

C.P.M. Cleiren\*

P.G. Wiewel, Rechtsbescherming tegen bestraffing, *Een onderzoek naar de rechterlijke toetsingsgronden bij het opleggen van bestuurlijke boeten en de vergelijkbare beslissingen in strafzaken* (dissertatie Amsterdam), Nijmegen: Ars Aequi Libri 2001, 213 p.

L.J.J. Rogier, *Straffend bestuur* (oratie Rotterdam), Deventer: Gouda Quint 2001, 25 p.

Rechtshandhaving laat zich niet eenvoudig meer leiden via afgebakende grenzen van rechtsgebieden en zelfs niet altijd meer langs de lijnen van het recht. De opdracht tot rechtshandhaving blijft dus spannend, voor wetenschap én praktijk.

Zowel op beleidsniveau als op het terrein van de wetenschap kunnen we sinds 1994 een constante stroom waarnemen van publicaties over vervagende en verschuivende grenzen tussen strafrecht en bestuursrecht. Die verschuivingen hebben betrekking op de rol van alle justitiële hoofdrolspelers: de wetgever, de uitvoerende/bestuurlijke organen en de rechter. De beschouwingen over die verschuivingen bewegen zich in het verlengde daarvan over een breed scala aan thema's, die zowel vanuit de praktijk van de handhaving, als vanuit een wetenschappelijk perspectief uitermate boeiend zijn: het terrein van criteria voor strafbaarstelling en bestuursrechtelijke handhaving, het terrein van het onderscheid tussen controle, toezicht en opsporing, het onderscheid in rechtsbeschermende voorwaarden voor bevoegdheidstoepassing, de toepasselijkheid van art. 6 EVRM op het bestuursrecht en de implicaties daarvan, de verschillen in procedures, de verschillen in bewijsstelsels enzovoort.

In de dissertatie van Wiewel wordt één perspectief vooropgesteld, namelijk het perspectief van de burger. Vrij vertaald, zo schrijft hij, is de maatschappelijke vraag die aan zijn onderzoek ten grondslag ligt 'Maakt het uit of je door de hond of door de kat gebeten wordt?'.  

---

\* Hoogleraar straf(proces)recht Universiteit Leiden.

Hij beperkt het onderwerp van onderzoek tot bestraffing van burgers. Daarmee is de basis voor de vergelijking tussen strafrecht en bestuursrecht behoorlijk ingeperkt en wel tot die onderdelen van het bestuursrecht waar een 'sanctie' aan te pas komt. Hij kiest daarbij voor een vergelijking tussen strafrecht, belastingrecht en verkeersrecht.

De wetenschappelijke vraag die Wiewel aan zijn perspectief verbindt is – zo formuleert hij zelf – die naar de werking van een aantal materiële beginselen van behoorlijk bestuur op het gebied van het sanctierecht. Hij richt zich in het onderzoek en de daaraan te verbinden conclusies op vier materiële beginselen: het gelijkheids-, het vertrouwens- en het evenredigheidsbeginsel, alsmede de onschuldpresumptie. Hij beziet deze beginselen in zijn studie vooral als toetsingsmaatstaven voor de rechter. Daarmee wordt het onderzoek toegespitst op de mogelijke verschillen in hantering van de vier genoemde beginselen door onderscheidenlijk de bestuurs-, de verkeers- en de strafrechter.

Het onderzoek zet beknopt de onderscheiden procedures tot bestraffing uiteen met een typering van de rechterlijke toetsing. Vervolgens volgt een uitvoerig verslag van rechtspraakonderzoek, dat zowel in de methode van onderzoek als in de verslaglegging zeer casuïstisch is opgezet. Zoals Wiewel zelf aangeeft worden de drie daaraan gewijde hoofdstukken gekenmerkt door een hoog technisch-juridisch gehalte van bijna louter beschrijvende aard. Het is een aaneenschakeling van casusposities met rechtsoordelen, die slechts bij uitzondering van commentaar zijn voorzien. De gevonden verschillen in de omgang van de rechter met de vier onderscheiden beginselen worden in één hoofdstuk gezamenlijk gepresenteerd (hoofdstuk 7), terwijl in een slotbeschouwing mogelijke verklaringen voor overeenkomsten en verschillen worden aangedragen.

Het belang van onderzoek op dit thema behoeft weinig toelichting. De actualiteit van het onderwerp is immers nog steeds groot. Handhaving zal de komende jaren aandacht van praktijk en wetenschap blijven vragen. Het einde aan de groei van de bestuurlijke boete is nog niet in zicht, in het onderzoeksproject *Strafvordering 2001* wordt gekozen voor een drie-sporenstructuur waarin de buitengerechtelijk OM-afdoening een plaats krijgt en ook op het niveau van het openbaar ministerie, het ministerie van Justitie en enkele andere departementen vindt discussie plaats over een OM-boete en het bereik daarvan.

Het is een boek voor liefhebbers. Met name die specialisten die zich met liefde verdiepen in de details van casus op de onderscheiden rechtsgebieden kunnen hun hart ophalen. De selectie van casus is adequaat in het licht van de probleemstelling, de bespreking geeft blijk van een goed inzicht in de specifieke kenmerken en bijzonderheden van de onderscheiden rechtsgebieden en de casus worden helder in inzichtelijk uiteengezet. De zorgvuldigheid waarmee een en ander is geschied verdient waardering. Het samenvatten van bevindingen naar aanleiding van die casusbesprekingen vindt plaats in hoofdstuk 7 aan de hand van de vier onderscheiden materiële rechtsbeginselen.

Zonder het belang van het casusonderzoek te onderschatten wil ik me hierna niet richten op de bespreking van die casus, maar beperken tot enkele vragen en kritische aandachtspunten naar aanleiding van de probleemstelling, de analyse en de slotbeschouwing. Vanuit wetenschappelijk oogpunt zijn die elementen immers het meest interessant.

De term 'bestrafning' in de titel van het boek zette mij in eerste instantie op het verkeerde been. Bescherming tegen aspecten van en rondom de tenuitvoerlegging blijven in het onderzoek – anders dan de term bestraffing suggereert – buiten beschouwing. Wiewel vertaalt de door hem geformuleerde maatschappelijk vraag namelijk in een vergelijking van materiële beginselen in de rechterlijke toetsing waarlangs de onderscheiden handhavingssystemen de bestraffing gestalte geven. Daarmee wordt de term 'bestrafning' uit de titel beperkt tot de normen waarmee (en het proces waarlangs) de vaststelling van een sanctie plaatsvindt. Afgezien van de verwarrende suggestie verbaast het gebruik van de term bestraffing. Wiewel voegt deze nieuwe term namelijk toe aan een bestaand discours, zonder zich daarbij tot daarin gehanteerde termen te verhouden of zijn keuze voor de term bestraffing anderszins theoretisch te verantwoorden. Zo spreekt Corstens in deze over punitief sanctierecht, Vervaele over publieke rechtshandhaving en Osinga over publiekrechtelijke rechtshandhaving.

Bijzonder in de aanpak van de onderzoeker is dat hij het begrip bestraffen als activiteit als het ware laat 'samenvallen' met het uitoefenen van discretionaire bevoegdheden tot straffen (p. 27). Hij neemt namelijk als uitgangspunt van het onderzoek dat van de discretionaire bevoegdheid tot straffen slechts met beleid gebruik kan worden gemaakt en dat het beleid en de toepassing daarvan onder rechterlijke controle moet staan (p. 27). Daarmee is het onderzoek vanuit

strafrechtelijk perspectief beperkt tot die onderdelen van strafrechtelijke handhaving waarvoor het openbaar ministerie vervolgingsbeleid heeft ontwikkeld. Deze voor de reikwijdte van het onderzoek essentiële beperking wordt helaas niet expliciet verantwoord. Dat is jammer om twee redenen. Allereerst omdat de belangrijkste verschillen tussen rechtsbescherming door de rechter in de drie onderscheiden en te onderzoeken rechtsgebieden waarschijnlijk juist liggen op het terrein waar geen vervolgingsbeleid is ontwikkeld. De vraag naar de rechtvaardiging van die verschillen is zo boeiend in het licht van de lopende discussies over een drie-sporenstructuur voor het strafrecht en de OM-boete, een ontwikkeling waar Wiewel overigens zijn sympathie voor uitspreekt (p. 184). Een tweede reden om die keuze enigszins te betreuren is dat daarmee al bij voorbaat de rol van de rechter wordt gezien als een die het 'bestraffende' beleid van een orgaan dat 'bestraffend beleid' heeft ontwikkeld moet toetsen. De optie en ook wetenschappelijk te verdedigen positie dat de strafrechter een volledig of deels autonome discretionaire bevoegdheid en taak heeft in de beslissing tot bestraffen is daarmee buiten beschouwing gelaten. Zeker in het licht van een meer constitutioneel en rechtstatelijk perspectief verdient die optie juist aandacht en bestudering. Zo is bijvoorbeeld de discussie over de autonomie van de strafrechter (bij de straftoemeting) en over rechterlijke samenwerking en het ontwikkelen van een straftoemtingsbeleid door strafrechters in het licht daarvan essentieel voor het thema rechtsbescherming tegen bestraffing. Als gevolg van Wiewels benadering maken deze aspecten echter geen deel uit van zijn onderzoeksterrein. Deze 'beperkte' wijze van benaderen wordt nog eens bevestigd waar waar op p. 178 zonder enige bijzondere aanleiding, maar ook zonder enige nadere toespitsing op de kwestie van de strafoplegging door de rechter, staat: 'Strafrecht is een bijzondere vorm van bestuursrecht en officier van justitie is een bestuursorgaan.' Al met al blijven als gevolg van de probleemstelling en het beperkte perspectief vele interessante vragen onbesproken en veel rijzende vragen onbeantwoord.

De analyse leidt Wiewel tot de conclusie dat de meeste onevenwichtigheden tussen de verschillende rechtshandavingssystemen voor de belanghebbenden onzichtbaar zijn. De verschillen blijken grotendeels overbrugd. Over en weer zijn basisprincipes in de toetsing van elkaar 'overgenomen', zoals de oriëntatie op de strafrechtelijke benadering

van schuld, bestuursrechtelijke elementen in de toepassing van het gelijkheidsbeginsel en elementen van het bewijsstelsel.

Wiewel concludeert dat de beginselen van vertrouwen, gelijkheid en evenredigheid in elkaars verlengde liggen en dat de notie dat overheidshandelen aan deze behoorlijkheidbeginselen behoort te voldoen, gelijktijdig in bestuursrecht en strafrecht is ontstaan. Hij refereert daarbij ook aan de vraag of er sprake is van identiteit van beginselen van behoorlijk bestuur en die van een goede procesorde (p. 176). Een echt antwoord op die vraag geeft hij niet. Hij stelt dat de noties van vertrouwen, gelijkheid en consistentie in beginsel voor beide rechtsgebieden hetzelfde zijn. Slechts bij het gelijkheidsbeginsel noteert hij een principieel verschil waarbij – zo stelt hij – geldt dat ten aanzien van de straftoemeting gelijkheid een andere dimensie heeft. Zijn antwoord is met name mager in het licht van de eerder gevoerde discussies over het onderscheid tussen rechtsgebieden, de eigen identiteit van beginselen binnen een rechtsgebied en de discussies over autonomie van het strafrecht (zie onder meer Hartmann en Van Rusen Groen en 't Hart). Aan de andere kant is dat antwoord niet verbazingwekkend als gevolg van de eerder genoemde beperkingen in de probleemstelling van het onderzoek en het gegeven dat de bijzondere domein-kenmerken van de beide rechtsgebieden – of een discussie daarover – geen weerslag hebben gekregen in de methode van het onderzoek.

Kortom, het onderzoek biedt heel veel informatie en materiaal over de beide rechtsgebieden en de wijze waarop de rechter daarbinnen opereert als het gaat om bestraffing. Maar, het boek levert helaas weinig aanknopingspunten voor de toekomst van de rechtspraak en de wetenschapsbeoefening, omdat de conclusies – mede als gevolg van de aard en reikwijdte van de probleemstelling – niet vanuit een consistent theoretisch gezichtspunt zijn geordend of kunnen worden geordend.

Ook de oratie van Rogier begeeft zich op het terrein van het straffen. Het perspectief dat hij kiest is anders, namelijk gericht op de vraag naar de bevoegdheid tot straffen. Hij stelt zich drie vragen: Mag het bestuur straffen? Met welk doel straft het bestuur? En, is er naast straffend bestuur plaats voor het strafrecht? Hij concludeert – in navolging van Hartmann – dat de grondwet moet worden gewijzigd om te garanderen dat daarin een basis wordt gelegd voor een regeling van de bestuurlijke boete die ten minste voldoet aan de eisen van art.

6 EVRM. Deze eis geldt wat hem betreft bovendien voor het opleggen van boeten door het openbaar ministerie. Het doel van bestuurlijke handhaving moet zijn gericht op bestuurlijke doelen stelt hij. Daarbinnen is voor een straffende sanctie slechts plaats als reparatoire en preventieve sancties niet succesvol zijn. Maar ook bij die straffende sancties dient het bestuur de bestuurlijke doelen in het vizier te houden. Vergelden is niet aan de orde bij het bestuur. Rogier wil die bevoegdheid aan het strafrecht voorbehouden. Hoewel een dergelijke eis van toepassing van bevoegdheden binnen het kader van de taak voor het publiekrecht een vanzelfsprekende eis is, kan het zeker in het licht van de discussies over sancties door het bestuur geen kwaad die norm nog eens helder voorop te stellen. Rogier pleit voor een omvattende evaluatie van alle boetewetgeving, onder meer met het oog op deze kwestie. Waar het om de nevenschikking, alternativiteit of complementariteit van strafrecht en bestuursrecht gaat pleit Rogier in ieder geval voor consistentie in het stelsel. Enigszins terloops snijdt hij overigens nog een zeer principiële thema aan. Waar hij stelt dat het bestuur bestuurlijke doelen in het oog dient te houden geeft hij aan dat de strafrechter zich om bestuurlijke doelen niet hoeft te bekommeren. De meer bestuurlijke vraag of vervolging in het algemeen geboden is, zo stelt hij, wordt door het openbaar ministerie beantwoord. Daarmee lijkt hij zich te voegen in het discours van hen die bij de interpretatie van 'handhaving van recht' in het strafrecht de machtskritische en niet de instrumentele positie innemen (De Doelder en 't Hart). In die opvatting is het openbaar ministerie meer dan een 'gewoon' bestuursorgaan. Ik vraag me af of Rogier die consequentie inderdaad voor zijn rekening wil nemen.

De onderzoeksplannen die hij schetst voor de toekomst illustreren dat het onderzoeksterrein van straf- en bestuursrecht nog niet volledig is omgeploegd en dat de grenspaaltjes nog kunnen schuiven.