

# Het Openbaar Ministerie in historisch perspectief: 'Amicus Curiae' of niet?

Citation for published version (APA):

van Rhee, C. H. (2002). Het Openbaar Ministerie in historisch perspectief: 'Amicus Curiae' of niet? In P. Van Orshoven, & M. Storme (Eds.), *Amice Curiae, Quo Vadis? Het openbaar ministerie in privaatrechtelijke, administratieve en sociale zaken* (pp. 1-17). Kluwer.

## Document status and date:

Published: 01/01/2002

## Document Version:

Accepted author manuscript (Peer reviewed / editorial board version)

## Please check the document version of this publication:

- A submitted manuscript is the version of the article upon submission and before peer-review. There can be important differences between the submitted version and the official published version of record. People interested in the research are advised to contact the author for the final version of the publication, or visit the DOI to the publisher's website.
- The final author version and the galley proof are versions of the publication after peer review.
- The final published version features the final layout of the paper including the volume, issue and page numbers.

[Link to publication](#)

## General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal.

If the publication is distributed under the terms of Article 25fa of the Dutch Copyright Act, indicated by the "Taverne" license above, please follow below link for the End User Agreement:

[www.umlib.nl/taverne-license](http://www.umlib.nl/taverne-license)

## Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us at:

[repository@maastrichtuniversity.nl](mailto:repository@maastrichtuniversity.nl)

providing details and we will investigate your claim.

C.H. van Rhee, 'Het Openbaar Ministerie in historisch perspectief: 'Amicus Curiae' of niet?', in: P. Van Orshoven, M. Storme (eds.), *Amice Curiae, Quo Vadis? Het openbaar ministerie in privaatrechtelijke, administratieve en sociale zaken*, Brussel, 2002, p. 1-17.

## HET OPENBAAR MINISTERIE IN HISTORISCH PERSPECTIEF: 'AMICUS CURIAE' OF NIET?

**Prof. Dr. C.H. van Rhee, Maastricht**

*'Si le magistrat n'est pas profondément instruit des lois qu'il est chargé d'appliquer, comment pourra-t-il avoir des idées justes sur tout ce qui est ordonné, permis ou défendu? comment pourra-t-il arriver à reconnaître avec certitude le droit qu'il s'agit de conserver? et si cette certitude lui manque, quelle fermeté pourra-t-il avoir dans une opinion qui sera point arrêtée dans son esprit par l'ancre de la conviction?'*<sup>1</sup>

### Inleiding

De vraag die in dit artikel centraal staat, is die naar de rol van het Openbaar Ministerie<sup>2</sup> in burgerlijke zaken vanuit historisch perspectief.<sup>3</sup> In het bijzonder wil ik bezien of deze rol vergeleken kan worden met die van de hedendaagse *amicus curiae* in de Verenigde Staten van Amerika. De Amerikaanse *amicus curiae* heeft de volgende kenmerken:

- hij maakt zijn standpunt kenbaar aan de rechter door het indienen van een schriftelijk document (een zogenoemde 'brief');
- hij is geen procespartij;
- zowel de overheid als privé-personen kunnen als *amicus curiae* optreden;
- de overheid kan te allen tijde als *amicus curiae* fungeren; voor privé-personen gelden restricties;
- een *amicus curiae* treedt gewoonlijk op als het gaat om zaken van algemeen belang.

Deze kenmerken zal ik bij mijn bespreking van het Openbaar Ministerie in de door mij te behandelen periodes, voor zover mogelijk, telkens op de voorgrond plaatsen. De te bespreken

---

<sup>1</sup> Procureur-Generaal Dupin (Procureur Général à la Cour de Cassation) geciteerd door J.L.E. Ortolan, L. Ledeau, *Le Ministère Public en France*, Parijs 1831, VIII.

<sup>2</sup> De terminologie 'Openbaar Ministerie' wordt in de huidige betekenis pas sinds de 18<sup>e</sup> eeuw gebruikt; zie J.-M. Carbasse, *Histoire du Parquet*, Parijs 2000, 21. Voor de duidelijkheid zal ik in dit artikel de aanduiding 'Openbaar Ministerie' ook voor vroegere periodes gebruiken. Daarbij gaat het steeds om de instelling die door G. Leyte in zijn *Les origines médiévales du ministère public* (in: J.-M. Carbasse, o.c., 23) al volgt wordt gedefinieerd: '... une institution autonome chargée d'exercer une action sur le plan judiciaire pour la défense de la société ou pour l'application de la règle de droit.' Voor een iets afwijkende 19<sup>e</sup>-eeuwse definitie van het Openbaar Ministerie, zie C.F.Th. van Maanen, *Het Openbaar Ministerie in Nederland*, vol. I, 's-Gravenhage 1860, 15: '... een ligchaam zamengesteld uit die regtsbeambten, welke bij de onderscheidene regtscollegien geplaatst zijn, om in het belang van den Staat het beslissen en ten einde brengen van regtszaken mogelijk te maken en de maatregelen te nemen die daartoe bevorderlijk zijn.'

<sup>3</sup> De geschiedenis van het Openbaar Ministerie is slechts ten dele onderzocht. Het is niet uitgesloten dat toekomstig archiefonderzoek nader licht zal werpen op een aantal van de in dit artikel besproken onderwerpen.

periodes zijn: (1) de vroege geschiedenis van het Openbaar Ministerie in Frankrijk (eind dertiende eeuw - begin vijftiende eeuw); (2) zijn ontwikkeling in de Lage Landen tijdens het *ancien régime*; (3) de periode van het Openbaar Ministerie tijdens en na de Franse Revolutie; en (4) het Openbaar Ministerie in Nederland in de negentiende en twintigste eeuw.

### **De vroege geschiedenis van het Openbaar Ministerie in Frankrijk**

De vroege geschiedenis van het Openbaar Ministerie kan worden gesitueerd in de regeringsperiode van de Franse koning Philips III (1270-1285).<sup>4</sup> In deze regeringsperiode wordt melding gemaakt van het bestaan van zogenoemde ‘procureurs des konings’ (*procureurs du roi*).<sup>5</sup> Oorspronkelijk kan echter van een Openbaar Ministerie in eigenlijke zin niet worden gesproken. Immers, de taak van de procureurs des konings bestond in deze vroege periode uit het vertegenwoordigen van de vorst in juridische procedures en niet uit het behartigen van meer algemene belangen (hoewel hierbij dan wel dient te worden opgemerkt dat ook zaken van meer algemeen belang tot de belangen van de vorst werden gerekend, zoals bijvoorbeeld zaken met betrekking tot zogenoemde miserabele personen,<sup>6</sup> die onder speciale bescherming van de vorst stonden). Deze procureurs onderscheidden zich in principe slechts van andere procureurs doordat zij hun volmacht van de koning hadden verkregen.<sup>7</sup> Aangezien een volmacht zowel algemeen kon luiden als slechts kon zijn verleend voor behandeling van een specifieke zaak, werd al spoedig een onderscheid gemaakt tussen procureurs-generaal en procureurs-speciaal (*procureurs généraux* en *procureurs spéciaux*).<sup>8</sup> Deze terminologie werd dus duidelijk niet gebruikt om verschillende ambten te onderscheiden.<sup>9</sup> Naast de procureurs des konings functioneerden vanaf de jaren 30 van de veertiende eeuw advocaten des konings (*avocats du roi*).<sup>10</sup> De taakverdeling tussen bedoelde procureurs en advocaten viel in de beginperiode samen met de traditionele taakverdeling tussen procureurs en advocaten uit het

---

<sup>4</sup> J. Buntinx, *De Audiëntie van de Graven van Vlaanderen; Studie over het centraal grafelijk gerecht (c. 1330-1409)*, Brussel 1949, 134. Zie ook J.-M. Carbasse, *Histoire du parquet*, Parijs 2000, 7 en 10; G. Leyte, o.c., 50; E. Hofherr, *Staatliche Organe als Beteiligte in der Zivilgerichtsbarkeit*, Berlijn 1980, 39 e.v. Zie voor een afwijkende opvatting over de origine van het Openbaar Ministerie: M.-L. Rassat, *Le Ministère Public entre son passé et son avenir*, Parijs 1967.

<sup>5</sup> J.-M. Carbasse, o.c., 10.

<sup>6</sup> J.-M. Carbasse, o.c., 14; S. Dauchy, *De la défense des droits du roi et du bien commun à l'assistance aux plaideurs: diversité des missions du ministère public*, in: J.-M. Carbasse, o.c., 71.

<sup>7</sup> J.L.E. Ortolan, L. Ledeau, o.c., XXX-XXXI.

<sup>8</sup> J. Buntinx, o.c., 135.

<sup>9</sup> In het zestiende-eeuwse Schotland treden bij de hoogste rechter ook ‘general procurators of the council’ op. Uit de bronnen blijkt echter niet in welk opzicht deze procureurs verschilden van de andere, die geen ‘general procurator’ waren. Zie J. Finlay, *Men of Law in Pre-Reformation Scotland*, East Linton 2000, 72 e.v. Er bestond in Schotland ook een *King's Advocate*. Zie ibidem, 170 e.v.

<sup>10</sup> J.-M. Carbasse, o.c., 11.

canonieke recht.<sup>11</sup> Gezamenlijk werden de procureurs en advocaten die in naam van de vorst optraden aangeduid als *gens du roi*.<sup>12</sup>

In de loop van de veertiende eeuw vindt er een betekenisverschuiving plaats wat betreft de gebruikte terminologie. De term procureur-generaal krijgt een meer specifieke betekenis. Vanaf dit moment wordt er de procureur des konings mee aangeduid die verbonden is aan het Parlement van Parijs of aan een ander soeverein hof,<sup>13</sup> dat wil zeggen een hof tegen welks beslissingen geen rechtsmiddelen kunnen worden aangewend. Naast deze procureur-generaal functioneerde een advocaat-generaal. Deze laatste functionaris was, zeker vanaf de zestiende eeuw, vooral met het optreden in burgerlijke zaken belast.<sup>14</sup> Intussen was het statuut van de *gens du roi* ook veranderd. Vanaf het midden van de vijftiende eeuw werden zij als ambtenaren beschouwd.<sup>15</sup>

In burgerlijke zaken trad de vertegenwoordiger van de vorst op als ‘hoofdpartij’ of voegde hij zich met een of meer andere partijen in een reeds aanhangige procedure. Oorspronkelijk werd de term ‘hoofdpartij’ dus gebruikt om een onderscheid te maken met gevallen waarin het Openbaar Ministerie slechts als gevoegde partij optrad. Zoals wij hieronder zullen zien, kon deze terminologie later in de geschiedenis tot verwarring aanleiding geven, aangezien de aanduiding ‘gevoegde partij’ een andere inhoud kreeg. In latere periodes werd namelijk met deze benaming het Openbaar Ministerie dat een advies overlegt in de vorm van een ‘conclusie’ aangeduid. Deze wijze van optreden is waarschijnlijk langzamerhand tot ontwikkeling gekomen en tot gevestigde praktijk geworden aan het einde van de zestiende eeuw dan wel in de zeventiende eeuw.<sup>16</sup>

Overigens dient te worden opgemerkt dat hoewel de *gens du roi* in oorsprong slechts als procesvertegenwoordiger optraden (de koning was immers zowel materiële als formele

---

<sup>11</sup> E. Hofherr, o.c., 39-40.

<sup>12</sup> J.-M. Carbasse, o.c., 7.

<sup>13</sup> J. Buntinx, o.c., 135.

<sup>14</sup> J.-M. Carbasse, o.c., 15; M.-L. Rassat, o.c., 26.

<sup>15</sup> J.-M. Carbasse, o.c., 11.

<sup>16</sup> I. Storez-Brancourt, *Dans l'ombre de Messieurs les Gens du Roi: le monde des substitués*, in: J.-M. Carbasse, o.c., 168 e.v. Zie ook C.F.Th. van Maanen, o.c., 73-74: ‘De oorsprong van de conclusiën van het O.M. moet waarschijnlijk gezocht worden in ver verwijderde tijden, toen de regters behoefte gevoelden om kundige mannen te raadplegen. Immers werd reeds in 1408 door Karel den VI den regters verboden, het oordeel der advocaten en procureurs des Konings te vragen, in zaken waarin deze voor den Koning of andere personen optraden, en te beginnen met de zestiende eeuw, vindt men eene menigte bepalingen, waarbij de mededeeling der zaken aan deze ambtenaren gelast werd.’; P. van Heijnsbergen, *Het Openbaar Ministerie in zijn geschiedkundige ontwikkeling*, in: *Verspreide opstellen*, Amsterdam 1929, 269: ‘In de zeventiende eeuw werd de taak van het O.M. omljnd en vastgesteld door de vermaarde ordonnanties van Lodewijk XIV van 1667 en 1670. ... [De leden van het O.M.] hadden zich gemengd in civiele processen, om te waken voor de rechten van hen, die door hun leeftijd of andere bijzondere omstandigheden zichzelf niet konden verdedigen. Was tot dusver het O.M. gehoord in alle zaken, die den koning, de Kerk, het openbaar belang, de goede zeden betroffen, thans werd bepaald, dat in die gevallen conclusie vereischt was, bij gebreke waarvan het vonnis vernietigbaar was.’

procespartij), zij later zelf als procespartij werden beschouwd.<sup>17</sup> Mogelijkerwijze hing dit samen met hun statuut van ambtenaar.

Uit het bovenstaande kan worden afgeleid dat de *gens du roi* in de hier besproken vroege periode niet de rol vervulden van *amicus curiae*. Immers, zij namen als partij deel aan het proces en behartigden de belangen van de vorst. Die positie is fundamenteel anders dan die van een *amicus curiae*, die zich zo nodig kan aansluiten bij de mening van een der procespartijen maar dit niet noodzakelijkerwijze hoeft te doen. De *amicus curiae* treedt immers veeleer op ter behartiging van belangen met een meer algemene strekking (waarbij dan wel dient te worden aangetekend dat in de hier besproken periode de belangen van de vorst zo nu en dan samen konden vallen met een meer algemeen belang; zie boven). Zijn rol is eerst en vooral het aandragen van gezichtspunten voor de rechter zonder zelf verwickeld te raken in de juridische strijd. Het document dat hij aan de rechter overlegt kan dan ook niet tot de schrifturen met een partijstandpunt worden gerekend, iets dat met de door de procureur-generaal overgelegde stukken in de hier besproken periode wel het geval is.

### **Het Openbaar Ministerie in de Lage Landen**

De Franse procureur des konings vond navolging in de Lage Landen. In 1398 komen wij een eerste vermelding tegen van een vorstelijk procureur bij de ‘Camere van den Rade’ in Rijsel.<sup>18</sup> Het gaat om Jacques de la Tannerie, oom van de schrijver van het gekende vijftiende-eeuwse *Boec van der loopender practijken der raidtcameren van Brabant*, Willem van der Tanerijen.<sup>19</sup> Ook deze Raad van Brabant kende reeds vroeg een vorstelijk procureur. Hij werd door Van der Tanerijen, in navolging van hetgeen Jean Boutillier schrijft in zijn *Somme Rural*,<sup>20</sup> aangeduid als ‘procureur van officien’.<sup>21</sup> De Latijnse aanduiding voor de vertegenwoordiger van het Openbaar Ministerie was *fiscus*,<sup>22</sup> hetgeen ook blijkt uit de volgende passage in het van oorsprong zestiende-eeuwse handboek van Joost de Damhouder, de *Practijcke in civile saecken* (van een zeventiende-eeuwse editie van dit handboek kwam in 1999 een facsimile-uitgave tot stand in opdracht van de redactie van het *Tijdschrift voor Privaatrecht*). Wij lezen op p. 23 van deze uitgave: ‘Ende in alle gherechten is een fiscus, dat

---

<sup>17</sup> S. Dauchy, o.c., 59.

<sup>18</sup> J. Buntinx, o.c., 139.

<sup>19</sup> W. van der Tanerijen, *Boec van der loopender practijken der raidtcameren van Brabant* (ed. Eg.I. Strubbe), vol. I, Brussel 1952, V e.v.; P. van Heijnsbergen, o.c., 273.

<sup>20</sup> G. Leyte, *Les origines médiévales du ministère public*, in: J.-M. Carbasse, o.c., 39.

<sup>21</sup> W. van der Tanerijen, o.c., 76.

<sup>22</sup> G. Leyte, o.c., 39 meldt dat de benaming *fiscus* in Frankrijk oorspronkelijk vooral gebruikt werd op lager niveau, ter aanduiding van de vertegenwoordiger van de heer binnen een heerlijkheid (‘agents chargés de défendre les intérêts seigneuriaux’).

is een procureur van justitie, die inden Raedt van Vlaenderen gheheeten is procureur generael, gelijk oock in den hooghen raedt [i.e. de Grote Raad van Mechelen, CHvR].’ Wanneer wij nu de archieven van de oude justitieraden raadplegen, dan zien wij dat de omschrijving die De Damhouder van de werkzaamheden van de procureur-generaal geeft, goed correspondeert met de realiteit. Immers, volgens De Damhouder diende de procureur-generaal in zaken die tot ‘s princen hoocheyt, boeten of kennisse’ behoren ‘hem eyscher te stellen, ‘s princen digniteyt, recht ende proffijt kloeckelijck voor te staen, parthijen saecken scherpelijck te deursoucken ende te letten of yemandt van beyden yets heeft ofte yets in ‘t proces bybrengt dat hy denckt tot den prins te behooren ende hem dan met de selve parthije te voughen, met welke hy ‘s princen zijde ende recht sonder gheveynstheyt sal defenderen en voorstaen’. Met andere woorden, de procureur-generaal treedt op als hoofdpartij of voegt zich met een van partijen in een reeds lopende procedure. Hij doet dit in alle zaken die de vorst aanbelangen (waaronder zaken van meer algemeen belang, zoals die betreffende miserabele personen). Van het optreden van de procureur-generaal door middel van een advies, dat wil zeggen, anders dan door te handelen als procespartij, is in de Lage Landen geen sprake. Mogelijkerwijze hangt dit samen met het feit dat het Franse Openbaar Ministerie reeds in een vroeg stadium navolging vond in onze streken. In deze vroege periode treden de *gens du roi* in Frankrijk ook nog vooral op als procespartij. Het advies aan de rechter door middel van zogenoemde ‘conclusies’ komt in Frankrijk, zoals hierboven reeds werd opgemerkt, pas in een later stadium tot ontwikkeling. Dat is waarschijnlijk te laat om nog invloed uit te oefenen op de praktijk in de Lage Landen. Pas de inlijving van de zuidelijke (1795) en later de noordelijke Nederlanden (1810) bij Frankrijk deed deze conclusies ook gemeengoed worden in onze streken. Desalniettemin kan mogelijkerwijze ook in de Lage Landen een eerste aanzet worden gevonden tot het functioneren van het Openbaar Ministerie als adviserende derde in het proces. Door Verhas wordt in haar studie over de beginjaren van de Hoge Raad van Holland en Zeeland namelijk opgemerkt, dat de procureur-generaal zich aldaar met beide partijen kon voegen. Verhas stelt dat dit gebeurde als hij het standpunt van beide partijen wilde ‘bestrijden’. Tevens stelt genoemde auteur dat uit haar onderzoek in de archieven van de Hoge Raad is gebleken, dat de procureur-generaal zich in de praktijk in zodanige gevallen niet voegde, maar ‘intervenierde als onafhankelijke derde’ in het proces.<sup>23</sup> Nader onderzoek zal moeten uitwijzen hoe de positie van de procureur-generaal in deze situaties moet worden gedefinieerd. Het is niet uitgesloten dat hier de kiem van een adviserende rol wordt gevonden.

---

<sup>23</sup> C.M.O. Verhas, *De beginjaren van de Hoge Raad van Holland, Zeeland en West-Friesland*, 's-Gravenhage 1997, 51.

Maar laten wij terugkeren naar de gewone situatie waarin het Openbaar Ministerie optrad als ‘hoofdpartij’ of als gevoegde partij. Een belangrijke vraag was wanneer de procureur-generaal tot procederen kon overgaan. In dat opzicht is de ordonnantie voor de Grote Raad van Mechelen van 1522 van belang.<sup>24</sup> In deze ordonnantie wordt bepaald dat de procureur-generaal bij dit rechterlijk college niet op eigen initiatief kon procederen, maar daartoe de opdracht behoefde van de Grote Raad (de Raad sprak recht in naam van de vorst, zodat een opdracht van de Grote Raad in zekere zin gelijk kon worden gesteld aan een opdracht van de vorst zelf).<sup>25</sup> Kerckhoffs-De Heij is van mening dat de situatie vóór 1522 mogelijkwijze anders was. Zij stelt dat het niet ondenkbaar is dat de procureur-generaal in die periode op eigen initiatief kon procederen.<sup>26</sup> Hoe het ook zij, de lijn van de ordonnantie van 1522 vinden wij ook in de belangrijke ordonnantie voor de Grote Raad uit 1559.<sup>27</sup> Daar wordt in artikel II.4 expliciet bepaald dat de procureur-generaal en zijn collega, de advocaat-fiscaal (ik zal deze functionaris in het vervolg niet meer apart noemen; hij had in de Nederlanden een zelfde taakomschrijving als de procureur-generaal maar behandelde een ander type zaken),<sup>28</sup> ‘egheene saecke mogen instellen noch aennemen noch oock hen met yemanden voegen dan by advijse van onsen [...] Grooten Rade oft by ordonnantie van ons, onsen gouverneur generael, die van onsen Financien oft van onsen Rekeningen’. Als deze opdracht tot procederen eenmaal was gegeven, diende de procureur-generaal hieraan gevolg te geven. Met andere woorden, hij had in dit opzicht geen discretionaire bevoegdheid. Wel beschikte hij over de mogelijkheid een opdracht tot procederen te bekomen in zaken waarin hij bevond dat zijn optreden noodzakelijk was. Immers, hij kon een verzoekschrift bij de Grote Raad indienen en langs deze weg om een opdracht tot procederen vragen.<sup>29</sup> De uiteindelijk beslissing over al dan niet procederen lag echter ook in dit geval uiteindelijk bij het rechterlijk college.

Een eenmaal begonnen procedure diende in principe tot aan het vonnis te worden voortgezet. Dit kon problemen opleveren in het geval de procureur-generaal zich bij een van de partijen had gevoegd en partijen tot een vergelijk kwamen of besloten de zaak niet verder te zetten. Voor dit geval bepaalde de ordonnantie van 1559 dat de procureur de zaak

---

<sup>24</sup> *Recueil des Ordonnances des Pays-Bas*, 2me série (1506-1700), vol. 2, Brussel 1898, 173 e.v.

<sup>25</sup> Vgl. voor een gelijkaardige situatie bij het Hof van Holland: P. van Heijnsbergen, o.c., 274-275.

<sup>26</sup> A.J.M. Kerckhoffs-De Heij, *De Grote Raad en zijn functionarissen (1477-1531)*, Amsterdam 1980, 27.

<sup>27</sup> *Recueil des Ordonnances des Pays-Bas*, 2me série (1506-1700), vol. 7, Brussel 1957, 461 e.v. Voor een 16<sup>e</sup>-eeuwse Nederlandse vertaling, zie *Bulletin de la Commission Royale des Anciennes Lois et Ordonnances de Belgique*, vol. 24 (1969-1970), 77 e.v.

<sup>28</sup> Vgl. art. II. 7 van de ordonnantie van 1559: ‘Dat de fiscale saken sullen bij den voorseyden advocaet fiscael bedingt worden ...’

<sup>29</sup> A.J.M. Kerckhoffs-De Heij, o.c., 27.

zelfstandig diende te vervolgen, tenzij de Grote Raad toestemming gaf de zaak te beëindigen (artikel II.19).

De positie van de procureur-generaal was overigens tamelijk bijzonder. Bij de Grote Raad van Mechelen was hij lid van het rechterlijk college en als zodanig had hij toegang tot de raadkamer. In zijn functie van raadsheer nam hij deel aan de beraadslagingen. De deur van de raadkamer bleef volgens de ordonnantie van 1522 ook open in gevallen waarin de procureur-generaal optrad als hoofd- of gevoegde partij, zij het dat hij dan geen stemrecht had.<sup>30</sup> In een ordonnantie uit juni 1532 vinden we echter bepaald dat de deur van de raadkamer voor de procureur-generaal slechts openstond in zaken waarbij hij niet was betrokken als procespartij.<sup>31</sup> Een dergelijk bepaling is ook vervat in artikel II.16 van de ordonnantie van 1559. Dit artikel bepaalt het volgende: ‘De [...] advocaet fiscael en de procureur generael sullen in materien (*daer zy gheen partie wesen en sullen* [mijn cursivering, CHvR]) opinie ende advijs gheven theuren toerre, ghelijck andere raedtslieden elck nae zijn ordene, oock mede inganck hebben in de raedtcamere ende ghenieten alle rechten ende emolumenten als andere raedtslieden’. Hoewel de bijzondere positie van de procureur-generaal, zeker vanuit hedendaags Nederlands perspectief, enige verwondering zal wekken, dient bedacht te worden dat een rechterlijk college als de Grote Raad van Mechelen recht sprak in naam van de vorst (vonnissen van de Raad werden dan ook opgesteld als persoonlijke beslissingen van de vorst) en er vanuit dit standpunt niets tegen was dat de vertegenwoordiger van de vorst betrokken was bij het tot stand komen van de in zijn naam gegeven beslissingen. Desalniettemin gaf deze situatie aanleiding tot problemen. Regel was namelijk dat in geval van afwezigheid van de president van de Grote Raad de raadsheer met de grootste anciënniteit het voorzitterschap waarnam. Aangezien procureur-generaal Boudewijn Le Cocq op zeker moment de oudste raadsheer in functie was, claimde hij het voorzitterschap. Volgens Kerckhoffs-De Heij werd toen waarschijnlijk besloten dat Le Cocq het gelijk aan zijn zijde had. Echter, deze situatie duurde niet lang, want in de ordonnantie van 1559, die van kracht werd kort na het overlijden van Le Cocq, werd bepaald dat de procureur-generaal (en de advocaat-fiscaal) niet mochten ‘presideren, alwaert soo dat zy in de camere doudtste in state bevonden waren’.<sup>32</sup>

Wanneer wij nu de blik noordwaarts richten en de in de jaren 80 van de zestiende eeuw als gevolg van de Opstand opgerichte Hoge Raad van Holland en Zeeland beschouwen,

---

<sup>30</sup> Zie o.c., 177, artikel 3.

<sup>31</sup> A.J.M. Kerckhoffs-De Heij, o.c., 29.

<sup>32</sup> A.J.M. Kerckhoffs-De Heij, o.c., 28-29.



zien we dat daar sprake is van een verdere ontwikkeling. Ondanks het feit dat de Hoge Raad de procesrechtelijk regelgeving voor de Grote Raad van Mechelen in belangrijke mate kopieerde, zien we dat de positie van de procureur-generaal te Den Haag een duidelijk andere was dan die te Mechelen. Bij de Hoge Raad was de procureur-generaal geen lid meer van het rechterlijk college en had hij als zodanig geen stemrecht. Slechts in bijzondere gevallen, bijvoorbeeld wanneer de leden van de Raad gewraakt werden of indien er om andere redenen een tekort aan raadsheren was, kon de procureur-generaal tijdelijk als raadsheer fungeren.<sup>33</sup>

Wat betreft de rol van het Openbaar Ministerie in de Lage Landen in de hier besproken periode moeten we vaststellen dat geen sprake was van het functioneren als *amicus curiae*. Steeds trad de procureur-generaal immers op als procespartij en niet als onafhankelijke derde. Zeker vanaf 1532, toen de deur van de raadkamer bij de Grote Raad van Mechelen definitief voor hem gesloten werd in zaken waarin hij partij was, kon hij formeel de rechters slechts als procespartij van zijn standpunt op de hoogte stellen. Gezien het feit dat in deze periode de procureur-generaal in zaken die hem niet aanbelangden tevens als raadsheer fungeerde, kan echter niet worden uitgesloten dat hij zijn collega's wel op informele basis en buiten het proces om beïnvloedde. Ook in dat geval zal hij echter steeds een partijstandpunt hebben ingenomen en niet hebben gefunctioneerd als onafhankelijke derde. Overigens was de kans op informele beïnvloeding van het rechterlijk college kleiner bij de Hoge Raad van Holland en Zeeland, aangezien de procureur-generaal aldaar zelfs in zaken die hem niet aanbelangden niet als raadsheer kon fungeren. Bij de Hoge Raad was hij dus ten opzichte van de rechters duidelijk een buitenstaander en kon hij de rechters slechts als procespartij van zijn standpunt op de hoogte stellen. Bij dit alles dient wel te worden aangetekend dat over de positie van de procureur-generaal die zich voegde bij beide partijen dan wel 'intervenierde als onafhankelijke derde' weinig bekend is. Mogelijkwijze dient mijn conclusie te worden bijgesteld indien nader onderzoek naar deze kwestie is gedaan.

## **De Franse Revolutie**

Zoals bekend situeert de oorsprong van de huidige regeling van het Openbaar Ministerie in Nederland en België (en elders) zich in het revolutionaire Frankrijk. Voor een goed begrip van deze instelling in beide landen is kennis van de Franse wetgeving uit het einde van de achttiende en het begin van de negentiende eeuw dan ook noodzakelijk.

---

<sup>33</sup> C.M.O. Verhas, o.c., 49 e.v.

Sinds zijn ontstaan in de middeleeuwen, had het Franse Openbaar Ministerie een belangrijke evolutie ondergaan. Zoals wij hierboven zagen, traden de *gens du roi* oorspronkelijk vooral op als procespartij. Daarbij werd een onderscheid gemaakt tussen optreden als ‘hoofdp partij’ en als ‘gevoegde partij’. Deze terminologie onderging een betekenisverandering toen het Openbaar Ministerie de mogelijkheid verkreeg ook anders dan als procespartij op te treden. Ik doel hier op het dienen van advies aan de rechter in de vorm van een zogenoemde ‘conclusie’ (deze conclusie dient niet verward te worden met de conclusie die het Openbaar Ministerie als procespartij nam en neemt). Vanaf zeker moment werd de terminologie ‘hoofdp partij’ gebruikt om aan te geven dat het Openbaar Ministerie procespartij was, terwijl de terminologie ‘gevoegde partij’ werd gereserveerd voor het Openbaar Ministerie dat een advies aan de rechter uitbracht door middel van een conclusie. Met andere woorden, het Openbaar Ministerie dat in de nieuwe terminologie als gevoegde partij optrad, was in het geheel geen procespartij. Eigenlijk had het voor de hand gelegen de traditionele terminologie af te schaffen, aangezien zij alleen tot verwarring aanleiding kon geven. Desalniettemin wordt zij tot op de dag van vandaag gebruikt. De geschiedenis is soms sterker dan de realiteit.

Uit de bestaande literatuur blijkt niet eenduidig wanneer het advies bij wijze van een conclusie van het Openbaar Ministerie tot ontwikkeling kwam. Waarschijnlijk ontstond deze mogelijkheid tot het dienen van advies bij wijze van conclusie tegen het einde van de zestiende eeuw of in de zeventiende eeuw (zie boven). De vraag in welk geval werd gekozen voor het optreden als procespartij en onder welke omstandigheden werd volstaan met het indienen van een advies, is nog niet diepgaand bestudeerd, althans niet op basis van archiefmateriaal. Wel bestaat er een negentiende-eeuwse studie, waarin wordt gesteld dat het optreden van het Openbaar Ministerie als procespartij niet alleen na maar ook vóór de Franse Revolutie aan belangrijke beperkingen onderhevig was, in ieder geval voor zover het ging om zaken die niet handelden over de privé-belangen van de vorst (*matière domaniale*) en die ook niet als ‘politieke zaken’ konden worden gekwalificeerd (*matière politique*). Het zou volgens de auteur van deze studie (G. Debacq) gaan om een oud principe dat reeds tot uitdrukking zou zijn gebracht in een ordonnantie van de Franse koning uit 1319: ‘Praeterea nolumus, imo expresse prohibemus procuratoribus nostris, ne ipsi, in causis quibuscumque apponant se aut partem facere praesumant, nisi de patrimonio aut alio jure nostro sine fraude agatur, vel jus publicum requirat, vel nisi alias cognita causa a nobis vel a senecialo, habeant specialiter in

mandatis'.<sup>34</sup> Wat betreft de beschikbaarheid van rechtsmiddelen gold echter dat het Openbaar Ministerie zonder restricties als procespartij mocht opkomen tegen beslissingen in eerste aanleg. Deze uitgebreide bevoegdheid zou volgens Debacq samenhangen met het destijds gevoelde maatschappelijk belang dat onjuiste rechterlijke beslissingen niet in stand bleven, zelfs niet als partijen afzagen van het aanwenden van rechtsmiddelen.<sup>35</sup> Of de bevoegdheid om te dienen van advies bij wege van conclusie al dan niet gelimiteerd was, heb ik op basis van de bestaande literatuur niet kunnen vaststellen.

De Franse Revolutie bracht in de bestaande orde belangrijke veranderingen. Bij wet van 16/24 augustus 1790 werd de mogelijkheid voor het Openbaar Ministerie om op te treden als procespartij (*par voie d'action*) geheel en al afgeschaft, althans, volgens een gangbare interpretatie van titel 8, artikel 2 van deze wet.<sup>36</sup> Slechts het nemen van conclusies, dat wil zeggen een optreden van het Openbaar Ministerie *par voie de réquisition*, bleef mogelijk. Het bedoelde artikel, dat de leden van het Openbaar Ministerie aanduidt met hun destijds gangbare benaming *commissaires du roi*, luidt: 'Au civil, les commissaires du roi exerceront leur ministère, non par voie d'action, mais seulement par celle de réquisition, dans les procès dont les juges auront été saisis'. Er waren echter ook auteurs die in de overige artikelen van titel 8 lazen dat het Openbaar Ministerie als procespartij kon optreden. De vertegenwoordigers van deze laatste, mijns inziens onjuiste opvatting, putten een argument uit het feit dat na 1790 en dus onder vigeur van de wet die dit volgens de eerder genoemde opvatting verbood, het Openbaar Ministerie optrad als procespartij.<sup>37</sup> Hoe het ook zij, deze praktijk, die mijns inziens in strijd was met de wet, werd bevestigd door de *Code civil* (1804) en de *Code de procédure civile* (1806). De wet van 20 april 1810 (artikel 46) erkende eveneens de mogelijkheid voor het Openbaar Ministerie om op te treden als procespartij.<sup>38</sup> Dit betekende echter niet dat over deze kwestie, meer in het bijzonder over het zojuist genoemde artikel 46, geen strijd bestond.

Hoewel nu dus vaststond dat het Openbaar Ministerie kon optreden als procespartij, was het de vraag of deze mogelijkheid gelimiteerd was tot specifiek in de wet genoemde

---

<sup>34</sup> G. Debacq, *De l'action du Ministère Public en matière civil d'après l'ancienne législation, le droit intermédiaire et la loi moderne*, Parijs 1867, 12 e.v.

<sup>35</sup> G. Debacq, o.c., 37 e.v. en 394 e.v.

<sup>36</sup> E. de Mari, *Le parquet sous la Révolution*, in: J.-M. Carbasse, o.c., 225. Zie verder G. Debacq, o.c., 55 e.v. M.-L. Rassat, o.c., 33 is van mening dat dit de natuurlijke loop van zaken was, aangezien de gevallen waarin vóór de Revolutie bij wijze van rechtsvordering opgetreden diende te worden geheel en al verdwenen: 'Le législateur révolutionnaire n'a rien changé par rapport à ce qui existait dans l'ancien régime, il supprime la voie d'action, puisque n'existant, dans l'ancien droit, que pour défendre le domaine et les droits de la couronne, elle n'a plus de raison d'être.'

<sup>37</sup> G. Debacq, o.c., 55 e.v.

<sup>38</sup> G. Debacq, o.c., 71 e.v.

gevallen dan wel zeer ruim moest worden genomen en alle gevallen omvatte waarin de openbare orde in het geding was. Artikel 46 van de wet van 20 april 1810 kon tot beide interpretaties aanleiding geven. Het luidde: ‘En matière civile, le ministère public agit d’office dans les cas spécifiés par la loi; il surveille l’exécution des lois, des arrêts et des jugements; il poursuit d’office cette exécution dans les cas qui intéressent l’ordre public.’ De eerder geciteerde Debacq stond een beperkte uitleg van dit artikel voor. Hij stelde dat slechts de procureur-generaal bij het Hof van Cassatie op basis van wetgeving uit december 1790 een ruimere bevoegdheid bezat door het rechtsmiddel van cassatie in het belang der wet.<sup>39</sup>

Wat betreft de bevoegdheid van het Openbaar Ministerie om bij wijze van conclusie een advies over te leggen bestond eenstemmigheid. De bevoegdheden van het Openbaar Ministerie waren hier zeer ruim getrokken. Steeds wanneer de noodzaak hiertoe volgens het Openbaar Ministerie bestond, kon het concluderen. Dit diende te gebeuren na de instructie van de zaak. Wat betreft de inhoud van het advies diende erop gelet te worden dat niet werd gegaan buiten de grenzen van de conclusies van partijen. Daarbij mocht het Openbaar Ministerie wel concluderen tot hetgeen partijen slechts impliciet naar voren hadden gebracht. Ook mocht het Openbaar Ministerie alle rechtsgronden die partijen vergeten waren te stellen onder de aandacht van de rechter brengen.<sup>40</sup> Voor het overige was de rol van het Openbaar Ministerie in het geval het optrad *par voie de réquisition* bescheiden. Het mocht niet deelnemen aan de instructie van de zaak en behoefde niet aanwezig te zijn bij een getuigenverhoor of een gerechtelijke plaatsopneming (in goed (noord-)Nederlands procesrechtelijk jargon: een *descente*).<sup>41</sup>

---

<sup>39</sup> Wet van 27 november 1790, art. 25: ‘Si le commissaire du roi auprès du tribunal de cassation apprenait qu’il eût rendu un jugement en dernier ressort directement contraire aux lois ou aux formes du procéder, et contre lequel aucune des parties n’aurait réclamé dans le délai fixé, il en donnerait, après ce délai passé, connaissance au tribunal de cassation; que s’il était prouvé que les formes ou les lois eussent été violées, le jugement serait cassé, sans que les parties pussent se prévaloir de cette cassation pour éluder les dispositions de ce jugement, lequel vaudrait comme transaction entre elles.’ Vgl. G. Debacq, o.c., 76 e.v.

<sup>40</sup> J.L.E. Ortolan, L. Ledeau, o.c., 78. Voor een vergelijkbare opvatting in Nederland, zie C.F.Th. van Maanen, o.c., 77: ‘Het O.M. is echter bevoegd en verplicht, bij het uiten van zijn gevoelen, de regtsgronden, welke tot de beslissing der zaak afdoende, maar door partijen niet in het midden gebracht zijn, mede te deelen, en door eene juiste en naauwkeurige uiteenzetting der feiten, tot de ware beoordeeling van het geschil zoo als het is liggende, mede te werken. Het O.M. bepaalt zich dus in zijne conclusiën, tot de beoordeeling van het geding in den stand, waarin het door de wederzijdsche schrifturen der partijen is gebracht. Verder gaat het niet, het mag alzoo tot niets meer concluderen, dan waartoe de conclusiën van partijen strekken; maar wanneer deze *implicite* eene vordering bevatten, welke niet uitdrukkelijk is gedaan, mag het tot het toewijzen daarvan concluderen.’

<sup>41</sup> J.L.E. Ortolan, L. Ledeau, o.c., 80. Ondanks deze beperkte rol kon het Openbaar Ministerie wel gewraakt worden, want het advies van het Openbaar Ministerie diende boven elke twijfel van partijdigheid verheven te zijn. In Nederland waren sommigen overigens van opvatting dat het O.M. wèl aanwezig diende te zijn bij enquêtes en descentes omdat de Franse bepaling die het tegendeel bepaalde in Nederland niet was overgenomen. Zie bijvoorbeeld C.F.Th. van Maanen, o.c., 62-63. Anderen dachten hier anders over. Zie bijvoorbeeld A. Tak, Het Openbaar Ministerie in het burgerlijk geding, in: *Themis* 1897, 327-328.

Wanneer wij de ontwikkelingen rond het Openbaar Ministerie als gevolg van de Franse Revolutie bezien, kan worden geconstateerd dat de wet van 16/24 augustus 1790 waarschijnlijk tot doel had de rol van het Openbaar Ministerie te beperken tot die van adviesorgaan van de rechter. Immers, het lijkt waarschijnlijk dat het de intentie van de wetgever van 1790 was de aloude rol van het Openbaar Ministerie als procespartij geheel en al af te schaffen en slechts zijn later ontwikkelde bevoegdheid tot het dienen van advies bij wijze van conclusie te behouden. Indien aan deze beleidslijn strikt de hand was gehouden, zou met recht kunnen worden gesteld dat het Openbaar Ministerie zich in het revolutionaire Frankrijk had ontwikkeld tot louter *amicus curiae*. Immers, de rol van het Openbaar Ministerie in burgerlijke zaken beperkte zich volgens de wet van 1790 tot het als derde (niet als procespartij) kenbaar maken van zijn standpunt aan de rechter door het indienen van een schriftelijk document. Aan het indienen van dit document, waarin het algemeen belang voorop diende te staan, werden geen beperkingen gesteld. Deze beperkingen zijn ook in de VS afwezig, althans in gevallen waarin de overheid als *amicus curiae* optreedt.

### **Huidig Nederlands recht**

Alvorens ik over het Nederlandse recht spreek, is het voor een goed begrip verstandig een paar korte opmerkingen met betrekking tot de positie van het Openbaar Ministerie in België te maken. Immers, na de Belgische afscheiding ontwikkelde het Openbaar Ministerie in België zich op andere wijze dan het Openbaar Ministerie in Nederland. Zoals Karel Velle in zijn studie over het Openbaar Ministerie in België treffend opmerkt, werd (en wordt) het Openbaar Ministerie in België, geheel in de geest van de Belgische grondwet van 1831, beschouwd als een onderdeel van de rechterlijke orde. Het Openbaar Ministerie was (en is) in de zuidelijke Lage Landen verheven boven elke inmenging van de uitvoerende macht.<sup>42</sup> Van belang is dat artikel 138 lid 2 van het Gerechtelijk Wetboek bepaalt dat het Openbaar Ministerie niet slechts optreedt in de gevallen bij de wet bepaald, maar in het algemeen als de openbare orde dit vergt. In het licht van de strijd over deze problematiek in het negentiende-eeuwse Frankrijk is dit een opmerkelijke bepaling. Gekend is verder de tot voor kort in België bestaande situatie, waarin partijen niet op de conclusie van het Openbaar Ministerie konden reageren<sup>43</sup> en waarin het Openbaar Ministerie bij de beraadslaging in raadkamer aanwezig

---

<sup>42</sup> K. Velle, *Het openbaar ministerie in België (1796-1995): organisatie, bevoegdheden en archiefvorming*, Brussel 1995, 51.

<sup>43</sup> De oorsprong van deze onmogelijkheid moet worden gezocht in regelgeving uit 1815 (d.w.z. uit

was. Recente wetgeving naar aanleiding van rechtspraak van het Europese Hof voor de Rechten van de Mens heeft deze situatie echter grondig gewijzigd: het Openbaar Ministerie is uit de raadkamer verbannen, terwijl partijen tegenwoordig over de mogelijkheid beschikken op de conclusie van het Openbaar Ministerie te reageren (zie verder in deze bundel).

De positie van het Openbaar Ministerie in Nederland is dicht bij het Franse model uit de negentiende eeuw gebleven. Niet vergeten dient te worden dat men in Nederland nog steeds leeft onder het, zij het meermalen gewijzigde, Wetboek van burgerlijke rechtsvordering uit 1838. In dit wetboek zijn de Franse bepalingen rond het Openbaar Ministerie goeddeels overgenomen. In artikel 322 van het Wetboek werd oorspronkelijk bepaald dat het Openbaar Ministerie op elke terechtzitting aanwezig diende te zijn. Ter terechtzitting kon het Openbaar Ministerie, zo dit nodig was, op twee manieren optreden: als procespartij (iets waarmee men zowel in de noordelijke als in de zuidelijke Nederlanden van oudsher vertrouwd was) en als adviserende derde (bij wege van een conclusie). Deze laatste wijze van optreden was ontleend aan de Franse praktijk.

Als procespartij kon het Openbaar Ministerie slechts optreden in gevallen bij de wet bepaald.<sup>44</sup> Wat betreft de adviserende rol bestond er meer vrijheid: in bepaalde door de wet omschreven gevallen (o.a. artikel 324 Rv)<sup>45</sup> diende het Openbaar Ministerie te concluderen en in de overige gevallen had het Openbaar Ministerie de bevoegdheid om te concluderen. De in artikel 324 figurerende ‘openbare orde’ vormde waarschijnlijk geen afzonderlijke grond tot concluderen, maar diende, zoals een auteur het in 1972 stelde, slechts als ‘redengevende inleiding’ op de daarna opgesomde gevallen van verplicht concluderen te worden gezien.<sup>46</sup>

Reeds in 1850 werden kritische geluiden gehoord over de toegevoegde waarde van de conclusies van het Openbaar Ministerie in burgerlijke zaken. Voorgesteld werd de conclusies te beperken tot cassatie. Ook ná 1850 werd deze roep meermalen gehoord.<sup>47</sup> De tegenstanders

---

de periode van de Verenigde Nederlanden). Zie de in deze bundel opgenomen bijdrage van J. Linsmeau en H. Boularbah. In 1838 werd in het Nederlandse Wetboek van burgerlijke rechtsvordering bepaald dat partijen wel een, zij het beperkte, mogelijkheid tot reageren hadden. Zie hieronder.

<sup>44</sup> C.F.Th. van Maanen, o.c., 60.

<sup>45</sup> C.F.Th. van Maanen, o.c., 68: ‘De gewone gevallen, in welke het conclusie moet nemen, zijn vermeld in art. 324 Wetb. van Burg. Regtsvord., doch bovendien zijn er vele bepalingen in de verschillende wetboeken, waarbij het optreden van het O.M. als zoodanig gelast wordt.’

<sup>46</sup> Van Rossem-Cleveringa, *Verklaring van het Nederlands Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering*, Zwolle 1972, 821: ‘Er blijft dus niets anders over dan aan te nemen, dat hier meer gedacht moet worden aan een redengevende inleiding dan wel aan een afgerond stel van gevallen.’

<sup>47</sup> Zie bijvoorbeeld de bespreking van C.F.Th. van Maanen, *Het Openbaar Ministerie in Nederland*, door C.J. van Nispen tot Pannerden in *Themis* 1860, 121-122; R.A. Fockema, Het ontwerp tot ontbinding van de Rechtbanken te Zierikzee en Heerenveen, in verband met het gemis aan raadpleging van de rechterlijke macht, in: *Themis* 1923, 236. Schrijver doet de volgende interessante suggestie voor het opvangen van problemen die zich kunnen voordoen bij het ontbreken van conclusies van het OM: ‘Is in het algemeen de voorlichting van den rechter van de zijde van een staatsambtenaar onnoodig, er zijn gevallen, waarin die voorlichting van zeer groote

van de conclusies in burgerlijke zaken stelden dat het Openbaar Ministerie bij de lagere gerechten vooral gespecialiseerd was in het strafrecht. Dientengevolge waren in hun visie de conclusies voor de rechter van weinig betekenis; immers, de rechter was veel beter op de hoogte van kwesties van burgerlijk recht dan de ambtenaar van het Openbaar Ministerie. Dit leidde er in sommige gevallen toe dat het vonnis reeds gereed was alvorens het Openbaar Ministerie zijn conclusie had kunnen voorleggen; met andere woorden, de rechter verwachtte er weinig voorlichting van.<sup>48</sup> Er waren echter ook voorstanders van de conclusies in burgerlijke zaken.<sup>49</sup> Deze voorstanders stelden dat het Openbaar Ministerie er door het nemen van deze conclusies voor zorgde dat de zaak de rechter nog eens onpartijdig en volledig werd voorgedragen alvorens hij zijn beslissing nam. Op die manier zou hem minder makkelijk een feit of een rechtsgrond ontsnappen. Bovendien waren sommigen van mening dat de conclusies van het Openbaar Ministerie een waardevol tegenwicht vormden tegen het geheim van de raadkamer.<sup>50</sup> Verder zou het feit dat er in burgerlijke zaken geconcludeerd diende te worden, voorkomen dat de ambtenaren van het Openbaar Ministerie zich al te eenzijdig op strafrechtelijk gebied zouden ontwikkelen. Dit zou niet goed zijn gezien 'den innerlijken samenhang van strafrecht en burgerlijk recht'. Overigens zouden de conclusies in burgerlijke zaken de aantrekkelijkheid van een loopbaan bij en ook het aanzien van de leden van het Openbaar Ministerie vergroten. Tegenstanders van het behoud van de conclusies stelden echter dat het met gerustheid aan partijen zelf kon worden overgelaten de aandacht van de rechter te vestigen op de ter zake doende feiten en gronden. Rechters die na de conclusies van partijen de voorlichting van het Openbaar Ministerie nodig hadden om tot een beslissing te komen, waren, nog steeds aldus de tegenstanders, het ambt van rechter niet waardig. Terzijde wordt hier opgemerkt dat genoemde schrijvers hun argumenten ook toepasselijk achtten op de conclusies van het Openbaar Ministerie in cassatie. Het zal dan ook geen verwondering

---

beteekenis zoude kunnen zijn. Als voorbeeld wijs ik op de door mij aangehaalde historische procedures. [...] Zoude men van staatswege moeilijke historische procedures niet kunnen stellen in handen van een hoogleeraar in het oud-Hollandsch recht? Niet om feitelijke beslissing maar om een advies, hetwelk voor een beslissing van groote waarde zoude kunnen zijn.' In een wetsontwerp uit 1861 werden de conclusies afgeschaft behalve bij de Hoge Raad. Deze regeling werd echter niet ingevoerd. Zie A. Tak, o.c., 334.

<sup>48</sup> P. van Heijnsbergen, *Het Openbaar Ministerie – Vragen en wenschen*, in: *Themis* 1920, 210, noot 1.

<sup>49</sup> A.J. Blok, *Positie en taak van het Openbaar Ministerie*, Leiden 1908, 32-33; Versteeg, *Toekomstige positie van het Openbaar Ministerie*, in: *Weekblad van het Recht* 12500 (1932).

<sup>50</sup> C.F.Th. van Maanen, o.c., 69: '... de openbaarheid dier conclusiën pleit voor haar nut. Daardoor blijkt het, dat de beschouwingen van de zaak, die naar het oordeel van het O.M. op de beslissing van invloed kunnen en moeten zijn, aan den regter bekend zijn geweest en een onderwerp zijner beraadslagingen in raadkamer hebben uitgemaakt, waaruit volgt, dat evenzeer bij het stilzwijgen van het vonnis over deze, als bij uitdrukkelijke bestrijding der daarbij ontwikkelde regstgronden, het oordeel des regters over hare waarde duidelijk blijkt. Wanneer daarentegen door een lid van het regterlijk collegie, dergelijke bij de schrifturen of pleidooijen niet aangevoerde gronden worden in het midden gebracht, en de andere leden met de juistheid daarvan niet

wekken dat sommige schrijvers bovendien pleitten voor het afschaffen van deze conclusies. Dit ondanks het feit dat zij van mening waren dat deze documenten een waardevolle bijdrage tot de rechtsliteratuur vormden en men zich over de inhoud van veel van deze conclusie kon verheugen. Een waardevolle bijdrage tot de rechtsliteratuur was volgens de betrokken auteurs echter geen reden om de conclusies te handhaven.<sup>51</sup>

Uiteindelijk kwam de Nederlandse wetgever in 1933 tot een tussenoplossing.<sup>52</sup> Dit gebeurde in het kader van een uitgebreid pakket aan bezuiningsmaatregelen (het was immers crisis) en na aanbevelingen van de Commissie Welter.<sup>53</sup> De tevoren bestaande verplichting van het Openbaar Ministerie om op elke burgerlijke terechtzitting aanwezig te zijn werd omgezet in de bevoegdheid hiertoe. Behalve in disciplinaire zaken en cassatiezaken werd de conclusie van het Openbaar Ministerie facultatief. Desondanks werd de opsomming van gevallen in artikel 324, waarin het Openbaar Ministerie tevoren verplicht was te concluderen, behouden, zij het dat met betrekking tot deze gevallen (behalve dan met betrekking tot disciplinaire zaken en cassatiezaken) werd gesteld dat het Openbaar Ministerie *bevoegd* (dus niet verplicht) was te concluderen. Die bevoegdheid bestond echter ook in andere dan de genoemde zaken. De vaste commissie voor privaatrecht en strafrecht uit de Tweede Kamer had dan ook voorgesteld te bepalen, dat het Openbaar Ministerie moest concluderen in cassatiezaken en kon concluderen in alle andere zaken; zij vond dat de opsomming in artikel 324 diende te vervallen. De minister weerde dit voorstel af en stelde: ‘Tegen het denkbeeld het Openbaar Ministerie de bevoegdheid te geven steeds te concluderen, rijst de theoretische bedenking, dat het niet past bij het streven naar wettelijke beperking van deze conclusie. Daarnaast doet zich het bezwaar gelden, dat daardoor weer de kans wordt vergroot, dat van de conclusie van het Openbaar Ministerie in de praktijk niets meer zal overblijven. Het is beter, dat de wet bepaalde gevallen opsomt, waarbij de conclusie van belang kan zijn, dan dat zij alle gevallen kenmerkt als voor een conclusie van het Openbaar Ministerie in beginsel in aanmerking komend.’<sup>54</sup> Dit is mijns inziens een wat vreemde redenering, die eigenlijk geen stand kan houden. In het per 1 januari 2002 ingevoerde wetsontwerp 24 855 tot wijziging van het Nederlandse Wetboek van burgerlijke rechtsvordering is het voorstel van de vaste kamercommissie dan ook overgenomen, zij het ongeveer 70 jaar na dato.

---

instemmen, zoodat ze geen grond van beslissing uitmaken, dan blijft men geheel in het onzekere of ze ook des regters aandacht ontgaan zijn en zulks geen oorzaak is der gevallen beslissing.’

<sup>51</sup> R.P. Cleveringa Jz., *Bezuiniging op de kosten der burgerlijke en strafrechtspleging*, in: *NJB* 1932, 5525 e.v.

<sup>52</sup> Zie *Bijlagen bij het verslag der Handelingen van de 2<sup>e</sup> Kamer der Staten-Generaal* 1932-33, 139.1-9.

<sup>53</sup> Zie R.P. Cleveringa Jz., o.c., 519 e.v.; P. Scholten, *Reorganisatie van de rechterlijke macht?*, in: *NJB* 1932, 555-556; Van Oven, *De bezuinigings-reorganisatie*, in: *NJB* 1932, 605.



Het resultaat van de wetwijziging uit 1933 is dat conclusies in burgerlijke zaken bij de feitenrechter zeldzaam zijn geworden. In de praktijk spelen zij nog slechts bij de Hoge Raad een rol van betekenis. Daar wordt de conclusie genomen na de instructie van de zaak en voor de beraadslaging in raadkamer. Volgens artikel 328 van het Wetboek van burgerlijke rechtsvordering zullen de partijen of hun verdedigers ‘onder geen voorwendsel, na de conclusiën van het openbaar ministerie, het woord bekomen.’ Zij mogen echter wel ‘eenvoudige aantekeningen tot wederlegging der feiten, waarin zij zouden mogen oordeelen dat het openbaar ministerie gedwaald heeft, onmiddellijk aan den president ter hand stellen.’<sup>55</sup> In het per 1 januari 2002 ingevoerde wetsvoorstel 26 855 luidt deze bepaling als volgt (art. 44 lid 3): ‘Na de conclusie van het openbaar ministerie, onderscheidenlijk de procureur-generaal bij de Hoge Raad, is geen plaats meer voor debat door partijen. Wel kunnen partijen binnen twee weken nadat de conclusie is genomen dan wel een afschrift daarvan aan partijen is verzonden, hun schriftelijk commentaar daarop, zo nodig in een brief vervat, aan de rechter, of, bij een meervoudige kamer, aan de voorzitter, of, bij de Hoge Raad, aan de President van de Hoge Raad doen toekomen, met afschrift aan de wederpartij en het openbaar ministerie, onderscheidenlijk de procureur-generaal.’

De procureur-generaal bij de Hoge Raad heeft overigens geen toegang tot de raadkamer (het openbaar ministerie bij de lagere instanties heeft deze toegang ook niet).<sup>56</sup>

---

<sup>54</sup> *Bijlagen bij het verslag der Handelingen van de 2<sup>e</sup> Kamer der Staten-Generaal 1932-33*, 139.5 (memorie van antwoord).

<sup>55</sup> Deze bepaling werd ontleend aan artikel 87 van het Franse Decreet van 30 maart 1808: ‘Le ministère public une fois entendu, aucune partie ne peut obtenir la parole après lui, mais seulement remettre sur-le-champ de simples notes, comme il est dit à l’art. 111 du code de procédure.’ Volgens artikel 111 gaat het om ‘notes énonciatives des faits sur lesquels ils prétendraient que le rapport [*lege*: conclusie van het openbaar ministerie] a été incomplet ou inexacte.’ Zie ook C.F.Th. van Maanen, o.c., 83: ‘Reeds onder het oude Fransche regt bragt de gewoonte mede, dat partijen het woord niet voerden, noch conclusiën namen, nadat het O.M. gesproken had. Men achtte zulks verkeerd om het hooge standpunt, waarop het O.M. geplaatst was, van welks onpartijdigheid men ten volle overtuigd was. Ook bij art. 87 van het Decreet van 30 Maart 1808 was dit, even als bij art. 328 Wetb. van Burg. Regtsvord. verboden. Partijen vermogen alleen, na die conclusiën aan den president ter hand stellen eenvoudige aantekeningen, tot wederlegging der feiten, waarin zij zouden mogen oordeelen, dat het O.M. gedwaald had.’ Van Maanen was een tegenstander van deze aantekeningen. Zie *ibidem*, 85: ‘Het regt om aantekeningen op de conclusiën van het O.M. in te dienen, is mede af te keuren. Het O.M. toch is een magistraat, die zonder concluderende stem openlijk adviseert, en men zou met denzelfden grond wel kunnen beweren, dat de regters openlijk over de zaak behoorden te beraadslagen, en op ieder uitgebragt advijs notes aannemen. Buitendien ontaarden deze wel eens, in eene wederlegging van de regtskundige stellingen in de conclusie vervat, en hoezeer de regter daarop niet zal behooren te letten, kan het toch niet anders, of de lezing daarvan oefent ligtelijk invloed uit. En al bepaalt zich de partij tot opmerkingen over de feiten, dan nog is het geheime dier aantekeningen nadeelig, omdat ze der tegenpartij onbekend zijn, en behoorden ze aan deze ten minste te worden medegedeeld.’

<sup>56</sup> Zie reeds C.F.Th. van Maanen, o.c., 56: ‘Het O.M. is niet bevoegd om de raadplegingen der regters of raadsheeren in de raadkamer tot het opmaken van het vonnis of arrest bij te wonen. De regter moet bij het beslissen van zaken buiten den invloed blijven, zoowel van dien ambtenaar, als van elk ander persoon.’ Van Maanen merkt echter ook op: ‘Maar is een vonnis of arrest nietig, op grond dat het O.M. bij de beraadslaging aanwezig is geweest? Die vraag moet ontkennend worden beantwoord, niet omdat er hier alleen sprake is van een eenvoudig reglementair voorschrift, want het reglement heeft, als daargesteld naar aanleiding van art. 19 der

Hierin is geen verandering gebracht door het feit dat de Wet op de rechterlijke organisatie sinds 1999 de onafhankelijke positie van de procureur-generaal bij de Hoge Raad benadrukt door hem uitdrukkelijk niet meer tot de leden van het openbaar ministerie te rekenen.<sup>57</sup>

Tot slot kan nog worden opgemerkt dat momenteel de conclusies in cassatie in Nederland in hoog aanzien staan. De conclusies worden veelal ‘genomen’ namens de procureur-generaal door de advocaten-generaal, die bij de vervaardiging ervan worden ondersteund door een staf van wetenschappelijke medewerkers. Indien wordt besloten een arrest van de Hoge Raad te publiceren in *Rechtspraak van de Week* of *De Nederlandse Jurisprudentie*, wordt de conclusie onveranderlijk meegepubliceerd.

Kan nu worden gesteld dat het Openbaar Ministerie in Nederland de rol van *amicus curiae* vervult in de burgerlijke rechtspraak? Hiervan is in ieder geval geen sprake als het optreedt als procespartij. Aangezien anderzijds conclusies in de vorm van een advies bij de lagere gerechten veelal afwezig zijn, kan ook op dit punt niet worden gesproken van het Openbaar Ministerie als *amicus curiae*. Anders is het bij de Hoge Raad der Nederlanden. Daar maakt de procureur-generaal, die zoals gesteld niet als lid van het openbaar ministerie wordt beschouwd, zijn standpunt aan de rechter kenbaar door het als onafhankelijke derde indienen van een schriftelijk document. De procureur-generaal wordt geen procespartij, maar treedt op uit hoofde van het algemeen belang. Bij de Hoge Raad kan de rol van de procureur-generaal dus wel enigszins worden vergeleken met die van de Amerikaanse *amicus curiae*.

## **Conclusie**

De titel van dit opstel luidt: ‘Het Openbaar Ministerie in historisch perspectief: *amicus curiae* of niet?’ Mijn conclusie is dat de procureur-generaal bij de Hoge Raad der Nederlanden momenteel een functie vervult die enigszins met die van *amicus curiae* kan worden vergeleken. Ter zelfder tijd merk ik echter op, dat de procureur-generaal in het huidige Nederlandse recht niet meer wordt beschouwd als lid van het Openbaar Ministerie. Aangezien conclusies van het Openbaar Ministerie in burgerlijke zaken bij de lagere gerechten in de praktijk veelal ontbreken, moet de slotsom dan ook zijn dat voor het Openbaar Ministerie in Nederland de rol van *amicus curiae* niet meer is weggelegd (maar dus wel voor de procureur-generaal bij de Hoge Raad). Ook in het verleden was dit niet het geval, althans in de periode

---

Wet op de R.O. kracht van wet, maar omdat zulks niet op straffe van nietigheid is verboden.’ Art. 88 van het Franse decreet van 30 maart 1808 bepaalde ook reeds dat de procureur-generaal niet aanwezig mocht zijn bij de beraadslagingen in raadkamer: ‘Notre procureur général ou impérial, ni ses substituts, n’assisteront point aux délibérations des juges, lorsqu’ils se retireront à la chambre du conseil pour les jugemens ...’

<sup>57</sup> Zie artikel 111 en verder van de Wet op de rechterlijke organisatie.

tot aan de invoering van de Franse wetgeving in de Lage Landen. Immers, tot die tijd trad het Openbaar Ministerie voornamelijk op als procespartij en niet als onafhankelijke derde (hoewel hierbij dient te worden aangetekend dat de positie van de procureur-generaal die zich met beide partijen voegde nader onderzocht dient te worden). Dit veranderde zoals gezegd aan het begin van de negentiende eeuw, toen de adviezen bij wege van conclusies in onze gebieden werden ingevoerd. In de praktijk bleken deze conclusies echter, zeker bij de lagere gerechten, geen rol van betekenis te spelen, aangezien de expertise van de ambtenaren van het Openbaar Ministerie bij de lagere gerechten voornamelijk op strafrechtelijk terrein moet worden gesitueerd.