



Universiteit  
Leiden

The Netherlands

## De beoordeling van strafvorderlijk overheidsoptreden

Cleiren, C.P.M.

### Citation

Cleiren, C. P. M. (1995). De beoordeling van strafvorderlijk overheidsoptreden, 700-713. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/3094>

Version: Not Applicable (or Unknown)

License:

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/3094>

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

## Beoordeling van strafvorderlijk overheidsoptreden

Een beschouwing op basis van een vergelijking tussen de strafrechter en de Nationale ombudsman

---

### I Inleiding

In het Nederlandse rechtsbestel wordt veel aandacht besteed aan adequate regelingen voor de beoordeling van overheidsoptreden. Overheidsoptreden moet immers te allen tijde de toets der kritiek kunnen doorstaan. Strafvorderlijk overheidsoptreden is hiervan niet uitgezonderd. Ondanks de brede consensus over bovenstaande open deuren is nog steeds geen sluitend, uit diverse onderling goed op elkaar aansluitende regelingen opgebouwd systeem van rechtsbescherming gecreëerd. De verschillen tussen bijvoorbeeld publiekrechtelijke regelingen en privaatrechtelijke afhandeling (onrechtmatige overheidsdaad) zijn daarvoor te groot. Over een gemeenschappelijke noemer van waaruit zo een sluitend systeem zou kunnen worden opgebouwd, bestaan aanzienlijke verschillen in opvatting.

Er is thans een aantal (typen) procedures waarin het strafvorderlijk overheidsoptreden uitdrukkelijk ter beoordeling van een onafhankelijke instantie komt of kan komen. Twee ervan willen wij hieronder nader belichten en vergelijken. De eerste procedure is het strafgeding, waarbinnen de strafrechter voor zichzelf een mogelijkheid heeft gecreëerd voor controle op de rechtmatigheid van het overheidsoptreden in het voorbereidend onderzoek. Deze toets betreft in het bijzonder de toelaatbaarheid van het bewijsmateriaal, alsmede de ontvankelijkheid van het Openbaar Ministerie. Deze middelen zijn gelet op de in de art. 348 en 350 Sv aan de strafrechter ter beantwoording voorgelegde vragen noodzakelijkerwijze beperkt. De andere procedure is die waarin de aan de Nationale ombudsman (No) toegekende bevoegdheid tot beoordeling van de behoorlijkheid van het strafvorderlijk overheidsoptreden wordt gerealiseerd.

Nu de ombudsman zich de afgelopen jaren nadrukkelijk heeft gemanifesteerd door een toenemend aantal rapporten en een toene-

---

\* *Hoogleraar respectievelijk universitair hoofddocent straf(proces)recht aan de Erasmus Universiteit Rotterdam.*

mende mate aan invloed, is het mogelijk een vergelijking te maken tussen beide vormen van toetsing. Wij zijn er daarbij niet primair op uit om op basis van afzonderlijke rapporten van de ombudsman een noodzakelijk casuïstische opsomming te geven van verschillen en overeenkomsten in beoordeling van concreet en daarmee sterk feitelijk gekleurd overheidsoptreden. Daarin lijkt reeds te zijn voorzien.<sup>1</sup> Het is ons er eerder om te doen een bijdrage te leveren aan de discussie over het tot stand brengen van een algemeen, in elk geval sluitend systeem van beoordeling van overheidsoptreden. Daarom belichten wij niet zo zeer afzonderlijke rapporten van de ombudsman of vonnissen van strafrechters met het oog op verschillen in beoordeling van concreet optreden, maar veel meer afbakeningsproblemen die zich (in hun algemeenheid) op het grensvlak van ombudsman en strafrechter laten aanwijzen. Deze vloeien zowel voort uit de wettelijke regeling van taak en bevoegdheid van ombudsman en strafrechter als ook uit de opstelling die zij bij hun taakuitoefening blijken te kiezen. Deze afbakeningsproblemen worden hieronder eerst geschetst. Wij beginnen met een daarop gerichte analyse van de wettelijke regeling.

## 2 Afbakening van de bevoegdheid en de taak van de Nationale ombudsman ten opzichte van die van de (straf)rechter

In de Wet Nationale ombudsman (WNO) is uitdrukkelijk aandacht besteed aan de afbakening van de bevoegdheid van de Nationale ombudsman ten opzichte van de rechter. Deze afbakening is louter van formele aard, hetgeen wil zeggen dat zij er in de eerste plaats op is gericht te voorkomen dat beide instanties zich *te zelfder tijd* met de beoordeling van hetzelfde optreden bezighouden. Dit uitgangspunt is neergelegd in art. 16 aanhef en onder d WNO, ingevolge welke bepaling de ombudsman zonder meer onbevoegd wordt verklaard een onderzoek in te stellen zolang een procedure bij de rechter aanhangig is, dan wel tegen een rechterlijke beslissing nog een rechtsmiddel open staat. In artikel 1a, lid 2, WNO wordt bepaald dat de ombudsman niet bevoegd is tot onderzoek van gedragingen van organen op wier gedragingen de rechterlijke macht toeziet en wel voor zover het deze gedragingen betreft. Voor zover de ombudsman na afloop van een rechterlijke procedure een onderzoek instelt, bepaalt artikel 26,

<sup>1</sup> Zie daartoe vooral de jaarverslagen van de ombudsman en de halfjaarlijkse rubriek 'Nationale ombudsman' in dit blad.

lid 2, WNO dat hij de rechtsgronden waarop de beslissing van de rechter steunt in acht neemt.

Zoals gezegd verhindert deze bevoegdheidsverdeling alleen dat beide instanties zich tegelijkertijd (in dezelfde zaak) met hetzelfde overheidsoptreden bezighouden. Dubbele toets van concreet optreden is uitgesloten. Maar de (formele) bevoegdheidsverdeling verhindert niet dat hetzelfde *soort* overheidsoptreden de ene maal door de strafrechter, de andere maal door de ombudsman - beiden binnen hun eigen taak - wordt beoordeeld. Verschillen in (de mogelijke uitkomst van) beoordeling door beide instanties lijken alleen dan acceptabel als hun beider taak tot een inhoudelijk verschil in toetsing dwingt. Nu suggereert elk van die taken inderdaad een afbakening door een dergelijk inhoudelijk verschil in toetsing: de rechter zou de rechtmatigheid toetsen, de ombudsman de behoorlijkheid (art. 26, lid 1, Wet No). Zou dit verschil in toetsing daadwerkelijk bestaan, dan is acceptabel dat de No bepaald optreden diskwalificeert ('niet-behoorlijk'), terwijl datzelfde optreden, getoetst door de strafrechter, wel wordt geaccepteerd ('rechtmatig'). Minder acceptabel lijkt evenwel dat de ombudsman onder het mom van een beoordeling van de behoorlijkheid, een oordeel uitspreekt over de rechtmatigheid van bepaald optreden, terwijl uit jurisprudentie blijkt dat de strafrechter, die -was het optreden aan hem voorgelegd- ook de rechtmatigheid zou hebben beoordeeld, terzake tot een ander oordeel zou zijn gekomen.

Het bovenstaande maakt duidelijk dat geen waterdichte scheiding tussen strafrechter en ombudsman is gegarandeerd. Ook in de praktijk blijkt dat beide instanties inhoudelijk een met elkaar vergelijkbare toets uitvoeren. Zowel door de wettelijke regeling als door de praktijk wordt aldus als vanzelf de mogelijkheid van incongruenties gegeven. In het onderstaande worden enkele voorbeelden en gevolgen van deze incongruenties belicht.

### 3 Incongruenties samenhangend met de wettelijke regeling

De eerste incongruenties tussen strafrechter en ombudsman ontstaan als we de interpretatie van de wettelijke regeling van de bevoegdheid van de ombudsman nader onder de loep nemen (art. 1a, lid 2, en art. 26 WNO). De regeling die betrekking heeft op de fase voorafgaand aan een onderzoek door de rechter (artikel 1a, lid 2, WNO) wordt door de ombudsman zo geïnterpreteerd, dat in geval een vorm van rechterlijk toezicht potentieel voorhanden is, hij zich onbevoegd acht, ongeacht of het rechterlijk toezicht daadwerkelijk wordt geïnitieerd en uitgeoefend. Ter illustratie kan dienen No 93/257, waarin de ombuds-

man overweegt: 'De weigering van de hoofdofficier van justitie (om te vervolgen) is zo'n gedraging, omdat daarover op grond van art. 12 Sv beklag kan worden gedaan bij het gerechtshof'. Dit leidde er toe dat de ombudsman zich niet bevoegd achtte te oordelen over een sepot door de officier.<sup>2</sup> Deze ruime interpretatie van de term toezicht impliceert een beperking van de bevoegdheid van de ombudsman. De genoemde interpretatie zou zonder meer onomstreden zijn als hij inhoudelijk eenzelfde toetsing zou uitvoeren als - in bovenvermelde casus - de raadkamer van het gerechtshof na beklag tegen niet-vervolgen. Dan is immers logisch dat hij zich van een beoordeling onthoudt nu die door het gerechtshof had kunnen worden gegeven. Maar zoals gezegd, suggereert de (wettelijke) taakstelling van beide instanties nu juist een inhoudelijk verschillende toets. Tegen deze achtergrond ligt zijn terughoudende opstelling niet meer in de rede.

Ook de toepassing van de regeling inzake de bevoegdheid van de ombudsman voor zover die betrekking heeft op de fase na de rechterlijke uitspraak (art. 26 WNO), leidt tot incongruenties met de strafrechterlijke beoordeling. De ombudsman begrijpt deze regeling zo, dat hij zich uitsluitend in het concrete geval aan het rechterlijk oordeel gebonden moet achten en dan nog slechts in zoverre als hij, ombudsman, vindt dat het rechterlijk oordeel relevant is voor zijn beoordeling van de behoorlijkheid van het optreden. Vervolgens neemt hij de vrijheid het rechterlijk oordeel op zijn eigen manier te interpreteren. Eén en ander kan aan de hand van de problematiek van de schadevergoeding na strafvorderlijk overheidsop treden treffend worden geïllustreerd.<sup>3</sup>

Zoals bekend acht de civiele rechter een vordering uit onrechtmatige daad ontvankelijk in geval tegen een verdachte burger dwangmiddelen zijn toegepast waardoor schade is toegebracht, terwijl

- 2 Volgens het *Jaarverslag Nationale Ombudsman 1982*, p. 25, acht de ombudsman zich echter wel bevoegd indien de klager in de beklagprocedure ex art. 12 Sv niet ontvankelijk is verklaard. Van der Burg c.s. achten deze interpretatie aanvechtbaar op grond van de strekking van de bepaling. De consequentie dat klachten van niet-rechtstreeks belanghebbenden tot toetsing van het beleid van het OM door de ombudsman zouden kunnen leiden, vinden zij onaanvaardbaar. F.H. van der Burg, G.J.M. Cartigny en G. Overkleef-Verburg, *De ombudsman, in Rechtsbescherming tegen de overheid*, Ars Aequi Libri, 1985, p. 189.
- 3 Een ander voorbeeld leveren de rapporten No 94/595 en No 94/630, waaruit blijkt dat de ombudsman van mening is dat zijn diskwalificatie (niet behoorlijk) van het optreden van de met de executie van strafvonnissen belaste organen er toe kan leiden dat het rechterlijk vonnis niet meer ten uitvoer mag worden gelegd ook nadat een ingediend verzoek om gratie van de straf is afgewezen.

die verdachte uiteindelijk niet door de strafrechter wordt veroordeeld.<sup>4</sup> Het onrechtmatigheidsoordeel van de civiele rechter leek aanvankelijk geheel te worden bepaald door het enkele feit dat de burger niet werd gestraft.<sup>5</sup> De ombudsman gaat voor een deel mee in deze invulling van de civielrechtelijke onrechtmatigheid. In de gevallen waarin een burger volgens bovenstaande jurisprudentie in zijn verzoek tot schadevergoeding bij de civiele rechter ontvankelijk zou zijn, maar zich in plaats daarvan met een klacht over de weigering tot schadevergoeding door het overheidsorgaan tot de ombudsman wendt, neemt de ombudsman het civielrechtelijke uitgangspunt in principe over. Maar hij acht zich daartoe op grond van artikel 26 WNO niet verplicht. Hij respecteert dit rechterlijk uitgangspunt met zoveel woorden slechts 'in beginsel'.<sup>6</sup> Vervolgens geeft hij een eigen uitleg aan de bedoelde rechtspraak van de civiele kamer van de Hoge Raad. Zijn opvatting komt er op neer dat elke niet-veroordeling (om welke reden dan ook) een civielrechtelijke aanspraak op schadevergoeding uit onrechtmatige daad oplevert. Deze aanspraak mag om principiële redenen niet worden verminderd op grond van vermeende restschuld bij de gewezen verdachte aan het strafbaar feit waarvan hij aanvankelijk werd verdacht. Dat laatste is nu juist in een recent arrest van de Hoge Raad<sup>7</sup> ten volle als grond voor matiging van de schadevergoeding geaccepteerd en zelfs uitdrukkelijk naar voren gebracht!

De ombudsman acht evenwel met de civiele jurisprudentie de in rechte bestaande mogelijkheden voor schadevergoeding niet uitgeput. Hij onderscheidt binnen zijn toetsing van de behoorlijkheid een aparte 'in rechte erkende' categorie van gevallen, waarin de overheid krachtens een natuurlijke verbintenis tot schadevergoeding gehouden zou zijn. Daaraan moet nog worden toegevoegd de geheel eigen interpretatie die de ombudsman aan het publiekrechtelijk gelijkheidsbeginsel geeft. Dat beginsel dwingt er volgens hem toe dat de overheid de kosten en schaden van (rechtmatig) optreden ten behoeve van het algemeen belang in principe voor haar rekening neemt ten einde gelijkwaardige belasting van burgers te garanderen (égalité-beginsel).

4 Dit geldt ook in geval het gaat om schade ten gevolge van vrijheidsbeneming in gevolge een bevel tot inverzekeringstelling, klinische observatie of voorlopige hechtenis waarvoor het Wetboek van Strafvordering in een aparte schadevergoedingsmogelijkheid voorziet.

5 Zie onder meer HR 26 januari 1990, NJ 1990, 794.

6 *Jaarverslag Nationale Ombudsman* 1991, Bijl. Hand. TK 1991-1992, 22 550, nrs. 1-2, p. 154.

7 HR 29 april 1994, RvdW 1994, 104.

Het gevolg van deze benadering van de ombudsman is, dat aan de strafrechtelijke en civielrechtelijke schadevergoedingsprocedures een zelfstandige 'ombudsmanprocedure' is toegevoegd. Deze incongruentie wordt door niemand minder dan de ombudsman zelf onder woorden gebracht, waar hij de (onderling) afwijkende uitkomsten van de civielrechtelijke en strafrechtelijke procedures - te weten dat een gewezen verdachte in geval van niet veroordeling niet steeds zijn schade vergoed kan krijgen - 'ongerijmd' noemt. Met het bovenstaande zijn wij als vanzelf terug bij de eerder gesignaleerde vraag naar de inhoudelijke afbakening tussen beide beoordelingsprocedures.

#### **4 Incongruenties samenhangend met de toetsingscriteria: rechtmatigheid en behoorlijkheid**

##### *4.1 De strafrechter*

De toetsingscriteria voor overheidsoptreden door de strafrechter worden in de eerste plaats bepaald door de wijze waarop de uitgeoefende bevoegdheid in de wet is omschreven.<sup>8</sup> Het in de wettelijke formulering van strafvorderlijke bevoegdheden tot uitdrukking gebrachte veroorloevende karakter daarvan brengt evenwel mee dat de beslissing tot uitoefening en de wijze waarop die wordt uitgeoefend niet volledig aan de wet kunnen worden getoetst.<sup>9</sup> Sedert de opkomst van de beginselen van behoorlijke strafrechtspleging wordt de rechtmatigheid van het strafvorderlijk overheidsoptreden ook getoetst aan deze ongeschreven rechtsbeginselen.

Men kan niet ontkennen dat toepassing van beginselen van behoorlijke strafrechtspleging toetsing van aspecten van de behoorlijkheid van strafvorderlijk optreden omvat. Omgekeerd kan evenwel niet worden gesteld dat elk facet van de behoorlijkheid van optreden ook meteen een deel is van de rechtmatigheid van dat optreden. Niet ieder onbehoorlijk optreden is onrechtmatig. De behoorlijkheid die nog valt onder het bereik van beginselen van behoorlijke strafrechtspleging, is dewelke ligt besloten in het gebod om te handelen in overeenstemming met de strekking van de (strafvorderlijke) bevoegd-

8 Zie CPM Cleiren, *Beginselen van een goede procesorde*, Arnhem, 1989, Hoofdstuk 1, § 1 2 3. Voor de goede orde zij herhaald dat de wettelijke regeling van het strafrechtelijk geding primair is gericht op de beoordeling van het ten laste gelegde gedrag van de verdachte en niet op dat van de opponerende en vervolgende overheid.

9 Bij bevoegdheden kan men denken aan dwangmiddelen, maar eveneens aan bijvoorbeeld de beslissing tot vervolging, transactie of sepot.

heid. Dat wil zeggen, dat de behoorlijkheidsnorm die geldt voor *iedere* ambtenaar in de uitoefening van die betreffende bevoegdheid onder die betreffende omstandigheden, nog valt onder de beginselen van behoorlijke strafrechtspleging en dus onder een potentiële rechtmatigheidsbeoordeling door de strafrechter. Buiten het bereik van die toets van de behoorlijkheid valt de beoordeling van (de stijl van) bejegening door de individuele ambtenaar bij de uitoefening van die bevoegdheid. Zo is bijvoorbeeld de meer of minder correcte wijze waarop een individuele ambtenaar een burger benadert, medebepalend voor de behoorlijkheid van het optreden van de ambtenaar, maar niet zonder meer voor de rechtmatigheid daarvan. Bejegeningnormen zijn immers geen, of althans niet per se nadere concretisering van de aard en strekking van de betreffende bevoegdheid van een overheidsorgaan. Zij liggen niet besloten in het publieke karakter van de bevoegdheid en dienen dus evenzeer door burgers te worden nageleefd, ten opzichte van elkaar, maar ook ten opzichte van een ambtenaar.

#### 4.2 Ombudsman

Het specifieke van de toetsing van overheidsoptreden door de ombudsman ligt nu juist in het verschil met het laatstgenoemde punt: het publieke karakter van de bevoegdheid. De ombudsman knoopt niet aan bij de door de individuele ambtenaar uitgeoefende bevoegdheid en het publieke karakter daarvan. Hij bepaalt zijn eigen bevoegdheid tot oordelen op basis van het orgaan (art. 1, lid 2, Wet No) en merkt alle handelingen van een ambtenaar van dat orgaan aan als handelingen van dat orgaan, en wel in al zijn facetten. Dit volgt noodzakelijkerwijs uit de formulering van artikel 12 Wet No: 'Een ieder heeft het recht de ombudsman schriftelijk te verzoeken een onderzoek in te stellen naar de wijze waarop een administratief orgaan zich in een bepaalde aangelegenheid jegens een natuurlijk persoon of rechtspersoon heeft gedragen (...)'. Een administratief orgaan kan zich uiteraard alleen maar door haar ambtenaar jegens een persoon gedragen. Doordat de ombudsman aanknoopt bij het feitelijke gedrag van de individuele ambtenaar - dat immers volgens artikel 12 geldt als gedraging van het orgaan - ligt in zijn beoordeling de wijze van bejegening van de burger besloten. 'Behoorlijkheid' omvat dus bij het ombudsmanoordeel wèl de bejegening, bij de strafrechter niet.

### 4.3 *Overlapping*

Naast dit specifieke verschil tussen beide instanties is er ook sprake van overlapping. Zoals gezegd, omvat de beoordeling van behoorlijkheid van overheidsoptreden ook aspecten van rechtmatigheid daarvan (of omgekeerd, vanuit het perspectief van de strafrechter bezien: rechtmatigheid omvat ook aspecten van behoorlijkheid). De ombudsman beoordeelt de behoorlijkheid in volle omvang en houdt dus niet op daar waar de beoordeling van de behoorlijkheid een oordeel over de rechtmatigheid impliceert. Zijn behoorlijkheidsoordeel kan dus - onder de noemer van 'behoorlijkheid' - een oordeel over de rechtmatigheid impliceren. Deze grens eenmaal overschreden, is het onvermijdelijk dat het behoorlijkheidsoordeel van de ombudsman zich ook uitstrekt over de wetmatigheid. Immers, de toetsing van de rechtmatigheid van bevoegdheidsuitoefening aan ongeschreven beginselen veronderstelt dat het optreden in overeenstemming is met de wet. De ombudsman kan niet de behoorlijkheid van het gedrag op grond van die beginselen beoordelen zonder die veronderstelling van wetmatigheid in zijn oordeel te betrekken. Gevolg is dus dat de ombudsman de rechtmatigheid in volle omvang, dus inclusief de wetmatigheid in zijn behoorlijkheidsoordeel meeneemt. De behoorlijkheid zoals door de ombudsman beoordeeld, strekt zich dus uit van de bejegening, over de rechtmatigheid tot en met de wetmatigheid. Daarmee is een overlapping met de beoordeling door de strafrechter gegeven.

## 5 **Het oogmerk van de wetgever**

De geschetste stand van zaken - een mogelijke overlapping in beoordeling - is op zichzelf niet in strijd met de uitgangspunten die de wetgever bij het instellen van het instituut van de ombudsman uiteindelijk voor ogen bleken te staan. In die wetsgeschiedenis valt echter een duidelijke omslag te signaleren. In de MvT<sup>10</sup> op het oorspronkelijke wetsvoorstel Nationale ombudsman werd de ombudsman de taak toegedacht om de gedraging van het overheidsorgaan te toetsen aan normen van fatsoen. Voor een uitleg van hetgeen daaronder volgens de wetgever moet worden verstaan is in eerste instantie het navolgende citaat uit de MvT significant:

'Het gaat hier niet om de vraag of de afweging van alle aan de orde zijnde belangen op juiste wijze heeft plaatsgevonden maar om de feitelijke vraag of de overheid zich jegens de bestuurde op al dan niet behoorlijke wijze heeft gedragen. Doelmatig-

<sup>10</sup> Bijl. Hand. TK 1976-1977, 14 178, nr. 3.

heidstoetsing is in dit verband niet aan de orde; rechtmatigheidstoetsing evenmin'.<sup>11</sup>

In deze overweging lijkt de ombudsman iedere toetsing van rechtmatigheid te worden onthouden. Echter, in diezelfde MvT wordt reeds afbreuk gedaan aan dit uitgangspunt. Één pagina verder leest men:

'De parlementaire ombudsman is bevoegd als beoordelingscriteria aan te leggen geschreven zowel als ongeschreven recht en beginselen van behoorlijk bestuur, alsmede een oordeel te geven over de wijze waarop de overheid handelt en de burger tegemoet treedt'.

De opstellers van de MvT zelf lijken zich niet te hebben gerealiseerd dat de twee geciteerde passages bepaald niet in elkaars verlengde liggen. Wel blijkt uit deze MvT dat de bescherming die de ombudsman zal bieden niet wordt beschouwd als aanvullende rechtsbescherming voor die gevallen waarin op grond van bestaande regelingen geen rechtmatigheidsberoep is voorzien:

'Het onderzoek zal niet zijn gericht op de doelmatigheid en ook niet op de rechtmatigheid indien een bepaalde beschikking is genomen. Voor een toetsing op die punten verwijzen wij naar de reeds bestaande regelingen inzake de rechtsbescherming. Indien deze er niet zijn, bestaat op die punten geen rechtsbescherming'.

Op instigatie van enkele kamerfracties werd in de MvA in verregaande mate afgeweken van de in de MvT geformuleerde uitgangspunten. In die MvA<sup>12</sup> en tijdens de mondelinge behandeling van het wetsvoorstel werd het behoorlijkheidscriterium veel ruimer ingevuld. Volgens deze nadere interpretatie kan de ombudsman niet alleen toetsen aan fatsoenscriteria, maar ook aan rechtmatigheid en doelmatigheid. Zo wordt opgemerkt:

'De behoorlijkheidsnorm van artikel 27 verzet zich immers niet tegen de toetsing aan rechtmatigheid en doelmatigheid. Men zou kunnen zeggen dat deze toetsing als het ware in de norm besloten ligt'.<sup>13</sup>

11. Bijl. Hand. TK 1976-1977, 14 178, nr. 3, p. 17. Opvallend is dat het niet-fatsoenlijkheidsoordeel uitsluitend lijkt te worden gerelateerd aan het gedrag van het orgaan en niet — of niet ook, en zeker niet in de eerste plaats - aan het gedrag van de betreffende ambtenaar, dat eventueel als gedrag van het orgaan aan het orgaan wordt toegerekend. Wordt dat wel gedaan, dan ligt het in de rede de beoordeling door de ombudsman te beperken tot de wijze waarop de burger werd bejegend, waardoor hij aan de beoordeling van de rechtmatigheid niet zou hoeven of zelfs kunnen toekomen.

12. Bijl. Hand. TK 1979-1980, 14 178, nr. 5.

13. Bijl. Hand. TK 1979-1980, 14 178, nr. 5, p. 24.

En even verderop valt te lezen:

‘Waar en zolang geen volledige rechtsbescherming geboden wordt door inschakeling van een onafhankelijke rechter die, na grondig onderzoek volgens een (...) met wettelijke waarborgen omklede procedure, bindende uitspraken doet, kan ook met betrekking tot bovenbedoelde beschikkingen de ombudsman onzes inziens aanvullende rechtsbescherming bieden’.<sup>14</sup>

In deze opvatting wordt de ombudsman binnengehaald in en gemaakt tot sluitstuk van het stelsel van rechtsbescherming. Zijn plaats is daarmee niet meer beperkt tot een beoordeling van de bejegening door de overheidsfunctionaris, die naar zijn aard weliswaar aansluit op, maar geen deel uitmaakt van het stelsel van rechtsbescherming.

Voor de volledigheid moet er wel op worden gewezen dat de wetgever voor de ombudsman aldus de mogelijkheid heeft geopend de rechtmatigheid (mede) te beoordelen, maar dat de ombudsman daartoe door diezelfde wetgever niet wordt verplicht. ‘Aan de ombudsman zelf moet worden overgelaten welke inhoud hij wil geven aan de fatsoens- of behoorlijkheidsnorm van artikel 27 van het wetsontwerp’, zo wordt uitdrukkelijk in de MvA vermeld.<sup>15</sup>

## 6 Vraagtekens en twijfels

In het bovenstaande is gebleken dat de beoordeling door de ombudsman als gevolg van verscheidene oorzaken niet spoort met de beoordeling door de strafrechter. Het lijkt dan ook zinvol nader te bezien in hoeverre deze stand van zaken rechtssystematische, praktische of legitimiteitsproblemen oproept.

Hierboven is al gewezen op een incongruentie: de verschillen bij de beoordeling van verzoeken om schadevergoeding na strafvorderlijk overheidsoptreden. Het rapport van de ombudsman van 17 december 1993, No 93/949 maakt het mogelijk een andere incongruentie te belichten (ter illustratie bespreken wij de betreffende casus tamelijk uitgebreid). Dit rapport betreft een niet-natuurlijke dood van een vrouw. De politie stelde een strafrechtelijk onderzoek in naar de doodsoorzaak en verhoorde in dat kader de (ex)echtgenoot en de kinderen van het slachtoffer. De (ex)echtgenoot achtte zich door het politieonderzoek ten onrechte zwaar belast. Door de afloop van de zaak was er evenwel geen mogelijkheid die kwestie bij een strafrech-

<sup>14</sup> Idem, p. 26.

<sup>15</sup> Idem, p. 23.

ter aan de orde stellen: de zaak werd geseponeerd wegens gebrek aan bewijs. Justitie had namelijk van meet af aan niet kunnen uitmaken of klager in deze zaak nu wel of niet als verdachte moest worden aangemerkt (achteraf bleek dat hij inderdaad niet als verdachte kon worden aangemerkt). Juist dit sepot als uitkomst van het strafrechtelijk onderzoek bracht de verhoorde (ex)echtgenoot ertoe een klacht bij de ombudsman in te dienen. Hij wilde onder andere de aard van de door de politie aan hem gestelde vragen beoordeeld zien, nu een aantal vragen hem als ontoelaatbaar voorkwam. Kort gezegd komt het oordeel van de ombudsman over deze klacht er op neer dat de betreffende vragen op zichzelf niet ontoelaatbaar waren, maar wel dat het verhoor als zodanig van begin af aan vanuit een te beperkte invalshoek is gevoerd en wel ten nadele van verzoeker. Objectieve omstandigheden (o.a. informatie betreffende mogelijke doodsoorzaken) hadden er naar het oordeel van de ombudsman toe moeten leiden dat voortdurend rekening had moeten worden gehouden met de mogelijkheid dat er geen sprake was van een misdrijf, maar van een ongeval. Een dergelijke objectieve houding heeft de politie niet steeds aangenomen, hetgeen onder meer blijkt uit de opmerking tegen één van de verhoorde kinderen van het slachtoffer, te weten dat volgens de verhoorend recherché haar vader de moord zou hebben gepleegd.

Het gaat er ons niet om de ombudsman deze wijze van beoordelen van een politieverhoor te ontzeggen, maar wel om de daaruit voortvloeiende discrepanties zichtbaar te maken. Het is immers aanneemelijk dat, in het fictieve geval dat de verdachte in bovenstaande kwestie zou hebben bekend, deze affaire anders zou zijn afgelopen. Dan was de zaak ongetwijfeld voor de strafrechter gebracht. Het is evident dat in dat geval een beoordeling van het verhoor door de strafrechter - zeker gelet op de mogelijke twijfel omtrent het oirbare karakter daarvan - minstens even goed op zijn plaats en voor zijn beslissing relevant zou zijn geweest. Ons verontrust de gedachte dat de strafrechter juist een dergelijke beoordeling van de inzet van het verhoor niet op een met de ombudsman vergelijkbaar gedetailleerde wijze blijkt uit de voeren; een opstelling die zelfs pleegt te worden aangehouden, indien een uitdrukkelijk verweer van de kant van de verdachte hem aanleiding zou kunnen geven tot nader onderzoek.

Bovenstaande casus levert aldus een voorbeeld waarin de ombudsman een toets uitvoert, die juist een strafrechter bij zijn rechtmatigheidstoets niet zou hebben misstaan, maar waarvan het maar de vraag is of deze door laatstgenoemde zou zijn uitgevoerd. Deze discrepantie is des te minder acceptabel, omdat de uitkomst van de strafrechtelijke beoordeling voor de burger veel ingrijpender kan zijn.

Anders gezegd: gegeven de relevantie van de rechtmatigheid van het overheidsoptreden voor de strafrechter, mag de mate van indringendheid van zijn rechtmatigheidsoordeel in elk geval niet zodanig verschillen van dat van de ombudsman, dat laatstgenoemde terzake een indringender toets pleegt uit te voeren, maar de uitkomst van zijn beoordeling minder verstrekkende (rechts)gevolgen heeft.

Een meer algemene kwestie waarop vervolgens kan worden gewezen is de disharmonie op het punt van de rechtsmiddelen. Als vanzelfsprekend zijn oordelen van de onafhankelijke strafrechter aan rechtsmiddelen onderworpen. Daarmee wordt de heroverweging van het rechterlijk oordeel mogelijk gemaakt en eenheid van recht bewerkstelligd. Zijn er werkelijk overtuigende argumenten voorhanden, die kunnen rechtvaardigen dat rechtmatigheidsoordelen van de ombudsman (d.w.z. los van de daarvan te onderscheiden bejegingstoets) niet aan een heroverweging kunnen worden onderworpen?

In dit spoor kan nog een aantal andere verschillen worden genoemd die minder vanzelfsprekend zijn in geval zowel strafrechter als ombudsman een inhoudelijk overeenkomende beoordeling van de rechtmatigheid van overheidsoptreden teweegbrengen. Het betreft met name procedure-verschillen die op vergelijkbare wijze als in het bovenuitgewerkte voorbeeld voor de uitkomst van het oordeel van zowel onderscheidend als doorslaggevend belang kunnen zijn. Bij verschillen van hierbedoelde importantie valt onder meer te denken aan het bewijsstelsel, aan het stelsel van onderzoeksbevoegdheden, aan de plicht tot het geven van een oordeel, etc.

## 7 Waardering

Uit het bovenstaande dringt zich een conclusie op. Nu het instituut van de ombudsman een aantal jaren functioneert kan de daarbinnen ontwikkelde (gekozen) praktijk worden vergeleken met de beoordeling van de rechtmatigheid van overheidsoptreden door de strafrechter. Gezegd kan worden dat beide trajecten niet harmonieus op elkaar aansluiten. Enerzijds is sprake van overlapping, anderzijds van discrepanties, terwijl die beide fenomenen tot niet-aanvaardbare consequenties kunnen leiden. Het bovenstaande moge aantonen dat het weg nemen van concrete wrijvingen in dat grensgebied noodzakelijk is.

Naar onze mening vraagt deze stand van zaken in de eerste plaats om een herbezinning op de afbakening tussen ombudsman en strafrechter. Het probleem is evenwel dat deze herbezinning niet kan worden voltooid door het louter effenen van het grensvlak tussen ombudsman en strafrechter. De gesignaleerde stand van zaken vraagt

namelijk om meer dan een herbezinning op de afbakening tussen de twee in ons betoog betrokken instituties. Immers, beide kunnen - hoe harmonieus op elkaar afgestemd of samenwerkend dan ook - noch afzonderlijk, noch gezamenlijk een in alle situaties voor de burgers openstaande mogelijkheid bieden (of realiseren) om overheidsoptreden op rechtmatigheid te beoordelen. De vraag is of de rechtsbetrekking tussen overheid en burger niet eist dat zo een de burgers toekomende aanspraak, welke ons recht thans als algemeen fenomeen niet kent, niet als algemene aanspraak voor de burgers zou moeten worden geformuleerd.<sup>16</sup> Zonder alle implicaties van zo een aanspraak in dit betoog te betrekken, zou naar onze mening daarover in elk geval op het volgende moeten worden gewezen.<sup>17</sup> Is het niet zo dat vele inspanningen in bestuurs-, civiel- en strafrecht erop zijn gericht om een dergelijk sluitend netwerk van rechtsbescherming te creëren? Is zo een netwerk niet gemakkelijker te bewerkstelligen door het recht op rechtsbescherming van de burger tegen de overheid als algemene regel geformuleerd tot uitgangspunt te nemen? Blijkt niet uit de 'worsteling' met rechtmatigheid door ombudsman en strafrechter, ieder voor zich en met elkaar, dat zo een recht als algemeen geformuleerde aanspraak node wordt gemist? Het betreft immers twee instituties die, *hoewel daartoe primair niet geroepen*, zich de beoordeling van de rechtmatigheid van overheidsoptreden *desondanks* hebben aantrokken. Anders gezegd: moet niet voor elke burger die meent door overheids-optreden ten onrechte in zijn rechten te zijn aangetast, reeds daarom een toegang tot de rechter worden gecreëerd teneinde van deze een oordeel te krijgen over de rechtmatigheid van dat optreden, in die gevallen waarin daartoe geen andere rechter voorhanden is? Dit zou een waarachtig sluitstuk zijn van de bestaande rechtsbescherming van de burger tegenover de overheid. Betreft zo een aanspraak immers niet een dermate wezenlijk aspect van rechtsbescherming dat dit niet langer aan een niet-rechterlijke instantie mag worden overgelaten? Is vanuit die optiek niet (Hoofdstuk I van) de Grondwet de plaats waarin zo een - de afzonderlijke rechtsgebieden overstijgende - aanspraak en tegelijkertijd voor de rechtsbetrekking tussen overheid en burger zo fundamenteel recht moet worden neergelegd? De strafrechter kan zo een algemene aanspraak zelfs in de gevallen die hem worden

16 Zie ook J.B.J.M. ten Berge, *Bescherming tegen de overheid. Stand van zaken na invoering van de Algemene Wet Bestuursrecht*, tweede druk, Zwolle 1994, p. 34-35.

17 Voor de goede orde: het navolgende betoog vloeit dus niet als een *noodzakelijke* conclusie voort uit de in het voorgaande op grond van casuïstiek gesignaleerde verschillen tussen (uitsluitend) de ombudsman en de strafrechter.

voorgelegd niet realiseren; de ombudsman is onvoldoende 'rechter' om zo een aanspraak gestalte te geven. Onze bevindingen geven in ieder geval aanleiding om de discussie rondom constitutionele toetsing - alsmede de met die discussie samenhangende vraag naar de invoering van een daarmee belaste constitutionele rechter - nadrukkelijk ook vanuit dit perspectief (opnieuw) te voeren.

## **8 Implicaties voor strafrechter en ombudsman**

De optie, geformuleerd naar aanleiding van ons betoog, impliceert naar onze mening niet dat de strafrechter zich voortaan van rechtmatigheidstoetsing zou moeten onthouden. Integendeel, deze toets is deels de noodzakelijke resultante van verschuivende verhoudingen tussen rechter en openbaar ministerie in onze strafrechtspleging. Daarmee vervult hij een functie waaraan ons inziens in het kader van de strafrechtelijke rechtshandhaving geen afbreuk mag worden gedaan. Het voordeel van een 'rechtmatigheidsrechter' is echter dat de strafrechter zich met een gerust hart kan onthouden van een beslissing over optreden dat zijn uitspraak niet (onmiddellijk) regardeert. Voor die beoordeling is dan immers een andere rechter competent.

Die optie impliceert evenmin dat het instituut van de nationale ombudsman overcompleteet wordt. De ombudsman zou wel -anders dan de strafrechter- ten dele moeten terugtreden. Hij zou zich binnen zo'n concept niet langer bezig hoeven te houden met de rechtmatigheid van het optreden van het overheidsorgaan, maar kan zich beperken tot de wijze waarop de individuele ambtenaar zich in het concrete geval jegens de burger heeft gedragen: de bejegeningstoets. Daarmee wordt niet alleen recht gedaan aan de oorspronkelijke bedoeling van de wetgever, maar wordt tegelijkertijd het grensvlak met de strafrechter geëffend. Voor de ombudsman als niet-rechterlijke instantie ligt zo'n terugtred wellicht ook wel in de rede: hij wordt van algemeen sluitstuk van rechtsbescherming tot noodzakelijk complement daarop. In die hoedanigheid heeft hij ook in geval van invoering van een 'rechtmatigheidsrechter' een even essentiële als unieke taak te vervullen.