hebben.⁶⁸ De tijd zal leren of dat voor de hoogste bestuursrechterlijke instanties aanleiding vormt zich over deze vraag in meer dogmatische zin uit te laten.

Zoals Albers opmerkt, lijkt de Hoge Raad zichzelf te zien als meest gerechte rechter om na de inwerkingtreding van de Vierde Tranche de rechtseenheid tussen het strafrecht en het bestuursrechtelijk sanctierecht te bewaren.⁶⁹ Een duidelijk voorbeeld daarvan biedt het arrest van 1 februari 2011, waarin de Hoge Raad aanleiding ziet zijn jurisprudentie over 'hetzelfde feit' te verduidelijken, met daarbij de kanttekening dat geen inhoudelijke verandering wordt beoogd. In de aan de beoordeling van het middel voorafgaande beschouwingen gaat de Hoge Raad uitdrukkelijk in op de verhouding tussen strafrechtelijke bepalingen (artikel 68 van het Wetboek van Strafrecht en artikel 313 van het Wetboek van Strafvordering) en bestuursrechtelijke

68 Zie ook: Corstens 2005. Zie ook de vordering van A-G Knigge tot cassatie in het belang der wet van 8 maart 2011 (ECLI:NL:PHR:2011:PB6878), waaraan hij mede het belang van uniforme uitleg van artikel 1, tweede lid, van het Wetboek van Strafrecht voor het straf- en het bestuursrecht ten grondslag legt, in het licht van de jurisprudentie van het EHRM. In de vordering gaat hij tevens in op de keuze van de wetgever voor bestuursrechtelijke in plaats van strafrechtelijke handhaving en de vormgeving daarvan in de Vierde Tranche. Bij arrest van 12 juli 2011, *JB* 2011/207, m.nt. C.L.G.F.H. Albers, heeft de Hoge Raad het cassatieberoep verworpen. Zie ook: Michiels & De Waard, p. 121. Zie voor een overzicht van de strafrechtelijke leerstukken waarvan de werking zich in het bestuursrechtelijk sanctierecht zal doen gevoelen: Bröring, p. 60-70.

69 In de noot bij HR 12 juli 2011, *JB* 2011/207, waarin zij ook een paar voorbeelden geeft van een onjuiste toepassing van de jurisprudentie van de Hoge Raad door de bestuursrechter. Zie over het arrest ook: Hartmann & Sackers, Heinrich & Veldhuis 2011, en, terloops met een kritische kanttekening wat betreft het streven naar rechtseenheid van de Hoge Raad, zij het gebaseerd op een onjuiste lezing van het arrest: De Moor-van Vugt 2013, p. 91-92.

tegenhangers (artikel 5:43 en 5:44 van de Algemene wet bestuursrecht) en de bedoeling van de wetgever, te weten dat bij de uitleg van laatstgenoemde bepalingen aansluiting wordt gezocht bij de al bestaande strafrechtelijke jurisprudentie.⁷⁰ Dat de straf- en bestuursrechtelijke bewoordingen niet identiek zijn, lijkt voor de Hoge Raad voor de uitleg van de bepalingen geen betekenis te hebben. Het College van Beroep voor het bedrijfsleven heeft zich inmiddels aangesloten bij het arrest van de Hoge Raad.⁷¹

Een voorbeeld waarin de bestuursrechter zich moest uitlaten over strafrechtelijke begrippen is een uitspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak van 30 september 2005, waarin aan de orde is aan welke vereisten de verklaring, bedoeld in artikel 451a van het Wetboek van Strafvordering, moet voldoen.⁷² Voormeld artikel biedt een gedetineerde de mogelijkheid een rechtsmiddel aan te wenden door het doen toekomen van een daartoe strekkende verklaring aan 'het hoofd van het gesticht'. Aanleiding daarvoor was artikel 70, tweede lid, van de Vreemdelingenwet 2000, zoals dat toen luidde, dat bepaalde dat een vreemdeling die zijn vrijheid is ontnomen een rechtsmiddel ook kan aanwenden door middel van voormelde schriftelijke verklaring. De Afdeling bestuursrechtspraak neemt onder verwijzing naar een arrest van de Hoge Raad de door de Hoge Raad gegeven uitleg over. De zaak is interessant, omdat de Afdeling in deze uitleg tevens aanleiding ziet het vereiste dat – op straffe van niet-ontvankelijkverklaring – reeds bij het instellen van het hoger beroep moet zijn voldaan aan de vereisten die artikel 6:5 van de Algemene wet bestuursrecht en artikel 85 van de Vreemdelingenwet 2000 niet te stellen.⁷³

Een ander voorbeeld biedt de beantwoording van de vraag door de Centrale Raad van Beroep of iemand in het kader van het opleggen van een bestuursrechtelijke sanctie in verband met het ten onrechte hebben ontvangen van een bijstandsuitkering tijdens zijn verhoor (of is het: gehoor?) recht heeft op aanwezigheid van een advocaat. In de zaak die tot het antwoord

70 HR 1 februari 2011, AB 2011/225. O.J.D.M.L. Jansen spreekt in de noot bij het arrest over de Hoge Raad als 'gids voor dat deel van het bestraffende bestuursrecht [...] waar het niet de hoogste bevoegde rechter is'. Het arrest is ook gepubliceerd in JB 2011/56, m.nt. D. van Tilborg.

71 CBb 29 juni 2012, ECLI:NL:CBB:2012:BW9888.

72 ABRvS 30 september 2005, JV 2005/441. Het heeft de vreemdeling overigens niet gebaat. Nadat de Afdeling bestuursrechtspraak hem een termijn had gesteld om grieven tegen de uitspraak van de rechtbank te formuleren, is het hoger beroep niet-ontvankelijk verklaard omdat het aangevoerde de 'grievendrempel' van artikel 85, tweede lid, van de Vreemdelingenwet 2000 niet haalde. Een ander, zij het minder duidelijk, voorbeeld geeft ABRvS 17 maart 2010, JB 2010/112, m.nt. J.J.J. Sillen. Minder duidelijk, omdat de Afdeling in deze uitspraak enkel een door de strafrechter uitgesproken veroordeling wegens bigamie, althans de kwalificatie van de feiten die tot die veroordeling hebben geleid, overneemt. Inherent daaraan is uiteraard dat door de strafrechter en bestuursrechter aan de terminologie dezelfde betekenis hechten. Op deze uitspraak kom ik terug in de paragraaf die de vaststelling van feiten betreft.

73 Zie ook: ABRvS 9 juli 2014, ECLI:NL:RVS:2014:2561.

van de Centrale Raad van Beroep leidde, had appellant onder verwijzing naar jurisprudentie van het EHRM betoogd dat hij niet aan eerder door hem afgelegde verklaringen kon worden gehouden, omdat hij zich op dat moment nog niet had (kunnen) laten bijstaan door een raadsman.⁷⁴ De Centrale Raad van Beroep beantwoordt 'onder verwijzing naar en aansluitend bij jurisprudentie van de Hoge Raad' de vraag ontkennend.⁷⁵ Enige theoretische onderbouwing voor dat oordeel ontbreekt echter.

Ook waar het weliswaar niet direct de uitleg van wettelijke voorschriften betreft, maar wel de wijze waarop invulling moet worden gegeven aan door de Hoge Raad ontwikkelde strafrechtelijke leerstukken, plegen de hoogste bestuursrechters zich doorgaans zonder veel – dogmatische – omhaal van woorden aan te sluiten bij de Hoge Raad.⁷⁶ Een voorbeeld vormt een uitspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak van 12 mei 2010.⁷⁷ Aan deze zaak lag een boete ten grondslag die wegens overtreding van de Wet arbeid vreemdelingen door de bewindspersoon van Sociale Zaken en Werkgelegenheid was opgelegd aan het Ministerie van Verkeer en Waterstaat. De aanleiding daarvoor was het laten verrichten van werkzaamheden door een persoon met de Ghanese nationaliteit zonder dat daarvoor een tewerkstellingsvergunning was afgegeven. De Staat der Nederlanden en het Ministerie van Verkeer en Waterstaat betoogden onder verwijzing naar het arrest van de Hoge Raad van 25 januari 1994⁷⁸ dat het leerstuk van strafrechtelijke immuniteit naar analogie moet worden toegepast bij bestuurlijke boetes. Na eerst onder verwijzing naar jurisprudentie van de Hoge Raad te hebben vastgesteld dat het leerstuk van strafrechtelijke immuniteit betrekking heeft op strafrechtelijke sancties, waarbij de Staat een uitzonderlijke positie inneemt, stelt de Afdeling vervolgens vast dat de Wet arbeid vreemdelingen noch de geschiedenis van de totstandkoming daarvan enig aanknopingspunt biedt om aan te nemen dat de wetgever ook bij toepassing van deze wet heeft beoogd de Staat in een uitzonderingspositie te plaatsen. Daarin zou wellicht een opstapje kunnen worden gezien voor een geheel eigen uitleg van de Afdeling bestuursrechtspraak van het leerstuk van de strafrechtelijke immuniteit waar het bestuurlijke boetes betreft (ofwel de aanzet voor de ontwikkeling van een geheel eigen leerstuk). Niets is echter minder waar: onder verwijzing naar een arrest van de Hoge Raad over de toepasselijkheid van de Wet Mulder op publiekrechtelijke organen, komt de Afdeling bestuursrechtspraak tot de slotsom dat de Staat aan

74 EHRM 27 november 2008 (Salduz/Turkije), AB 2010/82, m.nt. T. Barkhuysen en M.L. van Emmerik, en EHRM 11 december 2008 (Panovits/Cyprus), NJ 2009/215, m.nt. J.M. Reijnen.

75 CRvB 7 september 2009, AB 2010/46, m.nt. H.E. Bröring.

76 Zie echter ook: Rogier 2003.

77 ABRvS 12 mei 2010, RV 2010/50, m.nt. T. de Lange.

78 HR 25 januari 1994, NJ 1994/598.

het leerstuk van de strafrechtelijke immuniteit geen bescherming kan ontleenen tegen de oplegging van bestuurlijke boetes.⁷⁹

4.3.3.3 Strafrechter – bestuursrechter

Zoals gezegd is het relatief zeldzaam dat in regelgeving op het bestuursrechtelijk vlak expliciet wordt verwezen naar (begrippen uit) het strafrecht. Door de keuze van de wetgever de strafrechter steeds meer te maken tot de wrekende rechter bij handhaving van bestuursrechtelijke normen, wordt de strafrechter echter regelmatig in strafrechtelijke context geconfronteerd met begrippen die hun oorsprong in het bestuursrecht vinden.

Ik kan mij niet aan de indruk onttrekken dat het in de periode dat de bestuursrechtelijke rechtsgang nog niet tot volle wasdom was gekomen en – wellicht – ook nog niet door eenieder als een met voldoende waarborgen omklede rechtsgang werd gezien, regelmatig voorkwam dat de uitleg die de strafrechter aan een bestuursrechtelijk begrip gaf, afweek van de betekenis die dat begrip in het bestuursrecht had.⁸⁰ Inmiddels pleegt de Hoge Raad zich ook als strafrechter, in elk geval waar het kernbegrippen betreft, aan te sluiten bij de wijze waarop bestuursrechtelijke begrippen door hoogste bestuursrechterlijke instanties worden geïnterpreteerd.⁸¹

Dat lijkt mij terecht. Het zou immers onjuist zijn, indien de strafrechter zich met een beroep op de autonome positie van het strafrecht de bevoegdheid voorbehoudt steeds tot een geheel zelfstandige uitleg van naar hun aard bestuursrechtelijke begrippen over te gaan.⁸² Strafrechtspleging is in deze gevallen immers niet een zelfstandig doel, maar mét de bestuursrechtelijke handavingsinstrumenten een middel om bestuursrechtelijke normen te effectueren. Beide instrumenten dienen hetzelfde doel, hetgeen uniformiteit ten aanzien van uitleg van de toepasselijke voorschriften vereist. De strafbepaling bevat doorgaans ook geen zelfstandige norm die de strafrechter onafhankelijk van zijn bestuursrechtelijke collega kan invullen, maar stelt

79 Helemaal zuiver is de laatste stap niet, voor zover het binding van de bestuursrechter aan de strafrechter betreft, aangezien de Hoge Raad in het arrest van 3 maart 1998, VR 1998/130, niet als strafrechter, maar als bestuursrechter optrad. Tegen beschikkingen van de kantonrechter genomen krachtens de Wet Mulder stond toentertijd namelijk nog beroep in cassatie open.

80 Zie voor een illustratief overzicht: Hendriks, p. 57-78.

81 Zie voor het begrip 'inrichting': HR 25 september 2001, NJ 2002/229, m.nt. N.S.J. Koeman, met uitdrukkelijke verwijzing naar ABRvS 11 juli 2000, AB 2000/334. Voor het begrip 'zonder een daartoe verleende vergunning': HR 9 april 2002, NJ 2002/535, m.nt. Y. Buruma, waarin de Hoge Raad aanleiding zag ten overvloede te overwegen dat het bezit van een gedoogbeschikking niet op één lijn kan worden gesteld met het bezit van een vergunning krachtens de Wet milieubeheer, daarmee materieel aansluitend bij de jurisprudentie van de Afdeling bestuursrechtspraak.

82 Zoals onder andere wel wordt bepleit door Hendriks, p. 58-60.

het handelen in strijd met bestuursrechtelijke voorschriften strafbaar.⁸³ De opmerking dat de autonome positie onverlet laat dat de strafrechter vaak tot dezelfde conclusie zal komen, bijvoorbeeld omdat hij dezelfde interpretatiemethoden hanteert, kan ik in dit verband ook niet goed plaatsen. Daarmee lijkt men enerzijds het belang van uniforme uitleg te onderschrijven, maar anderzijds een middel te willen creëren om in voorkomende gevallen de handen vrij te houden, indien de uitkomst uit strafrechtelijk oogpunt als onaanvaardbaar wordt gezien, bijvoorbeeld in die gevallen waarin het volgen van de bestuursrechter zou leiden tot strijd met artikel 1 van het Wetboek van Strafrecht, dan wel het *lex-certa* beginsel. Nog daargelaten of de hieraan ten grondslag liggende beginselen niet evenzeer gelden in het (punitief) bestuursrecht.

Overigens biedt in het bijzonder het niet-punitief bestuursrecht mogelijkheden om tijdens het spel de regels met terugwerkende kracht te veranderen of schendingen van vormvoorschriften en bevoegdheidsgebreken te passeren, waar dat uit strafrechtelijk oogpunt problematisch kan zijn. Hetzelfde geldt voor het gegeven dat een bestuursrechtelijke uitleg van een wetmatig voorschrift geacht wordt terugwerkende kracht te hebben tot het van kracht worden van dat voorschrift, ook indien de rechter terugkomt van een eerder door hem voorgestane uitleg of het voorschrift rechtsvormend en niet taalkundig interpreteert.⁸⁴ Daarmee kan door een uitspraak van de bestuursrechter een handeling strafbaar worden, die het eerder, bijvoorbeeld op het moment dat de handeling waarvoor de verdachte wordt vervolgd niet was. Dit noopt de strafrechter er mijns inziens evenwel niet toe uit te gaan van een andere uitleg dan door de bestuursrechter voorgestaan. Zoals ik hiervoor ook opmerkte ten aanzien van algemeen verbindende voorschriften,

83 Zie in dit verband: HR 22 februari 2011, NJ 2011/108, waarin de Hoge Raad, na te hebben geconstateerd dat tegen een beslissing van het hoofd van de school of de leerplichtambtenaar een met voldoende waarborgen omklede bestuursrechtelijke rechtsgang openstaat overweegt dat 'de beoordeling of sprake is van in artikel 11, aanhef en onder g, van de Leerplichtwet 1969 bedoelde "andere gewichtige omstandigheden" mitsdien niet ter zelfstandige beoordeling van de strafrechter staat. De strafrechter behoeft slechts te onderzoeken of de leerplichtambtenaar verlof heeft verleend.' De jurisprudentie over de Leerplichtwet 1969 biedt ook een mooi voorbeeld van het spiegelbeeldige geval. Artikel 5, aanhef en onder b, van deze wet voorziet namelijk in de mogelijkheid dat ouders het College van burgemeester en wethouders kennisgeven van het bestaan van bezwaren op religieuze of levensbeschouwelijke grondslag tegen alle scholen binnen redelijke afstand van hun woning waarop hun kinderen geplaatst zouden kunnen worden. Mits de kennisgeving voldoet aan de eisen die de wet stelt, zijn de ouders vrijgesteld van de verplichting er zorg voor te dragen dat hun kinderen een school bezoeken. Volgens vaste jurisprudentie van de Afdeling bestuursrechtspraak is het College van burgemeester en wethouders evenwel niet bevoegd naar aanleiding van de kennisgeving enig inhoudelijk besluit te nemen en kan de vraag of wordt voldaan aan de vereisten die de Leerplichtwet 1969 stelt uitsluitend worden beoordeeld in het kader van een strafrechtelijke procedure wegens overtreding van de Leerplichtwet 1969. Zie onder meer: ABRvS 12 september 2001, AB 2002/78, m.nt. B.P. Vermeulen.

84 Zie bijvoorbeeld: Van Kreveld, paragraaf 5.

kan de strafrechter in dat geval in het specifiek strafrechtelijke gereedschap (bijvoorbeeld door het aannemen van rechtsdwaling of afwezigheid van alle schuld) een middel vinden een uit strafrechtelijk oogpunt onaanvaardbare uitkomst te voorkomen. Een beroep op de autonome positie van het strafrecht is dan daarvoor onnodig.

4.3.4 *Tussenconclusies*

Hoewel gestandaardiseerde vergunningvoorschriften een steeds grotere rol spelen bij vergunningverlening en het herhaalde gebruik van deze voorschriften daaraan een zekere algemene verbindendheid geeft, ziet de Hoge Raad bij de uitleg van dergelijke voorschriften om cassatie-technische redenen geen taak voor zichzelf weggelegd. Wat betreft de uitleg van wettelijke voorschriften, volgt uit de jurisprudentie dat zowel de straf- als de bestuursrechter uitgaat van de leer van de meest gerede rechter, op grond waarvan het interpretatieprimaat ligt bij de hoogste rechterlijke instantie tot wier rechtsfamilie het wettelijk voorschrift behoort, dan wel waarmee het de meeste aanknopingspunten heeft.

4.4 BESTAAT BINDING AAN EEN EERDERE VASTSTELLING VAN DE FEITEN?

4.4.1 *Inleidende opmerkingen*

Bij de bespreking van de verhouding tussen de civiele rechter en de bestuursrechter merkte ik in paragraaf 3.4 op dat er op het eerste gezicht geen misverstand over lijkt te kunnen bestaan wat onder feiten en daarmee ook onder de vaststelling daarvan moet worden verstaan. Indien tussen feitenvaststellingen verschillen bestaan, ontnemt dit daaraan niet het feitelijk karakter, maar geeft dat veeleer blijk van foute metingen. De afmetingen van een garage worden niet anders als deze in een straf- of bestuursrechtelijke procedure worden gemeten. Anders dan de civiele rechter, wiens lijdelijke positie hem ertoe kan nopen feiten die tussen partijen niet in geschil zijn, dan wel die de ene partij heeft gesteld en door de andere niet of niet genoegzaam zijn weersproken, voor waar aan te nemen, is bij de straf- en bestuursrechter van zodanige lijdelijkheid geen sprake.

Evenzeer kwam aan de orde dat iets wat zich op het eerste gezicht als feit presenteert, niet steeds een feit is. Ter illustratie daarvan verwees ik naar de discussie die sinds jaar en dag in het vreemdelingenrecht woedt over de vraag of het relaas van een vreemdeling over het waarom en de wijze waarop hij uit zijn land van herkomst is vertrokken (en soms zelfs de verklaringen van de vreemdeling over zijn identiteit en nationaliteit) al dan niet van feitelijke aard is.

Bij de beantwoording van de vraag of de strafrechter gebondenheid aanneemt aan een eerdere feitenvaststelling door de bestuursrechter (en vice versa) moet een onderscheid worden gemaakt tussen de zuivere vaststelling

van de feiten en de waardering van de vastgestelde feiten. Evenzeer is van belang of het eerdere rechterlijke oordeel belastend is of niet.

4.4.2 *Strafrechter – bestuursrechter: geen gebondenheid*

De jurisprudentie van de Hoge Raad over de vraag of de strafrechter gebonden is aan een eerdere vaststelling (of waardering) van de feiten door de bestuursrechter is duidelijk: de Hoge Raad neemt geen enkele vorm van binding aan. Daarbij is het – anders dan bij oordelen over de verbindendheid van algemeen verbindende voorschriften – zonder belang of de eerdere uitspraak afkomstig is van een eerstelijnsbestuursrechter of van één van de hoogste bestuursrechters. Evenmin is van belang of het eerdere oordeel van de bestuursrechter voor betrokkene begunstigend of belastend is. In een arrest van 11 mei 2004 overwoog de Hoge Raad:

‘In een dergelijk geval, waarin het slechts gaat om de waardering van feiten, is de strafrechter bij zijn oordeel over het tenlastegelegde feit niet gebonden aan een eerdere uitspraak van de bestuursrechter over de feiten. De strafrechter dient zich naar aanleiding van het onderzoek ter terechtzitting daarover een zelfstandig oordeel te vormen. Het oordeel van het Hof dat het de strafrechter vrijstaat om tot een eigen waardering van het bewijs te komen, ook als deze afwijkt van de eerder door genoemde bestuursrechter gegeven waardering, is dan ook juist.’⁸⁵

Het arrest betrof een geval van bijstandsfraude, waarbij het frauduleuze erin was gelegen dat de verdachte had opgegeven dat zij in een bepaalde periode in Veenendaal woonde, terwijl dat niet het geval was. In het aan de strafrechtelijke procedure voorafgaande bestuursrechtelijke traject, waarin het besluit tot de intrekking van de bijstandsuitkering in geding was, had de bestuursrechter vastgesteld dat betrokkene tussen 1 april en 1 juni 1998 haar hoofdverblijf buiten de gemeente Veenendaal had, maar ook dat het bestuursorgaan niet aannemelijk had gemaakt dat dat ook het geval was in de periode daarvoor. De strafrechter achtte evenwel bewezen dat verdachte juist in die periode meermalen in strijd met de waarheid schriftelijk had verklaard dat zij niet meer woonachtig was in Veenendaal. Als gevolg hiervan konden de ten onrechte ontvangen bijstandsgelden niet – bestuursrechtelijk – worden teruggevorderd, maar betrokkene werd wél strafrechtelijk wegens bijstandsfraude veroordeeld.

Een uitspraak van de (hoogste) bestuursrechter is ook geen grond voor herziening van een onherroepelijke strafrechtelijke veroordeling.⁸⁶ De Hoge

85 HR 11 mei 2004, *NJ* 2004/606, m.nt. Y. Buruma.

86 Zie bijvoorbeeld: HR 4 september 2007, *NJ* 2008/170, m.nt. P.A.M. Mevis onder *NJ* 2008/173, en HR 15 maart 2011, *JB* 2011/114, m.nt. J.J.J. Sillen.

Raad maakt geen onderscheid tussen gevallen waarin hij zelf hoogste bestuurs- en strafrechter is en die waarin dat niet zo is.⁸⁷

De benaderingswijze van de Hoge Raad heeft tot weinig kritiek aanleiding gegeven.⁸⁸ Anders dan bij de andere hiervoor besproken categorieën, kan ook niet zonder meer worden staande gehouden dat de strafrechter óf de bestuursrechter als bij uitstek aangewezen rechterlijke instantie moet worden aangemerkt als het om de vaststelling en waardering van feiten gaat. Evenmin bestaat voor de strafrechter uit oogpunt van rechtseenheid grond het primaat aan de bestuursrechter te gunnen. Dat de betrokken burger niet zal begrijpen hoe het mogelijk is dat de ene rechter tot de slotsom komt dat zijn uitkering niet mocht worden ingetrokken en de andere hem toch voor bijstandsfraude veroordeelt, maakt nog niet dat daarmee de rechtseenheid in het geding is. Dat het voor een gemiddelde burger gevoelsmatig niet uitmaakt bij welke rechter hij moet voorkomen, draagt echter aan het begrip voor het verschil in uitkomst tussen de bestuurs- en strafrechtelijke procedure niet bij. Het gaat mij echter te ver om voor de door de Hoge Raad gekozen benaderingswijze steun te zoeken in de rechterlijke onafhankelijkheid en onpartijdigheid, zoals Buruma doet in zijn noot onder het arrest. Dat gaat er aan voorbij dat het strafrecht in gevallen als dit louter een het bestuursrecht ondersteunende of versterkende functie heeft.

Hoewel beide handhavingsmechanismen dezelfde belangen beschermen, kennen zij andere uitgangspunten en (processuele) waarborgen, onder andere wat betreft de bewijsgaring. Evenmin kan eraan worden voorbijgezien dat de sancties die de strafrechter kan opleggen over het algemeen ingrijpender zijn dan die van de bestuursrechter. In dit licht bezien, is het goed te begrijpen dat de strafrechter niet wil uitgaan van een 'bewezenverklaring' door de bestuursrechter. Als de bestuursrechter evenwel van oordeel is dat het voor uitvoering van het publiekrechtelijke voorschrift aangewezen bestuursorgaan niet aannemelijk heeft gemaakt dat de bestuursrechtelijke norm is overtreden, zie ik niet in waarom de onafhankelijkheid en onpartijdigheid van de strafrechter in het gedrang komt als hij zich daarbij aansluit.

87 HR 11 mei 2010, NJ 2010/285. A-G Vellinga merkt in zijn conclusie bij het arrest op dat, indien uiteindelijk zou blijken dat de hoogste belastingrechter een van de strafrechter afwijkend oordeel zou geven over de vraag of de verdachte een te laag belastbaar bedrag heeft opgegeven dat feit binnen de grenzen van de door hem aangehaalde rechtspraak onder omstandigheden een nieuw feit vormt als bedoeld in artikel 457, eerste lid, onder 20, van het Wetboek van strafvordering. Hij heeft daarbij overigens primair het oog op het geval waarin de bestuursrechter een van de strafrechter afwijkend rechtsoordeel heeft gegeven. Saillant detail is dat de Hoge Raad in belastingzaken zowel de hoogste strafrechter, als bestuursrechter is. Zie hierover ook: Feteris 2009, p. 160-166.

88 Zie bijvoorbeeld: de door de A-G in zijn conclusie voor HR 11 mei 2004, NJ 2004/606, m.nt. Y. Buruma, genoemde literatuur.

De keuze van de Hoge Raad geen enkele gebondenheid van de strafrechter aan de bestuursrechter aan te nemen, heeft onverwachte consequenties voor bestuursrechtelijke procedures, in het geval een gedraging zowel heeft geleid tot strafrechtelijke vervolging, als bestuursrechtelijke handhaving. Zo verklaarde het College van Beroep voor het bedrijfsleven het beroep van een rechtzoekende, tegen wie handhavend werd opgetreden wegens het bedrijfsmatig verrichten van taxi-activiteiten zonder te beschikken over een vergunning, niet-ontvankelijk nadat het bestuursorgaan het dwangsombesluit introk. Het antwoord op de vraag of het bestuursorgaan al dan niet terecht een overtreding had geconstateerd, wat volgens de rechtzoekende relevant zou kunnen zijn voor de strafrechtelijke procedure, leverde geen procesbelang op. Het College overwoog:

‘... dat de strafrechter zelfstandig oordeelt en daarbij niet is gebonden aan het oordeel van de bestuursrechter. Appellant kan met zijn beroep dan ook niet bereiken wat hij daarmee beoogt.’⁸⁹

De Afdeling bestuursrechtspraak nam eerder nog wel aan dat een rechtzoekende aan een parallelle strafrechtelijke procedure procesbelang kan ontleenen voor de bestuursrechtelijke procedure. Uitkomst van de bestuursrechtelijke procedure zou immers kunnen zijn dat de door de rechtzoekende gewraakte ongeldigverklaring van zijn rijbewijs onrechtmatig is. Dit oordeel zou een rol zou kunnen spelen in de strafrechtelijke procedure waarin de ongeldigverklaring van het rijbewijs eveneens aan de orde is.⁹⁰ Het is de vraag in hoeverre het College van Beroep voor het bedrijfsleven met de uitspraak van 19 januari 2012 een nieuwe weg is ingeslagen. In een uitspraak van 7 juni 2012 overwoog het namelijk onder verwijzing naar voormelde uitspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak dat:

‘[...] het College [...] niet het standpunt van appellanten [deelt, OvL] dat in de mogelijkheid dat de fondsen van ArcelorMittal vergoeding van door hen geleden schade zullen vorderen, geen procesbelang kan zijn gelegen. Aannemelijk is dat een gelijk van Trafalgar in haar geschil met de AFM ook in een civielrechtelijke procedure geëntameerd door de fondsen van belang kan zijn. Dat een civiele rechter bij de beoordeling van een vordering van de fondsen in het onderhavige geval niet gebonden zal zijn aan het oordeel van de bestuursrechter in deze procedure maakt dit niet anders. De gebondenheid van de andere rechter aan het oordeel van de bestuursrechter is geen voorwaarde voor het procesbelang in de bestuursrechtelijke procedure.’

89 CBb 19 januari 2012, AB 2012/159, m.nt. O.J.D.M.L. Jansen.

90 ABRvS 13 februari 2008, JB 2008/72. Deze overweging leidde tot vernietiging van de aangevallen uitspraak, omdat de rechtbank daarin geen belang had aangenomen. Devolutief overwoog de Afdeling dat het Centraal Bureau Rijvaardigheidsbewijzen in de vrijspraak van de rechtzoekende van het rijden onder invloed, dat ten grondslag lag aan de ongeldigverklaring van het rijbewijs, geen grond had hoeven zien terug te komen van die ongeldigverklaring, gezien de vaste jurisprudentie van de Afdeling dat een strafrechtelijke procedure losstaat van een bestuursrechtelijke maatregel.

De uitspraak betreft de betekenis van een uitspraak van de bestuursrechter voor de civiele rechter. Door de verwijzing naar de uitspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak is de aanname gerechtvaardigd dat de daarin neergelegde benadering ook geldt voor de verhouding tussen de strafrechter en de bestuursrechter. De benadering waarin het bestaan van procesbelang wordt aangenomen, ligt mijns inziens overigens het meest voor de hand. Ook als een uitspraak van de bestuursrechter voor de strafrechter geen doorslaggevende betekenis heeft, ligt het immers niet voor de hand dat de uitspraak zelfs niet kwalificeert als in aanmerking te nemen argument. Een logisch gevolg van de door de Hoge Raad gevolgde handelwijze is dat – tenzij de bestuursrechter is uitgegaan van feiten en omstandigheden die tijde van de strafrechtelijke procedure niet bekend waren – een voor de burger ontlastende uitspraak van de (hoogste) bestuursrechter geen grond kan zijn voor herziening van een eerdere veroordeling.⁹¹

Het behoeft geen toelichting dat, indien de strafrechter bij de vaststelling van de feiten al niet uitgaat van de leer van de bindende kracht van uitspraken van de bestuursrechter, hij aan de leer van de formele rechtskracht, op grond waarvan de in het besluit vervatte feitenvaststelling in rechte onaanastbaar wordt omdat een belanghebbende de hem ten dienste staande bestuursrechtelijke rechtsmiddelen niet benut, evenmin betekenis toekent.⁹²

4.4.3 Bestuursrechter – strafrechter

4.4.3.1 Centrale Raad van Beroep: geen gebondenheid

Een vergelijkbare benaderingswijze treffen we voor de spiegelbeeldige situatie aan in de jurisprudentie van de Centrale Raad van Beroep. In een uitspraak van 31 december 2007 overweegt de Centrale Raad van Beroep, na te hebben vastgesteld dat betrokkenen de op hun rustende inlichtingenverplichting bedoeld in artikel 65, eerste lid, van de Algemene bijstandswet hadden geschonden, dat:

‘De omstandigheid dat de strafrechter appellanten ter zake de schending van de inlichtingenverplichting over de periode 30 juni 1998 tot 1 december 1999 heeft vrijgesproken, doet naar vaste rechtspraak van de Raad aan het voorgaande geen afbreuk. De bestuursrechter is immers in de vaststelling van en oordeel over het hem voorgelegde geschil in het algemeen niet gebonden aan hetgeen in een strafrechtelijk geding door de desbetreffende rechter is geoordeeld, te minder nu in een strafrechtelijke procedure een andere rechtsvraag voorligt en ander procesrecht van toepassing is.’⁹³

91 Vergelijk: HR 4 september 2007, NJ 2008/170, en HR 8 april 2009, ECLI:NL:HR:2009:BC8786.

92 Zie ook: HR 22 september 2009, NJ 2010/142, m.nt. P.A.M. Mevis.

93 CRvB 31 december 2007, ECLI:NL:CRVB:2007:BC2073. Zie ook de noot van K.J. Kraan onder v.zr. CRvB 3 november 2009, MRT 2011, p. 361-362. Zie voor een overzicht van de jurisprudentie van de verschillende hoogste bestuursrechtelijke instanties ook de noot van Jansen onder CBB 19 januari 2012, AB 2012/159.

In een uitspraak van 10 oktober 2006 sprak de Centrale Raad van Beroep zich nog duidelijker uit over de verhouding tussen de bestuurs- en strafrechter. In de zaak die tot deze uitspraak had geleid was de bijstandsuitkering van betrokkene ingetrokken en waren de uitbetaalde bedragen teruggevorderd, omdat betrokkene inkomsten uit hennepenteelt had verzwegen. In de bestuursrechtelijke procedure voerde betrokkene aan dat de bestuursrechter zich geen oordeel mag vormen over de aan het besluit ten grondslag liggende strafbare feiten, nu de strafrechter zich daarover nog niet had uitgelaten. De Centrale Raad van Beroep overweegt:

‘Anders dan appellant meent is hier [...] geen sprake van een beoordeling van strafbare feiten door de bestuursrechter. De Raad wijst er op dat de bestuursrechter zich over een geheel andere rechtsvraag een oordeel dient te vormen dan de strafrechter. Daarbij gaat de bestuursrechter uit van een eigen vaststelling en waardering van de betreffende feiten en omstandigheden. Derhalve valt niet in te zien dat de bestuursrechter zich vooralsnog zou dienen te onthouden van een oordeel. Ook de strafrechter gaat uit van een eigen vaststelling waartoe behoort een waardering van de wettige bewijsmiddelen.’⁹⁴

Deze overweging wekt de indruk dat in de laatste volzin tussen ‘gaat’ en ‘uit’ het woordje ‘immers’ is weggevallen. Als mijn indruk juist is, dan zou het ontbreken van wederkerigheid aan de zijde van de strafrechter mede een verklaring kunnen zijn voor de door de Centrale Raad van Beroep gekozen benaderingswijze. De hiervoor aangehaalde overwegingen van de Centrale Raad van Beroep zijn weliswaar in algemene zin gesteld, maar betreffen beide gevallen waarin de strafrechter betrokkenen had vrijgesproken.⁹⁵ Gegeven het feit dat de strafrechter doorgaans strengere eisen aan de bewijsvoering stelt dan de bestuursrechter, ligt het ook voor de hand dat de bestuursrechter aan een vrijspraak door de strafrechter niet zonder meer de slotsom verbindt dat betrokkene ook bestuursrechtelijk niets te verwijten valt.⁹⁶

De jurisprudentie biedt ook enkele aanknopingspunten waaruit kan worden afgeleid dat de Centrale Raad van Beroep in een veroordeling door de strafrechter niet zonder meer grond ziet aan te nemen dat betrokkene

94 CRvB 10 oktober 2006, *JB* 2007/15. Zie ook: CRvB 5 augustus 2014, ECLI:NL:CRVB:2014:2644, en CRvB 19 augustus 2014, ECLI:NL:CRVB:2014:2769.

95 Zie ook: CRvB 18 april 2013, *AB* 2014/101, m.nt. B. van der Vorm. Uit CRvB 21 november 2013, *AB* 2014/102, m.nt. B. van der Vorm, blijkt dat voor de ambtenarenrechter evenmin van belang is dat het Openbaar Ministerie in het geheel geen grond voor strafvervolgning zag.

96 Zie over de eisen waaraan bewijsgaring in het bestuursrecht moet voldoen bijvoorbeeld: CRvB 6 april 2006, *TAR* 2006/166, en ABRvS 3 oktober 1997, *JB* 1997/283, m.nt. M. de Werd. Zie ook: Michiels & De Waard, p. 111-114.

bestuursrechtelijk eveneens laakbaar heeft gehandeld.⁹⁷ Ortlep merkt in zijn noot onder een uitspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak op dat de Centrale Raad van Beroep in het verleden weliswaar nog een onderscheid maakte tussen vrijspraken en veroordelingen wat betreft de waarde die in een bestuursrechtelijke procedure aan een uitspraak van de strafrechter wordt gehecht, maar dat dat onderscheid in de recente jurisprudentie niet meer terugkomt.⁹⁸

Het zal dan ook geen verbazing wekken dat een latere vrijspraak door de strafrechter geen grond is voor herziening van een bestuursrechtelijke uitspraak of een nieuw gebleken feit of veranderde omstandigheid, als bedoeld in artikel 4:6 van de Algemene wet bestuursrecht.⁹⁹ Dit laat uiteraard onverlet dat die vrijspraak kan zijn gebaseerd op feiten of omstandigheden die als zodanig wel als nieuw gebleken feiten of veranderde omstandigheden, als vorenbedoeld, kunnen worden aangemerkt en waarvan de uitspraak van de strafrechter het in de jurisprudentie geëiste objectieve bewijs levert.

4.4.3.2 Hoge Raad

De Hoge Raad volgt als belastingrechter eenzelfde benaderingswijze als de Centrale Raad van Beroep. In het standaardarrest van 10 maart 1999 wordt overwogen:

‘Aan de uitkomst van de behandeling van een strafzaak ter zake van eenzelfde feitencomplex als waarover de rechter in belastingzaken dient te beslissen, kan de rechter weliswaar bewijs ontnemen, doch hij is daaraan niet gebonden en dient zich – ook als hem dezelfde bewijsmiddelen ter beschikking staan – zelfstandig een oordeel te vormen omtrent de hem voorgelegde feiten.’¹⁰⁰

97 Zie bijvoorbeeld: CRvB 24 november 2009, ECLI:NL:CRVB:2009:BK4530. Opvallend daarbij is dat de Centrale Raad van Beroep het oordeel baseert op het buiten beschouwing laten van een verklaring die de strafrechter eerder wel als bewijsmiddel had geaccepteerd. Dit is anders in het militair ambtenarenrecht, aangezien de Militaire Ambtenarenwet 1931 uitdrukkelijk bepaalde dat een onherroepelijke veroordeling door de militaire straf- of tuchtrechter geldt als bewijs van dat feit (vgl.: CRvB 13 juli 2006, TAR 2006/159, m.nt. G.L. Coolen). Zie ook: CRvB 27 juni 2013, AB 2013/351, m.nt. M.B. de Witte-van den Haak, waaruit volgt dat een strafrechtelijke bewezenverklaring (zonder oplegging van straf wegens noodweer of noodweerecces) niet maatgevend is voor de feitenvaststelling door de ambtenarenrechter. Zie voor een beschrijving van de jurisprudentie van de CRvB ook: Verbeek 2012, p. 33-34.

98 ABRvS 23 mei 2012, AB 2012/354, m.nt. R. Ortlep. De uitspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak betreft de betekenis van een strafrechtelijke veroordeling in een zaak over de verlening van het Nederlanderschap.

99 Onder meer: CRvB 1 september 2009, ECLI:NL:CRVB:2009:BJ6780, CRvB 3 februari 2010, ECLI:NL:CRVB:2010:BL3961, en CRvB 3 februari 2012, ECLI:NL:CRVB:2012:BV0768.

100 HR 10 maart 1999, BNB 1999/209, m.nt. P.J. Wattel.

Dit geldt zowel voor een veroordeling door de strafrechter als voor een vrij-spraak. Een eerder arrest van de strafkamer is geen grond voor herziening van een in rechte onaantastbaar arrest van de belastingkamer. De reden daarvoor is dat een dergelijk arrest de belastingkamer 'al ambtshalve bekend was bij de vaststelling van het arrest waarop het verzoek betrekking heeft'.¹⁰¹

4.4.3.3 Afdeling bestuursrechtspraak: gedifferentieerde gebondenheid

De Afdeling bestuursrechtspraak hanteert, indien het een vrijspraak betreft, wat betreft de betekenis die de bestuursrechter aan een uitspraak van de strafrechter moet hechten, dezelfde benadering als de Centrale Raad van Beroep en de Hoge Raad als belastingrechter. Ter motivering daarvan verwijst ook zij doorgaans naar de omstandigheid dat in het strafrecht andere en strengere bewijsregels gelden dan in het bestuursrecht.¹⁰² Daarbij lijkt overigens geen onderscheid te worden gemaakt tussen punitief en niet-punitief bestuursrecht.¹⁰³ Zoals ik in hoofdstuk 1 al opmerkte hoeft, als de strafrechter een strafbaar feit niet bewezen acht, omdat de bewijsmiddelen niet op rechtmatige wijze zijn verkregen, dan wel daaruit onvoldoende duidelijk blijkt dat het strafbare feit toerekenbaar door betrokkene is gepleegd, dat aan het treffen van bestuursrechtelijke maatregelen jegens betrokkene, zoals intrekking van de uitkering, terugvordering van teveel ontvangen bedragen¹⁰⁴ of intrekking van een vergunning,¹⁰⁵ niet in de weg te staan.¹⁰⁶ Zoals Verbeek opmerkt, is dat goed verklaarbaar indien in aanmerking wordt genomen dat, behoudens een zuivere vrijspraak, de strafrechter nu eenmaal niet geoordeeld heeft dat betrokkene de hem verweten gedraging niet heeft verricht, maar dat het Openbaar Ministerie er niet in is geslaagd dat wettig en overtuigend te bewijzen.¹⁰⁷

Een latere vrijspraak door de strafrechter op feitelijke gronden is ook voor de Afdeling bestuursrechtspraak geen grond voor herziening noch een nieuw gebleken feit of veranderde omstandigheid als bedoeld in de zogenoemde *ne-bis* jurisprudentie.¹⁰⁸ De Afdeling bestuursrechtspraak lijkt, anders dan

101 HR 9 mei 2001, *BNB* 2002/124, m.nt. Ch.J. Langereis. Zie ook: Pieterse & Schreinemachers, p. 22.

102 Zie ook: Verbeek 2012, p. 34-35.

103 Zie bijvoorbeeld: *ABRvS* 19 maart 2008, *ECLI:NL:RVS:2008:BC7109*.

104 *ABRvS* 22 februari 2000, *AB* 2001/211, *ABRvS* 16 januari 2002 in zaak nr. 200103241/1 en *ABRvS* 13 maart 2002 in zaak nr. 200102040/1 (beide niet gepubliceerd).

105 *ABRvS* 3 oktober 1997, *JB* 1997/283, m.nt. M. de Werd.

106 Zie over de toelaatbaarheid van strafrechtelijk onregelmatig verkregen bewijs in bestuursrechtelijke procedures uitgebreid: Embregts, p. 269-295, en Albers, p. 91-94.

107 Verbeek 2012, p. 41-43.

108 Volgens vaste jurisprudentie is het *ne-bis* beoordelingskader ook van toepassing indien het beroep betrekking heeft op de weigering van het bestuursorgaan terug te komen van een in rechte onaantastbaar besluit (onder meer: *ABRvS* 4 mei 2005, *ECLI:NL:RVS:2005:AT5088*). Zie bijvoorbeeld: *ABRvS* 6 december 2006 in zaak nr. 200604373/1, *ABRvS* 13 april 2011, *ECLI:NL:RVS:2011:BQ1073*. Ik kom hier in het volgende hoofdstuk uitgebreid op terug.

de Hoge Raad en de Centrale Raad van Beroep, echter wel, en soms zelfs doorslaggevende, betekenis te hechten aan een veroordeling door de strafrechter.¹⁰⁹ Zo overwoog de Afdeling bestuursrechtspraak, in een zaak waarin de vraag aan de orde was of aan de betrokken burger terecht een verklaring omtrent het gedrag was geweigerd, in verband met een nog niet onherroepelijke strafrechtelijke veroordeling dat:

‘Voor zover [appellant] heeft gesteld dat de voorzieningenrechter ten onrechte heeft overwogen dat niet ter zake doet dat hij hoger beroep heeft ingesteld tegen de op 22 juni 2009 uitgesproken strafrechtelijke veroordeling, [heeft, OvL] de minister er terecht op gewezen dat hij bevoegd is een openstaande zaak of een zaak waarvoor de betrokkene in eerste aanleg is veroordeeld ten grondslag te leggen aan zijn besluit een verklaring omtrent het gedrag te weigeren. Zolang de uitspraak van de rechtbank in de strafrechtelijke zaak niet is vernietigd, heeft uit een oogpunt van taakverdeling tussen de strafrechter en de bestuursrechter in de onderhavige bestuursrechtelijke procedure de strafrechtelijke veroordeling als uitgangspunt te gelden’.¹¹⁰

In een uitspraak van 17 maart 2010 sluit de Afdeling bestuursrechtspraak bijna letterlijk aan bij de door de Hoge Raad gehanteerde overwegingen om de verhouding tussen de straf- en bestuursrechter wat betreft de verbindendheid van algemeen verbindende voorschriften weer te geven. De zaak betreft de intrekking van het Nederlanderschap omdat betrokkene een valse verklaring heeft gegeven dan wel enig voor verkrijging van het Nederlanderschap relevant feit heeft verzwegen. Het gaat daarbij om de vraag of betrokkene eerder is gehuwd (en zich na zijn huwelijk met een Nederlandse derhalve schuldig maakt aan bigamie).¹¹¹ Na te hebben vastgesteld dat betrokkene onherroepelijk door de strafrechter is veroordeeld wegens bigamie overweegt de Afdeling bestuursrechtspraak:

‘Met het oog op het voorkomen van tegenstrijdige uitspraken, geldt dat de bestuursrechter in beginsel van een dergelijke onherroepelijke veroordelende uitspraak van de strafrechter dient uit te gaan. Hetgeen [...] ter zitting bij de Afdeling is aangevoerd, geeft geen blijk van omstandigheden die nopen tot het maken van een uitzondering op dit beginsel, zodat ervan dient te worden uitgegaan dat [betrokkene, OvL] ten tijde van de voltrekking van zijn huwelijk met [echtgenote 2] en de verlening van het Nederlanderschap reeds gehuwd was met [echtgenote 1]. De rechtbank heeft derhalve ten onrechte overwogen dat de minister zich ten onrechte op het standpunt heeft gesteld dat de naturalisatie van [betrokkene] berust op een door hem gegeven valse verklaring of bedrog, dan wel op het verzwijgen van enig voor de verkrijging of verlening relevant feit’.¹¹²

109 CBb 3 januari 2008, ECLI:NL:CBB:2008:BC2482, en CBb 6 november 2013, ECLI:NL:CBB:2013:226.

110 ABRvS 14 oktober 2010, ECLI:NL:RVS:2010:BM1022.

111 Bigamie is strafbaar gesteld in artikel 237 van het Wetboek van Strafrecht.

112 ABRvS 17 maart 2010, *JB* 2010/112, m.nt. J.J.J. Sillen.

In dit geval lag het aansluiten door de Afdeling bestuursrechtspraak bij de veroordeling door de strafrechter voor de hand: aan de intrekking van het Nederlanderschap lag ten grondslag dat betrokkene had verzwegen dat hij al gehuwd was op het moment dat hij met zijn Nederlandse partner huwde. Het te beslechten geschil betrof de vraag of het eerdere huwelijk ten tijde van het volgende huwelijk al bestond, of reeds was ontbonden, zoals betrokkene stelde. Om tot een veroordeling wegens bigamie te komen, moest de strafrechter dezelfde vraag beantwoorden. Vanuit zowel de doelmatigheids-, als de efficiëntiegedachte (er lag al een uitspraak van de strafrechter waarin dezelfde vraag was beantwoord), alsmede de specialisatiegedachte (bigamie is een naar haar aard strafrechtelijk begrip) ligt het in de rede dat de bestuursrechter het primaat gunt aan de strafrechter en diens werk niet overdoet. Als betrokkene zich niet met de uitspraak van de strafrechter kan verenigen, zal hij zijn heil moeten zoeken in de mogelijkheden die het straf(proces)recht biedt. De uitspraak is ook in lijn met de jurisprudentie van de Afdeling bestuursrechtspraak een veroordeling door de strafrechter te respecteren (of wellicht zelfs: over te nemen). Het lijkt mij juist dat de Afdeling bestuursrechtspraak in voormelde uitspraak – en in lijn met de jurisprudentie – alleen binding aanneemt aan een (onherroepelijke) veroordeling en niet ook aan een vrijspraak. Zoals ik hiervoor opmerkte, kunnen de strengere eisen die het strafrecht aan het te leveren bewijs stelt ertoe leiden dat een verdachte moet worden vrijgesproken hoewel duidelijk is geworden dat hij de hem verweten gedraging wel heeft verricht, terwijl het bewijs in de bestuursrechtelijke procedure wel gebruikt kan worden.¹¹³ Uit een oogpunt van het voorkomen van tegenstrijdige uitspraken, het begrip bij de rechtzoekende en efficiëntie van aanwending van schaarse rechterlijke capaciteit zou een andere keuze, waarbij de bestuursrechter in dit soort gevallen evenzeer uitgaat van een onherroepelijke vrijspraak door de strafrechter, eveneens mogelijk en goed verdedigbaar zijn geweest. Gelet echter op het verschillende karakter van enerzijds het strafrecht, waarin de bewijsregels strekken ter bescherming van de belangen van de verdachte tegen de overheid, en anderzijds het bestuursrecht, waarin het algemeen belang steeds een rol speelt, lijkt mij het maken van het onderscheid in dit geval gerechtvaardigd.

113 Zie ook: ABRvS 27 juni 2005, JV 2005/375, m.nt. B.P. Vermeulen, waarin de vraag aan de orde was welke bestuursrechtelijke betekenis toekomt aan een verklaring van het Openbaar Ministerie dat een vreemdeling, aan wie wegens toepasselijkheid van artikel 1F van het Vluchtelingenverdrag een verblijfsvergunning is onthouden, niet zal worden vervolgd voor mensenrechtenschendingen. Artikel 1F van het Vluchtelingenverdrag bepaalt dat iemand ten aanzien van wie ernstige redenen zijn te veronderstellen dat hij een misdrijf tegen de vrede, een oorlogsmisdrijf of een misdrijf tegen de mensheid heeft begaan, aan dit verdrag geen aanspraak op bescherming kan ontleen. Zie over de verschillen tussen de bestuursrechtelijke en strafrechtelijke aspecten van de tegenwerping van artikel 1F van het Vluchtelingenverdrag ook: Van der Vugt & Zadelhoff.

Opvallend is dat de Afdeling bestuursrechtspraak overweegt dat de bestuursrechter van een *onherroepelijke* uitspraak van de strafrechter dient uit te gaan, terwijl – zoals ook Sillen terecht constateert – op het moment dat de bij de Afdeling bestuursrechtspraak aangevallen uitspraak werd gedaan (16 juni 2009), in het voorliggende geval van een onherroepelijke uitspraak van de strafrechter nog geen sprake was. Het beroep in cassatie werd door de Hoge Raad pas bij arrest van 1 december 2009 verworpen. Dit is temeer opvallend, omdat de Afdeling bestuursrechtspraak, rechtsprekende in hoger beroep, de aangevallen uitspraak als onderwerp van geding aanwijst en in beginsel geen rekening houdt met feiten en omstandigheden die na die uitspraak zijn opgekomen, en waarvan de rechter in eerste aanleg dus ook geen kennis heeft kunnen hebben. Nu doet de Afdeling bestuursrechtspraak, doende hetgeen de rechtbank zou behoren te doen, het beroep devolutief af, in welk kader zij ook rekening kan houden met feiten en omstandigheden die zijn opgekomen na de aangevallen uitspraak. In dit geval is echter zowel de vernietiging van de aangevallen uitspraak, als de devolutieve ongegrondverklaring van het beroep gegrond op het arrest van de Hoge Raad. Ook mij is niet geheel duidelijk op grond waarvan de Afdeling bestuursrechtspraak in het arrest van de Hoge Raad aanleiding ziet de aangevallen uitspraak te vernietigen. Wat hiervan ook zij: nu, zoals ik hiervoor opmerkte, vrijspraken door de strafrechter geen novum opleveren, lijkt het mij juist om alleen binding aan een onherroepelijke uitspraak van de strafrechter aan te nemen. Niet is derhalve vereist dat het een uitspraak van de organiek hoogste strafrechter is.

De Afdeling bestuursrechtspraak hanteert een vergelijkbare redenering in zaken betreffende de ongewenstverklaring van vreemdelingen die vanwege hun strafrechtelijke antecedenten een gevaar vormen voor de openbare orde. Afhankelijk van het antwoord op de vraag of een vreemdeling al dan niet rechtmatig in Nederland verblijft, biedt artikel 67, eerste lid, aanhef en onder a, b of c, van de Vreemdelingenwet 2000 de bevoegdheid tot ongewenstverklaring over te gaan, indien die vreemdeling een gevaar vormt voor de openbare orde. Een vereiste voor ongewenstverklaring is dat de vreemdeling wegens een misdrijf is veroordeeld tot een gevangenisstraf van een bepaalde duur, waarbij de vereiste duur afhankelijk is van de duur van zijn verblijf in Nederland (de zogenoemde glijdende schaal, neergelegd in artikel 3.86 van het Vreemdelingenbesluit 2000). Klachten van vreemdelingen dat – gelet op hun specifieke omstandigheden – geen of een minder zware veroordeling passend zou zijn geweest, zodat zich in het kader van de ongewenstverklaring bijzondere omstandigheden voordoen als bedoeld in artikel 4:84 van de Algemene wet bestuursrecht, sneven steevast met de

overweging dat deze omstandigheden door de strafrechter zijn of moeten worden geacht te zijn betrokken bij zijn oordeelsvorming.¹¹⁴

Een vreemdeling die ongewenst is verklaard, maar – om wat voor reden dan ook – niet uit Nederland vertrekt, maakt zich daarmee schuldig aan overtreding van artikel 197 van het Wetboek van Strafrecht.¹¹⁵ Dat een vreemdeling – naar hij stelt – door overmacht niet uit Nederland kan vertrekken, bijvoorbeeld omdat hij bij terugkeer naar zijn land van herkomst te vrezen heeft voor een met artikel 3 van het EVRM strijdige behandeling en ook niet naar een ander land kan, en daardoor noodgedwongen artikel 197 van het Wetboek van Strafrecht overtreedt, staat overigens niet aan ongewenstverklaring in de weg. Het is aan de straf- en niet de bestuursrechter de vraag te beantwoorden hoe de strafrechtelijke consequenties van de ongewenstverklaring zich verhouden tot de omstandigheid dat de vreemdeling niet kan of zal worden uitgezet.¹¹⁶ Het gaat het bestek van dit onderzoek te buiten hier nader in te gaan op het onderscheid dat na het verstrijken van de implementatietermijn van de zogenoemde Terugkeerrichtlijn wordt gemaakt tussen – zware – inreisverboden (artikel 66a, zevende lid, van de

114 Zie bijvoorbeeld: ABRvS 11 maart 2010, *JV* 2010/161. Een uitspraak van een buitenlandse strafrechter wordt in beginsel op dezelfde wijze bejegend, zij het dat daarvoor als aanvullend vereiste geldt dat de gedraging ook naar Nederlands recht een misdrijf is en de strafmaat vergelijkbaar moet zijn met die in Nederland (zie bijvoorbeeld: ABRvS 22 juli 2010, *RV* 2010, 60, m.nt. M. Wijngaarden). Voor de Afdeling is zonder betekenis of de uitspraak van de strafrechter onherroepelijk is. Indien een ongewenstverklaring is gebaseerd op een niet-onherroepelijke uitspraak van de strafrechter die nadien wordt vernietigd, kan de vreemdeling met verwijzing naar de uitspraak van de hogere strafrechter om opheffing van de ongewenstverklaring vragen. Daarvoor geldt niet als eis dat de vreemdeling aan het verzoek nieuw gebleken feiten of veranderde omstandigheden ten grondslag legt (zie: ABRvS 28 juni 2004 in zaak nr. 200401892/1, niet gepubliceerd). Zie voor een voorbeeld waarin een vrijspraak van de strafrechter ertoe leidt dat de ongewenstverklaring niet kan worden gehandhaafd: ABRvS 2 mei 2011, *RV* 2011, 65, m.nt. P. Boeles. Uit de uitspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak van 23 juni 2014, *JV* 2014/268, blijkt overigens dat de staatssecretaris ter motivering van de duur van het inreisverbod (bijvoorbeeld 10 jaar of minder) niet kan volstaan met een verwijzing naar de veroordeling door de strafrechter, maar een zelfstandige beoordeling dient te verrichten.

115 Zie hierover nader: Laagland, Van der Leun, Van der Meij & Leerkes.

116 Zie onder meer: ABRvS 5 februari 2010 in zaak nr. 200903826/1/V3. Zie voor een voorbeeld van de wijze waarop de strafrechter daarmee omgaat: HR 28 oktober 2008, ECLI:NL:HR:2008:BE9611, HR 20 januari 2009, ECLI:NL:HR:2009:BF8848 en HR 1 december 2009, *NJ* 2010/101, m.nt. N. Keijzer. Het laatste arrest is in zoverre uitzonderlijk dat het een vreemdeling betrof ten aanzien van wie in de bestuursrechtelijke procedure reeds was vastgesteld dat artikel 3 van het EVRM zich duurzaam tegen zijn uitzetting naar zijn land van herkomst verzet, welke vaststelling de strafrechter één-op-één overneemt. Het beroep van de vreemdeling op overmacht strandt in hoogste feitelijke instantie, omdat de vreemdeling zich onvoldoende had ingespannen toegang tot een ander land te verkrijgen. De Hoge Raad casseert, omdat het gerechtshof onvoldoende heeft geconcretiseerd wat van de vreemdeling in dit verband verwacht mag worden.

Vreemdelingenwet 2000) enerzijds en ongewenstverklaringen anderzijds.¹¹⁷ Ik volsta met de opmerking dat de Afdeling bestuursrechtspraak deze benaderingswijze inmiddels heeft voortgezet voor de gevolgen van strafbaarstelling van overtreding van een inreisverbod.¹¹⁸

Opvallend in de door de Afdeling bestuursrechtspraak gekozen benadering is dat zij zich zonder meer gebonden acht aan uitspraken van de strafrechter en voor zichzelf geen enkele aanvullende taak ziet weggelegd. Anders dan in de hiervoor besproken jurisprudentie van de Hoge Raad over de gebondenheid van de strafrechter aan uitspraken van de bestuursrechter over de verbindendheid van een algemeen verbindend voorschrift, is van voorbehouden (in beginsel of behoudens bijzondere omstandigheden) bij de ongewenstverklaringsjurisprudentie geen sprake. Uit een oogpunt van een goede taakverdeling tussen de straf- en bestuursrechter en het voorkomen van tegenstrijdige uitspraken is dit wellicht toe te juichen, maar het kan ook problemen geven, in het uiterste geval zelfs een hiaat in de rechtsbescherming. Het volgende voorbeeld ter verduidelijking.

Het komt regelmatig voor dat een vreemdeling door de strafrechter wordt veroordeeld wegens het enkele in bezit hebben van een vals reis- of identiteitsdocument. Het was in elk geval tot voor kort niet ongebruikelijk dat een vreemdeling vervolgens op basis van die veroordeling ongewenst werd verklaard. De strafrechter is weliswaar bevoegd de mogelijke verblijfsrechtelijke gevolgen van een veroordeling ten gunste van de vreemdeling bij de bepaling van de strafmaat te betrekken, maar is daartoe niet verplicht. Uiteraard moet de strafrechter op een dergelijk verweer wel gemotiveerd ingaan.¹¹⁹ Problematisch is dat de Hoge Raad in een arrest van 13 oktober 2009 heeft geoordeeld dat het vervolgen van vluchtelingen wegens het in het bezit hebben van valse reis- of identiteitsdocumenten in strijd is met artikel 31, eerste lid, van het Vluchtelingenverdrag, althans als nog geen statusdeterminatie heeft plaatsgehad.¹²⁰ Een arrest van de Hoge Raad is – ook als het ertoe leidt dat toepassing van een wettelijk voorschrift in een concreet geval achterwege dient te blijven – echter geen grond voor herziening van een uitspraak van de bestuursrechter.

117 Richtlijn 2008/115/EG van het Europees Parlement en de Raad van de Europese Unie van 16 december 2008 over gemeenschappelijke normen en procedures in de lidstaten voor de terugkeer van onderdanen van derde landen die illegaal op hun grondgebied verblijven (PB 2008 L 348).

118 ABRvS 22 mei 2013, AB 2013/350, m.nt. T. de Lange.

119 Zie hierover nader: Verschaeren & Peeters.

120 HR 13 oktober 2009, ECLI:NL:HR:2009:BI1325. Zie ook: HR 6 november 2012, ECLI:NL:HR:2009:BW9266. Op 28 mei 2013 heeft de Hoge Raad deze lijn verduidelijkt en uitgewerkt: ECLI:NL:HR:2013:BX4493, ECLI:NL:HR:2013:BY4247, ECLI:NL:HR:2009:BY4310, en ECLI:NL:HR:2009:BY8956. Zie ook: HR 3 juni 2014, ECLI:NL:HR:2014:477. Zie hierover ook: De Jonge van Ellemeet, p. 89-91.

Het zou mijns inziens echter onaanvaardbaar zijn, indien de Afdeling bestuursrechtspraak ook in dit soort gevallen zou vasthouden aan haar hiervoor uiteengezette benaderingswijze, waarbij de uitspraak van de strafrechter – in dit geval de eerdere veroordeling van de desbetreffende vreemdeling – leidend is voor de ongewenstverklaring. Dit zou er immers toe leiden dat een vreemdeling ongewenst mag worden verklaard, hoewel uit latere jurisprudentie van de Hoge Raad volgt dat de veroordeling door de strafrechter die de basis voor de ongewenstverklaring vormt, onmiskenbaar in strijd is met het internationale recht. Uit een oogpunt van verdeling van rechtsmacht zou het uiteraard de voorkeur verdienen, indien de vreemdeling zich tot de Hoge Raad wendt om zijn veroordeling te laten herzien. Nog daargelaten of een wijziging in de jurisprudentie, zoals in dit geval aan de orde, grond voor herziening kan zijn, levert deze route geen positieve bijdrage aan een efficiënte verdeling van rechtsmacht. Gegeven de jurisprudentie van de Hoge Raad moet voor de bestuursrechter immers duidelijk zijn dat de vreemdeling thans niet meer veroordeeld zou zijn. In dit soort gevallen blijkt de waarde van het maken van een algemeen voorbehoud, zoals de Hoge Raad deed in het hiervoor in paragraaf 4.2.2.5 vermelde arrest van 24 september 2002. Dat biedt een mogelijkheid om in een voorkomend geval tot de juiste oplossing te komen zonder om te hoeven gaan of de jurisprudentie te hoeven nuanceren. Bezien zal moeten worden hoe de Afdeling zich hieruit redt.

Een spiegelbeeldige situatie treffen we aan in de jurisprudentie van de Afdeling over het inreisverbod. Ingevolge artikel 108, zesde lid, van de Vreemdelingenwet 2000 wordt met hechtenis van zes maanden of een geldboete van de tweede categorie bestraft de vreemdeling die in Nederland verblijft, terwijl hij weet of ernstige reden heeft te vermoeden dat tegen hem een inreisverbod is uitgevaardigd. Onder verwijzing naar verschillende arresten van het Hof van Justitie is wel betoogd dat de omstandigheid dat overtreding van een inreisverbod met gevangenisstraf wordt bedreigd in strijd is met het unierecht en dat onder die omstandigheden aan een vreemdeling dus geen inreisverbod mag worden opgelegd. In een uitspraak van 22 mei 2013 overwoog de Afdeling:

‘Eerst wanneer de strafrechter aan een vreemdeling aan wie een inreisverbod is uitgevaardigd wegens overtreding ervan een vrijheidsstraf oplegt, bestaat [...] aanleiding om te toetsen of de Terugkeerrichtlijn zich daartegen verzet. Gelet hierop is het aan de strafrechter om in een concreet geval te oordelen over de verenigbaarheid van de strafbaarstelling van de overtreding van een inreisverbod met de Terugkeerrichtlijn. Aldus wordt aangesloten bij de jurisprudentie van de Afdeling inzake de ongewenstverklaring (zie de uitspraak van de Afdeling van 7 augustus 2006 in zaak nr. 200602402/1), waaruit blijkt dat de vraag hoe de strafrechtelijke gevolgen van een ongewenstverklaring zich verhouden tot de omstandigheid dat een vreemdeling niet naar het land van zijn herkomst uitgezet zal worden, door het OM en de strafrechter dient te worden beantwoord.’¹²¹

121 ABRvS 22 mei 2013, AB 2013/350, m.nt. T. de Lange.

Met andere woorden: of het unierecht zich al dan niet verzet tegen (het opleggen van) een inreisverbod, op overtreding waarvan gevangenisstraf staat, dient niet te worden beoordeeld door de bestuursrechter, maar door de strafrechter.

4.4.3.4 College van Beroep voor het bedrijfsleven

Wat betreft de betekenis die aan een vrijspraak door de strafrechter wordt gehecht, lijkt het College van Beroep voor het bedrijfsleven op dezelfde lijn te zitten als zowel de Centrale Raad van Beroep, de Hoge Raad, als de Afdeling bestuursrechtspraak. Een vrijspraak door de strafrechter bindt de bestuursrechter niet. In een uitspraak van 8 februari 2013 overwoog het College:

‘Een vrijspraak betekent alleen dat de strafrechter het tenlastegelegde niet wettig en overtuigend bewezen acht. De bestuursrechter is bij de vaststelling van en het oordeel over het hem voorgelegde geschil in het algemeen niet gebonden aan het oordeel van de strafrechter, te minder nu in de strafrechtelijke procedure een andere rechtsvraag voorlag en een ander procesrecht van toepassing was.’¹²²

Dit laat uiteraard onverlet dat de bestuursrechter op basis van dezelfde feiten tot hetzelfde oordeel komt als de strafrechter of zelfs dat oordeel overneemt.¹²³

Uit de jurisprudentie van het College van Beroep voor het bedrijfsleven kan niet eenduidig worden afgeleid welke betekenis het hecht aan een (onherroepelijke) veroordeling door de strafrechter. Er is een enkele uitspraak waaruit wellicht zou kunnen worden afgeleid dat het evenals de Afdeling bestuursrechtspraak een gedifferentieerde benadering voorstaat. Een uitspraak is evenwel niet voldoende om een lijn met een vaste richting te trekken, te minder indien de motivering van de uitspraak niet bijzonder uitgesproken is en de uitspraak van de strafrechter enkel lijkt te dienen als bevestiging van de verklaring van de rechtzoekende.¹²⁴

4.4.4 Algemene regel?

Bestuursrechter – strafrechter

Aan het voorgaande, gezien in het licht van de bestaande jurisprudentie, kan de regel worden ontleend dat in elk geval wat betreft de Afdeling bestuursrechtspraak een onherroepelijke strafrechtelijke veroordeling in de

122 CBb 8 februari 2013, *JBO* 2013/57, m.nt. D. van der Meijden. Zie bijvoorbeeld ook: CBb 29 juni 2012, ECLI:NL:CBB:2012:BX0316. Zie ook: CBb 29 juni 2012, ECLI:NL:CBB:2012:BX0316, waaruit volgt dat een vrijspraak niet in de weg staat aan het opleggen van een bestuurlijke (herstel)sanctie.

123 Zie bijvoorbeeld: CBb 21 december 2012, ECLI:NL:CBB:2012:BZ1723.

124 CBb 6 november 2013, ECLI:NL:CBB:2013:226.

bestuursrechtelijke procedure dwingend bewijs oplevert van het gepleegde strafbare feit. Zoals Sillen in zijn noot bij deze uitspraak terecht opmerkt, lijkt dit op de regeling die in artikel 161 van het Wetboek van burgerlijke rechtsvordering is neergelegd. Op grond daarvan levert een onherroepelijk vonnis van de strafrechter, waarbij hij bewezen heeft verklaard dat iemand een feit heeft begaan, dwingend bewijs van dat feit op. Anders dan in het burgerlijk procesrecht is in het bestuursrecht niet in de wettelijke mogelijkheid voorzien tegenbewijs te leveren. De Afdeling bestuursrechtspraak maakt weliswaar geregeld dezelfde voorbehouden als de Hoge Raad ('in beginsel' en 'omstandigheden die nopen tot het maken van een uitzondering'), maar voor zover ik kan overzien, heeft zij deze uitzonderingen tot nu toe nooit uitgewerkt. Ik kan mij dan ook niet aan de indruk onttrekken dat de gemaakte voorbehouden slechts een middel vormen om onaanvaardbare uitkomsten te voorkomen.

Nog daargelaten dat de wetgever geen aanleiding heeft gezien voor de verhouding tussen de straf- en bestuursrechter over de gehele linie een met artikel 161 van het Wetboek van burgerlijke rechtsvordering vergelijkbare regeling te treffen, zie ik ook geen reden waarom de bestuursrechter niet zou mogen uitgaan van de juistheid van de uitspraak van de strafrechter, ook niet indien een rechtzoekende tegenbewijs levert.¹²⁵ Gegeven dat in het bestuursrecht, anders dan in het civiele recht, de rechtsvaststelling in eerste instantie door het bestuursorgaan geschiedt en niet door de rechter, zou dit er immers toe leiden dat de juistheid van een (straf)rechterlijke uitspraak op bestuurlijk niveau wordt herbeoordeeld aan de hand van door een rechtzoekende aangevoerde feiten en omstandigheden. Het behoeft geen toelichting dat dit uit oogpunt van scheiding der machten een ongewenste situatie is, ook indien in aanmerking wordt genomen dat de bestuursrechter de feitenvaststelling door het bestuursorgaan zonder terughoudendheid toetst. Indien een rechtzoekende meent dat de uitspraak van de strafrechter, die het bestuursorgaan en de bestuursrechter als gegeven beschouwen, onjuist is en hij zich daarbij niet wil neerleggen, dient hij gebruik te maken van de middelen die het straf(proces)recht biedt. Dit laat uiteraard onverlet dat de bestuursrechter tot de slotsom kan komen dat het besluit, bijvoorbeeld de intrekking van het verleningsbesluit en terugvordering van teveel ontvangen uitkeringsbedragen, de toets in rechte niet kan doorstaan.

Het zou mijn voorkeur hebben als de benadering van de Afdeling bestuursrechtspraak, waarbij een onherroepelijke veroordeling door de strafrechter dwingend bewijs oplevert van het gepleegde strafbare feit, ook door de Hoge Raad als bestuursrechter, het College van Beroep voor het bedrijfsleven en de Centrale Raad van Beroep zou worden gehanteerd. Voor de Centrale Raad van Beroep zou dat relatief eenvoudig zijn. Indien de strafrechter wettig en overtuigend bewezen acht dat een persoon een

125 In dezelfde zin: Verbeek 2012, p. 38-41, zij het dat hij – als ik het goed zie – de burger wel de mogelijkheid tot tegenbewijs zou willen bieden.

bepaalde gedraging heeft verricht, dan zou dat – gegeven de hoge eisen die de strafrechter aan bewijsvergaring stelt – voor de bestuursrechter voldoende moeten zijn er eveneens van uit te gaan dat die gedraging is verricht.¹²⁶ Een benadering derhalve die de Centrale Raad van Beroep – zij het daartoe gedwongen door de wetgever – hanteert in militaire ambtenarenzaken.¹²⁷ In een wat verder verleden heeft de Centrale Raad van Beroep deze benaderingswijze overigens in niet militaire ambtenarenzaken ook gehanteerd.¹²⁸ Voor vrijspraken kan de huidige jurisprudentie worden gehandhaafd. Het *una-via-beginsel*, voor de bestuurlijke boete neergelegd in artikel 5:44 van de Algemene wet bestuursrecht, waarborgt dat aan een verdachte die is vrijgesproken door de strafrechter voor hetzelfde feit geen bestuurlijke bestraffende sanctie wordt opgelegd, en omgekeerd. Aan het opleggen van een herstelsanctie staat dit uit de aard der zaak niet in de weg.¹²⁹

Strafrechter – bestuursrechter

Voor de Hoge Raad als strafrechter zou dit tot de spiegelbeeldige situatie moeten leiden. Aangezien de bestuursrechter lagere eisen stelt aan de bruikbaarheid van het bewijsmateriaal, kan een uitspraak van de bestuursrechter waarin hij een handhavingsbesluit in stand laat, voor de strafrechter geen grond zijn om aan te nemen dat wettig en overtuigend is bewezen dat betrokkene de gedragingen waarvoor hij wordt vervolgd, heeft gepleegd. Juist omdat de bestuursrechter lagere eisen aan het bewijs stelt, zie ik niet in waarom een oordeel van de bestuursrechter dat betrokkene de gedragingen waarop de toepassing van de bestuursrechtelijke handhavingsmiddelen is gebaseerd, niet heeft verricht (dan wel dat het bewijs waaruit dat zou blijken buiten beschouwing moet worden gelaten) voor de strafrechter geen grond zou moeten zijn tot vrijspraak over te gaan, of in elk geval een veroordeling achterwege te laten. Daarbij doel ik uiteraard wel op de gevallen waarin de toepassing van de bestuursrechtelijke handhavingsmiddelen en de strafvervolgning op hetzelfde feitencomplex zijn gebaseerd. Deze benaderingswijze heeft als bijkomend voordeel dat de voor de gemiddelde burger onbegrijpelijke situatie (zie het hiervoor besproken voorbeeld over bijstandsfraude) wordt voorkomen. Zoals ik hiervoor opmerkte, neemt de Hoge Raad thans geen enkele gebondenheid aan van de strafrechter aan de (toetsing van de) feitenvaststelling door de bestuursrechter.

126 Bijkomend voordeel is dat ook bestuursorganen van de veroordeling kunnen uitgaan bij de besluitvorming of bij de beantwoording van de vraag of al dan niet aanleiding bestaat tot het treffen van bestuursrechtelijke maatregelen en zich na een veroordeling door de strafrechter niet de vraag hoeven stellen of ook zij wel overtuigd zijn dat betrokkene de gedraging heeft verricht (zie bijvoorbeeld: CRvB 13 maart 2007, *JB* 2007/108).

127 Zie bijvoorbeeld: CRvB 13 juli 2006, *TAR* 2006, 159, m.nt. G.L. Coolen.

128 Zie: R. Ortlep bij ABRvS 23 mei 2012, *AB* 2013/354.

129 Zie over het (belang van het maken van) onderscheid tussen bestuurlijke bestraffende sancties en herstelsancties: Albers 2014, p. 22-65.

4.4.5 Tussenconclusies

Wat betreft de vraag of tussen de straf- en bestuursrechter gebondenheid wordt aangenomen aan een eerdere feitenvaststelling bestaat blijkens de jurisprudentie een duidelijk verschil in benadering tussen de Hoge Raad (als strafrechter) en de Centrale Raad van Beroep enerzijds en de Afdeling bestuursrechtspraak anderzijds. Eerstgenoemden nemen over en weer geen enkele vorm van gebondenheid aan. De Afdeling bestuursrechtspraak maakt een onderscheid tussen voor de rechtzoekende begunstigende en belastende vaststellingen. Zij acht zich gebonden aan veroordeling door de strafrechter en de daaraan ten grondslag liggende vaststelling van de feiten, maar niet aan een vrijspraak. De reden om geen gebondenheid aan te nemen is voor alle instanties de eigen aard van de respectieve procedure en de eisen die deze stelt aan het te leveren bewijs. De benaderingswijze van het College van Beroep voor het bedrijfsleven sluit grotendeels aan bij die van de Hoge Raad en de Centrale Raad van Beroep.

Mijns inziens zou de rechtseenheid gebaat zijn bij de volgende, op de jurisprudentie van de Afdeling bestuursrechtspraak gebaseerde, uitgangspunten. In geval van een onherroepelijke veroordeling door de strafrechter gaat de bestuursrechter ervan uit dat betrokkene de verweten gedraging heeft verricht. Een vrijspraak bindt de bestuursrechter echter niet, nu het bestuursrecht aan het bewijs en de wijze waarop het verkregen is minder eisen stelt. Is sprake van een onherroepelijk oordeel van de bestuursrechter dat niet aannemelijk is dat betrokkene de gedraging heeft verricht, dan wel dat het bewijsmateriaal waaruit blijkt dat hij deze wel heeft verricht niet kan worden gebruikt, dan gaat de strafrechter daarvan eveneens uit. Een ongegrondverklaring door de bestuursrechter van een beroep bindt de strafrechter niet. In geen van deze gevallen, hoeft de rechtzoekende gelegenheid te worden geboden tegenbewijs van de vaststelling door de bestuursrechter of strafrechter te leveren.

4.5 SAMENVATTING EN CONCLUSIES

In dit hoofdstuk stond de verhouding tussen de straf- en de bestuursrechter centraal. De strafrechter hanteert blijkens de jurisprudentie het uitgangspunt dat hij slechts binding aanvaardt op grond van de *leer van de bindende kracht van uitspraken van de bestuursrechter*. Indien een openstaande bestuursrechtelijke rechtsgang niet is gevolgd, werpt de strafrechter een verdachte de *leer van de formele rechtskracht* niet tegen, maar gaat hij over tot een zelfstandige beoordeling van de rechtmatigheid van het besluit.

Wat betreft de gebondenheid aan een eerder oordeel over de verbindendheid van een algemeen verbindend voorschrift neemt de Hoge Raad slechts gebondenheid van de strafrechter aan, en wel *erga omnes*, aan een oordeel van de hoogste bestuursrechter dat een algemeen verbindend voorschrift *onverbindend* is. Van zodanig oordeel van een eerstelijnsbestuurs-

rechter gaat voor de strafrechter geen *erga-omnes*binding uit, maar het heeft *inter partes* wel betekenis over de band van het oordeel van de bestuursrechter over de rechtmatigheid van een besluit. Op grond van de leer van de bindende kracht van uitspraken van de bestuursrechter is de strafrechter aan dat oordeel gebonden, mits het onherroepelijk is. De Hoge Raad aanvaardt slechts zeer beperkte uitzonderingsmogelijkheden, in het bijzonder bij evidente strijd met het EVRM of unierecht. Jurisprudentie waarin één van de hoogste bestuursrechters uitdrukkelijk ingaat op de vraag of de bestuursrechter gebonden is aan een oordeel van de (hoogste) strafrechter over de verbindendheid van een algemeen verbindend voorschrift ben ik niet tegengekomen.

Bij de vraag of binding wordt aangenomen aan een eerdere uitleg van een wettelijk voorschrift bleek de *leer van de meest gerede rechter* goede dienst te doen. Zowel de strafrechter, als de bestuursrechter pleegt zich blijkens de jurisprudentie aan te sluiten bij de uitleg, gegeven door de instantie tot wier rechtsgebied het voorschrift behoort, dan wel waarmee het het meest verband houdt.

Speelde bij beantwoording van de eerste twee vragen een doelmatige taakverdeling en het voorkomen van tegenstrijdige uitspraken tussen de straf- en de bestuursrechter een belangrijke rol, bij beantwoording van de derde vraag lijken deze belangen in de jurisprudentie geen rol te spelen. Zowel de Hoge Raad als strafrechter, als de Centrale Raad van Beroep, als het College van Beroep voor het bedrijfsleven acht zich niet gebonden aan een eerdere feitenvaststelling door de andere instantie. De belangrijkste reden daarvoor lijkt te zijn dat het bestuursrecht en het strafrecht verschillende eisen aan het bewijs stellen, in het bijzonder aan de wijze waarop feiten worden vergaard. De Afdeling bestuursrechtspraak volgt een genuanceerdere benadering. Zij acht zich gebonden aan een bewezenverklaring, dan wel veroordeling door de strafrechter, maar niet aan een vrijspraak. Opvallend is dat ook voor de Afdeling bestuursrechtspraak de reden voor de gekozen benadering is gelegen in de verschillende eisen die in de straf- en de bestuursrechtelijke procedure worden gesteld aan het bewijs.

Ik kwam tot de conclusie dat de door de Afdeling bestuursrechtspraak gehanteerde benaderingswijze voor eerdere oordelen over de vaststelling van feiten, over de gehele linie van het straf- en bestuursrecht zou moeten gelden. Wat betreft de strafrechter zou dit leiden tot de spiegelbeeldige situatie: de strafrechter acht zich gebonden aan een onherroepelijk oordeel van de bestuursrechter dat betrokkene de hem verweten gedragen niet heeft verricht, dan wel dat het bewijs niet kan worden gebruikt. Het tegenovergestelde oordeel van de bestuursrechter bindt de strafrechter evenwel niet.