



Universiteit
Leiden
The Netherlands

Van Mauerspechten en grensbewakers. Ontwikkelingen op het grensgebied van strafeis en strafbeslissing

Schoep, G.K.; Haveman R.H., Wiersinga H.C.

Citation

Schoep, G. K. (2005). Van Mauerspechten en grensbewakers. Ontwikkelingen op het grensgebied van strafeis en strafbeslissing. *Langs De Randen Van Het Strafrecht. In: Meijers-Reeks, Nr. 91*, 1-17. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/14371>

Version: Not Applicable (or Unknown)

License: [Leiden University Non-exclusive license](#)

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/14371>

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

VAN MAUERSPECHTEN EN GRENSBEWAKERS ONTWIKKELINGEN OP HET GRENSGEBIED VAN STRAFEIS EN STRAFBESLISSING

G.K. SCHOEP

Verschenen in: R.H. Haveman & H.C. Wiersinga (red.), *Langs de randen van het strafrecht*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2005, p. 1-17

‘Die Mauer im Kopf’

Soms moet de strafrechtswetenschapper de grens over. Op zoek naar verfrissende ideeën, overeenkomsten of verschillen, in het buitenland of in eigen land binnen andere rechtsgebieden. Grensoverschrijdend strafrecht wordt dat genoemd. De grens oversteken staat met recht in hoog aanzien, niet alleen in onderzoeksvisitaties wordt het belang van deze vorm van ‘kruisbestuiving’ voortdurend benadrukt. Soms daarentegen moet de strafrechtswetenschapper zich schrap zetten en zich vastklinken aan de fundamenteën van het gebouw waaraan hij zo gehecht is geraakt, een gebouw waarin de echo’s wegstemmen van het leven dat *damals* werd geleefd. Grenzen overschrijden wordt dan grenzen bewaken.

Toen op 9 november 1989 de Berlijnse Muur viel en enkele dagen later een begin werd gemaakt met de ontmanteling van de grens- en wachtposten die zich langs de Muur bevonden, maakten grensbewakers plaats voor *Mauerspechten*. De Muur, de in 1961 opgerichte *Antifaschistischer Schutzwall*, vormde de architectonische vervolmaking van het gedeelde Duitsland dat ontstond na de Tweede Wereldoorlog.¹ De afbraak van de Muur markeerde niet alleen het einde van de socialistische dictatuur in de DDR, maar leidde tevens het einde in van die staat die sinds 1949 probeerde het socialistische ideaal te verwezenlijken. Sinds 3 oktober 1990 zijn West- en Oost-Duitsland verenigd in de Bondsrepubliek Duitsland. De cipiers van de socialistische staat, in verwarring gebracht door de plotselinge ommekeer, moesten lijdzaam toezien dat hun staat voor hun ogen letterlijk werd afgebroken.² Een bijzonder fenomeen dat zich voordeed in de periode kort na de val van de Muur, was de *Mauerspecht*. Naast bulldozers en ander grof geschut vervulde de *Mauerspecht* een bijzondere rol in de geschiedenis van de afbraak van Muur. Met het afbikken van delen van de Muur werd de afkeer ervan tentoongespreid. Met het willen behouden van delen van die Muur werd een ander gevoel tot uiting gebracht, een gevoel dat zich in de loop der jaren misschien wel heeft ontwikkeld tot wat nu *Ostalgie* wordt genoemd: het verlangen onder sommige voormalige Oostduitsers naar de ‘stabielere’ SED-staat en de erkenning dat niet alles uit de DDR-tijd zonder waarde was. Dat besef, en de in de loop der jaren ontwikkeld cultuurverschil tussen beide ‘volkeren’, uit zich ook in de zogenaamde *Mauer im Kopf*: met het wegnemen van de feitelijke Muur worden cultuurverschillen niet persé overbrugd. De tegenstrijdigheid in het handelen van de *Mauerspecht* uit zich in het doen afbrokkelen van de Muur enerzijds en het willen behouden (of te gelde maken) ervan

¹ U. Mähler, *Kleine Geschichte der DDR*, Nördlingen: Verlag C.H. Beck 2001, p. 98. De betiteling van de Muur als een *Antifaschistischer Schutzwall* is afkomstig van de officiële (SED-)berichtgeving over de noodzaak tot het oprichten ervan. Hoewel algemeen wordt aangenomen dat de bouw van de Muur vanwege het grote aantal DDR-vluchtelingen een economische noodzaak was en een feitelijke gevangenneming van het eigen volk tot gevolg had, verschijnen nog steeds geschriften waarin de keuze voor de bouw van de Muur wordt verdedigd. Zie bijvoorbeeld: J. Schunke, ‘13. August 1961 – die Sicherung der Staatsgrenze’, in: K.-D. Baumgarten & P. Freitag (Hrsg.), *Die Grenzen der DDR. Geschichte. Fakten. Hintergründe*, Berlin: Das Neue Berlin Verlagsgesellschaft mbH 2004, p. 158-199.

² Vanuit juridisch oogpunt zijn interessant de processen tegen voormalige grenswachten en politieke leiders als Egon Krenz, die werden veroordeeld voor het (beleid tot) doodschieten van DDR-burgers die de grens naar het westen wilden oversteken. Zie: ECHR 22 maart 2001, zaaknr. 34044/96, 35532/97 en 44801/98 (Streletz, Kessler and Krenz v. Germany) en ECHR 22 maart 2001, zaaknr. 37201/97 (K.-H. W. v. Germany). Een van de vragen was of de bewuste personen konden worden veroordeeld voor een feit dat naar de letter van de wet in het betreffende land niet strafbaar zou zijn gesteld. Nu de Duitse rechter tot een veroordeling was gekomen was het aan het oordeel van het Hof overgelaten te bepalen of daarmee in strijd was gehandeld met het legaliteitsbeginsel zoals dat tot uitdrukking komt in art. 7 EVRM. Het Hof oordeelde overigens dat de veroordeling hiermee niet in strijd was.

anderzijds.³ Ook de afbraak en verbrokkeling van een bepaald gedachtegoed wist deze nooit geheel uit. De *Mauerspecht* als beul én hoeder, een interessante gedachte vanuit het perspectief van de (straf)rechtswetenschapper. En waar zit onze *Mauer im Kopf*?

Het grensgebied tussen strafeis en strafbeslissing, en in het bijzonder de vraag naar de status van de strafeis van de officier van justitie voor de strafbeslissing van de rechter, vormt een uitstekende aanleiding voor een exploratieve beschouwing over één van die grenzen. Die vraag is actueel geworden nu een recente wetswijziging heeft geleid tot een verandering in het stelsel van motiveringsverplichtingen van de rechter zoals dat is neergelegd in artikel 359 Sv. Waar de wet vóór 1 januari 2005 de rechter ‘slechts’ verplichtte extra te motiveren in geval de strafbeslissing boven de eis van de officier van justitie uitging, bestaat thans een algemene motiveringsverplichting in geval van afwijking (zowel naar boven als beneden) van de eis van de officier van justitie. Dat lijkt weinig ingrijpend en zelfs op een bepaalde manier voor de hand liggend. Toch is er meer aan de hand. Het is deze wetswijziging die dan ook wordt aangegrepen het grensgebied tussen strafeis en strafbeslissing in een breder perspectief te plaatsen door één element daarvan, te weten het meer centraal stellen van de strafeis bij de strafbeslissing, in verband te brengen met de enkele voorstellen voor - en gedachten over de positie van het openbaar ministerie bij de straftoemeting, het geheel van regels dat bepaalt op welke wijze de beslissing van de rechter over de straf totstandkomt. Binnen het stelsel van de wet komt de eis van de officier van justitie tot de rechter middels het requisitoir, tot het houden waarvan art. 311 Sv verplicht. Stapsgewijs zal hieronder aandacht worden besteed aan de status van de strafeis voor de uiteindelijke beoordeling van de rechter over de straf en aan de inhoud en de achtergronden van de hierboven genoemde wetswijziging. Op basis daarvan kan worden vastgesteld dat er een verschuiving heeft plaatsgevonden in het denken over de aard van het strafgeding en de positie van de procespartijen daarin. In dat kader speelt met name de perceptie van het contradictoire strafgeding een rol, een concept dat van invloed is geweest op de genoemde wetswijziging. Dat blijkt echter niet het enige profiel te zijn dat voor de taakvervulling van het OM de lading dekt. Ook de magistratelijkheid van het OM wordt aangeroepen, bijvoorbeeld in de wijze waarop zij in de toekomst zal dienen om te gaan met de haar dan toekomende bevoegdheid tot het opleggen van straffen. Het wetsvoorstel OM-afdoening voorziet daarin. In de confrontatie tussen beide ‘profielen’, die hieronder nader zal worden uitgewerkt, ontstaan enkele onderscheidingen die van belang zijn voor een beoordeling van enkele (min of meer) recente voorstellen voor de invulling van de verhouding tussen de rechter en de officier van justitie of de verhouding tussen de rechtsprekende macht en het openbaar ministerie bij de straftoemeting. Op de zoektocht naar een denkbeeldige muur kan men juist op dat punt het een en ander verwachten.

De eis van art. 311 Sv en de teloorgang van art. 359 lid 7 Sv

In het requisitoir verwoordt de officier van justitie zijn/haar visie op de zaak en legt de rechtbank een vordering voor. Daarmee krijgt het standpunt van het Openbaar Ministerie meer vorm, wordt de rechtbank geïnformeerd en wordt tevens de verdediging naast de tenlastelegging een (volgend) handvat geboden ten behoeve van de verdediging.⁴ De vordering moet de juridische kwalificatie van het feit bevatten en, wanneer de officier van justitie van mening is dat de verdachte een straf of maatregel opgelegd moet krijgen, de omschrijving daarvan, zo volgt uit art. 311 lid 1 Sv.

Meer dan eens is in jurisprudentie de vraag aan de orde geweest naar de status van deze eis in relatie tot de beslissing en de motiveringsverplichting van de rechter. De lijn was duidelijk: de vordering van de officier van justitie diende te worden gezien als een *advies* aan de rechter.⁵ En: ‘De

³ De snelle en misschien wel ondoordachte afbraak van de Muur heeft ertoe geleid dat op verschillende plaatsen in Berlijn initiatieven zijn ontstaan die zich richten op het behoud van (delen van) de Muur. Het meest in het oog springend is de zgn. East Side Gallery in de buurt van het station Ostbahnhof. Recentelijk heeft de directeur van het Mauermuseum bij Checkpoint Charlie, Alexandra Hildebrandt, de woede van velen op de hals gehaald door een stuk grond in gebruik te nemen en daar een nieuw stuk Muur op te bouwen.

⁴ Zie bijvoorbeeld: A.J. Blok & L.Ch. Besier, *Het Nederlandsche strafproces*, Haarlem: H.D. Tjeenk Willink en Zn, 1925 (tweede deel), p. 81-84. Ook: Th.W. van Veen, ‘Het rekwisitoir’, *DD* 1974, p. 520-521.

⁵ HR 10 december 1985, NJ 1986, 480.

wet verlangt niet dat omtrent een vordering nopens straf of maatregel (...) ook in zoverre daaraan geen gevolg wordt gegeven bepaaldelijk wordt beslist.⁶ De minister van justitie omschreef de status van de strafeis als '(...) een indicatieve aanduiding van de strafmaat waarmee de verdachte ten hoogste rekening moet houden'.⁷ De rechter was aldus niet verplicht een beslissing te nemen op de vordering van de officier van justitie, noch daarvan melding te maken in het vonnis. In de loop der jaren is evenwel het besef ontstaan, bijvoorbeeld vanuit het oogpunt van verbetering van inzicht in de factoren die beslissend zijn geweest voor de strafbeslissing, de rechter meer en beter te laten motiveren. Een logisch aanknopingspunt daarvoor vormde uiteraard de vordering van de officier. Dit inzicht vond middels artikel 359 lid 7 Sv ingang in de wet, hoewel gezegd moet worden dat het met name werd ingevoerd met het oog op het terugdringen van de onvoorwaardelijke vrijheidsstraf. Met de invoering van het artikellid werd een algemene verplichting tot motiveren gecreëerd in geval de rechter in zijn strafbeslissing uitkwam *boven* de strafeis van de officier van justitie.⁸ Interessant is dat tijdens de behandeling van het wetsontwerp in de Tweede Kamer het voorstel tot invoering van een algemene motiveringsplicht van de rechter in *alle gevallen* waarin zou worden afgeweken van de strafeis door de minister werd verworpen. Het argument dat de bewindsman daartoe naar voren bracht, was gestoeld op het (vooralsnog) in stand houden van de bestaande verhouding tussen de betrokken partijen in het strafproces met betrekking tot de straftoemeting. De invoering van een algemene motiveringsplicht zoals hierboven omschreven zou een 'niet onbelangrijke verschuiving in de onderlinge verhouding' betekenen.⁹ Nu, ruim twintig jaar later, is alsnog een algemene motiveringsplicht op de rechter komen te rusten bij een van de strafeis afwijkende strafbeslissing. Artikel 359 lid 7 Sv is komen te vervallen. Deze wet, die hieronder nader zal worden toegelicht, kent een geheel eigen context en achtergrond. Zij vormt dan ook vanuit dat oogpunt een interessant object van onderzoek. Welke omstandigheden maakten dat de bezwaren toen vandaag de dag kennelijk minder zwaarwegend bleken? In dat kader wordt kort gekeken naar enkele profielen die van belang lijken te zijn voor de verhouding strafeis – strafbeslissing. Tegen deze achtergrond worden vervolgens enkele (recente) voorstellen voor de inhoud en de status van de strafeis in de analyse betrokken, opdat de (potentiële) reikwijdte van de wetswijziging voor het voetlicht komt.

Nooit lifters meenemen? – de invoering van een algemene rechterlijke motiveringsplicht bij afwijking van de strafeis

Op 1 januari 2005 is de wet strekkende tot aanpassing van de eisen te stellen aan de motivering van de bewezenverklaring bij een bekennende verdachte in werking getreden.¹⁰ De wetswijziging komt er in grote lijnen op neer dat de rechter in het vonnis met een opgave van de bewijsmiddelen kan volstaan in geval en voorzover de verdachte het bewezenverklaarde heeft bekend (het nieuwe artikel 359 lid 3 Sv). Daarmee wordt deels afstand gedaan van het wettelijk regime waarin de motivering van de beslissingen van art. 358 lid 2 Sv (de beslissingen over de bewezenverklaring, de strafbaarheid van feit en dader en de strafbeslissing) ingevolge art. 359 lid 2 Sv in het vonnis moet zijn opgenomen. Voor de

⁶ HR 6 februari 1973, NJ 1973, 137. In dezelfde zin: HR 3 maart 1987, NJ 1987, 866.

⁷ *Kamerstukken II* 1981/82, 15 012, nr. 5, p. 29.

⁸ Art. 359 lid 7 Sv was onderdeel van de Wet Vermogenssancties en werd ingevoerd bij Wet van 31 maart 1983, Stb. 153. Art. 359 lid 7 Sv sprak expliciet van een extra motiveringsplicht in geval de rechter een langere onvoorwaardelijke gevangenisstraf oplegde dan gevorderd door de officier van justitie. Afgaande op (door het WODC bewerkte) cijfers van het CBS is een eenduidige conclusie over het behalen van deze doelstelling niet te trekken. Weliswaar steeg het aantal opgelegde vrijheidsstraffen in absolute zin van ca. 38.000 in 1985 naar ca. 52.000 in 2003, maar daalde het aandeel van het type vrijheidsstraffen in het palet aan op te leggen sancties van 33% in 1985 naar ca. 27% in 2003. Zie hiervoor de cijfers (in het bijzonder tabel 5.10) in de studie *Criminaliteit en Rechtshandhaving* op de site van het WODC: www.wodc.nl. Uit een eerdere studie blijkt overigens dat de langere straffen, waaronder worden verstaan de straffen langer dan een jaar, vooral sinds de jaren tachtig een steeds groter aandeel van het totaal aantal onvoorwaardelijk opgelegde straffen uitmaken: van 0,5% in 1960 tot 3,5% in 1999. Zie: F.W.M. Huls e.a. (red.), *Criminaliteit en Rechtshandhaving 2000. Ontwikkelingen en samenhangen*, Den Haag: CBS/WODC 2001, p. 101.

⁹ *Kamerstukken II* 1981/82, 15 012, nr. 5, p. 29.

¹⁰ Wet van 16 november 2004, Stb. 2004, 580; Stb. 2004, 641. *Kamerstukken II* 2003/04-2004/05, 29 255, nr. 1-9; *Kamerstukken I* 2004/05, 29 255, nr. A-C.

motivering van de bewezenverklaring hield dit in dat de bewijsmiddelen behoorden te worden uitgewerkt. Dat kost uiteraard tijd en de inzet van personeel en middelen. De wet beoogt dan ook primair een werkbesparing te realiseren voor rechters en ondersteunend personeel, zodat meer tijd kan worden benut voor de afhandeling van andere (straf)zaken.¹¹ Na de invoering van het verkorte vonnis met artikel 365a Sv en aanverwante artikelen bij wet van 26 september 1996¹² vormt deze wijziging een volgende en nadere beperking van de uitwerkings- en motiveringsplicht van de rechter. Dat deze laatste wijziging betrekking heeft op de situatie waarin sprake is van een bekende verdachte, behoeft geen verwondering te wekken: ook hier werd uit onderzoek duidelijk dit bij sommige gerechten praktijk was nog voordat een wettelijke regeling daartoe de bevoegdheid verleende. Desalniettemin werd deze optie in een eerder stadium afgewezen, omdat daarmee een zelfstandige procedure voor een bekende verdachte zou worden gecreëerd.¹³ Thans is zij evenwel geldend recht en blijft een nadere beschouwing over de voors en tegens op deze plaats achterwege.

De thematiek die hier wél aan de orde gesteld wil worden, vindt haar oorsprong in het wetsvoorstel en de totstandkoming van de uiteindelijke wet. Met een ongebruikelijk zwabberende tweetrapsraket lanceerden de Tweede-Kamerleden Wolfsen (PvdA) en Griffiths (VVD) binnen een tijdsbestek van enkele dagen twee amendementen op het betreffende wetsvoorstel, waarin ogenschijnlijk een *uitbreiding* van de motiveringsplicht van de rechter werd bepleit, in het bijzonder met betrekking tot de door de beide procespartijen naar voren gebrachte standpunten over de op te leggen straf. Amendement I, ingediend op 15 juni 2004, stelt voor artikel 359 lid 1 Sv te wijzigen door na de zinsnede 'ten laste gelegde' toe te voegen de zinsnede 'en de vordering van de officier van justitie'.¹⁴ Daarmee dient de vordering van de officier van justitie in het vonnis te zijn opgenomen. Daarnaast stellen de kamerleden voor aan 359 lid 2 Sv toe te voegen de bepaling dat het vonnis in het bijzonder de redenen opgeeft die er toe hebben geleid dat de rechter *in strijd met* de uitdrukkelijk voorgedragen *verweren* van de verdachte dan wel uitdrukkelijk door de officier van justitie ingenomen standpunten heeft beslist. Een derde voorgestelde wijziging betreft de vervanging van de woorden 'zwaardere' en 'langere' in art. 359 lid 7 Sv door het woord 'andere'.¹⁵ Met de voorgestelde wijzigingen moet in de eerste plaats worden bewerkstelligd dat de rechter meer inzicht geeft in de in de redenen die hebben geleid tot de straf, onder meer door in het vonnis expliciet de vordering van de officier van justitie op te nemen en een motiveringsverplichting aan de rechter op te leggen in alle gevallen waarin noch het standpunt van de officier, noch dat van de verdediging wordt gevolgd. Dat laatste vormt een uitbreiding van tot dan toe bestaande motiveringsverplichting van de strafbeslissing, die vereiste dat de rechter in het bijzonder inging op de redenen van de straf in die gevallen waarin de rechter ofwel boven de eis van de officier uitging, ofwel een onvoorwaardelijke gevangenisstraf oplegde (art. 359 lid 7 Sv, oud).

Op 18 juni 2004, slechts drie dagen nadat bovengenoemd amendement werd ingediend, kwamen de kamerleden met een volgend, het voorgaande amendement vervangend voorstel.¹⁶ Daarin werd voorgesteld 359 lid 2 Sv te wijzigen in bovengenoemde zin, maar wordt de term 'verweren' vervangen door het woord 'standpunten' en ook de term 'in strijd met' te vervangen door de omschrijving 'indien de beslissing afwijkt van': terminologisch en juridisch wordt hier terecht een iets bescheidener benadering gekozen. Daarnaast werd voorgesteld art. 359 lid 7 Sv te schrappen in plaats van te wijzigen in bovengenoemde zin. Ook deze voorgestelde verandering van het amendement doet

¹¹ *Kamerstukken II* 2003/04, 29 255, nr. 3 (MvT), p. 12.

¹² Stb. 1996, 487.

¹³ *Kamerstukken I* 1995/96, 23 989, nr. 49b, p. 4. Daar is ook een verwijzing te vinden naar het betreffende praktijkonderzoek. De discussie over een afzonderlijke procedure voor de bekende verdachte heeft in het bijzonder de aandacht getrokken door de daartoe strekkende voorstellen van de Commissie Moons. Zie daarvoor: G.J.M. Corstens (red.), *Rapporten herijking strafvordering 1989-1992*, Arnhem: Gouda Quint 1993, p. 183 e.v. Ook in Leiden werd dit thema aan de orde gesteld, hetgeen resulteerde in: M. Hildebrandt e.a. (red.), *Een afzonderlijke procedure voor de bekende verdachte?*, Arnhem: Gouda Quint 1993.

¹⁴ De zinsnede 'alsmede de inhoud van de bewijsmiddelen, voor zover deze tot het bewijs daarvan gelden' uit art. 359 lid 1 Sv is reeds met het oorspronkelijke wetsvoorstel voorgesteld te verdwijnen. Zie: *Kamerstukken II* 2003/04, 29 255, nr. 1-2, Artikel I onderdeel D.

¹⁵ *Kamerstukken II* 2003/04, 29 255, nr. 7.

¹⁶ *Kamerstukken II* 2003/04, 29 255, nr. 8.

logisch aan, nu het voorgestelde art. 359 lid 2 Sv reeds een veelomvattende motiveringsverplichting van de rechter bevat. De specifieke motiveringsverplichting uit art. 359 lid 7 Sv zou in dat kader overbodig zijn.

Het voorstel wordt gedragen door de gedachte de inbreng van de procespartijen meer van invloed te laten zijn op de gang en de inhoud van het strafproces en steunt in zoverre in belangrijke mate op de voorstellen met betrekking tot een (meer) contradictoire strafprocedure van het onderzoeksproject *Strafvordering 2001*.¹⁷ Tegenover de beperking van de motiveringsverplichting in gevallen waarin sprake is van een bekende verdachte, moet dan ook een uitbreiding daarvan staan in gevallen waarin de rechter anders beslist dan door de beide partijen wordt gevorderd dan wel bepleit. De beide amendementen hebben in dit kader in het bijzonder het oog op de motivering van de bewezenverklaring (of vrijspraak) en de motivering van de strafbeslissing. In hoeverre dit voorstel, dat in de bewoordingen van het laatste amendement inmiddels als wet is aangenomen,¹⁸ consequenties heeft voor de praktijk van reeds bestaande jurisprudentiële uitbreiding van de motiveringsverplichting bij (bewijs)verweren, moet nog worden bezien. Met het wetsvoorstel, en in het bijzonder de besproken amendementen, is evenwel een andere gedachte meegelift die het verdient aan een nadere beschouwing te worden onderworpen. Door de vordering van de officier van justitie, naast de standpunten van de verdediging, meer centraal te stellen, doemt de vraag (weer) op naar het belang en, vooral, de status van de vordering van de officier van justitie met betrekking tot de op te leggen straf in verhouding tot de strafbeslissing van de rechter.

Het is bekend dat de vordering van de officier feitelijk van groot belang is voor de totstandkoming van het oordeel van de rechter over de straf, maar juridisch gezien is de status er van altijd een beetje schimmig gebleven, zoals ook het ‘debat’ in de rechtszaal over de straf iets schimmigs heeft doordat er altijd sprake is van één groot voorbehoud: men anticipeert of loopt vooruit op de bewezenverklaring en de beoordeling van de strafbaarheid van feit en dader door de rechter.¹⁹ Ook dit wetsvoorstel laat de vraag naar de status van de vordering van de officier begrijpelijkerwijs onbesproken. Toch moet ook dit onderwerp onder ogen worden gezien. Het betreft hier wellicht geen op zich zelf staande gebeurtenis. De suggestie is dat de invoering van art. 359 lid 7 Sv en de afschaffing er van per 1 januari 2005 deel uitmaakt van een ontwikkeling waarin de positie van het openbaar ministerie nu ook ten aanzien van de bepaling van de straf door de rechter steeds leidender wordt. De afgelopen decennia hebben we kunnen constateren dat het openbaar ministerie zijn positie als spil in het web van de strafrechtspleging met verve heeft ingenomen en in veel gevallen zelfs heeft kunnen of moeten uitbreiden. Het domein van het openbaar ministerie in de strafrechtspleging is groot en bovendien aan fundamentele veranderingen onderhevig. Inmiddels is duidelijk dat het openbaar minister op korte termijn de bevoegdheid zal krijgen zelfstandig straffen op te leggen, een voorstel waarmee de huidige transactiebevoegdheid zou komen te vervallen en waarmee de officier een van oudsher *rechterlijke* taak krijgt toebedeeld.²⁰ Ook ter terechtzitting heeft de officier van justitie een flinke vinger in de pap. Niet alleen bepaalt de officier (op basis van het vervolgingsbeleid) welke zaken voor de rechter komen, de officier van justitie bepaalt ook waar het ter terechtzitting over moet gaan. De tenlastelegging vormt de basis en de begrenzing van het onderzoek van de rechter ter terechtzitting en het naar aanleiding daarvan te vellen vonnis. Voor dat laatste zijn verschillende gegronde redenen aan te voeren en het behoeft als zodanig ook niet ter discussie te worden gesteld. Van belang is hier de vraag of deze leidende positie van het openbaar ministerie, een positie die de uitoefening van de rechterlijke taak ter terechtzitting in belangrijke mate stuurt en inkadert, zich ook zou moeten uitstrekken tot de rechterlijke strafbeslissing. Die vraag blijft opportuun, ook bij wetgeving die niet leidt tot binding van de rechter aan de strafeis van de officier van justitie. Het lijkt in ieder geval zinnig enkele profielen en ontwikkelingen in de literatuur over dit onderwerp op een rij

¹⁷ Idem, p. 2.

¹⁸ Zie noot 1.

¹⁹ Slotboom e.a. hebben duidelijk gemaakt dat de eis van de officier van justitie een belangrijk uitgangspunt vormt voor de rechter bij de beslissing over de straf. Zie: A. Slotboom, H. Koppe, I. Passchier, L. de Jonge & R. Meijer, ‘De relatie tussen eis en vonnis’, *Justitiële Verkenningen* 1992-8, p. 59-71. Vanuit het oogpunt van zuiverheid van de discussie in de rechtszaal over de straf wordt zo nu en dan ook wel gepleit voor een zelfstandige straftoemetingzitting.

²⁰ Wetsvoorstel OM-afdoeing, De stand van de kamerstukken per 28 januari 2005: *Kamerstukken II* 2004/05, nr. 849, nr. 1-6.

te zetten alvorens enkele vragen te formuleren die bij de beoordeling van deze ontwikkeling een rol spelen.

Profielen voor de verhouding strafeis - strafbeslissing

Een contradictoir geding

De hier bedoelde wet sluit ingevolge de toelichting aan bij de voorstellen van de projectgroep Strafvordering 2001. Met name het begrip 'contradictoire procedure' wordt centraal gesteld in de toelichting en het neemt een belangrijke plaats in in de voorstellen van de projectgroep. Het contradictoire geding berust volgens de projectgroep op het beginsel van tegenspraak. In zoverre lijken de voorstellen van de projectgroep er op gericht te zijn het tegensprekelijk karakter van de procedure te vergroten en aldus meer ruimte te bieden aan de procespartijen. Daarnaast evenwel wordt het uitgangspunt van een contradictoir geding aangegrepen de aard en de omvang van het onderzoek ter terechtzitting nader te omlijnen. Het contradictoire karakter van de strafprocedure brengt naar het oordeel van de projectgroep met zich mee dat 'de agenda van het strafproces in belangrijke mate wordt bepaald door de procesactoren'.²¹ Het vonnis dient dit te weerspiegelen. In de eerste plaats doordat gevoerde (bewijs)verweren in het vonnis worden weerlegd, anderzijds doordat daar waar geen verweren zijn gevoerd, dan wel sprake is van een bekende verdachte een bewijsmotivering achterwege kan blijven.²² Middels de hierboven beschreven wetwijziging heeft in ieder geval dit laatste aspect zijn ingang gevonden in de wet. Het hieraan verbonden profiel van de rechter laat niet in alle gevallen vragen onbeantwoord. Waar de rechter zich enerzijds, ook uit oogpunt van een efficiënte benutting van zittingscapaciteit, moet richten op datgene wat door beide partijen naar voren wordt gebracht, krijgt de rechter aan de andere kant veel meer dan voorheen de ruimte eigenstandig de inhoud en het verloop van het strafproces te bepalen, bijvoorbeeld door meer zeggenschap over de oproeping en het horen van getuigen.²³ Hoewel de onderzoekers van mening zijn dat een grotere nadruk op (het faciliteren van- en consequenties verbinden aan) de interactie tussen de procesdeelnemers niet tot gevolg heeft dat het strafgeding moet worden beschouwd als een partijenproces, lijkt de nadruk op hetgeen door partijen naar voren wordt gebracht wel een voorzichtige verschuiving te markeren in de inrichting van het strafgeding. Wanneer partijen in het strafproces meer zeggenschap krijgen over de inhoud en de omvang van waarover wordt geprocedeerd, en de rechter daaraan is gebonden, is de suggestie licht gewekt dat invloeden vanuit het burgerlijk (proces)recht zich laten gelden. De daaraan ten grondslag liggende opvattingen over de autonomie van procespartijen wordt bepaald door het uitgangspunt dat individuen, partijen in beginsel over de vrijheid beschikken zelf rechtsbetrekkingen aan te gaan en de inhoud en de gevolgen daarvan zelf vast te stellen. Daarmee verbonden is de gedachte dat partijen ook de strijd daarover zelf bepalen. De positie van de rechter binnen dit stelsel, dat overigens evenmin als de onderverdeling van de typen van het strafproces in accusatoir en inquisitoir verabsoluteerd mag worden, wordt wel getypeerd als lijdelijk. Die lijdelijkheid is de strafrechter van nature vreemd omdat deze een zelfstandige verantwoordelijkheid heeft voor het onderzoek ter terechtzitting. De autonomie van de procespartijen in het burgerlijk recht wordt ook wel onderscheiden in de autonomie die betrekking heeft op de inhoud en de omvang van het proces en de autonomie die betrekking heeft op de uitoefening van processuele

²¹ M.S. Groenhuijsen en G. Knigge (red.), *Het onderzoek ter zitting* (Eerste interimrapport onderzoeksproject strafvordering 2001), Deventer: Gouda Quint 2001, p. 29-32.

²² Idem, p. 26.

²³ M.S. Groenhuijsen en G. Knigge (red.), *Afronding en verantwoording* (Eindrapport onderzoeksproject strafvordering 2001), Deventer: Kluwer 2004, p.104. De voorstellen met betrekking tot de versterking van de positie van de (voorzitter van de) rechtbank bij het horen van getuigen, die deel uitmaakten van het hebben geleid tot de Wet wijziging van het Wetboek van Strafvordering, het Wetboek van Strafrecht en de Wet op de rechterlijke organisatie in verband met het horen van getuigen en enkele verwante onderwerpen. Wet van 10 november 2004, Stb. 2004, 579, in werking getreden op 1 januari 2005.

bevoegdheden.²⁴ De eerstgenoemde vorm van autonomie uit zich bijvoorbeeld in art. 23 Rv, waarin wordt bepaald dat de rechter niet meer of anders mag toewijzen dan gevorderd.²⁵ De eis, of het petium, stelt de rechter dan ook aanzienlijke beperkingen voor de inhoud van zijn beslissing. Een nader toespitsen van het voorgaande op de verhouding strafeis - strafbeslissing leidt, tegen de achtergrond van de hierboven besproken wetswijziging, niet zonder meer tot de conclusie dat de rechter in zijn beslissingsruimte meer dan anders wordt beperkt door hetgeen de officier van justitie in het requisitoir naar voren brengt. De bestaande verhouding tussen wet, rechter en officier van justitie, waarin de officier d.m.v. de tenlastelegging de inhoud en de omvang van het geding bepaalt, maar de beslissingsruimte van de rechter bij de bepaling van de straf formeel slechts wordt beperkt door de bewezenverklaring en het daaraan verbonden delictspecifieke strafmaximum en het algemene strafminimum en de overige voor de straf van toepassing zijnde wetbepalingen, blijft binnen de huidige wet dan ook in tact. Zowel constitutioneel als inhoudelijk is de aanscherping van de motiveringsverplichting van de rechter ten opzichte van de eis van de officier van justitie evenwel minder neutraal dan het lijkt. De opmerking van de minister van justitie hierboven, dat een dergelijke plicht een te grote verschuiving zou opleveren binnen die verhoudingen, moge hier in herinnering worden geroepen. Naast de hierboven beschreven context waarin de contradictoire waarde van het strafgeding werd benadrukt, spelen daarbij ook andere elementen een rol. Daarvoor is van belang dat wordt bekeken op welke wijze de strafeis en het afdoeningsbeleid van het openbaar ministerie is ingebed binnen de strafrechtspleging.

Kwaliteit en magistratelijkheid

Vanuit de gedachte de eis van de officier van justitie een meer prominente plaats te geven in de motivering van de strafbeslissing, een gedachte die steunt op het uitgangspunt de inbreng van partijen van meer gewicht te laten zijn voor de inhoud en de omvang van het strafproces en de daarbinnen genomen beslissingen door de rechter, wordt ook de totstandkoming van de strafbeslissing beïnvloed. Het laat zich aanzien dat de eerder genoemde bezwaren van de minister van justitie tegen een invoering van deze algemene motiveringsverplichting met name op dit element betrekking hadden. De vrijheid van de rechter bij de straftoemeting verhoudt zich kennelijk slecht met een vorm van binding aan de strafeis van de officier van justitie. De beantwoording van de hiermee samenhangende principiële vragen omtrent de verhouding openbaar bestuur en strafrechter kan mede plaats te vinden aan de hand van een analyse van de ontwikkelingen die zich voordoen binnen de totstandkoming en de toepassing van het beleid dat het openbaar ministerie ter uitvoering van haar vervolgstaken voert. De rechtsstatelijke kwaliteit van het strafvorderingsbeleid speelt aldus een rol bij de beoordeling van de vraag of en in hoeverre de eis van de officier van justitie een dominantere positie kan en mag innemen bij (vooral) de totstandkoming en de motivering van de strafbeslissing. Het gaat daarbij vooral om de oriëntatie van het openbaar ministerie op de rechter.²⁶

Vanuit dit perspectief zijn recentelijk enkele belangrijke ontwikkelingen in gang gezet, waarbij met name de voorgenomen invoering van de strafbeschikking de aandacht vraagt. Het Wetsvoorstel OM-afdoening beoogt een bevoegdheid voor het OM te creëren tot het opleggen van een strafbeschikking, een daad van vervolging die leidt tot een daadwerkelijke strafoplegging die is gebaseerd op de vaststelling van schuld aan een strafbaar feit.²⁷ Een belangrijk punt van discussie in het debat rondom de invoering van deze strafbeschikking vormt het loslaten van het uitgangspunt dat alleen een strafrechter een straf mag opleggen. Binnen het territorium van de strafrechtspleging betekent de invoering van de strafbeschikking een domeinvergroting van het openbaar ministerie. De strafbeschikking impliceert dat, in tegenstelling tot de bestaande regelingen omtrent de transactie, straffen worden opgelegd waarvan de tenuitvoerlegging 'niet per definitie van de medewerking van de

²⁴ W.D.H. Asser, H.A. Groen & J.B.M. Vranken, *Een nieuwe balans. Interimrapport Fundamentele herbezinning Nederlands burgerlijk procesrecht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2003, m.n. hoofdstuk 6, § 2, ook p. 68.

²⁵ Artikel 382 Rv (oud) stelde dat de herroeping van een vonnis mogelijk was op de grond dat uitspraak was gedaan over zaken die niet waren geëist (sub 2) en op de grond dat meer was toegewezen dan geëist (sub 3).

²⁶ In deze zin reeds A.C. 't Hart in zijn noot onder HR 22 oktober 1991, *NJ* 1992, 282.

²⁷ Wetsvoorstel OM-afdoening, *Kamerstukken II* 2004/05, 29 849, nr. 3 (MvT), p. 2.

betrokkene afhankelijk is'.²⁸ Het feit dat het openbaar ministerie hiermee in wezen een rechterlijke taak gaat vervullen en kan leiden tot een versteviging van de machtspositie van het openbaar ministerie binnen de strafrechtspleging is zowel in het wetgevingsproces als in de literatuur uitdrukkelijk aan de orde gesteld.²⁹ Die discussie behoeft hier niet tot in details te worden weergegeven. Een enkel punt daaruit lijkt wel een korte behandeling te rechtvaardigen nu daarmee een ander profiel voor de verhouding strafeis - strafbeslissing uit opgemaakt zou kunnen worden. De Raad van State uit zich in haar advies tamelijk kritisch over de vermenging van functies tussen openbaar ministerie en rechter en komt tot de slotsom dat de grens van 113 Gw, dat de berechting van strafbare feiten opdraagt aan de rechterlijke macht, is overschreden. Dat het openbaar ministerie traditioneel deel uitmaakt van de rechterlijke macht in ruime zin maakt het nog niet tot een rechterlijk college, zo wordt gesteld.³⁰ De reactie van de minister geeft aanleiding nader in te gaan op een kwaliteitsprofiel voor de strafeis, dat van belang is voor een beoordeling van het steeds centraler stellen van die eis voor de strafbeslissing. De minister stelt dat het feit dat het openbaar ministerie deel uitmaakt van de rechterlijke macht vooral de verbondenheid van het OM met de zittende magistratuur illustreert, en de oriëntatie van het openbaar ministerie op de rechter. Naast een systematische schets voor de taakuitoefening van het openbaar ministerie kan hieruit tevens een kwaliteitsargument voor het vervolgingsbeleid en de daarop gebaseerde strafeis worden gedestilleerd. Het is namelijk die verbondenheid en oriëntatie die, in de ogen van de minister, 'een belangrijke waarborg vormen voor de kwaliteit van punitieve buitengerechtelijke afdoening door en onder regie van het openbaar ministerie. Zij bevorderen dat het primaat van de strafrechtelijke afdoening bij de strafrechter blijft liggen waar het door artikel 113 Grondwet wordt gelegd'.³¹ De magistratelijkheid van het strafvorderingsbeleid, tot uitdrukking komend in een op de rechter georiënteerd stelsel van strafvorderingsrichtlijnen, vormt aldus een belangrijke schakel in de kwaliteit en de aanvaardbaarheid van de afdoening van strafzaken buiten het strafgeding.³² De vraag is dan op welke wijze dit strafvorderingsbeleid tot stand komt. De wijze waarop de normering van de buitengerechtelijke afdoening pleegt te worden vormgegeven, middels de bekende Polarisrichtlijnen, biedt wat dat betreft echter geen eenduidig beeld. De doelstelling van deze richtlijnen is de strafvordering in strafzaken te uniformeren, niet om de rechterlijke straftoemingspraktijk over te nemen. De organisatiestructuur van het openbaar ministerie veronderstelt dat de eis van de officier van justitie ter terechtzitting (mede) op dit strafvorderingsbeleid zal zijn gebaseerd. De formulering van de Polaris-richtlijnen vond oorspronkelijk plaats op grond van de analyse en structurering van lokale en landelijke richtlijnen die voor de betreffende delicten voorhanden bleken.³³ In het proces van vaststelling vindt een afstemmingsronde plaats met belanghebbenden, zoals de politie en de betrokken ministeries. De rol van de rechterlijke strafpraktijk daarin wordt wel besproken, maar niet als normstellend genoemd.³⁴

Op grond van het bovenstaande is het wellicht raadzaam een onderscheid aan te brengen tussen enerzijds het *afdoenings*beleid van het openbaar ministerie, gericht op de uitvoering van haar buitengerechtelijke afdoeningstaak en het *requireer*beleid, gericht op de uitoefening van haar

²⁸ Idem.

²⁹ Wetsvoorstel OM-afdoening, *Kamerstukken II* 2004/05, 29 849, nr. 5 (advies Raad van State en nader rapport), p. 5-10 en o.m. J.H. Crijns, 'Het wetsvoorstel OM-afdoening: een wolf in schaapskledij', *Sancties* 2004, p. 225-236.

³⁰ Wetsvoorstel OM-afdoening, *Kamerstukken II* 2004/05, 29 849, nr. 5 (advies Raad van State en nader rapport), p. 5-6.

³¹ Idem, p. 10.

³² In deze zin ook het advies d.d. 10 juni 2003 van de Raad voor de Rechtspraak n.a.v. het concept-wetsvoorstel. Zie hiervoor de rubriek Wetgevingsadvies 2003 op de website van de Raad voor de Rechtspraak op: www.rechtspraak.nl.

³³ G. Schurer & R.P.L. van Loon, 'Strafvorderingsrichtlijnen in Nederland. Geschiedenis, heden en toekomst', *Trema Straftoemingsbulletin* 2000, p. 10.

³⁴ Zie o.a. het Kader voor Strafvordering in de rubriek Beleidsregels op www.openbaarministerie.nl; G. Schurer & R.P.L. van Loon, 'Strafvorderingsrichtlijnen in Nederland. Geschiedenis, heden en toekomst', *Trema Straftoemingsbulletin* 2000, p. 9-14 en M.J.A. Duker, *Legitieme straftoemeting. Een onderzoek naar de legitimiteit van de straftoemeting in het licht van het gelijkheidsbeginsel, het democratiebeginsel en het beginsel van een eerlijke procesvoering* (diss. Amsterdam VU), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2003, p. 85-92.

specifieke rol tijdens het onderzoek ter terechtzitting. Hoewel beiden uiteraard in samenhang dienen te worden gezien, zijn er wel enige verschillen aan te wijzen die richtinggevend zijn voor de wijze van invulling van de te onderscheiden vormen van beleid. Mij komt voor dat een legitieme afdoeningspraktijk onder het regime van de strafbeschikking het magistratelijke model, zoals hierboven geschetst door de minister van Justitie, van groot belang is. De afdoeningspraktijk van (met name) de politie- en kantonrechter kan, nu die praktijk nog bestaat, richtinggevend zijn voor de oplegging van strafbeschikkingen. De officier van justitie ziet zich hier immers in de rol van semi-rechter geplaatst. Dat die rechterlijke praktijk omgekeerd overigens in sterke mate gebaseerd is op de strafvorderingsrichtlijnen van het openbaar ministerie vormt een complicatie die niet eenvoudig valt weg te poetsen. Waar het de eis ter terechtzitting betreft, valt een ander beeld te schetsen. Men kan de vraag opwerpen in hoeverre het strookt met de functie van het openbaar ministerie dat zij zich in haar requireerbeleid primair zou moeten richten op de rechterlijke strafpraktijk. Als partij in het (contradictoire) strafgeding verkondigt zij immers een geheel eigen visie op de strafzaak. Vanuit dit perspectief ligt het dan ook niet voor de hand te zeer aan de hand van de rechter te lopen in het requireerbeleid. De afweging die vervolgens gemaakt moet worden, heeft betrekking op de binding van de rechter aan de strafeis van de officier van justitie. Die vraag is recentelijk in een aantal publicaties aan de orde geweest.

Schermutselingen aan de grens: enkele voorstellen voor een centrale plaats van het OM bij de straftoemeting

Op grond van het bovenstaande kan worden geconstateerd dat de vraag naar de verhouding tussen de strafeis van de officier van justitie en de strafbeslissing van de rechter tevens de vraag omvat naar de binding van de rechter aan het strafvorderingsbeleid van het openbaar ministerie. Deze vraag leidt tot de bekende discussie over de taak van de rechter bij de straftoemeting: strekt deze zich uit tot het vormen én voeren van een eigensoortig 'straftoemetingsbeleid' dat door de rechter bij de bepaling van de straf wordt meegewogen of dient de rechter zich bij het vaststellen van de straf strikt te richten op de individuele merites van de strafzaak en dienen elementen van een 'straftoemetingsbeleid' via de eis van de officier van justitie tot de rechter te komen? Het is die vraag die ook in enkele recente publicaties de aandacht heeft gekregen. In 2003 promoveerde Duker op een onderzoek naar de normering van de straftoemeting.³⁵ De schrijver komt daarin tot de slotsom dat die normering vanuit het perspectief van het gelijkheidsbeginsel, het beginsel van een eerlijke procesvoering en het democratiebeginsel niet slechts vraagt om meer inhoudelijke criteria ten behoeve van de straftoemeting maar ook en vooral om een nadere uitwerking van de taken en verantwoordelijkheden van de bij de straftoemeting betrokken organen: wetgever, rechter en openbaar ministerie. In dat kader vormt de vraag naar de vorming en de toepassing door de rechter van een vorm van straftoemetingsbeleid een belangrijk onderwerp. In zijn dissertatie opteert de schrijver voor wat wordt genoemd 'een functionele wisselwerking' tussen de betrokken organen, waarin het strafvorderingsbeleid van het openbaar ministerie als uitgangspunt moet gelden voor de rechter bij nemen van de beslissing over de straf.³⁶ Concreet betekent dit dat het openbaar ministerie in een individuele strafzaak op grond van het eigen strafvorderingsbeleid de nadere bandbreedtes vaststelt waarbinnen de beslissing van de rechter omtrent de straf zich dient te bevinden en dat de rechter een afwijking van dat beleid uitdrukkelijk dient te motiveren. De straftoemeting door de rechter kenmerkt zich in dit geval met name door de toepassing van het strafvorderingsbeleid van het openbaar ministerie, zo stelt Duker.³⁷ Voor de bestaande vormen van rechterlijk beleid ten aanzien van de

³⁵ M.J.A. Duker, *Legitieme straftoemeting. Een onderzoek naar de legitimiteit van de straftoemeting in het licht van het gelijkheidsbeginsel, het democratiebeginsel en het beginsel van een eerlijke procesvoering* (diss. Amsterdam VU), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2003. Contouren van zijn voorstellen zijn reeds te vinden in: M.J.A. Duker, 'De verhouding tussen wetgever, Openbaar Ministerie en rechter bij de straftoemeting', *RM Themis* 2001, p. 307-317 en M.J.A. Duker, 'Controle over rechterlijke straftoemeting bij zware misdrijven', *DD* 2001, p. 135-156.

³⁶ M.J.A. Duker, *Legitieme straftoemeting. Een onderzoek naar de legitimiteit van de straftoemeting in het licht van het gelijkheidsbeginsel, het democratiebeginsel en het beginsel van een eerlijke procesvoering* (diss. Amsterdam VU), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2003, § 4.3.

³⁷ Idem, p. 177.

strafstoemeting, zoals de oriëntatiepunten strafstoemeting, is in deze systematiek geen plaats.³⁸ Ook De Hullu acht het openbaar ministerie de eerst aangewezen waar het gaat om de vorming van een beleid ten behoeve van de strafstoemeting. In samenhang met informatieuitwisseling tussen rechters en een motiveringsverplichting van de rechter bij afwijking van het beleid van het openbaar ministerie kan een 'dynamische wisselwerking' tussen strafrechter en openbaar ministerie optimaal worden bewerkstelligd, aldus De Hullu in zijn preadvies.³⁹

De voorstellen van Duker en De Hullu met betrekking tot de karakterisering van taken en verantwoordelijkheden van de betrokken organen bij de strafstoemeting zijn in belangrijke mate schatplichtig aan de visie van Enschedé op de verhouding tussen bestuur en rechter bij de strafstoemeting.⁴⁰ In het doortrekken van de uiteindelijke consequentie van de overtuiging dat het de taak is van het bestuur, d.i. het openbaar ministerie, een strafstoemetingsbeleid te vormen en dat de rechter zich daarop dient te richten, gaat Enschedé wel 'iets' verder. De strafeis, verpakt in het requisitoir, dient in zijn visie te worden beschouwd als een petitum, een civielrechtelijk begrip waarmee de uiteindelijke vordering van de eisende partij in het burgerlijk procesrecht wordt bedoeld. Kenmerkend voor de status van dit petitum is de begrenzendende werking er van voor het oordeel van de rechter. Naar geldend recht kan de rechter slechts in zeer uitzonderlijke gevallen Volgens Enschedé zal de rechter, zolang deze de bevoegdheid heeft om boven de strafeis uit te gaan, aan deze verwachting voldoen en indien nodig daadwerkelijk daarboven uitgaan. Door die bevoegdheid weg te nemen en de bovengrens te laten bepalen door de eis van het openbaar ministerie, wordt de verantwoordelijkheid voor het algemene strafrechtelijke beleid gelegd waar zij in de ogen van Enschedé behoort: 'bij de hiërarchisch ondergeschikte, voor het vervolgingsbeleid verantwoordelijke officier, lid van een organisatie die uiteindelijk voor het strafrechtelijk beleid verantwoordelijk is aan de politiek verantwoordelijke minister'.⁴¹

Opvallend in de hier genoemde voorstellen de verantwoordelijkheid van het openbaar ministerie tot het voeren van een strafvorderingsbeleid mede wordt gegrond op het feit dat haar taak en organisatie het openbaar ministerie hiervoor meer geschikt zouden maken. Voor zover daarmee tot uitdrukking wordt gebracht dat het OM vanuit zijn taak binnen de strafrechtspleging vrij vroeg werd gedwongen tot het voeren van een beleid voor de uitvoering van die taak, is die opvatting juist. Binnen de huidige constellatie, waarin ook de rechtsprekende macht naast de bestaande rechtseenheidvoorzieningen, een eigen taak heeft in het kader van de bevordering van de rechtseenheid en zij met dat doel ook bezig is de organisatorische voorwaarden daartoe te creëren, kan deze opvatting evenwel niet meer als beslissend worden aanvaard.

Grenzen aan de strafeis

In het bovenstaande is gepoogd enkele ontwikkelingen op het terrein van de verhouding strafeis en strafbeslissing te signaleren en met elkaar in verband te brengen. De grens tussen strafrechtspraak en handhaving van de strafrechtelijke rechtsorde lijkt met de naderende invoering van de mogelijkheid voor het openbaar ministerie tot oplegging van een strafbeschikking toch wel een gedaantewisseling te ondergaan. Het vormt in ieder geval de bevestiging van de centrale plaats die het openbaar ministerie inneemt binnen de strafrechtspleging. Tegelijkertijd is het meer dan dat: het leidt tot een fundamentele verschuiving binnen de traditionele verhouding tussen rechter en openbaar ministerie.⁴² Ook ter terechtzitting werpt die steeds dominantier wordende positie van het openbaar ministerie zijn schaduwen vooruit. De hierboven beschreven ontwikkelingen met betrekking tot het belang van de eis van de officier van justitie dient ook in dat kader te worden beschouwd. Een ogenschijnlijk onschuldige, en vanuit het perspectief van verbetering van het debat rondom de straf ter terechtzitting wellicht zelfs toe te juichen, wetswijziging die een algemene motiveringsplicht op de rechter vestigt

³⁸ Idem, p. 157-165. Voor de bestaande oriëntatiepunten zij verwezen naar www.rechtspraak.nl.

³⁹ J. de Hullu, 'Enkele suggesties voor herziening van het strafrechtelijk sanctiestelsel', in: *Herziening van het sanctiestelsel* (Handelingen Nederlandse Juristen-Vereniging 2002-I), Deventer: Kluwer 2002, p. 77.

⁴⁰ Ch.J. Enschedé, 'De grenzen van de functie van de strafrechter', *RM Themis* 1974, p. 605-626.

⁴¹ Idem, p. 623.

⁴² Hierover uitvoeriger: J.H. Crijns, 'Het wetsvoorstel OM-afdoening: een wolf in schaapskledij', *Sancties* 2004, p. 225-236.

bij afwijking van de strafeis van de officier van justitie komt in een ander licht te staan tegen de achtergrond van het bovenstaande én tegen de achtergrond van de voorstellen van Enschedé, Duker en, in mindere mate, De Hullu. Geconcludeerd kan worden dat de opwaardering van het tegensprekelijk karakter van het strafgeding door de invoering van een algemene motiveringsverplichting voor de rechter bij afwijking van de strafeis wel moet leiden tot een discussie over de betekenis van het strafvorderingsbeleid van het openbaar ministerie voor de strafbeslissing van de rechter. Het contradictoire strafgeding krijgt dan in ieder geval op het constitutionele niveau een belangrijk tegensprekelijk karakter, waarbij het de vraag is of het onder de voorwaarden uit hier aangehaalde voorstellen uit de literatuur tot een vorm van wisselwerking moet komen. Bij de beoordeling van de grenzen die in dat kader in acht moeten worden genomen, speelt in het bijzonder de hier niet aan de orde gestelde vraag naar de taak van de rechter bij de straftoemeting. Daarnaast speelt de vraag naar de magistratelijke rol van het openbaar ministerie, in casu de oriëntatie van het strafvorderingsbeleid van het OM op de rechterlijke strafpraktijk een belangrijke rol. In weerwil van hetgeen naar voren komt in de parlementaire behandeling van het wetsvoorstel OM-afdoening kunnen aan de besproken literatuur en de ontwikkeling van de strafvorderingsrichtlijnen aanwijzingen worden ontleend die duiden op een verschuiving binnen het traditionele paradigma: niet de strafpraktijk van de rechter moet leidend zijn voor de ontwikkeling van het strafvorderingsbeleid, maar de rechter dient zijn grenzen van de strafbeslissing te vinden in de op het beleid van het openbaar ministerie gebaseerde eis van de officier van justitie. Dat kan de enigszins bevreemdende situatie opleveren dat het blote feit dat het OM inmiddels ver is in de ontwikkeling van het strafvorderingsbeleid, dat door de rechter onder haar controle is gebracht, als argument gaat gelden voor een verdere inperking van het domein en de omvang van de beslissingsruimte van de rechter. Wordt daarmee niet de rechtsprekende macht met haar eigen wapen in de rug aangevallen? En wordt het *Mauerspecht* of grensbewaker?