

Straffend bestuur, de rechter en de Grondwet

Mr. drs. J.J.J. Sillen*

1. Inleiding

De strafrechter is al lang niet meer de enige die wetsovertredingen bestraft. Steeds vaker verleent de wet ook bestuursambten die bevoegdheid. Een mijlpaal in deze ontwikkeling was de Wet Mulder,¹ op grond waarvan sinds 1990 politieambtenaren lichte verkeersovertredingen mogen bestraffen door het opleggen van boetes.² Sinds de totstandkoming van die wet maakt straffend bestuur een ware wildgroei door. Zo zijn steeds meer bestuursambten tot straffen bevoegd. Niet alleen politieambtenaren mogen straffen opleggen, maar ook ministers,³ zelfstandige bestuursorganen,⁴ gedeputeerde staten,⁵ stadswachten⁶ en officieren van justitie⁷ mogen dat. Daarnaast is de zwaarte van de bestuurlijke straffen fors toegenomen. Gaf de Wet Mulder bij haar invoering politieambtenaren de bevoegdheid om geldboetes op te leggen van maximaal f 140,⁸ thans mag de Nederlandse Zorgautoriteit boetes opleggen van € 10 miljoen.⁹ Bovendien is het type straf dat bestuursambten mogen opleggen uitgebreid. Niet alleen geldboetes, maar ook taakstraffen behoren tot de mogelijkheid.¹⁰ Tot slot is de aard van de overtredingen die bestuursambten bestraffen veranderd. De Wet Mulder had uitdrukkelijk slechts betrekking op verkeersovertredingen waarbij geen letsel aan personen of schade

aan goederen is toegebracht.¹¹ Thans kan de officier van justitie daarentegen ook misdrijven bestraffen die de wet met maximaal zes jaar gevangenisstraf bedreigt.¹² Daaronder vallen ook delicten die letsel tot gevolg hebben, zoals mishandeling.¹³

Aan deze wildgroei stelt de Grondwet amper grenzen. Zij bepaalt niet voor welke gedragingen bestuursambten de bevoegdheid tot bestraffing mag worden verleend, welke waarborgen deze ambten bij het opleggen van straffen in acht moeten nemen en schept geen duidelijkheid over de rechtsbescherming tegen de bestuurlijke straf.¹⁴ De Grondwet vereist slechts dat een straf van vrijheidsontneming niet door een bestuursambt, maar door de rechterlijke macht wordt opgelegd.¹⁵ Het is daarom niet de Grondwet, maar het EVRM dat in Nederland bij de normering van bestuurlijke straffen op de voorgrond staat. Echter ook het EVRM reguleert de stormachtige ontwikkeling van straffend bestuur maar in beperkte mate. Het vereist in de kern slechts dat tegen de bestuurlijke strafoplegging beroep bij een rechter openstaat die zowel de feiten als de juridische grondslag van het besluit toetst.¹⁶ In toenemende mate wordt deze beperkte normering gezien als een tekortkoming.¹⁷

Op verzoek van de Eerste Kamer kreeg de Staatscommissie Grondwet daarom de opdracht zich te buigen over

* Mr. drs. J.J.J. Sillen is hoofddocent Staats- en bestuursrecht aan de Radboud Universiteit Nijmegen. Hij dankt Paul Bovend'Eert, Janneke Gerards, Tijn Kortmann sr., Roel Schutgens en de redactie van dit tijdschrift voor hun opmerkingen op eerdere versies van dit artikel.

1. Wet van 3 juli 1989, *Stb.* 1989, 300. In het fiscale recht bestond al veel langer een bestuurlijke boete (de 'verhoging'), maar het duurde lang voordat deze als zodanig werd erkend. Vgl. M.W.C. Feteris, *Fiscale administratieve sancties en het recht op een behoorlijk proces*, Deventer: Kluwer 2002, p. 14 e.v.
2. Artikel 3 lid 1 en 2 WAHV jo. artikel 2 lid 1 aanhef en onderdeel a, Besluit WAHV.
3. Bijv. artikel 19a lid 1 Wet arbeid vreemdelingen.
4. Bijv. artikel 1:80 Wft (AFM).
5. Bijv. artikel 11.23 Wet luchtvaart.
6. Artikel 257b lid 1 Sv jo. artikel 3.2 lid 5 Besluit OM-afdoening.
7. Artikel 257a lid 1 Sv.
8. M. Barels, *Hoofddlijnen van de Wet Mulder*, Deventer: Kluwer 2010, p. 24. De maximale hoogte van de Mulderboete is thans € 340 (artikel 2 lid 3 WAHV).
9. Artikel 87 lid 2 Wet marktordening gezondheidszorg.
10. Artikel 257a lid 2 Sv.
11. Artikel 2 lid 2 WAHV.
12. Artikel 257a lid 1 Sv.
13. Artikel 300 Sr.
14. Vgl. *Rapport Staatscommissie Grondwet*, 2010, p. 92.
15. Artikel 113 lid 3 Gw. Zie paragraaf 2.
16. Paragraaf 4 bespreekt die betekenis van artikel 6 EVRM.
17. Zie o.a. M.J.H.T. Rikmenspoel, 'De bestuurlijke boete en artikel 113 Grondwet: een spanningsveld', *Gst.* 1996, p. 7-11; R.J.G.M. Widdershoven, 'Bestuurlijke boete in de Grondwet', *NJB* 1998, p. 236-237; P.A.M. Mevis, *Constitutioneel strafrecht* (oratie Rotterdam), Deventer: Gouda Quint 1998, p. 32-33; C.L.G.F.H. Albers, 'De Wet OM-afdoening. Nagel aan de kist van de bestuurlijke boete?', *Gst.* 2008, p. 336-339; M. den Uijl, 'Straffen: de uitvoerende macht als de nieuwe rechterlijke macht?', in: M. Duchateau & P.A. Kingma (red.), *Regt spreken volgens de wet? Bijdragen over de staatsrechtelijke positie van de (Europese) rechter*, Oisterwijk: WLP 2013, p. 7-43.

een mogelijke grondwettelijke regeling van straffend bestuur.¹⁸ Zij oordeelde echter dat de vraag naar de wenselijkheid van zo'n regeling een algehele evaluatie van hoofdstuk 6 van de Grondwet ('Rechtspraak') vergt, welke buiten haar opdracht viel.¹⁹ Wel stelde de staatscommissie voor het recht op een eerlijk proces voor een onafhankelijke en onpartijdige rechter in de Grondwet op te nemen.²⁰ Hoewel de regering daarin aanvankelijk niets zag,²¹ besloot zij uiteindelijk dat voorstel toch over te nemen.²² Zij deed dat op aandringen van de Eerste Kamer die in zo'n bepaling een waarborg zag tegen de steeds uitgebreidere bevoegdheid van het bestuur om straffend op te treden.²³

Opneming van het recht op een eerlijk proces in de Grondwet komt volgens mij echter onvoldoende tegemoet aan de kritiek op de bestaande grondwettelijke regeling van straffend bestuur. Ten eerste beantwoordt het recht op een eerlijk proces niet de vraag in welke gevallen bestuursambten de bevoegdheid tot bestraffing mag worden verleend. Ten tweede geeft het enkel waarborgen voor de rechterlijke procedure en zegt het niets over de wijze waarop bestuursambten de oplegging van een straf moeten voorbereiden en nemen.²⁴ Ik doe daarom een alternatief Grondwetswijzigingsvoorstel dat wel tegemoetkomt aan de genoemde tekortkomingen van de bestaande grondwettelijke regeling van straffend bestuur.

Ik ga daarbij als volgt te werk: Eerst analyseer ik het geldende grondwettelijk recht aan de hand van twee bekende vormen van straffend bestuur: de bestuurlijke boete en de strafbeschikking (paragraaf 2). Vervolgens bespreek ik de uitgangspunten waaraan een nieuwe grondwettelijke regeling van straffend bestuur volgens mij hoort te voldoen (paragraaf 3) en ga ik na waarin deze uitgangspunten verschillen van het geldende grondwettelijk recht en van het EVRM (paragraaf 4). Daarna doe ik een tekstvoorstel voor een grondwettelijke regeling van straffend bestuur, dat ik kort toelicht (paragraaf 5). Ik sluit af met een enkele opmerking (paragraaf 6).

2. Het positieve recht

Artikel 113 lid 1 Gw bepaalt dat de berechting van strafbare feiten is opgedragen aan de rechterlijke macht. Deze bepaling speelt de hoofdrol in de discussie over de vraag welke rol de rechter moet hebben bij straffend bestuur.²⁵

Aan de hand van twee bekende vormen van straffend bestuur, de bestuurlijke boete en de strafbeschikking, bespreek ik de positiefrechtelijke betekenis van deze bepaling en laat ik zien waarom zij van beperkte betekenis is voor straffend bestuur en de rol van de rechter daarbij. Voordat ik dat doe, geef ik echter eerst een korte beschrijving van de genoemde bekende vormen van straffend bestuur.

2.1. De bestuurlijke boete en de strafbeschikking

De bestuurlijke boete en de strafbeschikking hebben met elkaar gemeen dat de door het bestuur opgelegde straf zonder tussenkomst van de rechter ten uitvoer kan worden gelegd.²⁶ Daarmee beoogt de wetgever de naleving van regelgeving te verbeteren tegen lagere kosten. De wetgever redeneert dat de geringe ernst van sommige overtredingen niet de inzet van (kostbare) strafrechtelijke procedures rechtvaardigt.²⁷

Met dat beleidsdoel hangt samen dat het toepassingsbereik van beide vormen van straffend bestuur volgens de regering is beperkt tot wetsovertredingen van geringe ernst.²⁸ De wijze waarop dat toepassingsbereik wordt beperkt, verschilt echter. De bevoegdheid om een bestuurlijke boete op te leggen, verleent de wetgever in beginsel slechts ter bestraffing van wetsovertredingen die geen letsel of individuele schade tot gevolg hebben.²⁹ De bevoegdheid om strafbeschikkingen op te leggen, is ruimer. Volgens de Wet OM-afdoening kan de officier van justitie met zo'n beschikking delicten bestraffen die de wet met een maximale gevangenisstraf van zes jaar bedreigt.³⁰ Daaron-

18. *Kamerstukken I* 2007/08, 29702, B, p. 10; *Kamerstukken I* 2008/09, 29702, D, p. 2-3; *Kamerstukken I* 2008/09, 29702, E, p. 3-4; *Handelingen I* 2008/09, 36, p. 1597-1619.

19. *Rapport Staatscommissie Grondwet*, 2010, p. 92-93.

20. *Rapport Staatscommissie Grondwet*, 2010, p. 61.

21. *Kamerstukken II* 2011/12, 31570, 20, p. 7.

22. *Kamerstukken I* 2012/13, 31570, G, p. 2.

23. *Kamerstukken I* 2011/12, 31570, C (motie-Lokin-Sassen c.s.).

24. Ik richt mij dus op rechtsbescherming bij straffend bestuur. De vraag wie, en onder welke voorwaarden, mag bepalen dat overtreding van een wettelijk voorschrift kan worden bestraft, blijft buiten beschouwing. Dat (grondwettelijk) vraagstuk rechtvaardigt een zelfstandig onderzoek.

25. Artikel 112 lid 1 Gw fungeert daarbij als vangnet. De bepaling draagt aan de rechterlijke macht onder meer de berechting van geschillen over 'schuldvorderingen' op, waaronder de grondwetgever ook publiekrechtelijke schuldvordering verstond (*Kamerstukken II* 1979/80, 16162, 3, p. 9). Gevoegd bij de door de Hoge Raad aanvaarde *objectum litis*-leer, garandeert zij zo dat de rechterlijke macht steeds bevoegd is kennis te nemen van een geschil over een bestuurlijke straf. Ik kom op de vangnetfunctie van artikel 112 lid 1 Gw hierna een enkele keer terug.

26. Zie artikel 5:4 jo. artikel 5:40 lid 1 Awb en artikel 257a e.v. Sv. Een uitgebreidere vergelijking tussen beide vormen van straffend bestuur bieden onder meer C.L.G.F.H. Albers, 'De Wet OM-afdoening. Nagel aan de kist van de bestuurlijke boete?', *Gst.* 2008, p. 333-344 en H.E. Bröring & G.T.J.M. Jurgens, 'De bestuurlijke boete is zo gek nog niet! Bespiegelingen over buitengerechtigde beboeting in het bestuursrecht en het strafrecht naar aanleiding van de Wet OM-afdoening', *NTB* 2006, p. 340-348.

27. Bijv. *Kamerstukken II* 2003/04, 29702, 3 (MvT, 4e Tranche Awb), p. 117-118 (m.b.t. de bestuurlijke boete) en *Kamerstukken II* 2004/05, 29849, 3, p. 63 (m.b.t. de strafbeschikking).

28. Vgl. *Kamerstukken II* 2008/09, 31700 VI, 89 (kabinetsnota over de uitgangspunten bij de keuze van een sanctiestelsel), p. 7 ('Een grens voor de bestuursrechtelijke handhaving wordt daarmee gevonden in de ernst en de aard van de wetsovertreding.').

29. *Kamerstukken II* 2003/04, 29702, 3 (MvT, 4e Tranche Awb), p. 118.

30. Artikel 257 lid 1 Sv.

der valt bijvoorbeeld ook (eenvoudige) mishandeling. De straffen die hij vervolgens kan opleggen, zijn echter beperkt: een boete, een beperkte taakstraf en de tijdelijke ontzegging van de rijbevoegdheid.³¹ Daardoor is de strafbeschikking alleen geschikt om de minder ernstige delicten af te doen die onder toepassingsbereik van de Wet OM-afdoening vallen.

De rechter bij wie appèl openstaat tegen de bestuurlijke boete en de strafbeschikking, verschilt eveneens. De bestuursrechter oordeelt over het beroep tegen een bestuurlijke boete; de strafrechter over het verzet tegen een strafbeschikking. Omdat beide rechters een ander procesrecht toepassen, verschilt ook de wijze waarop zij zo'n appèl behandelen en tot welke beslissing zij kunnen komen. De bestuursrechter gaat na of het boetebesluit rechtmatig is. Hij toetst het besluit indringend, echter niet ambtshalve, maar aan de hand van de door partijen aangevoerde beroepsgronden.³² Acht de bestuursrechter het aangevochten boetebesluit in strijd met recht, dan vernietigt hij het en bepaalt hij zelf of, en zo ja, welke boete in plaats daarvan moet worden opgelegd.³³ Hij kan daarbij echter geen hogere boete opleggen dan het bestuursambt had gedaan.³⁴ Verzet tegen een strafbeschikking leidt er daarentegen steeds toe dat de strafrechter het aangevochten besluit vernietigt.³⁵ De strafrechter beoordeelt volledig zelf, zoals bij een normale strafprocedure, of verdachte een strafrechtelijk verwijt kan worden gemaakt. Hij doet dat niet uitsluitend op basis van de aangevoerde gronden, zoals de bestuursrechter zou doen.³⁶ Meent de strafrechter dat van strafwaardig gedrag sprake is, dan kan hij, anders dan de bestuursrechter, verdachte een hogere straf opleggen dan de officier van justitie met de aangevallen strafbeschikking had gedaan.³⁷

2.2. Een wetshistorische uitleg van artikel 113 Gw

De grondwettelijke bevoegdheid van de rechterlijke macht om strafbare feiten te berechten is van beperkte betekenis voor de toelaatbaarheid van de hiervóór besproken vormen van straffend bestuur, zo is de heersende opvatting.³⁸ Deze beperkte betekenis is het gevolg van een wetshistorische interpretatie van artikel 113 Gw. Deze Grondwetsbepaling luidt:

'1. Aan de rechterlijke macht is (...) opgedragen de berechting van strafbare feiten.

(...)

3. Een straf van vrijheidsontneming kan uitsluitend door de rechterlijke macht worden opgelegd.'

Artikel 113 Gw heeft vier bestanddelen, namelijk: (a) rechterlijke macht, (b) berechting, (c) strafbare feiten, en (d) straf van vrijheidsontneming.

a. Rechterlijke macht

Artikel 113 Gw draagt bevoegdheden op aan de 'rechterlijke macht'. Die term komt in diverse Grondwetsbepalingen voor, maar heeft niet telkens dezelfde betekenis.³⁹ Soms verwijst hij naar een ambtencomplex dat zowel gerechten omvat als andere ambten, zoals het OM;⁴⁰ soms heeft hij een engere betekenis, namelijk 'de gerechten van de rechterlijke macht'.⁴¹ In artikel 113 Gw heeft de term volgens de grondwetgever die laatste betekenis:⁴² hij sluit uit dat de wetgever aan het OM de bevoegdheid opdraagt strafbare feiten te berechten.⁴³

Welke gerechten tot de rechterlijke macht behoren, bepaalt de wetgever.⁴⁴ Thans heeft de wetgever de rechtbanken, de hoven en de Hoge Raad aangewezen als gerechten van de rechterlijke macht.⁴⁵ Alleen deze gerechten mogen

31. Artikel 257 lid 1 en 2 Sv.

32. H.E. Bröring, *De bestuurlijke boete*, Deventer: Kluwer 2005, p. 246-256.

33. Artikel 8:72a Awb.

34. R.J.N. Schlössels & S.E. Zijlstra, *Bestuursrecht in de sociale rechtsstaat*, Deventer: Kluwer 2010, p. 1012. De bijzondere wet kan van deze uitwerking van het verbod van *reformatio in peius* afwijken. Zie bijv. artikel 19d lid 7 Wav ('In afwijking van artikel 8:69 van de Algemene wet bestuursrecht kan de rechter in beroep of hoger beroep de hoogte van de bestuurlijke boete ook ten nadele van de belanghebbende wijzigen').

35. Artikel 257f lid 4 Sv.

36. *Kamerstukken II 2004/05*, 29849, 3, p. 3.

37. *Kamerstukken II 2004/05*, 29849, 7, p. 9-10. De regering vond zo'n verhoging in de rede liggen als een verdachte zonder bericht verstek laat gaan of geen verdediging voert.

38. Vgl. L.F.M. Besselink, 'Constitutionele aspecten van de discussie over modernisering van de strafvordering', in: C.H. Brants, P.A.M. Mevis, E. Prakken & J.M. Reijntjes (red.), *Op zoek naar grondslagen: Strafvordering 2001 ter discussie*, Den Haag: BJu 2003, p. 49. Anders: L.J.J. Rogier, 'Bestraffende sancties in de Awb', in: T. Barkhuysen, W. den Ouden & J.E.M. Polak (red.), *Bestuursrecht harmoniseren: 15 jaar Awb*, Den Haag: BJu 2010, p. 519, die meent dat de bestuurlijke boete in strijd is met 113 Gw.

39. C.A.J.M. Kortmann, *De Grondwetsherzieningen 1983 en 1987*, Deventer: Kluwer 1987, p. 326.

40. Bijv. artikel 116 lid 2 Gw.

41. Bijv. artikel 112 lid 1 Gw.

42. Bijv. *Kamerstukken II 1979/80*, 16162, 3, p. 6 en 7. Op een enkele plek is de toelichting minder duidelijk. Op p. 11 van het hiervóór genoemde Kamerstuk memoreert de regering dat de proeve voorstelde in (het huidige) artikel 113 Gw aan de rechterlijke macht 'de oplegging van straffen' op te dragen. De regering kiest echter voor een andere redactie. Haar voorstel draagt aan de rechterlijke macht 'de berechting van strafbare feiten' op. Zij wijst de redactie van de proeve af, omdat die 'geen rekening houdt met de omstandigheid dat door de strafrechter ook maatregelen kunnen worden opgelegd, en dat de strafrechter ook (...) een schuldigverklaring zonder strafoplegging kan uitspreken' (cursivering, JS). Deze overwegingen zouden de indruk kunnen wekken dat de regering met de term rechterlijke macht eigenlijk het oog had op de strafrechter. Die indruk is volgens mij echter onjuist. De regering gebruikt de term 'strafrechter' hier naar mijn oordeel slechts als voorbeeld van een tot de 'rechterlijke macht' behorende rechter.

43. *Kamerstukken I 1980/81*, 16162, 100b, p. 5.

44. Artikel 116 lid 1 Gw. Behoort een gerecht tot de rechterlijke macht, dan vereist artikel 117 Gw dat de rechters in die gerechten voor het leven moeten worden benoemd en slechts ontslagen kunnen worden, anders dan op verzoek of wegens het bereiken van een bij de wet vastgestelde leeftijd, door een gerecht dat tot diezelfde rechterlijke macht behoort.

45. Artikel 116 lid 1 Gw jo. artikel 2 Wet RO.

dus 'strafbare feiten' berechten en een 'straf van vrijheidsontneming' opleggen. Omdat de Grondwet geen inhoudelijk criterium geeft waaraan de gerechten van de rechterlijke macht moeten voldoen, kunnen deze bevoegdheden ook aan de bestuursrechter worden opgedragen, mits deze tot de rechterlijke macht behoort, zo bevestigde de regering tijdens de Grondwetsherziening van 1983 desgevraagd.⁴⁶ Hoewel enkele bestuursrechters naar geldend recht reeds tot de rechterlijke macht behoren,⁴⁷ heeft de wetgever aan hen niet de in artikel 113 Gw bedoelde bevoegdheden opgedragen.

b. Berechting

Volgens artikel 113 lid 1 Gw is aan de rechterlijke macht de 'berechting' van strafbare feiten opgedragen. Daarmee bedoelde de grondwetgever de 'kennisneming en beslissing van geschillen'.⁴⁸ De term omvat niet de bevoegdheid van het OM om te seponeren of te transigeren.⁴⁹

Met het sepot en de transactie doet het OM strafbare feiten af buiten de strafrechter om.⁵⁰ Het sepot is een besluit van de officier van justitie om een strafbaar feit niet (verder) te vervolgen.⁵¹ Hij kan aan die beslissing voorwaarden verbinden,⁵² zoals de plicht om de veroorzaakte schade te herstellen of een contactverbod.⁵³ Kenmerkend voor deze voorwaarden is dat zij geen leedtoevoeging beogen, maar slechts de gevolgen van het strafbaar feit compenseren en herhaling van het gepleegde proberen te voorkomen. De transactie lijkt op dit voorwaardelijk sepot.⁵⁴ Zij houdt in dat de officier van justitie de verdachte aanbiedt van vervolging af te zien als deze een aantal voorwaarden vervult.⁵⁵ Anders dan bij het voorwaardelijk sepot kunnen die voorwaarden ook bestraffend zijn.⁵⁶ Gaat verdachte op dat aanbod in en vervult hij de voorwaarden,⁵⁷ dan mag het OM hem niet langer vervolgen.⁵⁸ Dat beide wijzen van buitengerechtelijke afdoening van strafbare feiten geen berechting in de zin van artikel 113

lid 1 Gw opleveren, verklaart de regering met de stelling dat in die gevallen geen sprake is van een 'rechterlijke taak' of 'een vorm van rechtspreken'. Het (voorwaardelijk) sepot en de transactie hebben juist tot gevolg dat géén berechting van het strafbare feit plaatsvindt, zo stelt zij.⁵⁹ Doordat de regering niet uitlegt wanneer volgens haar wel van een 'rechterlijke taak' of 'een vorm van rechtspreken' sprake is, is het gissen naar wat zij daarmee precies bedoelt. Haar opmerkingen kunnen zowel materieel als formeel worden uitgelegd. Bij een materiële uitleg worden de termen 'rechterlijke taak' en 'rechtspreken' inhoudelijk gedefinieerd. Een element van zo'n definitie kan zijn: de bevoegdheid om eenzijdig de rechten en plichten van procespartijen vast te stellen. Aan die definitie voldoet in elk geval het (voorwaardelijk) sepot niet. Een sepotbeslissing is immers een eenzijdig besluit van de officier van justitie. Dat de regering zo'n materiële uitleg van de 'rechterlijke taak' voor ogen stond, is daarom niet aannemelijk.⁶⁰ Volgens een formele uitleg is pas dan van 'rechtspreken' sprake als de rechter een straf oplegt. Zo bezien is artikel 113 lid 1 Gw nooit van toepassing als een bestuursambt een straf oplegt. Deze interpretatie sluit aan bij de uitleg die de regering gaf aan een ander bestanddeel van artikel 113 Gw, namelijk 'strafbare feiten'.

c. Strafbare feiten

Volgens het derde bestanddeel van artikel 113 Gw berecht de rechterlijke macht 'strafbare feiten'. De regering definieert deze zowel naar hun inhoud als aan de hand van het type ambt dat de overtreding bestraft: Strafbare feiten zijn 'feiten, die in enigerlei algemene regeling strafbaar zijn gesteld',⁶¹ dat wil zeggen: 'gedragingen die op straffe verboden zijn'. Overtredingen die kunnen leiden tot 'een administratieve sanctie, zoals een administratieve boete of de intrekking van een vergunning' moeten van strafbare feiten worden onderscheiden, zo beklemtoont de rege-

46. De regering meende echter dat de wetgever daartoe niet snel zou overgaan, omdat hij 'waarde zal hechten aan de ervaring die de rechters die thans tot het opleggen van [vrijheidsstraffen, JS] bevoegd zijn, op dit gebied hebben' (*Kamerstukken II* 1980/81, 16162, 8, p. 15).

47. Namelijk de bestuursrechters in de rechtbanken en de belastingrechters.

48. *Kamerstukken II* 1979/80, 16162, 3, p. 11. Vgl. p. 9 van datzelfde stuk.

49. *Kamerstukken II* 1980/81, 16162, 8, p. 8.

50. Uitgebreid over beide modaliteiten: G.J.M. van den Biggelaar, *De buitengerechtelijke afdoening van strafbare feiten* (diss. Maastricht), Arnhem: Gouda Quint 1994.

51. Ik ga uit van een beleidssepot en niet van een technisch sepot. Dat wil zeggen: ik neem alleen die sepoten in aanmerking waarbij het OM meent de gedraging van de verdachte te kunnen bewijzen en van oordeel is dat de verdachte strafbaar is.

52. Artikel 167 lid 2 Sv.

53. De wet zegt niet welke die voorwaarden zijn. In de literatuur wordt ervan uitgegaan dat deze gelijk zijn aan de voorwaarden die de strafrechter kan verbinden aan een door hem opgelegde voorwaardelijke straf (artikel 14c Sr). Zie bijv. G.J.M. Corstens/M.J. Borgers, *Het Nederlands strafprocesrecht*, Deventer: Kluwer 2011, p. 531, met verdere verwijzingen. Het voorwaardelijk sepot mag volgens deze auteurs echter niet de voorwaarde bevatten van verpleging in een psychiatrische inrichting.

54. G.J.M. Corstens/M.J. Borgers, *Het Nederlands strafprocesrecht*, Deventer: Kluwer 2011, p. 530.

55. Artikel 74 Sr.

56. Ten tijde van de Grondwetsherziening van 1983 kon overigens uitsluitend de betaling van een geldsom aan de overheid als eis worden gesteld (artikel 74 lid 2 Sr (oud) en artikel 36 lid 2 WED (oud)). Over de transactie en de ontwikkeling daarvan schrijft: P. Osinga, *Transactie in strafzaken* (diss. Tilburg), Arnhem: Gouda Quint 1992, in het bijzonder p. 135 e.v.

57. J.H. Crijns, *De strafrechtelijke overeenkomst* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2010, p. 178-179.

58. Artikel 74 lid 1 Sr.

59. *Kamerstukken II* 1980/81, 16162, 8, p. 8.

60. Zoals gezegd, komt de transactie – anders dan het (voorwaardelijk) sepot – pas tot stand na de aanvaarding door verdachte. In de strafrechtelijke literatuur wordt echter benadrukt dat die aanvaarding dikwijls onder druk tot stand komt. Voor veel verdachten is het immers nadelig hun zaak op een openbare zitting te laten komen, zodat zij zwichten voor een de buitengerechtelijke afdoening, ook al houdt deze een straf in. Vgl. J.H. Crijns, *De strafrechtelijke overeenkomst* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2010, p. 39-40.

61. *Kamerstukken II* 1979/80, 16162, 3, p. 6-7.

ring.⁶² Is een bestuursambt bevoegd de overtreding van een norm te bestraffen, dan is artikel 113 lid 1 Gw op die bestraffing dus niet van toepassing. De redenering van de regering is daardoor circulair: de Grondwet draagt de berechting van strafbare feiten op aan de rechterlijke macht, terwijl wat strafbare feiten zijn afhankelijk is van de vraag of de rechterlijke macht deze berecht.⁶³

d. Straf van vrijheidsontneming

Artikel 113 lid 3 Gw bepaalt dat een ‘straf van vrijheidsontneming’ uitsluitend door de rechterlijke macht kan worden opgelegd. Van zulke vrijheidsontneming is sprake als deze het oogmerk heeft te straffen.⁶⁴ Is daarvan geen sprake, dan is de bepaling niet van toepassing. Zo valt een vrijheidsbenemende ordemaatregel, dat wil zeggen: een ‘tijdelijke [maatregel] om te komen tot een herstel van de orde, of om wanordelijkheden te voorkomen’,⁶⁵ volgens de grondwetgever niet onder het bereik van deze bepaling, zodat ook een ander ambt dan een gerecht van de rechterlijke macht hem mag opleggen.

2.3. De grondwettigheid van de bestuurlijke boete en strafbeschikking

Op grond van de hiervoor besproken wethistorische uitleg van artikel 113 Gw meent de wetgever dat de regeling van de bestuurlijke boete en van de strafbeschikking grondwettig zijn. Ik bespreek zijn redenering, waarin hij onderscheid maakt tussen de oplegging van een straf door een bestuursambt en de rechtsbescherming die daartegen openstaat.

2.3.1. Bestuurlijke boete

De eerste regeling van de bestuurlijke boete die na de Grondwetsherziening van 1983 tot stand kwam, was de Wet Mulder. Deze onttrok het beboeten van een aantal verkeersovertredingen aan de bevoegdheid van de strafrechter en legde die in handen van politieambtenaren.⁶⁶

a. De bestuurlijke straf

Het opleggen van Mulderboetes valt volgens de wetgever niet onder het toepassingsbereik van artikel 113 Gw,

omdat die Grondwetsbepaling uitsluitend betrekking heeft op de berechting van ‘strafbare feiten’. De regering herhaalt bij de totstandkoming van de wet het oordeel van de commissie-Mulder, die het wetsvoorstel had voorbereid, dat de Grondwet ‘geen materieel criterium [geeft] op grond waarvan sommige overtredingen moeten worden beschouwd als een strafrechtelijke overtreding en andere als een administratiefrechtelijke overtreding.’⁶⁷ Zij oordeelt in het verlengde daarvan, dat de Wet Mulder bestuurlijke boetes in het leven roept – zoals artikel 2 lid 1 van die wet ook uitdrukkelijk bepaalt⁶⁸ – zodat artikel 113 lid 1 Gw niet van toepassing is.⁶⁹

b. De rechtsbescherming tegen de bestuurlijke straf

Omdat Mulderboetes ‘administratieve sancties’ zijn en daarom niet onder het toepassingsbereik van artikel 113 Gw vallen, hoeft tegen zulke boetes ook geen beroep bij de rechter open te staan, zo redeneert de regering. Het beroep bij de kantonrechter – een gerecht van de rechterlijke macht – dat de wetgever toch tegen een Mulderboete openstelde,⁷⁰ zou volgens de regering weliswaar aan de eisen van artikel 113 lid 1 Gw voldoen, maar wordt erdoor niet vereist, zo betoogt zij.⁷¹

Na de invoering van de Wet Mulder verdwijnt de discussie over de vraag of de regeling van de bestuurlijke boete verenigbaar is met de Grondwet naar de achtergrond. Twintig jaar later, bij de parlementaire behandeling van de Vierde Tranche van de Awb, die een algemene regeling van de bestuurlijke boete introduceerde, komt de vraag naar de grondwettigheid van de regeling niet meer aan de orde. De Eerste Kamer, die van de niet-toepasselijkheid van artikel 113 Gw op de bestuurlijke boete uitging, vroeg de regering slechts of zij het wenselijk vond om in de Grondwet over bestuurlijke straffen een regeling op te nemen.⁷²

2.3.2. Strafbeschikking

Anders dan bij de regeling van de bestuurlijke boete, acht de wetgever artikel 113 Gw wel van toepassing op onderdelen van de regeling van de strafbeschikking.

a. De bestuurlijke straf

62. *Kamerstukken II* 1979/80, 16162, 3, p. 11.

63. Vgl. C.A.J.M. Kortmann, *De Grondwetsherzieningen 1983 en 1987*, Deventer: Kluwer 1987, p. 315.

64. De regering merkte op dat voor militairen een minder strikt regime geldt (*Kamerstukken II* 1979/80, 16162, 3, p. 14).

65. *Kamerstukken II* 1980/81, 16162, 8, p. 15.

66. Ik ga uit van de tekst van de WAHV zoals deze luidde bij zijn vaststelling (*Stb.* 1989, 300), omdat daarop de overwegingen van de wetgever over de grondwettigheid van de wet betrekking hebben.

67. *Kamerstukken II* 1987/88, 20329, 3, p. 25.

68. Artikel 2 lid 1 WAHV luidt: ‘Ter zake van de in de bijlage bij deze wet omschreven gedragingen die in strijd zijn met op het verkeer betrekking hebbende voorschriften (...), worden op de wijze bij deze wet bepaald administratieve sancties opgelegd. (...)’

69. Daarnaast benadrukte de regering dat artikel 113 lid 3 Gw uitsluitend het opleggen van een straf van vrijheidsontneming aan de rechterlijke macht voorbehoudt. De Wet Mulder verleent het bestuur echter uitsluitend de bevoegdheid geldboetes op te leggen (*Kamerstukken II* 1987/88, 20329, 3, p. 25).

70. Artikel 9 WAHV. Eerst moest echter administratief beroep worden ingesteld bij de officier van justitie.

71. *Kamerstukken II* 1987/88, 20329, B, p. 6 (‘Uit artikel 113, eerste lid, van de Grondwet vloeit slechts voort dat, *indien* de wetgever feiten als strafbare feiten bestempelt, de berechting daarvan door de rechter dient te geschieden. Bestempelt de wetgever feiten niet als strafbare feiten, maar als tuchtfeiten of administratieve feiten, dan belet niets hem om desalniettemin afdoening door de rechter voor te schrijven. Zodanige verplichting valt in [de bepaling] echter niet te lezen.’) De regering wees daarmee een andersluidende opvatting van de Raad van State uitdrukkelijk af (p. 4).

72. *Kamerstukken I* 2007/08, 29702, B, p. 10; *Kamerstukken I* 2008/09, 29702, D, p. 2-3. De regering zei daarop, zoals gezegd (paragraaf 1), toe de Staatscommissie Grondwet te vragen daarnaar onderzoek te doen (*Kamerstukken I* 2008/09, E, p. 3-4 en *Handelingen I* 2008/09, 36, p. 1597-1619).

Artikel 113 Gw is volgens de wetgever om twee redenen niet van toepassing op het uitvaardigen van een strafbeschikking door de officier van justitie. Allereerst is de uitvaardiging van zo'n beschikking geen 'berechting' in de zin van artikel 113 lid 1 Gw.⁷³ 'Berechting' vereist 'een vorm van rechtspreken'.⁷⁴ Daarvan is hier geen sprake, omdat niet de rechter, maar de officier van justitie de straf oplegt.⁷⁵ Om dezelfde reden is geen sprake van 'strafbare feiten'. De strafbeschikking is een 'administratieve sanctie'; een maatregel 'die door de administratie ter zake van een overtreding van een voorschrift word[t] opgelegd'.⁷⁶ Zulke feiten vallen niet onder het toepassingsbereik van artikel 113 lid 1 Gw.⁷⁷

b. De rechtsbescherming tegen de bestuurlijke straf

Anders dan bij de Mulderboete acht de regering artikel 113 Gw wel van toepassing op de rechtsbescherming tegen de strafbeschikking. De verschillen in de wijze waarop de rechter het appel tegen een Mulderboete en tegen een strafbeschikking behandelt, is daarvan de oorzaak.

Bij de Wet Mulder overwoog de regering dat artikel 113 lid 1 Gw niet op de rechtsbescherming tegen de krachtens die wet opgelegde bestuurlijke boete van toepassing is, omdat die bepaling ook niet van toepassing is op de oplegging van het boetebesluit zelf: een bestuursambt legt de boete op en dus is er geen sprake van een 'strafbaar feit'. Wordt tegen die Mulderboete beroep ingesteld bij de kantonrechter, dan beoordeelt deze de rechtmatigheid van dat boetebesluit. Hij vernietigt dat besluit slechts als hij het onrechtmatig acht.⁷⁸ Acht hij het rechtmatig, dan laat hij het in stand.

Bij de strafbeschikking ligt dat anders. Verzet tegen een strafbeschikking heeft – anders dan het beroep tegen een Mulderboete – steeds de vernietiging van die beschikking door de rechter tot gevolg, ook als de rechter tot hetzelfde oordeel als de officier van justitie komt.⁷⁹ Verzet heeft dan ook niet tot gevolg dat de rechter de rechtmatigheid van de strafbeschikking beoordeelt, zoals beroep tegen een Mulderboete tot gevolg heeft, maar leidt tot een regulier strafproces, waarbij de strafrechter geheel zelfstandig oordeelt over het verwijt dat de officier verdachte maakt. Daarom merkt de regering de rechtsbescherming tegen de strafbeschikking wel aan als 'berechting' is in de zin van artikel 113 lid 1 Gw, en die tegen de Mulderboete niet.⁸⁰

2.4. Conclusie

De grondwetsgeschiedenis van artikel 113 Gw en de wijze waarop de wetgever deze uitlegt, geven inzicht in de vraag waarom die bepaling van zo beperkte betekenis is voor straffend bestuur en de rol van de rechter daarbij. Artikel 113 lid 1 Gw heeft geen normatieve betekenis. Volgens de gangbare wetshistorische interpretatie van het artikellid vereist het dat 'strafbare feiten' door een gerecht van de rechterlijke macht worden berecht, terwijl wat strafbare feiten zijn afhankelijk is van de vraag of de rechterlijke macht deze berecht. Daarmee beslist de wetgever feitelijk zelf over de toepasselijkheid van artikel 113 lid 1 Gw: kent hij de bevoegdheid straffen op te leggen toe aan een bestuursambt, dan is het artikellid niet van toepassing. Evenmin verplicht de Grondwetsbepaling er dan toe beroep bij de rechter tegen de bestuurlijke straf open te stellen, zo meent de wetgever.⁸¹

Alleen artikel 113 lid 3 Gw bevat een duidelijke regel: uitsluitend gerechten van de rechterlijke macht mogen vrijheidsstraffen opleggen. De wetgever mag noch het bestuur, noch andere gerechten die bevoegdheid verlenen.

3. Uitgangspunten voor een grondwettelijke regeling

Ik meen dat de hiervóór besproken grondwettelijke regeling aanpassing verdient. Ik formuleer vier uitgangspunten waaraan een grondwettelijke regeling van straffend bestuur en van de rol van de rechter daarbij, minimaal zou moeten voldoen.

a. De rechter garandeert een eerlijk proces

Idealiter legt de rechter straffen op. Zonder zijn onafhankelijkheid en onpartijdigheid is een eerlijk proces niet mogelijk: een procedure waarbij partijen voor een neutrale derde hun zaak bepleiten, waarna deze derde beslist. De rechter is zo een belangrijke waarborg tegen willekeurige bestraffing.⁸² Onafhankelijkheid en onpartijdigheid van de rechter is een noodzakelijke, maar echter geen voldoende voorwaarde om te kunnen spreken van een eerlijk proces. Ook de wijze waarop de rechter tot zijn beslissing komt, is daarvoor relevant.

Over de vereisten waaraan een eerlijk proces ten minste moet voldoen, bestaat een grote mate van overeenstemming.⁸³ Zij kunnen in vier groepen worden verdeeld. Ten eerste vereist een eerlijk proces transparantie. Deze wordt

73. *Kamerstukken II* 2004/05, 29849, 3, p. 58.

74. *Kamerstukken II* 2004/05, 29849, 3, p. 56.

75. De wetgever stelt daarbij de strafbeschikking op één lijn met het sepot en de transactie. De grondwetgever achtte die vormen van buitengerechtelijke afdoening uitdrukkelijk verenigbaar met artikel 113 lid 1 Gw, omdat het geen rechtspraak betrof.

76. *Kamerstukken II* 2004/05, 29849, 3, p. 57.

77. Net als bij de totstandkoming van de Wet Mulder, benadrukt de wetgever dat uit een *a contrario*-lezing van artikel 113 lid 3 Gw volgt dat het bestuur de bevoegdheid kan worden verleend straffen op te leggen (zie noot 69). Het artikellid bepaalt immers dat uitsluitend de rechterlijke macht 'een straf van vrijheidsontneming' mag opleggen; andere straffen mogen dus wel door anderen worden opgelegd, zo is de redenering (*Kamerstukken II* 2004/05, 29849, 3, p. 56-57).

78. Artikel 13 WAHV. De regeling van de bestuurlijke boete in de Awb is vergelijkbaar.

79. Artikel 257f lid 4 Sv.

80. *Kamerstukken II* 2004/05, 29849, 3, p. 58-59.

81. Artikel 112 lid 1 Gw doet dat wel: besluit de wetgever inderdaad geen bijzondere rechtsgang open te stellen tegen de bestuurlijke straf, dan kan de benadeelde de burgerlijke rechter adieren.

82. Vgl. G.J.M. Corstens/M.J. Borgers, *Het Nederlands strafprocesrecht*, Deventer: Kluwer 2011, p. 112-113.

83. Met name artikel 6 EVRM zorgt daarvoor.

verzekerd door een (in beginsel) openbare behandeling van de zaak en door een in het openbaar uitgesproken, gemotiveerde beslissing. Ten tweede vereist een eerlijk proces dat de verdachte zich adequaat kan verdedigen. Bij het proces moet daarom het beginsel van hoor en wederhoor in acht worden genomen en moet verdachte zich kunnen doen bijstaan. Ten derde vereist een eerlijk proces dat het verwijt dat verdachte wordt gemaakt, bewezen wordt. De rechter gaat daarbij uit van de onschuld van verdachte, terwijl de verdachte niet kan worden gedwongen bewijs tegen zichzelf te leveren.

b. De rechter is exclusief bevoegd ernstige wetsovertredingen te berechten en te bestraffen

Rechterlijke procedures zijn echter kostbaar: zorgvuldigheid heeft een prijs. Het grote aantal regels dat door straf wordt gehandhaafd en een beperkt overheidsbudget, hebben tot gevolg dat bij de wetgever de wens ontstond de strafrechter niet voor de berechting van elke overtreding in te zetten.⁸⁴ De vraag die vervolgens rijst is welke wetsovertredingen wel exclusief door hem horen te worden berecht. Ik meen dat daarvoor de ernst van de wetsovertreding beslissend is.⁸⁵ Wordt de overtreder een ernstig moreel verwijt gemaakt, dan hoort de rechter daarover exclusief te beslissen, omdat de vaststelling van dat verwijt een grotere zorgvuldigheid vereist.⁸⁶

c. Het bestuur is bevoegd niet-ernstige wetsovertredingen te bestraffen, mits de bestuurlijke straf omkeerbaar is en daartegen beroep bij de rechter kan worden ingesteld die volgens de regels van een eerlijk proces beslist

Zoals gezegd, hoeft de rechter niet alle wetsovertredingen zelf te berechten. Het bestuur kan de bevoegdheid krijgen minder ernstige overtredingen af te doen. Omdat bestraffing door het bestuur afwijkt van het ideaal, is een extra waarborg nodig om een eerlijk proces te verzekeren, namelijk de mogelijkheid om tegen een door het bestuur opgelegde straf, eventueel na bezwaar of administratief beroep, beroep bij de rechter in te stellen.⁸⁷ Bij de vormgeving van die rechterlijke toetsing moet echter steeds voor ogen worden gehouden dat straffend bestuur mede tot doel heeft kosten te besparen.⁸⁸ De mogelijkheid om tegen een bestuurlijke straf in beroep te komen bij de rechter hoort daarom niet tot gevolg te hebben dat deze efficiëncyvoordelen teniet gaan.

De gevolgen van dit uitgangspunt illustreer ik aan de hand van een voorbeeld: Om lichtzinnig gebruik van het recht beroep bij de rechter in te stellen te voorkomen, meen ik dat als hoofdregel zou moeten gelden dat het instellen van beroep bij de rechter de bestuurlijke straf niet

schorst.⁸⁹ Schorsing zou immers tot gevolg hebben dat – ongeacht de kans op succes in de rechterlijke procedure – beroep bij de rechter voordeel oplevert, namelijk uitstel van de executie van de straf. Daardoor zal vaker een beroep op de rechter worden gedaan, terwijl straffend bestuur dat juist beoogt te voorkomen. Dit uitgangspunt is onredelijk – en hoort dus niet te worden toegepast – als de bestuurlijke straf tot onomkeerbare schade bij de bestrafte leidt.

Of een straf zulke schade tot gevolg heeft, is afhankelijk van twee factoren: de aard van de straf en de omstandigheden van de bestrafte. De aard van sommige straffen maakt dat deze steeds onomkeerbare schade tot gevolg hebben. De vrijheidsstraf en de taakstraf zijn voorbeelden van zulke straffen. Eenmaal ondergaan kunnen zij niet meer ongedaan worden gemaakt. Zij zijn daarom steeds ongeschikt als bestuurlijke straf en mogen uitsluitend door de rechter worden opgelegd. Daarnaast kunnen de specifieke omstandigheden waarin de overtreder zich bevindt ertoe leiden dat een straf die naar haar aard niet onomkeerbaar is, dat wel is als zij aan deze overtreder wordt opgelegd. Zo is een bestuurlijke boete van € 5000 naar haar aard niet onomkeerbaar. Wordt zij echter opgelegd aan een kleine onderneming, dan kan zij tot gevolg hebben dat deze niet meer aan haar betalingsverplichtingen kan voldoen en failliet wordt verklaard. Zulke gevolgen kunnen op diverse manieren worden voorkomen. Zo kan de Grondwet bepalen dat uitsluitend de rechter bevoegd is zulke onomkeerbare straffen op te leggen. Ik vind die oplossing onwenselijk, omdat zij de bevoegdheid van de rechter sterk compliceert doordat deze afhankelijk wordt van de concrete omstandigheden in een te berechten geval. Naar mijn oordeel moeten die gevolgen voorkomen worden door in zulke gevallen de rechter de bevoegdheid te geven de bestuurlijke straf te schorsen. Overigens hoort de wetgever zo veel mogelijk te voorkomen dat bestuursambten zulke straffen opleggen. Hij moet ervoor zorgen dat het bestuur proportionele straffen kan opleggen.

d. Het bestuur garandeert enkele fundamentele beginselen van een eerlijk proces

Een belangrijk doel van straffend bestuur is het ontlasten van de rechter. Van zulke ontlasting is echter pas sprake als degene die door het bestuur is bestraft, tegen die straf geen rechtsmiddelen aanwendt. Een zorgvuldige voorbereiding van de strafbeslissing is daarom vereist. Omdat kostenbesparing echter een voornamelijk doel is voor straffend bestuur, kan de zorgvuldigheid die het bestuur betracht niet even groot zijn als de zorgvuldigheid die de

84. Zo redeneerde althans de wetgever bij de invoering van de WAHV (*Kamerstukken II* 1987/88, 20329, 3, p. 8 e.v.) en de OM-beschikking (*Kamerstukken II* 2004/05, 29849, 3, p. 1-2).

85. Vgl. artikel 2 lid 2 WAHV; *Kamerstukken II* 2003/04, 29702, 3 (MvT, 4e Tranche Awb), p. 118 (Een reden voor straffend bestuur is 'dat de geringe ernst van de overtredingen de inzet van strafrechtelijke procedures niet rechtvaardigt'); *Kamerstukken II* 2004/05, 29849, 16 (motie-Eerdmans c.s.) (bestrafing van ernstige geweldsmisdrijven en zedendelicten bij strafbeschikking doet 'geen recht (...) aan de ernst van deze misdrijven (...)); *Kamerstukken II* 2008/09, 31700 VI, 89 (kabinetsnota over de uitgangspunten bij de keuze van een sanctiestelsel), p. 7 ('Een grens voor de bestuursrechtelijke handhaving wordt daarmee gevonden in de ernst en de aard van de wetsovertreding.').

86. Hoe ernstige overtredingen van andere overtredingen moeten worden afgebakend, komt aan de orde in paragraaf 5.

87. Vgl. R.J.G.M. Widdershoven, 'Bestuurlijke boete in de Grondwet', *NJB* 1998, p. 237; L.J.J. Rogier, *Straffend bestuur* (oratie Rotterdam), Deventer: Gouda Quint 2001, p. 10; EHRM 21 februari 1984, r.o. 48, *NJ* 1988/937 (*Öztürk*).

88. Zie (de tekst bij) noot 84.

89. Vgl. Rapport van de commissie voor de toetsing van wetgevingsprojecten (commissie-Kortmann), *Handhaving door bestuurlijke boeten*, Den Haag: 1994, p. 57.

rechter in acht neemt. Desondanks zou besluitvorming door het bestuur naar mijn oordeel aan drie voorwaarden moeten voldoen.⁹⁰

Ten eerste moet de bestuurlijke strafbeslissing gemotiveerd zijn: zij moet inzicht verschaffen in het verwijt dat het bestuur de bestrafte maakt, het bewijs dat daarvoor bestaat en de wettelijke grondslag van de beslissing. Het in acht nemen van strikte motiveringsvereisten is noodzakelijk, omdat zij de beslissing inzichtelijk maken. Motivering kan zo beroep bij de rechter voorkomen. Voor de bestrafte die toch beroep bij de rechter wil instellen, biedt zij de noodzakelijke aanknopingspunten voor zijn beroepsgronden.

Ten tweede moet het bestuur bij de voorbereiding van zijn strafbeslissing de onschuldpresumptie en het zwijgrecht van de verdachte in acht nemen. De reden daarvoor ligt voor de hand: schending van deze rechten in de bestuurlijke fase is in de rechterlijke fase moeilijk te repareren.

Ten derde verdient ook het beginsel van hoor en wederhoor aandacht, zij het niet op dezelfde wijze als in de rechterlijke fase. Naar mijn oordeel moet het beginsel uitsluitend op verzoek van de bestrafte in acht worden genomen. Dat kan op verschillende manieren. Kan tegen de bestuurlijke strafbeslissing bezwaar of administratief beroep worden ingesteld, dan kan het horen eerst in die fase aan de orde komen, zoals thans geldt bij Mulderboetes.⁹¹ Zijn zulke rechtsmiddelen niet voorhanden, dan moet de verdachte voorafgaand aan de strafbeslissing in de gelegenheid worden gesteld zijn zienswijze kenbaar te maken.⁹² Deze beperkte toepassing van het beginsel van hoor en wederhoor bij bestuurlijke bestraffing is naar mijn oordeel gerechtvaardigd omdat zulke straffen in mijn voorstel slechts mogelijk zijn bij wetsovertredingen van een geringe ernst. Die geringe ernst noodzaakt er minder toe verdachte steeds te horen. Tot slot moet de bestrafte en degene aan wie het bestuur voornemens is een straf op te leggen, zich kunnen laten bijstaan in het contact met het bestuur.

4. Verschillen met de Grondwet en het EVRM

De voorgestelde uitgangspunten wijken af van het geldende grondwettelijk recht en van het EVRM. Ik bespreek die afwijkingen kort per uitgangspunt.

90. Vgl. Rapport van de commissie voor de toetsing van wetgevingsprojecten (commissie-Kortmann), *Handhaving door bestuurlijke boeten*, Den Haag: 1994, p. 60 (motivering); p. 59-60 (onschuldpresumptie); p. 52 (horen).

91. Artikel 7 lid 2 WAHV.

92. Het geldende wettelijk recht is ruimhartiger. Als aan een overtreder een bestuurlijke boete kan worden opgelegd van meer dan € 340, dan dient het bestuur hem in de gelegenheid te stellen om voorafgaand aan de boeteplegging zienswijzen naar voren te brengen (artikel 5:53 lid 3 Awb). Wil de officier van justitie een strafbeschikking uitvaardigen, dan is hij verplicht de verdachte te horen als hij aan hem een taakstraf wil opleggen, zijn rijbevoegdheid tijdelijk wil ontzeggen, of een geldboete wil opleggen die hoger is dan € 2000 (artikel 257c Sv).

a. De rechter garandeert een eerlijk proces

Het recht op een eerlijk proces kent de huidige Grondwet niet. Slechts aspecten van dat recht komen erin voor.⁹³

Zo vereist de Grondwet dat de rechterlijke procedure transparant is, door te bepalen dat terechtzittingen in het openbaar plaatsvinden, dat rechterlijke uitspraken gemotiveerd zijn en dat deze in het openbaar worden uitgesproken.⁹⁴ Over de wijze waarop de rechterlijke procedure wordt gevoerd, zegt de Grondwet echter weinig. Het beginsel van hoor en wederhoor kent zij bijvoorbeeld niet. Wel bevat artikel 18 Gw het recht zich in rechte te doen bijstaan. Over bewijs, tot slot, vermeldt de Grondwet niets: het verbod om niet mee te hoeven werken aan de eigen veroordeling, is er niet in te vinden.

Artikel 6 EVRM garandeert wel een eerlijk proces. Het artikel omvat dezelfde rechten als die ik hiervoor noemde.⁹⁵ Volgens het EHRM hoeven deze echter maar in beperkte mate in acht te worden genomen bij lichte bestuursrechtelijke straffen.⁹⁶ Het door mij voorgestelde uitgangspunt kent zulke differentiatie niet.

b. De rechter is exclusief bevoegd ernstige wets-overtredingen te berechten en te bestraffen

Volgens de Grondwet bepaalt de aard van de op te leggen straf of de rechter exclusief bevoegd is een wetsovertreding te berechten.⁹⁷ Artikel 113 lid 3 Gw bepaalt immers dat vrijheidsstraffen exclusief door de rechterlijke macht mogen worden opgelegd. Het tweede door mij geformuleerde uitgangspunt kiest een andere benadering. Niet de aard van de straf, maar de aard van de overtreding is bepalend of de rechter exclusief bevoegd is een overtreding te berechten. Het breidt daardoor de exclusieve bevoegdheid van de rechter uit: hoewel vrijheidsstraffen slechts kunnen worden opgelegd ter bestraffing van ernstige overtredingen, is het omgekeerde niet altijd waar. Sommige ernstige overtredingen leiden niet tot een vrijheidsstraf, zodat de berechting daarvan naar geldend recht aan de exclusieve bevoegdheid van de rechter kan worden onttrokken.

Ook het EVRM is minder streng dan het genoemde uitgangspunt. Artikel 5 lid 1 aanhef en onderdeel a EVRM bepaalt dat een vrijheidsstraf uitsluitend door de rechter mag worden opgelegd. Artikel 6 EVRM breidt die exclusieve bevoegdheid niet uit. Volgens het EHRM stelt die bepaling geen beperkingen aan het type overtreding dat

het bestuur mag bestraffen, mits na oplegging van de straf beroep bij de rechter mogelijk is.⁹⁸

c. Het bestuur is bevoegd niet-ernstige wetsovertredingen te bestraffen, mits de bestuurlijke straf omkeerbaar is en daartegen beroep bij de rechter kan worden ingesteld die volgens de regels van een eerlijk proces beslist

De Grondwet bevat geen bepalingen over straffend bestuur. De regering betoogde tijdens de Grondwetsherziening van 1983 dat artikel 113 Gw niet van toepassing is op de transactie, het (voorwaardelijk) sepot en de administratieve sanctie. Dat de wetgever bestuursambten de bevoegdheid mag verlenen straffen op te leggen, leidt deze slechts via een *a contrario*-lezing van artikel 113 lid 3 Gw uit de Grondwet af. Het geformuleerde uitgangspunt vereist daarentegen dat elke bestuurlijke straf een expliciete en afgebakende grondwettelijke grondslag heeft. De mogelijkheid om tegen een bestuurlijke straf beroep bij de rechter in te stellen, volgt wel reeds uit de Grondwet. Artikel 112 lid 1 Grondwet en de daarop gebaseerde jurisprudentie van de Hoge Raad maken immers steeds beroep bij de (burgerlijke) rechter mogelijk als er tegen die straf geen andere, met voldoende waarborgen omklede, rechtsgang openstaat.⁹⁹

Zoals gezegd, vereist het EVRM slechts dat de rechter exclusief bevoegd is vrijheidsstraffen op te leggen. Andere beperkingen aan de bevoegdheid van het bestuur om straffen op te leggen,¹⁰⁰ stelt het verdrag niet. Het biedt dus minder bescherming dan het derde uitgangspunt. Wel vereist het EVRM dat tegen een bestuurlijke strafbeslissing beroep bij de rechter openstaat¹⁰¹ en dat dwang er niet toe mag leiden dat de overtreder van dat beroep afziet.¹⁰² Die eisen verhinderen overigens niet dat, zoals ik voorstel, beroep bij de rechter de aangevochten bestuurlijke straf in beginsel niet schorst.¹⁰³ In *Janosevic/Zweden* oordeelde het EHRM dat de onschuldpresumptie van artikel 6 EVRM niet verhindert dat een straf ten uitvoer wordt gelegd voordat de strafbeslissing definitief is geworden, mits die tenuitvoerlegging in redelijke verhouding staat met de daarmee te dienen doelen.¹⁰⁴ Het geformuleerde uitgangspunt voldoet naar mijn oordeel aan die regel. Het zegt immers ook dat als de tenuitvoerlegging

93. Vgl. T. Barkhuysen, M.L. van Emmerik & J.H. Gerards, *De toegang tot de rechter en een eerlijk proces in de Grondwet?*, Alphen aan den Rijn: Kluwer 2009, p. 9-22 die uitgebreid nagaan welke elementen van het recht op toegang tot de rechter en een eerlijk proces de Grondwet reeds waarborgt.

94. Artikel 121 Gw.

95. Alleen het zwijgrecht komt niet in de tekst van artikel 6 EVRM tot uitdrukking. Het Hof leidt het daar echter wel uit af (EHRM 25 februari 1993, 10828/84, r.o. 44 (*Funke/France*)).

96. EHRM 23 november 2006, 73053/01, r.o. 43 (*Jussila/Finland*). Vgl. T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik, *Het EVRM en het Nederlandse bestuursprocesrecht*, Deventer: Kluwer 2011, p. 60-62.

97. Ik laat buiten beschouwing of deze exclusieve bevoegdheid moet worden toegekend aan een gerecht van de rechterlijke macht of (ook) aan andere gerechten. De vraag of het onderscheid tussen beide type gerechten nog gerechtvaardigd is, verdient een zelfstandige beschouwing.

98. EHRM 21 februari 1984, r.o. 48, *NJ* 1988/937 (*Öztürk*). Zie ook noot 106.

99. Zie noot 25. Zoals opgemerkt, zegt de Grondwet echter weinig over de wijze waarop de rechterlijke procedure gevoerd moet worden (paragraaf 4 onderdeel a).

100. Zie paragraaf 4 onderdeel b.

101. Aangenomen dat er sprake is van een *criminal charge* in de zin van artikel 6 EVRM.

102. EHRM 27 februari 1980, 6903/75, r.o. 49: 'Absence of constraint is at all events one of the conditions to be satisfied' (*Deweer/Belgium*).

103. Daarover bestond vroeger verschil van inzicht. Zie C.L.G.F.H. Albers, 'De onschuldpresumptie in het bestuursstrafrecht', in: R.J.N. Schlössels e.a. (red.), *In beginsel*, Deventer: Kluwer 2004, p. 274, met verwijzingen.

104. EHRM 23 juli 2002, *EHRC* 2002/88, m.nt. R.J.G.M. Widdershoven, r.o. 106.

van de straf leidt tot onomkeerbare schade, de rechter het besluit moet kunnen schorsen.¹⁰⁵

d. Het bestuur garandeert enkele fundamentele beginselen van een eerlijk proces

Het vierde uitgangspunt, tot slot, vereist dat bestuursambten enkele fundamentele beginselen in acht nemen als zij straffend optreden. De Grondwet zwijgt geheel over zulke waarborgen. Artikel 6 EVRM vergt evenmin dat bestuursambten de genoemde beginselen in acht nemen bij het opleggen van een straf. Volgens het EHRM hoeven de waarborgen van artikel 6 EVRM in de bestuurlijke procedure geen toepassing te vinden, mits de bestuurlijke beslissing kan worden getoetst door een rechter die beschikt over ‘full jurisdiction’,¹⁰⁶ dat wil zeggen: een rechter die bevoegd is zowel haar feitelijke als juridische grondslag te beoordelen.¹⁰⁷ Slechts als dat niet zo is, levert dat een schending van artikel 6 EVRM op. Het door mij geformuleerde uitgangspunt is daarmee strenger dan de Grondwet en het EVRM.

5. Een Grondwetswijzigingsvoorstel

Sinds de totstandkoming van de Wet Mulder in 1990 is er een wildgroei ontstaan aan bestuurlijke straffen, terwijl de Grondwet en het EVRM deze ontwikkeling maar in zeer beperkte mate begrenzen. Terecht wordt dat gezien als een tekortkoming. Het voornemen van de regering om het recht op een eerlijk proces in de Grondwet op te nemen, komt maar deels aan die kritiek tegemoet. Dat is een gemiste kans. Een adequate regeling van straffend bestuur en de rol van de rechter daarbij vereist méér.¹⁰⁸ Ik meen dat daarvoor de Grondwet gewijzigd moet worden aan de hand van de hiervóór beschreven uitgangspunten. Ik formuleer een Grondwetswijzigingsvoorstel dat aan die eisen voldoet en dat ik kort toelicht.

Tegen wijziging van de Grondwet kan worden ingebracht dat verwezenlijking van de genoemde uitgangspunten eenvoudiger bereikt kan worden door artikel 113 Gw anders te interpreteren. Zo stelt Van Buuren voor de term ‘strafbare feiten’ in het eerste lid van die bepaling zó uit te leggen dat deze ook de feiten omvat waarvoor een bestuurlijke straf kan worden opgelegd. De door het artikel-

lid vereiste ‘berechting’ van deze feiten door ‘de rechterlijke macht’ zou volgens hem slechts in horen te houden dat tegen een bestuurlijke straf beroep bij een rechter moet openstaan.¹⁰⁹

Mij spreekt behoud van de tekst van de bepaling, maar met een andere uitleg daarvan, niet aan. Ik vind dat de redactie van artikel 113 Gw onvoldoende aanknopingspunten biedt voor een interpretatie die straffend bestuur en de rol van de rechter daarbij normeert volgens de uitgangspunten die ik daarvoor heb geformuleerd. De bepaling rept met geen woord over de mogelijkheid dat aan bestuursambten de bevoegdheid kan worden verleend om straffen op te leggen – zij richt zich uitsluitend tot de ‘rechterlijke macht’¹¹⁰ – en zegt dus ook niets over de waarborgen die bestuur en rechter bij bestraffing in acht moeten nemen. Een interpretatie van een bepaling die ver afstaat van haar bewoordingen, bergt het gevaar in zich te weinig duidelijkheid te verschaffen, terwijl ik meen dat zulke duidelijkheid juist is vereist. Een Grondwetswijziging kan die duidelijkheid wel verschaffen.

5.1. Tekstvoorstel

Artikel 111a

1. Ieder wiens door het recht beschermde belangen worden getroffen heeft recht op een eerlijk proces voor een onafhankelijk en onpartijdige rechter.

2. Het recht op een eerlijk proces omvat:

- a. het recht op een openbare terechtzitting, tenzij de wet anders bepaalt;
- b. het recht op een in het openbaar uitgesproken, gemotiveerd vonnis;
- c. het recht op hoor en wederhoor;
- d. het recht om zich in rechte te doen bijstaan.

3. Niemand kan tegen zijn wil worden afgehouden van de rechter die de wet hem toekent.

(...)

Artikel 113

1. De rechter berecht de overtreding van wettelijke voorschriften.

105. Vgl. F.C.M.A. Michiels & B.W.N. de Waard, *Rechterlijke toetsing van bestuurlijke sancties*, Den Haag: BJu 2007, p. 125. Voorzichtiger is C.L.G.F.H. Albers, ‘De onschuldpresumptie in het bestuursstrafrecht’, in: R.J.N. Schlössels e.a. (red.), *In beginsel*, Deventer: Kluwer 2004, p. 275.

106. EHRM 10 februari 1983, 7299/75 en 7496/76, r.o. 29 (*Albert and Le Compte/Belgium*); EHRM 23 oktober 1995, 15527/89, r.o. 36 (*Umlauf/Austria*); EHRM 21 juli 2011, 32181/04 en 35122/05, r.o. 151 e.v. (*Sigma Radio Television/Cyprus*); EHRM 17 april 2012, 21539/07, r.o. 46 (*Steiminger/Austria*). Vgl. EHRM 21 februari 1984, NJ 1988/937, r.o. 56 (*Öztürk*) en EHRM 20 mei 1998, 38/1997/822/1025-1028, r.o. 57 (*Gautrin and others/France*).

107. EHRM 23 oktober 1995, 15527/89, r.o. 39: ‘the power to quash in all respects, on questions of fact and law, the decision of the body below’ (*Umlauf/Austria*).

108. Vgl. *Rapport Staatscommissie Grondwet*, 2010, p. 62 dat in dit verband opmerkt dat het gehele zesde hoofdstuk van de Grondwet aandacht behoeft.

109. P.J.J. van Buuren, ‘De bestuurlijke boete geregeld?’, in: W.G.A. Hazewindus & O.J.D.M.L. Jansen (red.), *Van boeteatelier tot boetefabriek*, Deventer: Kluwer 1995, p. 46-47. Vgl. P.A.M. Mevis, *Constitutioneel strafrecht* (oratie Rotterdam), Deventer: Gouda Quint 1998, p. 33 en J.J. Crijns, ‘Het wetsvoorstel OM-afdoening: een wolf in schaapskleren’, *Sancties* 2004, p. 232-233 die een vergelijkbare opvattingen huldigen. Overigens heeft Van Buuren het uitsluitend over de bestuurlijke boete en niet over de bestuurlijke straf, zoals ik doe. Ik denk echter dat het gerechtvaardigd is zijn voorstel zo te lezen dat ook bestuurlijke straffen die in 1995 nog niet bestonden eronder vallen.

110. R.J.G.M. Widdershoven, ‘Bestuurlijke boete in de Grondwet’, *NJB* 1998, p. 237 wijst er bovendien op dat artikel 113 Gw bevoegdheden opdraagt aan (een gerecht van) de rechterlijke macht. Worden bestuurlijke boetes onder het toepassingsbereik van de bepaling gebracht, dan heeft dat als gevolg dat de ABRvS, het CBb en de CRvB – gerechten die niet tot de rechterlijke macht behoren – niet langer over de rechtmatigheid van zulke boetebesluiten mogen oordelen.

2. Uitsluitend de rechter kan
 - a. een overtreding berechten die is gericht tegen de onaantastbaarheid van het lichaam;
 - b. een straf van vrijheidsontneming, een taakstraf en andere naar hun aard onomkeerbare straffen opleggen.
3. Onverminderd artikel 111a heeft eenieder die terechtstaat wegens overtreding van een wettelijk voorschrift:
 - a. het recht om voor onschuldig te worden gehouden, totdat het tegendeel is bewezen;
 - b. het recht om niet te antwoorden.

EVRM waarborgt reeds de rechten genoemd in artikel 111a lid 2 onderdeel c en in artikel 113 lid 3.

Artikel 113a

1. Een bestuursorgaan kan, onverminderd artikel 113 lid 2 bij of krachtens de wet de bevoegdheid worden verleend de overtreding van wettelijke voorschriften te bestraffen.
2. Degene aan wie het bestuursorgaan voornemens is een straf op te leggen, heeft het recht door dat bestuursorgaan te worden gehoord. Op de oplegging van straffen door een bestuursorgaan zijn artikel 111a lid 2 onderdeel d, en artikel 113 lid 3 van overeenkomstige toepassing. De strafbeslissing is gemotiveerd.
3. Tegen de oplegging van een bestuurlijke straf staat beroep bij een rechter open. Voorafgaand aan dat beroep kan bij of krachtens de wet bezwaar of administratief beroep worden opengesteld. De wet kan regelen dat, in afwijking van lid 2, het recht om door het bestuursorgaan te worden gehoord, eerst in bezwaar of in administratief beroep kan worden uitgeoefend.
4. De wet regelt dat de rechter een onomkeerbare bestuurlijke straf kan schorsen.

5.2. Toelichting

Ik licht het tekstvoorstel per uitgangspunt kort toe.

a. De rechter garandeert een eerlijk proces

Het recht op een eerlijk proces is vervat in artikel 111a lid 1. Het zesde hoofdstuk van de Grondwet ('Rechtspraak') opent ermee. De redactie ervan is afkomstig van de Staatscommissie Grondwet.¹¹¹ Ik neem dat voorstel gemakshalve over. Lid 2 werkt enkele elementen van het recht op een eerlijk proces uit, zodat de norm eenduidiger wordt.¹¹² Artikel 113 lid 3 noemt tot slot elementen van een eerlijk proces die uitsluitend van toepassing zijn op de berechting van de overtreding van een wettelijk voorschrift.

Geen van de elementen van een eerlijk proces die het voorstel uitdrukkelijk noemt, zijn geheel nieuw voor het in Nederland geldende recht. Slechts het toepassingsbereik van die rechten is, zoals gezegd, soms ruimer.¹¹³ De onderdelen a en b van artikel 111a lid 2 zijn overgenomen uit artikel 121 Gw, dat daarmee kan vervallen. Onderdeel d van artikel 111a lid 2 vindt reeds bescherming in artikel 18 lid 1 Gw, dat mede in verband met het voorgestelde artikel 113a lid 2 tweede zin, kan vervallen. Artikel 6

111. *Rapport Staatscommissie Grondwet*, 2010, p. 64. Het voorstel is aanvaard door een meerderheid van de commissie.

112. Vgl. B.J.G. Leeuw, *Grondwet en eerlijk proces* (diss. Rotterdam), Oisterwijk: WLP 2013, p. 214 en B.J.G. Leeuw & P.A.M. Mevis, 'Grondwettelijk recht op een eerlijk proces: goede aanzet, maar ook gemiste kansen', *TvCR* 2011, p. 150.

113. Paragraaf 4 onderdeel a.

b. De rechter is exclusief bevoegd ernstige wetsovertredingen te bestraffen

De exclusieve bevoegdheid van de rechter ernstige wetsovertredingen te bestraffen, vindt uitdrukking in artikel 113 lid 2. Ernstige wetsovertredingen zijn, zoals gezegd,¹¹⁴ gedragingen waarbij de overtreder een ernstig moreel verwijt wordt gemaakt. Als rechtsnorm is deze omschrijving echter minder geschikt. Zij biedt voor toepassing in de praktijk te weinig houvast. De voorgestelde bepaling definieert ernstige wetsovertredingen daarom aan de hand van criteria die aan het bestaan van ernstig moreel verwijt uitdrukking geven. Haar redactie is geïnspireerd op het Duitse recht.

Artikel 92 van de Duitse Grondwet bepaalt: *‘Die rechtsprechende Gewalt ist den Richtern anvertraut’*. Het *Bundesverfassungsgericht* legt die bepaling zó uit dat zij aan de rechter de exclusieve bevoegdheid opdraagt ‘bedeutsame Unrechtbestände’ te berechten.¹¹⁵ Of daarvan sprake is, bepaalt de ‘Grad des ethischen Unwertgehaltes’ van de wetsovertreding.¹¹⁶ Wat die ernst is, leidt het hof vervolgens af uit de aard van de overtreding en de hoogte van de strafbedreiging.¹¹⁷

De wijze waarop artikel 113 lid 2, ernstige wetsovertredingen definieert is vergelijkbaar met de definitie die het *Bundesverfassungsgericht* geeft. Het artikellid bakent ernstige wetsovertredingen van andere af door deze te definiëren aan de hand van de aard van de overtreding (‘gericht tegen de onaantastbaarheid van het lichaam’) en aan de hand van de op te leggen straf (‘een straf van vrijheidsontneming, een taakstraf en andere naar hun aard onomkeerbare straffen’). Voldoet de overtreding aan een van beide elementen, dan mag de wetgever het bestuur niet de bevoegdheid verlenen straffend op te treden, zo volgt uit artikel 113a lid 1.

Het eerste element neemt de onaantastbaarheid van het lichaam tot uitgangspunt. Ik meen dat deze waarde zo belangrijk is dat een overtreding die daartegen is gericht uitsluitend door de rechter mag worden berecht. Het artikelonderdeel heeft tot gevolg dat – anders dan de Wet OM-afdoening bepaalt – eenvoudige mishandeling en ontucht delicten niet door bestuursambten mogen worden bestraft. Ook de berechting van een poging of voorbereiding de onaantastbaarheid van het lichaam te schenden behoort tot de exclusieve bevoegdheid van de rechter. Deze gedragingen zijn immers op dat gevolg ‘gericht’, zoals het voorgestelde artikelonderdeel bepaalt.

Het tweede element, dat betrekking heeft op de op te leggen straf,¹¹⁸ is deels geldend recht en deels nieuw. De bevoegdheid om vrijheidsstraffen op te leggen, is sinds jaar en dag voorbehouden aan de rechterlijke macht.¹¹⁹ De onderhavige bepaling brengt daarin geen verande-

ring.¹²⁰ Daarnaast behoudt het artikelonderdeel het opleggen van ‘een taakstraf en andere onomkeerbare straffen’ aan de rechter voor. De reden daarvoor is gelegen in het derde, hierna te bespreken uitgangspunt.¹²¹

c. Het bestuur is bevoegd niet-ernstige wetsovertredingen te bestraffen, mits de bestuurlijke straf omkeerbaar is en daartegen beroep bij de rechter kan worden ingesteld die volgens de regels van een eerlijk proces beslist

De bevoegdheid van het bestuur om niet-ernstige overtredingen te bestraffen is vervat in artikel 113a lid 1. Het artikellid bevat niet de term bestuur of bestuursambt, maar het reeds ingeburgerde begrip bestuursorgaan (artikel 1:1 Awb). Het begrip is ruim. Ook de officier van justitie valt eronder.¹²²

Tevens legt de bepaling vast dat de bevoegdheid van het bestuur om straffen op te leggen tot de wet te herleiden moet zijn. Ook dat deel van de bepaling is aan de Awb ontleend. Artikel 5:4 lid 1 Awb, bepaalt hetzelfde over de verkrijging van de bevoegdheid om ‘bestuurlijke sancties’ op te leggen.

Dat tegen de oplegging van een bestuurlijke straf beroep mogelijk moet zijn bij een rechter die volgens de regels van een eerlijk proces rechtsprekt, volgt uit artikel 111a. Artikel 113a lid 3 herhaalt dat deels. Het artikellid stelt bovendien buiten kijf dat de wetgever kan eisen dat voordat beroep bij de rechter kan worden ingesteld tegen de bestuurlijke straf, bezwaar of administratief beroep moet worden doorlopen.

Dat bestuursorganen geen naar hun aard onomkeerbare straffen mogen opleggen, volgt uit artikel 113 lid 2 onderdeel b. Het artikelonderdeel noemt twee bekende onomkeerbare straffen bij naam: de vrijheidsstraf en de taakstraf. Daarnaast bestaan andere naar hun aard onomkeerbare straffen, zoals het openbaar maken van opgelegde boetes (‘*namings and shaming*’). Om ook de oplegging van zulke straffen door bestuursorganen te verbieden, bepaalt artikel 113 lid 2 onderdeel a, dat ook ‘andere naar hun aard onomkeerbare straffen’ uitsluitend door de rechter kunnen worden opgelegd.

Blijkt een bestuurlijke straf die naar haar aard niet tot onomkeerbare schade leidt, dat in een concreet geval wel te doen, dan moet de rechter die bestuurlijke straf kunnen schorsen, zo bepaalt artikel 113a lid 4.

d. Het bestuur garandeert enkele fundamentele beginselen van een eerlijk proces

Artikel 113a lid 2 bepaalt dat bij de oplegging van een bestuurlijke straf drie beginselen van een eerlijk proces in acht moeten worden genomen.

114. Paragraaf 3 onderdeel b.

115. BVerfG 6 juni 1967, 22 E 49, 81.

116. BVerfG 16 juli 1969, 27, E 18, 28.

117. *Idem*, p. 29, met verwijzing naar BVerfG 26 februari 1969, 25 E 269, 286.

118. Op dit punt wijkt het voorstel af van het Duitse recht. Daar is niet de op te leggen straf, maar de straf waarmee overtreding wordt bedreigd, bepalend.

119. Artikel 113 lid 3 Gw.

120. Anders dan de huidige Grondwet echter draagt de voorgestelde bepaling deze bevoegdheid niet op aan de rechterlijke macht, maar aan de rechter. Ik doe dat, omdat ik de discussie over de vraag of het onderscheid tussen gerechten die behoren tot de rechterlijke macht en andere gerechten hier buiten beschouwing wil laten. Zie ook noot 97.

121. Zie paragraaf 3 onderdeel c.

122. Zie echter artikel 1:6 Awb.

Ten eerste heeft degene aan wie het bestuursorgaan voornemens is een straf op te leggen, het recht te worden gehoord door het bestuursorgaan. Het bestuursorgaan is dus niet verplicht uit eigen beweging eenieder te horen. Artikel 113a lid 3 bepaalt dat de wet kan regelen dat het recht om door het bestuursorgaan te worden gehoord eerst kan worden uitgeoefend in bezwaar of in administratief beroep, zoals thans reeds geldt bij Mulderboetes.¹²³

Ten tweede bepaalt artikel 113a lid 2 dat degene aan wie het bestuursorgaan voornemens is een straf op te leggen zich kan doen bijstaan. Dat recht geldt ook in bezwaar of in administratief beroep tegen de bestuurlijke straf. Daarmee biedt het artikellid meer bescherming dan artikel 18 lid 1 Gw, dat slechts bepaalt dat eenieder zich ‘in rechte en in administratief beroep [kan] doen bijstaan’. Ten derde vereist artikel 113a lid 2 dat het bestuursorgaan de onschuldpresumptie in acht neemt.

6. Slot

Straffend bestuur heeft een hoge vlucht genomen, terwijl de Grondwet deze vorm van bestraffing amper normeert en weinig zegt over de rechtsbescherming tegen een bestuurlijke strafbeslissing. Het voornemen van de regering om met een Grondswetswijzigingsvoorstel te komen om het recht op een eerlijk proces in de Grondwet op te nemen, komt onvoldoende tegemoet aan deze tekortkoming. Vereist is een grondwettelijke regeling van straffend bestuur en de rol van de rechter daarbij. Voor zo'n grondwettelijke regeling heb ik in deze bijdrage een aanzet gegeven.

123.Zie paragraaf 3 onderdeel d.